



COLOQUIO

*Gustavo Zafra Roldán – José Gregorio Hernández Galindo – Laura Ospina Mejía –
Mariana Díaz Kraus – Mariana Rivera*

LA CONSTITUCIÓN TENTADA Y LA CONSTITUCIÓN VIVIENTE

N. de la R.

Muchos son los motivos para discutir, desde el punto de vista académico, si la Constitución colombiana que hoy se aplica es la misma, en su esencia, de aquella que pensaron y aprobaron los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.

A sus dieciocho años de vigencia, no son pocos los que –visto cuanto acontece en la práctica, considerado el alto número de reformas, y comparada la letra de la Constitución con la jurisprudencia- estiman que no se trata del mismo ordenamiento, y que inclusive algunos de los valores y principios acogidos por la Constituyente han desaparecido en la vida real por falta de aplicación, se han modificado o se han sustituido.

Para hablar sobre este y otros temas propios del análisis constitucional, nos acompaña en esta ocasión, por invitación de ELEMENTOS DE JUICIO, el Dr. **Gustavo Zafra Roldán**, abogado de la Universidad Javeriana, profesor de Derecho Constitucional, ex delegatario a la Asamblea Nacional Constituyente, ex viceministro del Interior, autor de varias obras en materia constitucional y un permanente defensor de la libertad y la democracia.

Con él participan en este coloquio, además de nuestro Director, Dr. José Gregorio Hernández Galindo, la Subdirectora de la Revista, Dra. Laura Ospina Mejía y las abogadas Mariana Díaz Kraus y Mariana Rivera.

JGHG.- Agradecemos especialmente al Dr. Gustavo Zafra Roldán su presencia en este encuentro, ya tradicional de ELEMENTOS DE JUICIO, durante el cual conversaremos sobre varios temas constitucionales.

Nos parece del mayor interés lo que surja en el curso de este intercambio de criterios e ideas con el Dr. Zafra, habida cuenta de su notable erudición en el campo jurídico y de su formidable experiencia como catedrático e investigador. No sólo fue miembro de la Asamblea Nacional Constituyente, el Dr. Zafra, oriundo del Valle del Cauca, es profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Javeriana y en otras instituciones, y ha desempeñado numerosos cargos públicos, en todos los cuales -desde luego- el primer asunto objeto de su actividad ha sido la búsqueda de la justicia y el respeto a la Constitución que de manera eficiente ayudó a configurar.

Comenzamos. Dr. Zafra: usted integró y orientó en la Asamblea Nacional Constituyente la Comisión relativa al régimen departamental y municipal primordialmente.

GZR.- Comisión departamental territorial.

JHG.- ¿E influyó en la conformación de la que podríamos llamar “la Constitución económica”?

GZR.- Y en algunos temas de participación.

JGH.-Entonces yo quiero comenzar por ahí este coloquio. No tenemos ley orgánica de ordenamiento territorial, a pesar de lo ordenado por la Constitución en varias de sus normas- El Doctor Zafra hizo parte también de la Comisión de Ordenamiento Territorial (C.O.O.T.), que precisamente se estableció con ese propósito: sacar adelante la Ley de Ordenamiento Territorial (L.O.O.T.). Esa ley está prevista en la Carta para definir las competencias entre las entidades territoriales y la Nación, y resulta que -hasta ahora- no se ha podido, 17 años después de haber entrado en vigencia la Constitución, no existe esa ley orgánica ¿Qué ha pasado al respecto?

GZR.- Ese tema, José Gregorio, Marianas y Laura, fue muy polémico desde la misma Asamblea porque había por lo menos seis o siete tendencias sobre el ordenamiento territorial, unos eran federalistas; otros menos federalistas; otros, obviamente, estábamos con el Estado unitario, pero en la corriente del Estado unitario había varias posiciones; desde las de centralismo como en la Constitución de 1886, hasta las posiciones de un Estado unitario autonómico regional, muy parecido al modelo español. Otras tesis, más moderadas, buscaban un Estado unitario con autonomía y descentralización. Y había otros que sólo querían profundizar en el tema de descentralización municipal.

Entonces, desde el comienzo fue muy evidente que no había un discurso único sobre el tema territorial. Finalmente, la asamblea optó por una posición que podríamos denominar “de transacción” que consistió en: mantener los departamentos, permitir tres distritos, dos que ya existían que eran Santa Marta y Cartagena, y obviamente el Distrito Capital, y mantener el proceso de profundización del modelo municipal, punto en el cual había más acuerdos y consensos.

Como no se podía cerrar totalmente la posibilidad de las región y de las provincias, se dejó precisamente que fuera la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial la que elaborara más ese tema porque no había el consenso suficiente en el interior de la Asamblea para llegar a una fórmula de acuerdo sobre lo que debían ser las provincias y las regiones.

En el tema de entidades territoriales indígenas se optó por declararlas como entidades territoriales, pero nuevamente sujetas al desarrollo que le diera la ley orgánica.

Yo ya perdí la cuenta, José Gregorio, de los proyectos de ley orgánica; creo que van en diecinueve proyectos fallidos. El último que alcanzó a ser aprobado en el Senado de la República a comienzos del Gobierno del Presidente Uribe, siendo ministro Fernando Londoño y con ponencia del vallecaucano José Renán Trujillo, se hundió en la Cámara de Representantes, precisamente por las diferencias sobre el tema de las entidades territoriales indígenas.

Ha habido como tres variables fundamentales en que no se haya podido desarrollar el tema. Uno es el temor a la proliferación de entidades territoriales, porque cuando uno ve el modelo constitucional comparado, pues los Estados federales tienen cuatro niveles y algunos hasta cinco y los Estados unitarios por lo general tienen tres niveles de gobierno, máximo cuatro. Pensar ya en más niveles de gobierno sinceramente genera problemas, no sólo de carácter económico -un ciudadano tendría que financiar más niveles de gobierno de carácter normativo-, sino una trama muy compleja de regulaciones normativas en un momento de globalización de la economía y obviamente de carácter burocrático, que es otra preocupación; una serie de estructuras burocráticas, duplicando competencias y funciones. Entonces ese es un primer tema: el temor del Estado a que el gasto público casi que se vaya en burocracia o en funcionamiento o en diseños normativos poco funcionales. Un segundo tema es el político: los representantes a la Cámara y los senadores ven con mucho temor lo que pueda pasar con sus monopolios de circunscripciones electorales...

JGH.- ¡Los feudos!

GZR.- ...que hoy son los departamentos. Los feudos, en efecto, como lo diría más crudamente Orlando Fals. Temen que las clientelas electorales se les

modifiquen y aún cuando los senadores en teoría son de circunscripción nacional, todos sabemos que el 90% de los senadores fundamentalmente tienen una base departamental y los representantes a la Cámara, son de circunscripción departamental.

Entonces, el Congreso sinceramente ve como una amenaza cualquier posibilidad de desarrollo del tema territorial. Y en tercer lugar el tema indígena, sobre todo en el caso del Cauca, ha sido un factor de mucha controversia. Los senadores tradicionales del Cauca se oponen a que se modifique el tema de entidades territoriales porque saben que perderían círculos electorales. Y obviamente a todo esto se añade la política del actual gobierno, que ha querido “recentralizar” el manejo de muchas de las competencias. En algunos casos probablemente por los excesos de los municipios y departamentos, que han cometido muchos errores en el manejo de sus recursos. Pero en otros casos, sinceramente, lo que hay es una política orientada a manejar desde la Presidencia de la República el gasto público, el local y el gasto público territorial.

JGH.- Hay quienes dicen que ya el Congreso ha expedido unas leyes orgánicas. La Corte Constitucional en una de sus sentencias manifestó en la parte motiva que esas leyes parciales, que han tocado algunos aspectos, por ejemplo la Ley 60, no pueden entenderse como tales, pues no corresponden al concepto constitucional de **ley orgánica**. Mejor dicho: tales leyes parciales no son “la” Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial a la que se refiere la Constitución.

Todo indica en la Constitución que se trata de expedir UNA ley orgánica y no multitudes de leyes supuestamente orgánicas, porque la misma definición de ley orgánica implica que en ella se consagren detalladamente todos los aspectos relacionados con el tema del que se trata, en este caso el territorial. Es el concepto de ley orgánica, pero aseguran algunos que cuando salió la Ley 60, o la Ley 617 de 2000, o la 715 de 2001, el Congreso desarrolló el precepto constitucional, y que ahí están contenidas las normas orgánicas”. Yo realmente no creo. ¿Qué dice un ex constituyente?

