

Revista de la Fundación Foro Nacional por Colombia
Bogotá, D.C. Colombia. Edición No. 74-75. Septiembre de 2011. Valor \$15.000

Constitución 20 años: El camino recorrido

Testimonio: La Constitución de 1991, una alternativa democrática

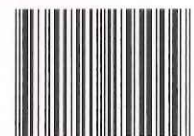
La Constitución, el Constitucionalismo y los Derechos

Ordenamiento territorial, descentralización y participación ciudadana

Economía y sociedad: La sostenibilidad fiscal y la regla fiscal: un dúo perverso

La Política: La Constitución de 1991 y la sociedad política colombiana

ISSN 0121-2559



9 770121 255009

Suscríbase a Revista Foro

Valor suscripción anual (tres números) Colombia: \$40.000

En toda América: USD 85

Resto del mundo: USD 110

Valor suscripción dos años (seis números) Colombia: \$76.000

Contáctenos para brindarle información detallada:

email: info@foro.org.co

Teléfono: +571-2822550

A través de estos medios usted podrá renovar su suscripción a nuestra revista, solicitar números atrasados, notificar cambios de domicilio o emitir cualquier tipo de reclamación. Nos pondremos en contacto con usted lo antes posible.

Oficina de Presidencia

Cra 4A No. 27-62 / Tel: 57 1 2822550 / Fax:

57 1 2861299

info@foro.org.co

Bogotá - Colombia

Capítulo Valle del Cauca

Carrera 36 A Bis No. 6- 35 / Tel: 5581534 -

5141141

valle@foro.org.co

Cali - Colombia

Capítulo Costa Atlántica

Calle 56 No. 44-107. Barrio Boston.

Tel: 3040194

costa@foro.org.co

Barranquilla - Colombia

Publicado con
el apoyo de:

 **eed**
Evangelischer
Entwicklungsdienst

Director

Pedro Santana Rodríguez

Editor

Fabio E. Velásquez C.

Comité Editorial

Orlando Fals Borda (✠)
Alejandro Angulo, S.J.
María Eugenia Sánchez
Esperanza González Rodríguez
Fabio Velásquez Carrillo
Pedro Santana Rodríguez
Ricardo García Duarte
Jaime Zuluaga Nieto

Colaboradores Internacionales

Eduardo Galeano (Uruguay), Hilda Herzer, Edison Núñez (Brasil), Alfredo Rodríguez, Gustavo Riofrio (México), Federico Arnillas y Gustavo Riofrio (Perú), Fernando Carrión, Jorge García (Ecuador), John Turner y David Slater (Inglaterra), Carlos Jiménez, Jordi Borja y Carlos Guerra Rodríguez (España), Alfredo Rodríguez (Chile) y Boaventura de Sousa Santos (Portugal).

Asamblea de Miembros

Pedro Santana, Francisco Mejía, Fabio Velásquez, Enrique Vera Durán, Esperanza González, María Fernanda Quintana, Mario Barraza Niebles.

Diagramación

Edgar Duarte Forero

Carátula

Fotografía original de <http://www.flickr.com/photos/papazimouris/> y http://www.flickr.com/photos/el_cafe/

Contraportada

Diana C. Rojas

Impresión

Panamericana Formas e Impresos S.A.

Licencia número 3886 del Ministerio de Gobierno

Distribución y suscripciones

Cra. 4A No. 27-62
Teléfonos: 282 2550 - Fax: 286 1299
Bogotá D.C. - Colombia
www.foro.org.co - info@foro.org.co

Revista Foro es editada, impresa y distribuida gracias al apoyo de la agencia de cooperación Evangelischer Entwicklungsdienst - EED.



Contenido

Editorial - Nuestra frágil democracia	2
Testimonio	
La Constitución de 1991: Una alternativa democrática para Colombia <i>Antonio Navarro Wolf</i>	5
La Constitución, el Constitucionalismo y los Derechos	
La obra de la Asamblea Constituyente <i>José Gregorio Hernández Galindo</i>	9
La Constitución de 1991 y el Constitucionalismo contemporáneo latinoamericano <i>Gabriel Bustamante Peña</i>	22
La Constitución de 1991 y la adopción del Estado Social de Derecho <i>Rodrigo Uprimny</i>	30
La Constitución Política de 1991: Norma de normas y reconocimiento vinculante de los derechos <i>Álvaro Córdoba Caviedes</i>	40
Algunos retos de los grupos étnicos en los 20 años de la Constitución <i>Francisco Taborda Ocampo - Sonia Londoño</i>	56
Ordenamiento Territorial, Descentralización y Participación Ciudadana	
Ordenamiento territorial: falta de voluntad política <i>Pedro Santana Rodríguez</i>	64
Constitución y Descentralización: ¿Avance o retroceso? ¿un paso adelante y dos atrás? <i>Viviana Barberena Nisimblat</i>	77
La LOOT y la entidad territorial regional, otro infortunio y desacierto <i>Liliana Estupiñán Achury</i>	92
Dos décadas de participación ciudadana en Colombia <i>Fabio E. Velásquez C.</i>	101
Economía y Sociedad	
La sostenibilidad fiscal y la regla fiscal: un dúo perverso <i>Jorge Iván González</i>	115
La economía de la Constitución Política y la política económica neoliberal: 20 años de contradicción <i>Martha Yaneth Sandoval Salazar</i>	122
La salud luego de la Constitución de 1991: ¿La necesidad de un nuevo pacto social? <i>Hernando Nieto Enciso</i>	128
La Política	
Partidos y Constitución: Límites y posibilidades del diseño institucional <i>Juan Fernando Londoño</i>	134
La Constitución de 1991 y la sociedad política colombiana <i>Rubén Sánchez David</i>	143
La seguridad en la Constitución de 1991 <i>Francisco Leal Buitrago</i>	150

Editorial

Nuestra frágil democracia

Estamos de doble celebración, este año se conmemoran los veinte años de la Constitución Política, promulgada el 4 de julio de 1991, con la promesa de la construcción de una democracia más real, pluralista y participativa. Así mismo, en este mes de septiembre estamos conmemorando con este número, los veinticinco años de la primera edición de la Revista Foro.

Sobre el primer aniversario, el de la Constitución Política, debemos señalar que en lo fundamental la Carta Constitucional pasa el examen con algunos comentarios. Este número de la Revista Foro precisamente realiza un balance sobre los principales aciertos, pero también sobre las principales limitaciones e yerros de la Constitución de 1991.

Sobre los aciertos digamos de manera precisa que la Constitución de 1991 acertó en materia del reconocimiento de los derechos fundamentales como la base de nuestro ordenamiento constitucional, que remató de manera acertada con la creación de la Corte Constitucional como el organismo que debería velar por el cumplimiento de la carta política y de los derechos humanos entregando a los ciudadanos tres instrumentos para su defensa, de los cuales sólo fue reglamentada de manera satisfactoria la Acción de Tutela, que en los 19 años de su entrada en vigencia se ha convertido en el instrumento más eficaz para la protección de los derechos. Durante todos estos años se han intentado múltiples reformas para recortar las alas a la Acción de Tutela, toda ellas fallidas, por fortuna. Ahora nuevamente el gobierno pretende limitarla; esperemos que, como en los intentos anteriores, estos esfuerzos contrarreformistas fracasen con la movilización de los ciudadanos en su defensa. Los otros dos mecanismos fueron pervertidos en su reglamentación, nos referimos a las Acciones Populares y a las Acciones de Cumplimiento, por ello son instrumentos poco eficaces para la reivindicación de los derechos ciudadanos.

La descentralización fue un acierto que ahora se debate en su más profunda crisis relacionada con la corrupción, la infiltración por parte de los actores armados ilegales en los poderes locales y departamentales y la impunidad y lenta marcha de la justicia, que favorece a los actores de la guerra y del narcotráfico. A tal punto hemos llegado que ahora se levantan voces oligárquicas pretendiendo que deberíamos regresar al sistema de nombramiento a dedo de los alcaldes y gobernadores. Tal como suena, así lo han expresado tanto el procurador general, Alejandro Ordoñez, como la contralora general, Sandra Morelli y algunos otros funcionarios del actual gobierno. Este sería un retroceso enorme y una derrota para las fuerzas democráticas del país.

Lo que a nuestro juicio hay que hacer es una profunda reforma de los organismos de control tanto en el nivel nacional como en los niveles territoriales: Contralorías, Personerías, Procuraduría deberían estar en manos de la oposición o de funcionarios seleccionados por sus calidades profesionales para que ejerzan el control y la vigilancia efectiva en los niveles territoriales y en el nivel nacional. En esto se equivocó la Constitución de 1991, como lo reconocen hoy muchos de los constituyentes. Para enfrentar el

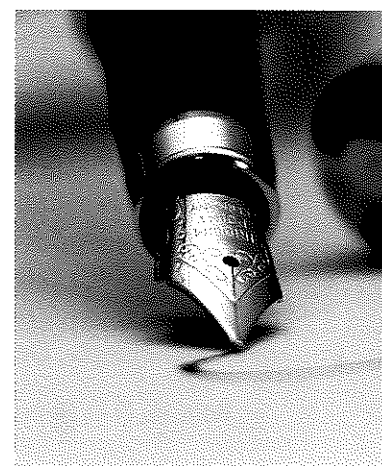
problema de la corrupción y de los poderes ilegales y mafiosos se requiere ampliar la democracia con presupuestos participativos, reformar los organismos de control y tener una justicia que actúe en tiempo real. Sólo así se podrá domeñar el peligroso contubernio entre corrupción, narcotráfico, actores armados ilegales y politiquería tradicional.

Un acierto mayúsculo lo constituyó también el establecimiento de múltiples mecanismos de participación ciudadana. Como hemos señalado en otras ocasiones, el hilo de Ariadna de la Constitución de 1991 es la participación ciudadana. Aquí lo que la ha limitado ha sido la reglamentación.

En términos generales el Congreso de la República y los gobiernos postconstituyentes resultaron poco amigos de la Carta Constitucional y han dificultado, por la vía de una reglamentación mezquina, su aplicación y desarrollo. La Carta ha venido creando un poder judicial independiente con muchos altibajos, pero con resultados notables en la Corte Constitucional y en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Estos son baluartes que el proceso Constituyente creó o fortaleció al tiempo que puso en marcha un sistema de pesos y contrapesos que, pese a la afectación de los mismos con la aprobación de la figura de la reelección, funcionó cuando Uribe pretendió erigirse en caudillo autoritario y populista aspirando a una segunda reforma de la Carta Política a su favor. De manera valiente, la Corte Constitucional echó abajo el referendo populista de Uribe.

Un acierto también formidable fue el reconocimiento de los derechos de nuestras minorías étnicas, otorgándoles plenos derechos de ciudadanía y erigiendo al Estado Colombiano como un Estado multiétnico y pluricultural. Falta una reglamentación más expedita de sus derechos, pero, gracias a la Constitución de 1991, pudimos reconocernos como una sociedad diversa y multiétnica. Pese a las buenas intenciones al refundar el Congreso de la República, esta reforma no se ha visto aplicada con profundidad. El nuevo poder del Congreso fue utilizado por las mayorías clientelistas para negociar con el Ejecutivo y no para avanzar en las reformas económicas y sociales que el país reclama. El cambio del Congreso de la República depende de una verdadera reforma de la sociedad política y principalmente de los partidos y movimientos políticos.

Los asuntos más polémicos de la Carta Constitucional y sus principales falencias tienen que ver con cuatro factores que hemos destacado también en la propia Asamblea Constituyente como durante estos veinte años: (1) la Constituyente no realizó una verdadera reforma económica y social que incluyera a las mayorías excluidas y empobrecidas por un modelo oligárquico concentrado y expoliador. Dentro de las reformas necesarias para lograr un sano equilibrio democrático que la Constituyente no realizó se encuentra una verdadera reforma agraria que lleve a la creación de una pujante clase media rural que sea el dique de contención de los cultivos ilícitos y de las bandas criminales a la vez que sea el principio del fin de las guerrillas; (2) una reforma profunda de las fuerzas armadas y de policía. Estas fuerzas armadas deben ponerse al servicio de los derechos humanos, de la seguridad ciudadana, de los derechos de la gente y no de los intereses de unos pocos. La rebelión contra la Carta Política que pusieron en marcha terratenientes y ganaderos y que se concretó en la formación de ejércitos privados del terror y del despojo al servicio del proyecto mafioso y terrateniente, que se agruparon en las llamadas Autodefensas Unidas de Colombia, AUC, contó con el padrínzgo y el apoyo de amplios sectores de las Fuerzas Armadas que no han sido llamados a rendir cuentas ante la justicia. Con su complicidad



o participación se cometieron decenas de miles de asesinatos, se despojó a los millones de desplazados de más de 6,5 millones de hectáreas de tierras, con la complicidad de empresarios, jueces, notarios y del poder político de alcaldes y gobernadores. Esta reforma – la de las Fuerzas Armadas y de Policía- ha avanzado muy lentamente y en medio de las dificultades del conflicto armado interno y de la actuación de una guerrilla que a menudo comete delitos de lesa humanidad y actos terroristas. Pero esta es una falencia del proceso constituyente que marca también uno de sus límites más importantes.

(3) La reforma política que se realizó en la Constituyente, que tenía como su propósito central el desmonte del bipartidismo compulsivo que nos gobernaba, se equivocó al facilitar la fragmentación de la vida política del país y facilitar la infiltración de los poderes mafiosos e ilegales en los partidos y movimientos políticos. Las reformas que están en marcha van en el camino acertado al estimular la formación de fuertes partidos, al establecer un régimen de sanciones para los aliados de las mafias y los poderes ilegales y al estimular la participación de sectores excluidos como las mujeres, las etnias y las minorías sexuales. No obstante, esta reforma ha sido incompleta al no crear un verdadero poder electoral independiente y adscrito a la rama judicial del poder público y al no establecer mecanismos democráticos de acceso a los medios de comunicación.

(4) También se equivocó la Constituyente al no realizar la reforma al régimen territorial y diferirla para que el Congreso mediante una Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial la pusiera en marcha. La aprobación de una ley orgánica sin dientes y que no resuelve el problema de competencias y recursos, así como de poder político, indica que esta vía era la menos indicada para la aprobación de una reforma territorial descentralizada que es lo que el país demanda desde mucho antes de la Constitución de 1991. Este asunto sigue pendiente.

A pesar de las falencias antes señaladas la Carta Política de 1991 es una cata democrática y progresista que ha permitido tramitar muchos de los conflictos y avanzar en la conquista de una sociedad más democrática e incluyente.

Sobre la segunda celebración, la de los veinticinco años de la Revista Foro, bástenos señalar nuestra renovación de los propósitos que nos hicimos hace ya un cuarto de siglo en el Editorial del número 1 de esta publicación: esta es una revista del pensamiento democrático que debe ejercerse con rigor y con el compromiso político de luchar por una democracia incluyente al servicio de las mayorías excluidas del país. Una revista de análisis sobre los principales problemas que nos agobian como sociedad y con propuestas para intentar superarlos. Cuando decimos del pensamiento queremos reivindicar el papel de los intelectuales en la lucha por la democracia y por una sociedad más justa y equitativa.

Renovando nuestros propósitos queremos agradecer inmensamente a nuestros lectores por su apoyo durante estos 25 años de la Revista Foro. Queremos seguir contando con su deferencia y su compromiso para con esta Revista. Así mismo nuestro agradecimiento a todos los integrantes de la Fundación Foro y a sus actuales directivas puesto que sin su apoyo esta labor quijotesca no sería posible; así mismo un agradecimiento muy especial a los colaboradores de nuestra Revista. A todos, como dijo nuestro gran poeta Octavio Paz, simplemente, Gracias!!!!

Bogotá, D.C. Septiembre de 2011



La Constitución de 1991: Una alternativa democrática para Colombia

Antonio Navarro Wolf *

El período de los años 1990-1991 fue un tiempo excepcional. Lo produjo la coincidencia de dos procesos muy poco usuales en nuestra historia republicana. Por un lado, el estancamiento institucional que había impedido la reforma de la Constitución por más de diez años, cuando una modernización de la justicia era indispensable para enfrentar a las mafias del narcotráfico que retaban al Estado de la manera más brutal en la historia con el asesinato de cuatro candidatos presidenciales en dos años. Por otro, el primer proceso de paz contemporáneo, firmado en 1990 con el M-19, que abrió la esperanza de una paz definitiva.

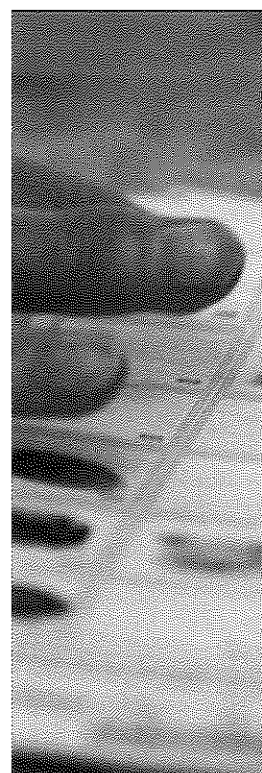
Esa confluencia de dos procesos distintos y separados entre sí, pero que coincidieron sin querer queriendo -como decía el Chapulín Colorado, generó la posibilidad de la única, hasta hoy, Asamblea Constituyente de consenso, producto de un acuerdo nacional y no de la victoria en una guerra civil de un sector del país contra otro.

Sin los estudiantes, con la idea de la séptima papeleta, un voto adicional depositado en las urnas por fuera de la institucionalidad vigente, y sin la paz con el

M, como preludio de una paz mayor, la Corte Suprema de Justicia no le hubiera dado el visto bueno por un sólo voto de diferencia -por cierto- a una Asamblea que con plenos poderes pudiera hacer una Constitución nueva para Colombia. Los resultados de esa Asamblea son ampliamente reconocidos como favorables, aunque no faltan por supuesto asuntos que no se resolvieron bien, o simplemente no se resolvieron.

El Estado Social de Derecho, con la Tutela y la Corte Constitucional como las instituciones más destacadas, es sin duda el más importante de los cambios del 91. Es interesante constatar que en nuestro vecindario hay países que no han entendido aún cómo los jueces pueden hacer que los derechos fundamentales se cumplan.

La separación de poderes es otro avance enorme. Desde 1948 hasta 1991, durante 24 años rigió el llamado Estado de Sitio, que le permitía al Presidente de la República legislar por decreto. Las más importantes leyes de ese período no pasaron por el Congreso, cuyo papel era de veras marginal. Los Estatutos de Seguridad, por ejemplo, que permitían limitar libertades y derechos y juzgar a civiles en tribunales militares,



<http://www.flickr.com/photos/globovision/>

* Presidente de la Asamblea Constituyente 1991, Gobernador del Departamento de Nariño.

eran expedidos simplemente con la firma del Presidente y sus ministros. El Presidente ordenaba al Banco de la República la emisión de papel moneda cada vez que le parecía necesario. El presupuesto de la rama judicial lo administraba el Ministro de Justicia. Teníamos un presidencialismo desbordado hasta la Carta del 91.

Hoy las cosas son a otro precio y la institucionalidad tiene pesos y contrapesos que hacen más compleja y definitivamente mejor nuestra democracia. La mejor demostración de la independencia del poder judicial la dio la Corte Constitucional cuando prohibió definitivamente una segunda reelección presidencial, y la Corte Suprema de Justicia cuando procesó a más de 80 congresistas por paramilitarismo. En este sentido somos un ejemplo de mostrar en América Latina.

El fortalecimiento de la justicia fue otra mejora sustancial. La Fiscalía General de la Nación tiene el músculo que les faltaba a los jueces aislados para enfrentar las organizaciones del crimen organizado.

La democracia participativa es una asignatura que poco se ha usado. El presupuesto participativo, que ha mostrado su poder, debería ser constitucionalmente obligatorio para todas las entidades territoriales.

Los derechos de las minorías, especialmente indígenas y afrocolombianas, fueron una revolución de justicia social, sin duda alguna. Pero siguen sin reglamentarse las Entidades Territoriales Indígenas y los Consejos Comunitarios Afrocolombianos están aún en un muy desigual nivel de desarrollo.

El reconocimiento de la pluralidad religiosa del país sacó del closet las iglesias cristianas. Algunas de ellas declararon el 4 de julio, día de firma de la Constitución como el día de la libertad y el respeto de las religiones en Colombia.

El marco ambiental de la Carta del 91 se adelantó a su tiempo. Teniéndolo como base se organizó el Sistema Nacional Ambiental colombiano, el primero de su tipo

en América, hoy debilitado por la supresión del Ministerio del Medio Ambiente durante el anterior Gobierno.

La descentralización con recursos es otra de las decisiones acertadas del 91. Descentralizar funciones sin asignar dinero para cumplirlas es simplemente un saludo a la bandera. En la Colombia de los 90s, los municipios recibieron una cantidad creciente de participación en los ingresos de la nación, proceso que se vió limitado por dos reformas constitucionales en los gobiernos de los presidentes Pastrana y Uribe, pero aun así sigue siendo de los más avanzados de nuestra América.

Debemos anotar en este punto que la prioridad del gasto público definida por la Carta son la salud y la educación, y la verdad es que en 20 años ese gasto público se duplicó en pesos constantes. La crisis de la salud que hoy vivimos es el resultado más del modelo de aseguramiento disperso y casi sin control en manos privadas, que de falta de recursos para unos servicios que hoy cuentan con dinero suficiente para cubrir a la totalidad de la población, en gran medida gracias a la Carta del 91.

Por fin anotemos que entre las virtudes de la Constitución que cumple 20 años está la finalización definitiva del bipartidismo excluyente en el que vivimos por 150 años. Hasta la Asamblea Constituyente sólo se podía ser liberal o conservador, partidos que por cierto repartían los votos llamados papeletas en la época. Desde la facilidad para organizar partidos o presentarse a elecciones por firmas hasta la entrega de los votos por el Estado en el llamado tarjetón electoral, el 91 fue un punto de inflexión que permite el pluralismo político en nuestro país.

Hay defectos y asuntos no logrados, por supuesto. Lo más grave de la vida pública de hoy son el clientelismo y la corrupción y en ambos temas pudimos hacer más, y mejores cosas. Frente a la corrupción, es indispensable cambiar el modelo constitucional de conformación de las Contralorías, hoy definidas en última instancia por el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales. Esos Contralores

son el resultado de acuerdos de esos cuerpos colegiados con el Gobierno de turno al cual tienen que controlar y al venir de tal acuerdo, pues es poco o nada lo que controlan. Las excepciones, que las hay, sólo confirman la regla. Deberían escogerse por concurso de méritos para separarlos de toda influencia politiquera.

En el asunto del clientelismo, entendido como la relación de intercambio de favores entre los elegidos y los electores, origen de mucha de la corrupción en las campañas electorales, especialmente para cuerpos colegiados, debimos haber aprobado en la Asamblea Constituyente la obligación de las listas únicas por partido, que en aquel momento eran cerradas y bloqueadas. Una orden, que fueran elaboradas democráticamente para evitar el llamado bolígrafo de los jefes de los partidos, hubiera preservado los elementos de equidad que han justificado las formulas vigentes en estos 20 años, como lo han sido las listas múltiples por partido en la llamada Operación Avispa o el actual voto preferente. Esa relación directa y personal de cada candidato con sus electores es la fuente de los costos desbordados de las campañas electorales, de la corrupción, la compra de votos y el arrodillamiento de muchos congresistas al Ejecutivo, pues deben llevar obras e inversiones para buscar su reelección, haciendo muy difícil el control político y la necesaria oposición propia de una democracia.

La obligación de listas únicas por partido evitando la Operación Avispa hubiera producido un resultado totalmente distinto al retorno de los brujos en el Congreso escogido en octubre de 1991. El tema lo conversamos con Álvaro Gómez Hurtado, quien argumentaba que era mejor que no lo incluyéramos en la Constitución porque, según sus palabras, nosotros los que hiciéramos listas únicas por partido, iríamos ordenados mientras los partidos tradicionales lo harían desordenados y les ganaríamos. La historia demostró lo contrario.

Ha sido objeto de muchas controversias nuestra auto-inhabilidad como condición para disolver el Congreso que había sido elegido meses antes del proceso constituyente. Gómez Hurtado, sostenía que no debía-



mos inhabilitarnos y que las listas para el nuevo Congreso deberían estar encabezadas por los Constituyentes. Sobre el tema nunca hubo un acuerdo entre la AD M-19 y Gómez, por lo cual es peregrino el argumento que traicionamos nuestra palabra. Nosotros creíamos que no era ético legislar en causa propia al disolver el Congreso y establecer una norma para meternos en él. No me arrepiento de esa posición, que tiene autoridad moral frente al escrutinio de la historia. Hay quienes creen lo contrario. Respeto esas opiniones, pero ante reelecciones hechas a la medida del Mandatario de turno, la posición desprendida y generosa de los constituyentes será sin duda entendida en su justo valor por quienes miren en el futuro la historia. Muchas veces lo correcto en corto plazo no lo es en el largo, y tal tipo de decisiones deben partir de principios más que de conveniencias.

Se han realizado 32 reformas a la Constitución hasta la fecha. Algunas convenientes, como la reforma política de 2003, que permitió la reorganización de los partidos políticos, la mayoría inocuas y algunas inconvenientes, como la reelección presidencial inmediata, el debilitamiento de la descentralización o la sostenibilidad fiscal, aunque sus autores dicen que quedó sin dientes y no va a producir debilitamiento de las tutelas en defensa de los derechos.

Faltan temas como los fondos de equidad interregionales con recursos nacionales o la modernización de los recursos propios de los departamentos, hoy ligados al monopolio del alcohol y los juegos de azar, heredados de la época colonial.

Pero no hay duda que lo hecho hace 20 años pasa la prueba de la historia. No en balde quienes con ocasión del Bicentenario del grito de independencia estudiaron los

hechos más importantes de los doscientos años de historia republicana, concluyeron que la Asamblea Constituyente de 1991 fue uno de los diez eventos más destacados en los primeros dos siglos de existencia como país independiente.

Sólo debo agradecer a esa historia que me haya dado la oportunidad de ser parte de ella. La suerte también juega un papel en el devenir del ser humano.



La obra de la Asamblea Constituyente

José Gregorio Hernández Galindo*

Se han cumplido ya los primeros veinte años desde el día 4 de julio de 1991, cuando, culminadas las labores de la Asamblea Nacional Constituyente, fue promulgada la Constitución Política de Colombia, que dio base y fundamento jurídico y axiológico al sistema jurídico con el cual entramos en el nuevo milenio.

La Constitución: imperfecta pero legítima

En el Decreto Legislativo 1926 de 1990, dictado en ejercicio de las facultades presidenciales que contemplaba el artículo 121 de la Constitución (Estado de Sitio), se habían fijado las bases para establecer el número de delegatarios y se estipuló que ellos serían elegidos el 9 de diciembre de ese año, en votación popular:

“Para asegurar la legitimidad democrática y el origen nacional de los miembros de la Asamblea, tal como lo estableció el pueblo el 27 de mayo de 1990, la representación de las fuerzas políticas, sociales y regionales la determinará el pueblo eligiendo a 70 miembros de la Asamblea por circunscripción nacional. La elección será plurinominal, es decir, por listas. En ella se aplicará el sistema de cuociente electoral y de residuo, tomando como base la votación en todo el

territorio nacional. Se exceptúan de este procedimiento los miembros a que se refiere el punto séptimo.

6. Los movimientos y las fuerzas políticas y sociales deberán integrar sus listas en tal forma que se promueva un sano equilibrio entre las diferentes regiones.

7. Dos puestos de la Asamblea serán reservados para los grupos guerrilleros que se encuentren vinculados decididamente a un proceso de paz bajo la dirección del Gobierno, y ya estén desmovilizados. Sus nombres serán convenidos entre el Gobierno y los grupos guerrilleros desmovilizados. El número podrá aumentarse en la medida en que el proceso de desmovilización de otras agrupaciones haya avanzado, según valoración que de sus circunstancias efectúe el Gobierno, previa consulta con los signatarios de este acuerdo. Para asegurar la legitimidad democrática de esta decisión, el Presidente de la República los designará formalmente”.

Fueron elegidos 23 delegatarios por las listas del Partido Liberal, 11 por el Movimiento de Salvación Nacional que encabezaba el doctor Álvaro Gómez Hurtado, 19 por la Movimiento “Alianza Democrática M-19” –pues la organización guerrillera se había desmovilizado en desarrollo del proceso de paz dirigido por el Presidente Virgilio Barco, y sus miembros se habían vinculado formalmente a las instituciones-, 10 por el Partido



* Ex magistrado de la Corte Constitucional, profesor universitario, Director de las revistas jurídicas “ELEMENTOS DE JUICIO” y “JURIS DICTIO”.

Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/tonymadrid/>

Conservador, 2 por la Unión Patriótica, 2 por el Movimiento de Unión Cristiana, 2 por las comunidades indígenas, 1 por el movimiento estudiantil “Todavía podemos salvar a Colombia”.

La Asamblea fue instalada el 4 de febrero de 1991; aprobó su reglamento; eligió a sus dignatarios –la presidieron Álvaro Gómez Hurtado, Horacio Serpa Uribe y Antonio Navarro Wolf, y fue su Secretario el constitucionalista Jacobo Pérez Escobar; conformó sus comisiones, y principió a desarrollar una intensa actividad mediante el estudio de los numerosos proyectos que le habían sido presentados por distintos sectores políticos, sociales y populares.

Las deliberaciones de la Asamblea concluyeron el 4 de julio de 1991, y para entonces los delegatarios ya habían aprobado al preámbulo, los 380 artículos de carácter permanente y los 59 transitorios que componían la nueva Constitución Política. Su promulgación solamente se produjo el 7 de julio, mediante la publicación del texto en el número 114 de la Gaceta Constitucional, órgano oficial de la Asamblea Nacional Constituyente.

Desde luego, siempre será vano el intento de afirmar la perfección de las obras humanas, pero la justicia, entendida como “la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo” (Ulpiano), exige que cuando se hacen balances acerca de una de esas obras se tengan en cuenta tanto los aspectos positivos como los negativos de la misma, y se miren sus características y efectos con objetividad.

Es lo que, a mi juicio, debemos hacer los colombianos al celebrar los veinte años de vigencia de la Constitución Política de 1991, la base del orden jurídico que nos rige.

Esto lo digo porque he podido observar que, en el momento de opinar sobre la Constitución, la mayoría de quienes lo han hecho se han ido a los extremos. Unos la han proclamado como la normatividad ideal, y otros han preferido aprovechar la celebración para lanzar contra ella dardos

envenenados, calificándola de caótica y dañina, y hasta sosteniendo su ilegitimidad.

Si queremos ser justos con la obra resultante de la actividad desplegada por los delegatarios, hemos de apuntar a su respecto debilidades y fortalezas. Quien esto escribe considera que es una Constitución demasiado



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/tonymadrid/>

larga, que ha crecido con las reformas; muy reiterativa; en algunos puntos contradictoria; y que no en pocos asuntos ha dado lugar a vacíos y a interpretaciones divergentes.

Lo que no podemos admitir es que se ponga en tela de juicio la legitimidad de la Asamblea Nacional Constituyente, ni la de la Constitución.

En efecto, lo primero que debemos recordar es que, aunque el pueblo colombiano no aprobó mediante referendo el texto de la Carta —como sí ha ocurrido en otros Estados, Ecuador, por ejemplo, el voto popular fue decisivo en dos momentos: 1) El 27 de mayo de 1990, cuando, habiendo sido autorizada la Registraduría Nacional del Estado Civil por Decreto Legislativo 927 (dictado por el Presidente Virgilio Barco y declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia) para contabilizar los votos que se depositaran a favor o en contra de una Asamblea que reformara la Constitución de 1886, el pueblo se pronunció abrumadoramente por el Sí, y derogó de manera tácita el artículo 13 del Plebiscito de 1957, que consagraba la exclusividad del Congreso para tal efecto; 2) El 9 de diciembre de 1990, cuando en las urnas —previa sentencia de exequibilidad del Decreto Legislativo 1926 (dictado por el Presidente César Gaviria Trujillo)— el pueblo aprobó las reglas de juego para el funcionamiento de la que sería en adelante la Asamblea Nacional Constituyente, le impartió la autorización, o —para ser más precisos— le dio la orden expresa de modificar la Carta Política anterior en su totalidad —sin temario ni restricciones (el temario, que había sido incluido en los acuerdos políticos y en el Decreto 1926, fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia)— y además eligió directamente a sus delegatarios.

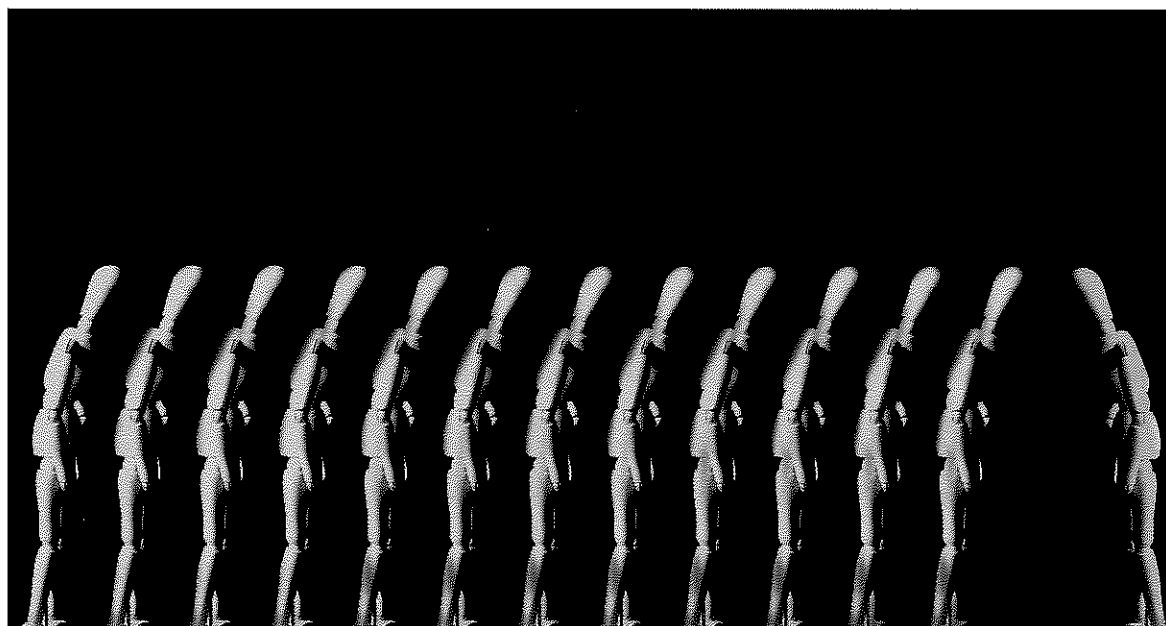
Con miras a verificar la legalidad y legitimidad de la Constitución, en este proceso en que participó —como digo— el titular del Poder Constituyente originario, cabe distinguir entre el aspecto formal y el material: una cosa es el trámite que hubo de surtir para llegar a la convocatoria y reunión de la Asamblea Constituyente, en el curso del cual tenían que ser respetadas las

normas jurídicas en vigor en ese momento, y específicamente las de la Constitución de 1886 y sus reformas, y otra cosa muy distinta, ya reunido el cuerpo convocado, el ámbito de sus atribuciones en cuanto al contenido de la normatividad que podía aprobar, es decir, sus plenas facultades constituyentes, las que le permitieron inclusive derogar el ordenamiento fundamental precedente.

Los críticos de la Constitución suelen confundir estos dos aspectos, y sostienen que, en cuanto la Asamblea derogó la Carta de 1886, violó el orden jurídico superior al que estaba sometida, pues estiman que no había sido autorizada para expedir una nueva constitución sino apenas para introducir modificaciones a la vigente, esto es, que excedió su competencia porque se la convocaba para una reforma, como las de 1910, 1936, 1945 o 1968; para ejercer el poder de reforma, mas no para desempeñar el papel de Constituyente. Que, entonces, la Asamblea ha debido seguir siendo una asamblea constitucional, como se la concibió desde el principio —lo que en verdad acreditan todos los antecedentes documentales existentes—, no una asamblea constituyente. Veamos:

Si bien es cierto que los pasos iniciales estuvieron todos encaminados a una reforma —incluso, así puede verse cuando se examina el texto de la séptima papeleta redactada por los estudiantes integrantes del movimiento “Todavía podemos salvar a Colombia” y también en el texto de la papeleta redactada por el gobierno de Barco, con la cual votamos los colombianos el 27 de mayo de 1990—, el pueblo mismo modificó esas intenciones iniciales porque precisamente ese día, al abrir paso a la convocatoria de un cuerpo diferente al Congreso para reformar la Constitución —acabando con la exclusividad consagrada desde 1910 y ratificada en 1957— no fijó límite material alguno, ni restringió el ámbito de las reformas que ese cuerpo podía introducir.

Ese fue justamente el motivo para que después la Corte Suprema de Justicia declarara inexecutable el temario pactado en los acuerdos políticos y vertido por el Presidente



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/belljar/>

de la República en el Decreto 1926 de 1990, lo que implicó un cambio sustancial en las atribuciones de la Asamblea, que entonces pasó de ser un órgano reformador a una corporación constituyente, con la plenitud de facultades para establecer una nueva Carta. Si podía reformar la Constitución en un todo, sin límite en las materias, y si –más aún– el órgano encargado de resguardar la supremacía de la Constitución de 1886 había estimado, con fuerza de cosa juzgada, que, a la inversa, establecer temario o restricciones de fondo a la Asamblea implicaba desconocer lo resuelto por el pueblo –como titular de la soberanía– el 27 de mayo, es claro que resultaba no solamente legal sino legítimo que la Asamblea revisara la integridad de orden constitucional y que creara por tanto uno nuevo, hasta el punto de derogar el anterior.

Obsérvese, además, que la Corte Suprema no solamente declaró inexecutable el temario sino que también encontró inconstitucional la facultad –a ella misma conferida– de ejercer control de constitucionalidad sobre los actos de la Asamblea.

Por tanto, en lo formal se respetó el ordenamiento que regía, certificado ello por su más calificado guardián; es decir, el fenómeno de 1991 no corresponde a una revolución, ni a una ruptura del orden jurídico, como sí aconteció en 1885 cuando

Rafael Núñez, una vez victorioso en la batalla de La Humareda, creyó llegado el momento de reemplazar la Carta de Rionegro de 1863 sin siquiera consultar las normas que contemplaban los requisitos para su reforma. Y desde el punto de vista material, no se remite a duda que la Asamblea quedó erigida en Constituyente desde antes de la votación popular que eligió a sus miembros, merced al aludido fallo de la Corte Suprema de Justicia.

Los frutos de la Constitución

Ahora bien, ¿qué frutos se han obtenido de la Constitución en este lapso? Ante todo, digamos que sus críticos le reprochan no haber alcanzado el primer y más importante objetivo buscado por los gestores y artífices de la renovación constitucional: alcanzar la tan anhelada paz entre los colombianos.

En efecto, no se puede negar que en las postrimerías de los años ochenta del siglo pasado el país pasaba por una de las peores crisis de su historia. Vivía una época de insufrible violencia generada por varios factores, el principal de ellos el auge del narcotráfico y la campaña terrorista que sus cabecillas habían desatado, al paso que la guerrilla no había cesado en sus acciones por conducto de distintas organizaciones subversivas, y ya los primeros grupos de la llamada “autodefensa” comenzaban a sembrar la muerte y la desolación en varias regiones.

En buena medida, las esperanzas de todos se pusieron, primero, en la búsqueda de un cambio constitucional sin depender del Congreso, y después en la recién aprobada Constitución. Todo en razón de nuestra tendencia a creer que los males de la sociedad se combaten mediante la expedición de normas jurídicas.

“Las constituciones son tratados de paz más duraderos”, expresó la Corte Suprema de Justicia, citando al jurista italiano Norberto Bobbio en la primera de las sentencias proferidas al examinar los decretos de Estado de Sitio que permitieron la decisiva intervención del pueblo en la formulación del nuevo ordenamiento fundamental.

Es evidente que no se ha llegado a la realización de tal objetivo, pero una cosa es admitirlo y otra diferente pretender culpar del fracaso al estatuto aprobado en 1991. Como tampoco se ha debido culpar a la Constitución de 1886 por la violencia que imperaba hace veinte años. Que la paz haya sido esquiva y –peor todavía– que los hechos perturbadores de la misma se hayan multiplicado en estas dos décadas, no es algo que se pueda atribuir a la Constitución. La responsabilidad es íntegra de los seres humanos, que no han sabido aplicar las instituciones. La culpa corresponde, por supuesto, a los violentos de todas las tendencias, pero también a la incapacidad y a la falta de visión de los gobiernos y dirigentes para atacar las causas sociales de la violencia y para buscar y poner en práctica fórmulas y procesos eficaces con miras a poner fin a un conflicto armado que algunos de ellos se negaban inclusive a reconocer.

No obstante, ese no es el único criterio que merece ser considerado para evaluar los beneficios de esa Constitución.

Los derechos que protege la Constitución

En materia de derechos, otro de los grandes propósitos de 1991, es necesario reconocer que, sin haber obtenido a plenitud que los derechos se respeten, lo cierto es que los ciudadanos tomaron conciencia de ellos y que han entendido que la Constitución los

protege aunque no siempre las autoridades lo hagan, por lo cual se explica que instrumentos como la acción de tutela se hayan usado y sigan siendo usados con insistencia.

Si algo caracteriza la Constitución Política de 1991 –reconocido ello por tiros y troyanos, por nacionales y extranjeros– es su formidable estructura declarativa y normativa en búsqueda de una real y efectiva garantía del respeto a la dignidad humana y de sus derechos esenciales.

Además de establecer uno de los más completos catálogos de derechos, comparada la nuestra con muchas constituciones, los delegatarios se ocuparon en consagrar mecanismos judiciales diseñados para la salvaguarda inmediata de los derechos, tanto los fundamentales –la acción de tutela, el habeas corpus y el habeas data, por ejemplo– como los de contenido económico, social o ecológico; los colectivos y los políticos.

Un elemento muy importante en esa Constitución es la referencia expresa –que antes no existía– a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia –que prevalecen sobre el Derecho Interno–, así como a las declaraciones, convenios y protocolos que conforman el Derecho Internacional Humanitario, lo cual, merced a una integración con la



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/tonymadrid/>

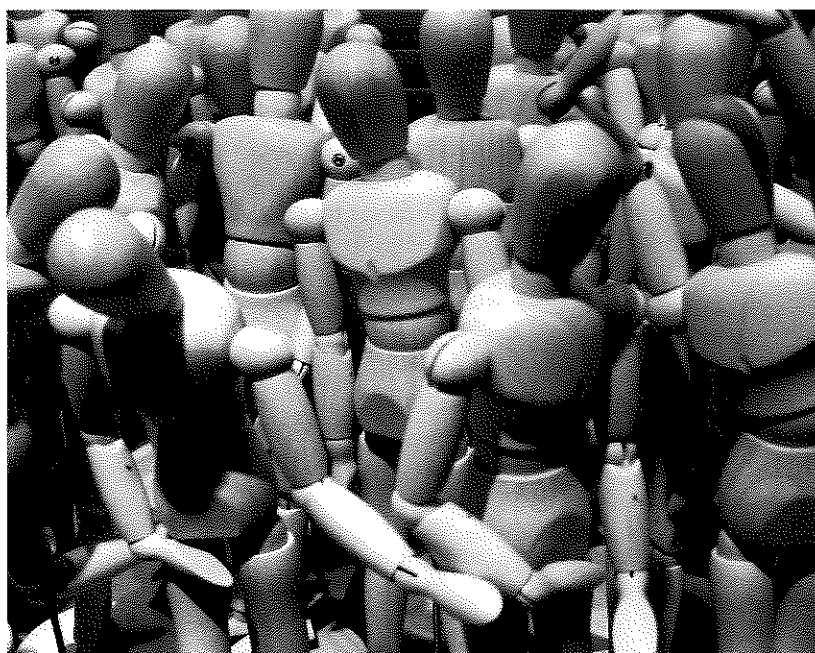
normatividad constitucional y legal, ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional mediante la introducción y el desarrollo en nuestro medio del llamado Bloque de Constitucionalidad, todo un arsenal de disposiciones y criterios orientados a preservar la intangibilidad de los derechos fundamentales.

De otro lado, la Constitución, en consonancia con el reconocimiento expreso de la dignidad del ser humano como uno de los fundamentos de la organización estatal, ha declarado que la enunciación de los derechos y garantías en ella contenida, y la que aparece en los Tratados Internacionales vigentes, no deben entenderse como negación de otros derechos que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en el Derecho Positivo.

Por supuesto, no se ha incorporado un concepto absolutista de los derechos sino que las disposiciones constitucionales han permitido a la jurisprudencia dejar a salvo principios de equilibrio, complementariedad y armonización de los derechos entre sí, para garantizar su convivencia en el seno de una sociedad que el Constituyente aspira a que sea genuinamente democrática, participativa y pluralista. Con claridad estipula el artículo 95 de la Constitución que todo derecho implica responsabilidad, obligaciones y cargas correlativas, y que el primer deber de toda persona radica en respetar los derechos ajenos y en no abusar de los propios.

La generalizada convicción de muchos operadores jurídicos antes de 1991 era netamente restrictiva, y se pretendía que si los derechos constitucionales no estaban desarrollados en la ley, no tenían fuerza ni carácter vinculante. Por ello la Carta Política contempló los derechos fundamentales como de aplicación inmediata, con lo cual quiere significar que no se necesita del desarrollo legal de los derechos constitucionales para su invocación y efectividad.

Para la Constitución no ha sido suficiente la enunciación de los derechos fundamentales, y por tanto ha insistido en su efectividad. Por ello, además de señalar en el preámbulo



que ellos deben ser asegurados dentro de un marco jurídico que garantice un orden político, económico y social justo, ha subrayado en el artículo 1° que el respeto a la dignidad humana es uno de los fundamentos de la organización estatal.

Al enunciar los fines esenciales del Estado, el artículo 2° otorga primordial importancia al consistente en “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”, y declara perentoriamente que 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. De modo que el Constituyente se ocupó en construir todo un conjunto normativo orientado a la realización material de los derechos, responsabilizando al Estado de la tarea de resguardarlos, en dos sentidos: respetándolos él y sus agentes, y velando porque los particulares los respeten.

Eso explica que en el artículo 5° la Constitución reconozca, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona a la vez que en el 95 consagra el principio según el cual el ejercicio de los derechos y libertades

implica responsabilidades. Son deberes de la persona y del ciudadano, según manifiesta la norma, “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.

El artículo 93 de la Constitución es fundamental dentro del sistema por cuanto: 1) incorpora los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia; 2) subraya la prohibición de limitarlos durante los estados de excepción -lo que se hizo durante años al amparo del Estado de Sitio, en la vigencia de la Constitución de 1886; 3) fundamenta el Bloque de Constitucionalidad; 4) señala la pauta de interpretación de los derechos y deberes, la cual debe tener lugar “de conformidad con los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia”.

De otro lado, la Carta Política ha confiado a los jueces la trascendental función de salvaguardar los derechos y ha consagrado, además del Habeas Corpus -que ya estaba previsto en la legislación para proteger la libertad personal, pero que sólo en el 91 tuvo rango constitucional, acciones constitucionales como la de tutela (para los derechos fundamentales), las populares (para los derechos colectivos), la de cumplimiento (para que la ley los actos administrativos no se queden escritos), y las de grupo, todas las cuales tienen por objeto la materialización de las normas básicas ya mencionadas.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, tanto en materia de constitucionalidad como en la revisión eventual de los fallos de tutela, ha producido una jurisprudencia ya muy consolidada que cubre de manera integral el espectro de las disposiciones constitucionales sobre derechos, dando contenido y eficacia a las pautas que sentara el Constituyente.

Hablando de la acción de tutela, podemos aseverar que su introducción en la Carta Política de 1991 fue el más grande acierto de los delegatarios. Gracias a ella se han logrado providencias judiciales de enorme trascendencia, en especial las proferidas por la Corte Constitucional, con efectos en los casos específicos de vulneración o amenaza a los derechos fundamentales y, mucho más

allá, en razón de los avances de la misma jurisprudencia y en búsqueda de medidas eficaces, mediante figuras como la declaración del “estado de cosas inconstitucional”.

Por ese conducto, la Corte ha examinado situaciones generalizadas de permanente quebranto a los derechos fundamentales, tanto por acción como por omisión de las autoridades públicas, y ha impartido órdenes perentorias. Entre las más importantes materias abordadas por la Corporación en tal sentido, cabe recordar las sentencias relativas al hacinamiento en los establecimientos carcelarios del país, a la carencia de un mínimo sistema de seguridad social en salud para los reclusos, al abandono de los desplazados y a la grave crisis del sistema de salud en todo el territorio.

Se duelen algunos de que el uso del mecanismo de tutela se haya extendido tanto, y en especial, del hecho -que les parece perturbador- de que los jueces tengan que tomar decisiones con repercusiones económicas o presupuestales, pues, dentro del criterio neoliberal que los inspira, están convencidos de que la protección a la salud y a la vida de las personas y el acceso efectivo de la población a los derechos sociales deben postergarse en beneficio de los intermediarios o con miras a la reducción del gasto público.

No es gratuito ni sorprendente, entonces, que los defensores del concepto artificioso e inasible de la “sostenibilidad fiscal” hayan logrado sacar adelante en el Congreso una reforma constitucional (Acto Legislativo 3 de 2011) que, horadando los principios constitucionales propios del Estado Social de Derecho para hacerlo impracticable, supedita la eficacia de los derechos a la existencia de recursos. Claro está, una existencia que certificarán negativamente en toda ocasión los mandos medios del Ministerio de Hacienda, o las tesorerías de las empresas promotoras de salud. Así, los gobiernos podrán seguir proclamando, interna y externamente, que los derechos están plenamente garantizados en Colombia, aunque en la vida real serán “constitucionalmente” desconocidos porque no son financiados.

Valores y principios constitucionales

En lo que respecta a valores y principios, la Constitución ha sido prolija en su consagración expresa. Desde el preámbulo se erigen como valores de nuestro ordenamiento superior la vida, la dignidad humana, la igualdad, la libertad, la justicia, la convivencia pacífica, el trabajo, el conocimiento, la participación democrática entre otros. Y se han erigido -en el mismo texto constitucional o deducidos por la jurisprudencia constitucional- principios tutelares de todo el sistema jurídico, entre los cuales cabe mencionar los siguientes: el principio democrático, la prevalencia del interés general, el pluralismo, la razonabilidad, la proporcionalidad, los derivados de la proclamación de Colombia como Estado Social de Derecho, la solidaridad, el principio pro-libertad, el principio participativo, la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños, el de igualdad, la buena fe, el principio "*in dubio pro reo*", el principio de no auto-incriminación, el principio "*non bis in idem*", el de publicidad, la prevalencia del Derecho sustancial, los principios mínimos fundamentales que debe contemplar el Estatuto del Trabajo (artículo 53: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derechos; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las normas laborales, o "*in dubio pro operario*"; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad), el principio de prevalencia de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario (DIH), los principios que rigen la actividad administrativa (Art. 209: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad), los

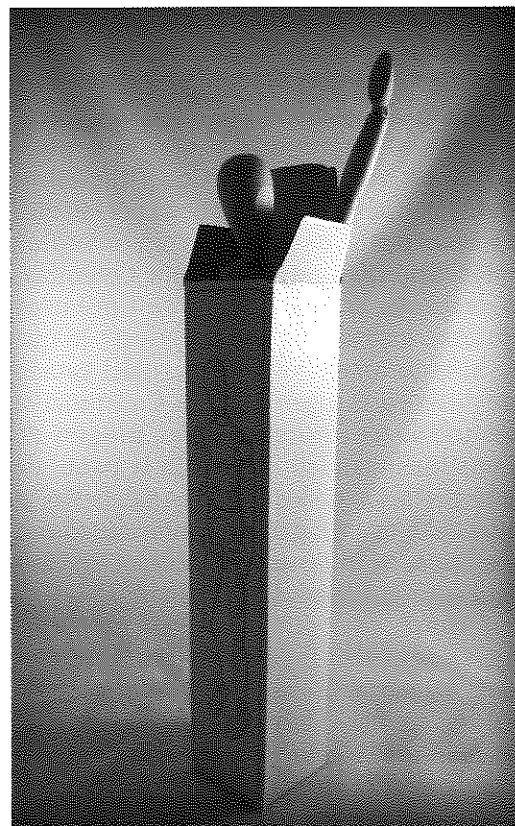
principios aplicables a las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales (Art. 288: coordinación, concurrencia y subsidiariedad).

Ese contenido axiológico de la Constitución ha permitido a la Corte Constitucional, encargada de guardar la intangibilidad del Estatuto, trazar las líneas directrices principales en cuanto a la interpretación y aplicación del mismo.

Dogmática y reestructuración constitucional

Es claro que en el texto actual se puede distinguir entre la parte dogmática y la parte orgánica de la Constitución. La primera, especialmente concentrada en el preámbulo y en los capítulos iniciales, destaca el origen popular del poder; establece el postulado de un Estado laico y de la libertad de cultos, aunque sin proclamar el ateísmo (invoca la protección de Dios); se decide por la soberanía popular como fuente y origen de las facultades en cabeza de quienes ejercen el poder público; formula los valores esenciales que aspira realizar el Estado colombiano; señala los principios ordenados a su realización; enuncia como características del Estado su carácter democrático, social, de Derecho, participativo y pluralista; expone como fundamentos de la organización estatal el respeto a la dignidad humana, la prevalencia del interés general, la solidaridad y el trabajo; estatuye la Carta de Derechos y plasma los mecanismos aptos para su defensa.

La segunda, que implicó una verdadera reestructuración de la organización estatal, si bien conservó instituciones ya existentes -como el Congreso, con dos cámaras; la Presidencia de la República; la Corte Suprema de Justicia; el Consejo de Estado; la Contraloría General de la República;



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/tonymadrid/>

la Procuraduría General de la Nación; la Registraduría Nacional del Estado Civil, entre otras, introdujo numerosos elementos nuevos respecto de los cuales, por razones de espacio, no alcanzamos a efectuar un detenido análisis, pero que se pueden sintetizar:

- a. Respondiendo a la tendencia universal en materia de control de constitucionalidad, y dando cumplimiento a un propósito que desde 1953 se habían trazado algunos dirigentes del país, fue creada la Corte Constitucional como un tribunal independiente de la Corte Suprema de Justicia, aunque integrado a la rama judicial del poder público.

La Corte Constitucional, cuyo número de magistrados es establecido por la ley -nueve en la actualidad, según prescripción de la Ley 5 de 1992, posteriormente ratificada por la 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), se integra mediante ternas elaboradas por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, para que sea el Senado el encargado de elegir a los jueces constitucionales para períodos individuales de ocho años. Está prohibida la reelección.

Tiene a su cargo este Tribunal la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, y para el efecto decide definitivamente en Sala Plena acerca de las demandas que pueden presentar los ciudadanos en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad contra los actos reformativos de la Carta Política, las leyes y los decretos presidenciales con fuerza de ley como los dictados en ejercicio de facultades extraordinarias. También define, en forma automática, la exequibilidad o inexequibilidad de los proyectos de leyes estatutarias -también creadas en 1991 para regular los grandes temas de interés nacional-, la validez constitucional de los Tratados Internacionales celebrados por el Gobierno, y la constitucionalidad de los decretos promulgados por el Presidente de la República en desarrollo de los estados de excepción.

Además, la Corte se pronuncia, con antelación a la votación popular, acerca de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente, y sobre las consultas populares, los referendos sobre leyes y los plebiscitos del orden nacional.

En materia de derechos fundamentales, la Corte Constitucional está llamada a unificar la jurisprudencia y a sentar doctrina sobre el contenido de las normas constitucionales que los consagran y protegen, mediante la revisión eventual de los fallos de tutela proferidos por jueces y tribunales, incluidos en este concepto la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

- b. Para garantizar la autonomía de la rama judicial en el manejo de sus planes de desarrollo, de su presupuesto y de la carrera judicial, fue creado el Consejo Superior de la Judicatura, tribunal que, además de ser la cabeza en los expresados asuntos administrativos, es juez disciplinario de jueces, magistrados carentes de fuero y abogados en el ejercicio de su profesión.
- c. Se crearon figuras de importancia tanto en la rama ejecutiva como en la legislativa. El Congreso, por conducto de cualquiera de sus cámaras (Acto Legislativo 1 de 2007), puede votar la moción de censura de un ministro, de un director de Departamento Administrativo o de un Superintendente. Y según la última reforma, introducida por el mencionado Acto Legislativo, las asambleas departamentales y los concejos municipales o distritales están habilitados para hacer lo propio respecto de los secretarios de gobernaciones y alcaldías. Al fin y al cabo, tanto el Congreso como las asambleas y los concejos ejercen el control político sobre los gobiernos y las administraciones.

En cuanto a los miembros del Congreso, no se puede olvidar que en 1991 fue establecido todo un conjunto de reglas que componen el llamado "Estatuto

del Congresista”, que incorpora las inhabilidades para ser elegido, las incompatibilidades durante el ejercicio del cargo y los conflictos de intereses, y se puso en vigencia la “pérdida de investidura”, que puede decretar en un perentorio término de 20 días la Sala Plena del Consejo de Estado.

- d. Se modificó el sistema de elección del Presidente de la República, quien en principio no podía ser reelegido -con el fin de garantizar la transparencia en el ejercicio del Gobierno y de permitir la alternatividad y la participación de las nuevas generaciones-, hasta cuando, en 2004, mediante el Acto Legislativo número 2, de muy deleznable solidez ética, fue aceptada, casi con nombre propio, la reelección para el período inmediato.

La Constitución estableció la figura del Vicepresidente de la República para reemplazar al Jefe del Estado en sus faltas absolutas y temporales, elegido para el mismo período y en la misma fórmula del Presidente; aunque conservó la institución del ministro delegatario, existente desde 1977, para los casos en que el Presidente de la República se traslada a territorio extranjero en ejercicio de sus funciones.

Igualmente, consagró la doble vuelta para las elecciones presidenciales, de modo que si en la primera oportunidad ninguno de los candidatos alcanza la mitad más uno de los sufragios, habrá de llevarse a cabo una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde, en la que sólo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las más altas votaciones, siendo declarado Presidente aquel que obtenga el mayor número de votos (art. 190).

- e. Se modificaron las reglas atinentes a los estados de excepción, sustituyendo la figura del Estado de Sitio -que se declaraba a raíz de guerra exterior o de conmoción interior- por dos instituciones diferentes, hoy contempladas en los artículos 212 y 213 de la Carta Política: el

Estado de Guerra y el Estado de Conmoción Interior. Se conservó el Estado de Emergencia que había instituido el Acto Legislativo 1 de 1968, aumentando la causal ecológica a las ya previstas de la emergencia económica, la social y la generada por una calamidad pública.

En esta materia, las restricciones contempladas por la Constitución de 1991 fueron varias, pues se quería eliminar hacia el futuro la posibilidad de regímenes excepcionales de larga duración como los que durante más de cuatro décadas fueron impuestos en Colombia, y garantizar que en todo caso las facultades presidenciales -antes amplísimas- estuvieran delimitadas, tanto en el tiempo como materialmente, por preceptos constitucionales (art. 214) y por una ley estatutaria que hoy es la número 137 de 1994.

Respecto a las atribuciones presidenciales, fue perentorio el ordenamiento, al prohibir de manera expresa que durante el Estado de Conmoción Interior, como antaño ocurría con el Estado de Sitio, los civiles sean juzgados por tribunales militares o cortes marciales, así como en excluir del ámbito de las medidas que se pueden adoptar durante el estado de emergencia, normas orientadas a desmejorar por decreto los derechos sociales de los trabajadores.

Sobre ese mismo cúmulo de atribuciones excepcionales, la Constitución dejó en claro que el Presidente y sus ministros, so pretexto de un estado excepcional, no quedan habilitados para suspender ni limitar los derechos humanos ni las libertades fundamentales; que en todo caso tendrán que respetar las reglas del Derecho Internacional Humanitario; que no se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado; que las medidas por adoptar deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos; y que el Presidente de la República y sus ministros serán responsables cuando declaren los estados de excepción sin haber ocurrido los casos de

guerra exterior o de conmoción interior, y lo serán también, al igual que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de sus facultades.

Así mismo, fue garantizado el control político en cabeza del Congreso y el control jurídico en cabeza de la Corte Constitucional, que hoy, a diferencia de lo practicado inveteradamente por la Corte Suprema de Justicia, lo ejerce tanto desde el punto de vista formal como desde la perspectiva material, inclusive cuando se trata del decreto declaratorio del estado excepcional respectivo (A partir de la Sentencia C-004 de 1992, indefinidamente, pues en la actualidad el control material ya no es solamente jurisprudencia sino que tiene el carácter de cosa juzgada constitucional desde 2002).

- f. También en materia de facultades extraordinarias, que a lo largo del siglo pasado fueron concebidas con largueza por los congresos y usadas a discreción por los gobiernos, la Carta Política de 1991 estipuló restricciones. Por ejemplo, exigió la iniciativa exclusiva del Gobierno para que los congresistas no estuvieran tentados a deshacerse generosamente de sus atribuciones legislativas *"motu proprio"*; estableció una mayoría calificada de la mitad más uno de los miembros de una y otra cámara; y prohibió la habilitación legislativa para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, marco, o para decretar impuestos. Y, desde luego, señaló un límite temporal (hasta por seis meses) al otorgamiento de facultades, subrayando los antiguos requisitos según los cuales el Congreso únicamente puede conceder facultades "cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje", y el Presidente de la República, a su vez, no puede dictar decretos con fuerza de ley sino dentro del estricto ámbito preciso, delimitado y expreso plasmado en la letra de la ley de facultades.

Las reformas

El escaso sentimiento constitucional colombiano se hace evidente en la circunstancia de haber sido agregados, durante la legislatura que culminó el 20 de junio de 2011 la cifra de seis actos legislativos: el que elimina los conflictos de intereses de los miembros del Congreso cuando se trata de aprobar enmiendas constitucionales; el que suprime el carácter constitucional de la Comisión Nacional de Televisión; el que condiciona la efectividad de los derechos y las sentencias judiciales a ese concepto inasible de la "sostenibilidad fiscal", que hará del Estado Social de Derecho nada más que letra muerta; el que reforma las disposiciones originales en materia de regalías; el que permite a la Fiscal General de la Nación delegar algunas de sus atribuciones específicas, y el que facilita la incorporación de empleados provisionales y encargados a la carrera administrativa.

Es decir, vamos en treinta y cinco reformas constitucionales, en cuya virtud el Estatuto original aprobado por los delegatarios ha sufrido mutaciones y desfiguraciones que lo hacen irreconocible.

Pero, además, se anuncian otros cambios. El Gobierno quiere reformar la administración de justicia; y van y vienen propuestas e iniciativas, como las de acabar con el Consejo Superior de la Judicatura, aumentar la edad de retiro forzoso de los



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/tonymadrid/>

magistrados de las altas corporaciones, o subir a doce años el período de los mismos.

Sobre la acción de tutela, ya fuertemente golpeada por el engendro de la sostenibilidad fiscal, no cesan los anteproyectos de reforma, muchos de ellos orientados a su práctica inutilización -aunque proclamando las bondades de la figura, para no alarmar al pueblo-, dando gusto a los nostálgicos de la Constitución de 1886, quienes quisieran además, si pueden, derogar buena parte de la Carta de derechos aprobada en 1991. Otra vez el criterio mendaz que consiste en matar el espíritu pero conservando la letra de las normas, para mostrarlas.

La Constitución se aprobó con un sentido de permanencia que, como ya lo manifesté, al decir de la Corte Suprema en uno de sus fallos previos a la Constituyente, quería introducir la paz mediante el reconocimiento de los derechos.

Pero, contra esas buenas intenciones, lo cierto es que el Congreso no ha ejercido de manera responsable su función de reforma, ni los gobiernos han sido serios al presentar sus iniciativas. Han “manoseado” la Constitución para convertir sus principios en meras teorías y para contrarrestar los fallos de la Corte Constitucional. Se le ha tomado demasiada confianza al mecanismo de la reforma constitucional, y una Carta Política formalmente rígida -como corresponde a las constituciones escritas- se ha venido flexibilizando, al punto de convertirse en un ordenamiento provisional y cambiante.

Continúan, en su vigésimo aniversario, las reformas y propuestas de modificación o adición a la Carta Política de 1991. Con los cinco nuevos actos legislativos, llevamos treinta y cuatro reformas en veinte años, y se preparan otras.

Es verdad que, como arriba hemos afirmado, una constitución política no puede tener el carácter de irreformable, so pretexto de ser perfecta, por cuanto su excesiva rigidez conduce a que sea superada y revaluada por los hechos políticos, y por los de orden social, económico y ecológico. Pero tampoco se puede convertir en un estatu-

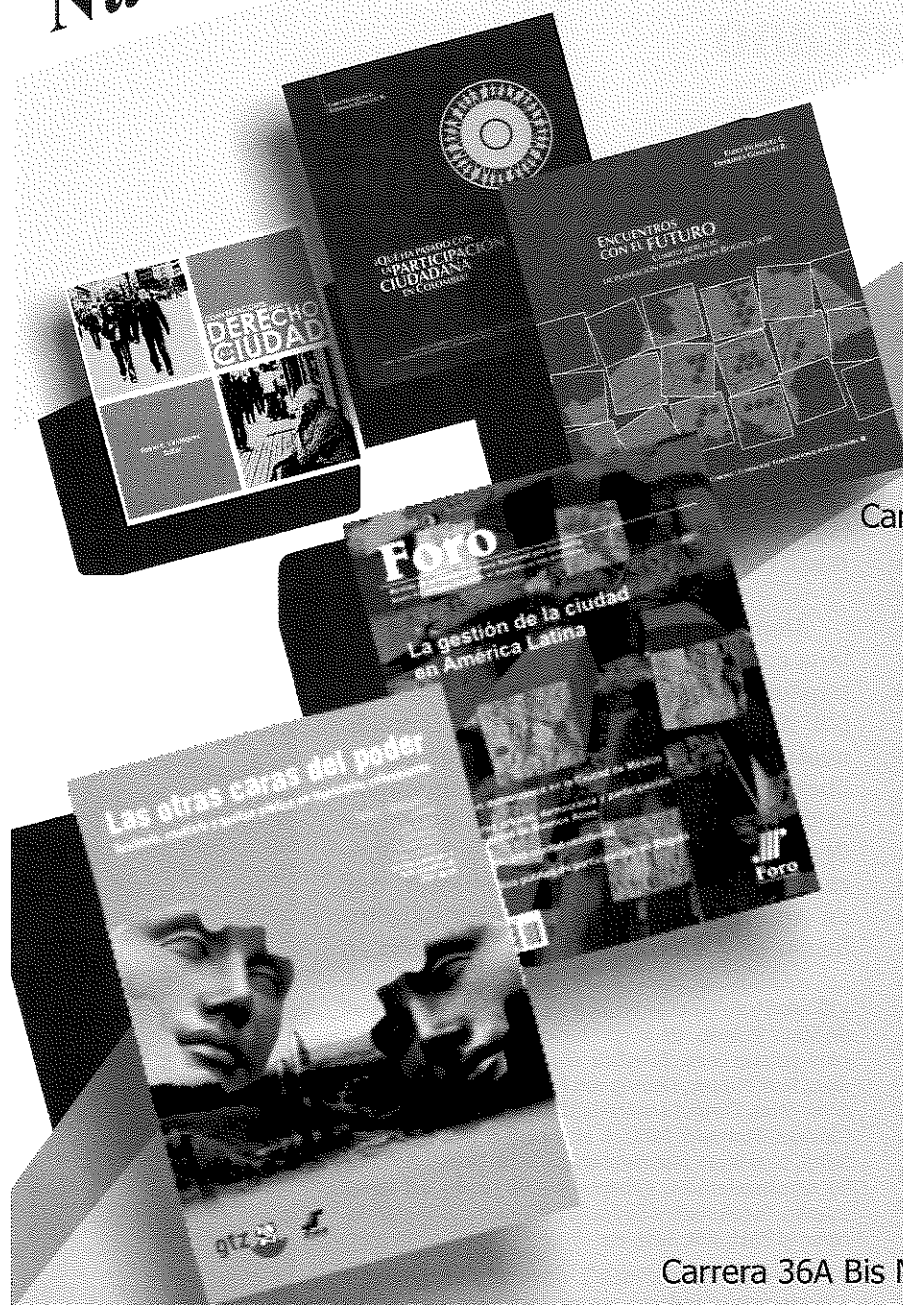
to débil, de cortísima vigencia, cuyo articulado sufra permanentes transformaciones, sin orden ni concierto. De modo que las constituciones han de prever los procedimientos para su actualización y ajuste, así como los límites para el poder de reforma, pero los órganos competentes solamente deben proceder en tal sentido cuando las necesidades de la colectividad así lo impongan.

La Constitución, en cuanto base política y sustento jurídico de la organización estatal, tiene, por su misma naturaleza, una vocación de permanencia y estabilidad, por lo cual, sin caer en la tesis de la absoluta irreformabilidad, tales órganos, al promover y tramitar las enmiendas constitucionales, tienen que hacerlo con enorme cuidado, y con la indispensable técnica constitucional. Con *sindéresis* y con prudencia, para no llegar al extremo de anonadar, a punta de enmiendas parciales y coyunturales, el sistema jurídico creado por el Constituyente originario. Y si ello acontece, la reforma no se puede improvisar por razones menores, sino con la mira puesta en el mejoramiento y no en la destrucción de lo existente, pues los resultados de la improvisación -como viene ocurriendo en Colombia- son la confusión, el desorden normativo y la inseguridad jurídica.

Los gobiernos y los congresos colombianos se han acostumbrado a cambiar, sin coherencia alguna, toda norma constitucional que les incomoda, y por ese camino vamos a la total desistitucionalización del Estado.



