

30 años después: A pesar de 55 reformas la Constitución del 91 mantiene su identidad

Armando Novoa García
Ex - presidente Comisión Especial Legislativa
Ex - magistrado Consejo Nacional Electoral

“Los pueblos que viven cambiando de Constitución se convierten en un comodín para legitimar el despotismo”. (Tulio Enrique Tascón)

Se cumplen 30 años de la Constitución de 1991. La ocasión es propicia para evaluar su impacto sobre el Estado y la sociedad colombiana.

En este documento se examinan algunos cambios que se han incorporado a su contenido. El ejercicio es necesario pues las numerosas reformas llevan a la pregunta de si el documento actual es similar al que se expidió hace 30 años o si nos encontramos ante otro estatuto constitucional.

Algo de historia: ninguna constitución es perfecta

Empecemos por una breve referencia a la de historia de la relación Constitución-reformas.

Expedida la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, en la Francia revolucionaria alguien dijo que las reformas constitucionales debían prohibirse. Dos años después se llegó a la conclusión contraria. De allí la fórmula que se adoptó en 1793: “Un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar su constitución. Una generación no tiene derecho a someter a sus leyes a las generaciones futuras”.

Si es demasiado flexible el órgano de representación toma el control de ella y anula la soberanía popular. Si es muy rígida puede incitar a la violencia para lograr su cambio. Lograr el equilibrio es garantía de estabilidad institucional y de vigencia de la democracia.

Como ejemplo de permanencia constitucional se encuentra la Constitución de Estados Unidos con solo 27 enmiendas en más de 240 años de vigencia. Como expresión de lo segundo está el caso de Méjico con 741 reformas hasta 2020.

La Constitución de 1886 rigió 104 años y fue objeto de 74 reformas. El Plebiscito del 57 cerró la posibilidad de que pueblo participara directamente de las reformas pues estableció que cualquier cambio solo podía tramitarse por la vía del Congreso. El proceso de la séptima papeleta rompió esa talanquera.

Los constituyentes no optaron por una Constitución inmodificable

En la Asamblea del 91 se propuso que la Constitución no fuera objeto de cambios en los 8 años siguientes. Esa opción fue negada¹. Tampoco se establecieron cláusulas pétreas o inmodificables.

¹ Gaceta Constitucional N° 81, 24 de mayo de 1991, pág. 7 y 8.

Por el contrario, contempla tres vías de reforma: el acto legislativo, el referendo de iniciativa presidencial o popular y la asamblea constituyente.

En estas tres décadas, el Congreso ha aprobado 55 reformas que modifican alrededor de 108 artículos.

El siguiente cuadro muestra el número de reformas por gobierno.

Cuadro de reformas por gobierno

Gobierno	Período	Número reformas a la Constitución
Cesar Gaviria	1990-1994	3
Ernesto Samper	1994-1998	4
Andrés Pastrana	1998-2002	7
Álvaro Uribe	2002-2006/2006-2010	15
Juan Manuel Santos	2010-2014/2014-2018	19
Iván Duque	2018-2022	7
TOTAL		55

Examinemos algunas reformas.

El retorno de beneficios a la política tradicional

Muy temprano, en el gobierno de Cesar Gaviria, se aprobaron tres actos legislativos. El más relevante a favor de la clase política tradicional. La reforma permitió los reemplazos en las faltas temporales de los congresistas, posibilidad que no contemplaba en el texto original. Se quiso volver a la práctica del “*carrusel*”, que les permitía obtener beneficios económicos y pensiones con reemplazos de corta duración. Desde el Ministerio de Hacienda se revivieron los “*auxilios parlamentarios*”, según denunció el Veedor del Tesoro Público. En el año 1996 se suprimieron los apartes que señalaban que los diputados no tendría calidad de funcionarios públicos y solo derecho a honorarios. En la segunda administración de Uribe se creó un régimen de prestaciones sociales y seguridad social para los diputados. Ese tipo de reformas han estimulado el clientelismo político.

Los ataques contra la carta de derechos

El aspecto vertebral de la Constitución del 91 es la carta de derechos que ha sido objeto de 7 cambios:

- En el gobierno Samper se restableció la extradición de nacionales por nacimiento que la Asamblea Constituyente había prohibido en el **artículo 35**. El cambio se adoptó en medio de las investigaciones adelantadas contra el ex presidente y su círculo más cercano por la financiación de la campaña electoral por el narcotráfico.
- En el gobierno de Andrés Pastrana, se eliminó la expropiación sin indemnización que contemplaba el **artículo 58**. Su finalidad fue atraer la inversión extranjera.

