
EL PROCESO CONSTITUYENTE EL CASO COLOMBIANO

Néstor Raúl Correa Henao

Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana, Master en la Universidad de París-II Pantheon-Sorbona en Derecho público, administrativo e internacional público, ex-profesor de Derecho de diversas universidades, ex-consultor de las Naciones Unidas, ex-asesor de la Asamblea Nacional Constituyente.

INTRODUCCION

Este número especial de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana está dedicado a la nueva Constitución Nacional. Con este artículo se busca contribuir a la reflexión sobre la metodología del proceso constituyente en Colombia, de cara a futuras experiencias nacionales o extranjeras.

Una vez expedida la nueva Carta política de Colombia corresponde iniciar toda una labor de "apropiación" de la misma por parte de los colombianos. Esta especie de pedagogía sobre la nueva cultura constitucional encuentra en publicaciones como ésta su espacio propicio.

En mi honrosa condición de ex-alumno y ex-profesor de la Facultad de Derecho de la Bolivariana, publico estas modestas reflexiones con el ánimo de contribuir a la discusión sobre la materia.

El plan de trabajo abandona la metodología de las "disertaciones" y opta por una guía libre y extensa. Es una paradoja que yo, entre otros, haya introducido en el año 1987 las investigaciones tipo disertación en la Facultad de Derecho y ahora no de ejemplo de ella. Mis lectores sabrán perdonarme.

Colombia realizó una reforma constitucional entre los meses de febrero y julio de 1991, mediante una Asamblea Nacional Constituyente.

El objeto de las siguientes páginas es recoger las experiencias metodológicas del proceso de reforma y escribirlo para su estudio por parte de otros países o para futuras reformas similares (1).

Se estudian aquí los aspectos histórico-contextuales, político- funcionales, de procedimiento y de contenido. Vale la pena destacar la interrelación de los diferentes aspectos mencionados; contextos, funciones, procedimientos y metas, que de alguna manera determinan el "political outcome" del "constitution making process" en términos de su mayor o menor éxito (2).

Este trabajo se acoge totalmente a la metodología establecida en el documento "El Proceso Constituyente. Experiencias a partir de cuatro casos recientes: España, Portugal, Brasil y Chile", escrito por José Juan González Encinar, -Madrid-, Bolívar Lamounier -Sao Paulo-, Jorge Miranda -Lisboa- y Dieter Nohlen - Heidelberg-; y publicado por la Fundación Friedrich Ebert de Colombia -FESCOL- en 1991.

I. ANTECEDENTES HISTORICO-POLITICOS

Uno de los elementos claves para entender el significado del "constitution making" y de la constitución en cuanto carta magna de principios fundamentales y de organización de la vida pública es el momento histórico-político en un país que se constitucionaliza (3).

1). *El Proceso Constituyente. Experiencias a partir de cuatro casos recientes; España, Portugal, Brasil y Chile. José Juan González Encinar, -Madrid-, Bolívar Lamounier -Sao Paulo, Jorge Miranda -Lisboa- y Dieter Nohlen -Heidelberg-. FUNDACION FRIEDRICH EBERT DE COLOMBIA -FESCOL-. Santafé de Bogotá, 1991.*

2). *Idem. pag. 1*

3). *Ibidem*

✧ El proceso constituyente, que se centra en la tarea de preparar, debatir y aprobar una constitución, se determina, en lo referente al procedimiento y orientación, por factores de contexto histórico-político y por objetivos políticos (4).

✧ En el caso colombiano, el “constitution making” se produce dentro de un proceso cuya juridicidad se derivaba del régimen anterior, sin que hubiere mediado una ruptura revolucionaria para ello. Sin embargo, la reforma en el fondo tenía como base la ausencia de representación y de espacios de una parte importante de la sociedad civil, la cual generó una violencia que duró cuarenta años entre la población entre sí y entre ésta y el Estado. La reforma constitucional colombiana de 1991 se entiende pues como un intento de pacificación y es ese su rasgo distintivo.