Nuestras publicaciones



Adquiéralas en:

Bogotá:

Foro Nacional por Colombia
Carrera 4A No. 27-62. Tel: 2822550

Librería Lerner - Centro
Avenida Jiménez No. 4-35
Tel: 3347826

Librería Lerner - Norte
Calle 92 No. 15-23
Tel: 2360580

Aleandría Libros
Calle 72 No. 14-32
Tel: 2351619

Librería Universidad Nacional
Calle 20 No. 7-15

Cali:

Foro Capítulo Valle del Cauca
Carrera 36A Bis No. 6-35 Tel: 5581534 - 5141141

Barranquilla:

Foro Costa Atlántica
Calle 56 No. 44-107. Tel: 3040194.

La Constitución de 1991 y el Constitucionalismo contemporáneo latinoamericano

Gabriel Bustamante Peña*

La Constitución colombiana de 1991 fue expedida en un momento de ruptura histórica global, época convulsionada en la que el mundo sufrió fuertes transformaciones políticas, sociales y económicas de todo tipo. Procesos que rompieron con los paradigmas de construcción cultural y legal de las sociedades, y que afectaron particularmente a los países latinoamericanos que, o no conocían la democracia, o convivían con proyectos democráticos falsos o fallidos.

Mientras en Europa y Norte América, después de la segunda guerra mundial (donde se derrotó el autoritarismo nazi y el fascismo), comenzó el proceso de desarrollo democrático de la mano con la carta universal de los derechos humanos (1948), en América Latina la democracia se instaló como un discurso que legitimó la persecución anticomunista y justificó la represión social y política, con la implantación de regímenes dictatoriales a través de los cuales los militares acabaron las instituciones con sendos golpes de Estado que se desarrollaron con especiales procesos de violación de derechos humanos en países como Brasil (1964), Chile (1973), o Argentina (1974).

Por eso, la democracia contemporánea que se configuró con la posguerra, sólo llega-

ría a América Latina en los últimos años del siglo XX, cuando se acabaron las dictaduras en Ecuador (1978), Perú (1980), Bolivia (1982), Argentina (1983), Uruguay (1984), Brasil (1985) y Chile (1990), entre otros.

Democracia que en la región se instalaría como un discurso modernizador para implantar las políticas de ajuste estructural, por medio de la imposición del llamado neoliberalismo¹. Un programa ortodoxo liberal que llegó a acabar de dismantelar lo que las dictaduras no terminaron de destruir: las garantías sociales y económicas del modelo de Estado Bienestar, que en América Latina se aplicaron bajo los llamados gobiernos populistas² (Perón en

¹ El neoliberalismo se originó en 1947 bajo la sociedad de Mont Pelerin, de la que hicieron parte ideólogos y economistas como Friedrich Von Hayek, Milton Friedman, Karl Popper, Ludwig von Mises, Walter Lippman, entre otros. Después se trasladó a los EEUU (Escuela de Chicago, Harvard, MIT...). Hoy bajo el foro de Davos, Suiza, se reúnen representantes de los países ricos, de las transnacionales, gobernantes de países del tercer mundo, funcionarios de los organismos multilaterales como el FMI, BM, BID, etc.

² El término "populismo", vinculado inicialmente a gobiernos populares por sus políticas sociales de inclusión de sectores históricamente marginados, sufrió una deconstrucción política y académica, dirigida por diferentes sectores neoliberales, al punto que lo llevaron a tener connotaciones peyorativas, vinculadas a la demagogia y al mal gobierno.



* Abogado, Magister en Estudios Políticos, asesor Jurídico-Político de la Corporación Viva la Ciudadanía.

Argentina o Getulio Vargas en Brasil), cuyo fin era superar los Estados oligárquicos por Estados populares e incluyentes.

Colombia, que se ufana de ser la democracia más antigua de América Latina, no estuvo libre de los procesos de represión política y social de la época; por el contrario, el hecho de no haber llegado al modelo de dictadura militar del Cono Sur no se dio por la fuerza de la tradición democrática, sino porque las agresiones políticas de mitad del siglo XX fueron de tal magnitud, que asesinaron prematuramente el proyecto populista que encarnaba Jorge Eliecer Gaitán, y con su magnicidio desataron una oleada de muerte y violación de derechos humanos sin precedentes, a la cual no tuvieron más remedio que llamar “la violencia”.

Posteriormente, el remedio resultó peor que la enfermedad: el Frente Nacional acabaría las disputas partidistas pero generaría la asfixia del sistema político y aumentaría la persecución política y social, transformando la violencia partidaria en violencia social y guerrillera.

De la confusión política al desencanto democrático

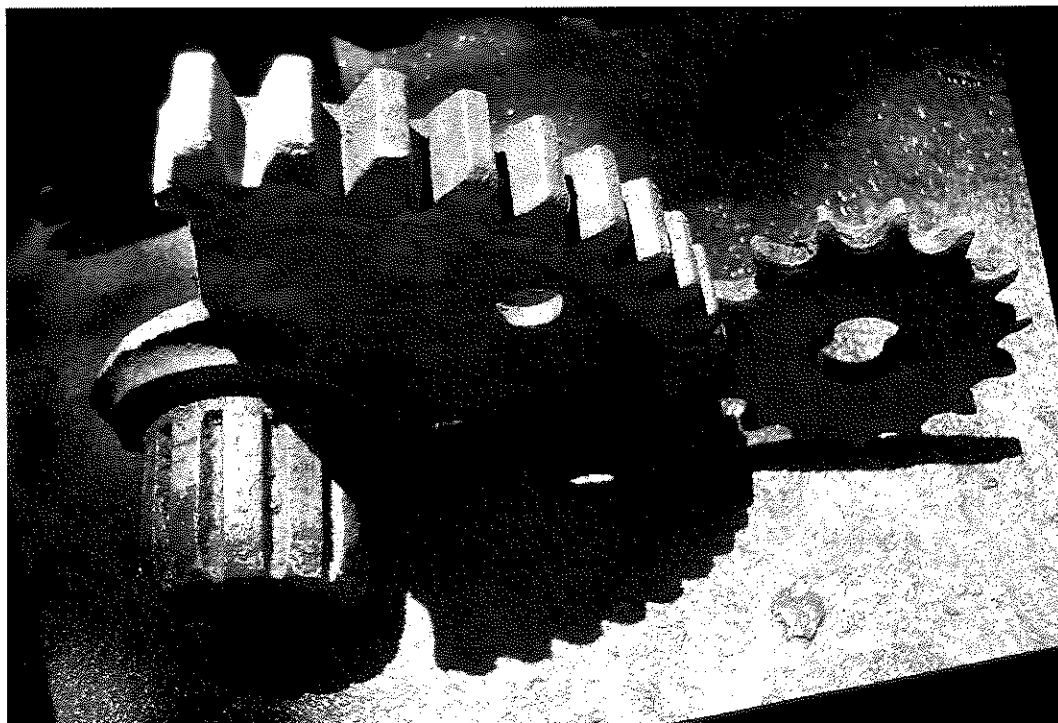
El final del siglo XX fue tan transformador como desconcertante, una época de caos político embargó a la gran mayoría de países, ya que, en un período muy corto de tiempo, la humanidad asistió a sucesos tan radicales que reconfiguraron lo que conocíamos como Estado, sociedad y democracia.

Entre los principales eventos que se presentaron en los años 80 y principios de los 90 tenemos: el desmonte del Estado bienestar europeo y el keynesianismo norteamericano; la irrupción de gobiernos neoliberales en Europa y Estados Unidos, y la imposición de planes de ajuste estructural en América Latina; la consolidación de la restringida democracia representativa y el fin de las dictaduras latinoamericanas; el ascenso de la participación ciudadana por la construcción de un renovado poder constituyente; la madurez política de actores sociales, como los jóvenes y las mujeres, y su incisiva presión sobre las agendas públicas; la redefinición

de los proyectos nacionales a través de la discusión de multiculturalidad, que acentuó la creciente migración y el surgimiento de las reivindicaciones indígenas y afrodescendientes; la aceleración de los procesos globales de comunicación, especialmente por la aparición y masificación de la internet, y la imperiosa necesidad de conectarse con el mundo; el activo desarrollo de la globalización política y el creciente poder de los organismos supranacionales de defensa y promoción de los derechos humanos, que lograron reafirmar un discurso global frente a los mismos; la conciencia mundial frente a la urgente necesidad de proteger el medio ambiente y la creciente tragedia ecológica de todo orden; la crisis ideológica y política que generó la caída del comunismo real y la desintegración de la Unión Soviética, con la consecuente mirada unipolar del mundo que se pretendió imponer, con el aparente triunfo ideológico y pragmático del modelo de mundialización neoliberal norteamericano.

Todos los sucesos descritos, sumados a los procesos de desinstitucionalización del país por los fenómenos de la violencia política, social, y especialmente de la narco-guerra de los años 80, fueron factores que influyeron, consciente o inconscientemente, tanto en las discusiones previas, como en las deliberaciones al interior de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 en Colombia, especialmente, en la revisión profunda del modelo estatal colombiano. Modelo que terminó configurándose como un Estado social y democrático de derecho, con la particularidad de estar construido para responder a los problemas propios del país, en el marco de un escenario de cambios regionales y mundiales.

De ahí que, si bien es cierto que la Constitución colombiana se apoya en el desarrollo histórico del constitucionalismo social europeo de la época -especialmente el Alemán y el Español- y recoge parte del desarrollo constitucional latinoamericano, caracterizado por la aspiración de integración regional, la inclusión de sectores historicamente marginados y la urgente necesidad de protección de los derechos humanos, tanto sus contenidos específicos, como la forma en que se concertó la Carta,



y la crisis a la que respondió este proceso son un reflejo de la voluntad nacional de no sólo cambiar radicalmente un modelo político atravesado por procesos de violencia y exclusión política, social y cultural, sino de reconstituir la nación bajo un proyecto democrático acorde a los retos que imponía la llegada del siglo XXI. Y es por esta impronta, que la Constitución colombiana se convirtió en una expresión original del nuevo constitucionalismo latinoamericano, y en un referente de los procesos constituyentes posteriores en la región.

Características del nuevo constitucionalismo latinoamericano

El nuevo constitucionalismo latinoamericano está atravesado por dos etapas principales: la primera, en el marco de la llegada de la democracia representativa contemporánea, a la región con la superación de las dictaduras, la consolidación constitucional de los derechos humanos y la contradictoria imposición del modelo de integración neoliberal; y la segunda, con la irrupción de nuevos y fortalecidos movimientos sociales y culturales, con la configuración de nuevas luchas y reivindicaciones ciudadanas, con la llegada al poder de gobiernos alternativos

o de izquierda en la región, la aparición de nuevos partidos políticos a la vida local y nacional, y la configuración de un intenso debate sobre el papel de la democracia y la participación ciudadana, en la complejidad de todos estos procesos de cambio político.

Entre estas dos etapas de construcción constitucional la Carta colombiana de 1991, tanto por su aparición histórica, su papel de referente institucional y su modelo de transición democrática, ha jugado un papel importante para la reinterpretación de los contratos sociales en los países latinoamericanos, especialmente por los aportes, referencias y complementos que entregó en los siguientes aspectos:

1. En el innovador papel que le dio al constitucionalismo para la superación de graves crisis de institucionalidad

En los años 80, a la tragedia institucional generada por la corrupción y el sistema clientelista del Frente Nacional, y a la violencia social y guerrillera, vendría a sumarse un factor mucho más desestabilizador y degradante: el narcotráfico.

En el Gobierno de Julio César Turbay Ayala (1978-1982) se dio inicio a la infiltración mafiosa del Estado y al amancebamiento

del narcotráfico con la clase política; se dispararon las violaciones de derechos humanos por parte de la fuerza pública y apareció el paramilitarismo.

Con Belisario Betancur (1982-1986), en medio de un frustrado proceso de paz con las guerrillas, la narco-política asesinaría al Ministro de Justicia, Rodrigo Lara Bonilla. Ante esto, Betancur aplicó la extradición y declaró la guerra al narcoterrorismo. A lo largo de la segunda mitad de los ochenta, los narcos plagaron de bombas las calles de las principales ciudades; volaron centros comerciales; hicieron explotar un avión de Avianca en pleno vuelo; dinamitaron sedes de medios de comunicación; destruyeron el edificio del Das, donde murieron más de ochenta personas; asesinaron a centenares de jueces, policías y periodistas; mataron al director del diario *El Espectador*, Don Guillermo Cano, al procurador Mauro Hoyos, al Coronel Ramírez y a tres candidatos presidenciales (Pizarro, Jaramillo Ossa y Galán).

Fue esta la tragedia que tuvo que enfrentar Colombia en el momento de replantear su proyecto nacional. Y por eso, el proceso Constituyente colombiano ha sido fuente de inspiración para muchos países en la región que han compartido la desventura de tener que convivir con crisis nacionales, donde se mezclan violaciones de derechos humanos, corrupción política, violencia social, profundas iniquidades y mafias del narcotráfico. En ellos, las respectivas cartas políticas no tenían como responder ante principios y marcos de actuación obsoletos para los retos de la época. Situaciones de enorme complejidad por las que terminaron con sendas reformas constitucionales o procesos constituyentes, evocando directa o indirectamente la experiencia colombiana.

2. En el carácter participativo y plural que le imprimió al proceso constituyente, tanto en su convocatoria como en su elaboración

La Constitución colombiana fue el fruto de la convergencia de múltiples y variados procesos de participación ciudadana, social y política que se desarrollaron para hacer frente a la crisis de todo orden que vivía el

país. Por un lado, la Constitución de 1991 fue el resultado del movimiento por la paz de los 80, del nuevo planteamiento político que trajeron los derechos humanos (civiles y políticos; económicos, sociales y culturales; y colectivos y del medio ambiente), y de las conversaciones con los grupos insurgentes de la época, lo que la convierte en un auténtico pacto de reconciliación donde efectivamente confluyeron las guerrillas del Movimiento Diecinueve de Abril, M-19; el grupo indígena, Manuel Quintín Lame; el Ejército Popular de Liberación, EPL, el Partido Revolucionario de los Trabajadores, PRT; y, posteriormente, la Corriente de Renovación Socialista, CRS.

Con este importante pacto de paz, la Constitución de 1991 no acabó con la violencia en Colombia (al quedar vivo el narcotráfico, el paramilitarismo y las guerrillas de las Farc y el Eln), pero sí deslegitimó la lucha armada como forma para llegar al poder. Proceso que influenció fuertemente los movimientos sociales y contestatarios de toda América Latina, que fueron desligándose rápidamente de la violencia política y evolucionaron hacia formas organizadas con vocación de poder, por la vía de la participación social y electoral.

Desde el punto de vista histórico y constitucional, la Carta de 1991 marca un hito al permitir el tránsito de la lucha armada a la contienda política, en un período en el que, a la par que se derrumbaba el bloque socialista, desaparecían las dictaduras y se consolidaba la democracia representativa (como forma civilizada de dirimir los conflictos). La Constitución colombiana generó de esta forma el referente institucional para la superación de la violencia política en este nuevo contexto.

La fuerte presencia del M-19 en la Asamblea Nacional Constituyente y su posterior llegada a alcaldías, gobernaciones y al Congreso de la República; la aparición de la jurisdicción especial indígena, por la cual representantes del antiguo Quintín Lame llegaron al Senado, y la conformación de sus gobiernos propios, a través de sus autoridades tradicionales y con competencias en sus territorios; o la presencia activa

en influyentes organizaciones de la sociedad civil, o en altas posiciones del Estado de ex miembros de otros movimientos guerrilleros, tuvieron que ser definitivas para la comprensión del momento histórico y del nuevo papel político de la ciudadanía en toda Latinoamérica.

Referente que no se pudo encontrar en otras experiencias de concertación, como la de Nicaragua, donde el proceso constituyente estuvo signado por el triunfo de la revolución sandinista; o en el Brasil, donde la enorme movilización ciudadana y sindical que derrotó la dictadura no pudo superar los intereses de los poderes dominantes que impidieron la elección de una Asamblea Nacional Constituyente amplia y soberana, y, por el contrario, delegaron el poder constituyente en el Congreso de la República, el cual sufría de fuertes señalamientos de ilegalidad; o en Chile, donde se pactaron 54 reformas constitucionales para superar la dictadura en 1989, pero manejados por el gobierno militar en el poder.

Además, el proceso de convocatoria a la Constituyente fue impulsado por un movimiento juvenil y estudiantil que en primera instancia se denominó: "Aún podemos salvar a Colombia". Y que, posteriormente, con el proyecto político de reformar la Constitución, parar la violencia y darle un aire institucional al país, tomó el nombre de movimiento por la séptima papeleta³, el cual fue acompañado por diversas expresiones de la sociedad colombiana como el grupo de Mujeres por la Constituyente, Universidades, plataformas de ONG de derechos humanos, medios de comunicación y por último, y arrinconados por la crisis, la clase política colombiana.

Ese movimiento ciudadano reconfiguró la soberanía popular y reconstruyó el poder constituyente del pueblo como fundamento sagrado de la vida política, proceso que de

3 El movimiento por la séptima papeleta tuvo como fin generar un hecho político que le diera legitimidad al proceso constituyente, que la Constitución de 1886 había dejado sin posibilidades. Para esto, propusieron en las elecciones de 1990, donde se realizarían las seis elecciones tradicionales, incluir una nueva papeleta en la que el pueblo, como constituyente primario, exigía la convocatoria para cambiar la Constitución Nacional.



igual forma sirvió de referente a las dinámicas de cambio social y político de la región, que invocarían al constituyente primario para lograr los giros revolucionarios que las nuevas realidades exigían, y que debían ser plasmados en sendas constituciones tan populares como garantes de los derechos del pueblo.

Dado el carácter amplio y participativo del proceso constituyente, las cartas políticas fueron reflejo de estos ejercicios de inclusión, y por esto surge la fuerza de la democracia participativa y los mecanismos de participación directa del pueblo, que se configuraron como otro de los núcleos centrales del proceso constitucional latinoamericano, con diversas figuras que le dieron otro aspecto y relevancia a los desprestigiados sistemas políticos.

3. En la construcción constitucional de los derechos humanos en América Latina

La Carta colombiana de 1991 ayudó a cambiar la concepción constitucional tradicional en América Latina acerca de los derechos humanos, al pasar éstos de una visión dogmática de los mismos, sin fuerza de aplicación real y vistos como simples criterios de interpretación, a ser el fin primordial y el fundamento sobre el que se levanta el Estado colombiano por la vía de la dignidad humana (artículo 1 de la CP), los cuales deben ser garantizados efectivamente (art. 2, CP).

De ese modo, reforzó una línea adoptada en la Constitución de Nicaragua de 1987, en la que se adoptaron importantes avances en materia de derechos, libertades y garantías para el pueblo nicaragüense (Título IV de la CP). Y amplió y reforzó la carta de derechos constitucionales y garantías ciudadanas que trajo la Constitución Brasileira de 1988 (En su Título II), que además incluyó como fundamento del Estado Brasileiro la dignidad humana (artículo 1 CP).

Dignidad humana presente como vínculo característico de las cartas políticas latinoamericanas y punto de desarrollo común de los derechos humanos, como es apreciable en varios enunciados constitucionales, como el artículo 1 de la Constitución de Perú de 1993, según el cual “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; o el artículo 8 de la Constitución de Bolivia de 2009, que sustenta al Estado, entre otros valores, en el respeto la dignidad humana; o el artículo 3 de la Constitución de Venezuela de 1999, que estipula que “El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de las personas y el respeto a su dignidad”; o el artículo 11 de la Constitución de Ecuador de 2008, que protege todos los derechos derivados de la dignidad humana.

El constitucionalismo latinoamericano de las últimas décadas ha estado indudablemente ligado al desarrollo de los derechos humanos con mucha más fuerza que en otras partes del mundo, con la construcción de Cartas Políticas que, en algunos casos, tienen una amplia gama de derechos sin distinción fundamental, como es el caso de: Argentina, Bolivia, Chile, México o Uruguay; en otros, con una división bajo la tradicional clasificación en derechos civiles y políticos, sociales y económicos, como: Perú, Ecuador o el Salvador; y también con arquitecturas constitucionales más flexibles, donde se reconocen los derechos culturales, colectivos y del medio ambiente y derechos ciudadanos específicos como es el caso de Venezuela, Honduras, Nicaragua, Paraguay o Colombia.

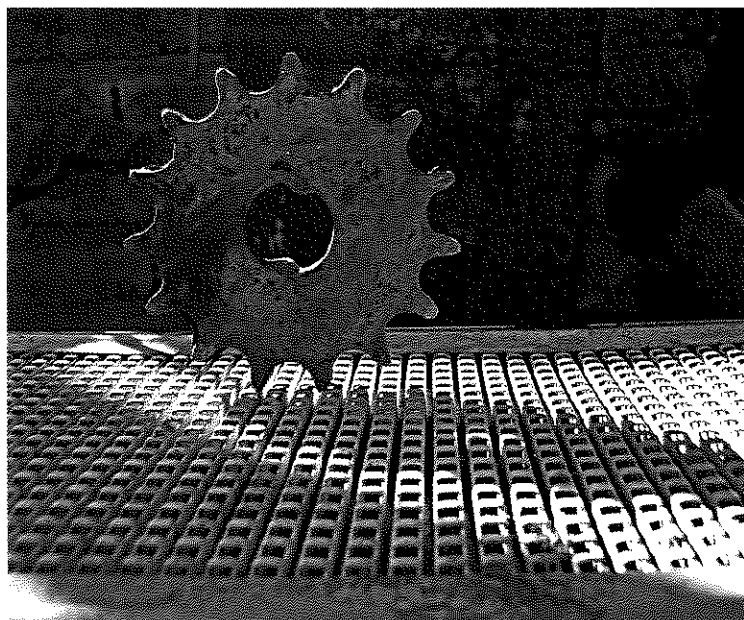
También es común a las constituciones latinoamericanas la prerrogativa de hacer extensivos los derechos humanos, más allá

de una enumeración taxativa de los mismos. Cláusulas abiertas de derechos fundamentales se pueden encontrar en todas las cartas de América Latina con excepción de Chile, México, Cuba y Panamá. De la misma forma, el desarrollo constitucional latinoamericano ha incorporado los tratados de derechos humanos, debidamente ratificados, como parte de sus respectivas constituciones, lo que en Colombia se desarrolló como parte fundamental del bloque de constitucionalidad, y que tiene, incluso, rango superior a otras disposiciones, como se enuncia también en la Constitución venezolana.

Esta voluntad generalizada de constitucionalizar los derechos humanos se debe a que, con especial rigor, los países de la región han vivido períodos de violencia, sea por la vía de las dictaduras militares, o por la represión institucional en medio de pseudo-democracias. Con lo cual la respuesta de los movimientos ciudadanos fue consolidar en las etapas de transición, cartas amplias y garantes de derechos y libertades.

4. En la innovación de mecanismos de protección de derechos humanos con la creación de la Acción de Tutela

Junto a la generosa carta de derechos fundamentales que tienen las Constituciones de la región, también ha sido un rasgo compartido la inclusión de mecanismos judiciales de protección de dichos derechos.



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/glaf/>

Sistemas de protección de los derechos humanos, que operan por fuera de la justicia ordinaria y que han sido llamados, en términos generales, como derechos de amparo.

Bajo las denominaciones de Amparo en Guatemala; de Juicio de Amparo en México; de Proceso de Amparo en el Salvador y Perú; de Acción de Amparo en Argentina, República Dominicana, Ecuador, Honduras, Paraguay, Uruguay y Venezuela; de Recurso de Amparo en Bolivia, Costa Rica, Nicaragua y Panamá; de Recurso de Protección en Chile; de Mandado de segurança en Brasil; y de Acción de Tutela en Colombia, todas las cartas de la región recurrieron a la estructuración de dicho sistema constitucional, ante la histórica deficiencia e inoperancia del sistema de justicia para garantizar la protección efectiva de los derechos constitucionales, y más con el pasado común de violencia y vulneración masiva de las garantías ciudadanas a lo largo y ancho de la región.

Ahora, pese a que el amparo como tal es una figura que apareció en México desde 1847, y que se difundió rápidamente en toda la región⁴ a través de varias y diversas herramientas de protección e incidencia ciudadana frente a la garantía de sus derechos fundamentales, como son el Habeas Corpus, las acciones de inconstitucionalidad, la casación frente a sentencias, las acciones agrarias, entre otras, la novedad de la tutela colombiana fue que se estipuló como una acción que se ejerce por la violación de un derecho fundamental, ante cualquier juez de la República, de forma sencilla, sin mayores consideraciones técnicas, al punto de poder ser invocada oralmente y, como es de su esencia, sin abogado.

⁴ El amparo fue introducido durante la segunda mitad del siglo XIX en las Constituciones de Guatemala (1879), El Salvador (1886) y Honduras (1894); y durante el siglo XX, en las Constituciones de Nicaragua (1911), Brasil (*mandado de segurança* 1934), Panamá (1941), Costa Rica (1946), Venezuela (1961), Bolivia, Paraguay, Ecuador (1967), Perú (1976), Chile (*recurso de protección*, 1976). En Colombia se consolidó el amparo con la acción de tutela en 1991, pero desde 1910 existía la acción de inconstitucionalidad, y a mediados del siglo XX se estipularon otros mecanismos de protección de derechos que no tomaron propiamente el nombre de amparo.

Por esto, la acción de tutela rompe cualquier antecedente frente a la efectividad en la protección y acceso a la justicia, ya que en menos de veinte años de su reglamentación cerca de cuatro millones de colombianos se han visto favorecidos por este mecanismo de protección constitucional. No se encuentra punto de comparación en toda la región.

Por otro lado, ante el vacío institucional, la ausencia de políticas públicas, o la ineficacia material de las mismas, la tutela se ha convertido en la fuente que sostiene en la realidad los postulados del Estado social y democrático de derecho, la vigencia material de los derechos fundamentales, especialmente los DESC, y el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado colombiano, relativas a derechos humanos.

Por la vía de la apropiación ciudadana, y de la mano de la Corte Constitucional (que creó la Constitución de 1991), la tutela se ha consolidado durante todos estos años como una herramienta ciudadana de transformación pacífica de la sociedad. Millones de personas decidieron enfrentar los abusos de todo tipo y reclamar sus derechos constitucionales ante la mirada perpleja de un país acostumbrado a la ineficacia de un paquidémico sistema judicial, al atropello del poder, a la violación sistemática de derechos humanos y a la imagen generalizada de que lo público era la relación de servicios mediada por el clientelismo.

Como dice el ex Magistrado de la Corte Constitucional, Manuel José Cepeda: "la tutela se convirtió en un puente entre la realidad y la Constitución que va más allá de un mecanismo jurídico, para convertirse en una fuente material de goce efectivo de derechos."⁵ Por eso, la tutela es vista en su sentido más amplio como un reto permanente a la Constitución frente a una realidad contraria a los derechos fundamentales.

De ahí que, ante violaciones masivas y generalizadas de derechos humanos y la imposibilidad de proteger los derechos constitucionales de grandes franjas de la población a través de tutelas individuales,

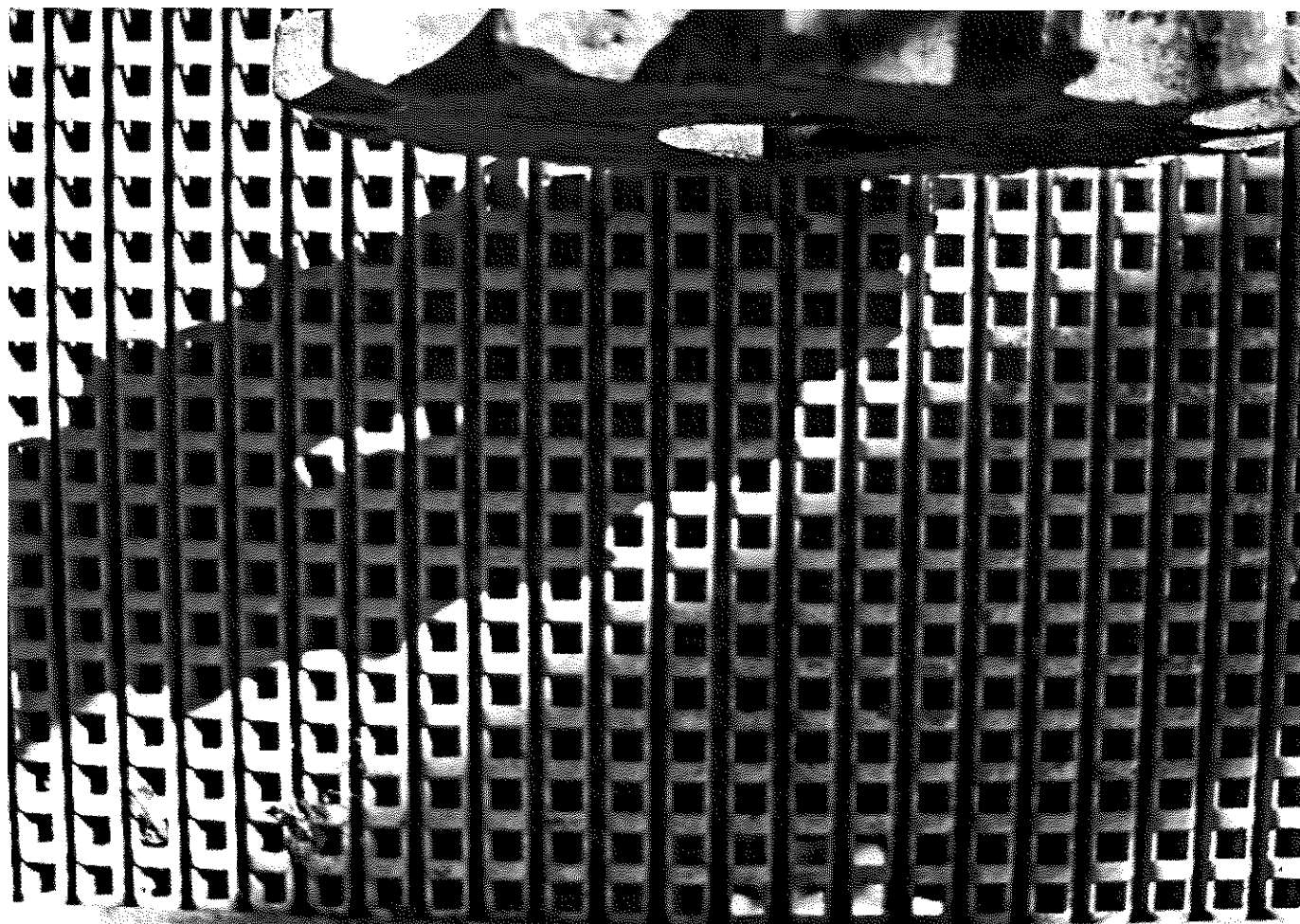
⁵ Ibidem

surge por la jurisprudencia de la Corte el desarrollo social de la acción de tutela, a través de sentencias estructurales como la T-760 de 2008, que obliga al gobierno colombiano a construir un Plan Obligatorio de Salud más incluyente, realmente garante del derecho constitucional a la salud y en igualdad de condiciones para todos los colombianos; o la forma más elaborada de tutela social, los estados de cosas inconstitucionales, donde la Corte evidencia una violación masiva de derechos humanos de un grupo determinado y la falta de voluntad e incapacidad del Estado para poner fin a esa realidad contraria a la Constitución.

Es el caso, por ejemplo, de la sentencia T-025 de 2004, que declaró el estado de cosas inconstitucional frente a la situación de la población desplazada y obligó al gobierno colombiano a disponer de los recursos necesarios, generar políticas públicas integrales y coordinar la acción

del Estado para atender oportuna y eficazmente a la población víctima de este flagelo. Población que llega ya a cuatro millones de personas, en su mayoría niños, niñas y mujeres cabeza de familia, y que vive su tragedia humanitaria en situación de extrema pobreza y desprotección estatal.

Este referente constitucional y jurisprudencial colombiano también ha empezado a permear el papel de la justicia en el ámbito de protección de los derechos fundamentales en toda América Latina, proceso de discusión que marca hoy el derrotero del futuro del derecho constitucional, de la efectividad de los derechos humanos y de la reconfiguración judicial del Estado, por medio del parámetro que las sentencias estructurales de la Corte colombiana están marcando, en su competencia como jueces de tutela y garantes de la aplicación en la realidad del Estado social y democrático de derecho.



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/glaf/>

La Constitución de 1991 y la adopción del Estado Social de Derecho¹

Rodrigo Uprimny*

La Asamblea Constituyente de 1991 tuvo una composición bastante pluralista, para los estándares colombianos. Este carácter, así como un cierto optimismo que se vivió en esa coyuntura histórica, debido a la negociación de paz exitosa con algunas fuerzas insurgentes -como el M-19 y el EPL- y a las mismas esperanzas cifradas en el proceso constituyente, llevó a que en la asamblea tendiera a dominar el siguiente diagnóstico: la exclusión social, la intolerancia, las limitaciones a la participación política y las violaciones a los derechos humanos eran algunos de los factores esenciales de la crisis colombiana. La nueva Constitución debía entonces enfrentar esos defectos de la política y la sociedad colombianas; había entonces que instituir un orden constitucional, que controlara la arbitrariedad estatal, favoreciera la participación de nuevas

fuerzas políticas, estimulara el pluralismo y lograra mayor justicia social².

Los Constituyentes creyeron encontrar en la idea del Estado social y democrático de derecho, de amplia aceptación en el derecho constitucional contemporáneo³, una fórmula

2 Para una visión optimista del proceso y de las posibilidades democráticas de la Asamblea Constituyente, por un delegado de parte de grupos alternativos, ver Fals Borda (1991). Según este autor, debido a la composición pluralista y al sistema de votación, que exigía mayorías calificadas, "todos los grupos delegatarios de la Asamblea tuvieron que buscar consensos y organizar diálogos y transacciones para llegar a decisiones; ninguno impuso totalmente su pensamiento o sus designios" (p 55). Pero, señala Fals, en su espíritu ecléctico y pragmático, la Asamblea tendió hacia una visión de ampliación de la precaria democracia colombiana como forma de superación de la crisis de comienzos de los noventa. Alvaro Echeverry Uruburu (1991), también constituyente por grupos alternativos, comparte esa visión. En su texto resalta el espíritu de consenso de la Asamblea que aprobó una Carta "tolerante, que busca la justicia y la solidaridad social y que entiende que la riqueza de la población colombiana está en su diversidad". En el mismo sentido, ver el trabajo del entonces consejero presidencial Manuel José Cepeda, quien también insiste en que la Asamblea tendió a un consenso de ampliación democrática.

3 La bibliografía sobre el Estado social, su formación y su crisis, es muy extensa. Ver, por ejemplo, entre otros, Requejo Coll (1994). Igualmente, García Cotarelo (1988).

1 Este artículo es una versión abreviada y actualizada de un texto presentado para el balance de los 10 años de la Constitución de 1991. Ver Uprimny (1992). Creo que 10 años después, las tesis esenciales de ese artículo se mantienen y por ello puede ser útil actualizarlo y publicarlo nuevamente.



* Director del Centro de Estudios "Dejusticia" y profesor de la Universidad Nacional.

política que, enriquecida con los aportes del multiculturalismo y del reconocimiento de la diversidad, permitiría poner en marcha ese proyecto histórico de desarrollar una sociedad menos arbitraria y más pluralista⁴, participativa y justa.

Todo lo anterior explica entonces no sólo que el texto constitucional empiece señalando que Colombia es un Estado social de derecho (ESD), democrático, participativo y pluralista, sino que, además, la Corte Constitucional haya conferido, desde sus primeras sentencias, una gran importancia normativa a la adopción de esa fórmula política⁵. La Constitución de 1991, siguiendo la terminología de Teitel (1997), no es un texto que mire hacia atrás (“backward looking”) sino que se proyecta hacia el futuro (“forward looking”) pues, más que intentar codificar las relaciones de poder existentes, ese documento jurídico tiende a delinear un modelo de sociedad a construir. En este proceso constituyente, la sociedad colombiana, por medio de sus representantes en la Asamblea, parecía haber formulado una apuesta por un futuro mejor, a través de la adopción de la fórmula constitucional del ESD, que debería haber permitido una profundización de la democracia en el país.

Esta incorporación del ESD ha sido sin embargo controvertida pues mientras que algunos analistas consideran que el proceso

de 1991 acertó en su visión de poner en marcha un ESD, otros critican severamente esa opción y consideran que es equivocada y acentúa los problemas de la sociedad colombiana. Esa polémica es la que intentaré evaluar a continuación.

Ahora bien, la fórmula del ESD suscita controversias no sólo sobre su legitimidad y sus posibilidades de realización sino incluso sobre su mismo significado conceptual. Por ello, es necesario indicar previamente qué entiende uno por un ESD, para luego evaluar si la Constitución de 1991 acertó al adoptar esa fórmula constitucional. Esto explica la estructura de este artículo, que i) comienza por realizar brevemente una aproximación a la noción del ESD, para luego ii) abordar las tensiones de este tipo de fórmula constitucional y las discusiones que ha suscitado. Este examen nos permitirá iii) defender su adopción por la Constitución de 1991. El texto termina iv) con unas breves consideraciones sobre los retos que tenemos si queremos realmente materializar los ideal del ESD.

Una aproximación a la noción de ESD pluricultural

El Estado moderno se define por su monopolio de la violencia: con ello busca evitar los peligros que, para la convivencia social, derivan de la multiplicación de poderes armados privados. El Estado pretende encarnar la paz y ser así -a veces sin éxito como lo demuestra el caso colombiano- la negación de la hipótesis hobbesiana de la guerra de todos contra todos. Pero los riesgos de ese monopolio de la violencia, en términos de opresión al individuo y a la sociedad, obligan a someter la coacción estatal a reglas que aseguren los derechos ciudadanos: el Estado deviene Estado de derecho. A los temores de Hobbes se suman entonces las enseñanzas de Locke y Montesquieu sobre el gobierno controlado, por lo cual las diversas formas de coacción estatal y de regulación pública de la conducta son diferenciadas y atribuidas a distintos órganos, por medio de la separación de poderes, a fin de garantizar de esa manera los derechos inviolables de la persona e instaurar un gobierno de leyes y no de hombres. Además esas reglas

4 En este texto, asumo que la defensa del pluralismo y la construcción de una sociedad multicultural son tareas políticas y jurídicas similares, en cuanto implican el reconocimiento y la promoción de la diversidad, en sus distintas formas. Como es obvio, muchos autores, como Sartori, se oponen, con buenas razones, a esa asimilación. Sin embargo, en la medida en que el debate sobre el multiculturalismo no es el eje de mi análisis en este texto, que está más centrado en las polémicas que suscita la cláusula social del Estado colombiano, he preferido no adentrarme en la discusión sobre multiculturalismo, y mantener, por razones de economía de lenguaje, la identificación entre multiculturalismo y pluralismo.

5 Ver, por ejemplo, la sentencia T-406 de 1992, en donde la Corte insiste en que la fórmula del Estado social no es una muletilla retórica sino que tiene profundas implicaciones normativas, entre las cuales que es deber de los jueces asegurar la vigencia de los derechos constitucionales e, incluso en ciertos casos, de los derechos sociales. Una parte importante del activismo de la Corte Constitucional se encuentra entonces ligado a la constitucionalización del Estado social en la Carta de 1991.

reguladoras del poder político deben ser pública y democráticamente discutidas y consentidas por todos los eventuales afectados: el Estado de derecho pretende entonces ser democrático, al buscar, con Rousseau, su fundamento en la voluntad popular. Finalmente, esa organización política debe asegurar una cierta equidad social y una satisfacción mínima de las necesidades vitales de todos, para evitar no sólo que la pobreza afecte la posibilidad misma de llevar una vida digna sino, además, que la desigualdad económica se traduzca en formas de dependencia personal que atenten contra la libertad individual y desfiguren la participación política. La crítica socialista completa así con Rousseau, Hobbes y Locke, la base ideológica -llena de tensiones- sobre la que se edifica el moderno Estado social y democrático de derecho, que recibió consagración jurídica en la Constitución de 1991.

El ESD es entonces un resultado complejo, a veces contradictorio, de tres tradiciones diversas, que en cierta medida representan los diferentes componentes ideológicos y los principios constitutivos de este tipo de Estado.

De un lado, es un Estado liberal, que recoge las aspiraciones del Estado de derecho clásico del Siglo XIX. Según esta filosofía, lo importante es el control al Estado a fin de limitarlo, por mecanismos como la división de poderes y el control constitucional. Prima entonces la protección de las llamadas libertades contra el Estado, por lo cual la democracia es entendida ante todo como un procedimiento que limita la arbitrariedad del poder para asegurar esos derechos de las personas. La libertad es definida entonces como la ausencia de interferencias a nuestra autonomía, esto es, según la clásica definición de Benjamin Constant, la libertad es el plácido goce de la independencia individual. La igualdad que se protege es la igualdad formal ante la ley, esto es, una igualdad al servicio de las libertades, puesto que en el fondo la pretensión del pensamiento liberal es que las libertades de todos los ciudadanos sean igualmente protegidas



De otro lado, es un Estado democrático que reposa en la soberanía popular, esto es, en la igualdad de las personas en el diseño de las instituciones y en la formación de la voluntad política. Lo importante desde esta perspectiva es el origen de las decisiones jurídicas y políticas, por lo cual la democracia, conforme a las clásicas enseñanzas de Rousseau, es entendida como un procedimiento igualitario de formación del poder con base en el predominio del principio de mayoría. La libertad es entonces definida como la participación en los destinos colectivos del orden político, pues es libre aquél que sigue la norma que él mismo se ha dado, por lo cual la igualdad es pensada ante todo como una igualdad política.

Finalmente es un Estado social, que reposa en la idea de que el poder político debe lograr para los asociados una justicia material mínima: lo importante es entonces el resultado de la acción pública, de suerte que la democracia es entendida más como un efecto material del ejercicio del poder, esto es, como una cierta igualdad social conseguida gracias a la acción estatal. Esta concepción está asociada entonces a la llamada libertad positiva, esto es, aquella que deriva de la existencia de prestaciones positivas de parte del Estado. Por ello, históricamente, el proyecto de ESD tendió a materializarse, sobre todo después de la Segunda Guerra

Mundial, en formas de “Estado benefactor”, fundadas en políticas de inspiración keynesiana de amplio gasto público, regulación de la economía, provisión estatal de servicios sociales y estructuras tributarias redistributivas.

Fuera de lo anterior, y con el fin de superar las exclusiones que implicó el proyecto homogeneizador de la Constitución de 1886, la nueva Carta también recoge las aspiraciones multiculturales, y por ello plantea construir un orden basado en el reconocimiento y promoción de la diversidad. En efecto, la Carta de 1886 señalaba que Colombia era una república unitaria, y que la religión católica era un elemento esencial del orden social, de suerte que sólo eran aceptados los cultos y prácticas que no fueran contrarios a la moral cristiana. Además, a partir del plebiscito de 1957, que dio origen al Frente Nacional, los cargos públicos eran repartidos entre los partidos liberal y conservador. En cambio, la Constitución de 1991 proclama que nuestro país es una república pluralista, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural como bases de la nación colombiana. Esto muestra que la Constitución de 1991 no recoge simplemente la idea del ESD, desarrollada por el constitucionalismo europeo, sino que la enriquece, y en cierta medida, reformula, con la incorporación de los desafíos del multiculturalismo, pues pasamos de la idea de que la construcción del orden nacional sólo podía hacerse por la imposición de valores homogéneos, como la religión católica, desde un centro de poder (la capital), a la tentativa de elaborar colectivamente, y desde las dinámicas locales, una identidad nacional, a partir del reconocimiento de nuestra enorme diversidad cultural, étnica y regional.

Las polémicas sobre el ESD

Esta dimensión múltiple del ESD pluralista es compleja, puesto que esos principios diversos no son siempre compatibles. Así, en la primera parte del Siglo XIX, el debate político se centró en la oposición entre liberales y demócratas. En efecto, la democracia clásica admite un poder sin límites, siempre y cuando se fundamente en la voluntad popular, mientras que los

derechos liberales nacen como limitaciones a esa soberanía, pues tienen inicialmente un contenido individualista. Igualmente, gran parte del debate en el Siglo XX ha girado en torno a las complejas relaciones entre la tradición socialista y la democracia liberal. Hoy en día, debido a las tendencias de la reestructuración neoliberal del Estado, este debate ha adquirido nuevo vigor.

Finalmente, el multiculturalismo plantea en el mundo contemporáneo desafíos de enorme complejidad a los Estados constitucionales, pues no es siempre fácil construir un orden político fundado en la diversidad, ni armonizar el respeto a la diferencia cultural con la protección de derechos fundamentales que se consideran universales. Por ejemplo, el enfrentamiento de algunos pueblos indígenas en varios países de América Latina contra la explotación minera en su territorio suscita el interrogante de si la utilización de los recursos del subsuelo en territorios indígenas debe o no contar con la aceptación de estas comunidades. Igualmente, la presencia de grupos con valores antidemocráticos plantea el dilema de si la sociedad democrática debe, en nombre de la diversidad y el pluralismo, aceptar esas prácticas, o si, por el contrario, debe excluirlas, por ser contrarias a los derechos fundamentales. Ninguna de esas preguntas tiene una respuesta fácil, como lo muestran los debates contemporáneos sobre el multiculturalismo.

Estas ambigüedades y tensiones del ESD, así como las dificultades crecientes de las políticas propias del Estado benefactor, al menos desde mediados de los años setenta, han generado muchas críticas a este tipo de Estado, tanto desde perspectivas de derecha, neoliberales y neoconservadoras, como de análisis de izquierda de inspiración marxista. Estas objeciones son bastante conocidas⁶, por lo cual no es necesario que nos detengamos mucho en ellas. Basta recordar sus elementos centrales: así, las perspectivas neoliberales tienden a resaltar la inviabilidad económica del Estado benefactor, debido a los problemas fiscales que genera y a la ineficiencia y mala calidad de sus servicios públicos, situación

⁶ Para su presentación, ver los textos citados de García Cotarelo (1988: 29 y ss), y Requejo (1994: 138 y ss; 178 y ss). Ver igualmente el texto de Offe (1992).

que se agrava con la creciente globalización, ya que ésta impone a los distintos Estados nacionales imperativos de estabilidad macroeconómica y eficiencia productiva, que son incompatibles con las políticas keynesianas de gasto público del Estado benefactor.

Además, estas críticas neoliberales destacan también que las políticas sociales de este Estado no benefician realmente a los sectores más pobres sino a grupos organizados de clase media, por lo cual reproduce la desigualdad, a pesar de fundar sus intervenciones en una ideología igualitaria. Por su parte, los neoconservadores insisten en el deterioro moral que produce en los ciudadanos un orden paternalista, como el Estado benefactor, en la medida en que la provisión burocrática de los servicios sociales rompe los lazos de solidaridad entre las personas, erosiona la ética del trabajo y niega la responsabilidad de las personas por sus acciones. Es pues un Estado inmoral e injusto, a pesar de fundarse en principios de moralidad y justicia.

Finalmente, las críticas de izquierda han tendido a enfatizar que el Estado social no sólo es contradictorio, y por ende inviable en el largo plazo (en lo cual coinciden con muchas objeciones neoliberales) sino que además representa simplemente un sutil

mecanismo de dominación ideológica para disciplinar al proletariado y desmovilizarlo políticamente. Además, conforme a estas visiones de izquierda, (y en eso coinciden con las objeciones neoconservadoras), las políticas benefactoras convierten a los ciudadanos en simples clientes de los servicios sociales, lo cual amputa la dimensión emancipadora de la ciudadanía, pues las personas dejan de ser autónomas, ya que dependen pasivamente de unas instituciones cada vez más paternalistas⁷. En nombre de la liberación social de los pobres, el Estado benefactor sería esencialmente un instrumento de dominación burocrática.

Las anteriores críticas han llevado a muchos autores y movimientos políticos a considerar que la fórmula del ESD debe ser superada, por dos razones: de un lado, no es éticamente deseable, ya sea porque encubre la dominación (crítica marxista) o ya sea porque deforma la moral ciudadana (crítica neoconservadora); y, de otro lado, las políticas benefactoras se han tornado fiscalmente inviables y económicamente contraproducentes, en un mundo globalizado (crítica neoliberal).

Finalmente, los críticos del ESD añaden que las anteriores tensiones se agravan en

⁷ Para esta crítica, ver, por ejemplo, Cortina (1995).



los países de la periferia capitalista, como Colombia, puesto que allí los recursos son escasos para satisfacer necesidades sociales crecientes, por lo cual esas sociedades deberían preocuparse por crecer, antes de pensar en consagrar y satisfacer los derechos sociales, ya que el reconocimiento de esos derechos generan incentivos que provocan pugnas distributivas por la captura de rentas, lo cual obstaculiza el desarrollo.

Es pues dentro de ese contexto que debemos examinar si la Carta de 1991 acertó o no en instituir un ESD en Colombia.

El problema de la viabilidad y necesidad de un ESD pluralista en Colombia

Las fuertes críticas contra el ESD y la pobreza de sus resultados en Colombia parecerían dar razón a aquellos que cuestionan la sabiduría de la Constitución de 1991 de poner en marcha un ESD pluralista. Pero creo que esa conclusión es equivocada, al menos por las siguientes razones: primero, los modelos alternativos al ESD no parecen tampoco haber mostrado frutos atractivos para el desarrollo democrático de nuestras sociedades. Así, la reestructuración neoliberal tampoco ha cumplido sus promesas de crecimiento, equidad y bienestar; es más, conforme a varios analistas, la precariedad del ESD en Colombia deriva en gran medida de que la promulgación de una Constitución que instituía ese tipo de Estado se acompañó de políticas económicas neoliberales que eran contrarias a esos propósitos⁸.

Segundo, en el mundo contemporáneo, las exigencias de justicia social, encarnadas en el ideario del ESD, no pueden ser abandonadas, tanto por razones éticas como por consideraciones de prudencia política. Así, no se necesita discutir mucho para concluir que sin la satisfacción de unos mínimos sociales a todas las personas, no sólo no logra protegerse la dignidad humana sino que incluso la deliberación democrática se ve afectada. En

efecto, ¿quién puede razonablemente negar que la falta de alimentación, salud, vivienda o educación afecta la dignidad humana, y por ende disminuye la capacidad de las personas para ser ciudadanos autónomos? Esto lo entendieron, hace más de doscientos años, autores tan diversos como Rousseau y Adam Smith. Así, el primero consideraba que el ejercicio de la libertad democrática supone un mínimo de igualdad fáctica, a fin de que “ningún ciudadano sea suficientemente opulento como para comprar a otro, ni ninguno tan pobre como para ser obligado a venderse” (Rousseau, 1984: capítulo 11).

Por su parte, Smith, en la Riqueza de las Naciones, señaló que la satisfacción de ciertas necesidades vitales era necesaria no sólo para asegurar la supervivencia de las personas sino también para que tuvieran la “capacidad de aparecer en público sin sonrojarse” pues sólo así podrían participar activamente en la vida en comunidad (Sen, 2000: 98). Esto muestra entonces que una democracia constitucional genuina supone el reconocimiento de al menos tres tipos de derechos constitucionales: unos derechos de defensa contra el Estado, a fin amparar la autonomía de la persona y protegerla contra el gobierno arbitrario; unos derechos a la igual participación política o derechos de ciudadanía política, que tienen su expresión más clara en la universalidad del voto; y, finalmente, unas garantías materiales, que configuran una suerte de “ciudadanía social”, pues sólo con ellas existirán verdaderamente ciudadanos libres e iguales⁹.

Tercero, el mundo contemporáneo exige una moral fundada en un respeto igual hacia todas las personas y una responsabilidad solidaria entre todos los ciudadanos, por lo cual, la democracia debe incluir a todas las personas y grupos, a pesar de su diversidad de intereses y valores. Creo entonces que hoy sólo puede aspirar a tener legitimidad y viabilidad política una constitución en donde quepamos todos los colombianos. Los ciudadanos sólo reconoceremos y aceptaremos un

8 Esta tensión entre el contenido social de la Constitución y las políticas neoliberales de los gobiernos del período explican además algunas de las disputas entre la Corte Constitucional y las fuerzas políticas. Ver García y Uprimny (2001).

9 Sobre esta ampliación de los derechos y de la ciudadanía, ver, a un nivel sociológico, el trabajo ya clásico de Marshall (1973). En mi texto *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia* (capítulo 2) analicé más en detalle esta evolución.

orden jurídico que a su vez nos reconozca y nos acepte, con todas nuestras diferencias. La Corte Constitucional tiene entonces razón en resaltar que la apuesta de la Carta de 1991 fue la de llegar a representar un pacto social incluyente, que permitiera “construir una sociedad fundada en el respeto de los derechos fundamentales de las personas y en donde la diversidad de formas de vida no sean un factor de violencia y de exclusión sino una fuente insustituible de riqueza social. La diferencia y la igualdad encuentran sus lugares respectivos en esta Constitución que pretende así ofrecer las más amplias oportunidades vitales a todas las personas”¹⁰.

Por todo lo anterior, considero que la Asamblea Constituyente acertó en instituir un ESD pluralista en Colombia. ¿Significa eso que debemos ignorar las críticas formuladas por neoliberales, neoconservadores y marxistas contra el Estado benefactor? No lo creo, pues muchas de esas objeciones son pertinentes; así, es cierto que las políticas benefactoras generan dificultades fiscales, en ocasiones son inequitativas y provocan intervenciones burocráticas alienantes, que erosionan el dinamismo de las sociedades democráticas. Hay, pues, que tomar en serio las críticas contra el Estado benefactor pero sin abandonar los ideales de justicia social del ESD.

Es importante no confundir el ESD con el Estado benefactor o con el Estado desarrollista latinoamericano, a pesar de los vínculos históricos que han existido entre esos tipos de Estado. Y esa diferenciación conceptual es importante, ya que el reto es en el fondo idear y construir un “ESD post-benefactor”, esto es, una forma de organización constitucional capaz de realizar los ideales del ESD, pero sin las distorsiones del Estado benefactor¹¹. ¿Qué características concretas tendrá ese ESD post-benefactor? No lo sé, pues con esa fórmula quiero resaltar las dificultades de ese proyecto constitucional, que trata de realizar democráticamente los derechos

sociales, pero sin que sepamos todavía con claridad cuáles serán las instituciones y políticas que permitirán alcanzar esos objetivos. Sin embargo, que no conozcamos con exactitud los diseños institucionales propios de ese tipo de organización política, no significa que la fórmula del “Estado social post-benefactor” sea totalmente vacía, pues ella marca un derrotero ideológico que dista de ser deleznable.

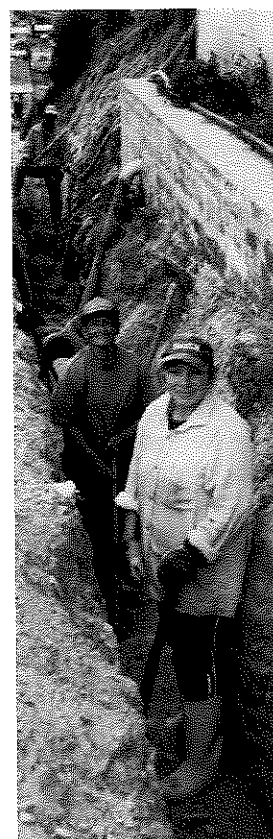
Directamente ligado a lo anterior, creo que la defensa del ESD no debe minimizar las dificultades para realizar ese proyecto en nuestro país. Y es que en los modelos clásicos de desarrollo democrático, los diversos componentes del ESD son elaborados de manera sucesiva. Así, en Europa, los Estados, en tanto que monopolio de la coacción, son en general obra de las monarquías absolutas, que aseguran un cierto orden interno, al controlar a los poderes armados privados. Esa paz conquistada por el absolutismo permitirá entonces al liberalismo construir el gobierno limitado, precisamente, según ha insistido Iván Orozco, a partir de un olvido sistemático del problema de la guerra civil, que ya había sido resuelto por el régimen político anterior¹². Luego, estos Estados de derecho, que al principio son bastante aristocráticos, incorporan la participación democrática, mediante la extensión del sufragio, adquieren posteriormente un contenido social, con el intervencionismo y el reconocimiento de los derechos económicos, y recientemente comienzan a enfrentar los desafíos del multiculturalismo.

Los regímenes constitucionales desarrollados europeos son entonces una especie de edificio de varios pisos, que fueron sucesivamente contruidos, y en siglos distintos, por el absolutismo, que cimentó la paz, el liberalismo, que controló la arbitrariedad estatal, los movimientos en favor del sufragio universal, que extendieron la participación ciudadana y democrática, las luchas contra la pobreza y la desigualdad económica, que impulsaron el Estado social, y finalmente los nuevos movimientos sociales que han dinamizado el reconocimiento de la multi-

¹⁰ Sentencia C-481 de 1998, fundamento 35.

¹¹ Agradezco esta idea a una conversación con Luis Jorge Garay.

¹² Este autor ha desarrollado esa idea en varios textos. Ver, entre otros Orozco y Gómez (1997: 23 y ss).



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/theroadtothehorizon/>

culturalidad. Además, este proceso no ha sido lineal ni puramente evolutivo pues ha estado atravesado de tensiones y retrocesos, pues no podemos olvidar las traumáticas experiencias de los fascismos y totalitarismos en esa región. Por ello, conviene pensar en esta evolución como un “modelo de flujo y reflujo” más que como un esquema puramente lineal y ascendente¹³.

Ahora bien, en el caso colombiano, el problema es que pareciera que debiéramos construir todo ese complejo edificio constitucional al mismo tiempo. Así, vivimos situaciones de agudo conflicto armado y de precariedad del monopolio estatal de la violencia, lo cual significa que Colombia enfrenta típicos problemas de construcción de Estado. Sin embargo, nuestro país debe abordar esos desafíos en un contexto muy distinto a aquel en que se desarrollaron las experiencias europeas de construcción nacional del Siglo XVI y siguientes (Orozco, 1997: 23; y Uprimny, 1997). La cultura de los derechos humanos, tanto a nivel nacional como internacional, las situaciones de pobreza e inequidad económica, así como las demandas de los movimientos sociales y democráticos, impiden -afortunadamente- que la construcción de un Estado nacional en Colombia se haga desconociendo los principios del Estado de derecho, bloqueando la participación democrática, eliminando las diferencias culturales u olvidando la justicia social. Colombia debe alcanzar un orden público interno en un marco ideológico, normativo y social que hace que las fórmulas absolutistas sean hoy insostenibles, ilegítimas, e incluso contraproducentes en términos puramente pacificadores.

No nos queda otro camino. En Colombia, y contra todas las reglas de prudencia de la ingeniería, las distintas partes de esta compleja construcción constitucional, que es el ESD pluralista, deberán ser edificadas, no por etapas, sino en forma simultánea. Por difícil que sea, mientras seguimos trabajando para alcanzar la paz, esto es, mientras aún estamos simplemente poniendo los cimientos del edificio, debemos también

perfeccionar los pisos superiores, es decir, impulsar la participación democrática y luchar por la justicia social. La esperanza es que la labor simultánea en los pisos superiores refuerce, en vez de que debilite, los precarios cimientos de la construcción. Esta idea nuevamente se opone a todas las leyes de la física pero se encuentra razonablemente fundada en ciertas experiencias históricas, que muestran que en nuestra época las paces duraderas se construyen por medio de la profundización, y no de la restricción, de la democracia. Los problemas de la democracia se resuelven profundizando la democracia, y no restringiéndola. En este nuevo milenio resulta entonces impensable políticamente e indeseable éticamente, una paz construida sobre la arbitrariedad estatal y el silenciamiento de las demandas democráticas y sociales de la población.

Sin embargo, postular que los distintos pisos del ESD en Colombia deben ser contruidos simultáneamente no significa desconocer ingenuamente que la tarea es delicada y llena de tensiones. Por el contrario, la metáfora simplemente pretende resaltar las dificultades de la propuesta.

Consideraciones finales

El análisis precedente me lleva a concluir que el proyecto constituyente de instituir un ESD pluralista en Colombia tiene sentido, pero presenta dificultades consi-



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/theroadtothehorizon/>

¹³ Ver David Held (1997) y Will Wymlicka, Wayne Norman (1997).

derables, resumidas en los siguientes dos lemas: los diversos pisos del edificio del ESD deben ser contruidos simultáneamente y debe tratarse de un ESD post-benefactor. Y eso implica retos importantes.

Fuera de lo anterior, comparto aquellas visiones que consideran que la Constitución de 1991 acertó en indicar cuáles son los derroteros ideológicos por los cuales debe transitar la reconstrucción nacional colombiana, pero el proceso constituyente y algunos diseños institucionales tuvieron limitaciones que explican muchas de las promesas incumplidas de esta Carta. Por ejemplo, el mismo día de las elecciones para la Constituyente, el gobierno Gaviria bombardeaba Casa Verde, con lo cual la Asamblea adquiriría un carácter ambiguo, pues era al mismo tiempo un resultado de procesos de paz exitosos y una expresión de la continuación del conflicto armado. Era pues al mismo tiempo un instrumento de paz y un arma de guerra. Igualmente, en los mismos meses en que se diseñaba y ambientaba el proceso constituyente, que consagraría el ESD, el gobierno Gaviria impulsaba reformas económicas de apertura neoliberal, que no parecían compatibles con ese tipo de Estado.

Ha existido entonces una tensión fuerte entre el contenido social de la Constitución y las estrategias de desarrollo que los gobiernos colombianos pusieron en marcha desde 1990. Así, mientras la Constitución, en cierta medida exigía más Estado y una intervención redistributiva de las autoridades, los gobiernos ponían en marcha planes de desarrollo que tendían a disminuir la presencia social del Estado y a favorecer los mecanismos de mercado en la asignación de los recursos. Tal vez el campo más dramático -pero no el único- de esa tensión fue el derecho laboral: mientras que la Carta de 1991 constitucionalizaba importantes garantías laborales y sindicales, y confería fuerza jurídica interna a los Convenios de la OIT, el Gobierno Gaviria (1990-1994) impulsaba una reforma laboral, que golpeaba la estabilidad en el empleo.

El proceso constituyente de 1991, a pesar de que representó un momento de notable apertura política, estuvo también

atravesado de ambigüedades que limitaron sus potencialidades democratizadoras.

Pero allí no cesan las dificultades. Hoy es también claro que ciertas decisiones institucionales de la Asamblea fueron equivocadas. En algunos casos, el problema fue que las propuestas más avanzadas y democráticas fueron derrotadas. Por ejemplo, la Constitución no debatió adecuadamente el tema del papel de la Fuerza Pública en una sociedad democrática.

En otros eventos, los problemas de diseño institucional pudieron derivar de ignorancia sobre las materias a regular, o de errores de diagnóstico. Por ejemplo, después de veinte años, es evidente que la Constitución no enfrentó adecuadamente la reforma de los sistemas de representación, puesto que mantuvo casi intacto el sistema electoral y prohibió que la ley regulara la estructura interna de los partidos. Tal vez los constituyentes consideraron que el problema no era tanto perfeccionar la democracia representativa sino incorporar nuevos mecanismos de participación; pero esa perspectiva es errónea, no porque no sea necesario extender la democracia a nuevos espacios, sino porque la experiencia histórica ha mostrado que, sin sistemas de representación vigorosos y transparentes, la democracia participativa tiende a languidecer¹⁴. La reorganización territorial también quedó trunca por cuanto la Carta sólo estableció unos lineamientos básicos, que deberían ser desarrollados por una ley orgánica, que después de diez años no ha sido expedida¹⁵. El debate sobre la forma de gobierno también fue limitado, pues en ningún momento se buscó superar el presidencialismo, avanzando hacia formas semi-presidenciales o parlamentarias, a pesar de los resultados desastrosos del régimen presidencial en nuestra historia.

14 Bien vale la pena recordar que hace casi cien años una defensora tan radical de la democracia directa como Rosa Luxemburgo, ya había planteado, en su debate con Lenin, con claridad que sin democracia representativa, las formas de democracia directa, como los soviets, tienden a marchitarse y a paralizarse. Para una referencia a ese debate, ver Poulantzas, (1980: 310)

15 Esta Ley acaba de ser expedida por el Congreso de la República (Nota del Editor).



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/caroblanco/>

Ahora bien, estos errores de diseño institucional han tenido efectos negativos pues limitaron el desarrollo democrático de los propósitos constituyentes. El ejemplo más evidente es la falta de reforma de los sistemas de representación, que contribuyó a la desarticulación de las fuerzas alternativas al bipartidismo, al mismo tiempo que fraccionaba a los partidos tradicionales. De esa manera, muchos de los actores sociales y políticos que dominaron la Asamblea Constituyente de 1991 se debilitaron, en forma considerable y rápida, en los años posteriores. Las fuerzas que han dominado el Congreso y el panorama electoral desde 1992, si bien no son claramente enemigas de la Constitución de 1991, que recibía un respaldo ciudadano creciente, no se han sentido tampoco comprometidas en desarrollarla.

En síntesis, y si mi análisis es correcto, una conclusión se impone: la orientación filosófica de la Carta de 1991 fue entonces acertada pero las tareas que supone instituir un ESD pluralista post-benefactor en Colombia son enormes. Además, el proceso constituyente tuvo ambigüedades y limitaciones, y hubo errores de diseño institucional. Por ello, la tarea para los movimientos democráticos es preservar el espíritu democratizador de la Carta de 1991, pero acometer las tareas democráticas que esa asamblea postergó y corregir sus errores institucionales. Esto significa, por decirlo en el lenguaje acartonado del derecho constitucional, que debemos defender la parte dogmática de la Constitución (los principios del ESD pluralista y la carta de derechos) pero reconocer que son necesarias reformas a su parte orgánica.

Bibliografía

- Cepeda, Manuel José (1993), *La constituyente por dentro. Mitos y realidades*, Bogotá, Presidencia de la República.
- Cortina, Adela (1995), *La ética de la sociedad civil*, Madrid, Anaya.
- Echeverry Uruburu, Alvaro (1991), "Los principios filosóficos de la nueva Constitución" en *Criterio*, No 15, Bogotá.
- Fals Borda, Orlando (1991) "La accidentada marcha hacia la democracia participativa en Colombia" en *Análisis Político*, No 14, Universidad Nacional, Bogotá.
- García, Mauricio y Uprimny, Rodrigo (2001), "Corte Constitucional y emancipación social en Colombia", Bogotá, mimeo.
- García Cotarelo, Ramón (1988), "Crisis y reformulación del Estado del bienestar" en Javier Corcuera Atienza, Miguel Angel García Herrera, *Derecho y economía en el Estado social*, Madrid, Tecnos.
- Held, David (1997), "Ciudadanía y autonomía", en *La Política*, N° 3, Octubre.
- Wymlicka, Will y Norman, Wayne (1997), "El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía", en *La política*, No 3, octubre.
- Marshall, T.H. (1973), *Class, Citizenship and Social Development*, Westport. Greenwood.
- Offe, Claus (1992), *Contradicciones internas del Estado de bienestar*, Madrid, Alianza.
- Orozco, Iván y Gómez, Juan Gabriel (1997), *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Bogotá: IEPRI, Ministerio de Justicia.
- Poulantzas, Nicos (1980) *Estado, poder y socialismo*, Bogotá, Siglo XXI.
- Requejo Coll, Ferrán (1994) *Las democracias*, Barcelona, Ariel.
- Rousseau, J.J. (1984), *El Contrato Social*, México, UNAM.
- Sen, Amartya (2000) *Desarrollo y libertad*. Bogotá, Planeta.
- Teitel, (1997) "Transitional Jurisprudence, The Role of Law in Political Transformation", 106, *Yale L. J.* 2009.
- Uprimny, Rodrigo (1990), *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*. Bogotá: FUAC.
- Uprimny, Rodrigo (1992), "Constitución de 1991, Estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnósticos y perspectivas", en VV.AA *El debate a la constitución* Bogotá, ILSA y Universidad Nacional.
- Uprimny, Rodrigo (1997), "Administración de justicia, sistema político y democracia: algunas reflexiones sobre el caso colombiano" en VV.AA., *Justicia y sistema político*, Bogotá: Fescol.

La Constitución Política de 1991: Norma de normas y reconocimiento vinculante de los derechos

Álvaro Córdoba Caviedes*

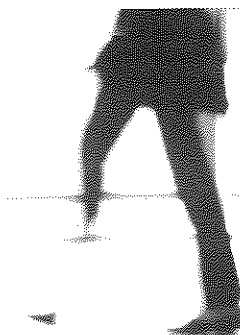
Hacer un análisis de los importantes aportes que la Constitución Política de 1991, y más ampliamente el proceso constituyente que dio como resultado dicha Constitución, hicieron a favor de los derechos humanos, de su reconocimiento y su garantía efectiva, implica un trabajo extenso por sus muchos detalles y pormenores, por cuanto dicho proceso revolucionó no sólo el derecho constitucional colombiano sino también la relación entre el Estado y los gobernados, entre las autoridades públicas y los ciudadanos y ciudadanas titulares de los derechos humanos y fundamentales que en esa misma Constitución se reconocen y consagran. Así mismo, esta Carta Política impone a los particulares que ofrecen servicios calificados como públicos -en salud, educación, transporte, entre otros- o que cumplen funciones públicas, parámetros para el ejercicio de sus actividades, en la perspectiva del reconocimiento, la promoción y la defensa de los derechos de quienes son destinatarios o usuarios de estos servicios.

Por otra parte, podría manifestarse que respecto a este trascendental aporte que la Constitución de 1991 hizo a favor del Estado colombiano y principalmente de sus habitantes, es amplio y valioso todo lo que se

ha investigado y escrito por profesores(as) y expertos(as) tanto del derecho constitucional como del amplio campo de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. En este sentido, este breve escrito podría ser una simple reseña de todo el material bibliográfico existente y convertirse en una especie de repetición de lo ya dicho.

Por lo anterior, y con ocasión de los 20 años que se cumplen de la Constitución Política, aprovechando esta edición especial que sobre tan magno acontecimiento ha preparado la Revista Foro, es inevitable que al referirse a los grandes logros de esta Constitución el tema de los derechos humanos se constituya en un capítulo preponderante. En este sentido, considero conveniente limitar los alcances de este artículo a lo que en criterio de quien escribe podrían ser los pilares y, más aún, las instituciones jurídico-políticas sustanciales de esta Constitución en lo referente al campo de los derechos humanos, que generó un impacto fundamental en la nueva concepción del Estado, de sus fines esenciales y del ejercicio del poder político y su interacción con los particulares.

