



La promesa fallida de la Constitución de 1991

Clara López Obregón

Economista, Abogada, dirigente política colombiana.

Septiembre 23 de 2021

Introducción

Al celebrar los treinta años de la Constitución de 1991, carta democrática por excelencia, un examen riguroso revela que sus fines esenciales fueron opacados por la falta de voluntad política para realizarlos, incluso desde la redacción de su mismo texto. Muchos pensaron que la palabra “social”, incrustada entre Estado y Derecho, era una enunciación vacua sin considerar el profundo cambio en la forma de Estado que ella significaba. Se trataba de un nuevo relacionamiento entre sociedad y Estado que llevaba consigo el mandato para el Estado de realizar progresivamente los derechos de los integrantes de la sociedad.

Ello llevó a que la Carta de Derechos en ella contenida fuera relegada en su realización a la vía excepcional de la tutela, caso por caso, en ausencia de una implementación general mediante las políticas públicas que semejante misión exigían de los sucesivos gobiernos. Mientras los gobiernos desmontaban en lugar de cimentar la intervención de un Estado fuerte para equilibrar las cargas de un mercado concentrado, las necesidades sociales aumentaban a ritmo acelerado por la progresiva y excesiva concentración

de los ingresos y la riqueza en un país sacudido por la violencia de un conflicto social y armado de larga duración y de la irrupción de la exitosa multinacional delictiva del narcotráfico.

El artículo 13 que consagró el principio de igualdad revolucionó el concepto liberal de la igualdad ante la ley al exigir igualdad ante la vida. Con todo, durante las tres décadas de vigencia, ni se ha avanzado suficientemente en la consecución de igual libertad para las mujeres, pueblos indígenas y afros, las distintas clases sociales y regiones; ni se ha conquistado la paz anhelada de una Constitución pregonada como un Tratado de Paz. Las mujeres han sido las primeras en sufrir las cargas del incumplimiento de la fórmula constitucional. Su cuerpo ha sido campo de batalla, su participación política efectiva en los órganos decisarios del Estado inequitativa, sus remuneraciones inferiores a las de los hombres mientras que trabajan más largas horas y el lugar más inseguro, su propio hogar.

En este artículo, se ilustra el incumplimiento de la voluntad de los constituyentes de 1991 a través de seis hitos emblemáticos, se señala la falta de voluntad de política para realizar los fines constitucionales lo que ha dado como resultado la promesa fallida de la Constitución de 1991.

La resistencia al cambio

En 1867, Walter Bagehot, en su famoso ensayo “*La Constitución Inglesa*”, escribió: “Una nueva Constitución no produce sus efectos completos mientras perviven los súbditos criados bajo la Constitución anterior y los estadistas entrenados bajo su ordenamiento.”¹ Lo propio ha sucedido en Colombia desde los albores de su constitucionalismo.

La Constitución de Cúcuta de 1821 que este año cumple su bicentenario dio la pauta de cómo se traducía el aforismo español de “se obedece, pero no cumple” a la República. Simón Bolívar reclutó los esclavos en los ejércitos de la Independencia con la promesa de la libertad que no logró consagrar en sus congresos de propietarios esclavistas. Lo más cercano fue la Ley de libertad de vientres de 1821 ordenada en Cúcuta, la cual solamente cubría la eventual libertad de los esclavos nacidos a partir de su expedición cuando cumplieran 18 años. Con trabajo retribuirían al amo por la manutención hasta cumplir la edad señalada. La misma ley estableció la Junta de Manumisión que debía establecerse en cada villa para acumular una tasa impuesta a los testamentos con el fin de pagar la libertad de los que permanecían esclavizados.²

Ni lo uno, ni lo otro se cumplió. Cuando llegó el 21 de julio de 1839, fecha en que los nacidos bajo la ley de libertad de vientres debían ser liberados, la oposición de los esclavistas llevó a buscar una conciliación que tampoco se dio. Una ley de 1842 prorrogó por siete años más el plazo para la liberación de los nacidos libres mediante la figura del “aprendizaje” que consistía en servir a su antiguo amo para que lo instruyera en un “arte o profesión”. En pocas pa-

bras, la conciliación y el aprendizaje sirvieron para preservar legalmente la esclavitud, al menos hasta el 21 de julio 1846 y de hecho en la etapa posterior.

Fue solamente en medio de la agitación política y la movilización social de las Sociedades Democráticas con la participación activa de los esclavizados que finalmente el Congreso, a instancias del presidente José Hilario López, expidió la Ley de 21 de mayo de 1851 que decretó la libertad de los esclavos a partir del 1º de enero de 1852, pero sin indemnizarlos por la expropiación de su libertad y trabajo, sino a los esclavistas con la vieja figura de las Juntas de Manumisión, esta vez con fuentes de financiación ampliadas para el pago de indemnizaciones de entre un promedio de 1.200 reales por cada mujer fértil entre los 30 y 44 años y de 1.600 pesos por cada hombre entre los 30 y 44 años.³

Ya sea 1821, 1851 o 1991, los mismos vicios de los intereses económicos de los poderosos militan contra la efectiva aplicación de la ley. “Viejos de más de 60 años, niños y lisiados tuvieron que ser absorbidos por sus propias familias, mantener su condición de esclavos o acceder a servidumbres veladas para poder sobrevivir.”⁴ Es diciente vía crucis de la abolición de la esclavitud convirtió a los esclavizados en peones de fincas o arrendatarios de minas en iguales o peores condiciones a las soportadas bajo la esclavitud. El avance social requiere, como la libertad de los esclavos la movilización popular para presionar los cambios y mantener el rumbo.