GZR.- Pues ahí básicamente lo que ha sucedido tiene su origen en una sentencia de la Corte Constitucional ¿Recuerdas la Sentencia 600-A del 95?. Me imagino que el “A” quedó ahí porque no la habían numerado. Por eso de pronto me acuerdo: porqué es un poco atípica. El fallo estableció esa especie como de ley orgánica como estilo telenovela, por capítulos. Entonces permitió hablar más de legislación orgánica y por eso se dieron algunas normas como la famosa Ley 60 del 93, en cuanto redistribuía competencias normativas.

JGH.- Sí. Fue una decisión dividida, si no estoy mal, salvamos el voto cuatro magistrados

GZR.-Exactamente. Es una sentencia bastante polémica.

JGH.- Si estamos hablando de la misma, yo era el ponente original y llevé la propuesta de inconstitucionalidad porque la Ley entraba a establecer porcentajes máximos en lo que podían gastar los municipios, y eso, a mi juicio, lesionaba su autonomía.

GZR.- Correcto. Es más, casi que yo diría que los magistrados que salvaron el voto interpretaban mejor la intencionalidad de la Asamblea Constituyente, que era reforzar la autonomía de municipios, departamentos y distritos. Porque ahí hay un absurdo y es que la sentencia de la Corte produjo lo que yo he llamado una *involución de la descentralización*, porque la Ley 12 de 1986, que era la de descentralización antes de la Constitución del 91, no fijaba esos pisos y esos techos. Entonces, en teoría una ley anterior a una Constitución autonómica era mucho más audaz en darle facultades a los municipios que la posterior a la Constitución supuestamente autonómica y descentralista.

Entonces, sí fue un contra sentido. Yo creo que allí empezó un poco la camisa de fuerza del proceso de descentralización y autonomía. Principió a distorsionarse. En eso creo que José Gregorio tiene razón. Pero, frente a ese hecho, proveniente de esa jurisprudencia, viene lo que yo llamo *la legislación orgánica "telenovela"*, "*por capítulos*". Obviamente, eso desvertebra un poco la filosofía original, de tener una concepción mucho más estructurada del proceso de descentralización, porque, en el diseño inicial de la Constitución, una ley orgánica debería tener hasta normas de tipo presupuestal.

JGH.-Claro.

GZR.- Y normas de planificación y de contratación, y de cierta autonomía fiscal mucho más profunda, sin llegar necesariamente al federalismo fiscal, pero si una mayor autonomía fiscal de municipios y departamentos. Que pudieran en un momento dado, crear hasta sus propios tributos.

JGH.- Con un mayor sentido de independencia.

GZR.- En efecto. Como, por ejemplo, para Bogotá. Bogotá frente a una situación como la del metro debería tener una autonomía para generar unas dinámicas de tributación que le permitieran poder avocar el desarrollo de esas grandes obras.

JGH.- Y también por supuesto la ley orgánica debería desarrollar, como lo quiere la Constitución, lo relativo a las funciones de departamentos, municipios y distritos.

GZR.- Ahí de pronto sin irse demasiado al detalle porque de pronto congela muchos temas que si requieren de cierta flexibilidad para modificarse.

JGH.- Sí, pero la Constitución habla de reparto de competencias.

GZR.- Claro, las básicas sí deben ir en la ley orgánica, obviamente, pero ciertos desarrollos deben ir aplicados a leyes ordinarias. Porque son, o deben ser, más flexibles, más fáciles de modificar. Entonces, es mejor que estén contenidos en leyes ordinarias. Como se sabe, las leyes orgánicas o las estatutarias tienen ciertos trámites especiales y se hace más difícil su cambio.

Por ejemplo, en un tema tan dinámico como el ambiental llevar todo a una ley orgánica podría generar unos problemas de rigidez innecesarios. Pero guardadas proporciones es la misma lógica que con las leyes estatutarias ¿no? Poniendo un ejemplo: la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia; tú haces el diseño básico, pero los otros aspectos de la justicia los desarrollas por leyes ordinarias. Lo mismo pasa con los derechos fundamentales.

Yo, en síntesis, lo que sí creo a la hora de la verdad es que no ha habido ley orgánica de ordenamiento territorial: uno, porque no le conviene a los congresistas, porque les modifica su estadio donde juegan el partido electoral; dos, porque les da mucho temor de los desarrollos autonómicos del tema indígena; y tres, porque el gobierno está feliz “recentralizando” competencias. Ello, si se quiere -para serles franco-, facilita procesos reeleccionistas, y, obviamente, con tal actitud ha alterado el modelo inicial de autonomía y descentralización.

JGH.- Es cierto.. Porque, además, no solamente es el ejercicio de un mayor poder, sino que también implica capacidad “dispensadora” de beneficios, de favores, de recursos. Y eso, políticamente es valioso. Otorga ventaja. El Gobierno Nacional prefiere ser él quien dispensa, en vez de los departamentos y municipios.

GZR.- Es una forma maquillada de los viejos auxilios parlamentarios. Los auxilios parlamentarios son como la hiedra. Tú los cortas y renacen. Adquieren otras modalidades, entonces se llaman “financiación”, o se llaman ahora “transferencias adicionales”, o “recentralización”. En fin,...

Pero el punto es ese. Cambiar el poder que antes tenían los congresistas, que trató de frenar la Constituyente al prohibir los auxilios parlamentarios, que se hacían a través de transferir recursos a unas fundaciones de papel que los congresistas manejaban. Cambiarlo por esta nueva forma: ahora se hace por la otra vía, la de la “recentralización” de recursos. El congresista va y negocia con el Ministerio de Hacienda los proyectos regionales. Así, el “Plan Vial 2500” no es otra cosa que eso: un inmenso canasto de auxilios parlamentarios disfrazados.

JGH.- Para culminar esta parte yo quisiera decir, que hay un proceso en curso para reducir o quitar autonomía a la periferia. Para seguir utilizando el

término que usa el Dr. Zafra, hay un proceso “recentralizador”, que ha tenido también varias etapas, la última de las cuales es el Acto Legislativo número 04 de 2007. Entre otras cosas, desde el punto de vista constitucional es muy interesante el análisis, porque ya las normas que se consagraron en la Constitución sobre el tema fiscal, sobre transferencias o traslado de recursos ordinarios de la Nación a los departamentos y municipios, ya perdieron realmente su fuerza descentralizadora por cuanto lo que vino a continuación fue establecer todo este sistema un poco “kafkiano” que consagró la última reforma.

Primero fue el Acto Legislativo número 01 de 2001, que impulsó Juan Manuel Santos cuando era Ministro de Hacienda de Pastrana, la Ley 617; la Ley 715... y finalmente este Acto Legislativo 04 de 2007 que establece sobre ese tema de las transferencias, un complicado Sistema Nacional de Participaciones, que consagra toda una cantidad de talanqueras a la autonomía, en disposiciones que más parecen un “documento CONPES” que normas constitucionales.

No, esas normas no tendrían que estar en una Constitución. Son demasiado reglamentaristas, demasiado detalladas, y lo son porque con ellas se quiere, más que establecer reglas que faciliten la descentralización, crear obstáculos para el efecto. Entonces ese proceso me parece -y lo subrayo- que va orientado a regresar el sistema colombiano en esta materia, mucho más atrás de la reforma constitucional de 1991. Volvemos a la época de Núñez, porque en realidad todo está centralizado hoy por hoy, inclusive el Acto Legislativo da la oportunidad al gobierno para que por decretos, que yo creo que son decretos autónomos -pues no pasan por el Congreso-, establezca la intervención del Estado -o mejor, del Gobierno Nacional- en los departamentos y en los municipios. Entonces, el Gobierno puede en cualquier momento intervenir y arrasarse con toda forma de autonomía.

GZR.- Mira, José Gregorio -ahí casi para ejercicio intelectual académico-, lo que ha pasado con las tres sucesivas reformas al sistema de participaciones, si uno las analiza en su conjunto, podría decir que habría una violación de la esencia de la Constitución del 91, que fue el Estado Social de Derecho, que básicamente busca llevar a la población recursos de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable. Porque realmente ese es el gasto social, que, entre otras cosas, lo han distorsionado.