Para ello, es menester tratar por separado lo relacionado con el preámbulo de la Consti-



* Doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires (Argentina); Abogado, Universidad Externado de Colombia; Coordinador del Centro de Atención a Víctimas de las Violencias y Graves Violaciones a los Derechos Humanos -CAVIDH-, Alcaldía Mayor de Bogotá.

Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/gnackgnacknack/>



tución de 1991, la regulación de los fines esenciales del Estado, su novedoso capítulo de derechos y libertades, el reconocimiento del enfoque diferencial de derechos, la supremacía de los derechos de los niños y las niñas en concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la apuesta por una concepción integral de los derechos humanos y una de sus grandes innovaciones acorde con las actuales corrientes constitucionales: el Bloque de Constitucionalidad. A través de esta institución jurídica se otorga a los derechos humanos consagrados en convenios y tratados internacionales de los cuales Colombia es Estado Parte, una jerarquía superior dentro del ordenamiento interno y que por el desarrollo jurisprudencial que la Corte Constitucional hizo del mismo se encuentran en el mismo nivel de la Constitución Política.

Es obvio que otros temas fundamentales del proceso constituyente y de su fruto, la Constitución Política, quedarán por fuera y tendrían que ser objeto de otro escrito en aras de hacerle justicia a sus implicaciones a favor de toda esta transformación jurídico-política llevada a cabo a partir de dicho proceso. En particular, se hace referencia a la creación de la Corte Constitucional (arts. 239-245), sin la cual este ambicioso Estado de derecho no habría logrado consolidarse, aún en medio de las dificultades y los retrocesos que el antiguo país y sus promotores tratan de imponer a diario. Por otra parte, también está la regulación de los mecanismos para la

protección y aplicación de los derechos que en ella se establecen, o de aquellas acciones cuyo ejercicio permite que los derechos no queden en un simple enunciado teórico sin posibilidad real de hacerse efectivos. Aquí se alude a la acción de tutela (art.86), la acción de cumplimiento (art. 87), las acciones populares y de grupo (art.88) y todos los mecanismos de participación ciudadana que han permitido, sin duda alguna, que el enunciado del preámbulo y del artículo 1° de esta Carta hayan construido una realidad diferente en estos 20 años, en procura de fortalecer que el Estado colombiano se sustente en un régimen político democrático y participativo.

Fuerza normativa de la Constitución

Constituye uno de los soportes del constitucionalismo moderno como de los estados democráticos. Según este postulado, la Constitución Política es una norma vinculante y de obligatorio cumplimiento tanto para los poderes públicos y sus representantes como entre particulares, que posee así mismo supremacía sobre todo otro régimen legal vigente en el respectivo Estado. Según lo han reconocido destacados constitucionalistas del país, así como la propia Corte Constitucional colombiana, uno de los grandes cambios introducidos a partir de la Constitución de 1991 es el reconocimiento de que la Constitución es norma de normas y tiene prevalencia sobre toda otra legislación en el ámbito interno o nacional.

Respecto del poder vinculante de la Constitución, es pertinente mencionar el aporte del profesor argentino Germán Bidart Campos (1995), quien dedicó grandes esfuerzos a consolidar la fundamentación y dogmática de la fuerza normativa de la constitución y de su supremacía como norma de normas. Con insistencia reiteraba que la misma Constitución vincula tanto a la totalidad de los órganos de poder como a los particulares, es decir, la relación del Estado con estos como cuando los mismos particulares se relacionan entre sí. Respecto a la supremacía de la Constitución, este autor afirma:

La plenitud del principio de *supremacía* incita a repetir que toda la constitución –si es que debe operar realmente desde y con esa misma supremacía– necesita desplegar realmente la fuerza normativa en todas sus partes, para lograr lo que el principio de supremacía ha pretendido señalar: el cumplimiento, la eficacia, la aplicación de la constitución, y la fidelidad a ella mediante su acatamiento. Si algo o mucho queda desalojado de ese efecto útil, y si para peor de los males ese algo o mucho pertenece al área del sistema de valores y de la parte dogmática, la supremacía queda defenestrada y, a lo sumo, no será más que una declaración teórica de escasa o nula utilidad (20).

Viene al Caso esta cita de Antonio Torres de Morál: “Los valores tiene carácter normativo, pero no se agotan en él, dice G. Peces-Barba. Por ser normativos y no mera declaración retórica, imponen a los operadores jurídicos la obligación de procurarlos y desarrollarlos, limitando su poder y su discrecionalidad en sus respectivas funciones, a las que dichos valores prestan un objetivo de justicia material que no se conforma con la mera técnica legiferante, jurisprudente o administradora” (Ibid., 117).

Preámbulo

En cuanto al valor normativo que pueda tener un preámbulo constitucional, se destaca aquella posición que entiende el preámbulo como declaración de principios y como el señalamiento de los fines y motivos que animan al constituyente para expedir el Código superior, esto es la Constitución Política. Desde esta concepción, el preámbulo representa insustituible referencia para la interpretación de las normas constitucionales, a fin de esclarecer sus puntos dudosos y mantener la vigencia del espíritu que las inspiró¹.

Conforme lo ha definido la Corte Constitucional desde 1992, el preámbulo incorpora mucho más que un simple mandato específico; se refiere a los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico, los principios que inspiraron al constituyente para diseñar de una manera determinada la estructura fundamental del Estado, la

motivación política de toda la normatividad que se profiera dentro de ese mismo Estado, los valores que la Constitución Política aspira a realizar y que trasciende la literalidad de sus artículos².

Según el Preámbulo de la Constitución de 1991, ésta no se adoptó únicamente para “fortalecer la unidad de la Nación”, sino que igualmente fue adoptada para asegurar a los integrantes de la comunidad nacional un conjunto de valores entre los cuales se enumeran, sin carácter taxativo: “la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz (...)”³.

Para la Corte Constitucional, los valores proclamados en el preámbulo representan “el catálogo axiológico a partir del cual se derivan el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico” (García, 1960:56). En cuanto a cualidades intrínsecas de lo auténticamente humano, los valores emanan de la dignidad de la persona; por ello su consagración constitucional no debe ser vista, según advierte la Corte, “como un agregado simbólico, o como la manifestación de un querer sin incidencia normativa”⁴, pues una cosa son los meros ideales y otra, muy diferente, lo que se constituye como propiedades valiosas que componen la realidad natural de todo ser humano.

Así mismo, conviene tener presente que los valores y principios de la persona reconocidos por la Constitución están inspirados en el primer inciso del preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que afirma: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

De igual forma, el marco jurídico previsto en el preámbulo consagra como fin primordial garantizar “un orden político, económico

1 Cf. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, “Sentencia del 2 de noviembre de 1980”.

2 Cf. Corte Constitucional, “Sentencia C – 479 de 1992”.

3 “Constitución Política de Colombia”, Preámbulo, 1991.

4 Cf. Corte Constitucional, “Sentencia T – 406 de 1992”.



y social justo". La justicia predicable de cualquier orden de cosas es la resultante del cumplimiento del deber jurídico. Hay justicia siempre que, dentro de una relación de alteridad, igualdad y estricta exigibilidad, se da a cada uno cuanto le corresponde, cuanto merece o cuanto necesita, lo que conduce a que todos sean tratados justamente (Hervada, 2000: 164). Así mismo, la justicia implica que todos los seres humanos sean tratados con igualdad, "iguales en dignidad y derechos" como lo regula la Declaración Universal de 1948. En este sentido, no podría considerarse justo cuando ciertos miembros de la comunidad sufren tratos discriminatorios, rechazo social o marginación por cuestión de su edad, su raza, su color de piel, su religión o su situación económica y social.

De otra parte, el orden justo cuya garantía se busca obtener con la normatividad constitucional sólo puede realizarse por la vía del respeto a los derechos inalienables de la persona, cuya primacía reconoce el Estado, de conformidad con el artículo 5° de la Carta Política, sin discriminación alguna. De este modo, el orden justo aludido por el preámbulo no es otro que el impuesto por la efectividad de un régimen de derecho instituido para proteger esos derechos inviolables, régimen cuya falta deslegitima el poder político o la autoridad imperante en una Nación.

El valor normativo del preámbulo como referente máximo para la interpretación jurídica y la aplicación de la normatividad vigente en un Estado democrático, y como parámetro para el ejercicio del poder públi-

co, así como de las relaciones entre los particulares, constituye un principio sustancial de las constituciones modernas respecto del cual existe total consenso —con los respectivos matices— por parte de los estudiosos del derecho constitucional, particularmente en América Latina. Para Bidart Campos, no existe ni pueden existir dudas en torno al valor interpretativo del preámbulo dentro del régimen jurídico interno de un país, lo que implica que "hay que tomarlo en cuenta para establecer el sentido de las normas, tanto las que —fuera de él— integran la Constitución, como

las infra-constitucionales y, así mismo, para elaborar la norma con la que se colma una laguna o carencia en el orden normológico, de la Constitución, y del orbe infra-constitucional" (Bidart Campos, 1996: 128)

No nos cuesta afirmar que los órganos del poder están obligados a cumplir los fines y objetivos que señala el Preámbulo (constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer la defensa común, promover el bienestar general, asegurar los beneficios de la libertad)⁵ y, en cuanto allí se detecten valores, a darles realización efectiva. (...) Es claro que no indica medios, pero sí resultados; los medios podrán quedar a la mejor elección de los operadores, pero nunca serán constitucionales si conspiran contra el plexo preambular, y los jueces han de guiarse por la fuerza normativa del preámbulo a la hora en que deben decidir cuestiones constitucionales en las que se objetan normas o actos como opuestos a la Constitución, además de en cuantos procesos efectúan interpretación "de" la Constitución y "desde" la Constitución (Idem).

5 En el Preámbulo de la Constitución Política de Argentina de 1994 se establece que "los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina."

Fines esenciales del Estado y responsabilidad de las autoridades

Conforme a los principios y derechos que estipula la Constitución de 1991, corresponde su cumplimiento principalmente al Estado y a sus autoridades, tal como lo establece el artículo 2° que afirma:

(...) 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; (...) 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.

Esta prescripción es congruente con la orientación del preámbulo. En efecto, si la organización política está fundada en el respeto a la dignidad humana, sus cometidos deben orientarse al logro de cuanto concierne al hombre y la mujer en su totalidad, como seres humanos, como miembros de la sociedad y como partícipes de la democracia. Por lo tanto, corresponde al Estado realizar todos aquellos valores que favorezcan el desarrollo integral de la persona, entendido como la superación de cuanto se opone, en cualquier plano, al reconocimiento de su autonomía y de su inviolabilidad.

La Corte Constitucional se pronunció también en referencia al artículo 2°:

También son valores los consagrados en el inciso primero del Artículo 2° 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 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 pragmático de los valores constitucionales, en 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 go-

bernantes y los gobernados, para que, dentro de las limitaciones propias de una sociedad en proceso de consolidación, irradian todo el tramado institucional⁶.

Los fines enunciados en el inciso primero del artículo 2° pueden agruparse de la siguiente manera:

- Un fin social: “servir a la comunidad” y “promover la prosperidad general”.
- Un fin protector y solidario: “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”.
- Un fin democrático e integrado: “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”.
- Un fin de seguridad: “defender la independencia nacional” y “mantener la integridad territorial”.
- Un fin ético: “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

Todos los fines enunciados buscan finalmente aquello que se prevé en el artículo 1° de la Carta Política, esto es, el bien común o interés general que se basa en el reconocimiento, el respeto, la justa armonización y la promoción directa de los derechos inherentes al ser humano, a lo cual hace referencia expresa el artículo 94 de la misma Constitución. Así mismo, el cumplimiento de los fines del Estado se relaciona estrechamente con la legitimidad del ejercicio de sus facultades y competencias, por cuanto cualquier desconocimiento sistemático de la búsqueda y construcción de aquellos fines representa un abandono culpable del objeto y razón de ser de la autoridad estatal. En este sentido, en la concreción de estos fines el Estado halla su justificación objetiva y su plena legitimación.

Esta relación directa entre la legitimación de las autoridades estatales o gubernamentales y la concreción efectiva de los derechos inalienables de la persona, consagrada como fin esencial de todo poder público, no es obviamente una innovación

6 Corte Constitucional, “Sentencia T-406 de 1992”.

del constituyente colombiano de 1991⁷, sino que responde a un largo proceso del pensamiento democrático moderno que terminó por perfeccionarse a partir de las denominadas revoluciones liberales de los siglos XVII y XVIII, particularmente la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica y la Revolución Francesa, en las cuales se produjeron la Declaración de Independencia del 4 de julio de 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, respectivamente.

De acuerdo con el pensamiento de los revolucionarios norteamericanos, la Declaración de Independencia destaca la relación directa entre los derechos del hombre y la existencia misma del Estado. Para los norteamericanos el fin del Estado y del gobierno radica en garantizar la plena vigencia de esos derechos, pues de lo contrario, corresponde a los gobernados, titulares del poder primario, reemplazar esa autoridad por otra que cumpla con ese mandato fundamental. Así se afirma de manera expresa en el Preámbulo de la Declaración de Independencia:

Sostenemos como certeza manifiesta que todos los hombres fueron creados por igual, que su Creador los ha dotado de ciertos derechos inalienables, que entre ellos se



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/gnaacknacknack/>

encuentran la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Que para garantizar estos derechos se instituyen Gobiernos entre los hombres, los cuales derivan sus legítimos poderes del consentimiento de los gobernados, que el pueblo está en su derecho de cambiar o abolir cualquier otra forma de Gobierno que empiece a destruir estos propósitos, y de instituir un nuevo Gobierno, encontrando su fundamento en tales principios, y de organizar sus poderes en tal forma que la realización de su Seguridad y Felicidad sean más viables.

En cambio, todo el texto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 expresa la mentalidad del Iusnaturalismo racionalista predominante en aquella época, al igual que refleja la influencia de la Ilustración y, en particular, del pensamiento de autores como Montesquieu, Locke y Rousseau. Fue esta Declaración de la Asamblea Nacional Constituyente de Francia la que le dio universalidad al discurso moderno de los derechos humanos, redactada al mes siguiente a la toma de la Bastilla (1789) e inspirada en la Virginia Bill (Declaración de Virginia). En ella se reconoce la propiedad como inviolable y sagrada, la seguridad e igualdad jurídica (restringida por la “utilidad común”) y la libertad personal legalizada. Un aspecto sobresaliente de la Declaración francesa es la referencia expresa a la finalidad del Estado, de la autoridad y de toda organización política, la cual radica en velar por los derechos de los asociados; de no cumplirse con ello, queda abierta la posibilidad para ejercer aquello que los franceses denominaron el “sagrado” principio de la “resistencia a la opresión”. Los artículos 2º y 16 estipulan este principio rector de la Declaración de 1789:

⁷ “La Asamblea Nacional Constituyente que expidió la nueva Constitución Política de Colombia fue un poder comisionado del pueblo soberano. Su fuerza jurídica era fáctica, pues provino de un hecho político fundacional, más no jurídico. Ella actuó no por orden de la constitución de 1886 y sus reformas, sino por fuera de ella, contra ella, por disposición directa del pueblo en un periodo de anormalidad Constitucional. En este sentido la comprensión del proceso colombiano de reforma se encuentra en el concepto de anormalidad constitucional; y este concepto sólo puede ser definido políticamente por ser acto fundacional, pues se refiere a un presupuesto del derecho que todavía no es jurídico. Este proceso de expresión del Poder Constituyente primario, en concepto de la Corte, es emanación especial del atributo incuestionable de las comunidades políticas democráticas que, en el Estado contemporáneo, pueden acudir de modo eventual y transitorio al ejercicio de sus potestades originarias para autoconformarse, o para revisar y modificar las decisiones políticas fundamentales y para darle a sus instituciones jurídicas, formas y contenidos nuevos con el fin de reordenar el marco de la regulación básica con una nueva orientación pluralista.” Corte Constitucional, “Auto 003 de Marzo de 1992”, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/gnackgnackgnack/>

Artículo 2. La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Artículo 16. Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene constitución.

Otro principio constitucional consagrado en el inciso segundo del artículo 2° de la Constitución Política de Colombia es el de la finalidad de las autoridades, que es una consecuencia del principio de los fines esenciales del Estado. Según este artículo, “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”. Las autoridades tienen una obligación protectora y una responsabilidad social. Respecto a su deber de protección les corresponde preservar la integralidad de los derechos humanos y las libertades

que de ellos se derivan. Con relación a sus deberes sociales, les compete hacer coactiva la observancia de aquellos deberes que desde la perspectiva de la solidaridad social recaen tanto en el Estado como en los ciudadanos.

En torno a este principio fundamental, y particularmente respecto a estos deberes sociales del Estado, conviene referirse a lo expuesto por Mario Madrid-Malo (1998) en su comentario sobre el preámbulo y los principios fundamentales:

Los deberes sociales son los impuestos por la justicia social o justicia del bien común, que regula —especialmente en el contexto de las realidades socioeconómicas— lo debido a la colectividad. En los últimos años esa justicia suele ser presentada como la “conciencia innovadora” de lo que Aristóteles definió como justicia legal. La justicia social —concepto ya empleado por Taparelli y Rosmini en la primera mitad del Siglo XIX— es la que preside la distribución proporcional del “producto social” entre los diversos grupos, con arreglo a principios cuya aplicación corrija las desigualdades y haga efectiva la solidaridad. Así concebida, esta “justicia del bien común” tiende a la construcción de un

nuevo orden de la sociedad: un orden que al tomar en cuenta la igualdad de las personas y la diversidad de las necesidades haga una innovadora definición de las exigencias del interés general y enmiende cualquier tipo de legalidad que por insuficiencia o inadecuación origine privilegios y marginaciones. El principio jurídico natural de la justicia social – afirma Messner – es la expresión el principio supremo de la justicia, “da a cada uno lo suyo” en la economía política moderna(155-156).

Desde esta posición, el autor resume de la siguiente manera los deberes sociales del Estado, expresamente señalados por la Constitución:

- Adoptar medidas en favor de los grupos discriminados o marginados (Art. 13).
- Dar protección especial a las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (Art. 13).
- Dar subsidio alimentario a la madre desempleada o desamparada (Art. 43).
- Garantizar a los ancianos indigentes los servicios de seguridad social y subsidio alimentario (Art. 46).
- Adelantar una política de rehabilitación e integración social para disminuidos físicos sensoriales y psíquicos, a quienes ha de prestar la atención especializada que requieran (Art. 47).
- Garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (Art. 49).
- Dar atención gratuita en materia de salud al niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o seguridad social (Art.50).
- Garantizar el derecho al pago oportuno y al ajuste periódico de las pensiones (Art. 53).
- Promover las formas asociativas y solidarias de propiedad (Art. 58).
- Promover el acceso a la propiedad (Art. 60).
- Promover el acceso progresivo de los trabajadores agrarios a la tierra y a los servicios básicos (Art. 64).

- Dar especial protección a la producción de alimentos (Art. 65).
- Regular el control de calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad (Art. 78).
- Proteger la diversidad y la integridad del ambiente (Art. 79).
- Velar por la protección e integridad del espacio público (Art. 82).
- Intervenir en la economía para racionalizarla, dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar el acceso efectivo de todas las personas a los bienes y servicios básicos (Art. 334).
- Asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos (Art. 365) (Ibid, 56).

Derechos en general (Título II)

Hasta la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, y en el marco previo de la Constitución de 1886⁸, los derechos humanos eran meras declaraciones de postulados dogmáticos con una muy débil posibilidad de ser vinculantes, y por el contrario, no pasaban de ser meros criterios de interpretación de la constitución y la ley, habiéndose convertido en orientaciones para la actuación del Estado que podía atenderlas en mayor o menor grado. En cualquier momento y cuando las condiciones lo exigieran podían simplemente no aplicarse o desconocerse. Desde esta concepción del Estado y de su función pública, el cual se consideraba como un fin en sí mismo, la fuerza normativa de los derechos humanos era casi inexistente, así como la del preámbulo y los principios consagrados en dicho texto constitucional.

A partir de la Constitución de 1991 los derechos humanos adquieren un significado distinto, toda vez que de manera progresiva han alcanzado una fuerza normativa sustancial y de carácter vinculante dentro de las relaciones entre los miembros de la

8 La Constitución de Colombia de 1886 (aprobada el 5 de agosto) estableció un estado unitario, consagró la división del poder en tres ramas (legislativa, ejecutiva y judicial), creó los departamentos como forma administrativa del territorial nacional, entre otras estipulaciones.

sociedad y el Estado. De hecho, así lo estipula expresamente el artículo 1° de la Constitución Política cuando afirma que “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria (...) fundada en el respeto de la dignidad humana”, el cual se materializa a través de los derechos humanos y derechos fundamentales que el mismo texto constitucional consagra y desarrolla.

La Constitución de 1991 consagra los derechos de la persona en los capítulos 1°, 2° y 3° del Título II, clasificándolos en tres grupos para efectos de su reconocimiento: derechos fundamentales; derechos sociales, económicos y culturales; y los derechos colectivos y del ambiente. Esta clasificación tripartita pretende ceñirse a la tradicional distinción entre derechos de primera, segunda y tercera generación, lo cual no resulta técnicamente adecuada, toda vez que si se atiende el juicio de la jurisprudencia y la doctrina nacional e internacional actuales, en cada uno de los grupos de derechos de que trata esta clasificación, se incluyen derechos que por su esencia y su contenido poseen la jerarquía de fundamentales. Esto ocurre, entre otros, con el derecho a la familia y al matrimonio, los derechos de los niños y niñas, el derecho a la seguridad social, el derecho a la negociación colectiva, el derecho a la propiedad y la salud, ubicados en el segundo grupo del Título II, y con el derecho al ambiente sano, que aparece en el tercer grupo.

En el presente escrito se asume un distanciamiento con aquella teoría tradicional que clasifica las distintas categorías de derechos desde una perspectiva generacional, derechos de primera, segunda y tercera generación, y, por el contrario, se aboga por una concepción integral que aplica la interdependencia, la indivisibilidad y la interrelación de las diferentes categorías de derechos. Esto significa que para lograr el disfrute de los denominados derechos civiles y políticos se requieren mínimas condiciones sociales, culturales y económicas, tal como expresamente lo reconoce el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 en su parte introductoria:

(...) con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, (...)º.

Los derechos fundamentales a que se refiere el capítulo 1° del Título II son los que el preámbulo de la Declaración Universal de 1948 denomina “derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Un derecho es fundamental cuando hace parte de aquellos bienes jurídicos que por estar inseparablemente unidos a la condición humana, por integrar su núcleo jurídico primario, constituyen el fundamento de toda comunidad política, en cuanto le sirven de principio y de razón primordial. Dicho de otra manera, son los derechos inherentes a la persona humana de que nos habla el artículo 94 de la Carta de 1991:

(...) los derechos que todo ser humano llevan como atributos jurídicos innatos, que existen con anterioridad al surgimiento de las normas positivas y que se caracterizan por su calidad de inalienables, en cuanto no admiten enajenación, cesión ni transferencia de su contenido imprescriptible (...). Los derechos fundamentales son derechos humanos originarios, exigencias jurídicas formuladas a priori por la dignidad humana que simultáneamente cumplen tres finalidades, pues al mismo tiempo se ordenan a favorecer el desarrollo integral de la persona, a temperar el ejercicio del poder político y a conseguir la plena realización del bien común (Madrid-Malo, 1996: 15-16).

Dentro de los derechos consagrados en el capítulo 1° de la Constitución se destacan los siguientes derechos fundamentales: derecho a la vida (Art. 11), derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Art. 12), derecho a la igualdad (Art. 13), Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (Art. 14), derecho a la intimidad personal y familiar (Art. 15), derecho al libre desarrollo de la personalidad

9 Naciones Unidas, *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Adoptado por la Asamblea General de la ONU, Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 3 de enero de 1976. En Colombia entró en vigor el 3 de enero de 1976, en virtud de la Ley 74 de 1976.



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/gnackgnackgnack/>

(Art. 16), derecho a no ser sometido a esclavitud, servidumbre y trata de seres humanos en todas sus formas (Art. 17), derecho a la libertad de conciencia (Art. 18), derecho a la libertad de cultos (Art. 19), Derecho a la libertad de expresión (Art. 20), derecho a la honra (Art. 21), derecho a la paz (Art. 22), derecho a la libertad (Art. 28) y el derecho al debido proceso (Art. 29), entre otros.

En cuanto a los denominados derechos económicos, sociales y culturales, según lo manifestado por la Corte Constitucional de Colombia, la razón de ser de este tipo de derechos radica en que “su mínima satisfacción es una condición indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos, con lo cual adquieren el carácter de fundamentales. Las diferentes categorías de tales derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, característica que exige protección permanente con el propósito de obtener su plena vigencia, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros”¹⁰.

Los derechos sociales están consagrados en el capítulo 2° del Título II de la Constitución Política, y se destacan los siguientes: derecho a tener una familia (Art. 42), derecho de las mujeres a la igualdad de derechos y de oportunidades (Art. 43), derecho a la seguridad social (Art. 48), derecho a la salud y al saneamiento ambiental como servicios públicos a cargo del Estado (Art. 49), derecho a la vivienda digna (Art. 51), derecho a la recreación, a la práctica del deporte y al aprovechamiento del tiempo libre (Art. 52) y el derecho a la educación (Art. 67).

Enfoque diferencial de derechos

El enfoque diferencial de derechos se centra en el principio de justicia y de equidad, y se basa en la idea de que las características específicas de los sujetos y los colectivos deben propiciar una atención específica en razón a esas mismas particularidades. Esto significa que la especificidad, lo particular, y lo que hace diferente a una persona o un colectivo respecto de otras personas o grupos poblacionales conllevan acciones diferenciales positivas encaminadas a garantizar la realización efectiva de sus derechos, o a implementar

¹⁰ Corte Constitucional, “Sentencia T-570 de 1992”.

medidas especiales para lograr su protección y defensa, contrarrestar los eventuales obstáculos y, en caso de la violación de sus derechos y libertades, procurar la restitución de los derechos vulnerados y su reparación integral.

La Corte Constitucional considera grupos de especial protección a sectores poblacionales como las mujeres, los niños, niñas y adolescentes, las personas con discapacidad, los pueblos indígenas y la población LGBTI, entre otros. Las acciones favorables que se aplican respecto a estos grupos podrían significar una alteración del principio tradicional o del derecho a la igualdad; no obstante, tanto la normatividad como la jurisprudencia nacional e internacional han determinado que respecto a estas personas en particular y a estos colectivos, es una obligación de las autoridades correspondientes y de la sociedad en general adelantar acciones diferenciales que los favorezcan por cuanto sus derechos particulares pueden llegar a tener prevalencia sobre los del común de las personas, lo que la doctrina y la jurisprudencia denominan discriminación positiva.

Bloque de Constitucionalidad (Artículo 93)¹¹

Según el concepto unificado de destacados(as) constitucionalistas, el denominado Bloque de Constitucionalidad representa un avance significativo de la Constitución de 1991, y particularmente de la doctrina promovida por la Corte Constitucional. Dentro de la doctrina o la jurisprudencia colombiana, su aplicación ha tenido gran fuerza desde 1995. En numerosas sentencias, la Corte no sólo ha recurrido a esta moderna institución jurídica sino que dicha noción le ha servido de fundamento normativo para tomar decisiones muy importantes, tales como las relacionadas con la obediencia

debida por parte de los militares o los derechos de las víctimas.¹²

De manera general, el Bloque de Constitucionalidad “hace referencia a la existencia de normas constitucionales, o al menos supraleales, que no aparecen directamente en el texto constitucional. ¿Qué significa eso? Algo que es muy simple pero al mismo tiempo tiene consecuencias jurídicas y políticas complejas: que una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supra-legales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita” (Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2004: 30-31).

Por consiguiente, existen otras normas y principios que si bien no hacen parte de la Carta Política sí son de cumplimiento obligatorio ya que hacen parte del denominado “Bloque de Constitucionalidad”, argumentando la Corte que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario es que estos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución como norma de normas, con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción. El carácter imperativo de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implican que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores (Ibid, 31).

11 Constitución Política de Colombia, “Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

12 Sobre la obediencia debida Cfr. las sentencias C-225 de 1995, C-578 de 1995 y C-378 de 1997. Sobre los derechos de las víctimas Cfr. las sentencias C-282 de 2002, C-04 de 2003, T-249 de 2003, C-370 de 2006 y C-209 de 2007, entre otras.

La Corte concluye entonces que el bloque de constitucionalidad está conformado no sólo por el articulado de la Constitución y los derechos fundamentales reglados en ella, sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Constitución, es decir, los tratados de derechos humanos así como los demás derechos que si bien no están recogidos en alguno de esos instrumentos jurídicos son inherentes a la persona humana¹³.

De las múltiples sentencias que la Corte Constitucional ha proferido en relación con el Bloque de Constitucionalidad y en las cuales ha hecho expresa referencia a la prevalencia de los tratados de derechos humanos respecto del ordenamiento interno, se destacan las Sentencias C-574 de 1992 y C-225 de 1995, mediante las cuales se pronunció respecto de la exequibilidad de las leyes nacionales por las cuales fueron ratificados el Protocolo I y el Protocolo II Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, respectivamente.

En razón a sus implicaciones conviene citar algunos de sus apartes:

Ahora bien, el artículo 93 de la Carta establece la prevalencia en el orden interno de ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. Esta Corte ha precisado que para que opere la prevalencia de tales tratados en el orden interno, es necesario que se den los dos supuestos a la vez; de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción. En tales circunstancias es claro que los tratados de derecho internacional humanitario, como los Convenios de Ginebra de 1949 o el Protocolo I, o este Protocolo II bajo revisión, cumplen tales presupuestos, puesto que ellos reconocen derechos humanos que no pueden ser limitados ni durante los conflictos armados, ni durante los estados de excepción. Además, como lo señaló esta Corporación en la revisión del Protocolo I, y como se verá posteriormente en esta sentencia, existe una perfecta coincidencia

entre los valores protegidos por la Constitución colombiana y los convenios de derecho internacional humanitario, puesto que todos ellos reposan en el respeto de la dignidad de la persona humana. En efecto, esta Corte ya había señalado que "las disposiciones del derecho internacional humanitario que tratan sobre el manejo de las personas y las cosas vinculadas a la guerra, como las que señalan la forma de conducir las acciones bélicas, se han establecido con el fin de proteger la dignidad de la persona humana y para eliminar la barbarie en los conflictos armados"¹⁴.

Ahora bien, tal como se manifestó anteriormente, la Corte Constitucional en la misma Sentencia C-225 de 1995 determinó los alcances de la prevalencia que establece el artículo 93 en relación con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. La Corte resolvió el debate que al respecto se ha presentado en otros países, pues debe recordarse que una posición doctrinal definía que la supremacía a la que se refiere el Bloque de Constitucionalidad implica que los tratados sobre derechos humanos prevalecían aún sobre la Constitución de un país, lo cual sin duda generaba una evidente confusión jurídica toda vez que era muy complicado determinar su aplicación real dentro de los mismos Estados. Para la Corte Constitucional de Colombia, la prevalencia del Bloque de Constitucionalidad regulada por el artículo 93 de la Constitución le permite a los tratados de derechos humanos tener la misma jerarquía que posee el texto constitucional y, por ello, manifiesta que precisamente dichos tratados internacionales junto con el articulado de la Carta Política conforman un Bloque de Constitucionalidad que prevalece sobre toda otra norma interna.

12- A partir de todo lo anterior se concluye que los convenios de derecho internacional humanitario prevalecen en el orden interno. Sin embargo, ¿cuál es el alcance de esta prevalencia? Algunos doctrinantes y algunos intervinientes en este proceso la han entendido como una verdadera supra-constitucionalidad, por ser estos convenios normas de ius cogens. Esto puede ser válido desde la perspectiva del derecho internacional puesto que, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un trata-

13 Constitución Política de Colombia, "Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos."

14 Corte Constitucional, "Sentencia C - 225 de 1995".



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/dannyfowler/>

do. Con menor razón aún podrán los Estados invocar el derecho interno para incumplir normas de *iuscogens* como las del derecho internacional humanitario. Pero, desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, esta interpretación debe ser matizada, puesto que la Constitución es norma de normas (CP art. 4º). ¿Cómo armonizar entonces el mandato del artículo 93, que confiere prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los convenios de derechos humanos, con el artículo 4º que establece la supremacía no de los tratados sino de la Constitución?

Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma, diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*.

En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (C.P. arts. 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la

ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93)¹⁵.

Prevalencia de los derechos de los niños y las niñas

Dentro del marco constitucional colombiano aparecen los derechos de los niños y las niñas, estipulados expresamente en el artículo 44 de la Constitución, a quienes por mandato de la misma Carta Política y la jurisprudencia que desarrolla en torno a dicho artículo se les reconoce la plenitud de todos los derechos consagrados, es decir, tanto de los derechos fundamentales como de los derechos económicos, sociales, culturales y colectivos.

El artículo 44 de la Constitución Política invoca el principio de la prevalencia de los derechos de los niños:

Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión

¹⁵ Corte Constitucional, “Sentencia C – 225 de 1995”.

de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física y moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

En este punto, es pertinente analizar los alcances del artículo 44 en consonancia con el artículo 93 de la Constitución Política. Conforme a la doctrina vigente de la Corte Constitucional puede concluirse que los derechos de los niños y niñas prevalecen incluso sobre lo que es prevalente, pues si el artículo 93 estipula que los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia tienen prevalencia sobre las otras normas vigentes e inferiores a la Constitución, entonces los tratados y convenciones sobre derechos humanos de los niños priman sobre los tratados y convenciones que se ocupan de otros derechos humanos en general o respecto de otros grupos de personas. Esto es lo que consagra el citado artículo 44, cuya aplicación e interpretación debe incluirse cuando se pretenda aplicar la primacía de los tratados internacionales estipulada por el artículo 93.

En efecto, la normatividad sobre los derechos del niño se deriva de su condición de persona y, por lo tanto, los mecanismos para su protección son complementarios, aunque no substitutivos de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas. En este sentido puede afirmarse que los niños gozan de una supra-protección o protección complementaria de sus derechos.

Entonces, la protección integral de los derechos del niño se hace efectiva a través del principio del interés superior del niño, consagrado en el artículo 44 superior según el cual “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”, y en el numeral 1° del artículo 3° de la Convención de los Derechos del Niño, en virtud del cual “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales,

las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”¹⁶.

Dado que constituye un argumento sustancial del presente artículo, es pertinente citar lo dicho por la Corte Constitucional en dos de sus memorables sentencias sobre la importancia y los alcances jurídicos de la prevalencia de los derechos de los niños y niñas:

Derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás para lograr su efectividad. Podría incluso, conducir a que se prescindiera de exigencias procesales ordinarias de llegarse a demostrar que el menor se halla en una situación de grave e inminente peligro, que pudiere comportar una franca vulneración de un derecho fundamental que, como la vida, la integridad o la salud, precisen de un tratamiento excepcional, si ello es necesario, en aras de hacer efectiva la protección requerida.

El Artículo 44 de la Constitución Política establece la prevalencia de los Derechos del niño sobre los derechos de los demás. La Corte ha considerado que se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata, que establece una garantía mayor para los menores y una responsabilidad especial del Estado en el cuidado y protección de sus derechos. El Sentido y alcance de esta norma constitucional ha sido señalado por la Corte, entre otras, en las sentencias T-589 de 1993 y C-041 de 1994 (...).

El constituyente puso un énfasis especial en la manera cómo este derecho vincula a todos los poderes del Estado. Ello se refleja en la redacción del inciso segundo del artículo 44 y, en especial, en las expresiones la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral¹⁷.

(...) En consecuencia, es de vital importancia el interés superior del niño en el plano de las políticas públicas y en la práctica administrativa y judicial, por cuanto se aconseja que siempre se haga una adecuada ponderación de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución judicial o la decisión administrativa. En estos casos ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos de los

16 Corte Constitucional, “Sentencia T-864 de 18 de agosto de 2005”.

17 Corte Constitucional, “Sentencia T-243 de marzo 3 de 2000”.

niños que sea posible y la menor restricción de los mismos, no sólo considerando el número de derechos afectados sino también su importancia relativa¹⁸. (Negrillas por fuera del texto)

En el marco de los referentes normativos con los cuales se fundamenta la especial protección de los derechos de los niños y niñas y su carácter preferente respecto de los derechos de los demás, constituye una obligación de las autoridades aplicar en todo momento y bajo cualquier circunstancia el principio del interés superior del niño. Incluso tiene la función de servir como instrumento de interpretación cuando se presenten tensiones o conflictos respecto a los intereses o derechos reconocidos a favor de otros grupos de personas. En caso de que existan lagunas o vacíos normativos, el interés superior del niño, en aplicación de una lógica hermenéutica, permite interpretar sistemáticamente la normatividad referente a los derechos de la infancia y adolescencia¹⁹.

El principio del interés superior del niño refiere a la posición que ocupan los derechos del niño en caso de presentarse conflicto con los derechos de otras personas. Como afirma Ronald Dworkin (1997), "Estos principios son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia". Así, al ser los principios fuentes de los derechos y por tanto criterios de interpretación, permiten resolver conflictos que se presenten entre dos o más derechos. Dado que se trata de evitar el menor sacrificio de alguno de los derechos, habrá que proteger imperantemente el derecho del niño, lo que significa que en el análisis jurídico que se haga del caso no se pueden eludir las normas que protegen sus derechos.²⁰ Si el caso concreto exige que se apele a la jerarquización de los intereses, se deberá dar prelación al interés de los niños (Gil y otros, 2005).

18 Corte Constitucional, "Sentencia T-864 de 18 de agosto de 2005".

19 "La noción de interés superior refiere a ese conjunto sistemático de los derechos y apoya una interpretación holística de la Convención" (Cillero, 2004: 77-93).

20 Cf. Código de Infancia y Adolescencia, Ley 1098 de 2006, Artículo 9º.

Los principios son algo así como la inspiración filosófica de un determinado régimen político y jurídico; ellos contienen las bases y presupuestos esenciales que guían el desarrollo de un sistema social. En el caso de los regímenes democráticos, los principios se encaminan al reconocimiento de un conjunto de derechos para la persona humana. La titularidad de los derechos inherentes a la persona emana del conjunto de principios que integran los derechos humanos.

Por otra parte, está la obligación que le imprimen los principios a la actuación de las autoridades, ya que su función no se reduce a la sola inspiración de las decisiones sino que los principios limitan y controlan el ejercicio de sus funciones. Esto es lo que ocurre respecto al principio del interés superior del niño, en el sentido que además de orientar la decisión del juez, le imprime una prescripción de carácter imperativo.

Sobre este tema se manifestó la Corte Constitucional en la Sentencia C-273 de 2003:

(...) expresó que el interés superior del niño constituye un principio garantista, ya que su razón de ser, su esencia, es la plena satisfacción de los derechos de los menores. En este sentido resulta claro que el contenido del principio son los propios derechos de los niños, y por ello en este caso puede decirse que interés y derecho se identifican.

Antes de adoptarse la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la ausencia de un instrumento de esta naturaleza que sistematizara los derechos de los menores incidió notablemente en la vaguedad de la noción de interés superior, de suerte que su aplicación quedaba librada a la discrecionalidad de la autoridad administrativa en el plano de las políticas y programas sociales o a la judicial en el nivel del control y protección de la infancia.

A partir de la Convención, y del amplio catálogo de derechos que a los niños reconoce la Constitución de 1991 el interés superior del niño deja de ser una noción vaga y un objetivo social deseable, realizado por una autoridad progresista o benevolente,


para erigirse en un principio garantista que vincula efectivamente a la autoridad, cualquiera sea su naturaleza, pues en delante de manera imperativa ésta queda limitada y orientada por los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce al niño, considerando igualmente los principios de participación y de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos²¹.

Bibliografía

- Bidart Campos, Germán (1995), *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*, Editorial Ediar, Buenos Aires.
- Cillero Bruñol, Miguel (2004), “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional”, en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (Comp.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en los sistemas jurídicos latinoamericanos (1990-2004)*, T. I y II, Bogotá, Temis, Bogotá.
- Dworkin, Ronald (1997), *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel.
- Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (2004), *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, Bogotá, Imprenta nacional.
- García Máynez, Eduardo (1960), *Ética*, Edit. Porrúa, México.
- Gil Domínguez, Andrés, Fama, María Victoria, Herrera, Marisa (2005), *Derecho Constitucional de Familia*, T. 1, Buenos Aires, Editorial Ediar.
- Hervada, Javier (2000), *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Pamplona, Edit. EUNSA, vol. I.
- Madrid-Malo, Mario (1996), *Estudios de derechos fundamentales*, Serie Textos de Divulgación N° 11, Bogotá, Defensoría del Pueblo.
- Madrid-Malo, Mario (1998), “Preámbulo. De los principios fundamentales. De la reforma de la Constitución”, en *Constitución Política de Colombia comentada*, Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá.

²¹ Corte Constitucional, “Sentencia T-864 de 18 de agosto de 2005”.

W W W . 4 - 7 2 . c o m . c o



LA RED POSTAL DE COLOMBIA

► Línea de Atención al Cliente Nacional ◀
01 8000 111210

Algunos retos de los grupos étnicos en los 20 años de la Constitución

Francisco Taborda Ocampo*

Sonia Londoño**

Una apertura

En 1991, el país asistió asombrado ante el discurso de Lorenzo Muelas al promulgarse la que sería en ese momento nuestra nueva Carta de navegación como Nación. Los cambios que introdujo la nueva Constitución fueron muchos y en muy diversos ámbitos. Se le ha llamado indistintamente la Constitución ecológica, la Constitución de los derechos humanos, el nuevo pacto igualitario, la Constitución de los derechos sociales y la Constitución de las minorías, según quien reivindique el poder de los artículos constitucionales que estipulen unas u otras garantías.

Uno de los cambios notables fue el del reconocimiento de nuestra diversidad étnica y cultural, plasmado en el artículo 7. En la centenaria Constitución de 1886 ni los indígenas ni los afrodescendientes existían. En esa Constitución nuestra fotografía era la de una inmensa familia católica, consagrada al Sagrado Corazón de Jesús, generalmente mestiza y donde tampoco existía la niñez como portadora de derechos.

El artículo 7 consagraba un principio que tendría potentes desarrollos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional como institución creada por esa misma Carta. Pero no sólo eso, la Constitución nueva se ocupaba por lo menos en trece artículos de los derechos de los grupos étnicos¹ y de la protección a la diversidad cultural como principio conformador de nuestra nacionalidad. Un número similar de instrumentos internacionales que, por virtud del bloque de constitucionalidad, hacen parte de nuestra Ley Fundamental protegen a los pueblos indígenas; todos ellos, con excepción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, fueron ratificados en nuestro país durante la vigencia de la anterior Constitución, y no menos de 33 leyes reglamentan estos derechos, muchas de ellas expedidas en el marco de la Constitución de 1886, pese a lo cual se encuentran vigentes.

Veníamos de otras miradas a los pueblos indígenas y a las comunidades afrodescendientes, desde aquellas exóticas, hasta las más paternalistas, basadas en éste último caso en la “asimilación” o en la “integración”

1 Cfr. *inter alia* los artículos 7, 8, 10, 63, 70, 72, 171, 176, 246, 286, 287, 329 y 330 de la Constitución del 91.



* Abogado y Magister en Derecho Público.

** Politóloga y magister en Antropología.

Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/prensarural/>

más o menos forzadas, y en contravía del espíritu ancestral y de los usos y costumbres de los grupos étnicos.

¿Una única condición humana?

Ante una mirada basada en el paradigma de una única “condición humana”, el país fue entendiendo, de la mano de la reivindicación social de los grupos étnicos y de la jurisprudencia de la Corte, que éramos verdaderamente diversos y que dicha variedad se expresaba de múltiples maneras: en la lengua y en las creencias, en los modos de vida y de trabajo, en una percepción totalmente distinta de la justicia (incluidas las diversas formas de castigo a los infractores de sus propias normas) y en las visiones del desarrollo, entre otros muchos factores.

Como hemos señalado, el país vivió durante muchos años en la idea de una uniformidad negadora que brindaba la ficción de que todos éramos católicos, mestizos, y que además hablábamos sin excepción el castellano. Por eso el discurso de Lorenzo Muelas como constituyente, pronunciado en su propia lengua indígena ante los demás constituyentes y ante el país entero que lo escuchaba por televisión, tuvo un simbolismo especial: la nueva Carta abría el camino para que voces distintas se hicieran sentir, para que irrumpieran sensibilidades diversas, y ante todo para que se protegiera su derecho a expresarse de un modo diferenciado.

Una nueva hermenéutica constitucional

Surgía al mismo tiempo, gracias a la primera Corte, una nueva dogmática constitucional que el profesor Zagrebelsky ha comparado al “líquido donde las sustancias que se vierten –los conceptos– mantienen su individualidad y coexisten sin choques destructivos, aunque con ciertos movimientos de oscilación, y, en todo caso, sin que jamás un solo componente pueda imponerse o eliminar a los demás”. El profesor italiano también ha expresado en sus estupendas metáforas neoconstitucionales que el único contenido “sólido” que la ciencia de una Constitución pluralista debería defender



rigurosa y decididamente contra las agresiones de sus enemigos es el de la pluralidad de valores y principios Zagrebelsky, 1997: 17).

El largo camino recorrido por los grupos étnicos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional viene desde el reconocimiento pleno, en las primeras sentencias de la Corte que interpretaron los derechos consagrados a los grupos étnicos, hasta lo que hoy podemos llamar la realización efectiva de los derechos. Desde la famosa sentencia de Carlos Gaviria, que en 1996 declaraba inexecutable los artículos de la Ley 89 de 1890 que consideraba a los indígenas “salvajes” que debían ser “reducidos a la civilización”, o en el mejor de los casos: “incapaces” al mismo nivel que los niños y las mujeres, a quienes también se consideraba en esa época como incapaces de administrar sus bienes y tomar otras decisiones importantes en sus vidas; pasando por muchas sentencias en las que se han reconocido sus prácticas culturales, su derecho ancestral, sus métodos de justicia propia, la necesidad de proteger su lengua, sus cosmovisiones, sus ritos y su derecho a la pervivencia física y cultural, los grupos étnicos, y, sobre todo, los pueblos indígenas, han tenido que ir apuntalando sus conquistas jurídicas con movilización social permanente.

Puede decirse que, como muestra de persistencia jurídica y de movilización social, los grupos étnicos han conjugado una capacidad enorme de resistencia civil, de neutralidad activa y de terquedad

Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/prensarural/>

(respecto al cumplimiento de un destino al cual se sienten ancestralmente convocados), con la apertura de espacios nacionales e internacionales de incidencia: bien jurídica, bien política, económica o social. Quizá han tenido clara aquella paradoja de los derechos humanos lúcidamente expresada por Joaquín Herrera Flóres: mientras algunos seres humanos pelean por los derechos, otros se quedan con los bienes que esos derechos protegen.

Por eso los pueblos indígenas y los grupos afrodescendientes no tienen tiempo que perder, y no se confían en lo jurídico, pues saben que a pesar de las importantes decisiones de la Corte Constitucional, de la Corte Interamericana, y de los informes de los relatores de Naciones Unidas que visitan a Colombia, la reivindicación de sus derechos está lejos de ser por lo menos satisfactoria, si no se exige al mismo tiempo con movilización.

Un intento de periodización en la lucha étnica a nivel constitucional

Se podría decir que entre el 93, año en que comienzan a darse las primeras sentencias de la Corte Constitucional en materia de grupos étnicos, y el 2006, cuando la Corte amplía la declaratoria de estado de cosas inconstitucional (contenida en la sentencia T-025 de 2004 respecto de la población desplazada por la violencia) para incluir a los pueblos indígenas y afrodescendientes, el país asistía a su reconocimiento como sujetos de derecho², tanto individuales como colectivos. Pero primero habían tenido que conquistar la condición de la que hablaba Horkheimer, la de sujetos morales, la de seres humanos implicados en el devenir humano, por los que también pasaba la Historia, y quienes también hacían Historia.

Ese período, que va de 1991 al 2005, puede considerarse el del reconocimiento

de derechos, pues para el 2006 la Corte Constitucional reconoce en uno de sus Autos de seguimiento a la sentencia estructural T-025, que los indígenas están en grave riesgo de extinción. Es decir, tres lustros de búsqueda de reconocimiento y de ampliación de derechos, así como de configuración constitucional de la idea de país pluriétnico que había apenas esbozado la Carta del 91, no habían sido suficientes; era necesario superar la época del reconocimiento para inaugurar una nueva época en la jurisprudencia: la de la definición del contenido preciso y del alcance de los derechos, y sobre todo la de la implementación de indicadores que permitieran verificar su cumplimiento por parte del Estado.

Para el 2006, como se ha dicho, la Corte trascendió el fecundo período de configuración constitucional de derechos de los grupos étnicos y alertó al Estado respecto de las graves consecuencias que sobre pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes, traía el desplazamiento forzado derivado del conflicto armado:

“El desplazamiento forzado es particularmente gravoso para los grupos étnicos, que en términos proporcionales son los que sufren un mayor nivel de desplazamiento en el país, según se ha informado reiteradamente a la Corte y lo han indicado distintos análisis del fenómeno. El impacto del conflicto como tal se manifiesta en hostigamientos, asesinatos, reclutamiento forzado, combates en sus territorios, desaparición de líderes y autoridades tradicionales, bloqueos, órdenes de desalojo, fumigaciones, etc., todo lo cual constituye un complejo marco causal del desplazamiento. El desplazamiento de los grupos indígenas y afrocolombianos conlleva una violación grave de los derechos constitucionales específicos de los que son titulares, incluyendo sus derechos colectivos a la integridad cultural y al territorio. Más aún, la relación de los grupos étnicos indígenas y afrocolombianos con su territorio y los recursos presentes en él transforma el desplazamiento forzado en una amenaza directa para la supervivencia de sus culturas.

(...) Por estas razones, el Estado está en la obligación de actuar con particular diligencia para prevenir y solucionar este problema...” (Corte Constitucional, 2006)

Posteriormente, entre el 2006 y el 2008 sigue fortaleciéndose ante el Tribunal

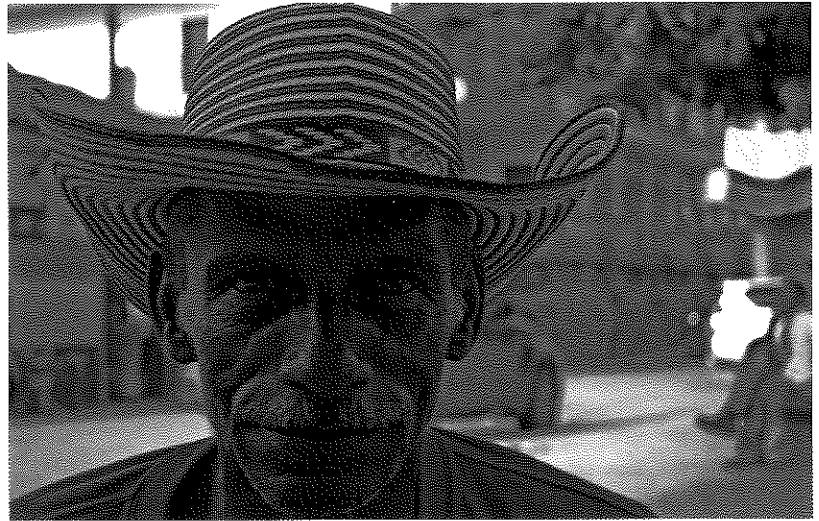
² La Declaración Americana de Derechos del hombre establecía en el año 48, incluso antes que la Declaración Universal de Derechos Humanos, la categoría de sujetos de derechos, así: Artículo XVII. Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos...”

Constitucional la idea de que existe un grave peligro para la supervivencia física y cultural de los grupos étnicos, y a inicios de 2009, la Corte Constitucional dicta las decisiones que a la postre serían las que han permitido a los grupos étnicos buscar la construcción de herramientas poderosas: el Auto 004 referente a Pueblos Indígenas y el Auto 005 en relación con comunidades afrodescendientes.

Sin embargo, desde la expedición de dichas decisiones han pasado más de dos años y el Gobierno no ha cumplido ante la Corte Constitucional las decisiones principales de dichos Autos: ni ha expedido el Programa de Garantías ni los planes de salvaguarda para pueblos indígenas, ni ha dado cumplimiento riguroso a las órdenes de protección en relación con las comunidades afrodescendientes contenidas en el Auto 005. Y mientras los grupos étnicos tienen que seguir afrontando el costo de vivir en territorios apetecidos indistintamente por actores del conflicto armado o por multinacionales mineras o dedicadas a la explotación de hidrocarburos, ahora además se ven abocados a concertar con el Estado el marco de protección, reparación integral y restitución de tierras para sus propias víctimas en desarrollo de los mandatos de la ley 1448 de Junio de 2011.

La ley de víctimas y las facultades especiales al Presidente frente al marco normativo para víctimas indígenas, afrodescendientes y rom

En efecto, como se recordará, la ley 1448 de 2011, que establece el marco general de protección y reparación para la generalidad de las víctimas en Colombia, facultó al Presidente de la República para que con base en los precisos mandatos del artículo 150 numeral 10 de la Constitución, expidiera, bajo la figura de decretos con fuerza de ley, el marco de política pública aplicable a las víctimas pertenecientes a grupos étnicos (tanto indígenas como afrodescendientes y comunidad rom o gitana).



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/prensarural/>

Dicha autorización expirará el 10 de diciembre del presente año, fecha para la cual deberán ser promulgados por el Presidente Santos los decretos mencionados. No obstante, el artículo 205 de la mencionada ley, norma habilitante para expedir dichos decretos con fuerza de ley para víctimas pertenecientes a grupos étnicos, evidencia que el derecho a la consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado en Colombia es un tema pendiente ya que el Gobierno no consideró consultar la ley de víctimas y restitución de tierras antes de radicar el proyecto en el Congreso, deber que ha establecido la Corte Constitucional; el inicio de la concertación con los grupos étnicos para abordar este tema tuvo lugar más por el temor a la declaración de inexecutable de la ley (precisamente por no haber sido consultada) que por la convicción de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

En tanto la probable declaración de inconstitucionalidad de la ley implicaría una afectación para todas las víctimas, se propuso la fórmula del artículo 205, y tanto la Mesa Nacional de Concertación de los Pueblos Indígenas, como la Alta Consultiva para comunidades afrodescendientes, acogieron también dicha propuesta. No obstante, los grupos étnicos aclararon que este es un mecanismo excepcional que no puede convertirse en regla para otros instrumentos normativos que les afecten, ya que la consulta debe ser “previa”.

Así mismo, el Plan Nacional de Desarrollo, y los Planes de desarrollo a nivel local deben ser consultados con los grupos étnicos, en tanto plantean políticas que les afectan directamente. Estos planes de desarrollo deben someterse a consulta en su totalidad.

Si bien, el gobierno Santos fue el primero en convocar a los grupos étnicos para abordar la discusión sobre el Plan Nacional de Desarrollo "2010-2014", dando inicio a una experiencia importante de diálogo político con los grupos étnicos, se trata de un ejercicio bastante restringido de consulta previa, ya que no se consultó el documento del Plan en su totalidad, de manera que no hubo discusiones en torno a temas tan importantes para los grupos étnicos como la minería, que implica sin duda, una afectación de sus derechos.

Algunos retos importantes para los grupos étnicos

En este contexto, diversos retos enfrentan entonces los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes: primero, lograr un marco de prevención y protección eficaz, a la luz de los autos de seguimiento a la sentencia T-025 ya mencionados.

En segundo lugar, lograr que los planes que se construyan a la luz de dichos Autos 004 y 005 se materialicen, pues se pueden contar por decenas los acuerdos a los que han llegado (al cabo de cientos de marchas y protestas indígenas y afro) el Gobierno y los grupos étnicos, los cuales han tenido un triste factor común: su incumplimiento. Este reto implica lograr el mayor nivel de coordinación entre las organizaciones indígenas y, por su parte, entre las organizaciones afrodescendientes, para buscar planes unificados que, sin desconocer las especificidades de las organizaciones y de los pueblos, afiance un sentido unitario de reivindicación social, política y económica y de los elementos culturales propios de los pueblos.

En tercer lugar, los grupos étnicos deben garantizar que los planes de prevención y de protección a los que se llegue en cumpli-

miento de dichos autos de la Corte Constitucional sean punto de partida de los decretos con fuerza de ley que serán expedidos en diciembre por el Presidente Santos. Nuestra tradición santanderista hace que las órdenes de la Corte Constitucional corran el riesgo de convertirse en ilustre jurisprudencia de profundo interés académico y con fecundos desarrollos en las ONG's, pero con escaso cumplimiento por parte del Estado, pues los funcionarios públicos encargados de atender a los grupos étnicos, muchas veces ponen por encima la ley formal (la expedida por el Congreso) a los mandatos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, por fundamentados (por lo que suelen caracterizarse) que éstos sean.

Ante ese déficit de nuestra cultura jurídica pública, los grupos étnicos deberían reservar un espacio en los decretos con fuerza de ley que se construirán a lo largo del segundo semestre de 2011, para estipular claramente el carácter vinculante que deberían revestir los planes acordados con base en la jurisprudencia constitucional desarrollada mediante autos de seguimiento a la sentencia T-025 de 2004, providencia ésta que ha cumplido siete años, caracterizados por un incumplimiento casi generalizado por parte del Gobierno



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/biancasuarez/>

en materia de atención a la población en situación de desplazamiento.

Siete años en materia de desarrollo jurisprudencial quizá no sean mucho si uno piensa que los períodos de los tribunales constitucionales para decantar su jurisprudencia son de *“longue durée”* como dicen los politólogos. Pero si se considera que en enero de 2004, la Corte anterior declaró que la situación de los desplazados estaba por fuera de la Constitución, es bochornoso constatar que después de esos siete años, la Corte no ha advertido los cambios exigidos por ella en la orientación de la política que le permitan declarar la superación de dicho estado de cosas. Como quien dice, sin siquiera salir de ese limbo constitucional declarado en la sentencia T-025, los grupos étnicos entran a pelear unos instrumentos normativos que acrecientan las esperanzas en un futuro menos cargado de ignominia y de indignidad para sus miembros.

No se trata de desafíos menores ni de coyunturas sencillas. Se trata de retos descomunales para los grupos étnicos y de una coyuntura compleja, caracterizada por exigir al movimiento indígena y a las comunidades afrodescendientes un gran esfuerzo por atender, con igual contundencia, las tareas que hemos mencionado y por no dejarse enredar en el intento.

De todo este esfuerzo podrá salir un programa amplio de desarrollo constitucional y legal de garantías materiales para los grupos étnicos, o podrá quedar una gran frustración. Como en la vieja frase *que todo cambie para que no cambie nada*, el desafío consiste en una verdadera transformación que lleve a superar la brecha que existe entre la consagración de los derechos y su realización efectiva, con criterio diferencial por tratarse de responder a las injusticias históricas que han enfrentado dichos grupos.

La necesidad de una nueva institucionalidad

Otro reto que incumbe tantos a los programas de garantías y demás órdenes de protección como a los decretos con fuerza de ley que expedirá el Gobierno en diciembre,

es lograr que las medidas de verdad, justicia, reparación y restitución de tierras que se contemplen en dichos instrumentos, sean canalizadas a través de una nueva institucionalidad. La institucionalidad que hoy existe para atender a los grupos étnicos es una institucionalidad “subalterna” y parcial, ya que está repartida en subdirecciones o grupos en tres o cuatro Ministerios y que actúa bajo la iniciativa de una dirección de etnias adscrita al Ministerio del Interior

Las medidas que incluyan los instrumentos de los que hemos hablado requieren una institucionalidad robusta y, sobre todo, de carácter estatal, con organismos de amplia participación gubernamental y estatal, que ostenten niveles importantes de autonomía respecto de los ministerios y demás entidades gubernamentales. El destino de los pueblos indígenas y comunidades afro no puede quedar en manos de subdirecciones de ministerios, al menos si nos tomamos en cuenta el carácter pluriétnico de nuestra nación.

Una mirada comparada breve a la institucionalidad

En el sentido anotado, es conveniente dar una mirada a la institucionalidad para grupos étnicos en países de América Latina. En el caso de Chile por ejemplo, no hay un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, y sin embargo existe una institucionalidad específica para su atención, derivada de la ley indígena de 1993, la cual creó la CONADI (Corporación Nacional de Desarrollo Indígena) adscrita al Ministerio de Planeación. Actualmente, el gobierno chileno lleva a cabo un proceso de consulta con los pueblos indígenas con el fin de reformar la institucionalidad existente, crear la Agencia de Pueblos Indígenas (en reemplazo de la CONADI), así como el Consejo de Pueblos Indígenas.

Entre tanto, en el año 2007 el Congreso ecuatoriano aprobó la Ley Orgánica de las Instituciones Públicas de los Pueblos Indígenas del Ecuador -que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales-. La ley parte de consideraciones derivadas del reconocimiento constitucional de la

diversidad cultural y la plurinacionalidad y el “deber del Congreso Nacional (de) promover la adecuación de las leyes y el ajuste de la estructura institucional del Estado a los mandatos de la Constitución Política vigente, garantizando el ejercicio real de los derechos colectivos de los pueblos que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales”, y que era necesario reformar estas instituciones para garantizar su existencia, continuidad y eficacia. Allí se crearon el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador – CONDEPE-, el FONDEPI (Fondo de Desarrollo de pueblos indígenas del Ecuador), la Secretaría Nacional de Salud Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, y el Consejo de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas.

Colombia ingresaría en la dinámica suramericana de construir nuevas y adecuadas institucionalidades para los grupos étnicos

En el caso Colombiano, el reconocimiento constitucional de la nación pluriétnica y multicultural debe reflejarse en una institucionalidad específica para grupos étnicos, encaminada a la garantía de sus derechos y a articular políticas públicas para estos grupos. La institucionalidad para grupos étnicos en Colombia, es bastante precaria, plantea una atención fragmentada y desarticulada, y está lejos de concebirse desde la protección y garantía de sus derechos. En ese sentido se requiere una institucionalidad específica que diseñe políticas públicas para grupos étnicos desde un enfoque de derechos, previa consulta con los pueblos.

Al expedir las medidas tendientes a lograr la verdad, la justicia y la reparación para pueblos indígenas y comunidades afro, el Presidente Santos debe cerciorarse de que por esas medidas respondan instituciones independientes y representativas, pues no tendría sentido promulgar un conjunto de acciones que vayan luego a ser desarrolladas por los mismos organismos que vienen atendiendo a los grupos étnicos, cuya actuación y ejecutorias han sido indirectamente impugnadas por la Corte Constitucional,

como parte de una “disfunción” estatal que no ha logrado niveles adecuados de garantía en la realización de los derechos humanos de dichos grupos. Palabras más, palabras menos, de la victimización inferida a los grupos étnicos también hace parte una institucionalidad actual inoperante y precaria.

Algunos retos importantes en torno a la consulta previa

El reto mayor de cara a los procesos de consulta previa (tanto de medidas legislativas como de proyectos mineros, de infraestructura, de hidrocarburos, entre otros) quizá sea el fortalecimiento interno de los órganos de decisión, representación y concertación de los propios grupos étnicos, en la medida en que, de un lado, el reclamo de derechos implica correlativamente un compromiso superlativo de los líderes de dichos grupos de cara a sus propias comunidades; de otro lado, porque la exigencia histórica, que ahora se ve exacerbada por el reconocimiento de derechos, es la del fortalecimiento del autogobierno y la autonomía. *Last but not least*, porque enfrentar la “locomotora legislativa” de Santos, implica un gran fortalecimiento interno, si tenemos en cuenta que por lo menos 10 proyectos de ley deben ser consultados con los pueblos indígenas, como lo ha señalado Camila Osorio Avendaño en el sitio web “La silla vacía”³.

Dichos proyectos serán sometidos a consulta previa en un tiempo récord, lo cual pone en entredicho, *ab initio*, la calidad de la consulta que se adelante, sobre todo si se tiene en cuenta, como se ha señalado, que el Congreso no cuenta con protocolos o rutas para garantizar el derecho fundamental a la consulta previa y que la experiencia hasta ahora desarrollada con las facultades extraordinarias al Presidente para expedir, previa consulta, los decretos con fuerza de ley en materia de víctimas indígenas y afros tiene una carácter excepcional, por lo cual recurrir otra vez a la fórmula de incluir disposiciones

3 Cfr.: “Proyectos bandera de Santos, en manos de afros e indígenas”. Artículo electrónico de la página web de “La Silla Vacía”, Jueves 4 de agosto de 2011: Disponible en: <http://www.lasillavacia.com/historia/proyectos-bandera-de-santos-en-manos-de-afros-e-indigenas-26343>.

Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/45171179@No8/>



excepcionales sobre facultades extraordinarias, a la luz del artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política como norma habilitante, no puede volverse la regla, dado que de lo que se trata es justamente de examinar hasta qué punto, el texto íntegro de las medidas legislativas objeto de consulta afecta a los grupos étnicos, y no sólo de incluir capítulos o acápites para satisfacer la necesidad de un “enfoque diferencial” en las políticas.

Lo anterior supone una complejidad adicional, y es la consulta de los proyectos de actos legislativos reformativos de la Constitución, frente a los cuales la Corte Constitucional también ha exigido la consulta previa, ya que una cosa es expedir leyes o reformar las existentes, y otra es reformar la Constitución, no sólo porque implica un trámite legislativo más largo (al menos dos legislaturas) sino por la honda implicación que tiene la reforma de la Carta Política. Sin embargo, si la misma Constitución es la que reconoce nuestra condición de Estado Pluriétnico⁴, no cabe duda que todos aquellos proyectos de reforma de la Carta que puedan afectar a los grupos étnicos, entran en la exigencia de consulta previa.

⁴ Hay estados en América, como el chileno, que no tienen un reconocimiento constitucional de los grupos indígenas. Pese a ello adelantan propuestas de institucionalidad para atender a los indígenas, que, actualmente están siendo consideradas en consulta previa, tal como se ha mostrado en este artículo.

Otro reto, también en el corto plazo, derivado del anterior, tiene que ver con el hecho de que la ruta o protocolo que se implemente para los procesos de consulta previa de leyes, debe conjugar procedimientos ágiles pero garantistas, lo cual, si se conocen las dinámicas de los grupos étnicos, puede resultar incluso paradójico. Sin embargo, lo difícil será acordar el mecanismo, pues una vez puesto en marcha, podrán realizarse ajustes derivados de la experiencia de cada trámite de proyecto de ley.

Quizá ha llegado la hora de que los grupos étnicos se planteen seriamente una mayor unión en el trámite de la consulta, pues hasta el momento, la experiencia reciente y bastante incipiente que hay en este tema (básicamente lo referido al proyecto de decretos leyes sobre víctimas pertenecientes a pueblos étnicos que deben ser promulgados en Diciembre próximo), ha mostrado rutas independientes en el caso de los pueblos indígenas y en el caso de las comunidades afrodescendientes, y ello puede ser razonable dadas las especificidades de las diferentes formas de victimización sufridas por dichos grupos.

Sin embargo, hacia adelante, es posible que la afectación que pueda causar la expedición de algunas leyes tenga elementos comunes que puedan ser evaluados por los grupos, frente a los cuales podrían actuar de consuno. En otros casos, sin embargo, será necesario actuar independientemente si se estima que las posibles afectaciones inciden de manera claramente distinta en los pueblos indígenas y en las comunidades afrodescendientes.

Bibliografía

- Corte Constitucional (2006). Auto 218. Fundamentos jurídicos 6.2 y 6.3.
- Zagrebelsky, Gustavo (1999), *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ª. Edición, Editorial Trotta.

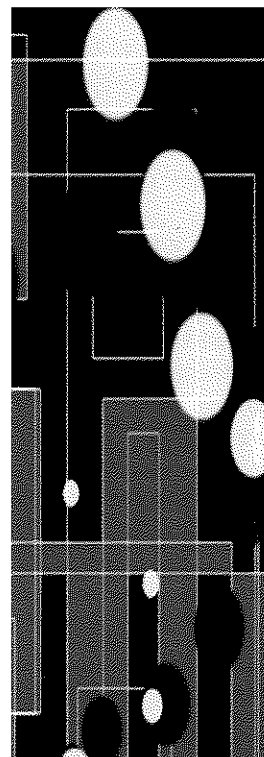
Ordenamiento territorial: falta de voluntad política

Pedro Santana Rodríguez*

La crisis que se presentó de manera dramática en las entidades territoriales hacia mediados de la década de los años setenta del siglo XX era el reflejo o el síntoma más visible de la crisis del modelo centralista que se impuso desde la Constitución de 1886, y que se había entronizado sobre la base de la derrota militar de los proyectos federalistas que había tenido su primavera y su máxima concreción política en la Constitución de Rionegro de 1863. Un primer problema estructural que aún no ha resuelto Colombia y que por el contrario se suele profundizar y manifestar en fenómenos como la irrupción de los cultivos ilícitos en ciertas regiones del país, y en la debilidad de la presencia de las estructuras del Estado y en donde suelen pelearse poderes subversivos o mafiosos tiene que ver con el desigual desarrollo regional del capitalismo en el país. Esto se manifiesta en profundas diferencias entre territorios en términos de agregación de valor, localización de industrias, concentración de la población, deficiente infraestructura de servicios públicos en dichas regiones y en general en la marginación de ciertos territorios a quienes el modelo de desarrollo condena en términos del desarrollo capitalista. Este nivel de desarrollo es desigual

lo que afecta a la población que vive en las regiones atrasadas que lo son porque tienen menos infraestructura tanto en materia de servicios sociales como en materia de infraestructura productiva.

Este desarrollo desigual no ha podido ser atacado de manera estructural aunque lo tenía en mente la Constitución de 1991 y la reforma iniciada desde los años ochenta del siglo XX, conocida como la reforma descentralista. Aún hoy es parte de la agenda y vuelve a aparecer en el presente Plan Nacional de Desarrollo –Prosperidad Para Todos, Plan de Desarrollo 2011-2014– que busca la creación de un fondo de desarrollo regional también contemplado en la reforma constitucional, que busca modificar los criterios de reparto de los recursos provenientes de las regalías a la explotación minera y de hidrocarburos. Por enésima vez se propone la creación de un fondo para financiar la construcción de obras y el desarrollo de infraestructura vial, por ejemplo, para integrar estas regiones al mercado interior y eventualmente a los mercados internacionales.