La presión popular que llevó a la Constituyente de 1991 se disolvió rápidamente en medio de las violencias cruzadas que caracterizaron el conflicto armado y la guerra del narcotráfico durante los primeros treinta años de vigencia de la Constitución. El resultado corre paralelo al incumplimiento de la promesa libertadora de Libertado, Simón Bolívar, a

1 Bagehot, Walter. (1867). *The English Constitution*. The World Classics, Oxford University Press. Reedición de 1933.

2 Tovar Pinzón, Hermes. Colombia, 1809- 1851, Aspectos sociales, económicos y políticos. Credencial Historia No. 59. Banrepultural. Biblioteca Virtual <https://www.banrepultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-59/la-manumision-de-esclavos-en-colombia-1809-1851>

3 Ibid. Tovar Pinzón, Hermes. Colombia, 1809- 1851

4 Ibid. Tovar Pinzón, Hermes. Colombia, 1809- 1851

pesar de sus insistentes esfuerzos. Lo propio ha sucedido en Colombia con la Constitución de 1991.

Los factores reales de poder descritos por Ferdinand Lasalle operaron desde un comienzo para desdibujar la voluntad de cambio expresada en la nueva Constitución.⁵ Los debates alrededor de las sentencias de la Corte Constitucional fueron enconados. Se le señaló de usurpadora por obligar al legislador a cumplir los postulados constitucionales en las leyes que expidiera. Tal fue el caso de la sentencia C-1433 que declaró inconstitucional la omisión de no incorporar en el presupuesto los recursos necesarios para ajustar los salarios de los empleados públicos conforme a lo ordenado por el artículo 53 que exige que la remuneración sea “vital y móvil” y ordenó llenar el vacío.⁶

El Gobierno de César Gaviria inició el desmonte del Estado interventor concretado en la reforma constitucional de 1968 con lo que impidió la implantación de Estado social de derecho y los sucesivos gobiernos dieron, en menor (Samper) o mayor grado (Pastrana, Uribe y Santos), continuidad a esa política en lugar de desarrollar el diseño constitucional. Se privatizaron las empresas públicas de servicios públicos domiciliarios, la salud, las pensiones y se aplicaron conceptos de eficiencia privada para el manejo de la administración pública. Las regulaciones reemplazaron la intervención estatal y las decisiones fundamentales pasaron de lo público al mercado. Así, entes técnicos, ajenos al control político, determinaron como gestionar los servicios públicos, la política monetaria y cambiaria y la apertura del país al comercio exterior. Los fondos privados de pensiones acumularon el ahorro

pensional para direccionarlo con criterio privado. Se precarizó la fuerza laboral y se aprobaron Tratados de Libre Comercio y de Estabilidad Jurídica en los cuales el Estado renunció al manejo soberano de esenciales herramientas del manejo macroeconómico como la tasa de cambio, los aranceles y hasta la aplicación de la modificación de la legislación tributaria, laboral y ambiental a las empresas multinacionales. Fue una verdadera revolución, pero en dirección contraria a la que habían diseñado la mayoría de los Constituyentes.

Hitos en contra de la voluntad de Constitución

La ausencia de voluntad de los gobiernos y congresos que ha convertido la Constitución de 1991 en una promesa fallida al pueblo Colombia requiere una investigación de envergadura. Tal vez dónde más se verifica la falta de voluntad de política para implementar la Constitución de 1991 es en el elevado número de reformas y contrarreformas que han sido aprobadas.

Los gobiernos y congresos elegidos bajo la nueva Constitución han incorporado a Colombia al modelo de la globalización basada en el hipercapitalismo de mercado. En tal sentido, han avanzado reformas y contrarreformas a la Constitución y expedido leyes estatutarias y ordinarias, previstas en la misma Carta, en contravía de sus finalidades explícitas, en dirección a la entrega al mercado de las decisiones distributivas de la sociedad que deberían permanecer en manos públicas y responder a prioridades democráticamente establecidas.

A continuación, se analizan seis hitos que consideramos han tenido el mayor impacto negativo sobre la construcción del Estado social de derecho y que permiten afirmar que la Constitución de 1991 encierra una promesa fallida, principalmente por la ausencia de voluntad de Constitución hasta de sus propios promotores.

5 Ferdinand Lasalle. ¿Qué es una Constitución? (Traducción y Prólogo de Wenceslao Roces). Madrid: Cénit, 1931

6 Corte Constitucional. Sentencia C-1433 de 2000. M.P Antonio Barrera Carbonell. Citada en López (2009) Economía de los Derechos.

El Tratado de paz que no fue

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia que encontró exequible el Decreto 927 de 1990 expedido con facultades de Estado de Sitio que le dio vida a la Constituyente hizo una referencia que después acompañó a la Constitución de 1991, cuando citó la siguiente afirmación de Norberto Bobbio: “La vida política se desarrolla a través de conflictos jamás definitivamente resueltos, cuya resolución se consigue mediante acuerdos momentáneos, treguas y **esos tratados de paz más duraderos que son las Constituciones...**” (énfasis fuera de texto).⁷

Con todo, el modelo económico y de gobernanza desarrollado en contravía del Estado social de derecho contribuyó fehacientemente a la prolongación del conflicto armado. No solo se bombardeó Casa Verde, la sede del comando central de las FARC, el día en que se celebraban las elecciones de los constituyentes, sino que el retiro del Estado de las zonas rurales facilitó el auge de la insurgencia y de los grupos armados de narcotraficantes.