Entonces, si uno ve el impacto de las tres reformas, uno podría armar intelectualmente la tesis de que hay una **inconstitucionalidad sobreviniente**, que resulta de la violación de la esencia de un Estado Social de Derecho que se pactó en una Asamblea Constituyente en el 91, donde el 50% de los ingresos corrientes de la Nación iban básicamente para gastos en educación y salud. Yo recuerdo -y lo tengo que decir en una cifra porque así se explica muy bien el argumento- que le preguntan a la actual Directora del Departamento Nacional de Planeación,

Carolina Rentarías, en los debates de la última reforma: ¿Cuál es la deserción educativa antes de noveno grado? Ella espera que le traigan el dato. Le traen el dato -todo esto es en televisión-, y entonces con una gran frialdad dice: “La deserción es de 33%”. ¿Eso qué indica? Que uno de cada tres niños colombianos no terminan noveno grado de primaria. El sistema no es capaz de mantenerlos en su interior. Obviamente, una sociedad en esas condiciones no es viable: una persona con noveno grado de primaria, o termina en los “paras” o termina de “Al Pacino” en la guerrilla, por la vía muy beligerante, o termina trabajando en el DAS, interceptando llamadas ilegalmente. Eso es un drama. El drama de la sociedad colombiana es que la sociedad, como está planteada, no es viable porque la tercera parte de sus niños no tienen la capacidad para tener un proyecto de vida económico y social dentro un sistema de legalidad.

Si uno ve, por ejemplo, el discurso más reciente a la Nación del Presidente Obama, concluye que fue muy directo y muy interesante, y en buena parte ello estriba en que Obama está jugando es a inyectar las grandes inversiones en energía, salud y educación.

LOM.- Es el regreso del Estado.

GZR.- Sería muy bueno que el gobierno se pusiera en sintonía: ¿para dónde va Estados Unidos? Porque es energía, salud y educación. Una inversión en energía; inversión importante en salud; una educación superior subsidiada; un crédito de 4500 dólares por familia para educación superior... Es lo que está planteado Obama.

JGH.- Sí. La guerra quedó abajo en sus prioridades.

GZR.- Sí. ¿La guerra quedó abajo! Aquí el 33 % que le quitamos al sector de salud y educación se va para el gasto militar y tenemos 400.000 personas de la Fuerza Pública. El país tiene que ver qué va hacer con ellos en la era *post-FARC*, si somos optimistas. ¿En la era *post-FARC* qué vamos hacer con 400.000 soldados y policías? Entonces, no hay un Estado Social de Derecho.

JGH.- Lo que hay es un Estado al que no le interesa lo social, y que cada día es menos Estado de Derecho.

LOM.- Doctor Zafra, cuando se redactó la Constitución del 91 se aludió a los conceptos de *autonomía* y *descentralización*. Yo recuerdo que en esos primeros meses y años de vigencia de la Constitución, no había claridad acerca de cuál era el contenido del concepto de *autonomía*. Todo el mundo tenía claro qué era *descentralización*, pero a la larga nadie entendía exactamente a qué se refería el tema de la *autonomía*, y muchos tenían como marco de referencia el sistema español, cuando en verdad realmente la Constitución del 91 había organizado el Estado

de una manera muy diferente al concepto de las autonomías en España, y bueno, históricamente no había posibilidad de retomar el concepto de *autonomía* español en el sentido original; y después vinieron los desarrollos jurisprudenciales acerca del tema de la *autonomía*. Yo no sé si el Dr. Zafra tiene o no la siguiente percepción, y es si ese concepto de *autonomía*, a pesar de que teóricamente se ha manejado y desarrollado muy bien a través de la jurisprudencia, ha terminado en la práctica desdibujándose en el mismo concepto de *descentralización*. Para usted, ¿se desdibujó y se diluyó el concepto de *autonomía*?

GZR.- Sí. Mira: contra la diferenciación -que obviamente la Constitución la hace- entre *autonomía* y *descentralización*, se viene conspirando desde la misma Asamblea Constituyente. Te cuento esta anécdota: catorce constituyentes que integraron la Comisión Codificadora -que se suponía era para mejorar el estilo y la redacción-, se llevan el texto -que, entre otras, lo embolatan porque se les perdió allá en el computador de la época-, y al final, cuando ya la Constituyente empezó a trabajar sobre fotocopias -porque no podíamos esperar que apareciera el texto- aparecen con el argumento de que *autonomía* y *descentralización* son conceptos contradictorios. En esa comisión había gente muy importante -no la voy a mencionar ahora-: administrativistas, constitucionalistas, en fin, pero hubo que probarles, con un libro de un profesor italiano que en esa época estaba traducido al español -Paolo Biscaretti di Ruffia-, que *autonomía* y *descentralización* eran compatibles con un *Estado Unitario*, que en ese entonces era el modelo italiano.

Y entonces se volvió a incluir la diferenciación por la plenaria de la Asamblea, que creía que la autonomía era muy importante, y que era importante dejarla diferenciada de la descentralización.

Si tú me preguntas cuál es la diferencia, para mí es muy clara; en la *descentralización* tú estás transfiriendo poderes -en lo *administrativo*- del Estado *nacional* a los territorios *subnacionales*. En cambio, en la *autonomía* tú tienes una *asignación de competencias constitucionales* en los distintos niveles, *no de administración sino de gobierno*, porque son autoridades elegidas democráticamente -los alcaldes, los gobernadores- por voto popular; representantes de sus municipios y de sus departamentos, y allí el cambio conceptual es muy grande. Es que uno no puede vaciar la competencia constitucional de un municipio o de un departamento, representado en sus autoridades, a través de leyes. Entonces, una ley puede violar la Constitución por vaciar una competencia constitucional municipal. Puede violarla por vaciar una competencia constitucional del distrito. Para ponerte un ejemplo, es el debate que yo he venido haciendo sobre el Alcalde de Bogotá como jefe de policía. Quien debía tener el control para regular la circulación de las armas dentro de la jurisdicción del Distrito es el Alcalde como jefe de policía del Distrito, y no el Ministerio de Defensa. Es la consecuencia lógica de

la *función constitucional* de ser el alcalde autoridad policiva. Pero esto lo puedes extender a otros campos: al campo ambiental, en el control sobre las pequeñas quebradas, en el campo de salud sobre los niveles de salud de primer nivel, lo mismo en el campo de la educación, sobre la educación básica.

Entonces, hay unas competencias constitucionales protegidas que no pueden ser invadidas ni siquiera por el Congreso dentro de un modelo autonómico. Explícale eso tú a un administrativista. Yo siempre he dicho que los administrativistas están en deuda con el modelo nuevo de la Constitución del 91. El 95% de los administrativistas colombianos -y en eso incluyo con todo respeto a los consejeros de Estado-, están en el modelo pre-Constitución del 91. Esa es la verdad.

LOM.- A veces se ha explicado que en ciertos casos sí se enfrentan los conceptos de *autonomía* y *descentralización*. Por ejemplo, se ha dicho que la autonomía se afecta cuando hay una transferencia de competencia sin los recursos necesarios, en la medida en que las entidades territoriales no podrían entonces cumplir esas funciones si no hay recursos para ejercer esa nueva función, esa nueva competencia. Se presenta así una contraposición entre descentralización y autonomía.

GZR.- Claro. Obviamente, la crítica que se le hace al modelo de la Constitución del 91 –que, yo diría, es parcialmente cierta- es que se empoderó demasiado a municipios pequeños con un alud de funciones y que no tienen los recursos indispensables para asumirlas. En eso tienes razón. Por eso hay una norma tomada de la Constitución española que dice no se pueden descentralizar funciones si no se descentralizan recursos. Entonces ahí vuelve y juega el tema tributario. Si hubiera una conceptualización un poco diferente de una **autonomía relativa tributaria** –insisto, no **soberanía fiscal**; yo no estoy de acuerdo con la soberanía fiscal pero sí con una autonomía relativa tributaria- lo que debería existir a nivel de ley es un menú de posibilidades de impuestos que los municipios, de acuerdo con sus realidades económicas, pudieran, dentro de ese menú, escoger el que les conviene. Voy a ponerte un ejemplo: un municipio con vocación azucarera no debería tener la prohibición tan estricta de que no puede gravar con industria y comercio el sector exportador de su actividad. Porque de alguna manera el municipio está siendo utilizado en un mundo globalizado para intercambio de bienes, servicios y mercancías. Entonces, en la Ley de Industria y Comercio debería haber una reforma, obviamente racional, pero que permitiera al municipio –que tiene una infraestructura de empresas que exportan- gravar, con racionalidad en materia de tarifa, pero gravar en alguna medida esa actividad exportadora. Sobre todo, cuando estamos con dólar ahora a \$2.600, el municipio es utilizado prácticamente como un “estructura de campamento”; se le utiliza como un “campamento”, casi que como un “maquila”, pero él no se está beneficiando de la

generación de esos ingresos. Por poner sólo un ejemplo. Entonces lo que sí creo es que debe haber *más poder de maniobra* de los municipios y departamentos en el tema de la tributación. Infortunadamente, el proyecto de ley que he conocido sobre impuestos departamentales municipales no va en esa dirección. Va en la dirección de ajustar tarifas y de moverse con la misma estructura con la que viene hace más de 100 años.