* Director de la Revista Foro. Presidente de la Corporación Viva la Ciudadanía

Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/moskua/>

El plan de desarrollo de manera acertada señala las enormes disparidades en el desarrollo regional:

“Las disparidades regionales son evidentes, destacándose los mayores rezagos económicos y sociales en el Pacífico y la Amazonoquía y las mayores ventajas económicas en el Centro y la zona Nororiental; en estas últimas el Centro concentra las actividades industriales, comerciales y de servicios y en la zona Nororiental se ubican los principales desarrollos mineros energéticos.

La Zona central genera el 73% del PIB del país y su ingreso per cápita es entre dos y tres veces el de las demás zonas, excepto con respecto a la Nororiental. Esta elevada distancia económica indica que para lograr la convergencia en las condiciones básicas para el desarrollo es necesario impulsar más aceleradamente las potencialidades económicas de las zonas de menor desarrollo relativo. Así mismo, aunque las tasas medias de crecimiento poblacional son bajas, las dinámicas en la Amazonoquía, el Pacífico y el Caribe son superiores, por lo tanto la estrategia regional debe tener presentes los fenómenos migratorios como factores básicos de desarrollo. Las capacidades institucionales son variadas entre zonas, siendo más elevados en las zonas Central y Nororiental, lo que indica la necesidad de fortalecerlas principalmente en las zonas periféricas, para mejorar la eficacia y eficiencia del gasto público y reducir las disparidades regionales”.

Las diferencias y similitudes anteriores pueden ser explicadas por razones diversas, pero principalmente porque las capacidades de desarrollo endógeno son desiguales entre territorios y el crecimiento ha sido desequilibrado entre zonas. En unas zonas como la Central y el Caribe, se han desarrollado procesos de urbanización y economías de aglomeración y se cuenta con ventajas competitivas, mientras que en otras las actividades económicas han sido más bien aisladas, con bajo valor agregado y con dificultades para la integración con el resto del territorio” (DNP, 2011: 24-28).

Nuevamente como ya se había propuesto en el llamado Plan de Integración Nacional, PIN, que fue el nombre del Plan Nacional de Desarrollo 1978-1982, se propone ahora la realización de Macroproyectos viales, canales de acceso a los puertos, gestión ambiental de los ecosistemas marinos e

insulares, navegabilidad de ciertos ríos, redes férreas y en general grandes obras de infraestructura que tendrían como propósito central la integración del territorio y la incorporación de las zonas periféricas con el mercado interior para promover el desarrollo capitalista. Dentro de ellas se destacan los proyectos agrícolas en las zonas de la Orinoquía que podrían resultar tremendamente perjudiciales para la amazonía.

Un efecto igualmente preocupante para ciertas regiones del país lo constituye el gran auge de la explotación minera sin que el Estado haya desarrollado mecanismos para controlar los nefastos efectos sobre el medio ambiente. Ello ha provocado la insurgencia de nuevos y masivos movimientos de la población como el caso reciente de los Santanderes en que se pretende la explotación del Oro en el Páramo de Santurbán, por las nefastas consecuencias que tendría sobre las fuentes de agua que surten a las principales aglomeraciones urbanas de la región, principalmente Bucaramanga y Cúcuta.

Así pues una de las características básicas del modelo de desarrollo capitalista imperante en el país es el de su heterogeneidad estructural que no ha podido ser enfrentado con éxito desde el Estado. La mayor parte de los planes de desarrollo y las políticas públicas ligadas a ellos han fracasado como acertadamente lo reconoce el actual Plan de Desarrollo; no obstante, lo que contempla este plan de desarrollo es más de lo mismo: se propone la realización de megaproyectos viales y de comunicaciones sin desarrollar nuevos modelos de gestión territorial y de estructuras político administrativas. Como lo veremos luego, este es uno de los principales problemas no resueltos y la reciente ley de Ordenamiento Territorial, Ley 1454 de 2011, tampoco avanza en el sentido de conformar verdaderas estructuras de poder regional.

Pero también el excesivo centralismo se tradujo en crisis de las entidades territoriales que en Colombia son los departamentos y los municipios. Esta crisis se manifestó en los tres niveles básicos en las que se estructuran las funciones y el quehacer de las entidades del poder en el conjunto del territorio: crisis fiscal, crisis administrativa y crisis política.

El centralismo creciente se tradujo en crisis fiscal de las entidades territoriales. En el año de 1940 el nivel nacional recibió el 56% de los ingresos fiscales, los departamentos recibieron el 32% y los municipios el 22%. En 1979 la Nación recibió el 84.6%, el nivel departamental el 9.7% y los municipios el 5.7%. Así pues la crisis municipal y departamental se relacionó de manera directa con la situación deficitaria de sus finanzas. De allí se deriva en gran medida la insuficiencia de los servicios públicos urbanos, la baja cobertura de su prestación y sus altas tarifas. Esta situación influyó de manera determinante sobre la crisis administrativa como incapacidad para prestar los servicios que la Constitución le entrega a estos niveles del Gobierno y por otra parte se tradujo en crisis política como baja representación y legitimidad de las entidades intermedias del Estado, y la crisis social se manifestó en expresiones de movilización y protesta que en Colombia se desarrollaron de manera muy amplia durante los años sesenta, setenta y ochenta del siglo XX (Santana, 1986; Velásquez, 1986).

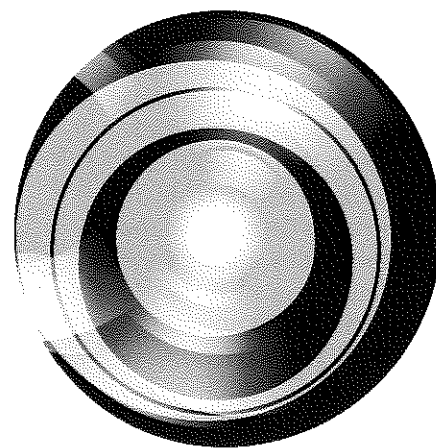
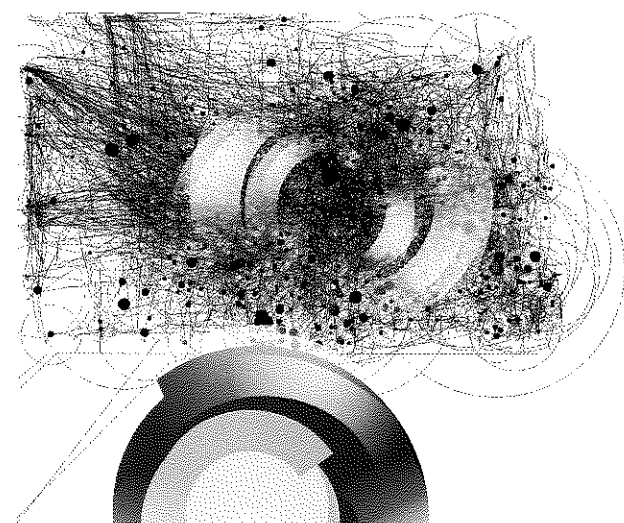
Así pues, la crisis en la vida regional de los años sesenta y setenta del siglo XX llevaron a plantear la necesidad de una profunda reforma de la estructura regional del poder en el país. Los movimientos cívicos, así como los movimientos guerrilleros, ocuparon un escenario que estaba profundamente vinculado a la crisis de las estructuras del poder local y regional. Los movimientos cívicos se levantaron por las vías de hecho, recurrieron a la movilización ciudadana para reclamar educación pública, servicios de agua potable, energía eléctrica, vías de comunicación, mejoras en el transporte público, todos estos servicios en manos de municipios y departamentos incapaces de prestarlos de manera adecuada por la crisis de sus finanzas. Al mismo tiempo, las estructuras clientelistas chocaban con las reivindicaciones ciudadanas y se manifestaban incapaces de resolver la crisis social a la que habían contribuido con el saqueo de los raquíuticos presupuestos de departamentos y municipios; esta crisis se transformó en crisis política.

Desde mediados de los años setenta se planteó la necesidad de una reforma consti-

tucional. Una pequeña constituyente fue aprobada y uno de los dos temas que debería abordar era la reforma de departamentos y municipios al lado de una reforma a la justicia. La propuesta del entonces presidente Alfonso López Michelsen, buscaba preservar en lo fundamental el régimen oligárquico y el bipartidismo que debería ser mayoritario en la composición de la nueva pequeña constituyente. La fórmula para ello consistía en la elección de dos delegatarios por cada departamento con lo cual se garantizaría el dominio bipartidista en este reducido mecanismo para la reforma territorial. La reforma propuesta naufragó en la Corte Suprema de Justicia que declaró inconstitucional la propuesta de pequeña constituyente por vicios en su trámite.

Entretanto, la crisis se profundizaba. López señaló que la reforma era necesaria para hacer frente a la insurgencia ciudadana que se expresó con fuerza sobre todo en los departamentos de la Costa Atlántica, en los llamados hasta ese momento territorios nacionales (Intendencias y Comisarías). Hay que recordar que los gobernadores eran nombrados a dedo por el Presidente de la República y los alcaldes eran nombrados también a dedo por los gobernadores, con la excepción de la Alcaldía de Bogotá que era nombrada por el Presidente. La vida promedio de un Alcalde era de seis meses y las de los gobernadores de nueve meses.

Frente a este panorama el Gobierno de Belisario Betancur (1982-1986) decidió emprender una reforma a fondo de la vida municipal dejando de lado a los departamentos que eran y siguen siendo el nivel intermedio de Gobierno. Betancur y su ministro de Gobierno Jaime Castro, llevaron adelante una reforma constitucional enfocada sólo a los municipios. Esta reforma enfrentó la crisis en sus tres dimensiones. Frente a la falta de legitimidad y de representación de los alcaldes nombrados a dedo por el Presidente de la República y por los gobernadores, decidió rescatar el principio de la autonomía y soberanía popular entregando su elección a partir del 13 de marzo de 1988 a los ciudadanos residentes en sus municipios. Muchos malabares tuvieron que hacer en el Congreso para preservar la



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/moskua/>

entelequia de soberanía que según la vieja y centenaria Constitución Política de 1886 residía en la Nación y no en los ciudadanos. Aún con una contradicción en los términos la Reforma Constitucional contenida en el Acto Legislativo No 1 de 1986 estableció que los alcaldes en adelante serían elegidos por los ciudadanos. De esta manera buscó relegitimar y recrear el poder municipal sobre una base democrática.

También asumió el tema de la crisis fiscal de los municipios. Como se recordará el proceso de la descentralización se había iniciado con la aprobación de la Ley 14 de 1983 que se ocupó de la reforma de las finanzas municipales. Esta ley amplió la base fiscal de los municipios entregándoles un nuevo impuesto, el de las instituciones financieras, modernizó los avalúos catastrales lo que en la práctica significó aumentar el recaudo del impuesto predial al tiempo que obligó a los municipios a aumentar dicho impuesto. Esto significó ingresos adicionales a los municipios que fueron muy importantes sobre todo para las grandes ciudades. (Santana, 1986). Así lo señaló el entonces ministro de Gobierno Jaime Castro, para quien los efectos de la ley 14 eran positivos para las grandes ciudades, menores para las intermedias y casi nulos para los pequeños municipios (Castro, 1986).

La ley 12 de 1986 contempló la elevación de la participación de los municipios en el impuesto a las ventas de manera progresiva. Lo municipios con población menor de

100.000 habitantes recibirían, proporcionalmente, una participación mayor que la ordenada para las medianas y grandes ciudades. Los cálculos hechos por los organismos estatales fijaron un ingreso por este concepto de cerca de 42 mil millones de pesos de la época, para 1989 se estimaba en algo más de 100 mil millones, mientras que en 1992 donde se alcanzaría el tope máximo de las transferencias, que eran el 25.8% del total del impuesto a las ventas, llegaría a 226 mil millones de pesos. Este monto era significativo dado que en el año de 1985 este impuesto representaba el 22.7% del total de ingresos del fisco nacional. Se iniciaba un proceso de desmonte del asfixiante centralismo en la captación de los recursos públicos en manos del Estado Central.

La reforma se complementó con la expedición de la Ley 11 de 1986 que transfirió atribuciones y competencias en materia de servicios públicos y sociales a los municipios del país. La crítica que se hizo entonces era que se transferían demasiadas funciones sin que se hiciera lo mismo con el monto de los recursos fiscales. Esta reforma vista ahora fue no sólo profunda en términos de cesión de poder, sino que a la larga se convirtió en la piedra angular para el desmonte de la centenaria Constitución de 1886. La reforma empero adolecía de una falla estructural, nos referimos al nivel intermedio de Gobierno que quedó en manos del clientelismo y sin recursos.

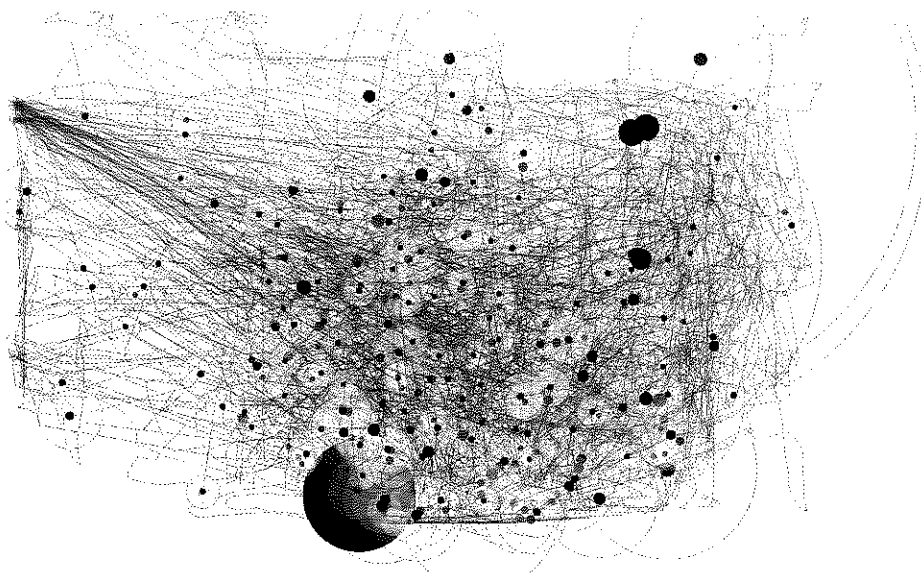
Los departamentos no fueron objeto de la reforma, estos entes siguieron sobreviviendo

sin que ellos fueran refundados tanto desde el punto de vista de recursos como también desde el punto de vista político, las clientelas siguieron mandando y nombrando a los gobernadores hasta la expedición de la nueva Constitución el 4 de julio de 1991. La mayor parte de los recursos de los departamentos siguieron destinados a los gastos de funcionamiento, el 80% del total, mientras a inversión sólo se dedicaba el restante 20%. A pesar del fortalecimiento de las transferencias a través del llamado Situado Fiscal, la penuria fiscal siguió siendo la realidad. La reforma fue municipalista y no abordó el tema de los niveles intermedios de Gobierno. Esta era la realidad que debería ser abocada por la Constituyente, elegida mediante votación popular el 9 de diciembre de 1990, e instalada el 4 de febrero de 1991.

La reforma territorial en la Constitución de 1991

La Constituyente de 1991 siguió en la línea de la reforma constitucional de 1986, es decir, profundizó el municipalismo y dejó sin resolver el tema de la entidad intermedio de organización del Estado. Esta reforma apostó por un régimen descentralizado teniendo como principal protagonista al municipio colombiano al cual se definió como la célula básica del ordenamiento territorial en Colombia, y la base de la organización territorial del poder público. La Constituyente amplió de dos a tres años el período de los alcaldes elegidos popularmente, profundizó la descentralización fiscal ampliando los recursos económicos los cuáles fueron amarrados a los ingresos corrientes de la Nación y profundizó la autonomía política y administrativa de estos niveles de Gobierno.

No obstante la principal falencia de la Constituyente fue dejar indefinido el nivel intermedio de Gobierno, vale decir, no definió ni las funciones, ni los recursos, de los departamentos y al mismo tiempo dejó abierta la posibilidad de la creación de regiones autónomas y de provincias,



y reconoció a las Entidades Territoriales Indígenas. No obstante, ninguna de las dos grandes propuestas fue aprobada dejando su definición a una futura Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial. Creó una Comisión de Ordenamiento Territorial que debería presentar una propuesta de Ley (Artículo 288 de la Constitución Política que, a la letra, señala que dicha ley debe establecer “La distribución de competencias entre la Nación y las Entidades Territoriales”). Desde entonces se presentaron 19 proyectos de Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, sólo ahora en el año 2011 el Congreso de la República aprobó una Ley, la 1454, que dicta normas orgánicas sobre ordenamiento territorial. Sobre esta ley volveremos más adelante.

Durante los largos ocho años del Gobierno de Uribe el tema del Ordenamiento Territorial no tuvo ningún desarrollo dado que este Gobierno se caracterizó por un marcado centralismo, y lejos de profundizar la descentralización lo que se vivió fue un proceso que recentraliza tanto los recursos de las entidades territoriales así como de algunas de las funciones administrativas que antes habían sido atribuidas a departamentos y municipios. En efecto, mediante el Acto Legislativo 04 de 2007 se prolonga el Acto Legislativo 01 de 2001 que recortó las transferencias que estaban atadas a una participación creciente en los ingresos corrientes de la Nación. Ahora se crea un Sistema General de Participaciones el cual se define alrededor

de un porcentaje del presupuesto y unos puntos adicionales que se ligán a la inflación. Muchos de los críticos de la descentralización señalaron en su momento que el monto de las transferencias ligadas a los ingresos corrientes de la nación eran insostenibles porque en el año de 2001 ya representaban cerca del 47% (24.5% el situado fiscal y 22% las participaciones municipales) y dieron a entender de manera errónea que en esos ingresos corrientes estaban todos los ingresos del Estado en su nivel central.

Sin embargo, y como lo anotó lucidamente el ex ministro y constituyente Jaime Castro, esto no es cierto, puesto que se excluyen recursos muy importantes que no son considerados ingresos corrientes de la nación tales como: los recursos del crédito interno y externo, los valores recaudados por la enajenación o venta de activos de la nación, es decir los recursos provenientes de las privatizaciones; los rendimientos que generan las inversiones de la nación en el sistema financiero; las utilidades de las empresas industriales y comerciales del Estado es decir los giros que hacen por ejemplo, ECOPEPETROL y el Banco de la República que en el año 2001 correspondían a 2.5 billones de pesos. Los cálculos de la Contraloría General de la Nación para estos años señalaban que las transferencias sólo representaban el 20% del total de los ingresos de la Nación (Castro, Jaime. 2001).

Estos recursos fueron adicionados con la exclusión de tributos como el 4 por mil durante algunos años o el impuesto al patrimonio dedicados exclusivamente a gastos militares. Estos recursos son muy importantes en las finanzas del Gobierno central. En un estudio de la Contraloría General de la República que hace una relación entre los recursos de las transferencias y todos los ingresos corrientes de la Nación, se llega a la conclusión que la participación de las transferencias comenzó a descender desde el 42% en promedio para los últimos doce años para ubicarse en 2005 solo en el 33% del total de los ingresos corrientes de la Nación, es decir, que el Estado central se quedó con el 67% del total de los ingresos corrientes de la Nación para dicho año. Esta es la realidad actual. (Contraloría General de la República, 2006).

Como lo señala Jaime Castro en un estudio más reciente, hay que tener en cuenta:

- Que los ingresos corrientes de la nación no son ingresos totales, son apenas una parte. Las transferencias territoriales en el 2006 equivalen al 33.8% de los ingresos corrientes; al 31% de los ingresos ordinarios; al 14.8% del presupuesto general de la nación, y apenas el 10% del ingreso del sector nacional consolidado.
- Que el déficit fiscal público lo produce el desbordado gasto del Gobierno, el servicio a la deuda nacional y las transferencias para seguridad social.

Las transferencias durante el período analizado reflejan un crecimiento aproximado, durante los doce años del estudio de la Contraloría General de la República, de un 63.2% en términos reales. Los mayores montos reales se entregaron a educación (53%), salud (23.5%) y propósito general que, además, cubre libre inversión (16.4%). Otros renglones con alguna significación son el Fondo Educativo de Compensación, FEC, con una participación del 3.7% y el Fondo de Pensiones Territoriales 2.3%.

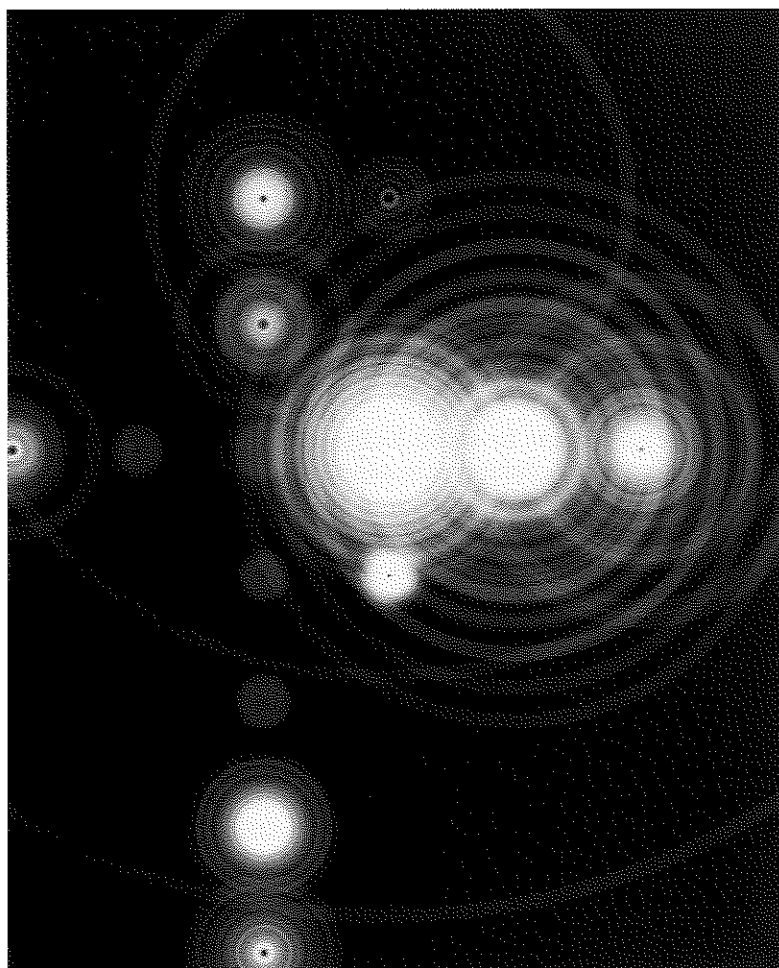
Con la crisis económica del año 1999 el Gobierno central decidió proponer y hacer aprobar, en contra de municipios y departamentos, un Acto Legislativo de vigencia transitoria hasta el año 2008 recortando la participación de estos entes territoriales en los ingresos corrientes de la nación. El resultado fue, según la Contraloría General de la República, que los municipios y departamentos dejaron de percibir 11.5 billones de pesos, a precios de 2005, durante los cuatro años (2002 a 2005), en comparación con lo que hubiera sucedido de seguir con las reglas de la ley 60 de 1993. Sin embargo, concluye el estudio de la Contraloría General de la República, esta disminución no se tradujo en el mejoramiento de las finanzas públicas, pues, aunque ello implicó una reducción de la presión sobre el gasto, el servicio de la deuda y el déficit fiscal se profundizaron. Si no se hubieran recortado las transferencias el déficit fiscal habría llegado a un 7.1% del Producto Interno Bruto, PIB. Este déficit se sigue manteniendo alrededor del 5% del PIB

pese a las reformas emprendidas y profundizadas con el Acto Legislativo 04 de 2007.

Ahora bien ese recorte de los 11 billones de pesos se tradujo en menor inversión en educación en 6.4 billones de pesos, en salud en 2.5 billones de pesos y en 1.97 billones para otras asignaciones como saneamiento básico, transferencias a los pueblos indígenas y al fondo de pensiones territoriales. En relación con educación básica, el menor gasto que se generó por la reforma al sistema de transferencias hubiese alcanzado para que la cobertura del sector oficial pasara del 73.4% en 2003 a 90.6% en 2005. En materia de salud el recorte impidió que la cobertura se ampliara para el régimen subsidiado en 5 millones de afiliados plenos. En el primer año se hubiesen podido afiliar 1.4 millones de personas adicionales a las que se garantizaría su financiamiento pleno hasta 2005 con los mismos recursos.

Tal como lo demuestra el estudio de la Contraloría General de la República, el recorte se va profundizando en la medida en que van transcurriendo los años de vigencia de estos actos legislativos. El recorte para el año 2006 representó 6.4 billones de pesos y representó 5.1 billones para el año 2007 y 5.4 billones para el año 2008. Como se muestra lo que se está recortando es la inversión social del Estado y los principales sectores afectados son la educación, la salud, el agua potable y de paso la inversión en las comunidades indígenas. De igual forma las modificaciones a las transferencias derivadas del acto legislativo 04 de 2007, se traducen en pérdidas para los municipios entre 2008 y 2016 por un valor de 54.7 billones de pesos a precios de 2005. En últimas, lo que se está haciendo con el Sistema General de Participaciones es concentrar recursos y capacidad de decisión en el Gobierno central, y restar poder y capacidad de inversión a departamentos y municipios.

Ambos actos legislativos afectan de manera profunda el desarrollo humano del país y aumentan la brecha y las inequidades entre municipios colombianos. Es claro que Bogotá, por ejemplo, tendrá que aumentar la erogación con recursos propios para cubrir educación y salud, descuidando otros



frentes prioritarios, o lo que es peor recurrir a mayores impuestos o endeudarse, esto para la ciudad capital es grave, pero lo es peor para municipios de departamentos como Chocó, en los que más del 80% de sus ingresos dependen de las transferencias.

A la par del recorte a las transferencias durante los últimos años también se operó un recorte a la autonomía administrativa de los departamentos y municipios. Un ejemplo notorio son los llamados Planes Departamentales de Agua y Saneamiento Básico mediante los cuales se pueden comprometer los recursos futuros del Sistema General de Participaciones por un organismo departamental en inversiones para la construcción de nuevos acueductos sin que los municipios tomen parte en la decisión de sus recursos. Así mismo, podrían mencionarse las inversiones destinadas a la población desplazada, que deben hacerse con recursos propios de departamentos, y

Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/moskua/>

municipios sin que se establezcan reglas claras sobre la participación del nivel central del Gobierno en este financiamiento.

La descentralización entonces afronta tres retos importantes en este momento: el primero, el avance de un proyecto de recentralización de los recursos que sigue avanzando durante la administración del presidente Juan Manuel Santos, que ahora busca modificar el reparto y la distribución de las regalías que reciben municipios y departamentos productores de petróleo y minerales diversos. Este Acto Legislativo ya ha sido aprobado. Un segundo punto es el de la corrupción en los gobiernos municipales y departamentales. Frente a este problema es innegable que los mecanismos de control en manos de la Procuraduría General de la Nación y de la Contraloría General de la República y de las Personerías y Contralorías Municipales y Departamentales han fracasado en muchos municipios y departamentos del país. Pero la solución no está en recortarles los recursos y sus funciones sino en revisar los mecanismos de conformación y elección de estos organismos en los niveles nacionales y territoriales.

Una reforma política debería considerar que estos organismos sean ocupados por personas de la oposición o que por lo menos no pertenezcan a las coaliciones de Gobierno en el nivel nacional y en los niveles territoriales. Otra alternativa sería el establecimiento de un sistema meritocrático para la elección de estos funcionarios, nos referimos a los personeros y contralores municipales y departamentales así como a los organismos nacionales como: Procuraduría General y Contraloría General. Pero, también debería estimularse y protegerse a las veedurías ciudadanas y mecanismos como la rendición pública de cuentas. La clave en la lucha contra la corrupción está en la transformación de los organismos de control y en el estímulo a la vigilancia ciudadana sobre los recursos públicos. También en la puesta en marcha de procesos crecientes de participación ciudadana como el mecanismos de los presupuestos participativos que pueden constituirse en mecanismos útiles de lucha contra la corrupción al permitir que los ciudadanos participen en

la asignación, ejecución y vigilancia de una parte importante del gasto público.

Un tercer elemento fundamental tiene que ver con la derrota de los actores armados ilegales que atentan contra la democracia local y contra la libre decisión de los ciudadanos para elegir de manera transparente y libre a sus autoridades locales. En este terreno el principal enemigo de la descentralización es el paramilitarismo que copó, según investigaciones recientes, más de 251 alcaldías municipales. En departamentos como Casanare o Magdalena se firmaron pactos con los candidatos quienes a cambio de recibir apoyo armado a sus aspiraciones se comprometieron a entregar parte del presupuesto y la contratación en porcentajes hasta del 50% de los recursos municipales o departamentales. También las investigaciones judiciales han demostrado la penetración de estos actores armados ilegales en las redes públicas de la salud y en los fondos provenientes de las regalías así como en los juegos de suerte y azar. Este fenómeno no podrá ser derrotado sin el funcionamiento decidido de los organismos de control y de los organismos de la justicia, nos referimos a la Fiscalía y a los jueces y las altas Cortes de Justicia.

La crisis tiene que ver con la derrota de las instituciones democráticas en los niveles intermedios del Estado, pero también en los organismos de la Fuerza Pública, de la Justicia y de los organismos de control. Que los paramilitares hayan tomado el control de más de 12 departamentos del país y de más de 251 municipios muestra una aguda crisis de los organismos judiciales, de los organismos de la fuerza pública y de los organismos de control, pero además también incluye a los partidos y movimientos políticos que hacen presencia en los concejos municipales, en las asambleas departamentales, en las alcaldías y gobernaciones. Lo que muestra el fenómeno de la infiltración paramilitar es un colapso de las instituciones sobre la base del debilitamiento, por la vía de la amenaza armada y del asesinato de sus dirigentes, de las organizaciones de la sociedad civil local y departamental. Fue lo que ocurrió en estos territorios del país.

La descentralización está en peligro por estos tres factores que se deben enfrentar

de manera decidida para recuperarla como un instrumento esencial del Estado Social y Democrático de Derecho. A ello habría que agregar el accionar de las guerrillas en contra de alcaldes, concejales y comuneros en amplios territorios del país, pero principalmente en los departamentos del sur del país. Estas guerrillas declararon de manera totalmente errónea y antidemocrática, desde finales de los años noventa del siglo XX, como objetivos militares a alcaldes y concejales; decenas han sido asesinados. Lo anterior porque ellos consideran que alcaldes y concejales son los representantes del Estado que ellos dicen combatir para reemplazarlo por un etéreo y antidemocrático “Estado Democrático y Popular”.

Pero hay que decirlo claramente: el objetivo de las FARC no es la corrupción o infiltración del Estado en sus niveles territoriales. Esto lo hacen de manera ocasional. Su propósito en los últimos años ha sido principalmente el de la confrontación armada contra inermes funcionarios del poder civil elegidos mediante votaciones en sus respectivos municipios. Es obvio que estas prácticas atentan contra la autonomía y el principio de la soberanía popular. Pero hay que considerar que es equivocado hacer una equiparación entre los poderes mafiosos de los paramilitares y los poderes antidemocráticos de la guerrilla. Los primeros acumularon poder territorial mediante la estrategia de la infiltración y la subordinación de los poderes locales, los segundos los intimidaron y en muchas ocasiones los asesinaron. Las formas de enfrentarlos por tanto deben ser distintas.

Una Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial sin dientes

En la campaña presidencial el entonces candidato y hoy presidente Juan Manuel Santos se comprometió en la región Caribe a presentar un proyecto de Ley Orgánica que permitiera la organización de las regiones como entidades territoriales. Una vez en el Gobierno y acompañado de su ministro del interior Germán Vargas Lleras, presentaron a consideración del Congreso un proyecto de ley que no llena las expectativas de quienes

fueron sus principales impulsores, dado que elude el tema central que debería ser objeto de la ley que es, como lo dice la Constitución Política, el reparto de competencias entre la Nación y las Entidades Territoriales.

Así lo entendieron los siete gobernadores de la Costa Atlántica quienes diligentemente prepararon un proyecto de Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial que contemplaba tres aspectos que son centrales para la definición de un nivel intermedio de organización estatal que ellos identifican con la región, la cual estaría dotada de autonomía política toda vez que los ciudadanos de la Región Caribe elegirían mediante votación popular un gobernador regional y una Asamblea Legislativa Regional con capacidad para aprobar impuestos, tasas y contribuciones, al tiempo que actuaría como entidad territorial intermedia con funciones claras en cuanto al ordenamiento territorial, la plataforma marítima y los ecosistemas que allí existen. Todo ello sin atentar contra la unidad nacional, la que conciben como República Unitaria. Nuevamente se despiertan todos los temores de los centralistas que ya se habían manifestado en la Asamblea Constituyente y que fue lo que impidió que la Asamblea adoptara una decisión al respecto.

Sobre la necesidad de un ente intermedio con autonomía y poder tanto político como económico hay un acuerdo entre departamentalistas y regionalistas. Sin embargo, en el Ejecutivo Nacional se desconfía de un ordenamiento que apueste por entes territoriales intermedios con verdadero poder regional. El resultado ha sido nefasto, durante estos veinte años de vigencia de la Constitución. Los centralistas temen al poder descentralizado por la profundización de un sistema de pesos y contrapesos en cuanto a la distribución de recursos fiscales entre los entes territoriales y el nivel nacional. No es otra la razón de la oposición a que Colombia defina un nuevo mapa de redistribución del poder. Como lo anota Fabio Velásquez en un reciente ensayo sobre el tema, no hay un reconocimiento a las nuevas realidades regionales por ejemplo, a la Región Cafetera y del Norte del Valle, integradas de hecho con múltiples interrelaciones ambientales, económicas



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/moskua/>

y de redes comunicativas. Tampoco la integración de los departamentos de la Costa Caribe o la interrelación de la en otra época Región de Planificación del Suroccidente del país. (Velásquez, 2010).

Una ley de mínimos que no se ajusta a lo que el país requiere

El Gobierno Nacional desoyendo las voces que claman por un verdadero proyecto que cree las regiones o refunde los departamentos presentó un proyecto que ha calificado como de mínimos. Éste proyecto, convertido en ley de la República por las mayorías afectas al Gobierno en el Congreso de la República, es un proyecto inocuo y así ha sido calificado con toda razón tanto por los siete gobernadores de la Región Caribe, como por los gobernadores del Suroccidente que se pronunciaron públicamente sobre el proyecto cuando ya estaba avanzada su aprobación, así como por los gobernadores de Norte de Santander y de Santander.

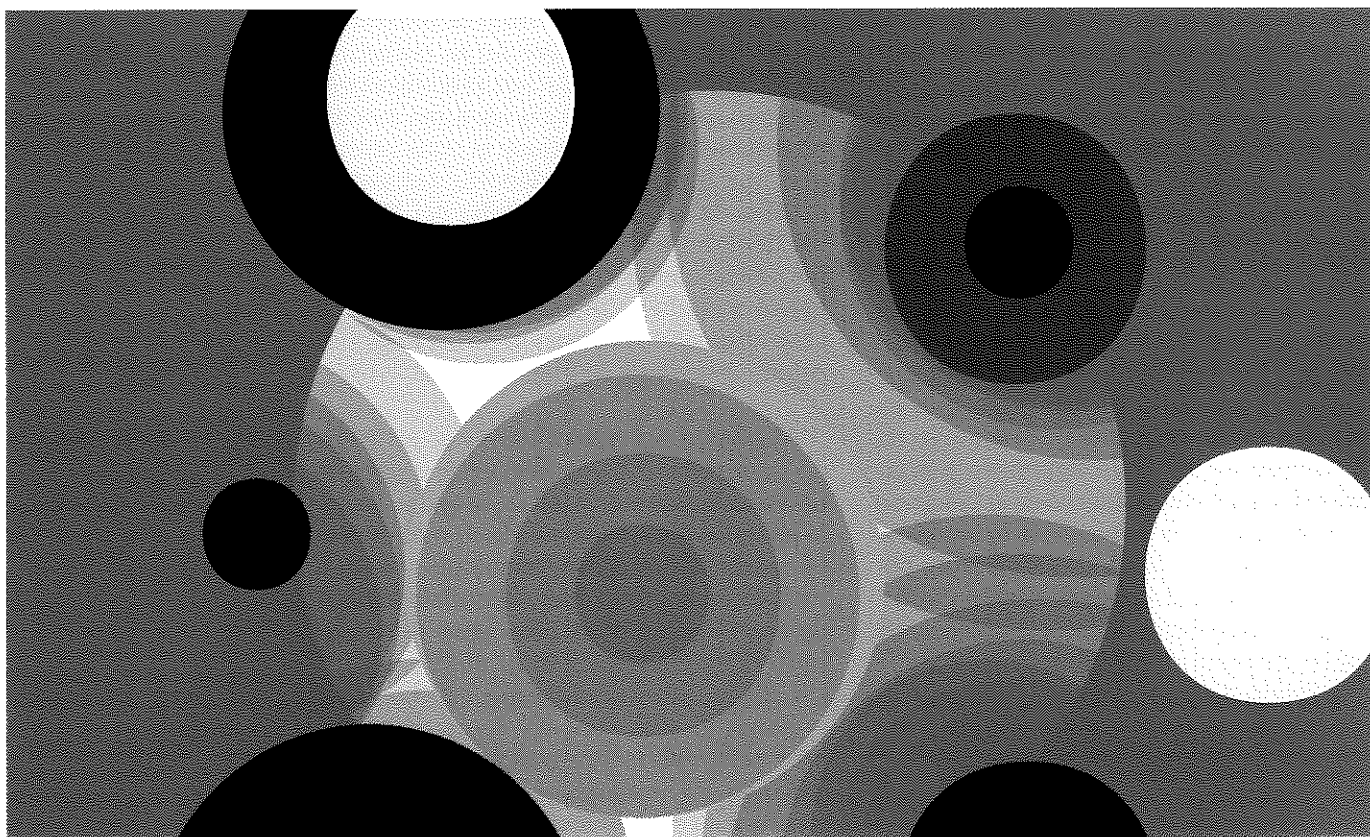
El objeto de la ley está definido en el artículo primero: “La presente ley tiene por objeto dictar las normas orgánicas para la organización político-administrativa del territorio colombiano; enmarcar en las mismas el ejercicio de la actividad legislativa en materia de normas y disposiciones de carácter orgánico relativas a la organización político administrativa del Estado en el territorio; establecer los principios rectores del ordenamiento; definir el marco institucional e instrumentos para el desarrollo territorial; definir competencias en materia de ordenamiento territorial entre la Nación, las entidades territoriales y las áreas metropolitanas y establecer las normas generales para la organización territorial”. Pero en el cuerpo del articulado de la ley se eludieron los temas centrales que deberían ocupar precisamente el reparto de competencias así como la asignación de poderes a los entes territoriales que se pretenden crear en el futuro.

Lo que se elude en la ley es precisamente el tema central, esto es, la definición de si en materia de ente intermedio se apuesta por el departamento, dotándolo de recursos y atribuciones, o se crea la región como entidad territorial procediendo a

descentralizar y a profundizar la autonomía territorial. Esto es lo que no se encuentra en ley 1454 de 2011. Muchos investigadores también han calificado a la ley como inocua, precisamente por que elude el tema central que una ley orgánica debería enfrentar: ¿cuál es la entidad intermedia del Estado, los departamentos o las regiones? Y esto fue precisamente lo que la ley no respondió, volvió a eludir el tema y a plantear como gran alternativa la creación de las Regiones Administrativas y de Planificación.

La ley en sus cinco Títulos y 40 artículos no desarrolla una propuesta estratégica de ordenamiento territorial. De lo que se ocupa la ley es de posibilitar que dos o más departamentos, o dos o más municipios puedan establecer las Regiones Administrativas y de Planificación o las Provincias Administrativas de Planificación. Al mismo tiempo y a última hora incluyeron las llamadas regiones de planeación y de gestión y las provincias administrativas y de gestión, así como las áreas metropolitanas y entidades territoriales económicamente desarrolladas, para que se asocien con las más débiles, a fin de hacer efectivos los principios de solidaridad, equidad territorial, equidad social, sostenibilidad ambiental y equilibrio territorial, previstos en los numerales 8 y 15 del artículo 3 de la ley.

La creación de la región como entidad territorial se difiere a una futura ley. Dice su artículo 36: “*De la Región Territorial*. De conformidad con el artículo 307 de la Constitución Política la Región Administrativa y de Planificación podrá transformarse en Región Entidad Territorial, de acuerdo con las condiciones que fije la ley que para el efecto expida el Congreso de la República”. El propósito central como lo señala la Constitución de una Ley Orgánica es precisamente la redistribución de funciones, recursos y poder en el territorio, de esto es precisamente de lo que no se ocupa la ley 1454 de 2011, con lo cual tienen completa razón los gobernadores de la Costa Caribe que señalaron que el Gobierno del presidente Juan Manuel Santos, les había hecho un conejazo, para referirse a que la ley no enfrentó realmente el problema central que afronta el ordenamiento del territorio que es la inexistencia de un nivel intermedio



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/moskua/>

de Gobierno con funciones, recursos y poder político.

El contenido fundamental de la ley se encuentra en el artículo 30 de la misma que señala:

Artículo 30. *Región Administrativa y de Planificación.* Son Regiones Administrativas y de Planificación (RAP) las entidades conformadas por dos o más departamentos, con personería jurídica, autonomía financiera y patrimonio propio, cuya finalidad está orientada al desarrollo regional, la inversión y la competitividad, en los términos previstos en el artículo 306 de la Constitución Política y en el marco de los principios consagrados en la presente ley enfatizando la gradualidad, flexibilidad y responsabilidad fiscal.

Los departamentos que conformen la RAP deberán tener en cuenta para su financiación y funcionamiento los parámetros establecidos en la ley 617 de 2000 y 819 de 2003 para los departamentos que la conformen.

En ningún caso las Regiones Administrativas y de Planificación podrán constituir circunscripción electoral especial dentro de la división político administrativa territorial del país.

De conformidad con lo previsto en el artículo 306 de la Constitución Política, previa autorización de sus respectivas asambleas, y previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial del Senado, los gobernadores de dos o más departamentos podrán constituir mediante convenio la región administrativa y de planificación que consideren necesaria para promover el desarrollo económico de sus territorios y el mejoramiento social de sus habitantes.

Entre los departamentos que conformen las regiones aquí previstas debe haber continuidad geográfica.

Lo anterior no impedirá que departamentos que no guarden continuidad geográfica puedan desarrollar alianzas estratégicas de orden económico, con el fin de comercializar sus bienes y servicios a nivel nacional e internacional”.

La Nación podrá cofinanciar proyectos estratégicos de las regiones administrativas y de planificación, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones previstos en la norma vigente”.

La ley crea así mismo los Consejos Regionales Administrativos y de Planificación como instancias técnicas para que asesoren las Regiones Administrativas y de

Planificación que serán conformadas por los gobernadores que integren la RAP y por los alcaldes de las áreas metropolitanas que estén dentro de ella.

Para destacar finalmente la creación de la Comisión de Ordenamiento Territorial. “Artículo 4. *De la Comisión de Ordenamiento Territorial, (COT)*. La Comisión de Ordenamiento Territorial (COT) es un organismo de carácter técnico asesor que tiene como función evaluar, revisar y sugerir el Gobierno Nacional y a las Comisiones Especiales de Seguimiento al Proceso de Descentralización y Ordenamiento Territorial del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, la adopción de políticas, desarrollos legislativos y criterios para mejorar la organización del estado en el territorio”.

La conforman: el Ministro del Interior o su delegado quien la presidirá, el Ministro del Medio Ambiente o su delegado, el director del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, un delegado de las Corporaciones Autónomas Regionales. CAR, un experto designado por el Gobierno Nacional, dos delegados expertos designados por Senado y Cámara y dos expertos académicos designados por el sector académico. Hay que señalar aquí, que se echa de menos la presencia de autoridades territoriales y lo más grave la ausencia de delegados de las comunidades indígenas y afrodescendientes. Tampoco hay una delegación clara de la sociedad civil que podría haber estado en cabeza del Sistema Nacional de Planeación. Por lo demás las funciones de la Comisión son muy limitadas como lo es la ley que la crea.

A manera de conclusión

Uno de los aspectos fundamentales de la Reforma Constitucional de 1991 fue la reforma al ordenamiento territorial que profundizó la que se había emprendido desde 1983 con la expedición de la ley 14, y que se profundizó con el Acto Legislativo No 1 de 1986 que aprobó la elección popular de los Alcaldes, celebrada por primera vez el 13 de marzo de 1988. Al mismo tiempo se expidieron las leyes 11 y 12 de 1986 que establecieron la descentralización administrativa y fiscal.

Esta reforma no fue retórica; al contrario, fue una profunda reforma en términos de autonomía política para las entidades territoriales y en términos administrativos y financieros. La reforma Constitucional de 1991 profundizó la descentralización ampliando el período de los Alcaldes a tres años, entregando más recursos a las entidades territoriales, fortaleciendo la autonomía administrativa de las mismas y ampliando la soberanía popular y el poder de los ciudadanos consagrando la elección popular de los gobernadores a quienes también entregó un período de tres años.

La Constituyente sin embargo dejó en el limbo a las entidades intermedias de gobierno pues no resolvió la disputa entre regionalistas y departamentalistas, que se presentó a lo largo de las deliberaciones de la Asamblea. En cambio dejó a la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, LOOT, la definición de la entidad intermedia señalando que es posible la existencia de los departamentos, municipios y entidades territoriales indígenas que es lo que existe realmente al tiempo que consagró la posibilidad de establecer entidades regionales y provinciales. Allí seguimos anclados hoy. Como se dijo en este ensayo, la reciente Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial es un canto a la bandera. No significa ningún avance y mantiene la indefinición sobre la creación de una verdadera entidad intermedia que se precisa con urgencia para potenciar el desarrollo regional en el país.

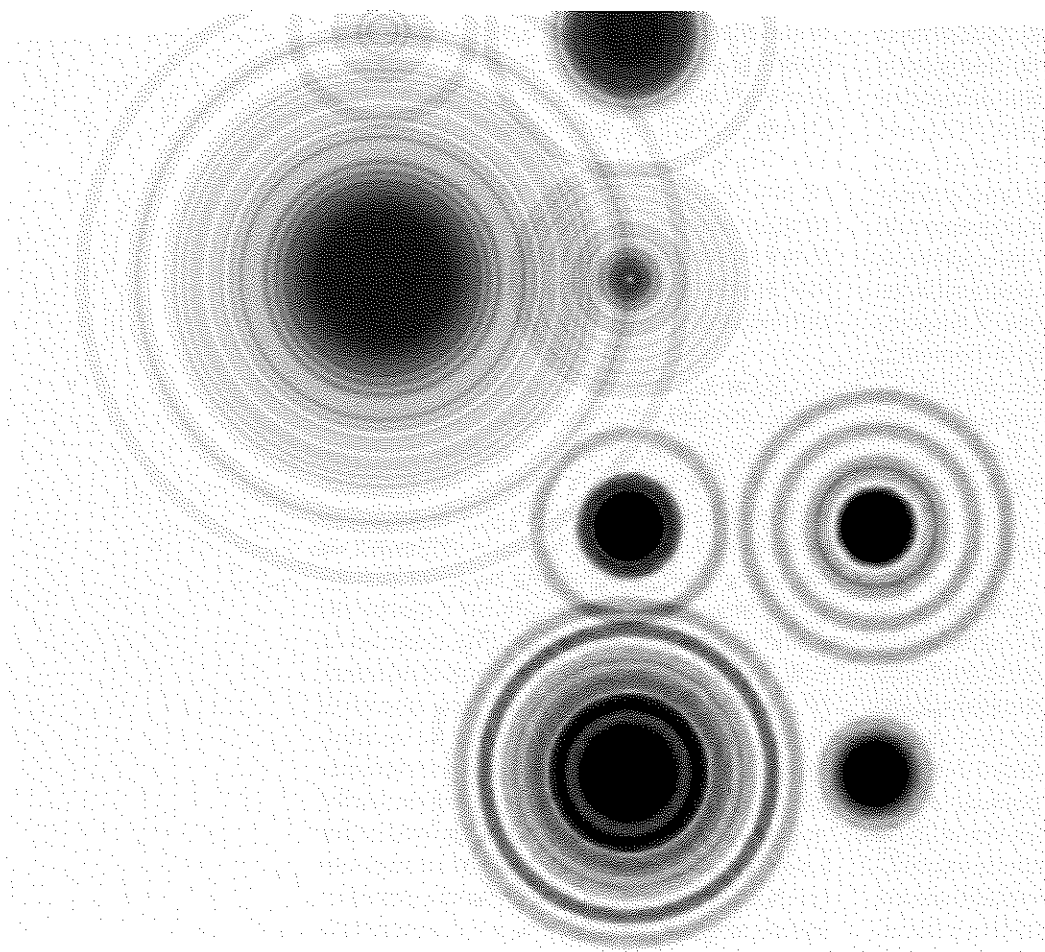
Sobre la necesidad de una entidad intermedia con poder tanto fiscal como administrativo y con autonomía existe un amplio consenso entre los investigadores sociales. Sin embargo este consenso no se proyecta a la sociedad política que es profundamente temerosa de los procesos de autonomía regional por las implicaciones políticas que un reparto del poder sobre el territorio pueda traer en la composición del poder político a nivel nacional. No es otra la explicación que tiene que en el reciente debate en el Congreso no se haya tomado en serio la propuesta proveniente de los siete gobernadores de la región caribe que con claridad plantearon un proyecto que buscaba hacer viable la creación de las regiones con autoridades regionales electas popularmente, con recursos propios y con autonomía

administrativa. Tampoco parece que se podrá durante este gobierno pasar de la retórica a la descentralización más profunda.

Finalmente, en materia de descentralización se requiere desmontar los actos legislativos que recortaron las transferencias a las entidades territoriales; hay que domeñar a los actores armados ilegales que penetraron profundamente en las estructuras departamentales y municipales así como a la amenaza que significan los actos violentos en contra las autoridades locales y regionales perpetradas por las guerrillas y principalmente por las FARC. Y en materia de corrupción es necesario encararla profundizando la participación ciudadana con la extensión por todo el país de los ejercicios de presupuestación participativa, veedurías ciudadanas y rendición pública de cuentas, así como con la reforma a los organismos de control tanto en el nivel nacional como en el nivel territorial. Esta es parte de la Agenda que nos ocupará en el futuro inmediato.

Bibliografía

- Castro, Jaime (1986), Elección popular de alcaldes, Bogotá, Oveja Negra.
- Castro Jaime (2001), ¿Transferencias = déficit fiscal? ¿Regiones o departamentos?, Bogotá, FEscol, Viva la Ciudadanía, Fenación, Foro Nacional por Colombia.
- Contraloría General de la República (2006). Informe social, Bogotá.
- DNP (2011), Prosperidad para Todos. Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, Bogotá.
- Santana, Pedro (1986), "Movimientos sociales y reforma política en Colombia", en Revista Foro, N° 1, Bogotá, Septiembre.
- Velásquez, Fabio (1986), "Crisis municipal y participación ciudadana en Colombia", en Revista Foro, N° 1, Bogotá, Septiembre.
- Velásquez C. Fabio (2010), "La Ley orgánica de Ordenamiento Territorial: ¿una nueva frustración?", en Revista Foro, No 72, Bogotá, Diciembre.



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/moskua/>

Constitución y Descentralización: ¿Avance o retroceso? ¿un paso adelante y dos atrás?

Viviana Barberena Nisimblat*

Introducción

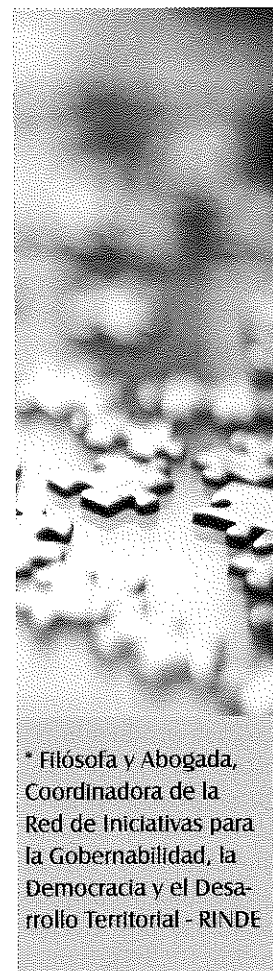
Coinciden los aniversarios significativos de la descentralización y la Constitución (CN), con unos años (cinco) más de la primera sobre la segunda. Lo que se considera marca el inicio del proceso de descentralización es la promulgación del Acto legislativo No. 1 de 1986 que consagra la elección popular de alcaldes para un período de dos años. Son tiempos de fervor democrático y el país pone en esta reforma muchas ilusiones y esperanzas incluida la de la paz. Así los 10 años de la descentralización coinciden con los 5 de la CN, los 15 con los 10 hasta llegar a este año donde celebramos los 25 años de la descentralización y los 20 de la Constitución Nacional. Hago explícita esta referencia algo cabalística para que se pueda hacer el análisis a partir de allí, de si realmente la CN y sobre todo sus posteriores desarrollos contribuyeron o no a un país más descentralizado.

Las reformas descentralizadoras ven en la Asamblea Nacional Constituyente y en la promulgación de una nueva CN la oportunidad de consolidar un proceso en formación que requería fortalecerse. A la

luz de hoy, hay que decir que esta relación descentralización-Constitución ha pasado por diversos momentos y etapas. Por eso la coincidencia temporal puede adquirir una considerable importancia. En los distintos momentos de celebración, la euforia ha correspondido a un significado distinto.

Lanzaría una primera hipótesis frente a esta relación. Lo territorial fue uno de los temas más álgidos y es uno de los aspectos donde se dejaron menos definiciones claras y contundentes por parte de la Asamblea Constituyente; los problemas que no se resolvieron se dejaron en manos de los legisladores. Algunos constituyentes, a lo mejor con algo de razón, explican que el temario era demasiado largo y no alcanzaron a agotar todos los temas. Por eso había que desarrollar legislativamente mucho de lo allí propuesto como enunciado.

Pero realmente los temas del territorio han sido álgidos desde siglos atrás. En Colombia se libraron guerras desde el siglo XIX en momentos de la consolidación del Estado, pasada la independencia, por la disputa entre federalistas y centralistas. Dichas guerras llevaron a la Constitución de 1.886 que buscaba prevenir los excesos a los



* Filósofa y Abogada,
Coordinadora de la
Red de Iniciativas para
la Gobernabilidad, la
Democracia y el Desarrollo Territorial - RINDE

Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/jugbo/>

que habían conducido las aventuras federalistas. Como lo dice Jaime Castro: "Durante el siglo XIX, el debate entre federalistas y centralistas animó la controversia pública, en alguna ocasión con tanta o más intensidad que la que enmarcó el debate sobre las relaciones Estado-Iglesia o la definición de los derechos de las personas y el estatuto del poder que se empezaba a organizar. El campo de batalla sirvió, en ocasiones, para la dirimir las enconadas diferencias que habían sobre la materia" (Castro 2007: 114).

El mayor o menor grado de autonomía territorial ha sido un eje fundamental en las discusiones políticas del país. Continúa Castro en el texto arriba citado: "Precisamente una victoria militar que obtuvo Núñez en 1885 enterró el federalismo y organizó, en la carta de 1886, el régimen centralista que, con el paso del tiempo, se hipercentralizó en lo político, lo fiscal y lo administrativo. Buena parte del abandono, atraso y marginamiento de extensas regiones de la patria se deben a esa forma de gobierno y manejo del territorio." (114) Por eso en las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente no fueron menos difíciles, y eso se plasma en algunos de los artículos que han tenido en la práctica un desarrollo muy precario.

Es necesario recordar los antecedentes dentro de los cuales se produjo la descentralización en Colombia, y así indagar si su desarrollo, tanto en la Constitución como en leyes, ha dado cumplimiento, o no, a los principios que la inspiraron.

Descentralización en Colombia antes de la Constitución de 1991 (1986-1991)

Son varios los factores que confluyen en el surgimiento del proceso de descentralización: la crisis provocada por los paros cívicos reclamando servicios, la crisis política producida por el ahogamiento del bipartidismo que había dejado por fuera otras opciones políticas pero que necesitaba abrirse, las recomendaciones de la banca multilateral de iniciar procesos de descentralización, la búsqueda de la paz que veía en escenario local una manera de abrir espacios políticos a los grupos que quisieran dejar las

armas. Todo esto era la combinación más adecuada para dar un salto en la historia.

Dicho salto también tenía detractores, quienes consideraban que éramos un país tradicionalmente centralista, que no estábamos preparados, que la unidad nacional se iba a romper. Sin embargo, la coyuntura política no parecía dar espera¹. Si bien se discutió sobre una cierta gradualidad en el proceso, este finalmente arrancó con profundas reformas y puede decirse que es una de las más trascendentales emprendidas en la segunda mitad del siglo XX.

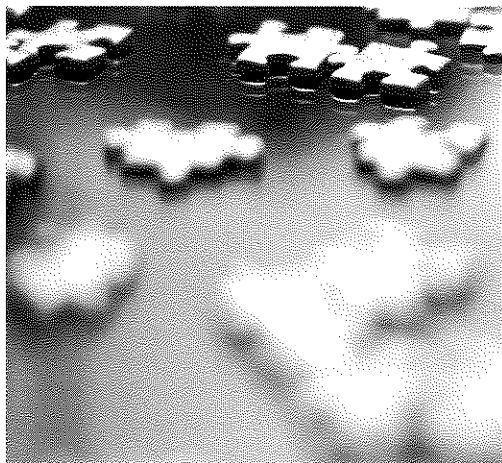
En las primeras evaluaciones del proceso se valora positivamente el "destrabe" de la política que por la vía del acceso al poder local permitió la llegada de nuevas fuerzas al poder. Esto generó un gran "optimismo democrático" entre sectores que promovían la apertura política. Hubo en los primeros años varios gobiernos cívicos y cuyo apoyo político tenía carácter regional. También los grupos guerrilleros desmovilizados accedieron a muchas alcaldías. Por otra parte, como todo estaba por hacerse, fue un momento de una gran "creatividad" en la gestión. Los primeros alcaldes caminaron un poco a ciegas en ese proceso y, aunque hubo mucho de improvisación, también fue un momento de buenas gestiones. Esto despertó una inmensa credibilidad en el proceso. Hubo incentivos importantes e incluso ciudades y municipios se constituyeron en "hitos". La participación ciudadana era un factor determinante de las buenas gestiones².

Se trataba entonces, en primer lugar, de una dimensión política de la descentralización. Esa, como veremos más adelante, fue la que terminó perdiéndose, y la falta de reformas contundentes en ese campo ha generado algunas de las crisis del proceso. Si bien antes de 1986 había descentralización

¹ Se hace referencia a descentralización en sentido político porque tal como lo afirma Augusto Trujillo en su libro *Democracia y territorio. El ordenamiento territorial entre el derecho y la política*, "la descentralización no es un concepto nuevo dentro del derecho público, pero su evolución en el Estado unitario ha tenido una connotación mucho más administrativa que política" (Trujillo, 2007: 73).

² Se recomienda para ampliar el tema de la participación ciudadana el estudio de Velásquez y González (2003).

Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/jugbo/>



administrativa, es precisamente el énfasis en lo político con la elección popular de alcaldes el que hace que se considere como un hito en ese proceso. Por ello la discusión debe versar no sobre las funciones que posteriormente se asignaron, sino sobre la autonomía derivada de este poder político. No se podría aceptar que se piensa en la elección popular de alcaldes para que estos cumplan simplemente las funciones que la descentralización administrativa ya les daba.

La descentralización estuvo precedida del fortalecimiento de los fiscos municipales. Sin embargo, después no hubo grandes transformaciones en la estructura tributaria territorial. Esto explica en buena parte que la discusión se volcó sobre las transferencias porque aún hoy, 25 años después, poco o nada ha cambiado en materia de ingresos propios.

1991: Los preceptos constitucionales, la gran esperanza

El artículo 1: esperanza y frustración

La Constitución hizo avances en temas de descentralización; la pregunta sería más bien qué tanto y si lo que dejó plasmado fue suficiente. La Carta señala de manera expresa que Colombia será *unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales*. Se trata de tres aspectos distintos que deben desarrollarse y hacerse compatibles. Ser unitaria, descentralizada y con autonomía a la vez. Con esto pareciera claro que los constituyentes no quisieron renunciar a la unidad del estado pero quisieron hacer

explícitas en esa unidad ser descentralizados y con autonomía de sus entidades territoriales. Parece significar que la sola descentralización no es suficiente; por eso el elemento de la autonomía aparece explícito, al punto que podría preguntarse si el constituyente estaría pensando en la conformación de un Estado unitario pero autónomo como el caso de España.

La discusión de constitucionalistas ha sido amplia, pero en todo caso lo que no es esperable es pensar que se incluyen explícitamente en la Carta los conceptos para que terminen en su alcance más limitado. Señala Augusto Trujillo (2007) sobre el tema “En principio, la descentralización en cualquiera de sus formas implica la existencia de algún grado de autonomía”. Más adelante el mismo autor dice: “La pregunta es si en ese tránsito, el nivel de autonomía territorial consignado en la nueva Carta alcanza a abrir opciones hacia una forma autónoma de Estado” (75).

Ese ha sido uno de los temas más difíciles de explicar en estos 20 años de vida de la CN. Al parecer hubo un temor de que el país perdiera su rumbo y el exceso de autonomía condujera a que la Nación saltara en pedazos. Si bien se han hecho esfuerzos en estos 20 años para buscar el equilibrio entre ser unitaria y a la vez autónoma territorialmente, la balanza esta cada vez más inclinada a preservar lo unitario y a quitarle peso a la autonomía.

La Corte Constitucional en diversas interpretaciones deja claro que ante esta disyuntiva se inclina por la unidad. Podría decirse que, así como la Corte ha sido definitiva en la consagración y aplicación de derechos, también puede afirmarse que en materia territorial ha sido más bien conservadora. Tal como lo afirman Liliana Estupiñán y Emilia Girón (s.f.): la Corte Constitucional desde fechas tempranas ha tenido que pronunciarse sobre el artículo primero de la Constitución Política de 1991, lo que le ha permitido concretar diversos criterios para delimitar el concepto de Estado Unitario en Colombia. En reiterados fallos ha definido al Estado unitario como un modelo basado en el principio de la

centralización política, que se traduce en la unidad de mando en todos los ramos de la legislación, en cabeza de un Congreso y, en general, en la unidad de las decisiones de carácter político que tienen vigencia para todo el espacio geográfico nacional; centralización que también implica la unidad en la administración de justicia. Si bien la propia Corte ha matizado que tal centralización política no es incompatible con la descentralización administrativa, ni con la autonomía de las entidades regionales.

Esto se hace evidente si se revisan sentencias en las que la Corte manifiesta que la unidad es mayor garantía del estado social de derecho. Continuando en esa revisión, la sentencia C-216/1994 citada por las autoras va claramente en esa dirección. "Consciente de ello el Constituyente de 1991 quiso mantener para Colombia la forma de Estado unitario, adoptada definitivamente en la Constitución de 1886. Al efecto en el artículo 1º de la Carta estableció: "Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria (...)". Así mismo, en esta disposición se determinó como uno de los fundamentos de la República unitaria *la prevalencia de interés general*.

Este objetivo indiscutible se logra quizás con más facilidad dentro del marco de un Estado unitario, el cual supone, entre otras cosas, la uniformidad de la ley para toda la comunidad nacional, antes que con una pluralidad de regímenes legales dentro de un mismo Estado, característica que es propia del federalismo.

Resulta interesante esa interpretación de la Corte cuando en Colombia en buena medida llegó al proceso de descentralización precisamente por la falta de garantías de un gobierno unitario y centralista. El modelo que hizo crisis en el país fue precisamente ese. Los más de 300 paros cívicos que se sucedieron en Colombia con reclamos sobre servicios básicos que el estado central no había podido llevar al territorio nacional, fueron uno de los argumentos más contundentes para descentralizar.

Frente a ello tres argumentos resultan poderosos y fueron en buena parte soportes de la reforma: el estado central no puede conocer desde la capital las verdaderas necesidades de las comunidades. El otro argumento, que se desprende de diversas teorías del federalismo fiscal, tiene que ver con que atender los servicios en lo local resulta más económico que prestarlo manejado desde el nivel nacional. También se soportaba en la capacidad que se generaba en la comunidad de hacer control y garantizar mayor eficiencia y transparencia.

Por otra parte, si se mira la estructura política e institucional de los países federales aparece que es precisamente en buena parte de ellos donde los servicios sociales se prestan con mayor eficacia y eficiencia. Es el caso de Alemania, federal por tradición y donde el estado de bienestar se cumple; y de los Estados Unidos, que tiene una estructura multinivel, con competencias asignadas a los estados y niveles locales³.

Pero esta concepción en cierta forma ha hecho carrera y cada día son más los servicios que se quieren manejar desde el nivel central. Por otra parte, resulta interesante que se considere "la unidad" elemento garante del estado social. Pareciera existir una confusión entre centralismo y unidad. No son lo mismo -por supuesto- y para aquellos que han querido suponer su necesidad deben revisar con cuidado las últimas reformas. Los recortes a las transferencias fueron precisamente iniciativa del gobierno nacional. Cuando necesitó resolver sus problemas de déficit fiscal acudió a recortar los recursos de inversión social en los territorios con lo cual no se respetó el criterio de unidad garante de los mismos.

Principales hitos constitucionales de la descentralización

a. La autonomía departamental: El tema de la autonomía aparece nuevamente

3 En "Descentralización y gobiernos intermedios locales-Tres experiencias internacionales" publicado por las cooperaciones alemana (GTZ), española (AECID) y norteamericana (USAID) se ilustra claramente la estructura institucional territorial de Alemania, España y Estados Unidos.

en el artículo 298 cuando dice “los departamentos tienen autonomía para la administración de los asuntos seccionales y la planificación y promoción del desarrollo económico y social dentro de su territorio en los términos establecidos por la Constitución”. Sería extralimitar la interpretación decir que se le concede autonomía total, pero en todo caso sí es explícito que la tiene sobre asuntos fundamentales. Pareciera entonces que se quiso avanzar en autonomía hacia los niveles territoriales y ese concepto aparece enunciado específicamente refiriéndose al nivel intermedio. Al municipio, en cambio, lo considera entidad fundamental, asunto no menos importante, pero no hay alusión explícita a la autonomía. Resulta curioso porque realmente la descentralización empezó siendo de corte municipalista y de alguna manera quienes primero ejercieron esta autonomía fueron precisamente los municipios.

Pero aun cuando se le otorga autonomía, el departamento queda bastante indefinido y, aun cuando decir que la planificación y promoción del desarrollo económico y social serían una tarea bastante importante, realmente su traducción en competencias concretas y en herramientas para lograrlo es más bien pobre.

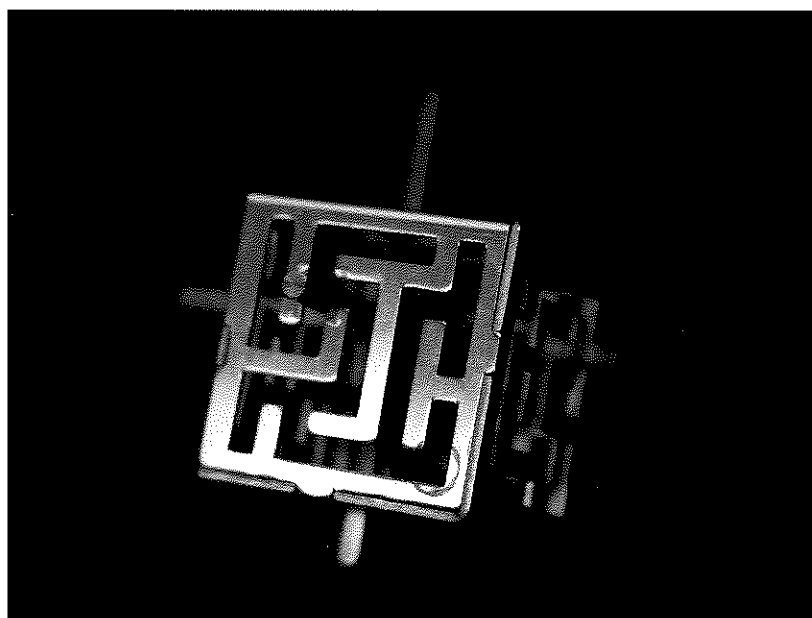
b. Gobernadores territoriales elegidos popularmente: Esto sin duda cambió las relaciones del centro con las entidades territoriales. En este punto, la reforma constitucional de 1986 avanzó más en relación con el poder otorgado a los alcaldes que el que se consagró para los gobernadores. A pesar del evidente esfuerzo por consolidar el nivel intermedio, la descentralización tiene un carácter municipalista en Colombia.

El Departamento es el órgano intermedio y la CN le otorga funciones de intermediación entre la Nación y el municipio, complementariedad y subsidiariedad a las tareas de los municipios. En esto se quedó corto el constituyente, le otorgó autonomía para sus propios asuntos y los gobernadores se convirtieron en una figura política pero con recursos limitados

y funciones indefinidas y poco políticas. Difícil relación frente a alcaldes empoderados responsables de la ejecución de competencias cercanas al ciudadano: la salud, el agua potable, la educación primaria, las vías urbanas.

Coinciden en general todos los analistas en considerar que frente al departamento como nivel intermedio la Constitución tuvo poco desarrollo. Sería más preciso decir que, independientemente de la figura intermedia que se hubiera escogido (departamento, región, provincia o cualquiera otra), al mantener la estructura tributaria, administrativa e incluso competencial del viejo departamento, cuando su papel sería diferente, y al mismo tiempo potenciarlo filosóficamente en los enunciados como el líder del desarrollo, lo deja sin dientes en la práctica. En esa estructura ninguna figura hubiera sido exitosa. Como se verá más adelante, pareciera que las últimas reformas tienden a fortalecerlo, pero sin cambiar absolutamente nada de lo estructural que impide su buen funcionamiento.

Los primeros análisis de los resultados de la descentralización demuestran que hubo grandes esfuerzos por realizar buenas gestiones a pesar de que el proceso iniciaba. Es innegable que eso empodera.