Con la ideología de que el mercado podía reemplazar al Estado, se desmantelaron las entidades estatales encargadas de promover el desarrollo agrario e institucional territorial, en plena aplicación de la descentralización de recursos y competencias a las entidades territoriales. La reforma agraria nunca despegó. Con el fundamentalismo de mercado, el programa de desarrollo institucional a cargo del DNP para formar el personal de los municipios fue eliminado. El Instituto Colombiano Agropecuario (ICA), reconocido internacionalmente como centro de investigación de cultivos y asistencia técnica para grandes y pequeños agricultores, se redirecció para impedir reservar para el cultivo parte de la cosecha obtenida con semillas importadas. El Instituto de Mercadeo Agropecuario (IDEMA) que

regulaba los precios de las cosechas mediante compras estatales, fue liquidado; lo mismo que el Instituto Nacional de Salud, encargado de la atención primaria en salud y de los acueductos rurales, y el Instituto Nacional de Caminos Vecinales que construía y mantenía las vías terciarias. La Caja Agraria abandonó las tasas subsidiadas a campesinos cuyos créditos acompañaban de asistencia técnica e insuimos baratos y se desmanteló el direccionamiento de recursos de la emisión monetaria al crédito agropecuario (Ley 5) y a la recolección de las cosechas mediante el respaldo de los bonos de prenda para su almacenamiento y comercialización.

A ello se sumó la apertura del mercado interno a las importaciones de alimentos y la negociación asimétrica de los tratados de libre comercio (TLC).⁸ El resultado puede constatarse con la reducción de la superficie cultivada de 6.1 millones de hectáreas en 1954 a 5.7 millones en 2014, periodo en que la población se triplicó y se duplicó la superficie ocupada. Ese aumento pasmoso en las importaciones de alimentos mantiene el déficit de la balanza comercial cercano al 4 por ciento del PIB.

El avance del modelo neoliberal en el campo coincidió con la profundización del conflicto armado en regiones donde el Estado solo llegaba a través de su ejército en la lucha antisubversiva, sin contenido social o económico alguno. Darío Fajardo explica en su capítulo del libro *La Paz en Disputa*, cómo la ausencia del Estado y de la reforma agraria contribuyeron a la proliferación de cultivos de uso ilícito, los que a su vez alimentaron el conflicto armado.⁹

A pesar del Acuerdo de Paz del Teatro Colón, cuyos ejes estructurantes fueron incorporados a la Constitución mediante Acto Legislativo No. 2 de 2017, al país lo ha eludido la paz completa. Los asesinatos selectivos de líderes sociales y ambientales que

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia No. 59 de 24 de mayo de 1990. Expediente No. 2149 (334-E)

⁸ Ver López Obregón, Clara. Crisis del Modelo y Conflicto Armado. Columna en la Revista Semana. 19 de septiembre de 2021.

⁹ Varios autores. (2018) *La paz en disputa*. Ediciones Aurora.

superan los 1200 desde la firma de acuerdos de paz y las masacres que llegan a 67 este año que aparecieron nuevamente como instrumento de generar terror en los territorios son muestra de ello.

La igualdad y las mujeres

Harari, en su libro *De animales a dioses*, hace una reflexión sorprendente para el libre pensador que demuestra ser con sus distintas posturas filosóficas y políticas. Explica que el racismo, por ejemplo, ha existido en unas culturas y en otras no. Pero la desigualdad y la posición subalterna de la mujer se repite en todas las culturas de todos los tiempos.¹⁰ Sin duda, la cultura patriarcal resulta muy difícil de superar, así la aceptación de la igualdad entre hombres y mujeres haga ya parte del consenso internacional sobre los derechos humanos.

El artículo 13 de la Carta, enmarcado dentro de ese contexto, consagra la más amplia concepción de la igualdad que contempla la discriminación positiva para los sectores discriminados o marginados y supera la mera igualdad formal ante la ley con la exigencia a las autoridades de dar el mismo trato, sin discriminación alguna por todo que los humanos buscan diferenciarse de sus semejantes: sexo, género, posición social, religión, opinión política o religiosa. Pero va más allá al exigir una discriminación positiva y en favor de quienes han sido o son discriminados o marginados, la llamada igualdad ante la vida.

Este principio ilumina toda la carta de derechos y la interpretación constitucional. Con solo esta disposición integralmente aplicada para la realización de los derechos de las mujeres y los sectores vulnerados bastaría para progresivamente inculcar la idea igualitaria en la sociedad.

¹⁰ Harari, Yuval Noah. (2016) *Sapiens. De animales a dioses. Una breve historia de la humanidad*. Debate.

Un dato relevante en el contexto de una discusión sobre la igualdad es que solamente cuatro mujeres hicieron parte de la Asamblea Nacional Constituyente compuesta por 74 integrantes, un mero 5%. Si bien el artículo 13 que consagra el derecho a la igualdad, no menciona explícitamente a la mujer, la cobija en toda su dimensión. Las mujeres, con todo, hicieron su trabajo de bancada e incluyeron poderosas menciones de la mujer en cinco normas constitucionales¹¹, todas pendientes de un cumplimiento efectivo.