Las principales circunstancias -antecedentes inmediatos- fueron:

a) La violencia, que desde siempre en general pero desde 1948 en particular había venido azotando al país. Más de cuarenta años de guerra interna habían tocado fondo.

b) La crisis de legitimidad de las instituciones tradicionales. Los partidos políticos y los actores que intervenían en los escenarios de participación no representaban la voluntad de una parte importante de la población.

c) La imposibilidad de vías diferentes para realizar el cambio. Ni por la fuerza, ni por medio de las instituciones vigentes, era posible reformar la Constitución de 1886 (sic).

II. FUNCION POLITICA DEL PROCESO CONSTITUYENTE Y DE LA NUEVA CONSTITUCIONALIDAD

Es dentro de estos contextos que se ubica lo que se puede llamar la función política del proceso constituyente. Los objetivos suelen ser varios e interrelacionados entre ellos: aquí se van a fijar los principales puntos

4). *Idem. Resumen*

en términos de corto vs. largo plazo, de grados de consenso y de orientación hacia determinados objetivos políticos (5).

* La función política del proceso constituyente varía según las circunstancias (6). En Colombia, la imposibilidad de realizar una reforma constitucional por el Congreso llevó a forzar los textos y a producir fallos políticos por parte de la Corte Suprema de Justicia sobre la constitucionalidad de los decretos presidenciales que convocaban a una Asamblea Nacional Constituyente.

* Es así mismo importante tener en cuenta el "timing" del "constitution making" dentro del proceso de transición (7). En Colombia, donde el parlamento ordinario (sic) tenía el monopolio del poder de reforma de la Constitución, la transición institucional se produce formalmente dentro de la legalidad existente -porque el fallo político de la Corte así lo estableció-, y materialmente la iniciativa de reforma correspondió a un movimiento estudiantil que encarnó el sentir que de tiempo atrás tenía la sociedad civil acerca de la necesidad de reformar las instituciones sin la participación de la clase política tradicional. Esta iniciativa, empero, fue recogida y canalizada por la clase política tanto tradicional como por la nueva clase política emergente de la reinserción en la vida civil de los otrora grupos guerrilleros; en solemne pacto firmado en Presidencia los diferentes partidos políticos se comprometieron a llevar adelante el proceso de reforma. Luego los poderes públicos materializaron estas iniciativas y le dieron vida jurídica al proceso. La sensación de falta de legitimidad de la élite política y el abismo entre el país nacional y el país político condujo al proceso constituyente.

5). *Idem. pag. 3*

6). *Idem. Resumen*

7). *Ibidem*

III. MODELOS Y ANTIMODELOS DE CONSTITUCION

Todo proceso constituyente se desarrolla bajo el influjo de modelos y antimodelos (8).

El antimodelo del caso colombiano fue naturalmente la violencia y la ausencia de participación y legitimidad.

En el plano del modelo, Colombia no escapa a la tendencia de un cierto "internacionalismo constitucionalista" que apunta a incorporar los principios expuestos en los documentos contemporáneos que establecen los derechos humanos fundamentales y la tendencia a la imitación de las constituciones del respectivo horizonte cultural. Así, la declaración de los derechos del hombre realizada en San Francisco y en posteriores convenciones internacionales inspiró todo el Título II de la Carta. Igualmente varias constituciones europeas y latinoamericanas fueron consultadas reiteradamente durante el proceso de reforma, pero sin que el producto final pudiese llegar a parecerse a la constitución de un país determinado.

La Constitución anterior, la de 1886, no fue nunca un punto de referencia para la redacción de los nuevos artículos, de suerte que ni en el fondo ni en la forma se rescató algo del pasado. Si bien las instituciones permanecieron, se le dio un giro a toda la redacción y se derogó expresamente en el último artículo la Constitución anterior.

IV. EL PROCEDIMIENTO

En lo que a cuestiones de procedimiento se refiere, cabe distinguir tres fases principales en las que se centrarán los comentarios: la fase de iniciativa-convocatoria, el procedimiento propiamente dicho u organización de los trabajos y la fase o procedimiento conclusivo (9).