- La tercera, promovida en el primer cuatrienio de Álvaro Uribe, sobre el derecho a la seguridad social del **artículo 48**. Esta extensa reforma introduce el principio de “*sostenibilidad financiera del sistema pensional*”, establece un tope a las pensiones, eliminó la mesada 14 y suprime los regímenes especiales y exceptuados, salvo para la fuerza pública y el Presidente de la República.
- En la segunda administración de Uribe se modificó el **artículo 49** para prohibir el porte de sustancias estupefacientes o sicotrópicas y sancionar su consumo personal.
- La quinta, reforma el **artículo 34** y establece la pena de prisión perpetua por delitos sexuales contra niños, niñas o adolescentes. Algunos estudios afirman que esta reforma expresa una política de “*populismo punitivo*”, pues fija en la Carta fundamental una pena desproporcionada que, si bien castiga delitos especialmente repudiados, contraviene el artículo 12 que proscribía penas crueles, inhumanas y degradantes.
- Por otra parte, no es claro que fuera necesaria la reforma del **artículo 52** para calificar los recursos para el deporte y la recreación como gasto público social.

Volver constitucional lo inconstitucional: el blanqueo de normas

En algunas de las reformas se acude a lo que Manuel Fernando Quinche denomina “*el blanqueo de normas*”² inconstitucionales:

- El acto legislativo 2 de 1995 modificó el artículo 221 sobre tribunales militares, luego de que la Corte Constitucional ya había señalado que la presencia de oficiales en servicio activo en esos tribunales viola los principios de independencia y autonomía de los jueces. La reforma permite que estas cortes se integren con miembros de la Fuerza Pública en servicio activo.
- El acto legislativo 1 de 1999 suprimió la posibilidad de que las Cámaras decretaran la expropiación sin indemnización, pero 3 años antes la Corte estableció que en el Estado Social de Derecho el legislador no puede inhibirse el legislador de priorizar el interés público o la utilidad social, con el fin de otorgar estímulos a la inversión extranjera.
- El acto legislativo 1 de 2009 penaliza el consumo de la “*dosis mínima*”, a pesar que desde 1994 la Corte Constitucional señaló que la Constitución no permite la penalización de la “*dosis personal*” y precisa que su prohibición no opera de manera absoluta.

Ordenamiento territorial: se debilita la autonomía

El régimen de la organización territorial ha sido modificado en 17 ocasiones:

- La mitad de los cambios se relacionan con el sistema general de participaciones, transferencias, regalías, financiación de proyectos de inversión y recursos destinados al gasto social en los territorios. El acto legislativo 01 del 2001 ordenó recortar el porcentaje de ingresos corrientes

² Quinche, Manuel Fernando. Reformismo Constitucional. Grupo Editorial Ibáñez, 2017.

que gira la Nación a las entidades territoriales que, entre el 2001 y el 2006, cayeron del 43 al 33,8%. Por otra parte, varias ciudades se han constituido en distritos “*turísticos*”, “*ecoturísticos*”, “*industriales*”, “*biodiversos*” para asegurar su nivel de ingresos en el Sistema General de Participaciones o para lograr ventajas presupuestales o tributarias.

- Los aspectos políticos de la organización territorial han sido objeto de 14 reformas en temas como el funcionamiento de los cuerpos colegiados, el período de los gobernadores y alcaldes y régimen de reemplazos en caso de faltas absolutas. Para Bogotá se aprobó la elección del alcalde Mayor en dos vueltas y se crea la región metropolitana con Cundinamarca.

Aunque estos cambios tratan aspectos no solucionados de la organización territorial, no responden a una visión integral de cómo resolver algunos vacíos de la Constitución. El estatuto del 91 creó la Comisión de Ordenamiento Territorial para que se ocupara de elaborar la ley orgánica. El malestar por los recortes llevó a que en el 2008 los movimientos sociales, sindicatos y algunos congresistas promovieran un referendo que no logró las firmas necesarias para su convocatoria.

Reformas políticas y electorales: numerosos cambios, impactos menores

Estos aspectos han sido objeto de 6 reformas. Los cambios más importantes están contenidos en los actos legislativos 1 de 2003 y 1 de 2009:

- Para contrarrestar la “operación avispa” y hacer más funcional la relación Gobierno-Congreso se adoptaron las listas únicas y un nuevo sistema de asignación de curules y se estableció el régimen de bancadas. El voto preferente generó nuevos problemas pues atizó el individualismo en las campañas. El cambio en la elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral por el Congreso fue un retroceso, pues consolidó un modelo que anula su independencia y neutralidad. Para el caso del Registrador Nacional asignó su escogencia a los presidentes de las Cortes, pero ese procedimiento ha sido objeto de críticas.
- En reacción a la “*parapolítica*”, se estableció un principio de responsabilidad de los partidos, sus directivos o candidatos; obligó a los partidos y movimientos políticos a celebrar convenciones cada dos años; consagró la revocatoria de inscripción de candidatos inhabilitados y estableció como causal de pérdida de investidura o del cargo la violación de los topes máximos de financiación. La precaria regulación de financiación de las campañas y la falta de controles efectivos siguen siendo factores determinantes de la corrupción política y electoral.
- En el año 2005 se aprobaron los actos legislativos 2 y 3 que fijaron las reglas para composición de la Cámara de Representantes. Las reformas dejaron a la vista la improvisación del Congreso, pues el primero estuvo vigente por solo seis meses (!) y el segundo otorgó facultades de reglamentación al Congreso que no ejerció pues se agotaron antes de publicación de la reforma.

El ataque a la Constitución: la reelección presidencial y la Corte Suprema de Justicia

La reforma más regresiva ha sido el **acto legislativo 2 de 2004** que permitió la reelección presidencial inmediata (**artículo 197**). Aunque la Corte Constitucional no encontró una sustitución de la Constitución³, este cambio alteró drásticamente el sistema de frenos y contrapesos e incrementó desmesuradamente el presidencialismo. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia investigó y condenó a varios ministros y altos funcionarios por utilizar procedimientos fraudulentos para lograr ese propósito⁴. En 2009 Uribe pretendió la reelección presidencial indefinida con un referendo, pero la Corte Constitución declaró inconstitucional la ley que lo convocaba.

La reforma de equilibrio de poderes y la prohibición de la reelección

El **acto legislativo 2 de 2015**, de “*equilibrio de poderes*”, retiró de la Constitución la reelección, aunque el presidente Santos que la propició, se benefició de ella y dejó un cúmulo de dudas sobre la financiación de su reelección. La prohibición de la reelección solo puede ser modificada por un referendo de iniciativa popular o una asamblea constituyente. Se extendió la prohibición a los órganos de control, teniendo en cuenta que los procuradores Maya y Ordoñez lograron su reelección inmediata, lo mismo que Volmar Pérez en la Defensoría del Pueblo, aunque la Constitución no la contemplaba.

Reformas al aparato institucional

Los cambios en la parte orgánica de la Constitución que se ocupa de las ramas del poder y órganos autónomos han sido numerosos.

- **En relación con el Congreso:** se introdujo voto nominal y público, se estableció la “silla vacía” que prohíbe el reemplazo de quien sea condenado por cierto tipo de delitos. Se hicieron cambios a la moción de censura, se reconoce el cabildeo en el trámite de leyes y se precisaron las reglas para la votación de proyectos en comisiones de conciliación. Por otra parte, se otorgó garantías en las investigaciones penales y pérdida de investidura contra los congresistas. Ninguno de estos cambios, algunos necesarios como la silla vacía, han permitido rescatar la credibilidad del Congreso.
- **En cuanto a la rama judicial:** se adoptó el sistema penal acusatorio a cargo de la Fiscalía, se ordena una audiencia pública para elección de magistrados y se aumenta el requisito de experiencia para su escogencia, se establece la doble instancia y doble conformidad para aforados constitucionales. Esta reforma no estableció qué sucedería con los procesos en curso, silencio que podría derivar en excarcelaciones e impunidad. El **acto legislativo 2 de 2015** suprimió la Sala Jurisdiccional Disciplinaria y la reemplazó por la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. También se creó una estructura diferente para el gobierno y administración de la justicia, pero la Corte Constitucional la declaró inexecutable. No parece que este tipo de reformas apunten a mejorar el acceso del ciudadano a la justicia, sino a reparar disfuncionalidades en los órganos de poder de la estructura judicial.

³ Sentencia C-1040 de 2005.

⁴ Sentencia No 173 del 26 de junio de 2008, Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

Mencionemos otros cambios puntuales:

- **En temas económicos**, se aprobó el acto legislativo 3 de 2011 sobre la “*sostenibilidad fiscal*”. La reforma ajusta las reglas de intervención del estado en la economía, el plan de inversiones y las características de la ley anual de presupuesto y apropiaciones al equilibrio macroeconómico. Incorpora los conceptos de “*regla fiscal*” e “*incidente de impacto fiscal*”. Su finalidad es lograr el equilibrio fiscal y macroeconómico y subordina a estos principios las decisiones judiciales sobre los derechos económicos y sociales.
- En cuanto al **control fiscal**, se reformó su régimen a cargo de la Contraloría General, se establece que el control no solo será “*posterior y selectivo*”, sino también “*preventivo y concomitante*”. La pregunta es si ese cambio contribuirá a mejorar la lucha contra la corrupción. El Congreso duplicó el presupuesto de la entidad y para el 2023 se calcula que llegará a 1.2 billones de pesos.