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/sravishankar/>

c. *Desaparecen las intendencias y comisarías con la idea de darles a esos territorios la mayoría de edad:* El artículo 309 dice: "Erígen en departamento las intendencias de Arauca, Casanare, Putumayo, el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y las Comisarias de Amazonas, Guaviare, Guainía, Vaupés y Vichada". Esto permitió ganar representación nacional y participar de manera directa en los recursos de la Nación, el Sistema General de Participaciones y las regalías para algunos territorios.

Pero curiosamente así como la Constitución es plural en derechos y reconoce la diversidad, en este punto tendió a la homogenización y estableció el mismo tipo de departamentos para todo el territorio sin considerar aspectos que eran fundamentales. En el caso de los antiguos territorios nacionales es aún más desafortunado porque el gobierno departamental no tiene gobernabilidad en todo el territorio y lo que en la práctica sucede en muchos de ellos (Vichada, Amazonas, Guainía, Vaupés, San Andrés) es que coexisten 2 niveles territoriales para administrar 1 o 2 municipios pequeños y con poca población.

Si se hubiera previsto un ordenamiento territorial más abierto y acorde a las necesidades reales seguramente la estructura no sería la de un departamento, que dicho sea de paso, ya arrastraba una carga y un desgaste que lo hacía problemático. Estos departamentos son de grandes extensiones, pocos cascos urbanos, en muchos casos población indígena, así que una estructura de departamento tradicional no tenía sentido.

d. *Se constitucionalizan las transferencias:* En ninguna legislación se han constitucionalizado como en Colombia. La definición de montos y porcentajes son desarrollados en leyes y no en la Constitución. Por eso el mensaje era claro: el estado social de derecho se expresa en los territorios a través de la descentralización y para ello se le otorgaron a departamentos y municipios competencias y recursos que dieran cumplimiento a esto, era un

mensaje de clara prioridad. Esto constituye uno de los más nobles enunciados y uno de los propósitos en los cuales se puso el mayor énfasis.

En su artículo 356, la CN se refiere al situado fiscal y hace explícito que se destinarán "a financiar la educación preescolar, primaria, secundaria y media, y la salud, en los niveles que la ley señale, con especial atención a los niños." Continúa el artículo: "El situado fiscal aumentará anualmente hasta llegar a un porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación que permita atender adecuadamente los servicios para los cuales está destinado....."

El artículo 357 se refiere a la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación y señala a la ley los criterios con los cuales deben ser distribuidos: "sesenta por ciento en proporción directa al número de habitantes con necesidades básicas insatisfechas y al nivel relativo de pobreza de la población del respectivo municipio; el resto en función de la población total, la eficiencia fiscal y administrativa y el progreso demostrado en calidad de vida, asignando en forma exclusiva un porcentaje de esta parte a los municipios menores de 50.000 habitantes". En el párrafo deja explícito el Constituyente que "la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación se incrementará, año por año, del catorce



Tomado de: http://www.flickr.com/photos/create_joy/

por ciento de (sic) 1993 hasta alcanzar el veintidós por ciento como mínimo en el 2.002”.

Sobre este tema se han centrado buena parte de las discusiones sobre avances y retrocesos de la descentralización y más específicamente los preceptos consagrados en los artículos en mención. Su desmonte marca el camino más fuerte de la recentralización, como veremos más adelante.

- e. *Se dejan consagradas como entidades territoriales de futuro desarrollo, las Regiones, las provincias y las ETIS:* Es difícil saber si aquí se propuso una fórmula que tratara de buscar una vía intermedia entre quienes querían un vuelco en el ordenamiento territorial y quienes abogaban por una posición más tradicional. El resultado fue mantener la estructura que se tenía, es decir, nación-departamento-municipio pero abrir la posibilidad a la creación de otras entidades territoriales. En el artículo 286 establece: “Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en términos de la Constitución y de la ley.”

Este es uno de los preceptos que estuvieron desde sus inicios casi condenados a no cumplirse. La álgida discusión en la misma Asamblea Constituyente propuso una fórmula: que se desarrollara a través de una ley orgánica que apenas se hace realidad 20 años después. El espíritu de dicha norma se verá más adelante, pero desde ya puede anticiparse que no recoge lo que se proponía con ella, crear entidades territoriales capaces de responder a esa idea del artículo 1 de que somos un país con autonomía de sus entidades territoriales.

- f. *Se prohíben las rentas de destinación específica:* Dice el artículo 359 “No habrá rentas nacionales de destinación específica”. Establece unas excepciones claras. Sin embargo, casi todas las rentas territoriales

corresponden a destinación específica. Si hay algo inflexible en la institucionalidad son las rentas y cada vez los gobiernos nacionales hacen mayores esfuerzos por tratar de atarlas y condicionarlas.

- g. *La prestación de servicios inherente a la finalidad social del Estado,* dice el artículo 365. Introduce la posibilidad de que no sean prestados directamente por el Estado, sino que pueden ser por comunidades organizadas o por particulares. Pero la garantía de su prestación corre a cargo de departamentos y municipios con énfasis en estos últimos. Una de las principales justificaciones para descentralizar es generalmente el reconocimiento de que los servicios del Estado se prestan en los niveles más próximos al ciudadano. Por ello las competencias se entregan en primer nivel al municipio y si por las características del servicio o su dimensión este no lo puede hacer, entonces se busca un nivel superior. En Colombia en cambio las últimas reformas como la ley 715 y la 1176 lo que buscan es entregar competencias a los departamentos de asuntos que ya eran de manejo de los municipios pero sin que se haya cambiado su esencia

En los países más avanzados en temas de descentralización la prestación de servicios básicos depende de la escala en los niveles locales o intermedios. Mucho del sentido de procesos de esta naturaleza tiene allí una de sus mayores justificaciones, dado que se considera que en los niveles inferiores de la estructura del Estado se proveen mejor los servicios. En consideración a esto el constituyente modeló la institucionalidad para que fueran los departamentos y municipios, especialmente estos últimos, los responsables de hacer cumplir los principios del Estado social de derecho. De manera explícita en el artículo 366 se habla de atender necesidades básicas insatisfechas en salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable, y la prestación de dichos servicios corresponden a municipios y departamentos (directa o indirectamente); además que el “gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación”.

Para ello quedaron definidas las transferencias (situado fiscal e ingresos corrientes de la Nación) y si esto tendría prioridad, lo que sucedió a partir de la reforma al régimen de transferencias resulta una flagrante violación a la Constitución.

- h. Se sectorializa y se privatiza la descentralización:* Para garantizar esto se constitucionalizaron las transferencias (hoy sistema general de participaciones), estableciendo incluso el porcentaje dentro del cual debían repartirse. El buen intencionado propósito se tradujo en que la descentralización se sectorializó y cambió de perspectiva. Los ideales políticos de ampliar de democracia y participación fueron dejados a un lado, para dar paso a una permanente discusión sobre los recursos entre el gobierno nacional y los territorios. Quién maneja los recursos es ahora la cuestión.

Por eso, las mayores transformaciones en el manejo de los recursos se han producido en salud, educación y agua potable. Además, en estos sectores, especialmente en salud y agua potable, se ha entregado al sector privado la prestación de dichos servicios. Ya hoy la pregunta, especialmente en salud, es cuál es el rol verdadero que cumplen las entidades territoriales porque cada día su tarea resulta más marginal.

- i. Las regalías se convierten en el músculo del desarrollo de regiones productoras de recursos no renovables.* Al igual que con las transferencias, el sueño era lograr que la inversión hiciera crecer esas regiones que tenían derecho a percibir regalías. Además de los problemas de manejo que estos recursos han generado, lo cierto es que constituyeron una base de iniquidad regional. Regiones productoras empezaron a recibir inmensas cantidades de recursos y en cambio otras no han tenido cómo hacer grandes inversiones. Aún dentro de los mismos departamentos estas diferencias son marcadas. Municipios ricos y municipios vecinos pobres y, lo más grave, sin mayores diferencias en términos de desarrollo.



¿Como evolucionaron estos preceptos constitucionales?

1992-1995: Consolidación legislativa, la tarea se cumple casi toda

Este es el período de consolidación legislativa. El camino coherente hubiera sido que saliera en primer lugar la Ley orgánica de ordenamiento territorial (LOOT) como marco amplio de la manera como funcionaría la estructura regional. Como esto no fue así, en este período se producen las leyes que desarrollan buena parte de los preceptos arriba descritos pero que determinan de manera definitiva el carácter sectorial de la descentralización:

- a. Ley 60 de 1993 sobre competencias y recursos de los entes territoriales. Se convirtió en la columna vertebral de la descentralización. Fue demasiado abierta en competencias, al punto que era difícil establecer qué le correspondía hacer a cada nivel. La ley 715 de 2001 produjo ajustes a esta ley que eran necesarios.
- b. Ley 142 de 1994 sobre servicios públicos domiciliarios. Tuvo bondades en su aplicación aunque dejó la tarea compleja de armonizar descentralización y privatización. En sus inicios, fue más fuerte lo primero que lo segundo. Ahora cada día es mayor la presión ejercida por el Ministerio

Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/23783085@Noo/>

para que las decisiones de inversión correspondan a lo determinado por él. Debe señalarse que para los municipios esta ley es fundamental en punto a dar cumplimiento a los programas de agua potable y saneamiento básico. La reforma de la ley 715 dio paso a los planes departamentales de agua con lo cual se dio un vuelco en el manejo del sector.

- c. Ley 100 de 1.993, que creó el sistema de seguridad social integral manejo de la salud, al igual que la aplicación de la ley 142 significó un gran cambio en la concepción de la prestación del servicio. Lo importante en el municipio no es prestar el servicio sino garantizar que se preste adecuadamente. La empresa privada hizo su aparición en el complejo sistema de salud. Es el sector más fuertemente privatizado. A través leyes como la 715 de 2001, la 1122 de 2007 y la 1438 de 2011 ha dejado prácticamente en manos de los municipios la tarea de aseguramiento.
- d. Ley 99 de 1.993: crea el Ministerio de ambiente y el SINA Sistema Nacional Ambiental. En este tema la competencia de las entidades territoriales quedó bastante indefinida.
- e. Ley 105 de 1993 que reforma el ministerio de obras públicas y transporte, se redistribuyen competencias y recursos en estos asuntos entre el nivel territorial y la nación.
- f. Ley 128 de 1994 sobre Áreas Metropolitanas que al parecer se recogerá en las normas que se expidan en desarrollo de la LOOT.
- g. Ley 152 de 1994 sobre planeación: Impone a los gobiernos la obligación de formular un plan de desarrollo que incorpore las promesas de campaña del programa de gobierno y la definición de las líneas estratégicas y de los recursos con los cuales se financiarán. Elaborar un plan de desarrollo forma parte del carácter político del cargo de Gobernador y Alcalde que los responsabiliza ante la

ciudadanía para cumplir con las promesas electorales.

- h. Ley 115 de 1994 sobre educación
- i. Ley 136 de 1994 sobre organización y funcionamiento de los municipios. El código de régimen departamental en cambio data de año 1986 (Decreto 1222) sin que se le hayan hecho reformas sustanciales frente a los desafíos de la nueva Constitución.
- j. Ley 134 de 1994 que regula los mecanismos de participación ciudadana

No se trata de enumerar todas las leyes que se produjeron, pero sí señalar las más importantes que muestran el camino que se siguió después de expedida la Carta Magna. En esencia se trata de leyes que desarrollan la manera como se administran los servicios a cargo del Estado. Podría afirmarse que prácticamente en cada una de las actividades del Estado se formuló una ley y casi dentro de cada una de esas leyes se le atribuyeron competencias o funciones a departamentos y municipios, muchas veces sin funciones y en labores de coordinación o seguimiento, sin dientes.

En esta primera etapa de desarrollo de la CN se cumplió la tarea legislativa con excepción de la LOOT, que debió construir el marco para regular las actividades. El desarrollo de dichas leyes no se puso en clave territorial sino en clave sectorial y por ello todo siguió por ese camino. La propuesta original de fortalecimiento territorial se tradujo en fortalecimiento sectorial.

De 1997 a 2010 la agenda legislativa: Dos pasos atrás para conjurar una crisis

Puede señalarse este período como el inicio de la recentralización más fuerte y el cambio de énfasis. Las propuestas de reforma se encaminaron, en efecto, a la reducción del déficit fiscal de la Nación y con argumentos de largo plazo como la estabilidad del monto de los ingresos por recibir se “desconstitucio-

nalizaron” las transferencias hasta llegar a la fórmula que hoy se tiene⁴.

Las leyes se orientaron casi con exclusividad a lo fiscal:

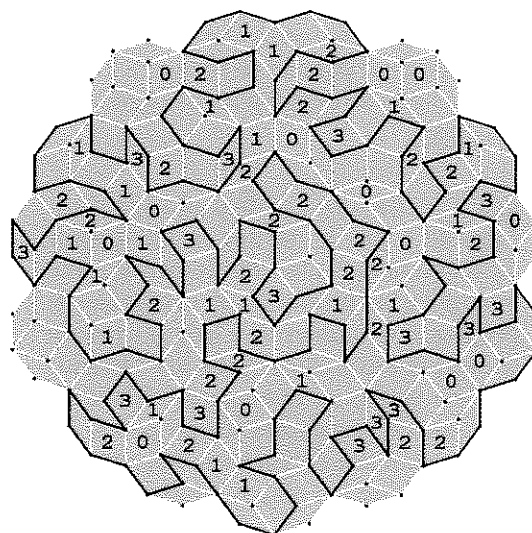
- a. Ley 358 de 1997 sobre endeudamiento territorial. Curiosamente se regularon muy rápidamente muchas materias pero sobre este esto el legislador no se pronunció. Solamente ante la crisis inminente aparecieron normas destinadas a controlar la situación. Desde ese momento hay un fuerte control por parte del Ministerio de Hacienda de la capacidad financiera de los entes territoriales, que ha trasladado las discusiones políticas de la descentralización del Ministerio del Interior al Ministerio de Hacienda.
- b. Ley 617 de 2000, que fortalece la descentralización, racionaliza el gasto y establece categorías de departamentos y municipios. En realidad tuvo más de racionalización y categorización que de fortalecimiento. Se estableció para superar la crisis fiscal que aquejaba a las entidades territoriales. Tuvo la consecuencia nefasta de dejar raquíticas a dichas entidades pero además generó en el nivel nacional la idea de que una buena gestión es cumplir con lo establecido en esta ley. Ahora los gobernadores y alcaldes premiados no son aquellos que se esfuerzan por hacer gestiones creativas y cercanas a las comunidades o con proyectos estratégicos, sino aquellos que cumplen obedientemente lo establecido en la ley.
- c. Acto legislativo no. 1 de 2001: cambia la fórmula para calcular las transferencias y crea el Sistema General de Participaciones. Al amparo de este acto legislativo se expide ley 715 de 2001 que reforma la ley 60 de 1.993. Los argumentos de tipo fiscal que fueron planteados en su momento por el gobierno nacional tenían la promesa, incumplida después, de tomar medidas para el corto plazo, para que una vez superada la crisis se pudiera volver al

crecimiento previsto en la Constitución. Esto no se cumplió y por el contrario el gobierno nacional una vez desligadas las transferencias de los ingresos corrientes de la Nación ha mantenido la fórmula que propuso en la reforma. En sentido estricto no se trató de un recorte de las transferencias sino que impidió que estas crecieran al ritmo que estaba previsto en la Constitución Nacional.

Es interesante anotar que a partir de estas normas se empieza un proceso de fortalecimiento de los departamentos, asignándoles competencias que incluso estaban en cabeza de los municipios. En realidad se ha tratado de un proceso “práctico” que hace que para los Ministerios resulte más práctico tener 32 interlocutores que más de 1.000, para el manejo de los maestros en municipios no certificados, o de la red hospitalaria, lo que ha significado una carga burocrática para las administraciones departamentales. Esto no necesariamente ha significado fortalecerlos en la perspectiva de gobiernos intermedios como gestores de su propio desarrollo sino como hacedores de tareas que les son asignadas por los ministerios por la vía legal.

- d. Acto legislativo 04 y ley 1176 de 2007, que modifican el acto legislativo 01 de 2001 y la ley 715 del mismo año. Como la reforma tenía un carácter temporal, debía revisarse. En esencia el espíritu de la norma se mantiene, pero a través de la ley 1176 se le otorga a los departamentos la competencia en agua potable mediante la estructuración de los planes departamentales de agua.

Este ha sido un camino interpretado como de fortalecimiento del departamento a través de la “certificación” de los municipios para poder prestar directamente dichos servicios. En



⁴ En este período se dictaron más de 35 normas que se relacionan con los entes territoriales, el 90% de ellas aproximadamente tienen que ver con temas fiscales.

Salud manejan ahora la Red Hospitalaria, el 97% de la bolsa de recursos de educación que es la más grande del SGP, y en agua potable asumen la competencia de los municipios descertificados, según la ley 1176, y seguramente los que según la Superintendencia también deberían estarlo, que son casi todos (alrededor de 900). El campo de acción en materia de salud para los municipios se ha reducido casi a identificar los beneficiarios del régimen subsidiado y a validar la base de datos. Sorprende encontrar esto cuando fue precisamente en salud el sector donde se generaron los mayores avances de la descentralización y la incorporación de la participación ciudadana en el manejo de los asuntos locales⁵.

Las normas expedidas fueron promulgadas cuando Juan Manuel Santos era Ministro de Hacienda y Juan Carlos Echeverry Director de planeación, claramente centralizadores del gasto que conduce a la centralización política.

Del lado territorial no sucede algo distinto. Con el interés de no perder los recursos para inversión los alcaldes y gobernadores han terminado por aceptar una agenda política que solo se refiere a este tópico. Desde hace mucho tiempo la agenda territorial y la del gobierno solo tienen prácticamente dos puntos de encuentro: los recursos del SGP y el orden público. Ahora seguramente las regalías formarán parte de esta agenda pues su manejo tendrá un claro acento centralizado.

Otro aspecto que debe mencionarse es la promulgación de leyes que otorgan competencias, funciones y tareas, especialmente a los municipios en sectores de gran impacto social con el desplazamiento forzado (ley 387 de 1997), la ley de infancia y adolescencia (ley 1098 de 2006), ley de víctimas y

restitución de tierras (ley 1448 de 2011), más otras en materia de discapacidad, juventud, vivienda, cultura, deporte, tercera edad, sin que se haya modificado la estructura tributaria de los entes territoriales para la obtención de nuevas fuentes de recursos, en el marco del rigor administrativo de leyes como la ley 617 que los vuelve inflexibles en su gestión. Muchas de estas nuevas asignaciones parten del supuesto de que en un país descentralizado deben entregarse las competencias al nivel territorial cercano al ciudadano, pero sin cambiar nada y por el contrario, cercenando cada vez más su capacidad y autonomía e inflexibilizando las gestiones y el presupuesto. Es decir, vino nuevo en odre viejo.

2010-2011: Vientos reformadores, ¿reales o formales?

El cambio de gobierno trajo esperanzas alrededor de los temas territoriales: la promesa de la ley de ordenamiento territorial, 20 años aplazada, y la reforma al régimen de regalías buscando mayor equidad territorial y mejor utilización de los recursos. La LOOT ya es ley de la República y podría describirse en mejor sentido como una ley de asociatividad que ignora de manera flagrante lo que había dejado sentado la CN sobre la materia, que era el establecimiento de entidades territoriales como la provincia, la región y las ETIS.

Un hecho anterior se supone que movió el tema y fue el Voto Caribe que promovía la creación de la Región Caribe. En campaña el entonces candidato Santos propuso mover el tema del ordenamiento territorial siguiendo esta experiencia. Sorprende entonces que el proyecto que terminó aprobado es prácticamente el mismo que ya había sido presentado por el gobierno de Uribe. Pero si el desdén del gobierno frente al tema impacta, sorprende mucho más que el Congreso pasó el proyecto que llevaba 20 años esperando. ¿Qué motivó su aprobación?

Dos reformas han corrido en paralelo: la LOOT y el régimen de regalías. La primera fue opacada por el interés que despierta la segunda, ya que, como la describiera el

⁵ Para ampliar la evaluación sobre el tema se recomienda la *"Evaluación de la descentralización municipal en Colombia: balance de una década"* elaborada por DNP con el apoyo de PNUD, ACCI, GTZ y Fonade. Es la evaluación más completa que se ha realizado. También se recomienda de reciente publicación de Fescol: *"Descentralización territorial en Colombia: situación y perspectivas de política"* cuyo autor es Alberto Maldonado Copello.

exsenador Amylkar Acosta (2011), se trata de una ley inícu, inocua y vacua. Por eso las discusiones se concentraron en el tema de regalías. Allí se disputa la ejecución de recursos para los próximos años. Qué le corresponde a cada nivel territorial y a la Nación despertó mayor interés que lo dispuesto en la LOOT.

La ley de ordenamiento aprobada por el Congreso ha sido descrita por muchos expertos como una ley de asociatividad que en esencia permite lo que ya estaba permitido y premia las instancias asociativas donde el nivel nacional tendría mayor incidencia como es el caso de las Regiones administrativas y de gestión frente a las regiones administrativas y de planificación, que reciben la expresa prohibición de ser financiadas con el Sistema General de Participaciones, Regalías o fuentes de nivel nacional. Nuevamente el mensaje es contundente, si se está cerca del gobierno nacional hay recursos, si se está lejos, arréglenselas como puedan.

Pero lo más preocupante de la LOOT es que en esencia se constituye en la manera de no cumplir con la Constitución. Como ya se había visto anteriormente el Constituyente definió como entidades territoriales a las provincias y las regiones quedando pendiente a partir de la LOOT su desarrollo. De la ley puede deducirse que el legislador y el gobierno no tuvieron el menor interés en cumplir con este precepto y por el contrario, se fortalecen formas asociativas que no constituyen entidades territoriales y que era precisamente lo que se buscaba con el artículo donde se consagran. El espíritu de la Constitución no era convertirse en letra muerta sino por el contrario, que el legislador desarrollara aspectos como estos.

Reflexiones finales

20 años después de expedida la Constitución Nacional, puede decirse que la descentralización ha sido uno de los procesos más transformadores de la vida política e institucional del país. Pero no ha estado exento de luchas, contradicciones y paradojas como lo señala Darío Restrepo (2007) en las memorias del Seminario sobre los

20 años de descentralización, realizado por RINDE.

El proceso que inició con gran poder de transformación ha ido desdibujándose en muchos aspectos. Hay quienes sostienen de manera un poco más simple que la descentralización pasó de moda. Pero el tema es más profundo y tiene que ver con aspectos nodales de la vida democrática del país. Hay logros que mostrar en indicadores sociales pero también han surgido preocupaciones en torno a fenómenos de violencia, corrupción, ineficiencia. La idea inicial de fortalecer los espacios de participación, de acercar el ciudadano al estado ha languidecido para dar paso a una relación de carácter fiscal desigual, donde el nivel nacional no reconoce en departamentos y municipios sus pares a nivel territorial, sino la ejecución de recursos que considera suyos y sobre los cuales da instrucciones a sus niveles inferiores. Las relaciones intergubernamentales giran cada vez más alrededor de hacer las tareas del nivel nacional.

A pesar de que la Constitución dejó abiertas muchas posibilidades para fortalecer la descentralización e incluso dar pasos hacia la autonomía, faltaron instrumentos que garantizaran que el legislador caminaría en esa dirección. La municipalización con la cual empezó la descentralización antes de la CN fortaleció la gestión local pero hizo difícil la tarea de crear un buen esquema de relaciones intergubernamentales, fundamental para su éxito. El departamento como líder y promotor del desarrollo social y económico adquiere importancia en la Constitución pero no es suficiente. Para ser el nivel intermedio del Estado su figura no se fortaleció de manera contundente para que pudiera cumplir con los principios de subsidiariedad, complementariedad e intermediación frente a la Nación y a los municipios. La tarea sigue pendiente. Es una falsa ilusión que el ordenamiento territorial de un país como Colombia se resuelva con tener municipios y nación. Las regiones más desarrolladas del mundo cuentan con niveles intermedios fuertes y con varios niveles territoriales. Ese debate sigue pendiente y la LOOT no lo afrontó con seriedad.

Debe insistirse en el fortalecimiento del departamento. Pero esto no significa arrebatárselo al municipio para trasladárselas al departamento sin que haya un cambio en la estructura de este que permita garantizar que el servicio será más eficiente. Parte de ese fortalecimiento es tender los puentes necesarios para que entre los distintos niveles (departamental y local) haya un trabajo armónico en pro de la región. Flaco favor se le hace al proceso cuando en vez de generar relaciones de colaboración se incentivan las de competencia porque entonces, “la distancia entre los dos, es cada día más grande...”

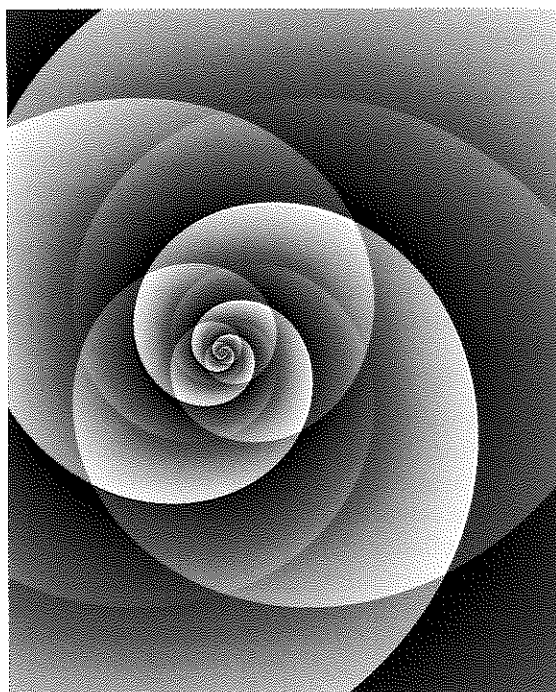
Se percibe en los últimos gobiernos un interés por clarificar el papel del departamento y hacer que las relaciones intergubernamentales funcionen de manera más coherente. Sin embargo la vía no puede ser “devolver competencias” del municipio al departamento que en realidad demandan más burocracia y gastos de administración pero que no lo empoderan como nivel intermedio. Al contrario, como la estructura sigue sometida a los rigores de normas inflexibles, ahora para no saltarse los límites de gastos de funcionamiento termina poniendo su ya reducido aparato al cumplimiento de estas tareas que son una forma discreta de recentralización.

Si no hay cambios realmente estructurales que caminen hacia lo esencial, las reformas no tendrán un efecto transformador en las regiones, cuando mucho el mejoramiento de algunos indicadores de eficiencia con los cuales se mide la gestión desde el nivel central. En el caso de los departamentos la situación es aún más compleja porque después de la Constitución no ha habido reformas legales que lo mejoren en muchos aspectos y que los pongan de cara al papel que se les asignó desde el 91.

Después de lo que podría llamarse la emergencia democrática que vivió el país, se ha pasado a la esperanza democrática. La agenda legislativa en lo que va corrido de este gobierno ha tocado puntos neurálgicos de la vida democrática largamente aplazados como la ley de víctimas y restitución de tierras, el estatuto anticorrupción. La

agenda territorial también ha sido amplia pero insuficiente. No corren los mismos vientos de esperanza que en los aspectos arriba mencionados. La ley de ordenamiento territorial tan largamente esperada no producirá, tal y como está concebida, ninguna transformación trascendente. Los desarrollos legales posteriores a esa ley no parecen tampoco encarnar grandes transformaciones. El Gobierno solamente le ha apuntado al cumplimiento formal de las promesas de campaña: sacar la ley de ordenamiento, no importa que su calidad no fuera la esperada. Los códigos de régimen municipal y departamental sufrieron apenas un maquillaje suave antes de ser presentados como reforma al Congreso así que se asiste a un círculo vicioso que no permite el oxígeno que lo territorial requiere. Se dijo que si la LOOT se presentaba como debería ser no tendría éxito en el Congreso y correría la misma suerte de proyectos anteriores, pero que en las legislaciones posteriores podrían introducirse las reformas esperadas. Pero nada de esto parece que fuera a suceder.

En lo territorial está todo por hacer. Al clamor de la Costa con su voto Caribe se sumó en el Evento Colombia Regional el clamor del voto por una Colombia de regiones en la próxima contienda electoral. Esta realidad es ya inocultable, el centralismo está ahogando



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/krazydad/>

el desarrollo regional y este gobierno tendría en sus manos la llave maestra para salir de ese círculo vicioso que ha convertido la descentralización en un proceso más administrativo que político. Nadie podría discutir la necesidad de mantener la disciplina fiscal pero esto no puede convertirse en una forma de esclavitud administrativa ni en la piedra en el zapato del desarrollo. Hay que exigir responsabilidad, controlar, pero cambiar sustantivamente el sentido del desarrollo territorial y volver a lo que quiso la Constitución de un país descentralizado y con autonomía de sus entidades. Por el camino escogido no se logra.

Hay una gran expectativa frente al tema de las regalías y las propuestas para una distribución más justa que contribuya a lograr equidad territorial. Es posible que esto se logre pero hay un riesgo enorme de que, por la manera como quedan estructurados los fondos, se conviertan en una manera de centralizar los recursos con el argumento de la eficiencia y los riesgos de corrupción. A esta última hay que combatirla sin cuartel pero los últimos escándalos muestran que no hay quien tire la primera piedra y que esto debe ser un propósito nacional.

Se requiere asumir riesgos grandes, enfrentar maquinarias políticas, revisar la normatividad que mantiene socavadas las estructuras regionales cumpliendo tareas con las cuales se complace a funcionarios del nivel central pero que los alejan de los verdaderos problemas de sus regiones. No puede ser que en un país con autonomía de sus entidades territoriales los premios a la eficiencia se otorguen por cumplimiento de indicadores administrativos y en cambio no se premien los gobiernos participativos, democráticos y con proyectos autónomos construidos desde su territorio.

En Colombia se argumenta que no es serio tener varios niveles territoriales vigentes porque eso le cuesta al Estado innecesariamente. Si se revisa la estructura institucional de los países desarrollados con pocas excepciones tienen una estructura institucional compleja y de multinivel, con competencias definidas y con capacidad de producir sus propias rentas. Ese sería parte

del reto. Para lograr un país en paz, incluyente, democrático, participativo, competitivo también debe tener una estructura territorial que responda a esas expectativas. La Constitución entregó los instrumentos y abrió los caminos para eso; hay que mantener algunos, desarrollar otros y ajustar otros pero no devolverse de lo que ya se había logrado.

Sería audaz aprovechar la coyuntura de la nueva ley de ordenamiento territorial para incorporar a este proceso una Comisión de la descentralización que dentro de la Comisión de Ordenamiento Territorial o en complemento con ella se diera una mirada profunda al tema territorial. El Gobierno tendría la capacidad política para lograrlo si existe el interés. En otros aspectos ya lo ha demostrado, en este todavía no con suficiencia.

Bibliografía

- Acosta, Amílkar (2011), "La LOOT light", ponencia presentada en el evento Colombia Regional Marzo 29 y 30 de 2011, Bogotá.
- Amador, María Carolina, Chica, Carolina, Becker, Alejandro y Sagawe, Thorsten (compiladores) (2004), *Descentralización y Gobiernos Intermedios Locales, Tres Experiencias Internacionales*, Bogotá, AECID-ARD USAID-GTZ.
- Castro, Jaime (2007) "¿Cómo salvar la descentralización?", en: 20 años de la descentralización en Colombia: presente y futuro, Bogotá, Red RINDE.
- Girón, Emilia y Estupiñán, Liliana (s.f.), "El modelo de descentralización territorial en la constitución colombiana de 1991 a la luz de la jurisprudencia constitucional", Bogotá.
- Red Rinde (2007), "20 años de la descentralización en Colombia: presente y futuro". Rinde-Memorias del Seminario 20 años de la descentralización en Colombia: presente y futuro, Bogotá.
- Trujillo, Augusto, (2007), *Democracia y territorio. El ordenamiento territorial entre el derecho y la política*. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, Siglo del Hombre Editores.
- Velásquez, Fabio y González, Esperanza (2003), *¿Qué ha pasado con la participación ciudadana en Colombia?*, Bogotá, Fundación Corona.

Conozca más sobre Foro Nacional en **www.foro.org.co**



Una apuesta por la Democracia,
la Ciudadanía y la Inclusión Social



No hay eventos para este mes

Seleccione el mes y año que desea consultar:

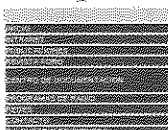
Diciembre 2010

Investigación

Google

Buscar

Google



No hay eventos para este mes

Seleccione el mes y año que desea consultar:

Diciembre 2010

Investigación

Google

Buscar

Google

www.foro.org.co

QUIÉNES SOMOS PROGRAMAS REGIONALES CONGRESO



NOTICIAS DESTACADAS

Democracia

Congreso de la República

Actualizado en 09/11/2010

¿CONOCES EL SENADO DE LA REPUBLICA 2010-2014?

La primera de las actividades requeridas para hacer seguimiento corporativo política es conocer a los representantes y a los movimientos políticos elegidos. En una entrega anterior se difundió el sobre el Parlamento Andino, mientras que en esta ocasión corresponde a que pasó con el Senado de la República posponiendo el pasado mes de

A continuación se presenta el nuevo mapa de partidos y movimientos y el Senado, así como información sobre sus representantes elegidos dentro de ellos fueron los senadores y senadoras más votados. La c/ por género, la composición de la coalición de gobierno y las transformaciones al tenerlo de la parapolítica, son temas que también están en esta entrega.

> Ver más

Compartir en: Facebook Twitter LinkedIn

QUIÉNES SOMOS PROGRAMAS REGIONALES CONGRESO

Las otras caras del poder

Las otras caras del poder

Investigación, política y de otro género en el poder

Adaptado por Foro

Tabla de contenidos

Fundación Foro Nacional por Colombia

Co. 44 No. 27-42 Tel. 57 1 2822550 Bogotá

Lorena Lerner

Av. Jiménez No. 4 - 35 / Calle 92 No. 15-23, Tel. 3347550, Bogotá

Alexandra Torres

Calle 72 No. 14-32 / Calle 18 No. 6 - 30, Tel. 3456408, Bogotá



Red nacional de organizaciones para la promoción, ratificación e implementación de la Convención de Derechos de personas en el

Foro ha venido trabajando en asociación con la Fundación Coltecho y con la Fundación por la Democracia y la Inclusión Social (FIDIS) en la búsqueda de los representantes de las organizaciones de la población en la política pública de las ciudades de Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla y Pereira.

En esta materia Foro busca dar prioridad a un sector profesional con el cual se pueda contar con mayor experiencia en términos de gestión social y política.

Por esta vía, Foro está contribuyendo al fortalecimiento de la ciudadanía y a su vinculación en el diseño de políticas públicas incluyentes y democráticas.

Para más información, contactarnos en:
Bogotá: Rosalva Paula Andrea Pérez: rosaperez@foro.org.co
Medellín: Paola Andrea Pérez: rosaperez@foro.org.co
Barranquilla: Mariana Fernanda Quintero: fquintero@foro.org.co
Pereira: Wilson Castañeda: wcastaneda@foro.org.co
Cali: Sandra Patricia Quintero: pquintero@foro.org.co



Formación

Redes

Actualidad

Investigación

Documentos

Opinión

Listas de correo

NOTICIAS DESTACADAS



REGIÓN

CONGRESO

Actualizado en 26/07/2010

En Bogotá, se busca suspender la sesión del Sistema Integrado de Transporte Público

El Programa de Acción por la Inclusión Social (PAIS) de la Universidad de los Andes y la Fundación Foro Nacional por Colombia, han sido elegidos a la Corte Constitucional del municipio para representar la educación pública (PAIS) y el transporte público (FORO). En Bogotá, se busca suspender la sesión del Sistema Integrado de Transporte Público (SITP) por la vulneración del derecho a la libertad de movimiento y al acceso al transporte de calidad al servicio público de transporte de pasajeros de las personas con discapacidad.

Ver más

La LOOT y la entidad territorial regional, otro infortunio y desacierto¹

Liliana Estupiñán Achury*

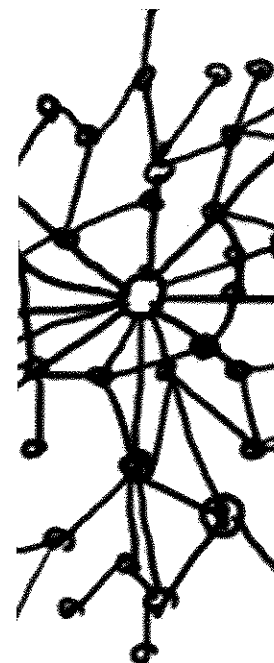
Introducción

Si bien existe consenso sobre la necesidad de un nivel intermedio de gobierno, también es cierto que en la Asamblea Constituyente de 1991 no se agotaron los debates, al punto de presentar un articulado ecléctico que debilitó la figura departamental durante muchos años en búsqueda de la construcción regional, y que hoy entierra la entidad territorial regional en aras de la construcción departamental o de diversas opciones de asociación territorial. Tendencias que cambian conforme a los gobiernos de turno, las campañas electorales o la coyuntura, pero que carecen de una orientación y una política clara por parte del Estado.

Efectivamente la Constitución Política de 1991 asumió la posición ecléctica que ya se avizoraba en la propuesta-síntesis que presentó la comisión segunda al pleno de la Asamblea Nacional Constituyente (Zafra,

1991). En definitiva, un Estado unitario con descentralización administrativa; un modelo difuso que, en principio, reduce el concepto de descentralización al de municipalización y que poco a poco admite el protagonismo de otras entidades territoriales; también una apuesta que deja la figura intermedia a los vaivenes políticos, la abandona o la sobrecarga según las necesidades del modelo; igualmente, un modelo que permite hablar de región como otro nivel intermedio de gobierno o bien como simple división administrativa y de planificación con remotas posibilidades para acceder a la categoría de entidad territorial.

Coqueteos políticos en torno de una aparente conciliación de lo irreconciliable heredaron un articulado acomodadizo, que implicó un modelo territorial difuso y complejo desarrollado por los limitados principios de autonomía, descentralización (Estupiñán, 2006). El corto y complejo debate dio lugar a una constitución territorial, identificada por Fabio Velásquez (2002) como “una colcha por momentos incoherente de retazos” (50), esto es, un texto impreciso que dejó al albur de los gobiernos de turno la decisión de ahondar, profundizar o retroceder en materia de descentralización y de



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/davegray/>

* Doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia. Abogada, Profesora de la Universidad del Rosario.

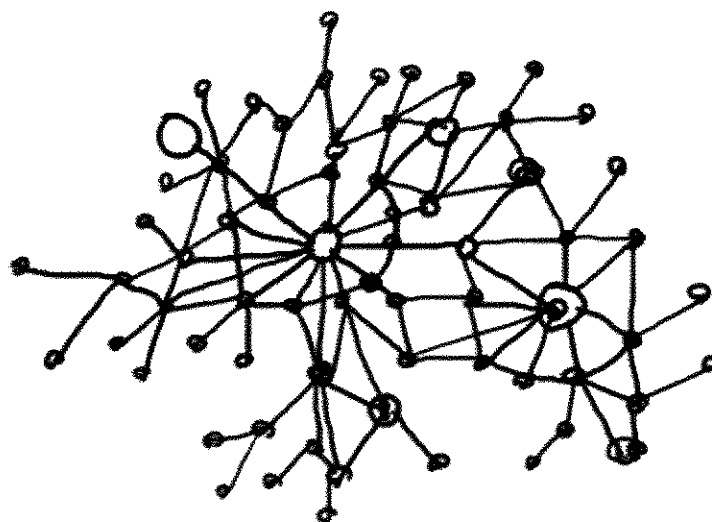
¹ Resultado del proyecto de investigación titulado: La Constante Estructural Centralista de la Forma de Estado Colombiana. Proyecto adscrito a la Línea de Investigación en: Territorio, Descentralización y Democracia del Grupo de Derecho Público de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

autonomía. Igualmente, dejó seis entidades territoriales, algunas de ellas vivas y otras inéditas cuyo desarrollo está en manos de un constituyente secundario que no ha podido desarrollar la tarea en más de veinte años.

En materia de nivel intermedio de gobierno quedaron los departamentos, pero igualmente las regiones. Los primeros, lánguidamente contruidos y regidos aún por el Código de Régimen Departamental creado bajo las lógicas centralistas de la Constitución Política de 1886. Se plasmó parte de las funciones discutidas en la Asamblea Nacional Constituyente, se aceptó la elección popular del líder territorial, superados los debates que argumentaron sobre la peligrosidad de tal decisión en asuntos de unidad, descentralización, e incluso, sobre la posible fragmentación del Estado; pervivió la asamblea departamental como una corporación administrativa de elección popular, hoy corporación político-administrativa, pero se desecharon las propuestas de una integración mixta o de elección indirecta, tal como lo propuso Jaime Castro².

Sí la figura departamental, ganadora para muchos en la Asamblea Nacional Constituyente, presenta falencias y dificultades ¿qué se puede pensar de la entidad territorial regional?, la cual quedó invocada en el texto constitucional como un departamento de mayor tamaño o la suma de varios departamentos ya existentes, con las

2 Jaime Castro dejó una constancia en la Asamblea Nacional Constituyente sobre la inoportuna figura de la elección popular de los gobernadores. Según Jaime Castro dicha apuesta contribuye al “desmonte” del régimen presidencial, en tanto el ejecutivo pierde capacidad de acción y orientación sobre los territorios, además de considerar que dicha propuesta no soluciona la crisis de los menguados departamentos, frena la descentralización y afecta al municipio al reducirles el pequeño margen de autonomía política de que gozan desde los años ochenta; en otras palabras, la elección popular del gobernador constituye una nueva forma de centralismo político a favor de las capitales y de las grandes ciudades departamentales. A cambio, propone la elección indirecta de dichos líderes, por parte de los alcaldes del respectivo departamento. Asimismo, propone el cambio de nombre de la Asambleas departamentales por el de consejos departamentales, así como su elección indirecta por parte de los concejales del respectivo departamento. (CASTRO, 1991).



mismas atribuciones y limitaciones de la figura tradicional.

Sin duda, en los últimos años y ante la imposibilidad inmediata de construcción de la región en Colombia, como entidad territorial, tanto políticos y académicos como juristas vuelcan su mirada sobre lo que sin duda estaba muerto en materia de administración territorial: el departamento. En la actualidad se observa un nivel intermedio de gobierno en ciudades intensivas, cargado de competencias y responsabilidades, apenas renaciendo y sobrellevando tareas tradicionalmente ejecutadas por la Nación o la entidad local. Así, son comunes los debates en torno de la viabilidad jurídica y política de crear la región como nivel intermedio de gobierno. Una región que subsuma la institución departamental o una región que perviva jerárquicamente sobre aquella.

La entidad territorial regional un buen propósito sin concreción real

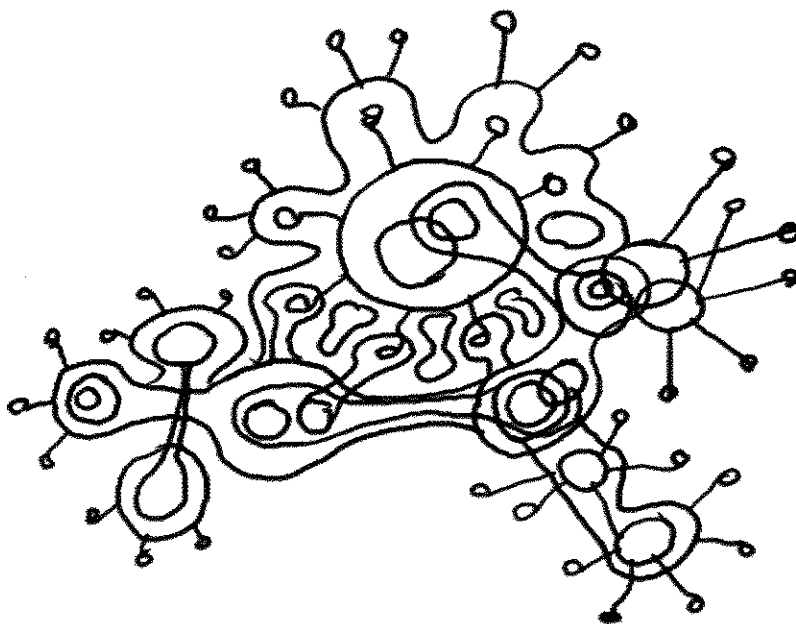
Es evidente que la región quedó consignada como “un buen propósito del constituyente” y con la esperanza de ser creada, como entidad territorial, a partir de las reglas que debería contener la limitada ley orgánica de ordenamiento territorial - LOOT. A la fecha es una entidad inexistente, lo que ha propiciado, en veinte años de vida de la

nueva Carta, todo tipo de especulaciones sobre su posible articulación.

El legislador constituyente se restringió, por tanto, a recoger una entidad territorial cuyo nombre evoca los más nobles sentimientos de autogobierno de un territorio, pero la dejó al albur de la clase política y presa de un complejo procedimiento de creación que va desde la inédita Región Administrativa y de Planificación (RAP - Ley Ordinaria) para luego convertirse en un Región como entidad territorial (RET - LOOT), eso sí, ligada a los límites territoriales de los actuales departamentos. En todo caso, bajo las limitaciones del Estado unitario, su invocación e implementación debe ajustarse a la tendencia que presentan los Estados unitarios mundiales, que han creado instancias intermedias de mayor escala en aras de promover procesos de planeación e impulso e integración regional, algunos de ellos, tal como se observa en el caso chileno, bajo el concepto de la desconcentración.

En principio, los términos de municipio, departamento o distrito tienen un acumulado histórico marcado por la Constitución Política de 1886. Un acumulado que les permite una identificación y la asunción de un rol dentro del ordenamiento territorial. Por el contrario, los términos de región, provincia y territorio indígena, a pesar de contener bases históricas, sociológicas y culturales, ofrecen dificultad a la hora de su conceptualización, identificación y construcción; situación que se agrava aún más, bajo las definiciones precarias y confusas dadas a éstas por el constituyente de 1991. Más que precarias y confusas se ofrecieron definiciones atadas al viejo modelo territorial de la Constitución Política de 1886.

La dificultad se acentúa cuando se trata de la entidad territorial regional. En ningún momento la Constitución invita a la reconstrucción del mapa político-administrativo a partir de criterios sociológicos, culturales, históricos y geográficos. Más bien se puede pensar en otra entidad territorial, de mayor tamaño, cuya vocación está atada al mundo de la planeación, el desarrollo y la integración regional. Otra interpretación de corte fiscalista lleva a pensar que la región tiene



la vocación de subsumir el nivel intermedio menor, y, por lo mismo, facilitar la reducción del Estado mediante la eliminación de dicha figura y su carga burocrática y financiera, quedando la suma de departamentos en manos de un solo gobernador regional y de una sola asamblea regional.

Bajo la amarrada concepción constitucional, la primera Comisión Orgánica de Ordenamiento Territorial liderada por Orlando Fals Borda presentó una propuesta dirigida a erigir en un segundo momento a la región como entidad territorial³. En términos generales, ocho regiones que llevarían consigo el lastre y las limitaciones del actual nivel intermedio de gobierno, así: (i) La región

3 Dicha comisión estuvo presidida sucesivamente por los Ministros de Gobierno: Humberto de la Calle Lombana, Fabio Villegas Ramírez y Horacio Serpa Uribe; y los Viceministros: Héctor Riveros Serrato, Jaime Buenahora F., Jorge García González, Jorge López Abella y Juan Carlos Posada G.; como Secretario General: Orlando Fals Borda; Secretarios Técnicos: Víctor Julio Álvarez y Ángela Andrade Pérez, Secretaria Administrativa: Juanita Arango R., Asesora Jurídica, Marcela Monroy Torres; Comisionados: Gustavo Zafra Roldán, Jorge Mario Eastman, Luis Ignacio Betancourt, Leonor Zalabata Guneywya, Hernando González M., Héctor Moreno Reyes, Eduardo Espinosa F., Ileana Kure, Juan Daniel Jaramillo, Ernesto Guhl, Francisco Rojas Birry, Temístocles Ortega, Santiago Borrero M., Gloria Cecilia Barney, Lorenzo Muelas, Álvaro González Fletcher, Jorge Hernán Cárdenas, Anibal Fernandez de Soto, Ana Lucía Martínez y Enrique Cavalier Gaviria. Véase: FALS BORDA (1996: 5).

caribe integrada por los Departamentos de Guajira, Magdalena, Cesar, Atlántico, Bolívar, Sucre y Córdoba y el insular de San Andrés y Providencia; (ii) La Región Pacífico Norte integrada por los Departamentos de Antioquia, Caldas, Risaralda, Quindío y Chocó; (iii) La Región Andina Norte integrada por los Departamentos de Santander del Sur y Santander del Norte; (iv) La Región Andina Central integrada por Cundinamarca y Boyacá, hijos del imperio muisca y del clima frío que determina una forma de ser contraria al espíritu caribe; (v) La Región Andina Sur, que incluye los departamentos de Tolima y Huila; (vi) La Región Pacífico Sur integrada por los departamentos del Valle, Cauca y Nariño; (vii) La Región Orinoquía conformada por Arauca, Casanare, Meta, Vichada y Guainía; (viii) La Región Amazónica integrada por Guaviare, Vaupés, Caquetá, Putumayo y Amazonas.

Esta propuesta también sucumbió. Y no es para menos, los viejos departamentos tienen un acumulado histórico, político, burocrático y de autonomía que difícilmente abandonarán en aras de la entidad territorial mayor. En cualquier caso, la construcción de estas entidades territoriales, bajo la lógica de la Constitución de 1991 e incluso bajo criterios menos rígidos implica la existencia de diversos conflictos relacionados con la agregación o segregación de territorios que quieren o no quieren ser parte de la entidad territorial superior, y por ende, de debates políticos y socio-económicos. Hecho que influyó en el final desconcertante de la actual LOOT.

El riguroso proceso constitucional de construcción regional, también es un problema. Sin duda, la región desde la perspectiva administrativa y de planificación también ha muerto en Colombia. Otro esfuerzo frustrado y estancado, tal como se observa en el estudio realizado por Edgard Moncayo Jiménez (2004) o conforme a la evolución de la regionalización editada por Iván Darío Gómez Guzmán (2008), quien a su vez afirma:

A través de la historia de Colombia, el enfoque regional en la planeación y la regionalización no ha tenido la importancia y la voluntad política que sí ha tenido en otros países (Gran Bretaña, Francia, Italia

y España, por ejemplo). El primer intento gubernamental de conformar regiones para la planificación se realizó durante el gobierno de Carlos Lleras Restrepo (...) en los siguientes gobiernos, lo regional ha sido tratado como un tema marginal en los Planes Nacionales de Desarrollo (19).

Asimismo, Jaime Castro (2010) anota:

En los años sesenta se crearon Sipur, Adioc y Adior, que agruparon, en su orden, los departamentos del Caribe, el occidente y el oriente. La Ley 76 de 1985 institucionalizó la figura, creó la Región de la Costa Atlántica y autorizó la organización de consejos regionales de planificación, Corpes, para la Orinoquía, la Amazonía y los restantes departamentos del país, que terminaron siendo paraíso de los consultores: sólo contrataron estudios que únicamente sirvieron para enriquecer los anaqueles oficiales. Como no financiaron la realización de ningún proyecto, ni la prestación de siquiera un servicio, la Ley 152 de 1994 los suprimió.

La situación es compleja: departamentos que se han institucionalizado a lo largo de los años y que se niegan a abandonar los privilegios de la descentralización si bien menguados por el Estado centro; regiones limitadas a la suma de las viejas entidades departamentales que requieren para su configuración del guiño previo de la entidad departamental y de agotar una fase meramente administrativa, que en los últimos años se ha frustrado.

Es importante anotar que las discusiones sobre la muerte del departamento y la construcción de la región en su reemplazo ha sido descartada. Por lo menos, así se observa en la primera década del siglo XXI en Colombia. Afirmación que se soporta en las nuevas orientaciones de fortalecimiento de la figura departamental, el abandono de la región como entidad territorial y el surgimiento de otros discursos de regionalización y de asociación territorial. Enfoques que surgen al vaivén de los gobiernos, los planes de desarrollo, los intereses políticos regionales y electorales y uno que otro movimiento de construcción regional, que siempre decae ante el olvido del Estado centro, pero incluso ante la indiferencia de los mismos actores territoriales regionales.

¿Qué pasó con la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial?

La denominada ley orgánica de ordenamiento territorial es la encargada, según la Constitución, de desarrollar la limitada definición constitucional de la Región. A su vez, la Corte Constitucional (2010) señaló, que dicha ley debería establecer “las atribuciones, los órganos de administración, y los recursos de las regiones y su participación en el manejo de los ingresos provenientes del Fondo Nacional de Regalías. Igualmente definirá los principios para la adopción del estatuto especial de cada región”. También agregó que: “(...) No es acertado afirmar que la creación de las regiones está supeditada de manera exclusiva a la expedición de una ley particular –v.gr. la ley orgánica de ordenamiento territorial–, pues, como se ha visto, el concepto de región que se desarrolla en la Constitución hace referencia a una modalidad de organización –necesariamente interdepartamental–, que puede presentarse en diferentes ámbitos, dentro de los que la ordenación del territorio –i.e. la región como entidad territorial–, es tan sólo una posibilidad. Así, el Congreso cuenta con una amplia facultad para determinar, de acuerdo con las necesidades de la administración y las demandas de la comunidad, la organización de regiones de planeación o proyectos regionales, mediante el uso de sus atribuciones ordinarias.

El texto de la esperada Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial - 1454 de 2001- deja mucho que desear. Se dedicó a desarrollar el segundo aspecto planteado por la Corte Constitucional, es decir, la creación de diversas y variadas opciones de asociación territorial, las cuales no requieren del procedimiento engorroso de una ley orgánica. Por su parte, el tema de la región como entidad territorial apenas tiene una pobre mención en el artículo 36 de la esperada normativa, así: Artículo 36. De la Región Territorial. De conformidad con el artículo 307 de la Constitución Política la Región Administrativa y de Planificación podrá transformarse en Región Entidad Territorial, de acuerdo con las condiciones que fije la ley que para el efecto expida el Congreso de la República.

El trato dado por la Ley 1454 de 2011 a la entidad territorial regional dista del enfoque regional impulsado por la primera administración del Presidente Álvaro Uribe; en los demás aspectos, coinciden los dos gobiernos (Uribe y Santos), esto es, en temas de principios territoriales, asociatividad territorial, escaso desarrollo competencial, marcado criterio fiscalista y el de reacomodamiento del territorio al modelo económico imperante.

La primera administración de Uribe, presentó un proyecto de acto legislativo (2003) que le apostaba a la creación de la entidad territorial regional (República de Colombia, 2003)⁴, superando el tedioso esquema de la RAP a la RET, es decir, se pretendió suprimir el camino entre región administrativa y de planificación y su posterior conformación en región político administrativa. Según el proyecto de reforma constitucional y dentro del contexto del Estado comunitario, el nivel intermedio de gobierno debería estar “representado en principio por los departamentos o si, alguno de ellos así lo acuerdan, con su fusión, por regiones de mayor tamaño territorial” (13).

En general, se trata de una reforma apoyada en criterios fiscalistas de reducción del Estado y de la estructura burocrática, tal como se lee en las motivaciones aportadas por los ministros de aquel entonces, quienes señalaron que la reforma constitucional estaba orientada a la generación de escenarios denominados “flexibles” “que, lejos de crear más estructuras en un país al que le sobran, promueve en cambio el mejoramiento de la capacidad de gestión de las entidades territoriales, evitando la duplicidad de tareas y los esfuerzos aislados de territorios muy próximos en sus condiciones, generando economías de escala que facilitan menores costos y mayores niveles de ahorro, a sus presupuestos y recalcando también los afanes de eficiencia y de racionalidad en el

4 Propone el proyecto de Acto Legislativo No 03 de 2003 Senado, por medio del cual se pretendió adoptar reformas estructurales a la Constitución Política. Igualmente contiene la presentación y sustentación elaborada por Fernando Londoño Hoyos y Alberto Carrasquilla Barreña, Ministros del Interior y de Justicia y de Hacienda y Crédito Público, respectivamente.

gasto como parte elemental del concepto de buen gobierno” (13). En todo caso, fue una propuesta audaz que pretendió reformar los artículos 286, 306, 312 y 321 y derogar el 307, además de la inclusión de nuevas figuras administrativas, necesarias para desarrollar el ordenamiento territorial⁵.

La propuesta de reforma constitucional sucumbió sufriendo la misma suerte el proyecto de Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial que lo acompañó. Se trata del Proyecto de LOOT número 16 de 2003 (Senado) y 270 de 2004 (Cámara) (República de Colombia, 2004) ⁶. Este último es paradigmático en términos de forma. Si bien el proyecto 041 de 2001 presentado en la administración del Presidente Andrés Pastrana se caracterizó por ser extenso, éste se caracterizó por la brevedad y por promover una LOOT marco, orientadora y de principios. Un enfoque retomado y aprobado en la administración del actual Presente Juan Manuel Santos, lo que lleva a

5 Así se invocó a la región como entidad territorial: Dos o más departamentos, conservando su identidad cultural, podrán constituirse en región como entidad territorial que contará con personería jurídica, autonomía y patrimonio propio. Su objetivo principal será la eficiencia de la administración y el desarrollo económico y social del respectivo territorio. La región asumirá las competencias de los departamentos que la conforman, su patrimonio, rentas y tributos o los que autorice la ley. Tendrá un solo gobernador que será jefe de la administración regional y que asumirá las funciones de los gobernadores de cada departamento que la constituye. Contará también con una asamblea regional que ejercerá en su territorio funciones de las asambleas departamentales. Dicha asamblea regional será conformada por elección popular con una representación equitativa por población para cada uno de los departamentos que la integran. Los departamentos que se transformen en región mantendrán su participación o representación en el Congreso de la República. La ley establecerá las condiciones para la creación de la región y definirá las atribuciones, los órganos de administración, los recursos y otras rentas. Las regiones serán creadas, a iniciativa de los respectivos gobernadores, por Ordenanza de las Asambleas de los departamentos interesados y refrendada por consulta popular de los ciudadanos de los mismos. Parágrafo Transitorio: La ley a la que se hace referencia en el inciso cuarto del presente artículo deberá ser expedida dentro del término de un (1) año a partir de la vigencia del presente acto legislativo. Pasado dicho término, el gobierno nacional deberá expedir dicha reglamentación.

6 En la gaceta aparece el texto aprobado por la Comisión Primera del Senado y el pliego de modificaciones para segundo debate, llevado a cabo por la Plenaria del Senado el 26 de mayo de 2004.

pensar que languideció la idea de construcción de una LOOT que se erija en el faro de la organización territorial de Colombia.

Para algunos la norma orgánica es la carta de navegación territorial o una apuesta prospectiva de país a largo plazo⁷; para otros, no es fiable cifrar todas las esperanzas del ordenamiento en este instrumento normativo, que ha sido expedido por pedazos a lo largo de las dos últimas décadas y que, aún completando la tarea encomendada, nada resuelve, por lo menos de fondo, frente a un ordenamiento territorial que quedó inacabado e inconcluso en el mismo texto constitucional. En dicho sentido se pronuncia Augusto Hernández Becerra (2009):

La ley orgánica territorial, LOOT, ya cumplió su papel, porque históricamente se desarrolló hasta donde fue razonable y posible, y porque lo que de ella falta amerita una nueva reflexión. La mayor parte de los asuntos confiados por la Constitución a la LOOT cuenta ya con legislación orgánica. Los problemas actuales de la descentralización no obedecen a la incompleta expedición de la LOOT, y tampoco se resolverían si ésta se expidiera en su integridad. Por el contrario, podrían agravarse. Puesto que la organización territorial es la asignatura pendiente de 1991, algún día tocará volver la mirada al Título XI constitucional con la resolución de hacer por fin la tarea.

En otras palabras, se habla del innecesario desgaste del legislativo en un asunto que se ha ido resolviendo por partes, esto es: la Ley 134 de 1994 que trató el tema de las consultas populares como un mecanismo de participación ciudadana; el tema de las competencias normativas establecidas tanto en el texto constitucional como en diversas leyes; el asunto de la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, es decir, competencias en general, que para algunos están consignadas en la Ley 715 de 2001 y la Ley 1176 de 2007, y el tema de las áreas metropolitanas resuelto por la Ley 128 de 1998. Bajo esta perspectiva, quedan por resolver los siguientes asuntos: el establecimiento de requisitos para la creación de nuevos departamentos; la conversión de la región en entidad terri-

7 Entrevista con ALEJANDRO Becker Rojas, Profesor de la Universidad Externado y experto en descentralización territorial. Abril de 2008.

torial y el tema de la conformación de las entidades territoriales indígenas.

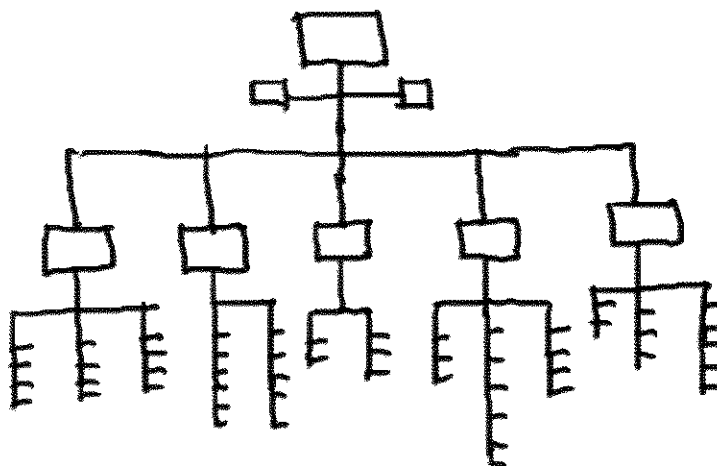
Así las cosas, hizo carrera la idea de aprobar una LOOT que apenas esbozara unos principios que luego serán desarrollados por la legislación ordinaria o la existencia de diversas LOOT que sigan abordando por pedazos la tarea encomendada por la Constitución. Una posición avalada por la Corte Constitucional, así:

En el sistema de fuentes colombiano, la ley orgánica posee un carácter instrumental, y en tal sentido, está llamada constitucionalmente a regular la actividad legislativa del Congreso de la República (...)

(...) Se advierte con facilidad que en materia de ordenamiento territorial la voluntad del constituyente fue aquella de flexibilizar el tema, dejando simplemente sentadas las bases para avanzar en la construcción de un modelo de Estado, labor inconclusa en la cual las leyes orgánicas están llamadas a cumplir un papel protagónico, en tanto que contiene marcos normativos generales a los cuales debe ajustarse la futura actividad legislativa en la materia, caracterizada, a su vez, por un mayor grado de precisión y concreción. De tal suerte que, en nuestro sistema de fuentes, la ley orgánica está llamada a establecer, de manera general, las pautas para que el legislador ordinario desarrolle a futuro, determinados temas, con lo cual puede caracterizarse por entrar en los detalles y precisiones, por cuanto, de otra manera, se estaría petrificando el ejercicio de la actividad legislativa y vaciando de contenido las competencias del legislador ordinario. Se trata, en consecuencia de una ley de trámites "sobre la legislación" Corte Constitucional, 2007).

Así las cosas, dos versiones o propuestas de LOOT se identifican a través de la historia legislativa. Una propuesta extensa o amplia que pretende resolver hasta el más mínimo detalle del ordenamiento territorial y otra práctica, a tono con el planteamiento de la Corte Constitucional, que deja entrever principios y orientaciones. El problema está en determinar cuáles son esos principios y cuáles son los intereses que rondan la ley orientadora.

La LOOT ha fracasado, por lo menos esa que se avizoró durante los años siguientes al proceso constitucional de 1991, es decir



una normativa que hubiese culminado la arquitectura incompleta y difusa del constituyente. De una LOOT extensa en contenidos pasamos a una propuesta marco de principios. Quizás esta última sea válida previa revisión a fondo del Título XI de la Constitución Política de 1991.

A manera de conclusión

Tal como están las cosas, la región es un proyecto por construir y, por tanto, una concesión política, otorgada por los centralistas, pendiente de una futura implementación, en beneficio inmediato de la figura territorial departamental, que se alza como el nivel subcentral de gobierno básico, si bien también menguada y abandonada desde la Constitución Política de 1886⁸. Al ser una concesión del centralismo conlleva las mismas limitaciones del departamento, independientemente del altruista nombre que le fue otorgado.

Lo cierto, es que la globalización y la inminente transformación del Estado

⁸ Asimismo es dable revisar el concepto de región dentro de los diversos modelos territoriales o formas de Estado. Una será la región como entidad territorial dentro de un Estado Unitario, es decir, una división con atribuciones meramente administrativas y con algunos niveles o desarrollos de descentralización y otra será la región en un Estado Regional, con autonomía y potestad política, y, finalmente, la del Estado federal, la cual es objeto del máximo desarrollo del principio de autonomía y a la cual le son dables potestades constitucionales, legales, administrativas y judiciales, eso sí, en cualquier caso sometidas a los retos que impone la globalización y la transformación de los Estados modernos.

convocan a una nueva y renovada reflexión sobre el papel de las entidades enunciadas en la Constitución Política de 1991: región y departamento. Este es otro argumento que se suma al inminente proceso de reestructuración territorial⁹ que viven los niveles subnacionales y locales ante las nuevas lógicas del capital, el mercado y el mundo globalizado. El desconocimiento de dicha realidad bien puede generar regiones perdedoras o divisiones que no logran insertarse en las lógicas competitivas de la economía mundial o en la mera transformación de esclavos territoriales.

De esta forma, el debate supera el plano meramente ideológico y adquiere otros matices o determinaciones. Es indudable que existe una relación entre el fenómeno de la globalización y el Estado-nación, los niveles subnacionales e incluso los niveles locales. Dicha relación no estuvo en boca de los constituyentes al momento de parir la nueva forma de Estado. Veinte años convocan a una reflexión que, de no hacerse, hará del modelo territorial y de sus entidades una hoja de papel o una pluma en plena borrasca, es decir, al vaivén de las lógicas del mercado, el cual impacta y transforma sin miramientos de principios y fines sociales del Estado.

En este contexto, se observa un Estado impotente ante la regulación de los flujos y la imposición de autoridad (Moncayo, 2003), convertido en mero instrumento de regulación para la desregulación. A su vez, una soberanía declinada progresivamente y golpeada por los organismos tanto nacionales como supranacionales que funcionan, tal como lo afirma Víctor Manuel Moncayo, bajo la lógica del imperio y del capital. Una soberanía que ve reducidas las posibilidades de intervención entre las relaciones centro-periferia, sustituidas por las relaciones periferia-bloque regional.

En este provocador contexto, Colombia dentro de un claro ejemplo de Estado premoderno o de un esfuerzo inacabado en materia de consolidación política, gobernabilidad,

dominación, legalidad, legitimidad, control territorial y de construcción de nacionalidad, debe consolidar el elemento territorial y la distribución del poder en las instancias territoriales. Es evidente que el proyecto de construcción del Estado nacional apenas se está consolidando y ya está sometido a los nuevos vaivenes. Reflexionar sobre esto es fundamental, porque, tal como lo anota Massiris Cabeza, la descentralización está directamente relacionada con el contexto y, por lo mismo, un discurso puramente técnico o jurídico podría quedar en el acomodamiento de normas a dicho modelo o en la implementación de fórmulas manipuladas por hilos invisibles (Massiris, 2002: 107 y ss).

Ya sea el departamento o la región, o el departamento y la región, las entidades territoriales deben fortalecerse y reacomodarse bajo criterios de fortalecimiento del Estado nacional y de su correspondiente reto dentro del contexto de la globalización. Las entidades territoriales cumplen en este panorama infinidad de papeles necesarios tanto para la descentralización como para su impulso, y la creación de regiones prósperas contribuye a aminorar la distancia existente entre regiones ganadoras y regiones perdedoras.

Bibliografía

- Castro, Jaime (1991), "La Elección Popular de Gobernadores. Constanza". En: *Gaceta Constitucional* No 99. Asamblea Nacional Constituyente. (15 de junio).
- Castro, Jaime (2010), "¿Regiones o departamentos?". En: *El Tiempo* (27 de febrero).
- Corte Constitucional (2000), Sentencia C-207. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional (2007), Sentencia C-1042. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Estupiñán Achury, Liliana (2006), "Modelo territorial colombiano: crisis y perspectivas". En: *Revista Diálogos de Saberes* No 25, julio – diciembre, 91 – 108.
- Estupiñán Achury, Liliana (2010). *La Constante Histórica del Modelo Territorial Colombiano. Una mirada desde el nivel intermedio de gobierno*, Bogotá. Tesis doctoral. Universidad Externado de Colombia.

⁹ Un estudio en profundidad sobre el tema de la integración regional se encuentra en Vieira (2008).

Fals Borda, Orlando (1996), *Región e historia. Elementos sobre ordenamiento y equilibrio regional en Colombia*. Bogotá: TM Editores. IEPRI.

Gómez Guzmán, Iván Darío (2008). "Las iniciativas de regionalización en Colombia". En: *Análisis Geográficos*. Revista del Instituto Colombiano Agustín Codazzi, No. 39, 9 - 36.

Hernández Becerra, Augusto (2009), "Ley orgánica y futuro de la descentralización territorial". En: *Revista Centro de Estudios Políticos del Ministerio del Interior y de Justicia*, No. 1, año 1, julio - diciembre.

Massiris Cabezas, Ángel (2002), "Ordenación del territorio en América Latina", En: *Revista Diálogos de Saberes*, n.º 16. junio - octubre, 107-139.

Moncayo C., Víctor Manuel (2003), *El Leviatán Derrotado. Reflexiones sobre teoría del Estado y el caso colombiano*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Moncayo Jiménez, Edgard (2004), *Las políticas regionales en Colombia*. Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia.

República de Colombia (1993), *Gaceta del Congreso*, Año XII - No 344 de 23 de julio.