JGH.- Yo quería precisamente en ese sentido -el del concepto esencial de la Constitución, pero mirado con respecto al ejercicio del Poder de Reforma de la Constitución-, no sólo en el campo de la autonomía de las entidades descentralizadas sino en general en muchos otros terrenos, formular unas observaciones. La Corte Constitucional ha avanzado en la doctrina -que yo considero afortunada- de asumir competencia para conocer acerca de los actos reformativos de la Constitución, no solamente por vicios de forma sino también por vicios de competencia; y por ahí la Corte entra a hacer -aunque no quiera aceptarlo, pues ella dice que no lo hace- un **análisis de fondo**, sobre la materia contenida en la reforma constitucional, para enfrentarla a la esencia de la Constitución.

A mí no cabe duda acerca de que este tema de la *autonomía* de las entidades territoriales es de la esencia de la Constitución de 1991 -como lo es el Estado Social de Derecho, como el carácter democrático, como la dignidad de la persona humana y la garantía de los derechos fundamentales, pues todo eso hace parte del conjunto estructural de la Constitución de 1991-. Pero en forma permanente, y sin que haya la más mínima muestra de *sentimiento constitucional* (recordemos a Karl Lowenstein), ni la menor seriedad en el ejercicio del Poder de Reforma, se están proponiendo y aprobando, para todo, reformas constitucionales. Mi inquietud es: ¿no estamos *flexibilizando* la Constitución a través de esta catarata de reformas constitucionales? ¿La hemos vuelto flexible, y estamos cambiando, además, *las bases esenciales de la Constitución*?

GZR.- Sí, la verdad es que uno ya perdió la cuenta. Yo creo que -con la última reforma de darles carácter de funcionarios de carrera, y no en provisionalidad, a las personas que estaban vinculadas desde el 2004- vamos en la reforma 29 a la Constitución. Es decir, llevamos 29 reformas. Muchas de ellas obviamente cosméticas, de maquillaje. Yo, en principio, no es que me oponga a las reformas. Creo que una de las virtudes de la Constitución del 91 fue establecer distintos procedimientos para que se reformara: en eso me parece que hubo un acierto. Para que no nos dijeran que cometimos el error de la Constituyente de Rionegro: que habíamos hecho una Constitución irreformable. Pero, por supuesto, los distintos procedimientos indican distintos grados de exigencia en la reforma. Lo que tú acabas de plantear. Para cambiar el Estado Social de Derecho, yo creo que eso sólo lo puede hacer una Asamblea Nacional Constituyente, y eso es lo que ha

dicho la Corte. Por ejemplo, un cambio en el equilibrio de poderes -y lo voy a decir en abstracto-, que llevara a una democracia totalitaria -que se está diciendo es lo que va a pasar o está pasando en Venezuela-, pues eso tiene que ser por una Asamblea Nacional Constituyente

JGH.- ¿Por referendo no?

GZR.- Yo no creo que por referendo, porque el referendo es el procedimiento intermedio al de más exigencia que es la Asamblea Nacional Constituyente. Es que la Constitución contempla como *grados de dificultad* en el proceso.

JGH.- Sí, sobre todo porque la Asamblea Constituyente tiene que convocarla el pueblo, previa ley del Congreso y revisión de la Corte Constitucional.

GZR.- Claro. Exactamente. Y además el referendo tiene su origen en una ley, no en una reforma constitucional. Entonces, en grados de exigencia, lo que la Constitución mandó fue un mensaje: hay tres instrumentos jurídicos para cambiar la Constitución, pero los tres no es que sean “intercambiables”; no es una especie de *instrumento multiusos* sino que cada uno de los procedimientos de reforma tiene su propósito y su filosofía. Y el más exigente, que es el de la Asamblea Nacional Constituyente, debe ser precisamente *para cambios de la esencia del modelo constitucional*. A mí no me choca la tesis de la Corte de hacer la distinción ente vicios de procedimiento y de competencia.

JGH.- ¿No es una base para entrar en el fondo? En mi criterio, indudablemente es una base.

GZR.- Sí, pongamos un caso extremo, José Gregorio. Que en el Congreso se reúnan diez personas y digan que ellos son Congreso y que reforman la Constitución, ¿Entonces diríamos que no tenemos un problema de competencia sino lo que tenemos que analizar es sólo el vicio de procedimiento? No. Allí hay un problema de competencia, ¿cierto?

JGH.- Así es. Tendrían que declarar eso como inconstitucional.

GZR.- Claro. Ahí no hay un problema sólo de procedimiento sino de competencia. Diez personas no pueden atribuirse la función reformadora del Congreso. Entonces, yo sí creo que fue un avance, pero coincido contigo en que hay que tener cuidado de que el avance no implique que la Corte empiece a declarar inconstitucionales ya por contenido los actos reformatorias del Congreso.

JGH.- Pero ahí está observación. Cuando entra la Corte a verificar si, para aprobar un contenido de reforma, el Congreso era competente, y no lo era si ese contenido hace parte de la esencia de la Constitución, al confrontar el contenido de reforma con la esencia, la Corte tiene que hacer un análisis *de fondo, material*.

Las dos grandes tendencias, las dos líneas de pensamiento jurídico sobre el particular son en relación con los *límites expresos* para el poder de reforma. Algunos, como es el caso del doctor Sierra Porto, sostienen que, como la Constitución guardó silencio con los límites de fondo y realmente no ha establecido *cláusulas pétreas* al respecto, entonces el Congreso puede hacer lo que quiera con la Constitución. Y la otra línea, que es -me parece- la que acogió la Corte, sostiene que hay una *esencia de la Constitución* que, aunque no exista un límite expreso en la Constitución para su enmienda, de todas maneras tiene que ser respetada esa esencia y en un momento determinado no podría el Congreso por ejemplo, reformar la Constitución en esa esencia. Eso coincide con lo que Gustavo acaba de manifestar. Pero también es factible que el Congreso, basado en la primera tesis, diga: “Yo estoy completamente autorizado”, y que venga, por Acto Legislativo, a cambiarnos *bases esenciales de la Constitución*. Como podría ser el Estado Social de Derecho o el esquema democrático.

GZR.- ¡O la forma de Estado unitario!

JGH.- Sí. Exacto. Puede venir un Congreso a proclamar que Colombia ya no es un Estado unitario sino que es un Estado federal, o podría venir a disponer que no estamos en una democracia sino que esto es una monarquía -a muchos les sobran ganas- ¿no? ¡La Corte debería poder entrar y declarar eso inconstitucional! Y al hacerlo, como ahora lo hace, por la vía de verificar la competencia, en realidad entra en el fondo.

GZR.- Claro, pero precisamente por eso ayuda el tema de competencia, porque es que el Congreso no tiene competencia para afectar *la estructura esencial de la forma de Estado*, del Estado colombiano. Sino que tendría que ser la Asamblea Nacional Constituyente.

JGH.- Entonces sí, la Corte tiene que entrar al fondo. Es lo que digo. Ahora: ¿Una Asamblea Nacional Constituyente podría pasarnos a un régimen monárquico?

GZR.- Pues habría que “desempapelar” el linaje de alguno de nuestros personajes, pero obviamente en teoría, una Asamblea Nacional Constituyente puede modificar la forma de Estado. Probablemente no sería muy lógico, pero en teoría podría.

Pero sí, temas que podrían parecer “factibles”, como la forma de Estado o, aún más, la forma de gobierno, o el debate de si es régimen presidencial o parlamentario están entre los linderos de si el Congreso tiene competencia o no. Porque son como la esencia de la Constitución del 91. El régimen presidencial en mi opinión es de la esencia de la Constitución del 91, en su parte orgánica, pero es de la esencia. Lo que tú acabas de decir: el principio de la dignidad humana. Eso es de la esencia de la Constitución del 91. Es una Constitución “*pro homine*”.

El principio de la libertad o el del recurso de *habeas corpus* ¿los puede modificar el Congreso? Efectivamente no. Son de la esencia de un sistema de libertades públicas. Yo creo que eso -y ahí habría otro debate más filosófico- de pronto ni una Asamblea Nacional Constituyente lo podría hacer. Son conquistas universales del género humano. Entonces, yo sí creo que la Corte hizo un avance importante en la delimitación entre vicios de competencia y de procedimiento.

JGH.- Yo también lo creo. A mí lo que no me gusta es que la Corte no diga que su función, a partir del análisis de competencia, la está llevando irremediablemente a los aspectos de fondo, porque si lo que vamos a mirar es *la esencia* de la Constitución, entonces estamos en el fondo por más que llamemos al vicio de fondo “vicio de competencia”.