Representación política

El Artículo 40 dispone que las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisarios de la Administración Pública. No obstante este mandato y la ley de cuotas, hasta el presidente de la República fomenta el mal ejemplo al incumplir en su gabinete con la cuota legal que ordena que el 30 por ciento de sus integrantes sean mujeres y nombra director del Banco de la República al exministro Carrasquilla, obligado a renunciar por la explosión social, en reemplazo de una mujer, en directo incumplimiento de los porcentajes de participación ordenados en la ley.

Colombia tiene bajos porcentajes de participación femenina en los cargos de elección popular y su presencia sigue siendo insuficiente en los cargos directivos de entidades y empresas públicas y privadas. En efecto, en las pasadas elecciones fueron elegidas apenas 25 mujeres al senado de 108 curules, el 23.4%; similar al igualmente bajo promedio internacional de 23.8%. A la Cámara, el porcentaje fue inferior con 31 mujeres de 172 escaños posibles, el 18.1%.¹²

¹¹ El quinto artículo que menciona a la mujer es el artículo 53 que tiene un acápite separado por contemplar uno de los cinco hitos que van en contra de la voluntad de Constitución

¹² Lesmes Cabiatiwa, María Angélica. (2019) Participación de la Mujer en el escenario político colombiano. Registraduría Nacional del Estado Civil y Cedae. https://www.registraduria.gov.co/IMG/pdf/participacion_de_la_mujer_en_el_escenario_politico_colombiano.pdf

Mercado laboral

Según estadísticas del DANE, las oportunidades y resultados de las mujeres son inferiores a las de los varones. La tasa de ocupación es consistentemente inferior y la de desempleo superior en todas las mediciones. En promedio, la tasa de ocupación se sitúa en 18.4% frente al 42.8% de los hombres y la de desempleo en el 19% frente 14%.

La historia se repite en materia de la brecha salarial. A pesar de haber disminuido en los últimos cinco años, se ubica en 12.9 puntos porcentuales lo que indica que en promedio, los hombres ganan una décima parte más que las mujeres en 2019. El mismo estudio encontró que las ramas de actividad en 2019 que empleaban a una mayor proporción de mujeres (65.1%) que hombres (34.5%) fueron las de comercio, hoteles y restaurantes y las de servicios comunales, sociales y personales, que en general concuerdan con el tipo de trabajos tradicionalmente reservado a las mujeres por asemejar las tareas del hogar.¹³.

En cambio, en lo relativo a la posición ocupacional y a los cargos directivos, la situación se invierte. Las mujeres representaban el 94% de las trabajadoras domésticas y de trabajadoras familiares sin remuneración mientras que un 63% de los propietarios de las microempresas familiares eran hombres y solo el 37% mujeres. Estos contrastes representan “una segregación ocupacional de género, tanto horizontal (según las ramas de actividad en las que las mujeres están sobrerepresentadas), como vertical (en cuanto a posición ocupacional, acceso a cargos directivos” y a la calidad de propietaria/o).”¹⁴

Economía del cuidado

De otra parte, la Ley 1413 de 2010 ordenó al DANE calcular el valor agregado del trabajo en el hogar de las mujeres. El estudio concluyó que ascendía al 19% del PIB, una quinta parte del producto nacional que se extrae a las mujeres por convenciones culturales desiguales que implican la reproducción de su lugar subalterno en la sociedad. Además de estimar el valor del trabajo invisible del hogar que es distinto al trabajo familiar no remunerado, la ley está corta al no plantear salidas como la pensión para las mujeres que trabajan exclusivamente en el hogar y la exigencia de compartir sus tareas, especialmente la crianza de los hijos que exige profundizar los cambios que se vienen dando jurisprudencialmente, como es el caso de la licencia de paternidad. Un reclamo pendiente es la reglamentación de la economía del cuidado para descargar a las mujeres de la responsabilidad exclusiva del trabajo en el hogar.

Recorte de las transferencias de la Nación a las entidades territoriales

Mediante los artículos 356 y 357, la Constitución ordenó transferencias crecientes de los ingresos corrientes de la Nación a las entidades territoriales hasta lograr los montos necesarios para cumplir con la misión constitucional de eliminar las necesidades básicas insatisfechas de la población en materia de salud, educación, agua potable, saneamiento ambiental y demás responsabilidades sociales estatales que la ley les asignara.

A finales de la década vino crisis financiera del año 1999 que causó estragos. El desempleo registraba el 20%, el PIB había descendido -4.2% en términos absolutos y el déficit fiscal se disparaba por el salvamento del sector financiero a cargo del erario de la crisis del UPAC, en el Gobierno de Andrés Pastrana. Como lo describe Naomi Klein en *La doctrina del shock*, las crisis ofrecen a los detentadores del poder las circunstancias propicias para implementar

13 DANE, García Rojas, Karen y otros. La brecha salarial de género en Colombia. 2021.

14 DANE, García Rojas, Karen y otros. La brecha salarial de género en Colombia. 2021.

políticas afines a sus intereses que en las épocas de normalidad jamás serían aceptadas.¹⁵

La crisis de 1999 ofreció la oportunidad para reservar el direccionamiento del gasto público en la Nación, salvar a los bancos por sus decisiones imprudentes estimuladas por decisiones de la Junta del Banco de la República, precarizar el trabajo y recortar las transferencias a las entidades territoriales. Todo ello respaldado en acuerdo con el Fondo Monetario Internacional que exigió un profundo plan de ajuste fiscal a cambio de un préstamo por valor de 2.600 millones de dólares para respaldar la solvencia externa en medio de una fuerte devaluación del peso.