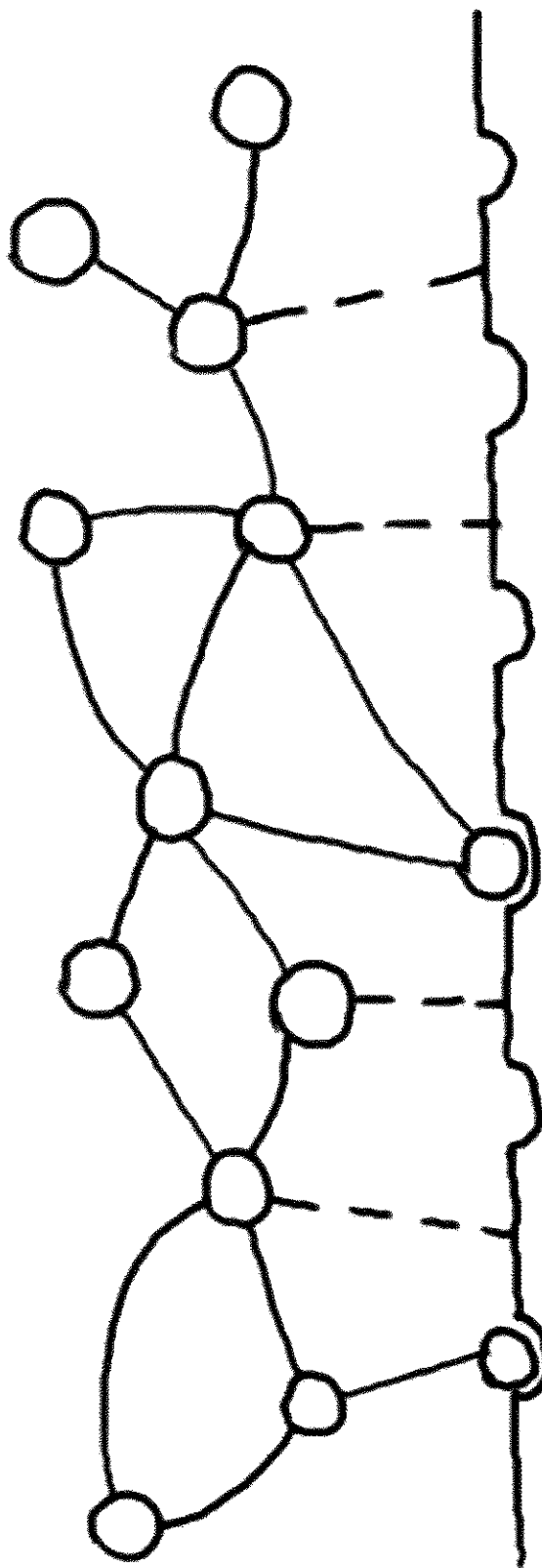
República de Colombia (2004), *Gaceta del Congreso*, Año XIII - No 144 de 22 de abril.

República de Colombia (2011), *Diario Oficial*. Año CXLVII. No 48.115 de 29 de junio de 2011 - Ley 1554 de 2011.

Velásquez C., Fabio (2002), "El ordenamiento territorial: promesa incumplida". En: *Revista Foro*, n.º 46, Bogotá, Diciembre.

Vieira Posada, Edgar. La formación de los espacios regionales en la integración de América Latina. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Convenio Andrés Bello, 2008.

Zafra Roldán, Gustavo (1991), "Ponencia General Los Departamentos". En: *Gaceta Constitucional* No 42, Asamblea Nacional Constituyente (10 de abril de 1991).



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/davegray/>

Dos décadas de participación ciudadana en Colombia

Fabio E. Velásquez C.*

Veinte años no son nada, mirados en una perspectiva de larga duración. Sin embargo, en veinte años pueden pasar muchas cosas. Y eso es lo que ha sucedido en Colombia con la participación ciudadana en la era post-constitucional. Ha habido de todo, como en botica, lo que revela la riqueza de lo ocurrido y, en consecuencia, la necesidad de mirar “lo bueno, lo malo y lo feo” de una experiencia que no deja de ser importante para la decantación paulatina de un perfil, de una identidad, del régimen político colombiano.

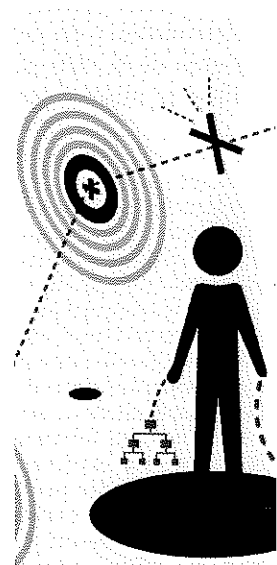
Sobre todo, porque la participación ciudadana no puede ser vista como un experimento aislado de las reglas de juego definidas por los Constituyentes en 1991: no puede, en efecto, ser entendida a cabalidad si no se la concibe como un derecho para ejercer los derechos, como un mecanismo de generación de solidaridades, de consensos y de disensos sociales, y como un complemento necesario –y no de valía secundaria– de la democracia representativa. Esos son referentes necesarios para hacer una lectura de la experiencia participativa que supere miradas simplistas (“ya lo logramos todo” o “no hemos avanzado nada”), muy frecuentes en los análisis que se atienen

más a los deseos –o a las frustraciones– que a la observación de la dura realidad, y que sugiera aprendizajes hacia el futuro en la mira de consolidar el sistema democrático colombiano.

Una apuesta que creó expectativas

Los constituyentes de 1991 no fueron los primeros en incorporar la participación ciudadana al manejo de lo público en el país. Un lustro atrás, el Congreso de la República había institucionalizado algunos espacios de participación como parte de la reforma municipal de 1986¹, estableciendo un estrecho vínculo entre la descentralización y la participación, en el marco de un concepto de gestión de proximidad que ganó adeptos desde finales de los años setenta en todo el mundo y, en particular, en América

¹ Nos referimos a la reglamentación de las Juntas Administradoras Locales, creadas por la reforma constitucional de 1968, a la participación de los usuarios en las juntas directivas de las empresas municipales de servicios públicos, a la contratación comunitaria y a la realización de consultas populares sobre temas de interés municipal. Posteriormente, en 1989, fueron creados los Comités de Participación Comunitaria en Salud.



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/venessamienis/>

* Sociólogo. Director de la Unidad Ejecutora de Programas de Foro Nacional por Colombia, en Bogotá. Profesor universitario.

Latina². Pero sí fueron los Constituyentes quienes le dieron estatus constitucional a la participación, definiéndola como principio constitutivo del Estado y fin esencial del mismo, como derecho fundamental y como instrumento para democratizar la gestión pública.

La década del noventa fue rica en desarrollos legislativos que crearon una gran cantidad de mecanismos y espacios de participación ciudadana en la gestión pública (Velásquez y González, 2003), los cuales configuraron una amplia oferta participativa desde el Estado, que abría a diferentes sectores de la población la posibilidad de incidir en las decisiones públicas, especialmente en el ámbito municipal. En la década siguiente el Congreso de la República fue menos prolijo en la creación de espacios de participación, aunque aparecieron nuevas instancias institucionales, sobre todo en el ámbito nacional, la mayoría de ellas creadas para permitir la participación de los gremios económicos, de las asociaciones profesionales y de expertos en diferentes aspectos de la vida nacional (Foro 2011)³. A ellos se suman las instancias creadas

mediante legislación distrital o municipal, y los espacios de carácter informal, no reglamentados por norma alguna, que han operado de manera paralela a los canales institucionales.

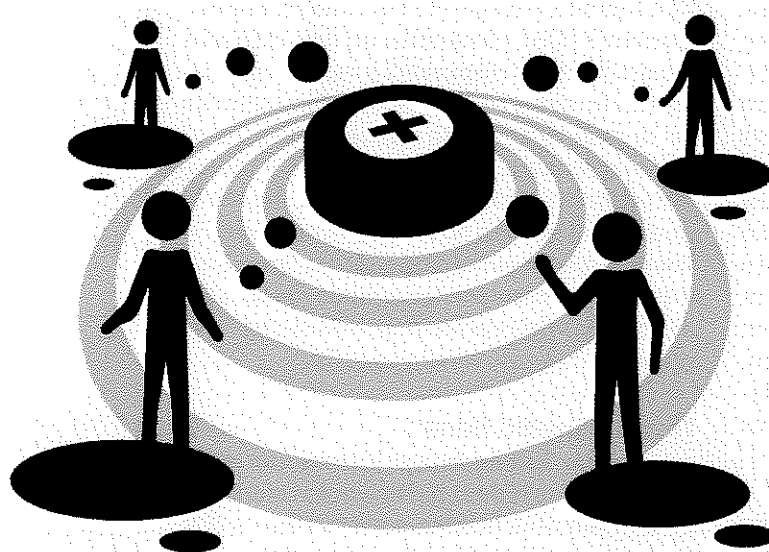
La institucionalización de espacios de participación ciudadana creó una estructura de oportunidad política para que diferentes sectores de la población, especialmente aquellos que habían sido tradicionalmente excluidos de las decisiones públicas, pudieran insertarse en diferentes espacios de interlocución con las autoridades, en la mira de que las políticas públicas interpretaran más cabalmente sus intereses. Ello explica la expectativa que esas medidas generaron entre diferentes sectores de la población, pues entendían que se estaba abriendo una puerta, diferente a los canales de representación política y partidista, que los habilitaba para incidir en las decisiones en su territorio. Por esa razón, los primeros espacios de participación⁴, aunque no tenían un alcance significativo en términos decisorios, tuvieron una gran acogida. El lenguaje de la participación se fue extendiendo y comenzó a ser parte del léxico de la gente. Lo que era una gramática ajena a las relaciones entre el Estado y la sociedad en las décadas del sesenta y setenta, se convirtió en un componente central del imaginario político, especialmente en la vida local.

Esta actitud de la población se afirmó gracias a la configuración, lenta pero progresiva, de un ambiente favorable para el ejercicio de ese derecho, derivado principalmente de la acción estatal. En efecto, en la segunda mitad de la década del ochenta, sectores progresistas y de izquierda comenzaron a divulgar por todo el país el nuevo marco normativo de la descentralización y la participación, bajo el supuesto de que se abría una oportunidad para democratizar la gestión pública, poco vista en las décadas anteriores, en las que los pactos políticos bipartidistas, en especial el Frente Nacional, habían restringido los espacios de participación política y excluido a otros sectores de la posibilidad de acceder a instancias de poder.

2 El *ethos* centralista, dominante desde los años treinta del siglo pasado cuando las ideas keynesianas se impusieron por doquier, fue sustituido en los años ochenta por un discurso descentralista que promovió la reforma del Estado en varios continentes. La descentralización, sin embargo, no tuvo el mismo significado en todas partes: para algunos era una forma de imponer el catecismo neoliberal como orientación básica de la reforma del Estado. Para otros, era una herramienta para darle un nuevo aire al régimen político mediante el fortalecimiento de los gobiernos locales (devolución de competencias, fortalecimiento fiscal, autonomía política, etc.) para la prestación de servicios. En ambos casos, la participación fue objeto de simpatías, aunque su significado y alcance también variaron de un enfoque a otro. En la propuesta neoliberal, la participación significaba iniciativa individual para articularse al mercado y, por esa vía, satisfacer autónomamente las necesidades de cada quien. En el enfoque de fortalecimiento del Estado, la participación era vista como una herramienta para construir acuerdos de política pública.

3 La oferta participativa comprende dos modalidades: de un lado, la participación directa a través de mecanismos como la consulta popular, el referendo, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, el plebiscito y el cabildo abierto, reglamentadas por la ley 134 de 1994 y la ley 741 de 2002. De otro, la participación indirecta, es decir, a través de representantes en los espacios de participación creados por la norma (más de cincuenta en este momento).

4 En particular los creados antes de que fuera expedida la Constitución de 1991.



De otra parte, con la elección popular de los Alcaldes a partir de 1988 se rompió la línea de mando que unía políticamente al Presidente de la República con los gobernadores y alcaldes, y de esa forma acercó el gobierno local a la voz y a la influencia ciudadana. De hecho, varios candidatos a las alcaldías en diferentes regiones del país, a pesar de las resistencias de un sector mayoritario de la dirigencia política en los municipios para reglamentar la nueva institucionalidad participativa en su territorio, comenzaron a incluir la participación ciudadana en sus propuestas programáticas.

La expedición de la nueva Constitución Política en 1991 y sus desarrollos legislativos posteriores fueron factores de primer orden en la creación de un ambiente favorable para la participación ciudadana, no sólo porque los multiplicaron de manera significativa, sino porque prefiguraron un nuevo imaginario político inspirado en las ideas de democracia participativa, garantía de derechos fundamentales, descentralización del poder, autonomía de las regiones y reconocimiento a la diversidad socio-cultural de la nación. En ese contexto, el gobierno nacional expidió en 1995 un documento de política nacional de participación ciudadana⁵, con la intención de dar legitimidad y piso político a lo que el espíritu de la época

consideraba como un elemento central de los acuerdos políticos post-constitucionales en el país, muy importante, además, como contribución a la generación de una cultura de la paz y el entendimiento en un país asediado por el conflicto armado⁶.

Fueron sin embargo los gobiernos municipales los que, a través de diferentes estrategias, se encargaron de darle vida al tema (Velásquez y González, 2003): algunos alcaldes y concejales se limitaron a crear los espacios para cumplir con las exigencias de la norma, sin darles ningún tipo de apoyo, en la idea de que desaparecieran “por sustracción de materia”. Otros aceptaron

6 Esta política no tuvo mayor impacto en la promoción de la participación. Más aún, puede ser considerada como un acto único y de carácter excepcional del gobierno nacional, pues fue la única pieza de política pública que promulgó desde los años ochenta sobre esa materia. Posteriormente, el gobierno se desentendió del asunto, en el entendido de que no estaba dentro del campo de sus competencias. Así lo constatan Velásquez y González (2003) en su estudio sobre la participación ciudadana en Colombia en la década del noventa. Ellos indagaron en varios Ministerios y en otras entidades del Gobierno nacional sobre las políticas de promoción de la participación en su respectivo sector y en prácticamente todas encontraron la misma respuesta: esa no era, según los funcionarios respectivos, una competencia del gobierno nacional, sino de los alcaldes y, si acaso, de los gobernadores. Solamente la Contraloría General de la República, órgano no dependiente del ejecutivo, desarrolló en esa década un trabajo importante de promoción de la participación ciudadana y, en particular, del control social.

5 Documento CONPES 2775 de 1995.

reglamentar los nuevos espacios, cuidando de que no se convirtieran en contrapoderes sociales al dominio político que los partidos tradicionales habían ejercido por mucho tiempo en su territorio. Se la promovió, pero solamente hasta ciertos límites, de manera que sus agentes no pusieran en cuestión las estructuras tradicionales de dominación social y política. Era una participación “sin alas”. Otros dirigentes políticos, conscientes del potencial que tenían estos espacios para promover nuevos liderazgos, no dudaron en crearlos y en promover su funcionamiento, con el ánimo de convertir a los líderes sociales en actores funcionales a sus intereses políticos.

En otros casos, hubo una apuesta clara de los gobernantes a favor de la participación ciudadana, lo que los motivó a crear los espacios definidos en la ley y a darles un lugar en la gestión pública a través de prácticas de diálogo, consulta y concertación. Finalmente, en aquellas comunidades locales, por ejemplo, en los pueblos indígenas, en las que la participación hacía parte de cultura local, los mandatarios locales se sumaron a esa lógica y la incorporaron al manejo de la cosa pública.

El saldo de esas dinámicas fue un acercamiento real entre las autoridades públicas y la población para la formulación de planes de desarrollo, la asignación de presupuestos, la formulación y ejecución de políticas públicas y el control social de la gestión pública. Las viejas desconfianzas de la sociedad en las autoridades públicas y en la capacidad del Estado para responder a las demandas ciudadanas fueron disminuyendo en intensidad⁷, lo que facilitó el acercamiento entre los diferentes actores.

Las experiencias de participación: dos lecturas

Más allá del entusiasmo inicial, ¿qué pasó con esa “infraestructura” institucional para la participación? ¿Fue efectivamente

⁷ Además, los gobiernos municipales, a través del proceso de descentralización, recibieron competencias y recursos que dos décadas antes no tenían, lo que incrementó su capacidad de inversión y de solución a los problemas locales.

utilizada por la población? ¿Qué avances se han logrado a través de los canales institucionales? ¿Qué obstáculos no han sido aún superados? Las respuestas a esas preguntas han sido construidas desde dos lecturas de la experiencias de participación en el país: la primera de ellas reconoce y valora los avances logrados hasta ahora, especialmente en los años noventa (“el vaso medio lleno”), reconociendo que queda un cierto trayecto por recorrer; la segunda destaca las deficiencias del proceso desarrollado hasta el presente (“el vaso medio vacío”).

El vaso “medio lleno”

Quienes han hecho una lectura “positiva” de la trayectoria de la participación ciudadana en Colombia acuden por lo menos a dos argumentos: de un lado, que la participación abrió la posibilidad a diferentes sectores de la población de mantener una interlocución con las autoridades en su territorio, en la mira de que las políticas públicas interpretaran más cabalmente sus intereses. De otro, que el ambiente político favorable, al que se hizo alusión en el apartado anterior, fortaleció esa posibilidad estableciendo un notorio contraste con la historia anterior del país, en la que los pactos políticos bipartidistas, en especial el Frente Nacional, habían restringido las oportunidades de participación política y excluido a otros sectores de la posibilidad de acceder a instancias de poder.

Ambos factores propiciaron el desarrollo de una gran cantidad de experiencias participativas, entre las que cabe mencionar el desarrollo de la planeación participativa, apoyado en la expedición de la Ley Orgánica de Planeación (ley 152 de 1994), la multiplicación de actividades de control y vigilancia social de la gestión pública (las veedurías ciudadanas, los comités de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios y otros escenarios de control ciudadano de lo público), el diseño de políticas públicas sectoriales y poblacionales con participación de los(as) interesados(as), la creación y el funcionamiento de una gran cantidad de espacios participativos (consejos de juventud, de cultura, de política social, los comités de participación comunitaria en salud, los espacios para los grupos étnicos y las minorías sexuales), especialmente en

las ciudades grandes e intermedias, y la multiplicación más reciente de experiencias innovadoras como los presupuestos participativos y las asambleas constituyentes.

Hay que señalar igualmente la presentación al Congreso de algunas iniciativas de ley con base en firmas de ciudadanos(as), la realización de cabildos abiertos en los municipios y de un número importante de consultas populares, así como los intentos de revocatoria del mandato a alcaldes en diferentes regiones del país⁸. No todas estas experiencias fueron exitosas, pero la gran mayoría de ellas movilizaron importantes contingentes de ciudadanos y de grupos organizados, incrementaron el nivel de deliberación pública sobre asuntos de interés colectivo, vincularon a un número creciente de hombres y mujeres de diferente procedencia al manejo de los asuntos públicos y lograron difundir y expandir el lenguaje de la participación, el cual poco a poco entró a formar parte del léxico de la dirigencia política y de un segmento cada vez más amplio de los(las) ciudadanos(as), cosa que en los años sesenta o setenta del siglo pasado era más bien excepcional.

Aparecieron, además, nuevas organizaciones sociales, creadas al abrigo del esquema participativo, así como nuevos liderazgos sociales involucrados en los procesos de participación. El cuasi-monopolio de las Juntas de Acción Comunal sobre la representación de los intereses sociales y sobre el acceso a las instancias públicas se rompió gracias a la aparición de una amplia gama de organizaciones sociales representativas de la diversidad social, geográfica, étnica y cultural del país.

Según esta mirada del proceso, varios actores tuvieron que ver con los avances logrados por la participación ciudadana: en primer lugar, las fracciones progresistas de los partidos tradicionales y algunos sectores de la izquierda que impulsaron la reforma del Estado a mediados de los años ochenta y

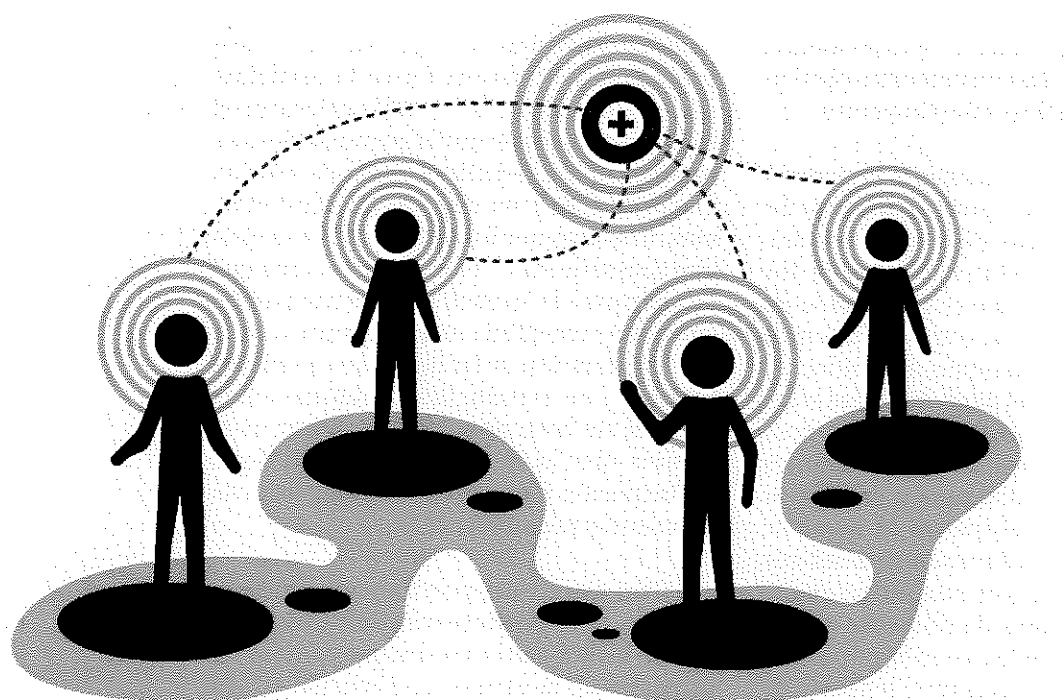
jugaron un importante papel en la redacción de la Constitución de 1991. No todos ellos entendían de la misma forma la participación: los partidos tradicionales colocaron el énfasis en la idea de que la participación era necesaria para reducir el clima de tensión que vivía el país en vísperas de tales reformas, mientras que los sectores de izquierda que apoyaron estas reformas entendían que la apertura de espacios de participación ciudadana constituía un paso positivo en la democratización de las decisiones públicas. Como ya se señaló, las organizaciones sociales de base popular vieron con muy buenos ojos la institucionalización de la participación y se convirtieron en sus más entusiastas promotores.

Otro actor que contribuyó en parte al avance de la participación en Colombia fueron los gobiernos locales que, aunque en un comienzo mostraron resistencias, poco a poco acogieron la participación como parte de sus responsabilidades de gestión, así la intención subyacente a ese apoyo haya sido diversa, como ya se señaló.

Finalmente, muchas organizaciones no gubernamentales, algunos centros académicos, las agencias de cooperación internacional y la Iglesia católica fueron convirtiéndose poco a poco en militantes de la causa participativa. Fueron promotoras permanentes de la participación ciudadana; apoyaron técnica y financieramente una gran cantidad de ejercicios en diferentes rincones del país; brindaron formación a líderes y a grupos sociales involucrados en procesos participativos; asesoraron a las autoridades públicas en el diseño de políticas y de programas de promoción de la participación ciudadana, y propiciaron el intercambio y la sistematización de experiencias, derivando lecciones y metodologías replicables en otras circunstancias.

Desde esta perspectiva se reconocen debilidades, que deben ser interpretadas como agenda pendiente; entre ellas, la rigidez de la reglamentación de los mecanismos de participación directa; la debilidad del tejido social y de una cultura democrática; la escasa voluntad política de algunos dirigentes que le temen aún a la participación, la

⁸ Lastimosamente, la Registraduría Nacional del Estado civil no lleva un recuento sistemático de las experiencias de participación directa de la población, lo que impide contar con cifras exactas sobre el uso de esos mecanismos.



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/venessamemis/>

poca incidencia de la sociedad en algunas decisiones y las restricciones al ejercicio de la participación impuestas por el conflicto armado. No obstante, el énfasis es puesto en los logros arriba reseñados.

El vaso “medio vacío”

Otra lectura de las experiencias de participación tienden a identificar más bien sus deficiencias y a señalar aquellos aspectos que no han podido ser alcanzados por los actores de la participación. Para quienes hacen esa interpretación, el ejercicio de la participación ha tenido que enfrentar una gran cantidad de obstáculos, varios de ellos aún no superados. En primer lugar, el marco normativo presenta deficiencias que dificultan ese ejercicio. Dos de ellas son notorias: en primer lugar, el excesivo afán de reglamentar los procesos. Un ejemplo claro es la ley 134 de 1994, que regula los procesos de participación directa (referendo, revocatoria del mandato, consultas populares, etc.). La ley define tal grado de exigencia para utilizar cualquiera de esos mecanismos, que resulta casi imposible ponerlos en práctica. La ley 742 redujo algunas de esas exigencias, pero, aun así, los mecanismos han sido de uso más bien excepcional.

En segundo lugar, la dispersión de las normas. Cada espacio ha sido creado y opera según una lógica propia (sectorial, territorial o poblacional), sin conexión alguna con otros espacios de participación con los cuales sería posible desatar interesantes sinergias. Así, los actores terminan fragmentados en su acción y en sus reivindicaciones, sin la posibilidad de poner en marcha dinámicas orgánicas que los conecten entre sí y vuelvan mucho más eficiente y de mayor impacto el ejercicio participativo. Más aún, la segmentación de los espacios de participación empuja a los actores hacia conductas de carácter corporativo en una lógica de poder suma cero que estimula la competencia por recursos escasos y reduce significativamente el sentido del bien común.

Esta cultura neo-corporativa ha generado un conjunto de “fracturas” en el universo de la participación, entre la cuales cabe destacar las siguientes: en primer lugar, la fractura entre intereses particulares e intereses colectivos. Las motivaciones de la mayoría de los actores sociales, en contextos de pobreza y de desigualdad social como los que vive Colombia, tienden a ser utilitarias: la participación se convierte así en un canal de expresión de demandas particularistas, antes que en un espacio para la construcción

colectiva del bien común. Se plantea así para el sujeto de la participación un dilema entre el interés propio y el bien colectivo que se resuelve generalmente a favor del primero de ellos⁹.

En segundo lugar, una fractura entre los miembros de las instancias de participación (consejos, comités, mesas, etc.) y las bases que supuestamente representan. Los espacios de participación son espacios de representación de intereses sociales particulares. Allí llegan, a través de procedimientos muy diversos (elección, designación, nominación, auto-postulación), una serie de líderes que no sólo aspiran a representar a un segmento determinado de la población, sino que buscan también beneficios propios, sean económicos, políticos o simbólicos. La combinación de esas funciones (representación de intereses sociales y búsqueda de beneficios propios) en el caso colombiano ha llevado a una separación entre líderes y bases sociales, que parece reproducir fenómenos que ocurren de manera similar en el campo de la representación política. Aunque no es una práctica totalmente generalizada, sí se observa una tendencia a que algunos líderes prioricen su interés personal (ascenso político, beneficios económicos) por encima de la voluntad de los sectores representados, generando conductas que terminan excluyendo al ciudadano común y corriente de la posibilidad de incidir en las decisiones públicas.

Dos fenómenos conexos aparecen con mucha frecuencia en el ejercicio del liderazgo social: de un lado, la polimembresía, es decir, la pertenencia de una misma persona a diferentes espacios de participación; de otro, la cooptación de los líderes sociales por las organizaciones políticas (Velásquez y González, 2003). La polimembresía expresa la tendencia de algunos líderes a acaparar cargos de representación, lo

que genera tensiones con otros líderes¹⁰ y alimenta posturas autoritarias en el seno de las organizaciones y los movimientos sociales. Son precisamente los líderes tradicionales, por su mayor experiencia, sus conocimientos, sus relaciones y su capacidad de negociación, los que muestran con mayor frecuencia este rasgo. Por su parte, la cooptación política de los liderazgos sociales introduce lógicas en el manejo de los asuntos públicos que anteponen el interés partidista al de los diferentes grupos sociales, generando efectos no esperados en el ejercicio de la participación e introduciendo lógicas clientelistas y autoritarias que rápidamente son interiorizadas y agenciadas por los líderes sociales.

Ambos procesos (polimembresía y cooptación política) –señalan los partidarios de esta lectura de la experiencia participativa en Colombia– han contribuido a burocratizar los espacios de participación, es decir, a convertirlos en escenarios marcados por jerarquías, reglas creadas por sus propios miembros, juegos de poder y dominio de los procedimientos sobre los resultados, lo que ha producido, entre otras cosas, una cierta desconfianza de la población en esos espacios y en sus integrantes.

Finalmente, la fractura entre participación ciudadana y representación política: los agentes políticos y los líderes sociales no siempre coinciden en la definición de los objetivos y del alcance de la participación, lo que produce tensiones entre ellos y limita la eficacia de la participación. Más aún, en Colombia prácticamente ningún partido político tiene una apuesta clara en materia participativa; no es un tema de primer orden en sus respectivas agendas. Por el contrario, miran la participación con cierto recelo, como un factor de competencia en el ejercicio del poder. Ello explica por qué en el

9 Los intereses particulares son, sin duda, legítimos. La cuestión es cómo articularlos a la construcción y al fortalecimiento de lo público. Igual cosa cabe decir para los sectores para los cuales se han diseñado mecanismos y espacios en el marco de una política de discriminación positiva.

10 Cabe resaltar que la oferta estatal de participación dio lugar a la emergencia de nuevos liderazgos en el escenario público, provenientes de organizaciones de mujeres, jóvenes, minorías étnicas, adultos mayores y otras poblaciones, que han intentado renovar las estructuras tradicionales de liderazgo y, de hecho, están incursionando de manera notoria en varios espacios como los consejos de planeación y en las veedurías ciudadanas, en los consejos de juventud, en los consejos de cultura y en otras instancias sectoriales.

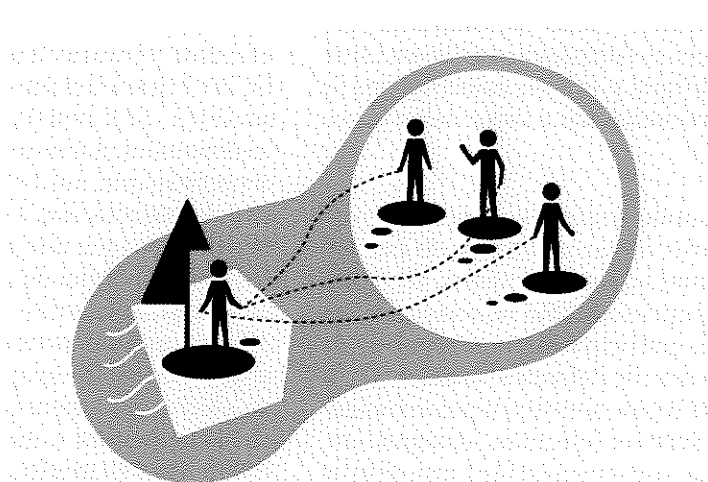
escenario de lo público los agentes políticos y los líderes sociales compiten por el favor ciudadano y tratan de deslegitimar al adversario: los agentes político-partidistas intentan deslegitimar a los miembros de las instancias de participación señalando que en su gran mayoría no han llegado a ellas por vía del voto popular, sino por designación de sectores específicos de la sociedad. Por su parte, los líderes sociales intentan deslegitimar a los políticos aduciendo que ellos son la fuente de la corrupción y de la politiquería.

Esta lectura no se refiere exclusivamente a los aspectos negativos de la experiencia participativa; reconoce los avances existentes, sobre todo en materia de eventos exitosos y de avance en la interlocución entre las autoridades públicas y la población. Sólo que pone el acento en aquellos aspectos que impiden hablar de un avance real en el ejercicio de este derecho, tanto del lado de las autoridades públicas como de la sociedad civil.

Algunas tendencias recientes

Estas dos lecturas son realmente complementarias, en el sentido de que es tan cierto que se han logrado avances importantes como que han aparecido barreras y obstáculos que han impedido que la participación tenga un lugar más relevante en las propuestas y estilos de gestión pública, así como en las conductas ciudadanas con respecto a lo público. Ambas visiones, además, son válidas hoy día y permiten, a través del análisis de ganancias y pérdidas, hacer un balance equilibrado de las trayectorias recorridas por la participación ciudadana en el país.

La última década ofrece, sin embargo, una serie de elementos nuevos que ayudan a construir una mirada más completa de dichas trayectorias y a comprender nuevos ingredientes que han sido fundamentales para el desenvolvimiento reciente de la participación ciudadana. Dos de ellos han sido determinantes del rumbo que han tomado las prácticas participativas: de un lado, la estrategia de recentralización desplegada por los gobiernos nacionales de



turno desde finales de la década del noventa; de otro, la incidencia de los actores armados ilegales en la gestión municipal.

El primero alude al intento de un sector importante de la élite política colombiana, apoyada por amplios sectores de la población, de implantar en el país un proyecto político que propende por un Estado fuerte, centralizado, en el que la figura del gobernante concentra todo el poder; un proyecto que reivindica como principio fundamental la recuperación de una autoridad fuerte del Estado, orienta en esa dirección la actuación de las instituciones democráticas y reconoce a la sociedad civil como interlocutora sólo en la medida en que dicha interlocución sea funcional al modelo de gobernabilidad; que reduce los derechos políticos al mínimo y que desconoce los derechos sociales como tales; que busca concentrar el poder en el gobierno central, en cabeza del ejecutivo; y, finalmente, que ve con buenos ojos la participación ciudadana sólo si a través de ella se fortalece el régimen político y se legitima la figura del gobernante.

El gobierno de Alvaro Uribe encarnó ese proyecto. Desde su llegada al gobierno emprendió una serie de reformas, algunas de las cuales eran contrarias al espíritu de la Constitución de 1991. En materia de participación, el llamado "Estado comunitario" se apoyó en dos principios fundamentales: en primer lugar, el debilitamiento de la autonomía de las entidades territoriales a través de la concentración de competencias y recursos en manos del gobierno central

Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/venessamemis/>

(debilitamiento de la descentralización). De esa forma, el escenario básico de la participación (el municipio) perdería vigencia desde el punto de vista de la atención a los problemas de la población, lo que, a su turno, le restaría alcance e impacto a la participación ciudadana¹¹.

En segundo lugar, el desconocimiento de los espacios de participación ciudadana y su sustitución por modalidades de relación directa, sin intermediarios, entre el presidente y los ciudadanos para resolver directamente sus problemas. El instrumento utilizado para tal efecto fue el de los Consejos Comunitarios, en los cuales el Presidente buscaba resolver demandas concretas de la población y de sus autoridades a través de la entrega directa y discrecional de fondos públicos o de la promesa de solución de los problemas planteados.

Este modelo de gobernabilidad centraliza en el gobernante un gran poder de decisión sobre el manejo de los recursos públicos, y convierte a los gobernados en objeto de prácticas asistenciales, generando una alta dependencia con respecto a las decisiones del gobierno central, en cabeza del propio Presidente de la República. Además, el modelo tiende a individualizar la relación del ciudadano con el gobernante, eliminando cualquier forma de acción colectiva.

Lo que se observa es una tensión entre dos modelos de gobernabilidad: uno que opera con base en la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos, según reglas de juego establecidas en la Constitución y en las leyes respectivas; y otro que relaciona a la autoridad pública con la ciudadanía de manera discrecional, concentrando en la primera el poder de decisión y convirtiendo a la segunda en un actor dependiente, sin capacidad de incidir en las decisiones públicas, más allá de lo que pueda hacerse a través del diálogo directo.

El primer modelo sigue operando para algunos efectos, aunque con menor fuerza e impacto que antes, mientras que el modelo

discrecional tiende a generalizarse y a convertirse en dominante. Son dos lógicas bien diferentes que plantean a la población un dilema importante sobre su estatuto de ciudadanía: o tener la capacidad de incidir de manera autónoma en las políticas públicas, a través de instancias y mecanismos regulados por normas precisas, o acogerse a la voluntad discrecional de los mandatarios y depender de ellos como única vía para ver satisfechas sus demandas a través de la inversión pública. En esta segunda opción la posibilidad de incidencia ciudadana en las decisiones prácticamente desaparece.

El otro factor que ha transformado recientemente el formato de la participación ciudadana en Colombia ha sido la alta incidencia de los actores armados en la gestión municipal (Velásquez, 2009). Desde mediados de la década del noventa los gobiernos municipales – y también las gobernaciones – comenzaron a ser blanco preferido de los diferentes actores armados ilegales (guerrillas, paramilitares, narcotraficantes y otras mafias y grupos delincuenciales organizados). Tres han sido las estrategias puestas en marcha por tales actores: el control territorial, el control político-electoral y el control de la gestión pública. Mediante el primero, los actores armados aseguran su asentamiento en el territorio, concentran tierras, se insertan en la economía local, y controlan flujos de personas, de bienes y servicios, y de información.

A través de la estrategia de control político-electoral los grupos armados buscan tener influencia sobre los actores políticos y sobre las autoridades públicas con el fin de afianzar el control territorial y lograr objetivos estratégicos, tanto en el terreno militar, como en el político y económico. En tal sentido, los grupos armados han intentado por vías diferentes incidir en los procesos electorales (mediante la financiación de campañas, el constreñimiento al elector y la amenaza a sectores opuestos a sus intereses) y asegurar el control de la dirigencia política local.

Finalmente, mediante el control de la gestión pública los grupos armados han incidido en decisiones relacionadas con la

¹¹ Es el caso, por ejemplo, de los programas de la Consejería Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional.

planeación, el diseño de políticas sectoriales, la asignación y manejo de los recursos públicos, la contratación y la participación ciudadana. El control de la gestión municipal por parte de los grupos armados ha tenido efectos negativos sobre el tejido social local y la participación ciudadana, en tanto han afianzado la estructura piramidal del ejercicio del poder político local y han reducido al mínimo la actuación de líderes sociales en el escenario público, a través de la amenaza, el desplazamiento forzado e, incluso, el asesinato.

En estas circunstancias, no sólo han caído en desuso los espacios institucionales de participación, sino que sus actores han preferido callar y tener un bajo o nulo perfil en los procesos públicos. Aquí la cuestión no es la desinstitucionalización de la participación, sino su desaparición como canal de expresión y de incidencia ciudadana en las decisiones locales.

Estos dos factores han tenido un efecto negativo sobre el uso de los espacios y mecanismos institucionales de participación ciudadana en zonas de conflicto. Su funcionamiento es precario y las oportunidades de la población para hacer uso de ellos son mínimas. A ello se suma el desconocimiento que tiene la población de sus derechos y la escasa voluntad política de las autoridades públicas para promover su uso. En otras zonas del país, donde el conflicto es menos agudo, las instancias institucionales de participación han perdido vigencia y han dejado de ser escenarios confiables para canalizar las inquietudes y demandas de la ciudadanía.

El resultado de todo ello es una tendencia al declive de las formas institucionales de participación ciudadana en Colombia. El entusiasmo producido por su apertura en los años ochenta parece haberse desvanecido y hoy sólo queda una débil huella de la expectativa que generó su creación en los sectores más pobres de la población. Los Consejos y demás espacios siguen operando en muchos lugares del país, pero no logran canalizar la totalidad de los intereses ciudadanos y, sobre todo, no tienen los medios para incidir realmente en las decisiones públicas. Esa falta de eficacia también ha sido un motivo

para que la población se aleje de ellos al no considerarlos como medios adecuados para canalizar sus demandas y exigir sus derechos.

No obstante, diferentes sectores de la población han comenzado a hacer uso de vías no institucionales de interlocución con las autoridades públicas. Por tales debe entenderse las formas de relación entre los ciudadanos y las autoridades locales que no están reguladas por normas del derecho positivo y que obedecen a la iniciativa del gobierno o de la población en torno a asuntos muy específicos de interés compartido. Son, por tanto, modalidades de relación *ad hoc*, de carácter no permanente, que se desenvuelven al calor de las circunstancias y en función de la relación misma. Incluyen la movilización y la protesta ciudadana, las alianzas de organizaciones para resolver un problema a través de la interlocución con las autoridades, así como iniciativas gubernamentales de contacto con la población, que operan por fuera de los canales establecidos.

Se trata de espacios abiertos, heterogéneos desde el punto de vista de los intereses que circulan en ellos, de los instrumentos y procedimientos utilizados y de los resultados que puede arrojar su funcionamiento. No hay reglas predefinidas, aunque la dinámica misma del espacio puede ir asentando algunas normas informales mínimas para que el espacio opere con un cierto nivel de organización y pueda llevar a cabo los procedimientos previstos para resolver un problema determinado.

Son varios los ejemplos que pueden ser citados para ilustrar esta nueva tendencia: uno de ellos, de amplia cobertura en el país, es el de las Constituyentes municipales y departamentales. Son acuerdos entre distintas organizaciones sociales, a las que en ocasiones se suman las autoridades públicas, para trabajar conjuntamente en la búsqueda de objetivos específicos: la convivencia pacífica, la generación de empleo e ingresos, la seguridad ciudadana o el desarrollo local. Hacen uso de todos los instrumentos disponibles para la consecución de sus objetivos y para la definición de políticas públicas en muy variados campos: espacios institucionales de participación, mesas de trabajo y de

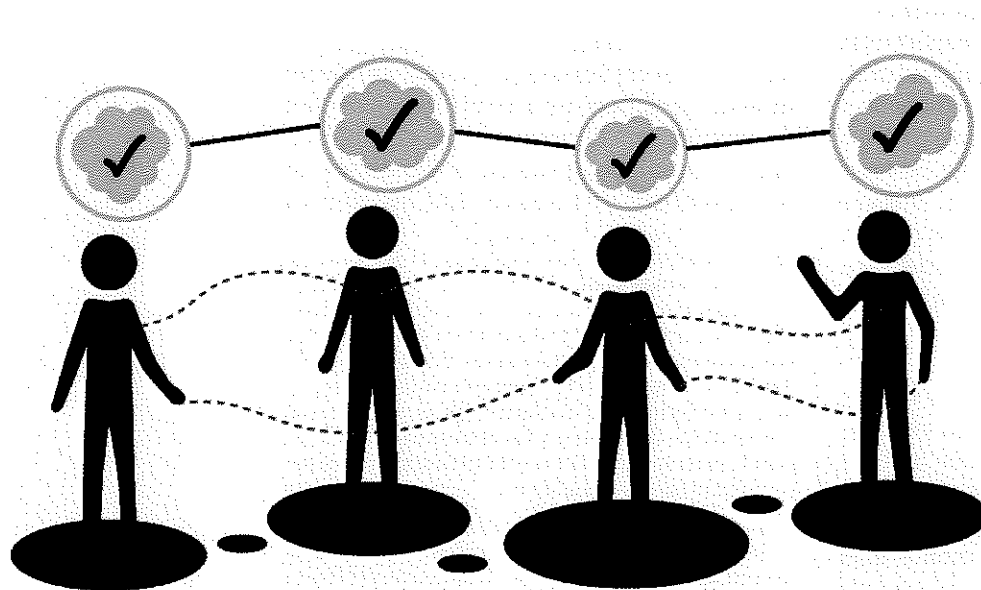
concertación, movilizaciones cívicas, etc. Las constituyentes convocan a amplios sectores de la población y se han convertido en un movimiento nacional que cubre cerca de una cuarta parte de los municipios del país.

También hay que mencionar un buen número de iniciativas ciudadanas en torno a los problemas ambientales. Este es uno de los ámbitos que mayor convocatoria ha logrado últimamente en el país, gracias a la conciencia que muchas personas y organizaciones han logrado crear en el conjunto de la sociedad colombiana alrededor de la protección de aguas y bosques, de la explotación minera o del cambio climático. En Bogotá, por ejemplo, han sido varias las iniciativas de grupos ambientalistas que presionan al gobierno de la ciudad para que haya políticas efectivas de protección de humedales, de bosques y de fuentes de agua contra la invasión de urbanizadores que sólo miran la rentabilidad de sus inversiones o, incluso, contra decisiones públicas que afectan el equilibrio ecosistémico. Estos grupos realizan alianzas para discutir temas específicos, analizar el problema, identificar soluciones y entrar en un diálogo con las autoridades públicas, a través de mesas de trabajo o de dispositivos parecidos, en la mira de concertar soluciones a los problemas vividos.

Otro tipo de formas de expresión ciudadana para presionar políticas públicas son las movilizaciones espontáneas frente a actuaciones gubernamentales que no llenan las expectativas ciudadanas. En grandes ciudades y en pequeños municipios son frecuentes las protestas de grupos poblacionales por la mala prestación de los servicios públicos domiciliarios, o la toma de las vías por la baja calidad del servicio de transporte, como ha sucedido en los últimos meses en Bogotá.

Una de las experiencias más visibles y de mayor auge en el país es la multiplicación de grupos de personas que de manera organizada y sistemática realizan ejercicios de control social a la gestión pública. En las grandes ciudades, algunas ONG, sectores empresariales y medios de comunicación han unido esfuerzos y recursos para llevar a cabo el programa “Ciudades como vamos”, que hace seguimiento a los planes de desarrollo en varias ciudades del país, para analizar qué tanto su ejecución está contribuyendo a mejorar la calidad de vida de la población.

En Medellín, Cali y Barranquilla y en varias ciudades intermedias del país se han desarrollado experiencias similares, así como observatorios para hacer seguimiento a los concejos municipales y valorar su



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/venessamiemis/>

desempeño. Y en esa misma línea existe una gran cantidad de pequeños grupos de ciudadanos que vigilan la ejecución de proyectos de obras públicas, de movilidad, de promoción social y de desarrollo local impulsados por los respectivos gobiernos locales. Estos ejercicios han ido perfilando un tejido social de personas y grupos interesados en vigilar la gestión pública y sus resultados, haciendo uso del derecho que Consagra la Constitución en ese aspecto.

Finalmente, hay que mencionar la multiplicación de las experiencias de presupuesto participativo, que las autoridades públicas han ido impulsando y desarrollando en varias ciudades, municipios y departamentos del país. Esas experiencias movilizan importantes contingentes de ciudadanos y ciudadanas, y se han convertido en uno de los fuertes de las prácticas participativas en Colombia. Existe una Red de Planeación y presupuesto participativo que propicia el intercambio de experiencias y trata de fortalecer ese nuevo escenario de participación ciudadana.

Estas experiencias representan el regreso a formas de movilización social y de interacción con las autoridades públicas, que eran características de las relaciones entre Estado y sociedad en Colombia hace tres o cuatro décadas. No son, por supuesto, excluyentes de los canales institucionales de participación, pero plantean una nueva dinámica social y de participación que no deja de tener importancia en la vida social y política de los municipios. En el seno de tales experiencias se forman y crecen nuevos liderazgos, alternativos a los que han copado la mayor parte de los espacios institucionales de participación, nuevas lógicas de acción colectiva y una nueva energía que los ciudadanos se encargan de canalizar a través de dispositivos propios y no de la oferta estatal de participación.

La incidencia ciudadana por las vías no institucionales tienden a ser más contundente que a través de los canales institucionales, lo que de por sí constituye un atractivo para la población, que ve en esas nuevas modalidades un instrumento más eficaz para el logro de sus reivindicaciones y para la incidencia en las decisiones que los afectan. Además, ponen en evidencia los

altos niveles de solidaridad que existen entre las comunidades, lo que no es necesariamente el caso en los espacios institucionales.

Una nueva ley estatutaria de participación ciudadana

Las dinámicas descritas en las páginas anteriores llevaron a Foro Nacional por Colombia a sugerir al Ministerio del Interior y de Justicia la realización de una consulta ciudadana para elaborar una nueva Ley Estatutaria de Participación Ciudadana. El Ministerio acogió la idea y apoyó el proceso en trece ciudades del país (Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla, Bucaramanga, Pereira, Popayán, Pasto, Villavicencio, Sincelejo, Quibdó, Arauca y Yopal)¹², bajo el supuesto de que una nueva ley, que aprendiera de las experiencias realizadas en el pasado, podría crear mejores condiciones para el ejercicio de la participación, así no resolviera otro tipo de problemas, por ejemplo, el fortalecimiento del tejido social o la transformación de la cultura política. La participación ciudadana –como toda práctica social– es un proceso complejo, cuya reorientación implica afectar sus diferentes dimensiones (jurídica, social, cultural, política). Un cambio en el contexto normativo e institucional puede ser el comienzo para un recambio que no sólo el gobierno¹³ sino la población consideran conveniente.

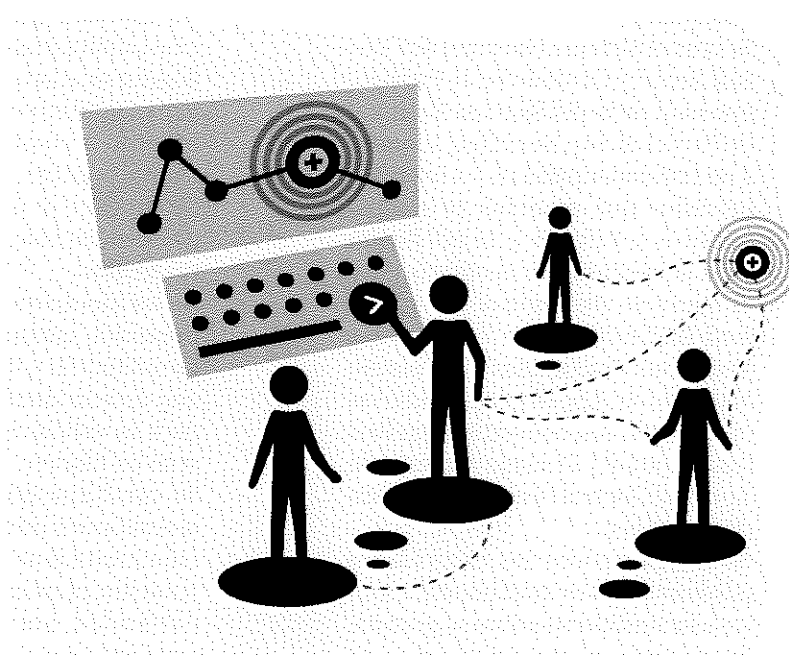
Como resultado de ese proceso, coordinado por Foro durante el primer semestre de 2011, se elaboró un articulado que servirá de insumo para el proyecto que el gobierno presentará al Congreso de la República en la legislatura 2011-2012. Las siguientes

12 La consulta se realizó mediante la creación de Mesas de Participación creadas en las trece ciudades, las cuales trabajaron a través de sesiones plenarias y/o de Comisiones de trabajo sobre cinco aspectos fundamentales: los mecanismos de participación directa; la planeación y el presupuesto participativos; las instancias sectoriales y poblacionales; el control social y la rendición de cuentas; y los diseños institucionales para la participación. El material producido puede ser consultado en www.foro.org.co.

13 El plan de desarrollo del actual gobierno incluye varias metas en materia participativa, entre ellas la reforma de la Ley Estatutaria de Participación y el diseño de políticas públicas de fomento de la participación ciudadana, de fortalecimiento de las organizaciones sociales y de promoción e la cultura ciudadana.

son las innovaciones más importantes que introduce el proyecto de ley¹⁴ entregado al Ministerio del Interior¹⁵:

- La nueva propuesta se refiere no solamente a los mecanismos de participación directa, contemplados en la ley 134 de 1994, sino a todas las otras formas de participación ciudadana en la gestión pública.
- Se crea el Sistema Nacional de Participación Ciudadana, así como los Sistemas Departamentales, municipales y distritales de participación.
- Con el propósito de reducir el nivel de dispersión de las instancias de participación ciudadana se crean cuatro espacios de articulación, que operarán en los distintos niveles de la organización del Estado (nacional, departamental, municipal, distrital) y que son de obligatoria reglamentación por parte de las distintas autoridades públicas: el espacio de planeación del desarrollo, el de concertación de políticas sociales, el de políticas de seguridad y convivencia, y el espacio de la diversidad. Estos espacios pretenden garantizar tres tipos de articulación: entre instancias de participación, entre niveles de organización del Estado y entre autoridades públicas y ciudadanía.
- Se crea el Consejo Nacional de Participación ciudadana y los Consejos Departamentales y Municipales de Participación como cabezas del sistema. Son espacios mixtos con participación de las autoridades públicas y de la ciudadanía, encargados de definir la política de participación y de asignar recursos para su promoción y ejercicio.
- Se crean los cabildos municipales y departamentales de participación,



así como el Encuentro Nacional de Participación, como espacios abiertos a cualquier persona, en los que se hará seguimiento a las políticas de participación y se intercambiarán experiencias participativas de diversa índole.

- El proyecto define una serie de medios de financiamiento de la participación a nivel nacional y sub-nacional: los Fondos de participación (nacional, departamentales y municipales), los presupuestos de las entidades públicas que desarrollan programas y proyectos de carácter participativo y los aportes voluntarios del sector privado y de la cooperación internacional.
- En materia de planeación participativa, el proyecto de ley obliga a las autoridades públicas a discutir el concepto emitido por los Consejos de Planeación. Además, se crean incentivos para que las autoridades públicas incorporen el presupuesto participativo como parte de sus dispositivos de gestión. Finalmente, se da al Gobierno Nacional un plazo de seis meses para que reglamente, mediante un proceso participativo, el Sistema Nacional de Planeación. Este entrará a formar parte del Sistema Nacional de Participación

14 Se toma como referencia el documento de exposición de motivos del proyecto de ley, elaborado por Foro.

15 El proyecto recoge la gran mayoría de las propuestas formuladas en las Mesas de Participación de las trece ciudades. Es necesario señalar, sin embargo, que el Ministerio se ha reservado el derecho a modificar ese texto y presentar al Congreso el proyecto que, a su juicio, sea el más conveniente.

Ciudadana.

- Se crea el Sistema Nacional de Control Social y Cuidado de lo Público, que hará parte del Sistema Nacional de Participación. Se obliga, además, a las entidades públicas y a los entes privados que manejan proyectos públicos a brindar a la población toda la información necesaria para el ejercicio del control social. La Red Institucional de Apoyo a las Veedurías Ciudadanas y el Consejo Nacional de Apoyo a las Veedurías ciudadanas son convertidos en Red Institucional y Consejo nacional de Apoyo al Control Social y al cuidado de lo público.
- Se obliga a todas las autoridades públicas a rendir anualmente cuentas a la ciudadanía sobre su gestión.
- En relación con el referendo y la iniciativa popular legislativa y normativa, se propone eliminar el requisito, previsto en la ley 134 de 1994, de recoger firmas en dos momentos: para promover la iniciativa y para presentarla en la Corporación. En adelante sólo serían necesarias firmas para presentar el proyecto a la Corporación.
- Se modifican los plazos para la inscripción de iniciativas para la revocatoria del mandato. Podrán hacerse siempre que hayan pasado dieciocho (18) meses contados a partir del momento de posesión del respectivo alcalde o gobernador y no faltare menos de un año para la finalización del respectivo periodo constitucional.
- Se establece que en el proceso de verificación de apoyos ciudadanos, realizado por la organización electoral en el caso de los mecanismos de democracia directa, sólo se podrán adoptar técnicas de muestreo en los municipios de categoría especial y categoría 1.
- La Registraduría, una vez haya expedido la certificación sobre la verificación de los apoyos ciudadanos recolectados, deberá proceder a conservar digitalmente los formularios.
- Se establece que ninguna corporación pública podrá introducir modificaciones al proyecto de referendo, acto legislativo, ley, ordenanza, acuerdo o resolución local de iniciativa popular.
- Se suprime el número obligatorio de cabildos abiertos que deban ser realizados.
- En los mecanismos directos de participación ciudadana que según la Constitución y la Ley requieren de una determinada cantidad de votos para su validez no habrá opción de voto en blanco.
- Se establece que aplicarán a los mecanismos directos de participación ciudadana que requieren de votación popular, las reglas sobre publicidad, encuestas, escrutinios y reclamaciones vigentes en la normatividad electoral.
- Finalmente, la ley precisa una serie de condiciones propicias, garantías e incentivos para la participación ciudadana.

La consulta realizada en las trece ciudades generó una gran expectativa y permitió recoger una gran cantidad de propuestas que reflejan el interés de diferentes sectores de la ciudadanía organizada o no en el fortalecimiento de la participación ciudadana. Es lo que finalmente anhelamos la mayoría de los colombianos.

Bibliografía

- Foro Nacional por Colombia (2011), "Trayectorias de la participación ciudadana en Colombia", mimeo, Bogotá.
- Velásquez, Fabio y González, Esperanza (2003), ¿Qué ha pasado con la participación ciudadana en Colombia?, Bogotá: Fundación Corona.
- Velásquez, Fabio (coordinador), *Las otras caras del poder: territorio, conflicto y gestión pública en municipios colombianos*, Bogotá: Foro Nacional por Colombia y GTZ, 2009.

La sostenibilidad fiscal y la regla fiscal: un dúo perverso

Jorge Iván González*

Dos normas y un mismo propósito

Con una diferencia de apenas cuatro días, el Congreso aprobó el acto legislativo sobre la *sostenibilidad fiscal* (acto legislativo 3, julio 1 de 2011) y la ley sobre *regla fiscal* (ley 1473 de julio 5 del 2011).

Aparentemente, el cambio constitucional que introduce la sostenibilidad fiscal no es significativo. Por fortuna, el Congreso le quitó fuerza al proyecto inicial que fue presentado en julio del 2010 por los ministros saliente (Zuluaga) y entrante (Echeverry). En esta versión (Ministerio de Hacienda, 2010), la sostenibilidad fiscal era una especie de norma suprema del ordenamiento de la sociedad. Se constituía en un derecho fundamental, con el argumento falaz de que todos los ciudadanos tenemos derecho a la sostenibilidad fiscal. La afirmación de esta especie de metaderecho supone que la sostenibilidad fiscal es un bien supremo para el conjunto de la humanidad.

A medida que el proyecto del Gobierno se discutía en el Congreso la sostenibilidad fiscal iba perdiendo jerarquía: de derecho fundamental pasó a principio y, finalmente,

en la ley quedó como un marco¹. La versión final parece más una declaración de buenas intenciones. Y, en sí misma, no tiene mayores implicaciones. Tiene razón César González (2011) cuando dice que todo el alboroto alrededor de la sostenibilidad fiscal creó “mucho ruido” y rindió “pocas nueces”. En su opinión, no se justificaba un cambio constitucional para lograr tan poco. El resultado final terminó siendo muy modesto.

Este diagnóstico es correcto cuando se considera la sostenibilidad fiscal en sí misma, pero no lo es cuando se analiza la sostenibilidad fiscal en conjunto con la regla fiscal. La norma constitucional sobre sostenibilidad fiscal adquiere relevancia cuando se la mira desde la perspectiva de la regla fiscal. Por tanto, es necesario hacer un ejercicio exegético que relacione ambas normas para poder comprender sus verdaderos alcances.

En el acto legislativo no se define el significado preciso de la sostenibilidad

¹ El título del acto legislativo dice: “Por el cual se Establece el Principio de Sostenibilidad Fiscal”, pero en el contenido de la norma no se utiliza la noción de principio y siempre se hace referencia al “marco de la sostenibilidad fiscal”.

* Economista y Filósofo. Profesor de la Universidad Nacional de Colombia.

fiscal, así que puede tener interpretaciones muy diversas. Su verdadero contenido se concreta por fuera del acto legislativo, en la ley 1473 sobre *regla fiscal*. En la perspectiva del Gobierno la sostenibilidad sería el *marco* adecuado para la regla fiscal.

La convergencia entre la sostenibilidad fiscal y la regla fiscal facilita el propósito gubernamental de controlar el gasto bajo unos principios jerárquicos en los que ocupa el primer lugar el equilibrio financiero, tal y como lo interpretan el Fondo Monetario Internacional y las calificadoras de riesgo. En el Gobierno se ha dicho que las normas sobre sostenibilidad y regla fiscal ayudan a consolidar el grado de inversión que recientemente le otorgaron al país las calificadoras Moody, Standard and Poors y Fitch Ratings.

La intención que inspira la sostenibilidad y la regla fiscal es clara: la operación financiera del gobierno es sostenible si el gasto está respaldado por los ingresos. Formulado de esta manera general, el postulado puede aceptarse sin mayor dificultad. El problema radica en la forma como se busca el equilibrio entre los ingresos y los gastos. En Colombia la balanza se ha inclinado mucho más hacia el lado del gasto que de los ingresos.

Desde otra óptica, distinta a la del Gobierno y a la del Ministerio de Hacienda, podría afirmarse que la sostenibilidad fiscal depende más de los ingresos que de los gastos. Puesto que los últimos gobiernos han sido reacios a aumentar los impuestos, toda la fuerza de la reflexión se ha puesto en la reducción del gasto. El sesgo hacia el gasto ha sido perjudicial porque coloca en segundo plano la generación de recursos vía impuestos. En Colombia se ha despreciado la vía impositiva. Los ingresos tributarios del Gobierno Central apenas representan el 14% del PIB (en Chile el porcentaje es 22%, y en los países del norte de Europa más de 45%). Los niveles de tributación del país son muy bajos, así que la sostenibilidad fiscal podría mirarse desde la perspectiva de los ingresos más que por el lado del gasto. Pero la administración Santos, como los dos gobiernos de Uribe, han tomado la decisión

de no aumentar los impuestos. Tampoco pretenden hacerlos más progresivos.

En su concepción de la sostenibilidad fiscal el Gobierno parte de dos premisas. La primera es que las tarifas de los impuestos no aumentan. Y la segunda es que los gastos que tienen que ver con el pago de la deuda o con la defensa no se reducen. Esta aproximación tan restringida lleva a sacrificar la inversión y, muy probablemente, el gasto social.

La regla en el marco de la sostenibilidad fiscal

La opción por las *reglas* va en contravía de los enfoques keynesianos, que le dan más importancia a la *discreción*². Para los keynesianos es preferible la discreción a la regla porque la política económica conserva los instrumentos de gestión, y la política fiscal y monetaria se adaptan a las necesidades cambiantes de la sociedad. Friedman (1968) y sus seguidores piensan que la regla evita las ineficiencias generadas por los incentivos de corto plazo que tienen los políticos. En su opinión, la discreción deja el espacio abierto a la inadecuada injerencia de la política.

Colombia opta por la regla, no sólo con la ley 1473, que es una regla para el Gobierno Central. Antes se había definido una *regla fiscal territorial*: la ley 358 de 1997, o “ley de semáforos”, que establece un conjunto de medidas cuantitativas para restringir el endeudamiento de los gobiernos territoriales de acuerdo con su capacidad de pago.

El documento del Banco de la República, el Ministerio de Hacienda y el DNP (2010), explica las particularidades que debería tener la regla fiscal y es, de hecho, la exposición de motivos de la ley 1473. Aunque los elementos centrales de la versión del Banco de la República et al. fueron acogidos, vale la pena señalar algunas diferencias. i) En la versión del Banco et al., la regla fiscal estaba pensada únicamente para los excedentes petroleros.

2 Sobre el debate entre las reglas y la discreción, ver: Barro (1986), Barro y Gordon (1983), Kopits (2001), Kydland y Prescott (1977), Simon (1936), Taylor (1981), Tobin (1983). Y en Colombia, a favor de la regla, Lozano, Rincón, Sarmiento y Ramos (2008) y en contra, Otero (2010).

En la ley 1473 se incluyen todas las regalías, independientemente de la fuente. ii) En el documento del Banco et al. se propone una fórmula y unos métodos específicos para separar, en las variables pertinentes, las tendencias de los ciclos. La ley no precisa en los aspectos metodológicos y las definiciones propuestas no son precisas. El significado de las categorías no es claro. Hay términos muy problemáticos que pueden dar lugar a interpretaciones muy diversas. Menciono tres: el balance fiscal total, el ingreso total y el gasto total.

El *balance fiscal total*, dice la ley 1473 (art. 3) es “el resultado de la diferencia entre el ingreso total y el gasto total del Gobierno Nacional Central”.

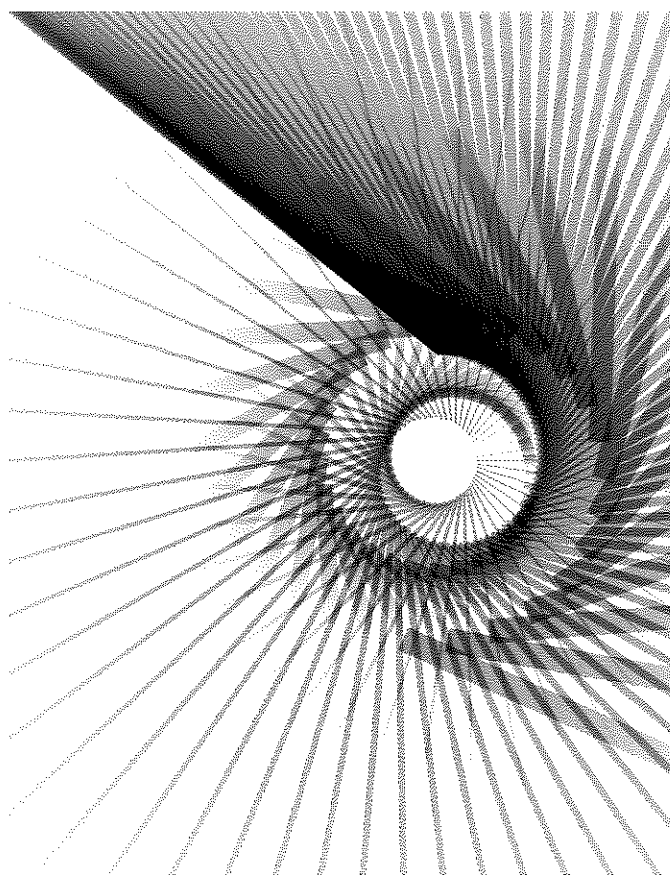
A su vez, el *ingreso total* es: “... la suma del ingreso estructural y los ingresos provenientes por efecto del ciclo económico, los efectos extraordinarios de la actividad minero-energética y otros efectos similares” (Ley 1473, art. 3).

Y el *gasto total* “corresponde a la suma del gasto estructural y del gasto contracíclico” (ley 1473, art. 3).

Estas definiciones no son transparentes porque la determinación del ciclo y de la tendencia es el resultado de ejercicios matemáticos y econométricos que están llenos de supuestos elegidos por quien los realiza. Cada cálculo depende de la forma como se escoge el dato, de las matemáticas utilizadas, y de la gimnasia econométrica preferida. En cada paso de la estimación hay un margen amplísimo para incluir los supuestos que el técnico considere convenientes³. Los resultados finales dependen de las preferencias del analista. En otras palabras, las conclusiones se derivan de los supuestos⁴.

3 En el texto del Banco de la República et al. (2010) se hacen estimaciones de las tendencias y de los ciclos partiendo de supuestos que siempre son discutibles.

4 En varios apartes de su libro, Samuelson (1947) muestra que el resultado final de la estimación depende de la forma como se construya la serie, de la matemática escogida (tiempo continuo o tiempo discreto, por ejemplo), y de las técnicas estadísticas seleccionadas. Y muestra, con lujo de detalles, que la *objetividad* no existe.



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/vectorportal/>

Los valores del ingreso total y del gasto total, tal y como los define la ley 1473, dependerán de la matemática utilizada y de las conjeturas del modelo econométrico. La norma deja un espacio muy amplio para el libre arbitrio de la subjetividad del equipo técnico, así que la determinación del ciclo dependerá de consideraciones tecnocráticas ad hoc.

Para ilustrar este punto, obsérvese que una regla como la de los semáforos que es relativamente clara no está exenta de problemas. La fórmula de la sostenibilidad financiera es la relación entre el saldo de la deuda (SD) y los ingresos corrientes (YC). Es decir, la relación SD/YC . Aunque este indicador es discutible, termina siendo mucho más claro que los ejercicios econométricos que es necesario realizar para separar el ciclo de la tendencia. No obstante la sencillez matemática de la fórmula de sostenibilidad financiera, siempre es posible hacerse preguntas como: ¿es el saldo de la deuda interna o externa?, ¿la deuda externa se mide en dólares o en pesos? ¿es la deuda bruta o neta?, etc. Los ingresos

corrientes (YC) también se pueden valor de formas distintas. En algunas estimaciones el Gobierno incluye las regalías como parte de los ingresos corrientes, en otras no. La divergencia de criterios es amplia. Si estas diferencias conceptuales se presentan con una fórmula tan clara como la de sostenibilidad financiera, las dudas se multiplicarán de manera exponencial cuando se discutan las metodologías para determinar los ciclos y las tendencias, en el proceso de definición de los *ingresos totales* y de los *gastos totales*.

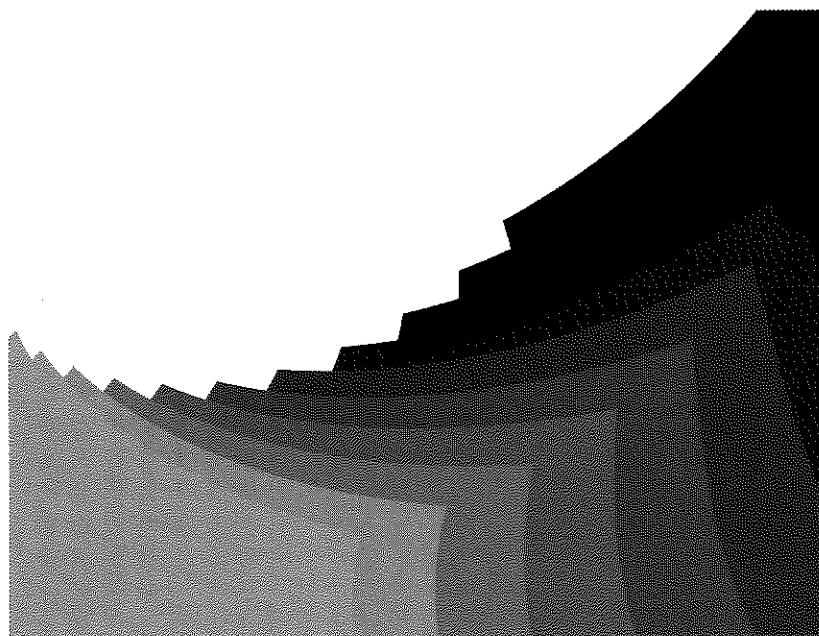
El artículo 14 de la ley 1473 crea el Comité Consultivo para la Regla Fiscal, que tiene una función asesora. Sus pronunciamientos no son vinculantes, así que el Ministerio de Hacienda siempre podrá estimar el ciclo y la tendencia como mejor le parezca.