LOM.- De todos modos la Corte lo que ha dicho en el tema de competencia es que cuando es un vicio de competencia, ese vicio sería tanto formal como material, es decir ahí están los dos aspectos indefectiblemente atados.

Lo que pienso es que, bueno, aunque teóricamente suene bastante bien ese planteamiento de la Corte de hacer un análisis sobre la base de que la competencia es un vicio formal, independientemente de que exista una restricción expresa en la Constitución sobre hasta dónde debe llegar el control de constitucionalidad, creo que de todos modos hay un riesgo también muy alto, y es que el tribunal constitucional se apodere de la Constitución y de los conceptos constitucionales y que se vuelva ella *Constituyente Primario*. Digamos, puede suceder que sobre la base de que una reforma puede modificar cierto concepto esencial del pacto social señalado o definido en la Constitución, pues puede entonces de esta manera volverse una Constitución que no se pueda reformar y que la Corte se adueñe entonces de la Constitución y la petrifique.

GZR.- No, yo coincido contigo en que la Corte misma tiene una función reglada en la Constitución; no es una función absoluta. Esa famosa frase que traen copiada del constitucionalismo norteamericano según la cual “entre la Corte y la Constitución no hay una hoja de papel”, con eso hay que tener cuidado. Suena muy bonita la frase, y muy impactante como idea publicitaria, pero hay que tener cuidado. Yo diría que entre la Corte y la Constitución hay tantas hojas de papel como normas constitucionales ¿cierto? Pero, ¡joj!, vuelvo un poquito a hacer una discusión equivalente a la que hicimos sobre que autonomía y descentralización son términos destinitos. Es que *supremacía* e *integridad* también son términos distintos. La Corte tiene que velar por la *supremacía* que es casi que el control jerárquico de la tradicional *pirámide* de Kelsen, pero también tiene que velar por la *integridad*, y el tema de la *integridad* tiene que ver con mantener precisamente la esencia. Si la Corte no velara por la integridad pues la Constitución se le podría desintegrar. Digámoslo así, pasaría a ser una *caricatura* de la Constitución.

LOM.- El tema es: *¿quis custodiet, ipso custodes?* Uno diría: bueno, el control está en la sociedad en general, en la academia, y, de todos modos, pues habrá otro tipo de responsabilidades jurídicas de quienes asumen esa función de control. Se hará necesario revisar la argumentación de las decisiones para ver qué tanto convencen. Pero lo cierto es que sí existe, pienso yo, un riesgo latente, y es que los tribunales constitucionales en vez de auto restringirse, expandan su competencia —nuestra Corte ha sido muy dada a ello en algunos temas—, y van más allá de sus funciones, reemplazando no solo a los parlamentos en su intrínseca tarea de desarrollar la Constitución y sobre la base de los límites fijados en ella, sino también al Constituyente primario. Entonces ahí también el debate democrático es importante. Éste no puede desaparecer.

GZR.- Dentro de tu lógica, por eso a mí siempre me pareció un absurdo cuando el gobierno presentó la idea de que los magistrados de la Corte se cooptaran. Uno de los argumentos de por qué la Corte sí tiene que velar por la esencia de la Constitución de alguna manera es: porque hay una diferencia conceptual entre defender la *supremacía* y la *integridad*. Son dos conceptos correlacionados.

JGH.- Me está dando la razón. La Corte tiene que entrar en el fondo para poder salvaguardar, frente a la reformas, la integridad de la Constitución. ¿Cómo puede defender la integridad de la Constitución si permite que a la Constitución le introduzcan normas que contradicen su columna vertebral?

LOM.- Bueno, alguien podría sostener: no, en ese caso el concepto de *integridad* no juega en la medida en que hay una restricción previamente señalada por el Constituyente, en el sentido de que sobre esas reformas constitucionales la Corte Constitucional solamente puede mirar los aspectos formales, estrictamente formales, y si no, ¿cuál es el efecto de la restricción?

JGHG.- Queda sin efecto, y la Corte adopta una posición de defensa *política* de la Constitución.

GZR.- El otro argumento, en que me parece que Laura tiene toda la razón, es en que las cortes también tienen que “autorregularse”, o sea una Corte tiene que ser muy prudente en saber cómo asume el conocimiento de un caso, en eso si la Corte Suprema de los Estados Unidos, ya a nivel comparado, es un buen ejemplo. La Corte Suprema de los Estados Unidos no avoca el conocimiento de un caso hasta que no ve que está muy maduro en el clima institucional y político. Para poner sólo un ejemplo, no se ha querido meter en el tema de los matrimonios entre personas del mismo sexo porque dice que de pronto no está lo suficientemente maduro todavía para que ella entre a resolver.

LOM.- Si en principio la sociedad no ha logrado concertar los temas, si los parlamentos no han podido ponerse de acuerdo y las mayorías no han logrado

definirlo, ni tampoco las minorías han podido persuadir y convocar al resto de la sociedad, pensaría uno que mal haría un tribunal constitucional en reemplazar ese debate; ese debate democrático que no ha sido definido por su cauce natural; entonces se vuelve un asunto de la decisión de algunos, se vuelve un tema de aristocracia, de la decisión de los nueve “sabios” -y dejo a salvo obviamente los temas en el que los derechos fundamentales se encuentran en peligro, pues éstos están por fuera de la imposición de las mayorías-.

GZR.- Pero por eso el origen en el Senado, de la elección, es clave.

LOM.- Sí, eso lo atenúa un tanto.

GZR.- Casi yo te diría que eso es un punto esencial, que el senado pueda ser el que elija los magistrados de la Corte.

LOM.- Sí, pero es un elemento democrático de todos modos indirecto porque no hay elección popular.

GZR.- Pero hay algo allí como de representatividad en la democracia. En cambio, la fórmula que planteaba el proyecto del gobierno a mí me parecía absurda.

JGH.- Que era la cooptación.

GZR.- Era la cooptación en la Corte Constitucional. La respuesta de Sierra Porto allí me pareció muy acertada cuando dice: “Díganme ¿en qué modelo de tribunal constitucional del mundo usted tiene alguna Corte cooptada?”

LOM.- Bueno, era el sistema anterior. Era el de la Corte Suprema.

GZR.- Sí, pero –obviamente-, por eso lo superamos.

LOM.- Pues sí y no; no sé hasta qué punto uno pueda hablar de “superación”, en la medida en que, de todos modos, Colombia es uno de los países, casi podríamos decir, fundadores del sistema de control; uno de los orgullos dentro de nuestro sistema es el control constitucional, y un sistema de control que fue asignado, en su origen, a la Corte Suprema, y yo creo que funcionó. Habrá que mirar muchas decisiones sobre la base del momento histórico en que se adoptaron y el costo que en muchas ocasiones valientemente asumió esa Corporación. Eso es algo que generalmente se desconoce hoy.

GZR.- La Corte cumplió un gran papel. La Corte Suprema abrió el camino que hizo posible la base para la Corte Constitucional. Yo coincidí contigo en eso: o sea, nuestra tradición de control constitucional es una buena tradición. Lo que yo sí creo es precisamente que ya una Corte Constitucional más empoderada necesita cierto origen democrático. Así traiga los problemas de clientelismo político

que tenemos a veces en esas designaciones ¿cierto? Pero es muy difícil encontrar un sistema mejor que el actual.

LOM.- Pero el Dr. Zafra ¿piensa qué hay clientelismo en la designación?

GZR.-Pues evidentemente que lo hay, obvio que sí. ¿Pero sabes, por ejemplo, qué sí creo yo? Que la Constitución debe reformarse para fortalecer la Rama Judicial. Que el Fiscal, contra la tendencia norteamericana y contra todo lo que nos han metido, el Fiscal sí debería ser elegido sólo por la Rama Judicial. El Presidente debería perder la facultad nominadora del Fiscal

JGH.- Para que no siga el Fiscal apareciendo como subalterno del Presidente, ni oficiando como tal.

GZR.- Lo que pasó anteayer. ¡Eso es absurdo!

JGH.- Yo no sé si ustedes oyeron al presidente, dijo: “El señor Fiscal, cuando aceptó formar parte de la terna, cuando lo incluí en la terna, sabía muy bien cómo pensaba el Presidente de la República. Estaba refiriéndose al tema de la penalización de la dosis personal –que, dicho sea de paso, yo comparto con el Presidente-, pero no hay derecho a que rompa todo escrúpulo en el respeto a la autonomía que debería reclamar el Fiscal.

GZR.- Además, ¿qué quiere decir? ¿que lo postuló con instrucciones?, ¿Le dijo: “a usted lo meto en la terna pero estas son mis instrucciones”?