Reformas que desarrollan el Acuerdo de Paz Gobierno-FARC EP

Con el Acuerdo de Paz, se aprobaron 6 actos legislativos, 5 de los cuales adicionan transitoriamente la Constitución. Cumplida su temporalidad se volverá al texto original y las instituciones o mecanismos creados dejarán de existir: i) *Fast-track* para trámite legislativo de la normatividad para la paz; ii) Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, compuesto por la Comisión de la Verdad; la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas, y la Jurisdicción Especial para la Paz; iii) Seguridad Jurídica para el Acuerdo de Paz, los acuerdos relacionados con el derecho internacional humanitario y los derechos fundamentales, constituyen referentes de interpretación y de validez de las normas de implementación; iv) Reconocimiento de partido político que surja del acuerdo de paz con las FARC, 10 curules en el Congreso y participación en el Consejo Electoral; v) Financiación Acuerdo, establece la fuente de los recursos del sistema general de regalías para su implementación; vi) El acto legislativo 5 de 2017 adiciona el artículo 22 de la Constitución sobre el derecho a la paz y proscribire todo tipo de apoyo a grupos civiles armados ilegales; vi) circunscripciones especiales de Paz, como medida de reparación política las zonas especialmente afectadas por el conflicto armado. La Corte Constitucional señaló que este proyecto de acto legislativo se aprobó válidamente.

En la administración Duque ha promovido cambios de reacción al Acuerdo de Paz como la prohibición de conceder indultos o amnistías por ciertos delitos y reformas de populismo punitivo expresada en la condena de la cadena perpetua.

Reformas inconstitucionales

De las 55 reformas 7 han sido declaradas inconstitucionales:

En forma integral: (i) la que contenía un Estatuto “antiterrorismo” expedida en el gobierno Uribe; (ii) la que permitía el acceso extraordinario a la carrera administrativa, sin previo concurso, promovida en la segunda administración de Uribe; (iii) Una vez más la carrera administrativa, la Corte Constitucional declaró contraria a la Constitución la reforma contenida en el acto legislativo 4 de 2011 que reproducía la anterior; (iv) el acto sobre el régimen del conflicto de intereses de los

congresistas; (v) el acto legislativo que creaba un tribunal de garantías penales, encargado de servir de juez de control de garantías de los miembros de la fuerza pública, y regulaba el fuero penal militar.

De manera parcial: (i) La reforma que adoptó el sistema penal acusatorio mixto y estableció que el juez de control de garantías, debía ejercer un control posterior, a las acciones que adelante la Fiscalía pero “*al solo efecto de determinar su validez*”; (ii) La introdujo varias modificaciones al gobierno y administración de la rama judicial, y a la investigación y juzgamiento de altos funcionarios del Estado por una Comisión de Aforados. La Corte Constitucional señaló que el sistema de autogobierno de la rama judicial no es susceptible de eliminación por acto legislativo y consideró que la Comisión de Aforados desconocía el principio de separación de poderes.

¿Qué queda de la Constitución del 91?

La mayoría de los cambios a la Constitución no expresan un concepto integral y diferente sobre el Estado, el sistema político, la administración de justicia o el ordenamiento territorial. Más bien responden a problemas coyunturales, urgencias de gobierno y al afán de capturar pequeñas parcelas de poder. En algunos casos, las reformas constituyen un fraude a las decisiones de la Corte Constitucional.

Visto desde otra perspectiva, algunas reformas reflejan presiones de grandes poderes: la extradición, la supresión de la expropiación sin indemnización, y los cambios sobre las reglas para la financiación de los entes territoriales. Sin embargo, en ningún caso se ha llegado al punto de sustituir la constitución por el desvertebramiento de sus elementos definitorios. En varias ocasiones la Corte Constitucional ha declarado inconstitucionales reformas por ese motivo. El reconocimiento de la competencia universal de la Corte Penal Internacional abrió un nuevo marco para la superación del conflicto armado y es un avance significativo para enfrentar la impunidad en los delitos de lesa humanidad.

El ataque más significativo se produjo en la etapa de la seguridad democrática, con el “*Estado Comunitario*” que se presentó y ejecutó como una opción contraria al Estado Social de Derecho. La decisión de la Corte Constitución sobre la segunda reelección trunco ese propósito contrarreformista que hubiera llevado al traste el estatuto del 91.

Con varios aspectos de los Acuerdo de Paz incorporados a la Carta, la asamblea constituyente que algunos reclaman, no es viable ni deseable.

A pesar de los intentos de resquebrajarla, la Constitución del 91 sigue siendo el horizonte para alcanzar la democracia integral que hace 30 años fue imaginada por quienes la redactaron.

29 de Junio 2021