El Acto Legislativo de 2001, que fundió la totalidad de las transferencias en el Sistema General de Participaciones, redujo a lo largo de los años siguientes sensiblemente su monto al introducir un régimen de transición que, en 2007, fue prorrogado hasta el año 2016. Al culminar el periodo de transición en 2016, se regresó a la fórmula del acuerdo constitucional, pero desde una base muy inferior. Frente al 46.5% de los ingresos corrientes de la Nación al que habían ascendido las transferencias en el año 2000, se estableció la base en 29.28% al que ascendía disminuida en 2016. En términos de pesos corrientes, las dos contrarreformas aprobadas mediante los actos legislativos No. 1 de 2000 y No. 4 de 2007 sustrajeron \$130 billones a las entidades territoriales que la Constitución había ordenado trasladar para la satisfacción de las necesidades básicas insatisfechas de la población durante su vigencia entre 2001 y 2016.¹⁶

Con la reducción permanente de los recursos de la descentralización se frustró la posibilidad de cumplir con la prestación de los servicios básicos y la eliminación de las necesidades básicas insatisfechas

en salud, educación, agua potable y saneamiento básico tuvieron que esperar. El municipio como entidad fundamental regresó a su pobreza tradicional y la promesa del cambio constitucional no llegó a beneficiar a la población más vulnerable del país en lo básico de su existencia: salud, educación, agua potable y saneamiento ambiental.

Privatización de lo público

A ello hay que adicionar la equivocada política de privatización de lo público a la que abrió paso el texto mismo de la Constitución de 1991 que privó al municipio de una herramienta fundamental para su desarrollo, la empresa pública municipal de aguas. El artículo 365 establece que los servicios públicos domiciliarios son “inherentes a la finalidad social del Estado” al que compete el “deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional” mediante su prestación por el Estado, comunidades organizadas o por particulares. La Constitución deja a la ley la fijación del régimen jurídico respectivo, pero en el artículo 367 establece que “Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.”

Con un entramado mimetizado de normas constitucionales, se abrió el camino para la privatización de los servicios públicos domiciliarios y se sustrajo a los municipios de su prestación directa, pero solo en los casos que ella resultara rentable. La Ley 142 de 1992 consignó la prohibición expresa al permitirle a los municipios la prestación directa solamente cuando ninguna empresa privada se ofreciera para prestarlo (Ley 142/92, Art. 6).

La acción combinada de las contrarreformas a los artículos 356 y 357 de la Constitución que redujeron las transferencias y anularon en gran medida la

15 Klein Naomi. (2007) *The Shock Doctrine. The Rise of Disaster Capitalism*. Henry Holt and Company. New York

16 Ortiz, Ilich. (2016) El Sistema General de Participaciones y la desfinanciación estructural del Derecho humano a la educación. FECODE. <https://www.fecode.edu.co/images/DIAE2018/ELSISTEMAGENERALDEPARTICIPACIONES.pdf>

descentralización y la autonomía de las regiones y la política privatizadora se puede ilustrar con el fracaso de dotar de agua potable a las comunidades de Colombia. Después de treinta años de Constitución, a diciembre de 2020, 352 municipios, más de la tercera parte, no cuentan con agua potable y según cifras publicadas por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible en 2017, el 60% del agua procedente de las llaves de hogares colombianos no está en condiciones óptimas de potabilización, elemento esencial para salud y la nutrición de los niños y la población en general.¹⁷

Seguridad social como negocio

El modelo privatista de la Ley 100 reemplazó al anterior Sistema Nacional de Salud de carácter enteramente público creado en 1975 y que comprendía los afiliados a la seguridad social (hoy régimen contributivo) con cobertura del 15% de la población y la red hospitalaria pública para la población en general financiada por el Estado para la cobertura de un 40% adicional. Las personas con capacidad de pago acudían a seguros privados o pagaban los servicios de su bolsillo, mientras los demás quedaban sometidos a una muy insuficiente capacidad instalada en tres niveles de atención, en línea con lo que frenó la ampliación de coberturas que se quedó en el 55% de la población, con servicios deficientes y enormes diferencias regionales que hoy subsisten.¹⁸ El crecimiento del sistema se frenó a partir de 1984 pues la robusta financiación que ascendía al 8% del presupuesto nacional, comparable con los gastos de países de mayor nivel de desarrollo, fue disminuida a la mitad, aduciendo problemas fiscales.