8). *Idem.* pag. 6

9). *Idem.* pag. 8

1. Iniciativa/convocatoria

En Colombia la Asamblea Nacional Constituyente fue convocada por el Gobierno Nacional, recogiendo una iniciativa de un grupo estudiantil. Aprovechando unas elecciones ordinarias, se introdujo una papeleta adicional en la que se preguntaba si se aprobaba la convocatoria a una constituyente. La respuesta del más del 90% de los votantes fue afirmativa. Las principales fuerzas políticas firmaron luego un pacto con el Gobierno en el que establecían las reglas de juego básicas de la Constituyente. El Gobierno convocó, por Decreto, a las elecciones para constituyente en diciembre de 1990. La Corte Suprema de Justicia estudió la constitucionalidad del Decreto y lo encontró ajustado al orden jurídico, en un fallo más político que jurídico.

Se eligieron 70 delegatarios como miembros de la Asamblea. Los candidatos provenían de los partidos tradicionales y de diferentes grupos y movimientos sociales. Más tarde se incorporaron cuatro delegatarios adicionales, provenientes de los pactos de paz con grupos de exguerrilleros.

La convocatoria se realizó mediante elecciones nacionales, libres y democráticas.

El fin de la Constituyente no era otro que reformar la Constitución Nacional, que para entonces era la Constitución de 1886, con sus reformas. La Constituyente era soberana y no tenía límites diferentes a su plazo de deliberaciones, el cual fue establecido en la papeleta de convocatoria.

La Asamblea Constituyente fue convocada para que se reuniera durante cinco meses, entre el cinco de febrero y el cuatro de julio de 1991, fecha en la cual debía promulgarse la nueva Constitución, sin necesidad de aprobaciones posteriores o requisitos adicionales.

2. La organización del trabajo

La forma de trabajo para la reforma de una constitución, en general, se puede diferenciar por el grado de centralización o de descentralización

en su organización interna (10). En el modelo centralizado, el trabajo de la constituyente se focaliza en el debate de un proyecto constitucional previamente establecido, ora por una comisión externa, ora por una comisión interna de la propia constituyente. Este no fue el caso colombiano. Existe un segundo modelo, denominado semi-centralizado, en el que el trabajo de la asamblea constituyente empieza a partir de varios anteproyectos, de diversos orígenes, previamente redactados. Este tampoco fue el caso colombiano. En Colombia se reformó la Constitución de 1886 siguiendo un modelo descentralizado, esto es, a partir de una ausencia inicial de proyectos que dejaba espacio para que en el curso de las deliberaciones de la Constituyente se presentaran proyectos de diferente iniciativa -interna y externa-, en forma totalmente anárquica desde el punto de vista procesal y conceptual.

En teoría, según el estudio de caso en cuatro países publicado por FESCOL, parece preferible un sistema de organización del trabajo constituyente de mayor centralización (11). No obstante, como aclaran los autores, son las circunstancias políticas las que en cada caso determinan la bondad de uno de los tres modelos enunciados.

En Colombia era necesario y conveniente el tercer modelo, vale decir, el modelo descentralizado, porque la Constituyente fue básicamente un proceso de pacificación que exigía la apertura de espacios para la participación de fuerzas marginadas - guerrilleras o no-.

Precisamente estas circunstancias influyeron en el contenido de la nueva Carta política; pluralista, participativa y democrática, pero ecléctica, demagógica y sin aferrarse a un sistema constitucional o a una escuela de pensamiento determinada.

Estas circunstancias incidieron también en el tamaño, ya que la nueva Constitución presenta una extensión exagerada (380 artículos), debido a la necesidad de incorporar por consenso las iniciativas que los

10). *Idem.* pag. 13

11). *Idem.* Resumen

más diversos grupos presentaban: indígenas, guerrilleros, pastores evangélicos, profesores, deportistas, poetas y hasta el Gobierno Nacional y los políticos tradicionales. En Realidad es normal que un modelo descentralizado conduzca a textos muy largos con reglamentaciones muy detalladas (12).