JGH.- “Para que haga y diga lo que yo piense”.

LOM.-Ha habido también, pienso, un error sobre el tema de las postulaciones, nominaciones, designaciones, y específicamente en la Corte Constitucional, y es que algunos magistrados -no voy a mencionar nombres- han considerado en ocasiones su labor como de representación.

JGH.- Sí. Algunos votan ahora en el entendido de que representan al gobierno, de que representan a quienes lo eligieron...

LOM.-Sí, o a ciertas minorías. Ahí hay un error de concepción de la labor judicial, porque el magistrado no entra a representar a nadie.

JGH.-Si acaso, representa al pueblo.

GZR.-Mira para hacerle el crédito al Dr. Bernardo Gaitán que me contó en estos días una anécdota: se posesiona un magistrado en la Corte ante Alberto Lleras Camargo, y le dice el Magistrado: “Presidente, aquí tiene en la Corte un amigo”. Y Alberto Lleras le responde: “! Yo no necesito amigos en la Corte, sino jueces!”. Pero ese era Alberto Lleras; es que los tiempos han cambiado.

JGH.- Ahora la respuesta hubiera sido al contrario: “Gracias, hombre. ¡ Por eso, consúlteme todas las decisiones que afecten al Gobierno!. Además, palabras similares, en boca de magistrados, deben haberse oído varias veces en los últimos años.

GZR.- Los tiempos han cambiado. Es una belleza de anécdota.

LOM.-No. Y yo hablo de lado y lado: tanto los que eventualmente pueden sentirse como representantes del Gobierno, o con algún tipo de vínculo con el Gobierno, de gratitud o como se llame, como aquellos que creen que son los “representantes” de las minorías, o de ciertos gremios, o sectores sociales, etc. Y no me refiero aquí al concepto de jurisdicción constitucional entendida como aquella encargada de defender los derechos de las minorías que fueron arrasadas por las minorías en el debate parlamentario; estoy hablando del más puro sentido político de la representación.

GZR.- Un magistrado de la Corte representa es a la Constitución.

JGH.- Las sentencias dicen que la Corte falla “En nombre del pueblo y por mandato de la Constitución”. Es la fórmula, que inclusive se la querían quitar en el proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

GZR.-Que es muy simbólica ¿ves? Fíjate lo que son los símbolos.

JGH.- La Corte, en la Sentencia C-037 de 1996, con ponencia de Vladimiro Naranjo, dijo que no, que la fórmula no era, para la Corte Constitucional, la misma de las otras corporaciones —“En nombre de la República y por autoridad de la ley”—, sino que ella seguiría fallando “en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución”, y así siguieron las sentencias.

GZR.- Es que fíjate, yo les decía en estos días a los alumnos: el mejor símbolo de la más grande democracia del mundo, es el juramento presidencial. Porque, aun con todos sus defectos, sigue siendo la verdad que Estados Unidos representa la democracia. Tanto que Obama jura cumplir la Constitución. El hombre más poderoso del mundo, se somete a la Constitución ¿Y ante quién lo jura? Ante el presidente de la Corte Suprema de Justicia. Ante la cabeza de la rama judicial.

JGH.- Le tocó repetir el juramento, porque lo dijo al revés.

GZR.- Pero a mí eso me parece bellísimo. Obama, el hombre más poderoso del mundo, se somete a la Constitución y el testigo es el presidente de la Corte Suprema de Justicia. Eso es un sistema de Derecho.

JGH.- Aquí se quiere que la Constitución se someta a los designios del Gobierno, o de unos economistas. Y ese era el otro punto que yo quería tratar justamente. Así como decía que se ha desvirtuado la Constitución paulatinamente con

varias reformas, se ha venido debilitando ese conjunto de valores plasmados en la Constitución por cuanto una cosa señala la Constitución y otra cosa es lo que se hace en el Estado colombiano, dentro de la mayor aceptación y beneplácito de los que pueden opinar. El pueblo no, porque el pueblo no puede opinar en Colombia. Las encuestas son de origen fantasmal.

El hecho es que vamos por dos vías distintas, de modo que uno encuentra en muchas cosas, por ejemplo en materia económica, que la Constitución va por aquí y el gobierno por otro lado totalmente distinto. Y el Congreso, y las autoridades en sus distintos niveles no aplican realmente la Constitución. Entonces la Constitución se convierte muchas veces en pura teoría, en utopía en letra irrealizada.

GZR.- Lo que los alemanes llamaban en una época *sentimiento constitucional*. La gente no se apropia de la Constitución.

LOM.-Es a lo que yo iba, pues de tantas reformas constitucionales hasta ahora, uno podría deducir que lo que ha pasado es lo siguiente: (i) o que quienes han reformando la Constitución han venido deformando el sentido propio de la Constitución, (ii) o que la Constitución del 91 finalmente no logró ser un real pacto social.

GZR.- Políticamente tienes razón; los protagonistas del pacto de esa época ya no somos los mismos.

JGHG.- Como dice Neruda: “Nosotros, los de entonces, ya no somos los mismos”.

GZR.- Entonces, el pacto tampoco es el mismo.

LOM.- No, y es un pacto que se ha ido reformando; son 30 reformas, unas de maquillaje, pero otras importantes, de fondo.

GZR.- Yo siempre les recuerdo a mis alumnos una anécdota, sin que se sue-
ne a oposición, pero es que uno de los congresistas que cesó en funciones con la llamada disolución del Congreso de la época, es el actual Presidente de la República. Esa es la verdad. Yo lo entiendo humanamente ¿cierto?. El presidente era congresista, lo que se llamó -mal llamado- *revocatoria del Congreso*, que en el fondo era la exigencia de poner a funcionar un senado de circunscripción nacional.

Independientemente de que algunos a regañadientes hubiéramos tomado la decisión, porque si no, no hubiera habido acuerdo político con el M-19. El M-19, en su momento, Salvación Nacional en su momento, y las fuerzas independientes

en su momento, tenían los votos para producir la disolución del Congreso. Lo que hizo el Partido Liberal de ese momento y el Conservatismo, que estábamos en minoría, fue acordar una fórmula intermedia que políticamente fuera manejable. Entonces se dijo: se disuelve el Congreso, pero ¡ojo!, el día de la elección de gobernadores es el mismo de la elección de Congreso. Y ahí, políticamente, López Michelsen les gana la partida a Antonio Navarro y a Álvaro Gómez, porque ya no es un tema jurídico pero sí político: las maquinarias de los partidos se movieron porque la elección de gobernadores implica obviamente poder político. Entonces el primer error de Navarro -histórico para él- fue haber dejado que la elección de congresistas y gobernadores coincidieran, y el segundo error, inhabilitarnos a todos los constituyentes, nosotros no podíamos ir a al Congreso. Ahí quedó Navarro todavía más crucificado -lo digo sinceramente-, porque Navarro tenía un prestigio, Álvaro Gómez obviamente lo tenía, y no era lo mismo una lista encabezada por Vera Grave -la respeto mucho pero no era lo mismo-, ni por Enrique Gómez -lo respeto mucho pero no era lo mismo-. Entonces, fueron unos errores políticos, no jurídicos, que cometió Navarro.

LOM.- No podría uno pensar por ejemplo, ahora ante una Constitución tan debilitada como dice el Dr. José Gregorio, debilitada ya porque de pronto las personas que la han modificado la han modificado sin legitimidad...

JGH.- Y la quieren seguir debilitando.

GZR.- Te refieres al actual Congreso. Yo coincidiría contigo, el último Congreso efectivamente tiene poca legitimidad para plantear una reforma de cualquier naturaleza. Empezando, porque te declaras impedido y que te tengan que decir que no te aceptan el impedimento, es incomprensible. Que es lo que va pasar en la reforma constitucional. El 30% del Congreso está *sub judice* o en camino de estarlo. Entonces, en serio, eso es patético ¿Cómo explica uno eso?

LOM.- Lo que me parece es que se está ante una Constitución muy debilitada, fuera por la razón que fuera, pero el tema es que hay una discusión sobre eso, sobre la legitimación, y eso mismo afecta, digámoslo, la autoridad propia de la Constitución como "constitutiva" del pacto social. Yo me pregunto: ¿ante una Constitución tan debilitada, uno no podría plantear entonces acaso la necesidad de volver a definir este pacto de nuevo?

GZR.- Yo te entiendo, casi sería otra Asamblea Nacional Constituyente. Yo personalmente creo que esa no es la vía, pero creo que la Constitución da el camino. Es que, fíjate, ahí yo sí defiendo la bondad de la Constitución del 91; es una Constitución que en eso sí fue visionaria, mire hay varias vías para que se reforme. Entonces la misma Constitución te da el procedimiento para dentro de la legitimidad de un Estado de Derecho hacer los ajustes. Ahí está: convoque la Asamblea.