El nuevo sistema de la Ley 100 de 1993 tenía como meta llegar al aseguramiento universal lo que se ha

logrado a través de las EPS que han logrado afiliar al 95% de la población. Ello se debe a que reciben un pago por capitación equivalente a \$892.600 por cada afiliado en el régimen contributivo y \$829.500 en el subsidiado, puede el afiliado acceder o no acceder al servicio. Se habla de cobertura universal porque la población está afiliada. Pero la estadística relevante de acceso a la salud se desconoce comoquiera que no es objeto de medición y las carencias en materia de atención primaria, prevención y acceso a servicios sencillos y especializados es patente, especialmente en las zonas rurales y pequeños poblados que carecen de una adecuada infraestructura en salud. La mejor medida es el número de tutelas interpuestas por los ciudadanos reclamando el derecho a la salud. Un estudio de la Defensoría del Pueblo determinó que es el segundo derecho más tutelado, después del derecho de petición, con 207.368 tutelas, la tercera parte del total.¹⁹

En cuanto al régimen pensional, la Ley 100 estableció en competencia con el régimen existente de prima media con prestación definida y solidaridad intergeneracional, un régimen de ahorro individual con prestación indefinida agenciado por los nuevos fondos privados en pensiones. Según un informe del servicio de información financiera *Bloomberg*, las comisiones de administración de entre 3% y 4% del salario cotizado son las comisiones más altas del mundo. En la actualidad, los fondos semejantes a nivel internacional están cobrando comisiones cercanas a cero por los mismos servicios. Según Stefano Farné, “las mesadas pagadas por las AFP no serían suficientes para garantizar a los pensionados un nivel de bienestar que guarde alguna relación con aquel que estos disfrutaban antes de la jubilación”.²⁰

17 CEPEI. Agua no has de beber. (2020) web: <https://cepei.org/novedad/352-municipios-de-colombia-no-cuentan-con-acceso-a-agua-potable-de-calidad/>

18 Salud Colombia. El sistema de seguridad social Reforma. <http://www.saludcolombia.com/actual/lareform.htm>

19 Defensoría del Pueblo (2019). La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social. <https://www.defensoria.gov.co/public/pdf/Tutela-los-derechos-de-la-salud-2018.pdf>

20 Kalmanovitz, Salomón (2021) El negocio privado de las pensiones. El Espectador . 3 de marzo de 2020.

Pero eso no es todo, según Salomón Kalmanovitz, el 60% de los 317 billones de pesos de ahorro pensional que manejan los dos fondos privados existentes se invierte en empresas colombianas, muchas de las cuales pertenecen a los dueños de dichos fondos, en lo que la legislación anterior a 2015 penalizaba como autopréstamos. “El Grupo Empresarial Antioqueño (GEA), dueño del Fondo Protección, invirtió \$23 billones en sus empresas —que incluyen a Bancolombia, Cementos Argos, Celsia, Nutresa y otras—, mientras que el Grupo AVAL de Sarmiento Angulo, dueño del Fondo Porvenir, invirtió \$6 billones en sus bancos (Bogotá, Popular, Occidente y AV Villas)”,²¹ en decisiones eminentemente privadas sin atención a direccionamiento alguno del ahorro de los trabajadores en función de su propio interés o del interés general.

En la actualidad, cuando empiezan a pensionarse los primeros afiliados están descubriendo que hicieron un pésimo negocio al salirse del régimen de prima media que hoy maneja Colpensiones en reemplazo del Instituto de los Seguros Sociales. Ello ha generado un traslado masivo de afiliados de los fondos privados hacia Colpensiones que la ley ha intentado limitar al exigir doble asesoramiento, el cual jamás se hizo para el proceso inicial inverso. La Corte Suprema de Justicia ya ha expedido varias sentencias en las cuales habilita el traslado a Colpensiones, incluso durante los últimos diez años previo al cumplimiento de la edad de pensión que la ley excluye, por el engaño a fueron sometidos los trabajadores para incurrir en ese cambio de régimen inconveniente para sus intereses.²²

Los ejemplos del fracaso de la privatización como mecanismo idóneo para la gestión de bienes públicos abundan. En vez de la solución social a las contingencias de la vejez, la ley montó un lucrativo

negocio privado que Estado tendrá que entrar a solventar. Con base en un cuidadoso análisis, debe reformularse la política constitucional de prestación de los servicios públicos domiciliarios, sociales y del régimen híbrido de la seguridad social de la Ley 100.

Sistema tributario regresivo

Uno de los puntales del Estado social de derecho es un sistema tributario fundado, como reza el artículo 363 de la Constitución, en los principios de “equidad, eficiencia y progresividad.” Un sistema tributario progresivo en el cual, a mayor ingreso, mayor la tarifa o porcentaje de contribución al erario, siempre consultando la capacidad de pago, constituye una herramienta indispensable para la distribución de la riqueza. Los países de la OCDE, por ejemplo, registran índices de Gini superiores a 0.50 antes de la intervención del Estado que se reduce a entre 0.25 y 0.32 después de impuestos y gastos estatales.²³ En Colombia y Chile el indicador permanece prácticamente igual, lo que demuestra que el sistema fiscal poco o nada contribuye a disminuir la excesiva concentración de los ingresos.

La construcción del Estado social de derecho exigía desde su incepción una profunda reestructuración del sistema tributario para adecuarlo a su función dentro del Estado social de derecho. No obstante, desde un comienzo, las reformas tributarias fueron a destajo con la pretensión de afrontar afugias fiscales y de introducir privilegios y gabelas, lejos de la verdadera función de la tributación en un Estado social de derecho como un verdadero derecho y deber a la vez del ciudadano.