El consenso, como método, refleja pues la extensión del articulado (13). En Colombia las grandes diferencias ideológicas y la heterogeneidad en la composición de la Constituyente implicó la necesidad de incorporar principios heterogéneos y hasta contradictorios, caracterizados justamente por la estrategia de compromiso.

El consenso reflejó también la forma como se organizó la presidencia de la Asamblea. La presidencia estaba integrada por tres personas, las cuales se alternaban para dirigir las reuniones y adoptaban por consenso las decisiones administrativas e internas. Los presidentes eran los líderes de los tres partidos que tuvieron mayor votación: Partido Liberal, Alianza Democrática M-19 -exguerrilleros- y Movimiento de Salvación Nacional -de ideología conservadora-. En las comisiones se designó como presidentes a los demás grupos, en orden descendente de votación.

La Asamblea Nacional Constituyente empezó por darse su propio reglamento. Para economizar tiempo, representantes de todos los grupos con presencia en la Asamblea se reunieron días antes del inicio formal de las deliberaciones para fijar las bases del reglamento. En los primeros días de reunión se aprobó el reglamento, el cual consta de 74 artículos, repartidos en catorce títulos.

El reglamento tuvo vacíos o errores que es preciso destacar:

- La principal crítica al reglamento consiste en los equivocados tiempos procesales de la Asamblea. El plazo para presentar proyectos era muy extenso -más de un mes, lapso en el cual se presentaron 131 proyectos

12). *Ibidem*

13). *Ibidem*

de normas, 38 de ellos integrales-, mientras que el plazo para el segundo debate fue demasiado corto -de seis días-. De hecho fue necesario llegar a un acuerdo político informal para no intervenir durante más de diez minutos en el segundo debate, y la intervención no podía ser de fondo sino sólo para proponer artículos sustitutivos. Los debates en las cinco comisiones en que se distribuyó inicialmente el trabajo fueron muy extensos -un mes y veinte días-. No hubo por el contrario mucho tiempo para codificar los artículos aprobados en primer debate -una comisión accidental que tuvo menos de un mes para cumplir su labor- y, sobre todo, no hubo ni un día para codificar, armonizar, sistematizar, revisar y organizar el articulado final. El mismo día en que se aprobaron los últimos artículos se promulgó oficialmente la nueva Constitución. El documento que se firmó y promulgó oficialmente tenía tantos errores que días más tarde se publicó una "fe de erratas" que, por complicidad nacional (sic), hace parte de la nueva Carta.

- La segunda crítica apunta al subjetivismo. Si un artículo aprobado en primer debate quería ser modificado por uno "sustancialmente distinto" en el segundo debate -denominado "sustantiva"-, o si en este último se quería proponer un artículo nuevo no considerado o rechazado en primer debate, se requería ya no la mayoría simple de los votos (38), sino la aprobación de las dos terceras partes de los miembros (47). Ahora bien, el presidente de la Asamblea, en cada caso, decidía unilateralmente cuando un artículo era "distinto" o cuando era una simple nueva redacción del mismo punto.
- La tercera crítica consiste en el enorme poder de las comisiones accidentales. Cuando sobre un artículo aprobado en primer debate era preciso ajustar su redacción o sentido para el segundo debate, se nombraban comisiones accidentales integradas entre tres y cinco delegatorios, quienes en dos o tres días debían presentar un proyecto definitivo. La propuesta final de esta comisión, así fuese bien diferente del texto inicialmente discutido durante meses y aprobado en primer debate, tenía todas las posibilidades de ser adoptada, por varios motivos: primero porque esta propuesta se votaba de primero y luego, en forma subsidiaria, se votaban las demás; segundo porque faltando menos de un mes para finalizar el período de la Constituyente no había tiempo para la discusión; y tercero por una especie de pacto

tácito, según el cual las propuestas que viniesen de estas comisiones accidentales había que aprobarlas.

- La cuarta y última crítica fue el deficiente sistema de información. Pocas veces constituyentes, prensa y asesores tenían copia de todo el material que se estaba produciendo o votando. Muchas veces los delegatarios conocían el texto que iban a votar minutos antes de realizarse ésta. Varias votaciones debían ser pospuestas porque ni siquiera se había reproducido el texto final. La información era casi clandestina.