Una vez que los valores salgan de los modelos del Ministerio de Hacienda, el artículo 4 de la ley 1473, llamado *coherencia* decide que:

“La regla fiscal se materializa a través del Marco Fiscal de Mediano Plazo. El Plan de Inversiones del Proyecto de Ley del Plan Nacional de Desarrollo, el Marco de Gasto de Mediano Plazo, el Plan Financiero, el Plan Operativo Anual de Inversiones y el Proyecto de Ley de Presupuesto General de la Nación, deben ser consistente con la regla fiscal, contenida en el Marco Fiscal de Mediano Plazo”.

Este párrafo declara la *dictadura de la regla fiscal*. Todo el ordenamiento del gasto y de la inversión está en función de los mandatos de una regla, que se define en un espacio tecnocrático con supuestos que siempre serán arbitrarios.

La regla fiscal es el triunfo del positivismo. Es el homenaje supremo a Comte, a Saint Simon y a la lógica del politécnico francés. Es el pináculo supremo de la ilusión positivista. Este culto al positivismo es grave, y ya lo criticó duramente Hayek (1952). Pero lo peor es que se someta la inversión, el gasto y, en general, el presupuesto público, a los frágiles resultados de los modelos que sustentan la regla fiscal. A partir de estas cifras se modula el gasto. De esta manera, la tecnocracia -supuestamente



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/vectorportal/>

neutra- impone sus condiciones. Como diría Hayek, es la victoria de Comte, es la absolutización del cálculo racional, es la gloria suprema de la escuela politécnica. Es el sometimiento de la *justicia comparativa* (Sen 2009) a la cifra mágica y todopoderosa de la regla fiscal. Es la inclinación sumisa de lo razonable frente a la dictadura del método positivo.

Y es en este contexto donde gana fuerza la disposición constitucional sobre la sostenibilidad fiscal. La regla fiscal se potencia gracias a las disposiciones legislativas sobre la sostenibilidad fiscal. Las implicaciones de la sostenibilidad fiscal adquieren su plena dimensión con una norma como la regla fiscal. En sí misma, la sostenibilidad fiscal parece inocua, pero en virtud del acto legislativo, la regla fiscal adquiere una relevancia sin precedentes.

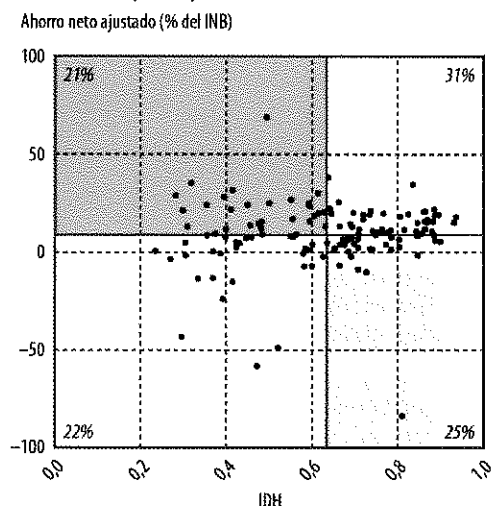
De todas maneras habrá tensiones, y el tránsito de la regla fiscal al presupuesto no será fácil. El acto legislativo se preocupó por limitar algunos alcances de la sostenibilidad fiscal. En la norma se advierte que la sostenibilidad fiscal no se puede utilizar para argumentar que no hay recursos para atender un derecho fundamental. Con este tipo de restricción se quiere evitar extremos a los cuales podría llevar alguna interpretación de la sostenibilidad fiscal. Pero estas precauciones pueden ser contrarrestadas

por la regla fiscal. El desvío por el lado de la regla fiscal sería nefasto para los derechos fundamentales.

La sostenibilidad fiscal y el desarrollo humano

La sostenibilidad fiscal puede interpretarse de manera diversa. No es cierto, como dicen Lozano, Rincón, Sarmiento y Ramos (2008, p. 312), que la “evidencia internacional” muestre “... que en los países desarrollados y emergentes la política fiscal discrecional contribuye significativamente a la volatilidad del producto y reduce el crecimiento económico”. McCloskey (1985) le diría a los colegas que este tipo de afirmación pone en evidencia la falsa pretensión de un conocimiento universal. La prepotencia de los autores no les permite entender que su apreciación apenas es un relato más. No es la prueba contundente de nada. Y como todo relato, está lleno de retórica. McCloskey insiste en que la retórica es inevitable porque es la única posibilidad de construcción del conocimiento en economía. Pero como todo saber se expresa de manera retórica, es necesario evitar las ínfulas de los saberes universales.

Relación entre el ahorro neto como porcentaje del Producto Nacional Bruto y el índice de desarrollo humano (IDH)



Fuente: PNUD (2010, p. 74)

En el último informe mundial de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Humano

(*La Verdadera Riqueza de las Naciones...*, Pnud 2010), se muestra que no hay correlación entre el ahorro neto, como porcentaje del Producto Nacional Bruto (PNB), y el índice de desarrollo humano (IDH)⁵. La relación entre el ahorro neto y el PNB podría ser un *proxy* de la sostenibilidad fiscal. La gráfica es muy dicente: no hay ninguna relación entre la sostenibilidad fiscal y el IDH.

Uno de los propósitos de la *regla fiscal* es mejorar el ahorro neto del conjunto de la economía, gracias al aumento de los excedentes públicos. Si la lógica de los defensores de la regla fiscal fuera correcta, la figura debería tener una pendiente positiva: a medida que mejora el ahorro neto, como porcentaje del PNB, tendría que crecer el IDH. En realidad no ocurre así. En la figura se observa que países con niveles elevados de ahorro no tienen altos índices de desarrollo humano. La ausencia de correlación es un indicio de que los énfasis en el ahorro y en ciertas medidas de sostenibilidad fiscal no se traducen en el mejoramiento de las condiciones de vida de la población. Si los resultados no son contundentes y los hechos desvirtúan las aseveraciones universalistas de Lozano et al., no se justifica darle tanta importancia a una noción específica de sostenibilidad fiscal.

Insisto en que estas reflexiones no desconocen que debe haber cierta armonía entre los ingresos y los gastos del Gobierno. Pero reitero que es fundamental prestarle atención a los ingresos. Gran parte de las dificultades que se presentan en Colombia tienen su origen en el bajo recaudo tributario. El énfasis en lo tributario replantea la lógica con la que el gobierno está concibiendo la sostenibilidad fiscal. Se trata de darle la vuelta y volver la vista hacia los ingresos. Este cambio de perspectiva tiene costos políticos más altos y, sobre todo, si se busca que los impuestos sean progresivos. En el Informe de Desarrollo Humano, Naciones Unidas sí encuentra una correlación clara entre la mejor distribución de los ingresos y los logros en el desarrollo humano.

⁵ El ejercicio se realiza para 135 países en un período de 40 años (1970-2010).

Las razones por las cuales la sostenibilidad no favorece el IDH pueden ser las siguientes: i) No hay una relación directa entre el ahorro, la inversión y el empleo. El mayor ahorro no se refleja necesariamente en los componentes del IDH. ii) El ahorro necesita un contexto que permita que los recursos se conviertan en actividad productiva. En el caso colombiano el ahorro financiero no se está utilizando en la inversión y en empleo.

En conclusión, es importante mejorar el recaudo –con criterios de equidad– con el fin de lograr el equilibrio entre ingresos y gastos. Este balance garantiza que haya disponibilidad de recursos para financiar el gasto. De todas formas, se requiere aumentar considerablemente el ingreso.

El dúo perverso

El dúo sostenibilidad fiscal y regla fiscal es perverso por las siguientes razones:

1. Le da un poder excesivo al método positivo, desconociendo que los supuestos que hace el técnico para estimar el ciclo corresponden a decisiones subjetivas, marcadas por principios normativos.
2. Establece una jerarquía que coloca en el punto más alto del orden social la cifra cuasi-mágica que resulta de los ejercicios lógico-matemáticos de la regla fiscal. Este número se convierte en una especie de dictador que condiciona el resto del orden presupuestal. Con este tipo de procedimiento, los procesos de elección colectiva son reemplazados por la sabiduría ad hoc del tecnócrata. Como diría Hayek, la regla fiscal es el sometimiento de la sociedad a la dictadura del politécnico de corte saint-simoniano.
3. El orden lexicográfico que comienza con la regla fiscal coloca en niveles secundarios otras necesidades de la sociedad. El consejo supremo que arbitra los logros macroeconómicos está conformado por Moody, Standard and Poors y Fitch Ratings. Los indicadores que cuentan para hacer las evaluaciones sobre el buen desempeño son los de las calificadoras

de riesgo, y no las mediciones que tienen que ver con las condiciones de vida de las personas, como la incidencia de la pobreza, la tasa de desempleo, el IDH, etc.

4. Se parte de una premisa falsa: si se aplica la regla fiscal la sociedad estará mejor. Este postulado simplista no se ha demostrado, ni se puede demostrar de manera categórica.
5. En la literatura especializada las opiniones sobre las bondades de la regla están divididas. Por tanto, no es cierta la siguiente afirmación de Lozano et al. (2008: 311-312).

“Como reconocen los especialistas, las reglas fiscales limitan el uso discrecional de los recursos públicos, dirigen la política fiscal de manera contracíclica y aumentan la credibilidad del manejo sano y sostenible de las finanzas públicas. Así contribuyen a reducir la volatilidad macroeconómica y al crecimiento sostenido y estable de la economía”

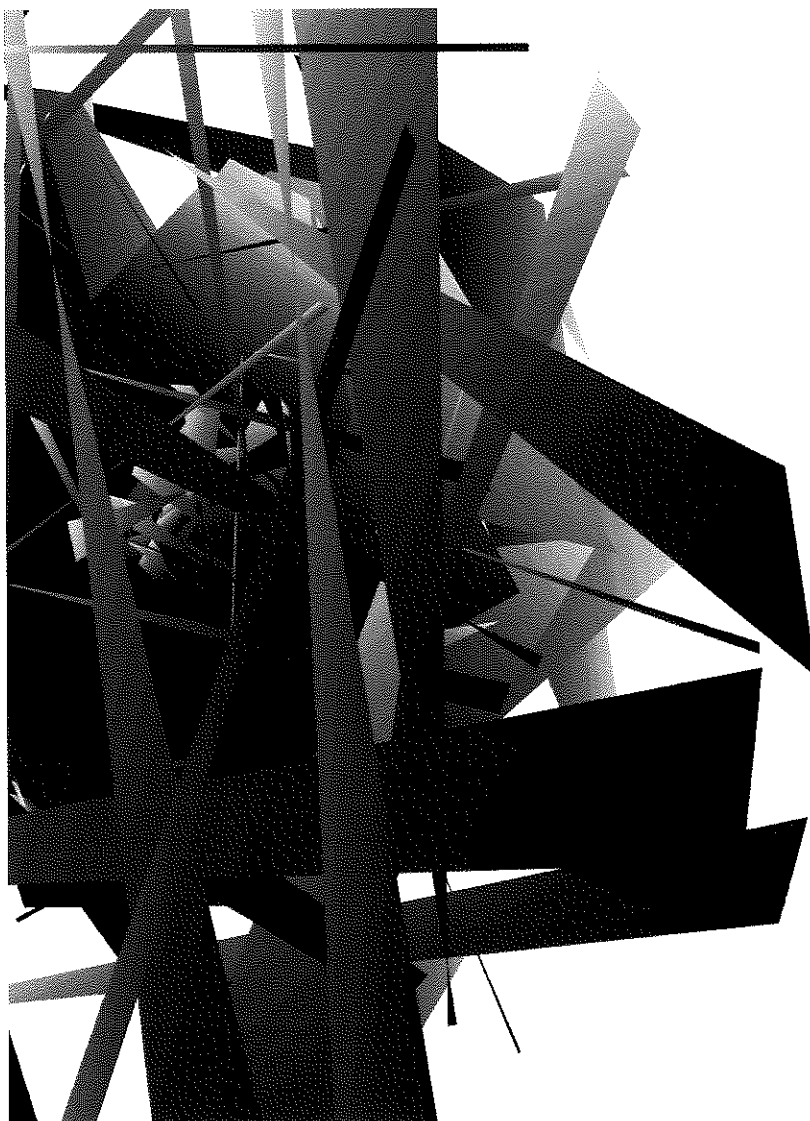
En lugar de frases tan categóricas, habría que reconocer, con humildad, que no todos los especialistas están de acuerdo. La regla fiscal es perversa, además de las razones que he mencionado, porque está fundada en este tipo de generalizaciones que se pretenden universales.

6. Los defensores de la regla fiscal siempre encontrarán en el acto legislativo sobre sostenibilidad fiscal un argumento constitucional para imponer su visión de la estabilidad macroeconómica y del bienestar social.

Referencias bibliográficas

- Banco de la República, Ministerio de Hacienda, Departamento Nacional de Planeación, (2010), *Regla Fiscal para Colombia*, Ministerio de Hacienda, Bogotá.
- Barro, Robert, (1986), “Recent Developments in the Theory of Rules versus Discretion”, in: *Economic Journal*, vol. 96, pp. 23-37.
- Barro, Robert, Gordon, David (1983), “Rules, Discretion, and Reputation in a Model of Monetary Policy”, *Journal of Monetary Economics*, vol. 12, pp. 101-121.

- Friedman, Milton (1968), "The Role of Monetary Policy", *American Economic Review*, vol. 58, no. 1, mar., pp. 1-17.
- González, César (2011), "Sostenibilidad Fiscal: Mucho Ruido y Pocas Nueces", in: *Razón Pública*, abr. 24.
- Hayek, Friedrich von (1952), *The Counter-Revolution of Science. Studies on the Abuse of Reason*, Liberty Fund, Indianapolis, 1979.
- Kopitz, George (2001), *Fiscal Rules: Useful Policy Framework or Unnecessary Ornament?*, IMF Working Paper, Washington.
- Kydland, Finn y Prescott, Edward (1977), "Rules Rather than Discretion. The Inconsistency of Optimal Plans", in: *Journal of Political Economy*, vol. 85, jun., pp. 473-491.
- Lozano Ignacio, Rincón Hernán, Sarmiento Miguel, Ramos Jorge (2008), "Regla Fiscal Cuantitativa para Consolidar y Blindar las Finanzas Públicas de Colombia", in: *Economía Institucional*, vol. 10, no. 19, pp. 311-352.
- McCloskey Deirdre (1985), *The Rhetoric of Economics*, University of Wisconsin Press, Madison, 1998, Kindle, Amazon.
- Ministerio de Hacienda (2010), *Proyecto de Ley "Por el cual se Establece el Derecho a la Sostenibilidad Fiscal para Alcanzar los Fines del Estado Social de Derecho"*, Ministerio de Hacienda, Bogotá.
- Modigliani, Franco (1964), "Some Empirical Tests of Monetary Management and of Rules versus Discretion", in: *Journal of Political Economy*, vol. 72, no. 3, jun., pp. 211-245.
- Otero Diego (2010), "Una Regla Fiscal para Colombia: Crítica", in: *Economía y Desarrollo*, vol. 9, no. 2, sep., pp. 123-134.
- Pnud., 2010. *La Verdadera Riqueza de las Naciones: Caminos al Desarrollo Humano. Informe sobre Desarrollo Humano 2010. Edición del Vigésimo Aniversario*, Pnud, New York.
- República de Colombia (2011), *Acto Legislativo 3, Julio 1. Por el cual se Establece el Principio de Sostenibilidad Fiscal*, Gobierno Nacional, Bogotá.
- República de Colombia (2011), *Ley 1473, Julio 5. Por Medio de la cual se Establece una Regla Fiscal y se Dictan otras Disposiciones*, Gobierno Nacional, Bogotá.
- Samuelson, Paul (1947), *Foundations of Economic Analysis*, Harvard University Press, Cambridge, 1983.
- Sen, Amartya (2009), *The Idea of Justice*, Harvard University Press, Cambridge.
- Simons, Henry (1936), "Rules versus Authorities in Monetary Policy", in: *Journal of Political Economy*, vol. 44, no. 1, feb., pp. 1-30.
- Taylor, John (1981), "Stabilization, Accommodation, and Monetary Rules", in: *American Economic Review*, vol. 71, no. 2, may, pp. 145-149.
- Tobin, James (1983), "Monetary Policy: Rules, Targets, and Shocks", in: *Journal of Money, Credit and Banking*, vol. 15, no. 2, pp. 506-518.



La economía de la Constitución Política y la política económica neoliberal: 20 años de contradicción

Martha Yaneth Sandoval Salazar*

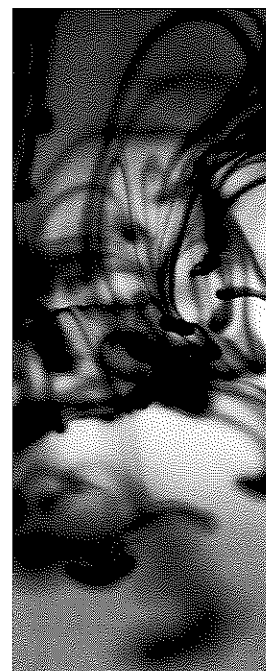
La Constitución Política de 1991 consagró a Colombia como un Estado Social de Derecho, cuyos conceptos y alcances, al ser asumidos en la carta magna, redefinieron las relaciones entre el Estado y la sociedad, establecieron un marco institucional que reconoce y da fuerza normativa a los derechos de primera, segunda y tercera generación y demarcaron, entre otras cosas, los derroteros que se deben seguir en el diseño e implementación de un modelo económico y de las políticas públicas que lo concretizan.

Producto de las relaciones de poder político y económico en el país, Colombia se ha caracterizado por la persistente tensión entre la economía del Estado social y democrático de derecho que atraviesa la Constitución Política, de un lado, y el modelo económico que se ha implementado en los últimos veinte años, de otro. Tensión que se origina con la materialización de un nuevo pacto social en la Constitución de 1991, en un contexto de crisis del Estado de bienestar y de entrada en vigencia del cuerpo dogmático del modelo neoliberal, que tuvo su expresión en Colombia con la implementación de la apertura económica en el gobierno de César

Gaviria y se ha profundizado a lo largo de los últimos veinte años.

Sin embargo, lo que este artículo pretende rescatar es la idea que esta tensión no se deriva únicamente de las contradicciones que supone el modelo económico neoliberal vs. políticas garantes de los derechos consagrados por Constitución, sino que descansa también en los principios económicos demarcados por la Constitución y el modelo económico puesto en marcha durante 20 años por los diferentes gobiernos desde Cesar Gaviria.

Si bien es cierto que la Carta Suprema no constitucionaliza un modelo económico en particular, sí se corresponde con un sistema de economía social de mercado, que no da cabida a la implementación de cualquier modelo y en todo caso, está lejos de los postulados del modelo Neoliberal. Dicho de otra forma, la fuerza normativa que la Constitución da a los derechos, al papel del estado en la economía, así como el conjunto de normas básicas que sobre lo económico contiene el articulado de la Constitución, imponen límites a las políticas económicas para que éstas respondan a los objetivos del Estado Social de Derecho, límites que al



* Economista. Especialista en Planificación y Administración del Desarrollo Regional. Coordinadora del área económica y social de la Corporación Viva la Ciudadanía.

Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/bigmikeyeah/>

ser sobrepasados deben contar con control constitucional sobre las decisiones económicas, como efectivamente ha ocurrido con las Sentencias de la Corte Constitucional.

Estado Social de Derecho y modelo económico: la concepción general

El Estado Social de Derecho nace en la Alemania de la posguerra, y se fundamenta en el reconocimiento ético a la igualdad de oportunidades, a los principios de dignidad humana, trabajo, a los derechos individuales y colectivos. La acción del Estado, tiene como eje fundamental preservar estos principios y garantizar los derechos de primera, segunda y tercera generación. “El *Estado social y democrático de derecho* debe ser entendido como un desarrollo histórico de la organización estatal que, manteniendo la esencia de derechos y garantías, civiles y políticas, del *Estado liberal de derecho*, supera su concepción clásica, dada por el liberalismo del siglo XIX y el modelo capitalista industrial. De la misma forma, este modelo estatal conserva la disposición protectora del Estado Bienestar-Interventor, desarrollado en el siglo XX, integrando los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), como parte de sus obligaciones fundamentales que se van a desarrollar; pero, bajo el principio de la responsabilidad, entendida ésta como la obligación del Estado frente a los derechos del ciudadano; y no, bajo el principio de la solidaridad, entendida como beneficencia, característica del *Estado Benefactor*”. (Bustamante, 2011: 2).

La garantía de los derechos en un Estado Social de Derecho parte por el reconocimiento jurídico del trabajo e ingresos dignos, vivienda digna, salud, educación, etc., por el diseño e implementación de políticas activas de protección social y redistributivas; le confiere un papel activo al Estado en la garantía de estos derechos, en el desarrollo y dirección de la actividad económica y en la defensa de la democracia.

En el marco del Estado social de derecho, el modelo económico debe propender por el crecimiento económico, baja inflación, bajos

niveles de desempleo, buenas condiciones laborales, educativas, de salud, pensionales, etc. A un modelo con estas características se le ha denominado “Economía Social de Mercado” (ESM), el cual tiene su origen en la Alemania de la post-guerra en correspondencia con la decisión política de asumir los valores éticos del Estado social de derecho.

La ESM reconoce el funcionamiento de la economía de mercado bajo los principios reguladores de control estatal de monopolios, políticas redistributivas de ingresos, reglamentación del trabajo con condiciones salariales dignas, derecho a la sindicalización, y manejo de costos externos.

En últimas, en una economía social de mercado las políticas económicas deben reconocer los derechos individuales y colectivos, la noción de propiedad privada con función social y la labor interventora del Estado en el orden económico. Tanto el mercado como el Estado tienen límites en sus niveles de intervención, lo cual ante una economía globalizada, supone nuevos retos y dimensiones de la acción estatal, “Esta nueva economía produce enormes cantidades de riqueza, pero de forma excluyente y sin ningún referente al interés público. Es por esto, que se necesita de un nuevo protagonismo del Estado, a través de los gobiernos nacional y locales; tanto, como promotores de desarrollo económico, como de reorientadores de dichos procesos y sus ganancias hacia un modelo integral de inclusión social, protección ambiental, defensa de identidades culturales y generación de oportunidades, que es precisamente el marco del desarrollo constitucional, que estipula el Estado social y democrático de derecho” (Bustamante, 2011: 3).

Desde allí, teóricamente por lo menos, la justicia social a que hace referencia el Estado social de derecho no está en contravía del mercado, o éste no tendría que ser contradictorio con la justicia social, siempre y cuando no sólo se diseñe sino que en lo fundamental se respete, la institucionalidad que garantice los objetivos del Estado social de derecho; para el caso colombiano, esta institucionalidad se concreta en la Constitución Política de 1991.



El problema en Colombia está justamente en que las políticas públicas implementadas a lo largo de estos veinte años van en contravía del Estado Social de derecho y del modelo económico que de allí se deriva. Además de la evolución de los indicadores sociales, que ubican a Colombia como el cuarto país del mundo con mayores índices de desigualdad, (Gini de 0,58) y el segundo de América Latina, la región más desigual del mundo; basta con hacer un seguimiento a los fallos de la Corte Constitucional que imponen límites a la acción del gobierno nacional y al Banco de la República en materia económica, las históricas sentencias de la Corte Constitucional en rechazo del empleo de los recursos fiscales para subsanar las pérdidas del sector financiero, la declaración de inexistencia del sistema hipotecario que expropió la vivienda de los colombianos, la impugnación de la práctica del Banco de la República de bajar la inflación a cambio de desempleo, las sentencias de salud, educación y de los derechos de la población en situación de desplazamiento, de cara a la consecución de un orden social más justo (Matallana, 2001: 5).

Las implicaciones del Estado Social de Derecho en el diseño de políticas económicas: la Constitución de 1991

Según reza la Constitución Política: "Colombia es un Estado social de derecho,

organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

Aceptando que Colombia no constitucionaliza un modelo económico en particular, sino que admite diversas políticas económicas¹, la Carta Política no es neutra frente al tema, y no podría serlo, pues aceptar que Colombia es un Estado social de derecho ya establece límites normativos a la política económica, su articulado prefigura –no restringe o condiciona– un modelo económico más cercano de la economía social de mercado que en todo caso no se corresponde con los principios del modelo neoliberal característico de nuestro país.

Para algunos analistas aparentemente es una contradicción interna en el articulado de la Constitución política de Colombia establecer la economía de mercado, la libre competencia económica (art. 333), el derecho a la propiedad privada (art. 58), la libertad de empresa, la estabilidad de la moneda (art. 372) simultáneamente con la intervención del Estado en los asuntos económicos (art. 334), la función social de la propiedad y la subordinación de la propiedad al interés general (art 58), la garantía de los derechos (título II) y el cumplimiento

¹ "... Es pues indudable que ciertas opciones económicas son inconstitucionales. Sin embargo, esto no significa que la Constitución excluya la posibilidad de que existan múltiples alternativas de desarrollo, pero todas dentro de los marcos que fijan los derechos sociales. La constitución de un Estado social, fundado en los derechos sociales debe entonces ser "abierta" pero no es "neutra", sin que eso acabe el pluralismo y socave la legitimidad del ordenamiento jurídico ya que, como dice la doctrina española, "una constitución abierta no es lo mismo que una Constitución vacía y desprovista de fuerza jurídica", pues si tuviera tal carácter, dejaría de ser una constitución. En ese mismo sentido, desde sus primeras sentencias, la Corte Constitucional señaló que si bien las mayorías pueden optar por muy diversas políticas económicas, la Constitución de 1991 no es "un texto neutro que permita la aplicación de cualquier modelo económico, pues las instancias de decisión política deben de una parte respetar los límites impuestos por el conjunto de derechos, y de otra operar conforme a los valores y principios rectores que la Carta consagra, así como procurar la plena realización de los derechos fundamentales". (Uprimny, 2007: 30).

de los fines esenciales del Estado de servir a la comunidad y promover la prosperidad (título I). Más que una contradicción, no es otra cosa que reconocer que si bien el Estado Social de Derecho se fundamenta en los principios de libertad, las libertades que supone la economía de mercado, encuentran un límite que es precisamente la garantía de los derechos fundamentales y el respeto de los principios constitucionales.

Esto exige la intervención del Estado y la necesidad de establecer límites normativos a la estructura y funcionamiento de la economía que permitan control constitucional a las decisiones económicas, de tal manera que éstas sean examinadas a la luz de los avances que se presenten en las condiciones de vida de las personas. En otras palabras, la economía de la Constitución Política no contrapone *per se* la libre competencia propia de la economía de mercado, con la protección de los derechos de los trabajadores, el derecho a la salud, a la educación, al medio ambiente y el bienestar colectivo en condiciones de vida digna, pero sí exige la garantía real y efectiva de los derechos sociales.

En virtud de lo anterior, **algunos** de los límites a la política económica que vienen dados desde la Constitución y que desarrollan los principios del Estado social de derecho descansan en:

- El respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas y en la prevalencia del interés general. (art 1)
- La fuerza normativa de los derechos: Título II de la CP
- La libre competencia: el art. 333 establece que la libre competencia es un derecho de todos y es obligación del Estado impedir que se restrinja la libertad económica y evitar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.
- Del derecho a la propiedad: privada (art 58), de la tierra por parte de los trabajadores agrarios (art.64)
- La intervención del Estado en la dirección de la Economía, como

agente de estímulo a la creación de empleo y garante del derecho al trabajo; promotor de la productividad, la competitividad y el desarrollo; como garante que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos (art 334, art 25, art. 53)

- El propósito redistributivo de la hacienda pública, de que trata el artículo 363 sobre Equidad y progresividad tributaria.
- El gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación. Art 350.

Veinte años de contradicción

A la luz de los argumentos esbozados, y sin pretender realizar un análisis histórico detallado de las políticas económicas de los dos últimos lustros –lo cual desbordaría el alcance de este documento– a continuación se presentan los argumentos que sustentan que las políticas económicas implementadas desde la década de los 90 con la apertura económica del gobierno y profundizadas en los gobiernos que le sucedieron hasta hoy, van en contravía de la economía que el constituyente primario demarcó en la Constitución de 1991 y han justificado, entre otras cosas, la intervención de la Corte Constitucional en la vida económica del país.

Lo cierto es que la Colombia de la Carta Política imaginaba una sociedad más justa, equitativa y garante de los derechos, la Colombia de hoy evidencia que 20 millones de colombianos son pobres, que la informalidad laboral alcanza tasas del 61%, que la cobertura de la educación superior es del 35,3%², que el 50% del PIB se queda en el 10% más rico de la población y en 800 municipios del país el nivel de pobreza es superior al 65%. A esta radiografía nacional han contribuido las políticas económicas de corte marcadamente neoliberal:

1. La flexibilización laboral producto de la Ley 50 de 1990, que entre otras cosas,

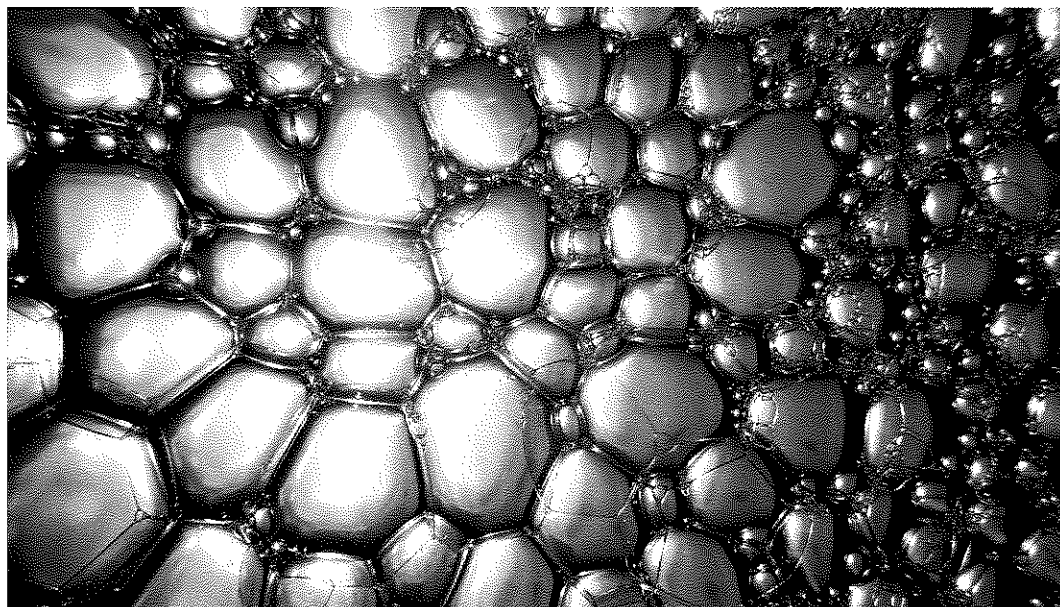
² Plan Nacional de desarrollo 2010-2014. Prosperidad para Todos. Departamento Nacional de Planeación, Bogotá, Abril de 2011.

propició el funcionamiento de las agencias de empleo temporal, la contratación a término fijo menor a un año, la eliminación de la retroactividad de las cesantías y la eliminación de las horas extras por trabajo nocturno y festivo. Su implementación ha derivado en mayores tasas de informalidad, precarización laboral y disminución de los ingresos salariales.

2. Con la Reforma a la Salud y a la Seguridad Social, Ley 100 de 1993, se orientó la prestación de servicios de salud por medio de una red de entidades públicas y privadas, regidas por criterios de rentabilidad y eficiencia económica, con lo cual no prevaleció el criterio de protección de los derechos a la salud y a la pensión enunciados por la Constitución Política, sino que se promovió la privatización de los servicios de salud y estableció las reglas para que los intermediarios, puedan extraer sus ganancias sin asumir riesgos financieros mientras que la ciudadanía ve vulnerado su derecho teniendo que acudir a la Acción de Tutela como medio legal para alcanzar el acceso real a la salud. Según la defensoría del Pueblo, la salud es el segundo derecho más tutelado. Con el objetivo de enfrentar los problemas de inequidad, regulación y barreras de acceso que limitan el goce efectivo del derecho a la salud, La Sentencia T-760, proferida por la Corte Constitucional en 2008, establece una agenda de compromisos

al Estado y a los diferentes agentes del sector, la cual no se ha cumplido por el gobierno nacional y los actores del sistema.

3. Sistema tributario regresivo. La Ley 49 de 1990, que principalmente aumentó el impuesto del valor agregado -IVA- del 10 al 12% gravando a toda la población colombiana por igual, sin tener en cuenta su condición socioeconómica, se redujeron los impuestos progresivos, el pago de la sobretasa a las importaciones, del 13% al 10%, el impuesto a la renta, del 20 al 12% y del valor de los aranceles. A partir de allí se han realizado once reformas tributarias (Clavijo, 2005), en las cuales el IVA ha fluctuado del 12%, 14% hasta ubicarse en el 16%, y la tarifa del impuesto de renta oscilando entre el 30 y el 38,5%. De igual forma, han aprobado exenciones al impuesto a la renta a los grandes capitales, a las cuales se han sumado las deducciones del impuesto de renta a la inversión en activos fijos productivos y la política de zonas francas que en 2007 las convirtió en zonas de libre comercio, en las que se importan bienes de capital libres de impuestos y acceder a un impuesto de renta corporativo reducido al 15%. Colombia es considerada como el país que otorga mayor número de exenciones en América Latina. (Macías, 2006); esto sin contar que las regalías que pagan en Colombia por la explotación



minera son muy bajas, aunado a los subsidios, deducciones y exenciones con que la actividad cuenta.

Reiterando lo expuesto al inicio de este documento, teóricamente la justicia social a que hace referencia el Estado social de derecho no está en contravía del mercado, o éste no tendría que ser contradictorio con la justicia social, siempre y cuando no sólo se diseñen sino que en lo fundamental se respeten los arreglos institucionales que garanticen los objetivos del Estado social de derecho que en Colombia, se concreta en la Constitución Política de 1991. Otra cosa ha sido la interpretación laxa y conveniente a los propósitos del modelo neoliberal, que desde 1990 los hacedores de políticas públicas, los gobernantes, los congresistas y el poder económico han hecho convirtiendo la Carta Política en este somero recorrido por las diferentes políticas económicas, diseñadas por el ejecutivo y aprobadas por el Congreso, sin un real control político y con una demostrada injerencia de los grupos económicos y financieros.

Recientemente, el paquete fiscal presentado por el gobierno nacional, relacionado con los proyectos de sostenibilidad fiscal, regla fiscal y la reforma a las regalías, que han suscitado diversas reacciones -ampliamente documentadas- más en contra que a favor, recogen las recomendaciones del empresariado colombiano, de la Banca Mundial, del Banco de la República y de una parte de economistas que ven en la garantía de los derechos sociales, el origen político del déficit fiscal.³

Estas relaciones de poder político y económico en el país han determinado durante dos décadas la orientación del Estado y la economía en pro de la profundización de modelo neoliberal en detrimento de la economía del Estado social y democrático de derecho que atraviesa la Constitución Política, por lo cual la Corte

³ Ver "Prosperidad: Agenda empresarial 2010- 2014", del Consejo Gremial Nacional, "Colombia 2006-2010: una ventana de Oportunidad" del Banco Mundial y "Colombia 2010-2014: propuestas de política pública" de Fedesarrollo y "Regla fiscal para Colombia". Comité técnico interinstitucional.



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/bigmikeyeah/>

Colombiana ha tenido que intervenir en los temas económicos del país, incluso sobre las acciones del Banco de la República.

Bibliografía

- Bustamante, Gabriel (2011), "El estado social y democrático de derecho", Bogotá (Inédito).
- Clavijo, Sergio (2005) *Tributación, equidad y eficiencia en Colombia: Guía para Salir de un Sistema Tributario Amalgamado*, Bogotá.
- Macías Cardona, Hugo Andrés (2006), Recaudar más con menor alícuota de IVA: Colombia en el contexto latinoamericano. Universidad de Medellín.
- Matallana Hernando (2001), "Economía de mercado y Estado social de derecho". En: *Revista de Economía Colombiana y Coyuntura Política*. N 282.
- Uprimny, Rodrigo (2007), "Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía. En: Burgos, Germán (editor) *Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*. Consultado en <http://ilsa.org.co:81/biblioteca>.
- Varios Autores. *Economía social de mercado y tratados de libre comercio en Colombia*. Fundación Social y Fundación Konrad Adenauer, 2004

La salud luego de la Constitución de 1991: ¿La necesidad de un nuevo pacto social?

Hernando Nieto Enciso*

Un poco de historia para comprender el presente y el futuro de la salud en Colombia

No sería conveniente realizar un análisis de los avances y dificultades para materializar lo pactado en la Constitución Política de 1991, sin antes revisar, aunque sea someramente, el panorama previo frente a la garantía del derecho a la salud en Colombia.

De un modelo de beneficencia y caridad propuesto desde el siglo XVIII y preponderante hasta mediados del siglo XX, en el que la salud se dispensaba por parte del Estado y particulares como ejercicio de solidaridad hacia los pobres, como tradición filantrópica de laicos o eclesiásticos, y como compromiso del hospital para con el enfermo desprovisto de fondos que llevaba finalmente a que el sector público se descargara de sus responsabilidades (Abel, 1996), se pasa hacia mediados del siglo XX a un modelo mixto de seguridad social en salud en el que se concreta un primer derecho para un porcentaje mínimo de colombianos que tenía posibilidades de acceder al trabajo formal, mientras quedaba el rezago de la beneficencia discrecional por parte del Estado al resto de la población.

Efectivamente, desde finales de los 40's y principios de la década del 50 se concretó el nuevo modelo, primero con la estructuración del Instituto de Seguros Sociales - ICSS y luego con el desarrollo de más de 1000 Cajas de Previsión Social (Mesa-Lago, 1992), que vendría a consolidar un esquema de "privilegios segmentados", resultante de la capacidad de presión de los trabajadores y sindicatos, con lo cual el Sistema reproducía un modelo de clases y una serie de inequidades de acceso a los servicios de salud.

Para entonces el sector de la salud se configuraba como sector privado, de la seguridad social y público propiamente dicho, aunque no se lograba armonizar como un verdadero sistema. Aunque ya desde 1962 y especialmente durante el gobierno de Lleras Restrepo se hizo de la planeación un instrumento institucional para la formulación de las políticas estatales, sólo al comenzar el último gobierno del Frente Nacional, el de Misael Pastrana Borrero (1970-1974), se contrató un estudio de "Rediseño del Sistema Nacional de Salud" con el fin de dotar de instrumentos normativos y técnicos al nuevo concepto de sistema (OPS, 2002), en el interés de lograr una mayor gobernabilidad del sector.



* Médico, especialista en gerencia de la salud pública. Magister en Estudios Políticos. Docente universitario y consultor en gestión y políticas de salud.

Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/8011986@N02/>

El nuevo Sistema Nacional de Salud, implementado en 1975 y vigente hasta 1993, fue un buen intento de integración sectorial y aumentó de manera evidente la infraestructura hospitalaria en el país, aunque en la práctica tenía problemas estructurales para garantizar el derecho pleno al goce efectivo a la salud. Por un lado y sin desconocer los importantes avances en indicadores de salud en dicho período, también cabe anotar que la estrategia de Atención Primaria en Salud incorporada mantenía una lógica de focalización del gasto social.

En segundo lugar, se mantuvo un diseño perverso de asignación de recursos (aún prevalente en el Estado) basado en esquemas centralizados de presupuestación histórica y evaluación del gasto por ejecución presupuestal, maleable a la capacidad de lobby de las fuerzas políticas regionales, donde no siempre mayores recursos significaban mejores resultados en salud, los que finalmente se reflejaban, bien en subsidios o “auxilios”, bien en cuotas burocráticas en el sector.

Ya desde el gobierno de López Michelsen y hasta inicios de los 90's se presentarían en el sector de la salud los famosos “septiem-bres negros”, mes en el que se agotaban los presupuestos de los hospitales, estos entraban en cese de actividades, no siendo infrecuente ver cómo médicos y enfermeras se veían en la necesidad de solicitar a familiares de los pacientes que compraran los medicamentos e insumos hospitalarios “en la farmacia de la esquina”, de modo tal que en muchos casos los hospitales terminaban asumiendo sólo la hotelería y el personal médico. De esta manera en el Sistema Nacional de Salud, los hospitales públicos, contadas excepciones, se concebían siempre como “hospitales de caridad”.

Las ansiedades legítimas incumplidas y los clamores de justicia no escuchados llevarían a que a lo largo de la década de los 80's se evidenciara una crisis del régimen político que se manifestaría en una serie de tensiones, evidenciables en el debilitamiento de la gobernabilidad, la pérdida de la capacidad del Estado central, una mayor concentración de la riqueza, la pobreza creciente y múltiples movilizaciones populares de protesta.

En este contexto, con la implementación de un modelo autoritario se dio el exterminio de nuevas fuerzas políticas, el ascenso de los movimientos insurgentes y el incremento del poder económico y político del narcotráfico.

Como una respuesta política a la crisis de legitimidad que se venía incubando, que se veía de una manera muy peligrosa y desestabilizante para el statu quo, se plantea desde inicio de los 80 el modelo descentralizador (Agudelo 2007). Este modelo se materializaría en 1986 con la primera elección popular de alcaldes, y desde 1990 con la expedición de la Ley 10 encontraría asidero jurídico en el sector salud. Entre tanto, y como resultado de una descentralización política pero no administrativa, la salud a nivel local evidenciaba un franco y progresivo deterioro.

En general este modelo aunque bastante esperanzador, en la medida en que fomentaba el poder local, resultó traumático en la práctica; solo hasta el año 1993 con la expedición de la Ley 60 se avizoraría una cierto “equilibrio” y claridad entre las competencias y recursos asignados.

Texto y contexto de la reforma constitucional en materia de salud

Desde finales de los ochenta la banca multilateral impulsó a nivel mundial las críticas y la búsqueda de evidencias sobre la base de ineficiencias e inequidades del Estado de Bienestar (Fernández, 2003). Fruto de este debate y con base en los estudios realizados por el Banco Mundial entre 1985 y 1987 surgió una “agenda” para una reforma del financiamiento de los servicios de salud (Banco Mundial, 1987), que resulta importante entender porque allí se incorpora la teoría neoclásica sobre bienes públicos y privados, postulando que los servicios asistenciales o curativos deberían ser sufragados por los individuos mientras que el Estado solo deberían responder por altas externalidades en salud y excepcionalmente la atención médica a población pobre mediante esquemas de subsidios. Se deslegitima así la salud como bien público y se supedita el derecho a la capacidad de pago de las personas.

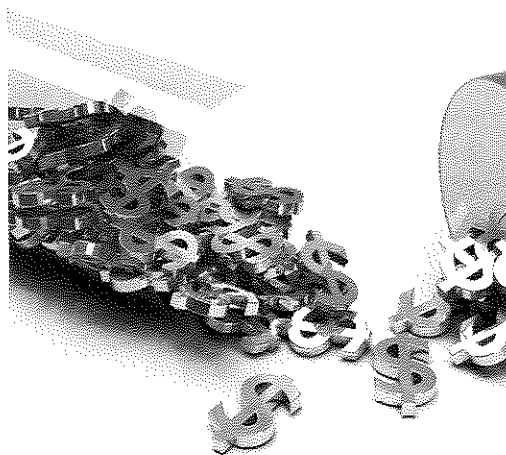
De este modo, el ambiente en el que se dio la reforma constitucional se vio enfrasado en una puja entre actores que defendían y proponían concepciones socialdemócratas con otro buen número, más afín a la visión neoliberal. Finalmente, dado el “empate técnico” en la correlación de fuerzas, vino a materializarse lo que Mario Hernández ha llamado un “Pacto bifronte” o lo que los colombianos describen de modo pintoresco como “...entre sumercé y mi señora...”

Aunque tal situación habría de dar margen durante el desarrollo normativo maniobra a ambas ideologías, en la práctica vendría a mantener una tensión permanente frente al concepto de derecho y del modelo de salud a desarrollar en nuestro país y finalmente se impondrían en tales las fuerzas neoliberales.

En la nueva Constitución se definió la Salud y la Seguridad Social como servicios públicos a cargo del Estado, en los que los privados podían participar, abriendo así paso al modelo de mercado.

Craso error fue no dejar explícito en la nueva Constitución la salud como un derecho fundamental (solo en su artículo 50 y para menores de un año). Por demás, la nueva Constitución tácitamente deja traslucir el concepto de derecho a la salud como el acceso a los servicios de salud o mejor de atención médica, no logrando incorporar conceptualizaciones más integrales fundamentadas en la teoría de los determinantes sociales de la salud o la dignidad humana.

En efecto, promulgar el derecho a la vida no fue suficiente para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud. Por el contrario, ha dejado un boquete amplio para múltiples interpretaciones, facilitando la violación sistemática del derecho, el cual ha tenido que ser resarcido a lo largo del tiempo a partir de la jurisprudencia emanada por la Honorable Corte Constitucional o mediante el uso repetido de la acción de tutela por parte de los ciudadanos. Esta omisión en la Carta Fundamental ha implicado un alto costo social, en vidas humanas y en general en el desarrollo de las potencialidades de la sociedad colombiana.



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/8011986@No2/>

Así, tanto el ejecutivo como el legislador aprovecharon el margen de maniobra que dejó la Constitución para acoger fielmente las propuestas de corte neoliberal que el Banco Mundial propuso en su Informe Anual de 1993, para ser aplicadas por los países “en vía de desarrollo”, cristalizando éstas en la Ley 100 de 1993.

Se dio entonces paso a una serie de ajustes estructurales en el sector salud entre los que resaltan: la implantación de un modelo de aseguramiento, la legitimación del modelo de mercado y la creación de estímulos para que los actores privados asumieran la administración, organización y prestación directa de servicios de salud, - preservando la dirección y supervisión de este servicio público por parte de un Estado debilitado y mínimo, esquemas de contrato regulados de paquetes de servicios de salud y reglas diferenciales en función de la capacidad de pago o condición laboral de las personas (Plan Obligatorio de Salud Contributivo para los afiliados con empleo formal o capacidad de pago y Plan Obligatorio de Salud Subsidiado para las personas sin capacidad de pago) o una tercera alternativa que resultaría de la disponibilidad de presupuesto público residual para la población que no cumpliera con los requisitos para ser “beneficiario de subsidios del Estado”,

caso en el cual inicialmente se llamaron “Vinculados al Sistema” y posteriormente “Población Pobre no Asegurada”.

De tal modo, en la práctica la materialización de los derechos en salud mantiene un esquema clasista donde hay ciudadanos de primera, de segunda y de tercera categoría, en tanto se mantienen “régimenes excepcionales” como legado histórico de luchas sindicales o privilegios “intocables” y planes diferenciales de servicios en función de la disponibilidad presupuestal que llevan a que el modelo de salud se equipare en la práctica al modelo de aseguramiento.

Por otro lado, merced a las reformas constitucionales normadas en el Actos Legislativos de 2001 y 2037, las transferencias territoriales como porcentaje de los Ingresos Corrientes de la Nación se han venido reduciendo sensiblemente progresivamente, con lo cual se ha venido siendo subyugando el poder local a un conjunto de prácticas clientelares. Así, el efecto neto de las reformas constitucionales fue retornar los recursos de salud para la población pobre al nivel de lo que hubiera simplemente progresado el Situado Fiscal existente con anterioridad a la reforma constitucional.

En conclusión, y como bien lo ha dicho Eduardo Sarmiento, “...El balance es claro. Las privatizaciones, la Ley 100, el Banco de la República y la austeridad fiscal redujeron el Estado Social de Derecho a un asistencialismo de baja calidad en salud y educación. El modelo del Consenso de Washington no sólo indujo una estructura productiva que redujo el crecimiento, bajó la participación del trabajo en el producto nacional y disparó las ganancias empresariales, sino que neutralizó la prioridad social de la Constitución. En los 20 años que siguieron a la expedición de la Carta la pobreza se mantuvo cerca de 50%, el desempleo y la informalidad aumentaron y la distribución del ingreso pasó a ser una de las más desiguales del mundo”¹

¿Fábula de lo que vino después de la Ley 100? Una lectura emancipadora

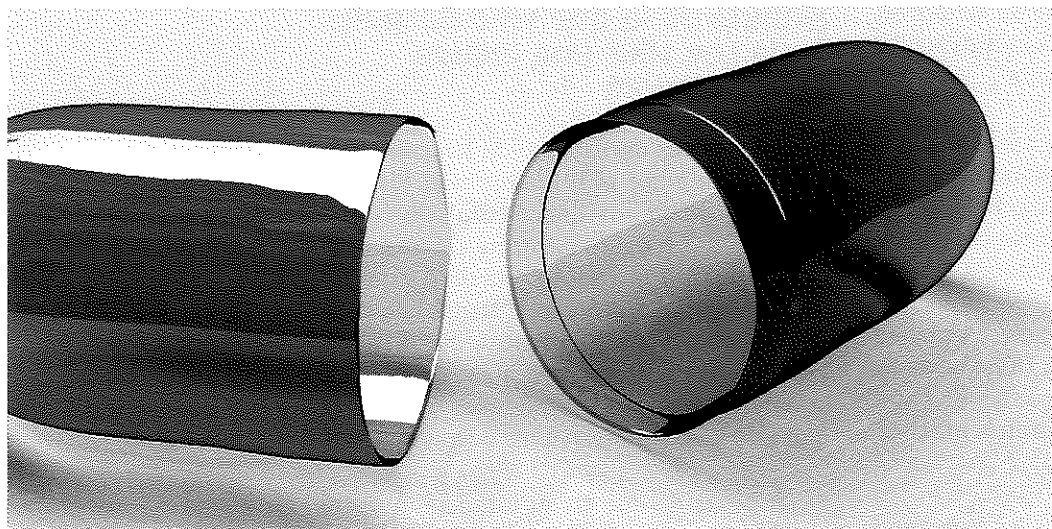
Podríamos afirmar que la historia de la Ley 100 de 1993 o de Reforma al Sistema General de Seguridad Social en Salud Colombiano ha sido como el de una niña recién nacida que todos esperaban y que en los primeros años de vida es “la más bonita de la casa”. Consentida y presentada con todas sus cualidades, los padres no se dan cuenta que tiene algunas enfermedades congénitas que solo se expresarán años después.

A pesar de que en su infancia muestra algunos signos y síntomas que indican que no se está desarrollando bien, los padres minimizan estos y los consideran “parte del crecimiento”. Siendo la niña de sus ojos, cualquier tipo de crítica es mal recibida. Por el contrario, los padres neoliberales tratan de llevarla a otros países y mostrar cómo con el tiempo se puede convertir en una reina de belleza o por lo menos en excelente modelo.

Aunque formada con buenos principios como la solidaridad y la equidad, no se advierte que, a medida que va creciendo, la niña es progresivamente tentada, acaparada y utilizada por los dueños del capital y por las fuerzas del mercado que ven en la preadolescente una buena fuente de recursos, y suponen que debe dejarles ganancias por administrar sus bienes. En no pocos casos, ya más jovencita, sin advertirlo, se ve acosada por la corrupción, el clientelismo y actores armados al margen de la ley, que van poco a poco aprovechándose de su castidad y quitándole poco a poco los recursos que sus padres le han asignado.

Los padres siempre buscan consejo en médicos de organismos multinacionales y siguen fielmente sus recetas. Estos aconsejan que los bienes de la familia sean puestos bajo el cuidado de administradores privados porque consideran que los administradores públicos no son muy eficientes. Es más, recomiendan intentar no llevarla mucho a Hospitales Públicos, pues estos están en permanente crisis gracias a las deudas y cuentas que glosan o demoran en pagar los administradores privados.

¹ Sarmiento, Eduardo. El Balance Social de la Constitución. Diario El Espectador. 26 de junio de 2011.



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/8011986@N02/>

A lo largo de su adolescencia, la joven evidencia frecuentes quebrantos de salud y se cree que sus problemas pueden resolverse con algunos tratamientos sugeridos por congresistas amigos de la familia. Pero estos no tienen mayores efectos y la salud de la joven sigue deteriorándose.

A lo largo del tiempo los padres hacen caso omiso de las muchas necesidades que la niña demanda y que no han sido satisfechas durante su crecimiento. A pesar de que la joven reclama recursos suficientes para poder atender los compromisos propios de la edad, los padres tienden a reducirle la mesada y al contrario estos atienden el consejo de los administradores privados de la familia que dicen que es necesario hacer estudios de costo efectividad para poder incluir todos los medicamentos y tratamientos que la paciente viene demandando.

Como la joven se ve poco a poco con menos fuerzas y más enferma, pero cada vez que va a consulta le dicen que su tratamiento no se lo cubren los administradores de sus bienes, algunos abogados le sugieren recurrir a la tutela. El Estado protege a la joven y en muchos casos asume el costo de los medicamentos y tratamientos que le correspondía cubrir a los administradores privados.

En diciembre de 2009, al cumplir la joven casi 18 años, sufre un grave quebranto de salud, requiriendo cuidados intensivos y el abuelo declara ante la familia que se vive

una emergencia social. Como no se cuenta con mucha plata, se propone una reforma tributaria a la familia ampliada, a todos los amigos se les exige poner recursos para el tratamiento e incluso se le exige a los médicos que no prescriban tratamientos muy costosos so pena de ser demandarlos posteriormente.

Entre tanto, el Estado ha observado que esta familia no cumple a cabalidad con los deberes de la Constitución Nacional. La Corte Constitucional en el año 2008 pone en evidencia todas las violaciones y riesgos que se han generado para la vida de la joven; en julio de dicho año emite una serie de órdenes mediante la sentencia T-760 para garantizar que se cumpla con el pacto hecho en 1991 para salvaguardar la vida y la salud de todos los miembros de la gran sociedad.

Entre 2008 y 2011 los administradores privados han dado en hacer pactos con tíos, primos y otros familiares para construir canchas de golf, financiar equipos de fútbol, poner a sus empleados sueldos onerosos o derivar a otros destinos los recursos destinados para la atención médica de la joven. Además, se ve que los administradores dilatan las deudas derivadas de sus obligaciones con lo cual a los hospitales y clínicas no les es fácil atender debidamente a la joven. Más preocupante resulta que los medicamentos brindados por los administradores a la joven y supuestamente con cargo al Estado recobran hasta 50 veces el valor de compra de los mismos. El Estado

descubre esto y se rasga las vestiduras. Inicia investigaciones “exhaustivas” llevando a la cárcel a unos cuantos culpables, pero no a los autores intelectuales.

En 2011 la Corte Constitucional convoca a una audiencia de rendición de cuentas, llama a los representantes legales de la joven, que ya se ve moribunda. También convoca a esta audiencia a expertos de universidades y a representantes de la sociedad civil. Todos, menos los padres, consideran que la joven sufre una enfermedad congénita y que le queda muy poco tiempo de vida. Recomiendan hacer una consulta pre-concepcional para encargar otra hija.

Ruta para materializar el derecho a la salud en Colombia

A pesar de lo expuesto, el panorama no debe ser ni tan desolador ni tan apocalíptico. Debemos ser conscientes de que los colombianos tenemos derecho a una segunda oportunidad. Si conocemos la enfermedad, podemos buscar el tratamiento. En este caso es claro que es necesaria y posible una nueva política de salud en Colombia. La Corte Constitucional como garante de los derechos fundamentales es actora principal en este proceso, pero la sociedad civil toda debe ser partícipe del mismo.

Ya desde la promulgación de la Sentencia T-760 de 2008 por parte de la Honorable Corte Constitucional, y ahora en julio de 2011 en la reciente Audiencia de rendición de Cuentas y seguimiento a la Sentencia dicha entidad estableció que “...persiste un conjunto amplio y complejo de dificultades de diseño institucional, de cuellos de botella regulatorios y acertijos epidemiológicos, demográficos y macroeconómicos, los cuales exigen respuestas y reacciones integrales, oportunas y profundas. ... no sólo la Corte Constitucional sino las instituciones y la ciudadanía esperan de las entidades que conforman el sector salud medidas de

carácter estructural que permitan conjurar la gravísima crisis del Sistema...”².

En este sentido se avizora cómo la Corte ha venido reinterpretando el alcance del derecho a la salud, incluso determinando en la mencionada sentencia que éste constituye un derecho fundamental autónomo; corresponde ahora pasar del derecho formal para materializar éste como derecho real e igualitario para todos los colombianos.

Bibliografía

- Abel, Christopher (1996), *Ensayos de Historia de la Salud en Colombia. 1920 -1990*, Bogotá, IEPRI - Universidad Nacional de Colombia. CEREC.
- Agudelo, Carlos (2007), “Descentralización, gobernabilidad y Salud Pública”. En: *Cuadernos del Doctorado* No. 6. Universidad Nacional de Colombia, Julio.
- Banco Mundial (1987), “El financiamiento de los servicios de salud en los países en desarrollo. Una agenda para la reforma”, en: *Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana*, 103 (6): pp. 695 -709.
- Banco Mundial (1993), *Informe sobre el Desarrollo Mundial: Invertir en Salud*, Washington.
- Hernández, Mario (2003), “El debate sobre la Ley 100 de 1993: Antes, durante y después”, en: *La Salud Pública Hoy: enfoques y dilemas contemporáneos en Salud Pública*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.
- Mesa-Lago y W de Geyndy (1992), *Colombia. Social Security Review*. Banco Mundial, 1987. Tomado de: Arevalo, D y Rodríguez, O. *Estructura y Crisis de la Seguridad Social en Colombia. 1946 - 1992*, Bogotá, Centro de Investigaciones para el Desarrollo - CID. Universidad Nacional de Colombia.
- OPS, “La Organización Panamericana de la Salud y el Estado Colombiano, 100 años de historia: 1902 - 2002”, (versión digital), 2002.

² Corte Constitucional de Colombia. Intervención del Honorable Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, presidente de la Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T - 760 de 2008 en la Audiencia especial realizada el 7 de julio de 2011, Bogotá.

Partidos y Constitución: Límites y posibilidades del diseño institucional

Juan Fernando Londoño*

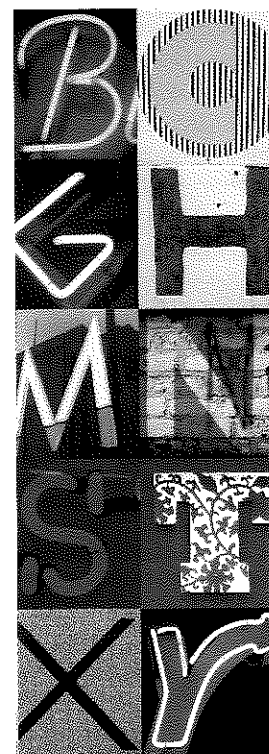
La Constitución de 1991 fue una apuesta de múltiples aristas por la democracia en Colombia. Sus efectos fueron evidentes en la vida del país, tanto en la actuación de las instituciones como en numerosos aspectos cotidianos. Sin embargo, en algunos casos, como en el del sistema de partidos, sus resultados no siempre fueron los esperados.

Moldear la realidad política es una tarea mucho más compleja que describir las funciones de un órgano público. En el caso colombiano, la Constitución ha mostrado la fuerza que las normas tienen para incentivar determinados comportamientos políticos y, al mismo tiempo, la imposibilidad de que dichas normas cubran todos los aspectos de la vida social. La realidad nacional, dos décadas después de la entrada en vigencia de la nueva Constitución Política, ha puesto en evidencia la confrontación entre las normas y la realidad de criminalidad y violencia.

Los constituyentes tomaron las decisiones necesarias para abrir el sistema político, pero era imposible que en los diques abiertos no hicieran su presencia el narcotráfico y la criminalidad organizada.

El diagnóstico a finales de la década de los ochenta mostraba un sistema político cerrado y un bipartidismo que usufructuaba de ello para reproducirse sin mayor capacidad de respuesta sobre las demandas sociales. La apertura del sistema no se tradujo en un sistema de partidos alternativos, sino más bien en un escenario caótico. Y el caos a su vez permitió que la política se llenara de delinquentes, aliados de organizaciones criminales y el Estado fuese parcialmente capturado. Las respuestas nuevamente se han buscado a través de fórmulas constitucionales. Se ha iniciado una nueva fase en la vida de los partidos. Aunque pronto, es posible pensar que el nuevo esquema se encamina en la dirección correcta.

El presente artículo busca hacer una revisión de la interrelación entre el sistema de partidos y el orden constitucional a partir de la Constitución de 1991. Para ello se recordará en primer lugar cual era el diagnóstico con que abordaron su trabajo los constituyentes en 1991 y poder situar las decisiones en el contexto histórico. En segundo lugar se describirán cuales fueron los elementos del orden constitucional que buscaban crear un nuevo escenario político. Luego de ello se intentará explicar qué falló y cuáles



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/mag3737/>

* Director del Centro de Análisis Político y consultor político internacional.

fueron los efectos reales producto del nuevo esquema institucional. En cuarto término se describirán las iniciativas iniciales de reforma y se mostrará como el punto más alto de la crisis del nuevo sistema de partidos llevó a las modificaciones constitucionales de 2003 y de 2009. El análisis termina con una reflexión prospectiva sobre los escenarios que se derivan del nuevo marco constitucional y legal, sus posibilidades y limitaciones.

El diagnóstico constitucional

La convocatoria de la Asamblea Constituyente a principios de los noventa fue una respuesta de la sociedad colombiana ante el colapso parcial del Estado de fines de los ochenta. Las realidades políticas, económicas y sociales habían desbordado la posibilidad de encontrar respuestas satisfactorias con el diseño institucional heredado de la Constitución de 1886 y el sistema político surgido desde el frente Nacional.

La transformación del Estado, para que fuese capaz de responder a los complejos desafíos que las realidades de las dos últimas décadas habían creado, tenía que ir aparejada con un sustento político capaz de impulsar el camino de las reformas. La nueva configuración estatal implicaba más descentralización, un mejor equilibrio de poderes, una justicia más independiente y efectiva, órganos de control más independiente, para mencionar solo algunos de los más importantes aspectos.

La reconfiguración del Estado requería a su vez un sistema político comprometido con la nueva gobernabilidad que se planteaba desde la Constitución. Era claro que el bipartidismo había derivado en un sistema político endógeno donde el contenido de las políticas públicas se enfocaba más a reproducir el capital político electoral que a encontrar soluciones a los problemas. El centralismo alimentaba los circuitos del bipartidismo por donde fluían los recursos del Estado hacia las regiones, y la similitud de comportamiento entre liberales y conservadores había dejado sin contenidos el debate político y sin posibilidad de surgimiento de nuevas alternativas.

Era claro entonces que para que emergiera un nuevo modelo de Estado había que permitir la aparición de un nuevo orden político. Esta decisión pasaba por terminar con el bipartidismo que se alimentaba a sí mismo y, en su tarea de autopreservación, impediría el desarrollo de un nuevo orden.

La superación del bipartidismo pasaba por dos aspectos: derribar los enclaves que permitían que se auto-reprodujera, y facilitar la apertura democrática. El principal enclave del bipartidismo ante la opinión eran los famosos auxilios parlamentarios, pero en realidad era el centralismo. El manejo partidista de los recursos públicos permitía que el clientelismo derivara en corrupción y que la misma pervirtiera cualquier opción política distinta. El camino era pasar de un sistema político cerrado a una democracia participativa.

El diagnóstico, que en ese momento era indiscutido, resultaría incompleto. Por una parte, el bipartidismo no era tan monolítico como se pensaba; en segundo término, las estructuras políticas no se sustentaban sólo en el aparato estatal; y, en tercer lugar, no bastaba con demoler el anterior orden para que uno nuevo surgiera.

El nuevo diseño constitucional

En la medida en que el proceso constituyente derivó en una nueva Constitución y no simplemente en una reforma de la anterior, el trabajo resultó mucho más complejo dado que las piezas debían encajar unas con otras. Nueva Constitución para un nuevo Estado y, de allí, un nuevo orden político y social.

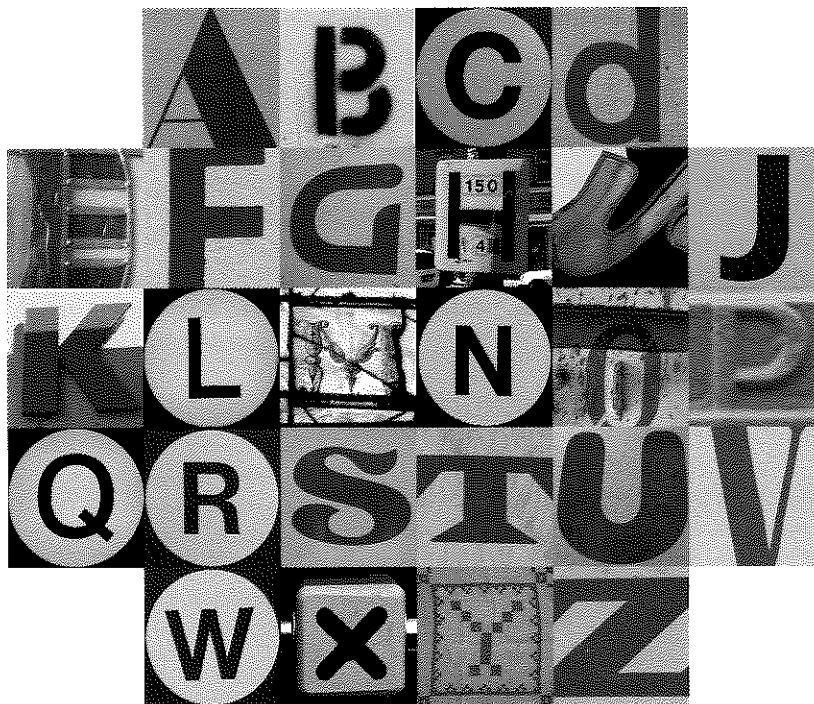
La piedra angular de este proceso sería la democracia participativa. El concepto era complejo, pero básicamente buscaba facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectaran; sus contenidos incluían los mecanismos de democracia directa —aunque no se limitaban a ellos— para que los ciudadanos pudieran resolver los más importantes aspectos de la vida política y social. Comprendía también la democratización del Estado mediante la apertura de espacios de participación social en el diseño, implementación y control de

la gestión pública. Finalmente, implicaba eliminar el monopolio de los partidos sobre la representación política y el proceso de formación de la voluntad popular. Este último aspecto iba dirigido justamente a terminar con el duopolio que liberales y conservadores habían tenido desde el Frente Nacional en el ejercicio del poder político.

El repertorio de decisiones que se diseñaron para terminar con el poder bipartidista fue amplio. La segunda vuelta presidencial, por ejemplo, permitía que nuevas organizaciones políticas compitieran y terminaran participando del gobierno sin ser mayoría. Se reivindicaba así las minorías y las terceras fuerzas. La prohibición de que los parlamentarios ingresaran al Ejecutivo buscaba facilitar la aparición de nuevos liderazgos y profesionalizar la política. Sin embargo, las decisiones que más peso iban a tener en la configuración del nuevo orden político fueron aquellas relacionadas con la creación de la circunscripción nacional y la posibilidad de crear partidos y presentar listas a las elecciones sin pasar por los partidos, al igual que la decisión de profundizar la descentralización y permitir la elección directa de alcaldes y gobernadores.

La segunda vuelta presidencial o balotaje permitía que fuerzas minoritarias, con pocas posibilidades de ganar en una elección abierta, desempeñaran un papel relevante de cara a las alianzas para conseguir la mayoría necesaria en segunda vuelta. Tras sucesivas elecciones, una fuerza minoritaria importante puede no sólo ser el fiel de la balanza sino incrementar su influencia hasta llegar a ser una opción en sí misma. El esquema fomentaba y premiaba el multipartidismo y castigaba y ponía en la obligación real de enfrentarse a los partidos tradicionales.

La reforma del Congreso buscó establecer un mayor balance de poderes entre las distintas ramas del poder público y para ello se buscó garantizar su autonomía e independencia. La independencia no sólo se enfocaba en la orbita legislativa, prohibiendo la posibilidad de delegar la elaboración de leyes, como se había vuelto costumbre, haciendo más estrictos los requisitos para la declaración de los estados de excepción (con



los cuales el Ejecutivo siempre pudo obviar al congreso) y estableciendo un régimen de incompatibilidades e inhabilidades que prohibió el ejercicio de funciones públicas paralelas y, por tanto, impedía que los congresistas fueran nombrados como ministros.

La creación de la circunscripción nacional fue quizás la medida con mayores efectos prácticos en el panorama partidista. Se buscaba facilitar la aparición de liderazgos nacionales, que los partidos tuviesen figuras más allá de la dinámica regional y que los nuevos liderazgos se proyectaran sin necesidad de ligarse a las prácticas clientelistas que habían caracterizado la vida política en las regiones. La nueva circunscripción era el escenario perfecto para que nuevas fuerzas se presentaran como alternativas sin tener que construir una gigantesca base local; podía recoger el llamado voto de opinión, que se encontraba disperso, y no someterse a los cacicazgos regionales.

La posibilidad de crear partidos se abrió y los ciudadanos podían mediante la recolección de firmas inscribir candidatos en todo el país. Las posibilidades de participar en las elecciones no se limitaron a los partidos sino que se extendieron a los movimientos políticos, a los grupos significativos de ciudadanos y a cualquier iniciativa que mediante

firmas quisiera presentarse a las elecciones. Cualquier monopolio sobre la representación política quedaba superada mediante la apertura de todo tipo de canales para presentarse a cargos de elección popular.

Finalmente, la elección popular de alcaldes y gobernadores buscaba abrir las puertas para que desde lo local se generaran alternativas a los poderes tradicionales. La vida local había demostrado justamente ser la mayor fuente de nuevas dinámicas sociales y, al suprimir el control que los congresistas habían tenido sobre el nombramiento de autoridades locales, se conseguiría que las nuevas fuerzas se expresaran y consolidaran como alternativas de poder. El fortalecimiento administrativo y financiero de los entes territoriales haría que los nuevos gobernantes se pudieran proyectar como alternativas reales a las fuerzas tradicionales.

Los efectos reales

Las reformas tienen efectos imprevistos. Este es un elemento que aparece luego de que se observan las consecuencias de las normas sobre la realidad práctica. En el régimen político esto fue evidente y frustrante. Por una parte, las nuevas fuerzas políticas no emergieron. Algunos protagonistas del proceso constituyente, como la Alianza Democrática M 19 y el Movimiento de Salvación Nacional, desaparecieron al cabo de un par de elecciones. Los partidos tradicionales retomaron el control mayoritario del Congreso en las elecciones que siguieron a la revocatoria del Congreso elegido en 1990. En un primer momento parecía que nada había funcionado como se esperaba. En el mediano plazo la situación empeoró, el sistema político entró en un franco deterioro y la criminalidad y el conflicto aparecieron como telón de fondo. Las cosas que empezaron a andar mal resultaron peor. ¿Qué pasó?