Los resultados los describen a profundidad Garay y Espitia en su propuesta de reforma tributaria

²¹ Kalmanovitz, Salomón (2020) Nuestro ahorro pensional. El Espectador 4 de julio de 2021 <https://www.elespectador.com/opinion/columnistas/salomon-kalmanovitz/nuestro-ahorro-pensional/>

²² Corte Suprema de Justicia. Rad. 68852 Sentencia de Casación SL1452 de 3 de abril 2019 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

²³ El índice de Gini mide la desigualdad en la distribución de ingresos en una sociedad donde el indicador más cercano a cero representa menor desigualdad y el más cercano a 1.00, máxima desigualdad, un solo individuo recibe todos los ingresos. Ver cifras y explicación del Gini en <https://elordenmundial.com/mapas/desigualdad-antes-despues-impuestos/>

estructural. En Colombia, los ingresos promedio del 10% de declarantes menos rico en 2017 ascendieron a \$861.000 mensuales, frente a un promedio de \$52 millones para el 10% más rico. El ingreso mínimo declarado de este 10% más rico y el máximo, varía entre \$16 millones para el más bajo y \$162,500.000.000.oo mensuales para el más alto. Si se considera a los 2.600 contribuyentes de más altos ingresos que denominan “los super superricos” (el 0.1%), el de menores ingresos entre ellos devenga \$82 millones mensuales y el más rico, los \$162.500 millones señalados. Este máximo ingreso equivale a 188.735 veces el ingreso promedio mensual que declaran los menos aventajados del sistema tributario, pero que pagan una tarifa impositiva efectiva más alta.²⁴

En consecuencia, estamos ante un diseño totalmente regresivo del impuesto sobre la renta que no se refleja en la tarifa nominal que asciende a 30%, por el elevado número de exenciones, descuentos y beneficios tributarios que a lo largo de los años se han introducido para favorecer intereses sectoriales y particulares. Para compensar el bajo recaudo que produce más importante de los impuestos, se ha venido aumentando paulatinamente el impuesto de valor agregado, el IVA, regresivo por excelencia, pues cada contribuyente tributa a la misma tasa, independientemente de su capacidad de pago y nivel de ingresos.

El problema más grave es que la excesiva concentración de la riqueza y de los ingresos tienen efectos adversos sobre la democracia y el propio funcionamiento de la economía. De una parte, al concentrar tanto poder económico en muy pocas manos, se concentra el poder político que impone sus intereses al momento de legislar y reglamentar, deteriorando los resortes democráticos de la sociedad.

De otra parte, las reducciones de tasas impositivas y el aumento de beneficios a los mega ricos en las sucesivas reformas tributarias amplían la brecha entre los más ricos y las clases medias y trabajadoras, al entregar ganancias ocasionales a las empresas y a los más pudientes. Con los niveles de concentración de la riqueza en Colombia que según cifras publicadas por Mauricio Cabrera hace años bordean un Gini del 0.92 en propiedad rústica y 0.88 en propiedad accionaria, es muy difícil mantener la dinámica de la economía, pues un porcentaje demasiado alto del ingreso nacional termina en las pocas manos de quienes no tienen en que gastarla y por tanto la ahorran. Stefanie Kelton lo expresa magistralmente en su reciente libro, *El mito del Déficit*: “El capitalismo se activa con las ventas. Se requiere una distribución razonable del ingreso para que las empresas cuenten con los clientes suficientes para generar utilidades y crear el empleo suficiente para mantener andando la economía.”²⁵

Precarización laboral

La distribución del ingreso también se da con antelación a la intervención fiscal del Estado. Las relaciones de producción en el mercado arrojan resultados que han dado lugar a las grandes reformas sociales de Occidente. La jornada laboral de ocho horas, la prohibición del trabajo infantil, la consagración universal de los derechos de asociación, negociación y huelga, el trabajo decente con su haz de derechos a remuneración digna y móvil, seguridad social, seguridad en el trabajo y efectividad del derecho a pertenecer a un sindicato son conquistas duramente conseguidas y que hoy hacen parte del acervo de los derechos consagrados en la Constitución e internacionalmente vigilados por la Organización Internacional del Trabajo, las contrapartes de los TLC con Estados Unidos y Canadá en sus adendas laborales y la OCDE a través de la exigencia de estándares internacionales.

²⁴ Garay, Jorge y Espitia, Jorge. (2020) Desigualdad y Reforma Estructural Tributaria en Colombia. Editorial Desde Abajo. Bogotá. Estas consideraciones las hago en un artículo a ser publicado por la Escuela Nacional Sindical (ENS).

²⁵ Kelton, Stephanie. (2021) The Deficit Myth. Public Affairs. Hachette Book Group Inc. New York.

Con todo, los trabajadores y trabajadoras del país han visto erosionados y precarizados sus derechos a través de sucesivas leyes que han relativizados sus derechos mientras el Congreso ha omitido expedir el Estatuto del Trabajo previsto en artículo 53 superior.

En los albores de la Constitución, el Congreso ya había aprobado la Ley 50 de 1990 que redujo las garantías laborales y estableció una excepción a la regla del contrato laboral indefinido a través de la contratación de personal temporal a través de las empresas de servicios temporales de empleo. Aun cuando se reglamentó la excepcionalidad de esta forma de trabajo, la norma abrió un boquete y de hecho estimuló la des laboralización de las grandes empresas, a través de la tercerización laboral ilegal.