3. Aprobación

La Asamblea Nacional Constituyente era soberana y, como tal, sus actos no necesitaban una refrendación posterior por parte de instancia alguna. No se requirió referendo posterior para su validez, pues en su convocatoria no se exigió tal requisito.

Además, un Acto Constituyente de vigencia transitoria estableció que los actos de la Constituyente no serían objeto de control de constitucionalidad alguno. Así, la vigencia y eficacia quedaban salvaguardadas de una eventual demanda inconstitucional. El tema surgió a raíz de una demanda de un ciudadano ante el Consejo de Estado, en el curso de las deliberaciones, en la que se pedía respetar unas normas del orden jurídico entonces vigentes, que eran desconocidas por el reglamento de la Asamblea. La reacción fue omnipotente.

V. ACTORES EN EL PROCESO CONSTITUYENTE

La característica fundamental del proceso constituyente colombiano fue que no hubo un grupo mayoritario que pudiera imponer su criterio, sino que todas las decisiones fueron negociadas en un marco de transacción colectiva. El pluralismo y el consenso se impusieron.

Los auténticos actores del proceso constituyente fueron las principales fuerzas políticas del país. En orden, fueron protagonistas el Gobierno Nacional -que convocó, impulsó y participó en el proceso-, los partidos políticos tradicionales - Liberal y Conservador- presentes en la Constituyente y con grandes resistencias en el Congreso de la República,

y los nuevos movimientos políticos que nunca antes habían podido participar en la vida política del país -exguerrilleros, indígenas, católicos no romanos, pero también futbolistas, poetas, profesores-.

Las mayores dificultades con que se enfrenta el proceso constituyente colombiano son: la resistencia de la clase política tradicional representada en el Congreso de la República. El Congreso fue puesto en receso -con la aquiescencia del Presidente- y, en consecuencia, se convocó para nuevas elecciones. También la falta de credibilidad entre la población civil, fruto de toda una historia de desconfianza en el establecimiento, no le dio toda la dimensión política a la Constituyente. Por último se destaca el conflicto de orden público que vivió el país durante todo el proceso, particularmente entre el ejército y la guerrilla ortodoxa que se resistía a participar en la vida civil, y, por otra parte aunque en planos diferentes, entre el Estado y los narcotraficantes.

VI. RESULTADOS DEL PROCESO CONSTITUYENTE

Como anota el documento FESCOL a propósito de los casos de España, Portugal, Brasil y Chile, se trata de establecer algunos criterios para medir los "outcomes" en términos comparativos. Es una cuestión muy compleja, que se aborda analíticamente identificando tres disyuntivas centrales, en las que posiblemente habrá que buscar un difícil equilibrio. Sin embargo, este equilibrio no es un fenómeno abstracto, sino contingente.

Por otra parte, resulta extremadamente complejo medir el "outcome" del "constitution making process" de la Constitución colombiana en función de una "policy advice". En principio se pueden identificar tres disyuntivas centrales, en las cuales había que buscar un equilibrio que se adecuara a la realidad colombiana (14).

La primera disyuntiva se presenta entre detallismo y abstracción. El detallismo exagerado hace que la Constitución se vuelva demasiado

14). *Idem.* pag. 22

sustantiva y vulnerable a cambios en la realidad, que la hacen inaplicable, inoperante o contradictoria al desarrollo. El exceso de abstracción puede hacerla ineficaz para atraer lealtad de las masas, por dejar mucho o demasiado poder en manos de quienes la van a interpretar e implementar, o por reducir quizás su fuerza simbólica, si grupos marginados sienten que no fueron escuchados.

La segunda disyuntiva se establece entre decisiones y dilación. Forzar una definición clara en el seno de una asamblea constituyente puede ir más allá de las posibilidades del consenso y de apoyo posterior a la constitución; puede también significar una serie de imposiciones de momento en desacuerdo con el dinamismo político, incluso contraproducentes en el mediano plazo. Remitir muchas cosas importantes a la llamada "legislación complementaria", o introducir demasiados principios programáticos que, de hecho, no pueden ser cobrados, puede desvalorizar o desmoralizar la constitución.