LOM.- Sí, muchas personas, incluyendo constituyentes, dicen que el espíritu se ha perdido, se ha venido perdiendo en muchos aspectos...

GZR.- En algunos, en otros, digamos por ejemplo la tutela, ha sido formidable.

JGH.-No, pero se han ido perdiendo en unos casos. Evidentemente se ha perdido parte fundamental de la Constitución. Por ejemplo, con la reelección presidencial para el periodo inmediato, en donde se interrumpió el periodo para el cual fue elegido el Presidente modificando la Constitución con nombre propio y con el propósito de elegirlo y ahora otra vez se quiere hacer lo mismo. Entonces ahí hay una ruptura frente a lo que se pactó en 1991. Recordemos: la Constitución de 1886 consagraba la posibilidad de reelección pero con un periodo intermedio, es decir, no podía ser el Presidente a la vez Presidente y candidato. La Constitución del 91 inclusive eso lo prohibió por siempre, y dijo que no podría ser nunca reelegido.

GZR.-Ahí hay que hacerle el gesto a Gaviria, Gaviria jamás intrigó para que se diera una solución para que el pudiera ser reelegido. Cesar Gaviria jamás lo hizo, y hay que hacerle el gesto.

JGH.- ¡Claro!

GZR.-Así como yo le atribuyo, la responsabilidad de que él se haya quedado con la designación de la Fiscalía, ahí creo que él se equivocó.

LOM.- Eso es otra cuestión. A propósito del tema de la Fiscalía, desde que se expidió la Constitución del 91 ha habido una discusión acerca de cuál ha sido el papel de la Fiscalía; cuáles son los poderes que tiene o no, o debería tener. Se ha hablado de acoger un modelo, de acoger otro, las ventajas de uno y otro sistema. Pero la verdad es que no nos hemos podido poner de acuerdo en ello.

GZR.- ¿Pero tú crees que con todo lo que está pasando con el DAS, lo lógico es que el Fiscal lo nomine el Presidente? Yo digo que no. Yo creo que esa sí debe ser una apuesta constitucional importante. El modelo colombiano exige una Fiscalía más cerca de la rama judicial, todavía más que lo que está hoy.

LOM.- Bueno, eso en cuanto al origen: quién lo nombra o quién lo postula; y otro es el tema de cuáles son las funciones, si tiene funciones muy amplias en el tema por ejemplo de la detención de personas, si tiene un control judicial o no. Ahí habría todavía un debate y parece no haber un acuerdo teórico. Entonces también es una institución que surgió con la nueva Constitución pero en relación con la cual no se ha logrado una unidad de criterio.

GZR.- Que no ha logrado su perfil.

JGH.- En la reforma de 2002, Acto Legislativo 3 de 2002, se le quitó por regla general -y eso lo reafirmó la Corte Constitucional después, en sentencias relativas al Código de Procedimiento Penal- la posibilidad de decidir sobre la libertad de las personas. Solamente cuando esté autorizado por el juez de control de garantías.

LOM.- Pero antes tenía esa potestad...

JGH.- Y hay procesos que se iniciaron antes y entonces en todos esos están los fiscales con la facultad de privar a una persona de la libertad. Y evidentemente el sistema no ha logrado consolidarse.

LOM.- No, y ha recibido influencias foráneas que de pronto no han sido las mejores. Y yo no sé, no se terminó de acoger un modelo puro, sino *sui generis*.

GZR.- Dicen que es el modelo Puerto Rico, y digo: ¿no hubieran podido copiar uno mejor?

MDK.- Bueno yo sí quería devolverme a cuando el Dr. Zafra hablaba de la apropiación de la Constitución por parte de todos, por el ciudadano común como por todas las instancias judiciales. Por ejemplo, en el caso de los jueces penales, cómo no se apropian de la Constitución, si no que ellos van impartiendo sus condenas como les parece, sin tener en cuenta lo que establece la Constitución. Por ejemplo en tema de inhabilidades, cuando son delitos políticos o culposos no cabe una inhabilidad, pero de todas maneras la hacen valer, de todas maneras existen muchos casos en que la ponen sin justificación violando principios constitucionales y no hay un control detrás.

GZR.- Pero es que con el argumento del Gobierno de que acá no hay delitos políticos. ¡Imagínate tú!

MDK.- Bueno, quedémonos en los culposos entonces. Y encontramos leyes como la Ley 80 de 1993, que no tiene en cuenta tampoco lo establecido en la Constitución para imponer inhabilidades. Sólo habla de "si usted tiene una inhabilidad penal, entonces tiene 5 años de inhabilidad para contratar con el Estado", sin estudiar el por qué de la inhabilidad. Sin pensar más allá.

JGH.- Se convierte en teoría la Constitución.

MDK.- Es una teoría que no se cumple. Y si se acude a las Cortes con tutelas, éstas también son negadas con argumentos sorprendentes que demuestran que tampoco interiorizan lo establecido en nuestra Carta.

GZR.- Habría que buscar que la Corte Constitucional escoja esas sentencias.

MDK.- No las escogen, o es muy difícil lograrlo.

JGH.- No las escogen y quedan así. Porque, no nos digamos mentiras, muchos jueces en sus providencias, y hasta la Corte Constitucional, desvirtúan la Constitución.

MDK.- No es lógico.

GZR.- Volviendo a los delitos políticos, fíjate hasta donde ha llegado el absurdo de desestimar que existe delito político, entonces que haces con el derecho de asilo la máxima construcción de nuestro Derecho Internacional de las libertades ¿no? La Doctrina Suárez -¿se acuerda que nos la enseñaba Nieto Navia?- , Entonces, si no hay delito político, ¿cómo ejerces el derecho de asilo?. ¿Entonces también desapareció el derecho de asilo? A Alan García no lo hubiéramos podido asilar en Colombia, por ejemplo.

MDK.- Si estoy completamente de acuerdo con que no se interioriza la Constitución.

JGH.- De pronto algunos jueces más que otros.

MDK.- Pero leyes como la Ley 80, uno diría que tal vez sí está bien porque se tiene que mirar y se miró en su momento para el estudio de exequibilidad frente a la Constitución, y por ende las inhabilidades deberían tener unas condiciones. Pero no, esto es pasado por alto.

LOM.- Pero pienso que los jueces sí se han apropiado de la Constitución, la acción de tutela sí ha logrado que los jueces conozcan la Constitución y la apliquen en general... Bueno, algunos no la aplicarán, pero parto de que eso es una excepción a la regla.

GZR.- Y le ha dado jerarquía al juez, el juez se siente que su importancia es mayor.

LOM.- Sí, pero el juez a partir de la Constitución del 91 y específicamente con la tutela conoce la Constitución, conoce los derechos, maneja bien la Constitución y creo que ese sí es un tema que ha aportado muchísimo. Digamos que en general si uno compara lo que sucedía antes de la Constitución del 91, con lo que ha pasando después del 91, es evidente que los jueces manejan, conocen y aplican más la Constitución, y no solamente la aplican en los caso de tutela, sino que de ahí a su vez extraen enseñanzas para aplicarlas en los casos cotidianos que deben decidir en los asuntos civiles, penales, laborales.

JGH.- Pero muchos de esos jueces no han entendido la Constitución, ni aplican la Constitución. Sino que tienen la visión, obnubilada en muchos casos, de primero aplicar normas anteriores porque a muchos de ellos sencillamente no les

gusta la Constitución, y fallan con criterio anterior a la Constitución, con *criterio pre-constitucional*. También le tienen miedo al efecto que pueda implicar en la práctica la aplicación de la Constitución. Les da miedo en muchos casos, no dictan el fallo y prefieren encontrar cualquier pretexto para negarle a la persona, por ejemplo, la protección de la tutela, para que no los critiquen en los editoriales o en la radio. Eso lo hemos visto en la práctica muchas veces. Entonces, yo diría que Mariana tiene razón cuando manifiesta que depende del juez, no podemos hacer una alusión general porque hay demasiadas excepciones, pero –como las brujas–: que hay jueces que fallan inconstitucionalmente, a sabiendas, los hay. Como los hay también muy buenos.

MDK.- Hay Fiscales buenísimos, hay jueces buenísimos y hay jueces que tú sabes que tu caso lo está manejando el secretario del juzgado, prácticamente el secretario hace “copy paste” de las sentencias y el juez firma y ni siquiera sabe lo que se dijo, uno lo ve mucho en consultorio jurídico, en la Universidad, por ejemplo.