La situación política desencadenada a partir de la constitución de 1991 resultó una combinación de efectos imprevistos y realidades sociales y económicas por fuera del marco normativo. El diseño constitucional abrió las puertas a nuevas manifestaciones

políticas, pero nadie previó que esa apertura serviría también para que la ilegalidad entrara fácilmente a permear la política y buscara capturar el Estado.

La constitución de 1991 efectivamente abrió el sistema político, pero ello no se tradujo en un sistema más competitivo y organizado. La alternativa al bipartidismo no fue el multipartidismo, sino el caos político.

La vida política después del 91 mostró la importancia de las normas constitucionales para generar comportamientos políticos, porque efectivamente aparecieron nuevas organizaciones políticas y el número de partidos se multiplicó sensiblemente. El problema es que la mayoría de estas organizaciones surgieron de las fracturas del bipartidismo, no de fuerzas alternativas.

El diagnóstico constitucional supuso la existencia de un bipartidismo mucho más sólido del que realmente existía. La verdad es que detrás del bipartidismo nacional se escondía una gran fragmentación de los partidos en el nivel regional. Prácticamente no existía sitio en Colombia donde los partidos no se encontraran divididos en una o varias corrientes. La cohesión bipartidista operaba en forma vertical para poder sacar provecho al centralismo. En forma horizontal la competencia era fuerte y solo se encontraba contenida por los muros que le imponía la circunscripción departamental. Cuando esos límites desaparecieron también desaparecieron los controles que los partidos podían ejercer. Carentes de instrumentos de control, los partidos se limitaron a expedir avales para los candidatos en un escenario donde los partidos cada vez resultaban menos necesarios.

La creación de la circunscripción nacional no sólo eliminó los límites territoriales de la competencia política sino que generó un incentivo perverso que terminó de pulverizar los partidos: la lucha por los residuos electorales. En este caso, se produjo una perversa combinación de normas, por un lado una circunscripción enorme, tanto en número de curules a proveer (100) como en relación con el tamaño de la misma (solo existen circunscripciones nacionales

en países pequeños), combinada con una fórmula electoral, la del cociente electoral, que condujo a la búsqueda de curules con el mínimo esfuerzo. Algunos denominaron esta estrategia como operación avispa, pero la misma no fue tanto una operación política deliberada, sino el fruto de una dinámica que resultó exitosa.

Como los partidos carecían de instrumentos para organizar las listas pues no tenían mecanismos de democracia interna ni capacidad coercitiva alguna para obligar a los candidatos, se generó un escenario donde cada cual actuaba por su cuenta. A partir de ese momento era el candidato quien escogía el partido y no el partido quien escogía los candidatos.

El partido cumplía con dar el aval al candidato, pero era él mismo quien debía encargarse de su financiamiento, su organización y su estructura de campaña. Esta situación era inevitable, pero tremendamente eficiente. Los partidos que actuaban con avales en lugar de listas obtenían más curules y dichas curules tenían un costo electoral menor. En la campaña de 1991 los partidos que apostaron por las listas (AD M19, Salvación Nacional y Nueva Fuerza Democrática) obtuvieron cada curul con un número cercano a los 100 mil votos por cada elegido al Senado, en tanto que los partidos que avalaron candidatos (liberales y conservadores) consiguieron curules con la mitad de esos votos.

La lección fue clara, era mejor tener candidatos que listas para obtener más curules. A partir de ese momento ningún partido presentó listas a corporaciones públicas y el número de candidatos siguió multiplicándose pues a medida que se aumentaba el número de los mismos más se dividía la votación y más probabilidades tenían los candidatos de salir elegidos con votaciones exiguas. Esta dinámica llevó a que en las últimas elecciones donde se aplicó el sistema, las de Senado de 2002, las últimas curules se asignaran con un poco más de 30 mil votos.

El intento de fortalecer la independencia del Congreso se vio truncado con la debilidad de sus miembros. Un Congreso donde cada

cual defendía sus propios intereses se volvió un Congreso dócil y comprable. Los cambios de partido se volvieron comunes. En el gobierno de Samper, un sector del partido conservador se apartó de la decisión de hacer oposición y decidió apoyar al gobierno. En el gobierno de Andrés Pastrana, la gran alianza propició que la mitad del liberalismo abandonara al candidato perdedor y engrosara las filas de la coalición oficial. En el año 2002 el Presidente Alvaro Uribe logró hacerse al apoyo de varios partidos y también desbaratar la ya de por sí débil bancada liberal. En la práctica, una cosa era salir elegido por un partido y otra muy distinta actuar con ese partido una vez elegido. El transfuguismo y la doble militancia se volvieron la forma común de comportamiento y contribuyeron a debilitar aún más cualquier opción de partido. De hecho, solo el partido liberal siguió presentando candidatos presidenciales a nombre de esa colectividad aunque obteniendo cada vez un menor número de votos.

La elección popular de alcaldes y gobernadores, de donde se esperaba que vinieran las mayores posibilidades de renovación, sólo produjo casos aislados de modificación de las prácticas políticas. Bogotá, gracias a su amplia clase media, permitió el surgimiento de proyectos novedosos, especialmente el encabezado por Antanas Mockus y la posterior llegada de la izquierda con la figura de Lucho Garzón. El proyecto renovador de Bogotá naufragó en la segunda alcaldía del Polo Democrático, en cabeza de Samuel Moreno.

La reconfiguración de la democracia local no produjo la renovación política esperada, pero sí produjo un gran atractivo para la corrupción y la criminalidad. La incapacidad de ejercer control alguno sobre los recursos que se transfirieron, tanto vía transferencias territoriales como vía regalías, se tornó en un poderoso imán para la conformación de mafias locales. Quince años después de la nueva constitución, una gran parte del poder local se encontraba en manos de organizaciones políticas vinculadas al paramilitarismo.

Lo peor que le ocurrió al sistema de partidos durante el periodo post-constitu-

ción de 1991 no tuvo que ver con el diseño normativo, sino más bien con la incapacidad de prever el tamaño del desafío que la delincuencia ponía sobre las instituciones. Los constituyentes de 1991 venían de la experiencia traumática del terrorismo de Pablo Escobar. La eliminación de la extradición y la entrega del jefe del cartel de Medellín parecían poner el punto final sobre esa parte de la historia. Grave equivocación.

Durante los ochenta, el narcotráfico había usado sus recursos para llegar al poder directamente. Por una parte, Pablo Escobar en el Congreso; por otra, Carlos Lehder promoviendo su Movimiento Latino Nacional, se constituyeron en una afrenta a la justicia y a la política misma. Sobrevino el enfrentamiento y la caída del cartel de Medellín, pero no el fin del narcotráfico.

La lección que los herederos de Escobar aprendieron consistió en evitar la acción directa, tanto la figuración como el enfrentamiento. La estrategia que siguió el cartel de Cali fue la cooptación, la compra masiva del poder político nacional tanto a través de parlamentarios, órganos de control y el propio Ejecutivo. El proceso ocho mil develó el tamaño de la infiltración, pero el fracaso de la estrategia no significó el fin de la relación entre la criminalidad y la política.

Los grupos paramilitares heredaron el control del narcotráfico. Su estrategia evitó la visibilidad del poder nacional y se camufló en el poder territorial. Regiones enteras del país fueron tomadas y sectores completos de la clase política reclutados en una relación doblemente benéfica: mientras el paramilitarismo facilitaba la competencia electoral (crearon distritos electorales de facto) los políticos proporcionaban la cobertura necesaria para la expansión de las organizaciones. Se crearon para-estados en varias regiones del país, especialmente en la región Caribe.

Es muy poco probable que esta situación se hubiera evitado mediante algún diseño constitucional. Lo que sí resultó claro fue que la laxitud normativa con que se había concebido el sistema de partidos había facilitado la evolución de las relaciones entre criminalidad y política.



Las reformas constitucionales

La certeza de que el tema de partidos no había resultado bien fue inmediata. En su afán por acabar con el bipartidismo, los constituyentes habían destruido el sistema de partidos en sí mismo. Muy pronto, en el gobierno de Ernesto Samper, se dieron los primeros pasos para cambiar esta situación mediante el establecimiento de una comisión para la reforma de los partidos. La crisis producida con el proceso ocho mil condenó este esfuerzo a los anaqueles académicos.

La vigencia del problema llevó a que el gobierno de Andrés Pastrana presentara una nueva reforma política con el propósito de resolver la fragmentación del sistema político. Un estudio de la Universidad de Georgetown sirvió de base conceptual para la propuesta que empezó a centrar el debate, pero que fracasó cuando se incorporó en la iniciativa facultades especiales al Presidente de la República en relación con el proceso de paz.

La llegada al poder de Alvaro Uribe en el año 2002 fue el punto más alto del deterioro del sistema de partidos, pero en este caso, el problema era que el Presidente electo no tenía ningún interés en fortalecer la democracia. Los partidos políticos en el Congreso acordaron con el Presidente

adelantar el trámite de un referendo de iniciativa presidencial a cambio de que el gobierno permitiera avanzar paralelamente en una reforma constitucional para ordenar el sistema de partidos. A regañadientes el gobierno aceptó y se concentró en sacar adelante el referendo que finalmente no logró los votos necesarios de la ciudadanía para convertirse en norma jurídica. Lo que sí logró avanzar fue la reforma constitucional de origen partidario para convertirse en el Acto Legislativo 01 de 2003.

La aprobación de una reforma constitucional para permitir la reelección presidencial introdujo un nuevo elemento de distorsión del sistema de partidos dado que generó un realineamiento de las fuerzas políticas. De hecho propició el surgimiento de un nuevo partido, el partido de la U, cuyo propósito esencial era apoyar la reelección de Álvaro Uribe en 2006. La entrada en vigencia de la reelección obligó a expedir una ley reglamentaria que tuvo como objetivo incorporar ciertas garantías para atender la circunstancia de un Presidente en ejercicio buscando su reelección. La ley introdujo limitaciones al presidente en época de campaña y garantías para sus competidores, tales como la posibilidad de contar con financiación anticipada para la campaña.

La reforma política aprobada en 2003 se enfocó a corregir los problemas que afectaban más el funcionamiento del Congreso. Se aprobaron las listas únicas de los partidos y se modificó la fórmula electoral pasando a un sistema de cifra repartidora (en lugar de residuos) para premiar las votaciones altas. Se adoptó un umbral de 2% como requisito para que los partidos mantuviesen su personería jurídica y se estableció el régimen de bancadas para que los elegidos tuviesen que actuar como parte del partido que los había elegido, se prohibió la doble militancia y se consagró la democracia interna como forma de organización de la vida partidista.

Las normas aprobadas conseguían ordenar la acción de los partidos en el Congreso, comprometían a quienes habían sido elegidos, pero no se ocupaban de la forma como eran elegidos. Muy poco cambió en la acción electoral pues cada candidato seguía

siendo dueño de su campaña. Seguían siendo los candidatos quienes escogían partido y no los partidos quienes escogían candidatos.

El carácter incompleto de la reforma se hizo evidente cuando estalló el más grande escándalo que haya afectado al congreso de la república, la denominada parapolítica. Durante el proceso ocho mil cerca de 30 congresistas fueron investigados y casi la mitad de ellos condenados. La parapolítica llevó a abrir investigación a más de 85 miembros del Congreso, de los cuales 24 recibieron condenas. La magnitud de la infiltración fue tan grave que se hizo necesaria una nueva reforma constitucional antes de que la reforma de 2003 hubiese entrado en plena vigencia.

Los señalamientos contra los parlamentarios acusados de relaciones con las organizaciones paramilitares que habían sido desmovilizadas provocaron varias iniciativas que derivaron en la reforma constitucional de 2009. Esta reforma introdujo el concepto de responsabilidad política de los partidos y estableció sanciones a aquellas organizaciones que permitieran o promovieran las relaciones con organizaciones ilegales.



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/mag3737/>

Las nuevas normas permitían el castigo a los partidos, superando la doctrina de la responsabilidad penal individual que había servido para que los partidos tuvieran una actitud pasiva y cómplice frente a quienes eran señalados de tener relaciones con grupos ilegales. El grado de relación con la ilegalidad fue posible por la impunidad y la actitud permisiva de la dirigencia política. En adelante los castigos abarcarían tanto al individuo en lo penal, como al partido en lo político, impidiendo el remplazo de quienes resultaren implicados en investigaciones por relaciones con grupos ilegales y estableciendo sanciones que incluyen la pérdida de la personería jurídica para el partido.

Las normas constitucionales fueron desarrolladas y complementadas mediante la ley estatutaria de partidos 1475 de 2011. La ley concreta los mecanismos de responsabilidad política, establece los principales lineamientos de organización de los partidos sobre bases democráticas e introduce modificaciones sustanciales a las reglas sobre financiamiento de la política incorporando la posibilidad de solicitar anticipos para las campañas políticas de manera similar a lo establecido en la ley que reglamentó la reelección presidencial.

Una evaluación preliminar

Si evaluamos la constitución de 1991 podemos decir que en materia política cumplió sus objetivos: abrir el sistema político y terminar con el bipartidismo. El problema es que la realidad de lo que ocurrió después desbordó estos propósitos. Un sistema caótico de partidos en un país inundado de corrupción y delincuencia no puede conducir a un resultado distinto que un matrimonio entre la política y la criminalidad.

Resulta difícil que la respuesta a un desafío de ese tamaño para una democracia se pueda contestar sólo a través de normas constitucionales; quizás el verdadero error de los constituyentes estuvo en no considerar el tamaño del reto que la economía ilegal ponía sobre el sistema político.

Las respuestas que se han incorporado en el marco constitucional a partir de 2003 se encaminan a un sistema de partidos mucho más institucionalizado. Sin cerrar el sistema político, las nuevas normas reconocen la necesidad de tener partidos organizados y que ellos sean los protagonistas centrales de la vida política.

La infiltración criminal de la política sigue siendo la principal amenaza a la vida democrática de Colombia. Las normas aprobadas establecen castigos cuando la infiltración se presenta, pero se quedan cortas en evitar que dicha situación se produzca.

El nuevo diseño institucional se concentra en los castigos que recibirán los partidos, más allá de las sanciones penales de los individuos. Esto por supuesto constituye un avance pero las condiciones que permiten la infiltración y la cercanía entre criminalidad y políticas aún subsisten. Las normas de la reforma de 2003 modifican la actuación de los representantes políticos una vez son elegidos, pero poco se hace para cambiar la manera como son elegidos. En el fondo aún no hemos salido de la situación en la cual los candidatos son los que escogen los partidos.

Los desafíos que Colombia tendrá que enfrentar hacia el futuro tienen que ver con la manera como los candidatos llevan a cabo las campañas y consiguen ser elegidos. Mientras no exista control sobre el financiamiento político será imposible que se cercenen las relaciones entre organizaciones con recursos ilegales disponibles y políticos siempre ávidos de dinero para hacerse elegir.

Hasta ahora el país ha corregido varios de los problemas generados como consecuencias imprevistas de las medidas originales de la Constitución de 1991. La reinstitucionalización de la vida política a través de los partidos apenas ha empezado, pero no podemos cometer el mismo error del pasado y actuar con miopía sobre la existencia de una economía ilegal siempre dispuesta a extender su brazo criminal para conseguir los beneficios de protección e información que le brinda el acceso al poder político.

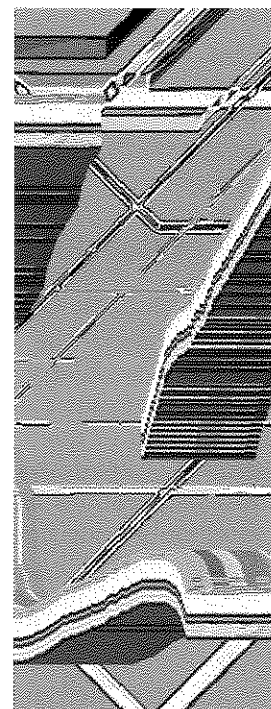
La Constitución de 1991 y la sociedad política colombiana

Rubén Sánchez David*

Tanto defensores como críticos de la Constitución de 1991 reconocen que su promulgación marcó un hito en la construcción de la democracia en Colombia. Surgida del anhelo de paz de los colombianos, del propósito de fortalecer la legitimidad de la democracia y de brindar al Estado herramientas para hacer frente a las necesidades sociales y económicas de una población cada vez más expuesta a la exclusión, el narcotráfico, la violencia guerrillera, la impunidad y la arbitrariedad, ofreció a los ciudadanos un marco diferente al anterior para gestionar lo público y ordenar la vida en sociedad. El proyecto constituyente que arrancó con la llamada “séptima papeleta” de los estudiantes después de varios intentos fallidos por reformar la Carta Magna y que se consolidó alrededor del proyecto gubernamental de una Asamblea Nacional Constitucional adquirió su fisonomía definitiva cuando la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo del mes de octubre de 1990, la declaró libre y soberana, pero tuvo su origen en el hondo desprestigio del Congreso de la República, las prácticas clientelistas y la deslegitimación de las instituciones.

La Asamblea Constituyente que le dio vida fue un foro de discusión de los

problemas nacionales en el que reinó un espíritu de consenso promovido por las principales fuerzas en ella representadas: el Partido Liberal, el Movimiento de Salvación Nacional y la Alianza Democrática M-19. Concebida como un pacto de paz al término de la desmovilización de cuatro grupos guerrilleros (M-19, Movimiento Revolucionario de los Trabajadores PRT, Movimiento Quintín Lame y Ejército Popular de Liberación, EPL) que enviaron sus representantes a la Asamblea, también contó con la presencia de la Corriente de Renovación Socialista, grupo constituido por miembros del ELN que se desmovilizaron y constituyeron el movimiento A Luchar para participar en el proceso, así como con una gran participación ciudadana impulsada por diversos estamentos que organizaron mesas de trabajo. De hecho, la convocatoria de la Asamblea Constituyente, que violó formalmente a Constitución anterior, fue un triunfo de la voluntad de encontrar nuevas bases de consenso tras varios intentos fallidos por reformar la Constitución para redefinir las condiciones de funcionamiento de la política, compartida por los presidentes Barco y Gaviria, los grupos armados que aceptaron la paz y muchos dirigentes tradicionales.



Tomado de: http://www.flickr.com/photos/cane_rosso/

* Docente de la Facultad de Ciencia Política y Gobierno de la Universidad del Rosario.

El resultado fue un texto que recoge valores de un Estado incluyente, multicultural y laico que no se limita a la enunciación de derechos sino que dota al ciudadano de herramientas para hacerlos efectivos como la acción de tutela, la acción de cumplimiento y las acciones populares para la defensa de los intereses colectivos. Consecuente con esta visión, recortó los estados de excepción de ingrata recordación por el continuo estado de sitio que se convirtió en la regla durante buena parte de la segunda mitad del siglo XX, consagró la soberanía popular e instauró el establecimiento de los derechos de participación y control social; también ordenó al Estado promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados en desarrollo de los postulados de la justicia distributiva.

En teoría, para que una Constitución cobre vida, debe cimentarse en una sociedad fuerte compuesta de ciudadanos portadores de virtudes cívicas. Desde el punto de vista formal, empero, una Constitución es la norma fundamental que, escrita o no, define las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos y fija los límites del poder de aquél, mientras que desde el punto de vista sustancial es, tal como lo afirmaba Ferdinand de Lassalle, “la suma de factores reales de poder que rigen un país”. Ahora bien, en este orden de ideas no puede olvidarse que las Constituciones son la obra de quienes las redactan y que si bien en la elaboración de la Constitución de 1991 participaron setenta delegatarios elegidos por el pueblo colombiano, la tasa de abstención de los comicios que permitió su presencia en la Asamblea Constituyente estuvo entre las más altas de la historia del país (setenta por ciento); así mismo, que la clase política tradicional se autoexcluyó de los comicios por lo que casi todos los votos fueron de “opinión”, lo que significa que los perfiles de los votantes y de quienes fueron elegidos eran muy diferentes a los de aquellos que tradicionalmente han tenido las riendas del poder en Colombia.

De hecho, la Asamblea Constituyente quedó compuesta por 30 representantes de los partidos tradicionales (liberal y conservador), 30 de movimientos que no

perduraron en el tiempo como el Movimiento de Salvación Nacional, MSN, con 11 delegados representantes de la derecha y la Alianza Democrática M-19 con 19 delegados representantes de una izquierda moderada y, por último, por 10 representantes de minorías diversas. En otras palabras, una representación muy distinta a la que habitualmente se tenía en el Congreso y una correlación entre las fuerzas políticas artificialmente favorable al voto de las clases medias urbanas y a su frente anti-clientelista, el cual, a pesar de las medidas que se tomaron para renovar el poder político, no logró afectar sus estructuras. Para comprobarlo basta tener en mente las 29 reformas de que ha sido objeto la Constitución en 20 años, en su mayoría en contravía del espíritu que animó a los constituyentes, y la presencia en el Congreso de poderes fácticos que obran desde orillas muy distintas a las acotadas por el texto constitucional.

La inexistencia de verdaderas mayorías en la Asamblea y las polaridades ideológicas la obligaron a adoptar un sistema de decisiones fundado en transacciones y la articulación pragmática de coaliciones *ad hoc* ante el hecho de que ninguno de los sectores participantes logró consolidarse como la fracción dominante capaz de imponer los demás sus intereses y su visión del mundo. El espíritu de consenso reinante se expresó en la presidencia tripartita, con la participación de las tres fuerzas más representativas en la Asamblea. En consecuencia, más que un reflejo del ser heterogéneo del país, la Constitución resultó ser un proyecto carente de estrategia, expuesto a los vaivenes de la representación en el Congreso. La búsqueda de consensos y la falta de una visión estratégica por parte de los constituyentes se refleja también en las disposiciones constitucionales que, por una parte, definen al Estado colombiano como un Estado Social de Derecho llamado a corregir las injusticias sociales de la filosofía liberal y, por otra, entroniza la línea neoliberal en materia económica al establecer que el mercado debe funcionar con poco Estado y sin afectar la distribución de la riqueza.

El “*leitmotiv*” que llevó a los colombianos a apelar a un mecanismo extra-constitucional para reformar la centenaria Constitución de

1886 fue la reforma del Congreso junto con la de la administración de justicia y el excesivo presidencialismo. Ello explica por qué el Congreso fue la institución política a la cual se le introdujeron las reformas más profundas entre las que cabe citar la moción de censura, la circunscripción nacional para el Senado, las circunscripciones especiales para la Cámara con el fin de asegurar en ella la participación "de los grupos étnicos, de las minorías políticas y de los colombianos en el exterior" (Art. 176), la ampliación del período de sesiones, la reducción del quórum deliberativo, el régimen de las comisiones permanentes y la consagración de la figura de la pérdida de la investidura como medio, junto con la revocatoria del mandato, para controlar la moralidad y eficiencia de los miembros de las Cámaras. Es claro que estos cambios buscaban ante todo reforzar los poderes del Congreso sobre el Gobierno, agilizar y racionalizar el trámite de formación de la ley y darle mayor rigidez al estatuto de congresista. Sin embargo, la confianza, la impericia o los intereses de los constituyentes no permitieron ir hasta el fondo del problema político por lo que con el tiempo las fisuras de la Constitución de 1991 se han ido convirtiendo en brechas que han requerido nuevas reformas sin que se haya resuelto la causa que llevó a convocar la Asamblea Nacional Constituyente: la ausencia de partidos políticos organizados y representativos de los intereses nacionales. Por ello, aunque muchas de las reformas concebidas por los constituyentes han tenido el efecto deseado, como aquellas que desconcentraron el aparato de justicia y crearon la Fiscalía, descentralizaron el poder, crearon la Corte Constitucional y limitaron el poder del presidente, la esencia de la representación política no ha cambiado.

La pervivencia de la dinámica clientelista

El objetivo de los constituyentes fue romperles el espinazo al bipartidismo y al clientelismo para que terceras fuerzas políticas pudieran competir y acceder al poder. De allí la adopción del tarjetón, la doble vuelta, la circunscripción nacional y la inscripción de candidatos con recolección de firmas. Tal como se ha afirmado muchas veces, la

Constitución de 1991 fue un pacto de paz pero sobre todo un esfuerzo por ampliar una democracia que se consideraba limitada, alejada de los ciudadanos y manipulada por caciques políticos. Un intento por superar la democracia representativa y abrir las puertas a una democracia incluyente, participativa, que no prestó atención a los aspectos procedimentales de la democracia.

El objeto de la política es el poder y su punto neurálgico es la manera de acceder al él. De acuerdo con la conocida definición de Joseph Schumpeter, el método democrático es aquel mecanismo institucional para llegar a decisiones políticas en las que algunas personas adquieren el poder de decidir mediante una lucha competitiva por el voto popular. Concepción simple que sugiere, sin embargo, que en una llamada democracia el régimen de elecciones y de partidos es fundamental por cuanto de él dependen la continuación o la ruptura del proyecto que la anima.

Los constituyentes buscaron airear la política y democratizarla mejorando la competencia política pero se centraron en el aspecto cuantitativo buscando poner fin al bipartidismo que, según ellos, ahogaba el sistema político y no permitía el surgimiento de alternativas, olvidando los factores reales de poder y los poderes de facto. Las reformas realizadas fueron importantes y tuvieron efectos significativos en el sistema de partidos pero no lograron el objetivo porque no atacaron el problema central, a saber, el carácter individual del proceso electoral ante la inexistencia de organizaciones políticas sólidas. En efecto, la Constitución de 1991 abrió el camino para que nuevas fuerzas entraran en escena, pero al no establecer mayores requisitos para la conformación de partidos y movimientos políticos, propició el surgimiento de un exceso de grupos políticos con pretensiones electorales y reconocimiento jurídico, sin que esta proliferación desbancara a los caciques tradicionales que no tardaron en dar el contragolpe al barrer en las elecciones de octubre del mismo 1991 y revivir los "auxilios parlamentarios".

En otros términos, al no cambiar el sistema electoral y, por el contrario, flexi-

bilizarlo para permitir la formación de partidos políticos con requisitos mínimos e, inclusive, la participación de ciudadanos a título individual, así como la doble militancia y la posibilidad de que un mismo partido presentara varias listas para una misma elección (la llamada “operación avispa”), el realce del Congreso no se fundamentó en el sistema de representación deseado por los constituyentes ni en una actividad legislativa eficaz proclive a tramitar grandes propuestas de cambio económico y social. Peor aún: las reformas adoptadas que no exigían una votación mínima para acceder a los cuerpos colegiados condujeron a la desaparición de las precarias organizaciones partidistas tradicionales y a su remplazo, al amparo de la descentralización, por un sistema de poderes locales que ha llegado a controlar, en forma poco democrática, los ejecutivos locales y regionales y buena parte del Congreso. Si bien la proliferación de múltiples fuerzas que con pocos votos tenían la posibilidad de acceder a las corporaciones públicas podía interpretarse como una apertura del sistema político, lo cierto es que, en la práctica, el régimen electoral trajo consecuencias negativas.

El propósito central del esquema electoral de la Constitución de 1991 fue abrir el sistema político a nuevas expresiones. Uno de sus mecanismos fue la circunscripción nacional para el Senado de la República, concebida para que movimientos nuevos con pocas ataduras a las maquinarias regionales pudieran captar votos en todo el país. Sin embargo, el resultado fue distinto al previsto. El nuevo marco institucional no produjo la esperada aparición de nuevas formas de expresión política que disputaran el poder a los partidos tradicionales sino la fragmentación de estos últimos, lo que multiplicó el número de partidos y movimientos que entraban en la competencia electoral reforzando el carácter de la política sin que mejorara la representación. Contrariamente a lo planeado, el diseño institucional de 1991 acendró la mecánica clientelista y hasta 2006, cuando se aplicó la reforma de 2003, muy pocos senadores entraron al Congreso con un número superior al cuociente electoral; la mayoría obtuvo su escaño por residuo.



Tomado de: http://www.flickr.com/photos/cane_rosso/

De hecho, el clientelismo renovado, la indisciplina partidista, la corrupción y el recurso a la intimidación o la violencia han frenado el sueño de una democracia participativa basada en el respeto de los derechos de los ciudadanos. Ante el panorama desconcertante de un sistema que promueve liderazgos de tipo personalista, que convierte el procedimiento legislativo en un proceso lento e ineficiente en el que el ejecutivo se ve obligado a dialogar y negociar no con dos o tres interlocutores sino con muchos actores, pronto se evidenció la necesidad de reformar el régimen electoral.

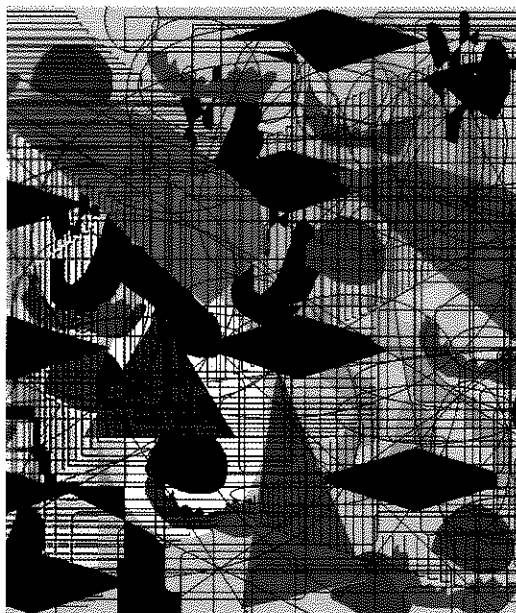
En virtud de un sistema que propiciaba la pérdida de protagonismo de los partidos en la actividad legislativa por su excesiva fragmentación y la indisciplina, se pensó en una reforma orientada a cambiar la situación. Fue así como el Acto Legislativo 001 de 2003, precariamente reglamentado por el Congreso, introdujo varias modificaciones orientadas a contrarrestar la atomización electoral y la desorganización de los partidos, convertidos en simples máquinas electorales que avalaban candidatos dueños de sus propias listas y gestionaban sus propios recursos en un escenario propicio para la infiltración de fuerzas y dineros ilegales en la actividad política.

La llamada “reforma política” de 2003 estuvo enfocada a lograr la agrupación

política y corregir la indisciplina partidista al consagrar las listas únicas por partido y el régimen de bancadas mediante el cual quien resultara elegido a nombre de un partido tendría que seguir los mandatos de esa colectividad so pena de ser sancionado incluso con la expulsión del partido, así como mejorar las relaciones entre el ejecutivo y el Congreso. Se partía del supuesto de que la existencia de agrupaciones políticas coherentes y fuertes permitiría dejar atrás las negociaciones individuales con los congresistas en el momento de votar los proyectos de origen gubernamental, y una mayor transparencia en el esquema de la “gobernabilidad democrática”. Del mismo modo se modificó la fórmula electoral y se introdujo la cifra repartidora para fortalecer los partidos, a la vez que se incorporó el umbral o barrera legal para que aquellos partidos con votaciones inferiores al 2 por ciento perdieran sus personerías jurídicas. Además, se incrementó el aporte al fondo de financiamiento estatal de los partidos y movimientos con personería jurídica, se reformó la composición del Consejo Nacional Electoral y se entregó al Congreso la atribución de elegir a sus integrantes mediante el esquema de la mencionada cifra repartidora.

La ley electoral 130 de 1994 había dispuesto dos tipos de aportes al financiamiento estatal de los partidos: el denominado “financiación de los partidos” y el denominado “financiación de las campañas”; la reforma de 2003 añadió un tercer tipo, el de “financiación para las consultas populares internas de los partidos”. Esta innovación de la reforma se aplica a los partidos que “opten por este mecanismo...mediante el sistema de reposición por votos depositados, manteniendo para ello el valor en pesos constantes vigente en el momento de aprobación de este Acto Legislativo” (inciso 30 del parágrafo 1º. Art. 109 de la C.P.).

Así mismo, la reforma aprobó dos sistemas electorales según el tamaño de las circunscripciones. El primero para aquellas en las que deban elegirse tres o más escaños, umbrales a) del 2 por ciento sobre la votación total en el caso del Senado y b) de un 50 por ciento del cociente electoral para la Cámara,



Asambleas, Concejos, JAL. etc., y método de escrutinio de la llamada “cifra repartidora” (o de “mayores promedios”). El segundo, para aquellas en las que deban elegirse dos escaños, el umbral se reduce al 30 por ciento del cociente electoral (o un 15 por ciento de la votación total) y el método de escrutinio es el del cociente electoral. En caso de que ninguna lista supere el umbral determinado, la distribución de los escaños debe hacerse mediante el método de la cifra repartidora.

Por último, la reforma aprobó la lista única con voto preferente opcional. Cuando los partidos o movimientos opten por el voto preferente, el elector puede votar por la lista en su integridad o señalar a uno de sus candidatos. En ambos casos y para efectos del escrutinio entre listas, el voto es contado por la respectiva lista. Para el reordenamiento de cada lista, solamente se tiene en cuenta el voto específico por un candidato. Si el elector vota a la vez por la lista y el candidato, el voto es válido y se computa a favor del candidato.

La reforma de 2003 tenía como propósito fundamental poner fin a la feria de los avales y la operación avispa, pero el voto preferente mantuvo intacta la dinámica de personalización de la relación entre electores y elegidos. El sistema del voto preferente opcional facilitó la agrupación sin afectar el clientelismo individual. En la práctica, la

Tomado de: http://www.flickr.com/photos/cane_rosso/

reforma eliminó los aventureros electorales gracias al umbral y redujo el número de partidos de cerca de 60 a 16, mas fue insuficiente para lograr un esquema de partidos fuertes limitándose a permitir la sumatoria de votos por parte de “un número plural de senadores o representantes a la Cámara”.

La agrupación por acuerdos programáticos o por modelos de sociedad no fue la regla y los órganos de poder electoral se mantuvieron en manos de las fuerzas mayoritarias en el Congreso. El Acto legislativo 001 introdujo además una cláusula transitoria que permitía que quienes habían sido elegidos en nombre de un partido en el año 2002 se inscribieran en otro sin incurrir en doble militancia. Esta disposición, sumada a la existencia paralela del proceso de reelección presidencial, propició el surgimiento de un nuevo partido, el partido de la U, en clara referencia a Álvaro Uribe, candidato presidente. Dicho partido se convirtió en la primera fuerza electoral en el Congreso de 2006 al aglutinar a su alrededor los pequeños partidos de la coalición de gobierno y los sectores liberales que habían migrado hacia el uribismo. El partido conservador pasó a ser la segunda fuerza electoral, el partido liberal la tercera, el Polo Democrático Alternativo reagrupó la izquierda y expresiones críticas mientras los demás partidos se reorganizaron con base en particularidades regionales.

En suma, la reforma política de 2003 trató de organizar el sistema de partidos pero fue ambivalente y no afectó el hecho fundamental del carácter individual de las aspiraciones políticas por lo que reagrupó las fuerzas partidistas alrededor de cálculos personales y rivalidades más que en torno a proyectos de sociedad. Dada esta circunstancia, pronto se mostró la insuficiencia de la misma cuando las investigaciones del proceso de Justicia y Paz revelaron los profundos vínculos entre sectores de la clase dirigente y las organizaciones paramilitares, sin que los partidos políticos hubieran hecho nada para impedirlo, lo que planteó de nuevo el tema de la financiación de las campañas, verdadero agujero negro al que van a parar buena parte de dineros de la corrupción y el tráfico de influencias.

La respuesta gubernamental a tan grave situación fue acometer una nueva reforma que introdujera la responsabilidad política de los partidos en la conformación de listas y contemplara sanciones severas a las organizaciones que obtengan cargos de elección popular mediante alianzas de diferente tipo con grupos ilegales, el uso de métodos fraudulentos o la financiación de campañas con dineros de origen ilegal.

El proyecto de ley de iniciativa gubernamental, conocido como Reforma Política fue presentado al final del segundo período de la legislatura 2008-2009; nació con el objetivo de proteger las instituciones democráticas de las organizaciones criminales y exigir mayor responsabilidad a los partidos políticos. Modificado en el transcurso de sus ocho debates, el proyecto generó una discusión que se centró más en el alcance de sus efectos que en la bondad de sus contenidos. La oposición vio en la reforma una oportunidad para quebrar las mayorías parlamentarias del uribismo e intentó que el castigo de la llamada silla vacía tuviese efectos inmediatos mientras el gobierno pugnó por sacar adelante una reforma que contemplara sanciones futuras y no afectara su gobernabilidad. El castigo de la silla vacía buscaba que el escaño ocupado por alguien investigado por nexos con organizaciones criminales no fuera remplazada.

Uno de los puntos fundamentales del Acto Legislativo 001 de 2009 tiene que ver con el régimen de partidos y movimientos políticos y apunta a fortalecer sus puntos rectores y mecanismos democráticos internos, así como establecer responsabilidades políticas y reglamentar el financiamiento de campañas y consultas internas o intrapartidistas.

Entre los puntos clave de la reforma política se pueden citar los siguientes:

- a. Aumento del umbral al 3 por ciento del censo electoral para 2014
- b. Silla vacía pero no para el actual Congreso y cuando el congresista sea condenado, a partir de nuevas capturas de congresistas

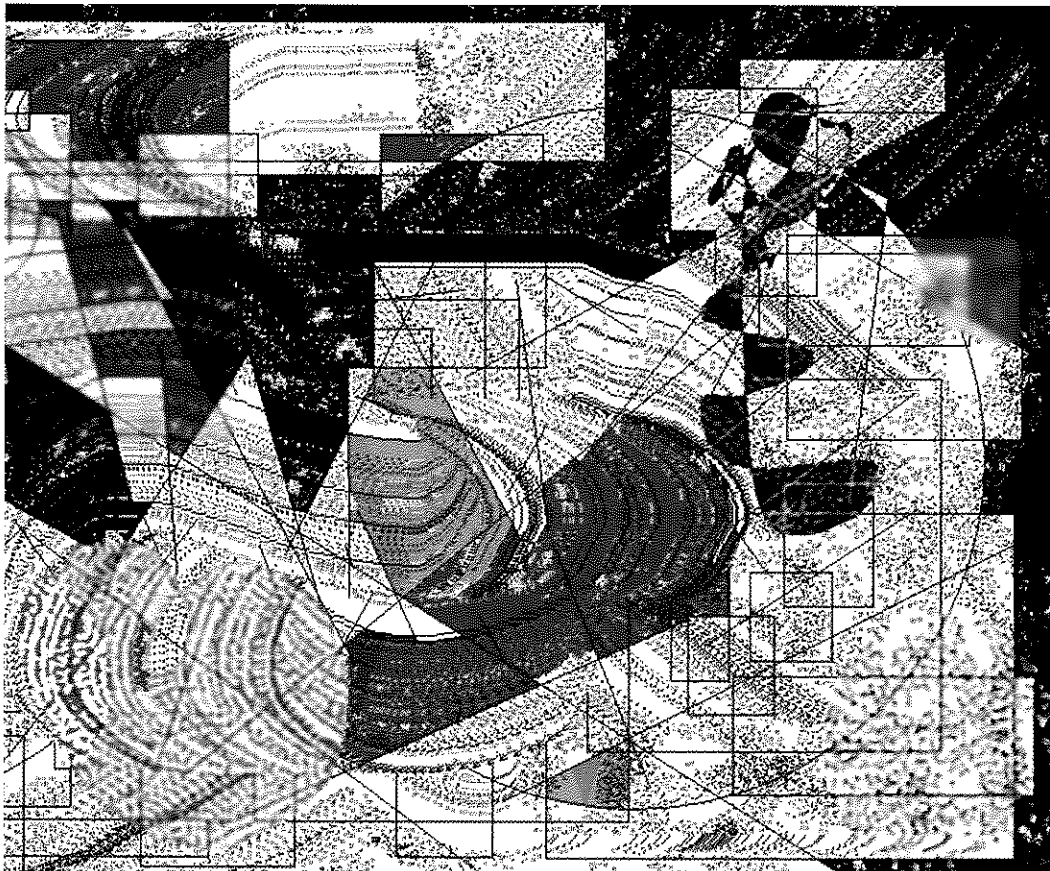
aliados con grupos de ilegales armados o cómplices de delitos de lesa humanidad.

- c. Obligación de ampliar la participación de mujeres, grupos étnicos y jóvenes, tradicionalmente sub-representados en las organizaciones partidistas.
- d. Instauración de mecanismos internos de rendición de cuentas.
- e. Reiteración del principio constitucional de financiación mixta de las campañas, pero reglamentación más detallada del sistema de financiación estatal de las mismas, de los requisitos para tener derecho a anticipos estatales, de los porcentajes previos de financiación y del principio de transparencia al respecto.

Aunque el Acto Legislativo de 2009 llena algunos vacíos de la reforma de 2003, tampoco resuelve el problema de fondo que es la extrema personalización de la vida partidista en Colombia, la forma como se reproduce el capital político y la escasa o

nula gestión partidista. Tal como lo han planteado numerosos críticos y analistas, el mayor reto de la política colombiana no tiene que ver con el número de sus partidos sino con su calidad y un mejor sistema electoral, de modo que existan partidos fuertes sin que se conviertan en fuentes autónomas de poder y que se puedan mantener las ventajas democráticas de representación proporcional sin atomizar los partidos.

En la actualidad, la individualización y la inhibición de organizaciones auténticas e independientes son características protuberantes de la política colombiana que atentan contra el desarrollo de la democracia. El papel de los partidos políticos ha cambiado en la medida en que su objeto fundamental es la acumulación de votos al margen de una ideología partidista clara, lo que conlleva el debilitamiento paulatino de la sociedad civil y, en consecuencia, de la sociedad política, es decir, la perpetuación de los regímenes de caudillos.



Tomado de: http://www.flickr.com/photos/cane_rosso/

La seguridad en la Constitución de 1991¹

Francisco Leal Buitrago*

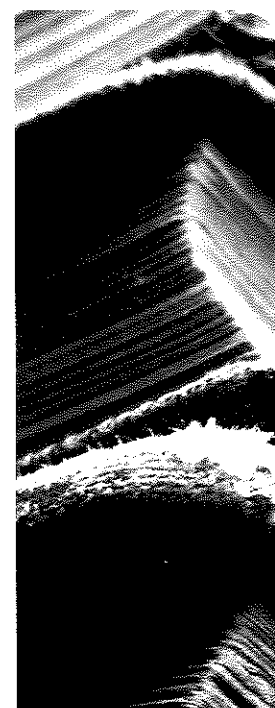
En la celebración de los 20 años de la Constitución de 1991 han sido publicados numerosos comentarios a favor y en contra. Entre ellos, son más los que le reconocen sus virtudes, no obstante algunas limitaciones y equívocos. Varios comentarios críticos le asignan responsabilidades que no tiene, ya que sus desarrollos, interpretaciones y aplicaciones dependen de diversos factores, la mayor parte propios del sistema político que nos rige y que se derivan de diversas circunstancias a lo largo de las dos últimas décadas. Además, la Constitución ha tenido 31 modificaciones, de las cuales algunas han afectado el espíritu democrático que la caracteriza. Entre ellas sobresale el Acto Legislativo No. 2 de 2004, que amplió la posibilidad del mandato presidencial a dos períodos, lo que afectó el equilibrio de poderes del Estado.

Quizás el problema principal que ha incidido en la Constitución ha sido la debilidad política del Estado, entendida como la limitada capacidad para cumplir

sus funciones constitucionales, como son la defensa de los derechos ciudadanos y el cumplimiento de los deberes por parte de la ciudadanía.² A esta debilidad se añade la del sistema de partidos políticos, que además de inscribirse en una tendencia mundial, ha sido propiciada por intereses clientelistas de caciques y gamonales regionales, sobre todo los que se proyectan a nivel nacional. Además, el capricho del presidente Álvaro Uribe de construir un régimen caudillista –ausente hasta ese momento en el país– contribuyó a la fragilidad partidista.

No obstante, la Carta de 1991 ha sido un fenómeno inédito en la historia de las constituciones en Colombia, ya que quizás ha sido la única en la que sus diseñadores representaron las principales fuerzas políticas del país, a pesar de la limitada votación que los eligió. Cuando se pensó que este hecho iba a ser un punto de quiebre de los

² Además de la tradicional debilidad política del Estado, en particular su incapacidad de monopolizar el uso de la fuerza y la justicia, el fenómeno contemporáneo conocido como ‘captura del Estado’ (penetración en sus instituciones de intereses particulares dominantes, tanto legales como ilegales) ha sido el problema que más lo ha debilitado desde que se amplió su burocracia y se fortalecieron sus arcas y su capacidad de asignación de recursos.



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/marcinski/>

* Sociólogo, Profesor Honorario de las universidades Nacional de Colombia y de Los Andes.

¹ Versión revisada y actualizada de mi artículo “La seguridad nacional en la Constitución de 1991”, en Francisco Leal Buitrago, *El oficio de la guerra*, Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1994, Anexo 1.

vicios políticos que venían acumulándose de tiempo atrás, escasamente fue un paréntesis ya que pronto esos problemas resurgieron y se multiplicaron con mayor fuerza. Pero en todo caso, y pese a lo ocurrido en estos 20 años, el país cuenta con una Constitución que aún tiende al ideal de los regímenes de democracia liberal.

La Constitución de 1991 no hizo cambios sustanciales a lo que la Carta de 1886 estableció en materias militares y en lo que se refiere a la seguridad. La preocupación de los constituyentes por la violencia no se expresó en una reflexión sobre las instituciones responsables de enfrentarla. En general, se mantuvieron la conformación y las funciones de las instituciones que constituyen –según expresión de la nueva Carta– la fuerza pública. Básicamente se reorganizó el articulado y se actualizó su lenguaje.

Entre los factores que limitaron una reforma constitucional seria en el campo militar se destacan el desconocimiento que de este campo tiene la clase política y el temor del gobierno y los constituyentes a despertar susceptibilidades entre las filas castrenses. Especialmente notoria fue la prevención por parte de la amplia representación del M-19 frente a eventuales reacciones de los militares en su contra³.

A continuación se transcriben los apartes de la Constitución de 1991 relacionados con temas militares y de seguridad, con breves comentarios referidos al problema tratado.

- *Título II* (De los derechos, las garantías y los deberes), Capítulo 1 (De los derechos fundamentales), Artículo 39 (párrafo final: “No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la fuerza pública”).

3 A pesar de que se desaprovechó la oportunidad brindada por la nueva Constitución, el gobierno del presidente César Gaviria adelantó reformas importantes en materia de seguridad, que transformaron la tradición cimentada desde 1958. El gobierno abocó estos temas al sustraerlos por primera vez de la exclusiva responsabilidad política castrense. Buscó cambiar la relación de los militares con las instituciones civiles del Estado y desarrolló una nueva estrategia de seguridad.

Comentario: Precepto nuevo que concuerda con el Artículo 219, referido al carácter no deliberante de la Fuerza Pública.

- *Capítulo 4* (De la protección y aplicación de los derechos), Artículo 91: “En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden”.

Comentario: Disposición igual a la formulada en la Constitución de 1886. Constituye lo que se llama el principio de la ‘obediencia debida’, que ha causado controversia en los países donde hubo regímenes militares y en los que las fuerzas armadas violan los derechos humanos y cometen crímenes de guerra.

- *Título V* (De la organización del Estado), Capítulo 1 (De la estructura del Estado), Artículo 116: (modificado. Acto Legislativo 3 de 2002, art. 1º.) “La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia (...) y los jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar.

Comentario: Este artículo amplía y complementa lo expuesto en la constitución anterior, pues reconoce de manera explícita el fuero militar. Concuerda con el Artículo 221 (modificado. Acto legislativo 2 de 1995, art. 1º.)

- *Título VI* (De la Rama Legislativa), Capítulo 3 (De las leyes), Artículo 150: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 11. Establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración”.



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/marcinski/>

Comentario: Con la autonomía en materia de gasto, el Congreso puede determinar la organización, el tamaño y el equipamiento de la fuerza pública.

- *Capítulo 4* (Del Senado), Artículo 173: "Son atribuciones del Senado: (...) 2. Aprobar o improbar los ascensos militares que confiera el gobierno, desde oficiales generales y oficiales de insignia de la fuerza pública, hasta el más alto grado (...) 4. Permitir el tránsito de tropas extranjeras por el territorio de la República. 5. Autorizar al gobierno para declarar la guerra a otra nación".

Comentario: Tradicionalmente, el Senado solamente se ha limitado a ratificar los más altos grados conferidos por el Ejecutivo.

- *Capítulo 6* (De los congresistas), Artículo 179: "No podrán ser congresistas: (...) 2. Quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección".

Comentario: Esta norma tiene como propósito evitar que los militares usen el poder para hacerse elegir, una vez hayan pasado a situación de retiro.

- *Título VII* (De la Rama Ejecutiva), Capítulo 1 (Del Presidente de la República), Artículo 189: "Corresponde al presidente de la república como jefe de Estado, jefe del gobierno y suprema autoridad administrativa: (...) 3. Dirigir la fuerza pública y disponer de ella como comandante supremo de las fuerzas armadas de la república. 4. Conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado. 5. Dirigir las operaciones de guerra cuando lo estime conveniente. 6. Proveer a la seguridad exterior de la república, defendiendo la independencia y la honra de la nación y la inviolabilidad del territorio; declarar la guerra con permiso del Senado, o hacerla sin tal autorización para repeler una agresión extranjera, y convenir y ratificar los tratados de paz, de todo lo cual dará cuenta inmediata al Congreso. 7. Permitir, en receso

del Senado, previo dictamen del Consejo de Estado, el tránsito de tropas extranjeras por el territorio de la república (...) 19. Conferir grados a los miembros de la fuerza pública y someter para aprobación del Senado los que correspondan de acuerdo con el artículo 173".

Comentario: Las atribuciones fijadas al presidente de la república en este artículo le asignan una responsabilidad absoluta en materias de seguridad y defensa en general y en el campo militar en particular. Es la confirmación del régimen político presidencialista. Además, le asigna autoridad vertical en materias militares, lo que concuerda con la estructura castrense y garantiza el cumplimiento de su disciplina particular.

- *Capítulo 6* (De los Estados de Excepción), Artículo 212: "El presidente de la república, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el estado de guerra exterior. Mediante tal declaración, el gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad. La declaración del Estado de guerra exterior sólo procederá una vez el Senado haya autorizado la declaratoria de guerra, salvo que a juicio del presidente fuere necesario repeler la agresión. Mientras subsista el estado de guerra, el Congreso se reunirá con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales, y el gobierno le informará motivada y periódicamente sobre los decretos que haya dictado y la evolución de los acontecimientos. Los decretos legislativos que dicte el gobierno suspenden las leyes incompatibles con el estado de guerra, rigen durante el tiempo que ellos mismos señalen y dejarán de tener vigencia tan pronto se declare restablecida la normalidad. El Congreso podrá, en cualquier época, reformarlos o derogarlos con el voto favorable de los dos tercios de los miembros de una u otra cámara".

- *Artículo 213* "En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser

conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía, el presidente de la república, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el estado de conmoción interior, en toda la República o parte de ella, por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos. Los decretos legislativos que dicte el gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el estado de conmoción y dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público. El gobierno podrá prorrogar su vigencia, hasta por noventa días más. Dentro de los tres días siguientes a la declaratoria o prórroga del estado de conmoción, el Congreso se reunirá por derecho propio, con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales. El Presidente le pasará inmediatamente un informe motivado sobre las razones que determinaron la declaración. En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar”.

Comentario: Los dos artículos anteriores modifican y complementan el estado de sitio de la Constitución de 1886. Su propósito es contrarrestar los abusos que se dieron con esa norma, al establecer unos términos e involucrar otras instituciones, como el Congreso, en el proceso de excepcionalidad constitucional. El artículo 212 se refiere a la guerra externa y el 213 a la conmoción interior, debida a problemas de alteración del orden público. Este último concepto es vago y se presta a diversas interpretaciones, tanto por parte del Ejecutivo que hace uso de la norma, como por la Corte Constitucional encargada de verificar su compatibilidad con la Constitución. Es importante indicar, además, que en este mismo artículo se elevó a norma constitucional la decisión que en 1987 tomó la corte Suprema de Justicia al prohibir el juzgamiento de civiles por parte de militares. Esta clase de juzgamientos se hizo por largo tiempo al amparo del estado de sitio.

- *Artículo 214:* Los estados de excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones: (...) 2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. (...)”.

Comentario: Esta norma prohibió la suspensión de los derechos y libertades bajo el estado de sitio de la Constitución de 1886. Como hubo estado de sitio durante la mayor parte del tiempo desde 1948 hasta 1990, la vulnerabilidad de los derechos fundamentales ante la fuerza pública fue muy grande. La norma concuerda con una de las mayores novedades de la nueva constitución, que es la amplia formulación de los derechos humanos.

- *Capítulo 7 (De la Fuerza Pública), Artículo 216:* “La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas. La ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo”.

Comentario: El servicio militar se debe ahora y en buena medida a las limitaciones presupuestales del Estado, ya que es demasiado oneroso sostener un ejército sólo de soldados profesionales. Aún con el incremento del presupuesto en seguridad, el presidente Uribe no pudo cumplir su promesa de campaña de eliminar el servicio militar obligatorio, pues buena parte de tal incremento se gastó en un mayor pie de fuerza. Este servicio se refiere a los soldados, ya que los oficiales y suboficiales son voluntarios y profesionales. Sin embargo, la reglamentación sobre prestación del servicio militar y su ejecución han dado lugar a la evasión del servicio por parte de los grupos sociales de mayores recursos y a la corrupción de militares encargados del reclutamiento. Estos aspectos guardan relación con cierta ineficiencia militar, ya que los bajos niveles educativos propios de los sectores más pobres de la población que no

pueden evitar su reclutamiento, así como la rotación continua de los conscriptos, limitan una formación adecuada.

- *Artículo 217*: “La nación tendrá para su defensa unas fuerzas militares permanentes constituidas por el ejército, la armada y la fuerza aérea. Las fuerzas militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. La ley determinará el sistema de reemplazos en las fuerzas militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio”.

Comentario: En la nueva Carta quedó aclarada la confusión que se presentaba en la constitución anterior, pues separó las tres ramas de las Fuerzas Militares de los cuerpos civiles armados del Estado. La Constitución fija las funciones militares, especialmente la defensa de la soberanía y la integridad territorial. La Carta establece lo que es el territorio nacional en el Artículo 101.

- *Artículo 218*: “La ley organizará el cuerpo de policía. La Policía Nacional es un cuerpo permanente de naturaleza civil, a cargo de la nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario”.

Comentario: Este artículo es correlativo al 217, en la medida que define de manera expresa la naturaleza y las funciones del principal cuerpo civil armado del Estado, la Policía Nacional, llenando un vacío de la Constitución anterior. No obstante, el problema consiste en cierta superposición de funciones que hay en la realidad entre los militares y la Policía. La nueva Constitución trata de enmendar, al menos normativamente, el problema. Debe señalarse, además, la prohibición expresa de la Constitución de organizar milicias. Aunque estos cuerpos estaban autorizados en la Carta anterior, nunca llegaron a organizarse. La prohibición

se dirige a darle mayor fuerza al mandato del monopolio de armas por parte del Estado.

- *Artículo 219*: “La fuerza pública no es deliberante; no podrá reunirse sino por orden de autoridad legítima, ni dirigir peticiones, excepto sobre asuntos que se relacionen con el servicio y la moralidad del respectivo cuerpo y con arreglo a la ley. Los miembros de la fuerza pública no podrán ejercer la función del sufragio mientras permanezcan en servicio activo, ni intervenir en actividades o debates de partidos o movimientos políticos”.

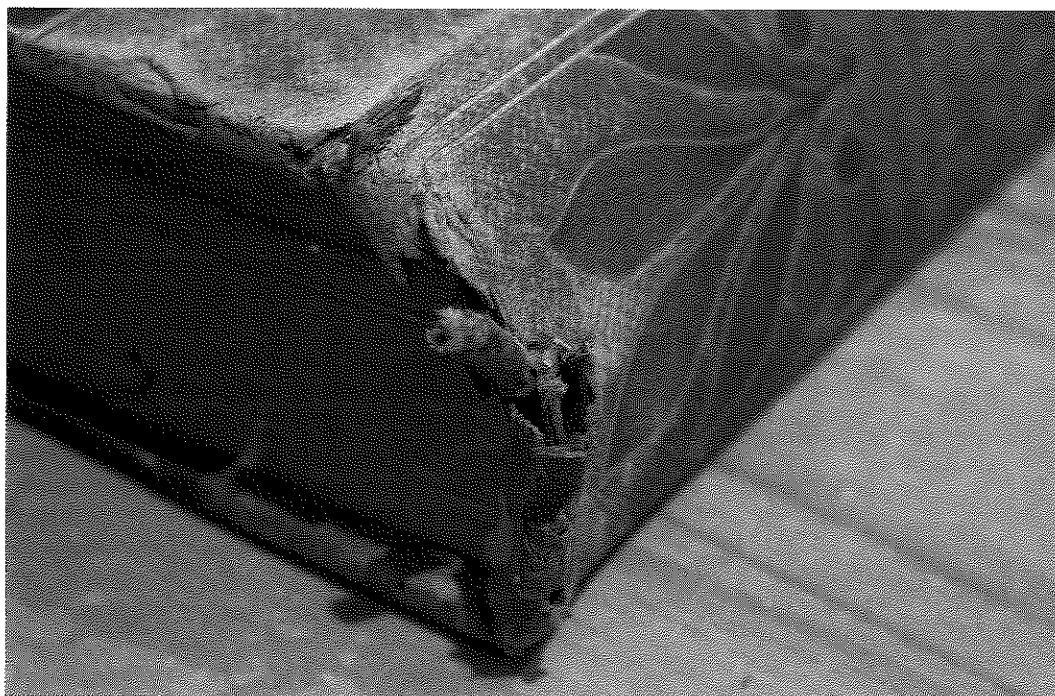
Comentario: Este artículo concuerda con la parte final del Artículo 39, referido a la prohibición de organización sindical de la fuerza pública, y con la obediencia debida del Artículo 91. La prohibición del sufragio es una herencia del sectarismo bipartidista premoderno inherente al sistema político hasta el Frente Nacional, y que afectó a los militares debido a lo tardío de su profesionalización, proceso que transcurrió entre 1907 y 1943⁴. Una ley de 1930 les prohibió el ejercicio del voto y una reforma de 1945 la elevó a norma constitucional. A diferencia de la anterior, la nueva Constitución especifica que la prohibición se refiere además a debates de partidos y movimientos políticos.

- *Artículo 220*: “Los miembros de la fuerza pública no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la ley”.

Comentario: Los ascensos en todos los grados de la jerarquía armada están regulados por la ley mediante los estatutos orgánicos de las carreras de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Así mismo, los derechos y obligaciones, y el régimen de prestaciones, están consignados en los mismos estatutos y en los reglamentos que han sustentado la profesionalización de los cuerpos armados.

- *Artículo 221*: “Los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en

⁴ La profesionalización militar sostenida comenzó con la fundación de la Escuela Militar José María Córdova, en 1907, y culminó cuando un egresado de esa escuela ocupó el más alto cargo militar, en 1943.



Tomado de: <http://www.flickr.com/photos/koenvereeken/>

servicio activo y, en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”.

Comentario: “El tema del fuero militar ha sido fuente de controversias, en la medida en que ha dado pie para la violación de los derechos humanos. En el pasado también sirvió de base para el juzgamiento de civiles por parte de militares. Desde que los delitos que cometen los militares fuera del servicio son juzgados por tribunales civiles, los militares consideran que en la práctica no opera la Justicia Penal Militar. Esta percepción se profundizó con las condenas a oficiales derivadas las desapariciones provocadas por la toma del Palacio de Justicia por parte del M-19, en 1985, y la reacción militar. El fuero es considerado por los militares como la columna vertebral de su profesión, y se fundamenta en las características específicas de las acciones militares, particularmente en la guerra. Por eso es inconveniente que, en lugar de abolirla, se hubiese elevado a norma constitucional la legislación que contempla el fuero militar para la Policía Nacional, que no es un cuerpo militar. La denominación de “fuerza pública” incluye a la Policía, según la misma definición dada por la Constitución. Este problema forma parte del lastre de la

militarización que sufrió la Policía desde mediados del siglo pasado.

- **Artículo 222:** “La ley determinará los sistema de promoción profesional, cultural y social de los miembros de la fuerza pública. En las etapas de su formación, se les impartirá la enseñanza de los fundamentos de la democracia y de los derechos humanos”.

Comentario: Esta norma es una de las novedades de la Constitución en el tema militar. Establece la obligatoriedad de la enseñanza en materia de democracia y derechos humanos dentro de la formación profesional.

- **Artículo 223:** “Sólo el gobierno puede introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos. Nadie podrá poseerlos ni portarlos sin permiso de la autoridad competente. Este permiso no podrá extenderse a los casos de concurrencia a reuniones políticas, a elecciones, o a sesiones de corporaciones públicas o asambleas, ya sea para actuar en ellas o para presenciarlas. Los miembros de los organismos nacionales de seguridad y otros cuerpos oficiales armados, de carácter permanente, creados o autorizados por la ley, podrán portar armas bajo el control del gobierno, de conformidad con los principios y procedimientos que aquélla señale”.

Comentario: Este artículo es importante en la medida en que hace referencia explícita al monopolio de las armas por parte del Estado y, en última instancia, al monopolio del uso de la fuerza. Como es sabido, la teoría weberiana define al Estado moderno a partir de esta consideración. Sin embargo, una de las manifestaciones de debilidad del Estado colombiano ha sido su incapacidad para cumplir con este precepto constitucional.

- *Título VIII* (De la Rama Judicial), *Capítulo 2* (De la jurisdicción ordinaria), Artículo 235: "Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: (...) 4. Juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, (...) a los Generales y Almirantes de la fuerza pública, por los hechos punibles que se les imputen".

Comentario: A quienes ejercen el mando y tienen la responsabilidad directa de la conducción de la fuerza pública, en razón de sus altos grados, se les sustituye el fuero militar por la responsabilidad de sus actos ante el tribunal supremo de la justicia ordinaria.

- *Capítulo 6* (De la Fiscalía General de la Nación), *Artículo 250* (modificado. Acto Legislativo 3 de 2002, art. 2º): "La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento (...) Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. (...)".

Comentario: Este artículo está vinculado a los artículos 221, sobre el fuero militar, y 235, sobre el juzgamiento de generales y almirantes por parte de la Corte Suprema de Justicia.

- *Artículo 250 (continuación)* Parágrafo 2º. Adicionado. Acto Legislativo 2 de 2003, art. 4º.: "Para combatir el terrorismo y los delitos contra la seguridad pública, y en aquellos sitios del territorio nacional donde no exista una autoridad judicial a la que se pueda acudir en forma inmediata o donde

el acceso de los funcionarios ordinarios de policía judicial no sea posible por excepcionales circunstancias de orden público, la Fiscalía General de la Nación conformará unidades especiales de policía judicial con miembros de las fuerzas militares, los cuales estarán bajo su dirección y coordinación. Para el desarrollo de las labores propias de esta función, los miembros de la unidad pertenecientes a las fuerzas militares se regirán, sin excepción, por los mismos principios de responsabilidad que los demás miembros de la unidad especial".

Comentario: Como era de esperarse, puesto que los militares no pueden tener funciones de policía judicial, la Corte Constitucional declaró inexecutable este parágrafo, mediante Sentencia C-816 de 2004.

- *Título X* (De los organismos de Control), *Capítulo 2* (Del Ministerio Público), Artículo 277: "El Procurador General de la Nación (...) tendrá las siguientes funciones: 1 Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos. 2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad (...) 6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas (...); ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley. (...)".

Comentario: Esta norma ratifica y amplía la señalada en la Carta anterior en cuanto a la vigilancia de la Procuraduría sobre los funcionarios públicos sin excepción, en materias disciplinarias y de violación de las libertades y los derechos humanos. Concuerda con los artículos 214 y 222 que garantizan la vigencia de los derechos individuales y la enseñanza de los derechos humanos, respectivamente. La Práctica iniciada durante el gobierno de Virgilio Barco, de nombrar procuradores civiles delegados para las Fuerzas Militares, hace teóricamente más drástico el control de violaciones a las normas disciplinarias de las instituciones castrenses.

- *Título XI* (De la organización territorial), *Capítulo 2* (Del régimen departamental),

Artículo 303 (Modificado. Acto Legislativo 2 de 2002, art. 1º.): "(...) el gobernador será agente del presidente de la república para el mantenimiento del orden público (...)".

- *Capítulo 3 (Del régimen municipal)*, Artículo 315: "Son atribuciones del alcalde: (...) 2. Conservar el orden público en el municipio, de conformidad con la ley y las instrucciones y órdenes que reciba del presidente de la república y del respectivo gobernador. El alcalde es la primera autoridad de policía del municipio. La Policía Nacional cumplirá con prontitud y diligencia las órdenes que le imparta el alcalde por conducto del respectivo comandante".

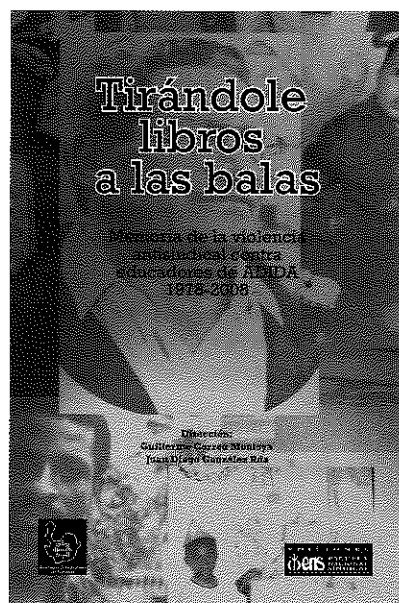
Comentario: Estos dos artículos subordinan los gobernadores y alcaldes al presidente de la República en materia de orden público. Además, los responsabiliza directamente de su mantenimiento, situación que es novedosa porque anteriormente y de hecho la responsabilidad la asumían los comandantes militares de las regiones y zonas donde estuviera turbado el orden público. Las normas son todavía más importantes si se tiene en cuenta que esos funcionarios son elegidos popularmente.

* * *

Como se afirmó en los párrafos iniciales de este artículo, la Constitución de 1991 introdujo pocas normas importantes que apoyaran la perspectiva política militar y de defensa del gobierno de César Gaviria, durante el cual se creó esta 'norma de normas'. Sin embargo, hubo avances significativos, además de que se pusieron al día algunas definiciones y principios relacionados con estos temas. Pero también se dieron cambios importantes al respecto por fuera de la Constitución, como haber sustraído de la órbita castrense decisiones políticas y cambiado la relación de los militares con las instituciones del Estado ajenas al quehacer diario de las Fuerzas Militares.

No obstante, el intento de ese gobierno de plantear una política civil de dirección militar fracasó en los últimos dos años de su período, pese a haber nombrado un ministro de Defensa civil luego de 38 años de vigencia en esa cartera de generales en servicio activo. Solamente hasta el gobierno de Álvaro Uribe tuvo éxito la dirección civil de la política militar, aunque con varias consecuencias desafortunadas, como la profundización de la tendencia anterior de militarización de la seguridad.

Novedad Editorial



Tirándole libros a las balas:

Memoria de la violencia antisindical contra educadores de ADIDA 1978-2008

Dirección: Guillermo Correa Montoya y Juan Diego González Rúa

Asociación de Insitutores de Antioquia y Escuela Nacional Sindical
Septiembre 2011

En este libro se procura establecer una trama relacional entre las acciones reivindicativas de las víctimas, los contextos, las acciones sindicales y las violaciones. La mirada se centra en el reconocimiento de los nombres propios de líderes que perdieron su vida ejerciendo el derecho fundamental de la libertad sindical, y que fueron asesinados tanto por su compromiso docente como por su pasión comunitaria, por su trabajo social y reivindicativo, por tener una voz disidente, por atreverse a exigir respeto a los valores y principios inherentes al Estado social de derecho y al pacto nacional de la Constitución de 1991, y por defender el derecho a la educación y a la libertad frente al ejercicio de una ciudadanía plena.



Asociación de Insitutores
de Antioquia



www.ens.org.co

En **reddis** tenemos nuevo **sitio web!**

Ingresa a **www.reddis.co** e infórmate
sobre nuestras actividades:

- Formación en temas de discapacidad
- Incidencia en política pública
- Actividades y eventos
- Documentos e investigaciones
- Normatividad

Sobre REDDIS

Novedades

Blogs

Seguimiento a políticas y planes

Documentos y publicaciones

Fo

Acceso a la información por:

Nodos regionales

[Nodo Barranquilla >](#)

[Nodo Bogotá >](#)

[Nodo Cali >](#)

[Nodo Medellín >](#)

[Nodo Pereira >](#)

Acceso a la información por:

Líneas temáticas

» [Accesibilidad](#)

» [Comunicación Inclusiva](#)

» [Educación Inclusiva](#)

» [Habilitación - rehabilitación](#)

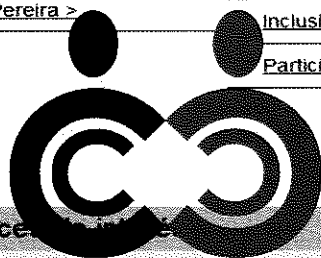
[Inclusión laboral](#)

[Participación](#)



FORO POR LA DISCAPACIDAD CON CANDIDATOS A LA ALCALDÍA DE MEDELLÍN, 23 de septiembre.

Cordial saludo, la presente es con el ánimo de
invitarlos a acompañar al Foro por la Discapacidad
co...



Incidiendo

para la inclusión

reddis

red nacional de organizaciones para la
promoción, ratificación e implementación
de la convención de derechos de personas
en condición de discapacidad



Claves para que **NO bote el VOTO**

Foro y NDI lanzan la Campaña
Claves para que no bote el voto
en las elecciones territoriales
de 2011.

¿Quiere saber cómo fortalecer
el papel de la ciudadanía en las
elecciones de octubre de 2011?

¿Cuál es la apuesta de Foro
para las elecciones de octubre
de 2011?

Conozca más en
www.foro.org.co