La tercera disyuntiva se produce entre consensualismo ecléctico y purismo de principios. La Asamblea Constituyente, tal vez por la amplia movilización de las masas, se ve forzada a pronunciarse sobre una serie enorme de cuestiones de principio, como por ejemplo, los objetivos últimos del sistema económico o del Estado. Si decide tales cuestiones de manera demasiado ecléctica -esto es, por juxtaposición de principios potencialmente conflictivos-, puede bajar la confianza en la constitución y crear problemas interminables para el poder judicial, en el futuro. Si, al contrario reduce fuertemente el marco de principio básicos, puede dejar importantes sectores sociales en una actitud de alienación y de rechazo tal vez activo/combativo- del sistema político (15).

La Constitución de Colombia se puede evaluar de la siguiente manera, según las tres disyuntivas arriba propuestas:

La primera disyuntiva se produce entre detallismo y abstracción, La Constitución de Colombia de 1991 es muy detallista y en sus 380 artículos regula todas las materias con relativo detenimiento.

15). *Idem.* pag. 23

La segunda disyuntiva se establece entre decisiones y dilación. La nueva Constitución colombiana es decisionista y, por no confiar en las autoridades futuras, reglamentó de una vez todo lo que se podía reglamentar.

Y la tercera disyuntiva se crea entre consensualismo ecléctico y purismo de principios. Colombia adoptó el consensualismo ecléctico.

VII. LA LEGITIMIDAD

1. LEGITIMIDAD EN GENERAL

La Legitimidad de la Constitución colombiana es innegable. Ningún grupo o partido impuso su voluntad sino que todas las decisiones fueron por consenso, con amplia participación de diferentes grupos y movimientos políticos y sociales.

2. CRITICAS AL PROCESO CONSTITUYENTE Y A LA CONSTITUCION

Varias críticas pueden ser formuladas tanto en relación al proceso, como al contenido mismo de la Constitución.

En cuanto al proceso, puede citarse como crítica, de un lado la ausencia de una participación integral de la sociedad civil en la Constituyente. Algunos grupos no pudieron o no quisieron participar. La guerrilla marxista tradicional, los campesinos y otros grupos marginales se quedaron por fuera, del proceso. Durante los cinco meses de deliberaciones hubo una guerra violenta entre el Ejército Nacional y la guerrilla. El orden público estaba perturbado y el país vivía en estado de sitio. También la delincuencia ordinaria se incrementaba sensiblemente. De otro lado, el reglamento de la Constituyente (16) presentó las dificultades anteriormente señaladas. No hubo tiempo de intervenir ni de reflexionar

16). Véase el reglamento en *GACETA CONSTITUCIONAL* No. 66. Mayo 3 de 1991, pag. 2 a 6.

con seriedad. Al final, con ausencias, contradicciones, repeticiones, mala ubicación y distribución de las normas, etc.

En cuanto al contenido, la gran extensión, el ecléctico y en veces contradictorio articulado, así como la ausencia de un sistema constitucional y una hermenéutica homogéneos, dificultarán la puesta en ejecución de las nuevas instituciones. El modelo económico es, al mismo tiempo, intervencionista y neoliberal. Los derechos fundamentales citan al derecho natural y están escritos en el derecho positivo. La distribución de funciones- competencias de las entidades territoriales no es muy clara. Sobre todo, sobresalen la conservación del régimen de concentración de la propiedad y las prerrogativas de los militares (17). Este carácter conservador de la reforma en puntos vitales de la vida nacional se debió no sólo a la presencia de grupos conservadores en el seno de la Asamblea, sino sobretudo al hecho de que los grupos de ex-guerrilleros, en su afán de ganar credibilidad ante la opinión para poder llegar al poder, debieron hacer muchas concesiones al establecimiento (sic).

17). *El análisis de fondo escapa al objeto de este ensayo y es, voluntariamente, dejado de lado.*