Aprovechando la crisis económica de 1999 y la elevada tasa de desempleo resultante, en el año 2000 se aprobó la Ley 789 que extendió la jornada diurna hasta las 10 p.m. lo que significó el traslado de \$24 billones de pesos en horas extras de los bolsillos de los trabajadores a los de los empleadores entre 2001 y 2016.²⁶ De igual forma, permitió el fraccionamiento de la jornada laboral de ocho horas en tramos, lo que permitió tener al trabajador disponible por 12 y 14 horas, pero pagando solo las horas efectivamente laboradas, por ejemplo en restaurantes, transporte y otros oficios. Si bien se logró recuperar una hora de jornada diurna en 2017, estas medidas han significado una desmejora palpable y cuantificable en las condiciones laborales que violan el principio de no regresividad contemplado en la frase final del artículo 53.

La abierta precarización del trabajo ilustrada en estos ejemplos ha contribuido a la agravación de la concentración de los ingresos y la riqueza en Colombia a tal punto que la participación del trabajo en la renta nacional ha disminuido mientras la del capital ha aumentado, en desmedro de la promesa

constitucional. Son muchos los temas que en este acápite se podrían analizar, pero los ejemplos dados son suficientes para ilustrar sobre el grave retroceso de la legislación laboral bajo la vigencia de la Constitución de 1991.

Conclusiones

Desde los albores de la Independencia sobrevive el adagio español utilizado por los encomendados para sacarle el cuerpo a las Leyes de Indias que buscaban proteger a los pueblos originarios de América. La celebración este año de los 200 años de la Constitución de Cúcuta y su ley de libertad de partos, los 130 años de la abolición de la esclavitud y los 30 años de la Constitución de 1991 muestran cómo los intereses creados militan en contra de las disposiciones constitucionales que buscan avanzar en la erradicación de las inaceptables desigualdades entre personas que riñen con el principio democrático desde la concepción de la República.

Los treinta años de la Constitución exigen una evaluación de costos y beneficios, tanto privados como de sociales y de carácter público de todos los temas y desarrollos de la misma, que aquí se exemplifican con los que hemos considerado los hitos más emblemáticos de su incumplimiento. Estamos ante el "Tratado de Paz" que sembró las semillas de la continuidad del enfrentamiento armado y la profundización los conflictos sociales que se empezaron en el estallido de abril, mayo y junio de 2021. Es hora de analizar la prolongación del conflicto armado a la luz del modelo económico y de gobernanza fincado en el hipercapitalismo de mercado.

El principio de igualdad que consagra el artículo 13 de la Carta y que informa todo el cuerpo constitucional es más complejo de evaluar y realizar en la práctica. Entre la teoría de su formulación y la práctica de los gobiernos, congresos y ciudadanos existen insondables distancias que afectan la vida de todos, pero de las mujeres en particular.

²⁶ Ministerio de Trabajo. Concepto a proyecto de ley que buscaba regresar el final de la jornada diurna a las 6 p.m.

De igual forma, debe investigarse a fondo la recentralización de los recursos de la descentralización y el déficit de atención en materia de la ejecución de la política social del Estado encomendada a los municipios. Desde la situación actual en que campean la corrupción administrativa y el robo de la salud develado por mecanismos infames como el llamado cartel de la hemofilia, cabe preguntarse cómo se van a corregir los vicios de los clanes políticos regionales que los agencian, asociados además a las economías ilegales. Ese es hoy un requisito indispensable para hacer factible la descentralización frustrada. Pero también se debe preguntar si el debilitamiento de la institucionalidad local, la omisión de acompañamiento técnico del gobierno nacional y la final recentralización jugaron un papel en la explosión de la corrupción.

La evolución de las distintas reformas tributarias expedidas bajo la Carta de 1991 merece una investigación de conjunto para identificar la manera como se propusieron y aprobaron beneficios tributarios que hoy ascienden al 8% del PIB o unos \$80 billones de pesos²⁷, quiénes son sus beneficiarios y cuánto el monto acumulado de gasto tributario que dejó de invertirse en la construcción del Estado social de derecho.

Tampoco se han realizados los estudios académicos para evaluar seriamente los procesos de privatización y la entrega de bienes públicos a la gestión

privada con criterios de mercado, ni el impacto sobre la economía de la reducción de garantías laborales, o cómo se ha afectado la productividad y cuántos recursos que alimentaban las familias ahora se quedan en las empresas y cómo afecta ello la creación de empleo y la crianza de los niño y niñas y la socialización de los adolescentes.

Hay muchos otros interrogantes como el valor de la carga del sector financiero sobre las empresas e individuos y el impacto de la supervisión prudencial de la Superintendencia Financiera sobre la consolidación de poder dominante en ese sector de la economía. Se podría continuar con el análisis general de las condiciones para un mercado competitivo que la debilidad de Estado no permite que se estructure al no contar con la capacidad y también la voluntad política de sancionar a quienes infringen las normas sobre la libre competencia.

La promesa fallida de la Constitución de 1991 no se aprehende en su totalidad ni gravedad. Reclama si una reconducción del país en dirección a reconstruir el pacto social frustrado. Esa es la tarea pendiente de la política en el mejor sentido de la palabra para que el país adopte en democracia el rumbo de las transformaciones pendientes e inaplazables.

²⁷ DIAN. Reflexiones sobre la estructura tributaria colombiana. <https://www.dian.gov.co/dian/Documents/Presentacion-Minhanienda-CE-BT-18082020.pdf>