LOM.- No, yo acepto que en temas de excepciones de inconstitucionalidad los jueces son tímidos y de alguna manera tienen hasta razón en el sentido de que se arriesgan demasiado cuando deciden inaplicar una norma para aplicar otra preferentemente si el tema no es muy evidente; si hay discusión prefieren, obviamente, decidir sobre la base de lo que establece la ley. Yo pienso que esa prudencia no necesariamente es mala, digamos es natural a la figura de la excepción.

JGH.- Bueno otro aspecto de esta misma cuestión. Sentencias, inclusive de la Corte Constitucional, que se oponen a la Constitución. Hay sentencias de la Corte que son inconstitucionales.

MDK.- ¿Un Ejemplo?

JGH.- ¿Un ejemplo? Tengo varios. La Corte, por ejemplo, en una sentencia reciente modificó el Artículo 338 de la Constitución, según el cual los elementos del tributo –sujetos activos y pasivos, hecho gravable, base gravable, tarifas de los impuestos– tienen que ser directamente señalados por el legislador, por el Congreso, y no puede trasladarse ninguno de esos elementos al Gobierno, pero se aprobó una Ley Tributaria por el Congreso en la cual se dijo que la base gravable para la determinación del impuesto al tabaco había de ser fijada por el DANE sobre la base del promedio de los precios al consumidor. Entonces eso se demandó ante la Corte Constitucional y la Corte dijo, con toda tranquilidad, como si no conociera el artículo 338 de la Constitución, que eso estaba bien porque eran elementos técnicos económicos y que eso sí le correspondía al DANE, sin ser inconstitucional. Entonces la base gravable, que es una garantía para el contribuyente –porque todos estos elementos los tiene que fijar el Congreso es como garantía para el contribuyente–, puede fijarla ni siquiera el Presidente, ni siquiera

el Director del Dane, sino un funcionario tecnócrata de cuarta o quinta categoría. La Corte pasa eso y modifica, o hace inútil, el artículo 338 de la Constitución.

Y tengo otro ejemplo: cuando el gobierno ejerció las facultades extraordinarias concedidas respecto a la reestructuración de las entidades públicas en el año 2003, dictó un decreto, en ejercicio de facultades extraordinarias, mediante el cual escindía, dividía o separaba dos partes muy importantes del antiguo Seguro Social. Dejó unos temas en cabeza del Seguro, pero creó unas empresas sociales del Estado, ESES. Hasta ahí, muy bien: las facultades extraordinarias se le concedían por el Congreso, entre otras cosas, para escindir entidades estatales. Pero, en el mismo decreto, el Gobierno dispuso –y para eso no había facultad expresa– que el personal de las empresas sociales del Estado ya no sería integrado por trabajadores oficiales si no por empleados públicos. Es decir, sin facultad, cambió la naturaleza del vínculo, incluso afectando a quienes ya estaban trabajando en el Seguro. Eso se demandó ante la Corte Constitucional, y vino ella –con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar– a decir que sí, que cuando se concede una facultad extraordinaria están implícitas cuantas cosas quiera el Ejecutivo, contrariando toda la jurisprudencia de la Corte, y hasta la de la Corte Suprema anterior a 1991, que siempre sostuvo que no hay facultades extraordinarias implícitas. Facultades implícitas, que puede el Presidente hacer lo que no está autorizado expresamente en la ley habilitante, y que es de reserva de ley.

GZR.- Es una tesis arriesgada.

LOM.- Sobre la base de la “teoría del órgano” y entonces de todo lo que conforma el órgano, de lo que está en él.

JGH.- Que está implícito. Y hay otra tendencia de la Corte –plasmada en varias sentencias–, que es muy preocupante, y que, a mi juicio, viola la Constitución que es la de haber profundizado demasiado en la distinción entre el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario. Entonces dice que en el Derecho Disciplinario, por ejemplo la norma que contempla la falta puede ser una norma *en blanco*, que la va llenando la administración o el Procurador General, y entonces deslegalizó lo que la Constitución tiene reservado a la ley, que es describir la falta y, descrita la falta, contemplar la sanción. Pero hay que describir la falta. Eso no se puede dejar en blanco.

GZR.- Fíjate que eso es de alguna manera un retroceso en el Estado democrático constitucional

JGH.- Pero claro, eso inclusive afecta la esencia de la Constitución, porque a ti te pueden encontrar configurada una falta disciplinaria, y tú preguntas: ¿bueno, y esa falta está prevista... en cuál norma? No, hay una norma-madre que dice que dan motivo para la sanción “... las demás faltas que se señalen”.

LOM.- Generalmente remiten al incumplimiento de deberes legales o a la relación del régimen de prohibiciones.

JGH.- Y hay algo peor, que tú lo conoces muy bien y es que la Procuraduría -y la Corte lo consintió- tiene la teoría de que puede el Procurador, en un proceso disciplinario y sin prejudicialidad, establecer que el servidor público cometió un delito, y sancionarlo por ello. Porque en el código disciplinario único hay una norma que contempla como falta disciplinaria cometer un delito, pero entonces eso debería tener un presupuesto.

LOM.- ¡Que se haya probado el delito!

JGH.- Claro. Tendría que haber una *prejudicialidad*. Pues no. La Procuraduría ha sancionado a varias personas por un delito que no se ha condenado penalmente, ni siquiera han abierto proceso.

LOM.- No, y que además, si lo abrieron, después absuelven.

MDK.- ¿Y qué pasa si lo absuelven y ya está sancionado?

JGH.- Nada, ya el servidor público está destituido, sancionado, inhabilitado y públicamente desacreditado. Lo destituyeron por cometer –como en las novelas- “un delito que no cometió”, dicho esto último por la justicia penal, que es la que conoce de los delitos.

LOM.- Se argumenta que como son dos responsabilidades diferentes, entonces no importa.

GZR.- ¿No procede acción de reparación directa?

JGH.- Sí procede acción, pero de restablecimiento del derecho, por la violación en este caso administrativa, porque, aunque la Procuraduría diga que ella profiere “fallos”, no pasan de ser actos administrativos.

LOM.- La norma del Código Disciplinario se demandó, pero la Corte la declaró exequible, y como se trataba de dos regímenes diferentes, se señaló que no importaba, porque una de las cuestiones que se planteó también fue el tema incluso del honor de las personas porque terminan siendo condenadas disciplinariamente por un delito.

JGH.- Que pudo no cometer o por el cual no fue juzgada la persona.

LOM.- Exacto, entonces no hay *prejudicialidad* en ese sentido. Aunque curiosamente en procesos de tutela, la Corte Constitucional sí ha exigido esa prejudicialidad. Ahí hay una contradicción de la Corte.

GZR.- Pues fíjate que, a raíz del problema de la “parapolítica”, se planteó a nivel de reforma constitucional que el congresista debería dejar su cargo con la ejecutoria de la medida de aseguramiento, pero necesitaba reforma constitucional. Eso no lo puede hacer una ley.

LOM.- Pero entendí que el doctor José Gregorio iba a que hay casos en los cuales la Corte desconoce la Constitución.

JGH.- La Corte desconoce la Constitución o reforma la Constitución en unos casos y entonces el guardián puesto para la defensa de la Constitución lo que hace es usar su poder para cambiar la Constitución. Eso es inaceptable.

LOM.- De eso hablábamos ahorita, los riesgos de que sea el tribunal constitucional el que se apodere de la Constitución y entonces decida sobre la base de su subjetivo criterio, y restringiendo indebidamente las válidas opciones que se le reconocen constitucionalmente al legislador.

GZR.- Pero fíjate, eso juega mucho con los criterios internos de los reglamentos de la Corte para apartarse a una de sus jurisprudencias, porque, si la Corte tuviera unos criterios mucho más rígidos internos...

LOM.- En materia de tutela existe la posibilidad de lograr una unidad en los criterios cuando hay cambio de jurisprudencia, pero en materia de control abstracto de constitucionalidad no.

GZR.- Sí, sería interesante pensar en eso, que cuando la Corte vaya a cambiar de jurisprudencia en un tema algo se exija.

LOM.- ¿Una mayoría calificada?

GZR.-Exacto, más riguroso el análisis, o un procedimiento agravado.

JGH.- Fundamentado.

GZR.- Porque eso sí es una crítica que se le hace a la Corte Constitucional, cambia muy fácilmente el estándar. Entonces, la certeza jurídica se pierde.

JGH.- Bueno, voy a plantear otro tema totalmente distinto que tiene que ver también con la función de la defensa de la Constitución, función a cargo de la Corte y que debería ser efectiva. La Corte declaró inexecutable el decreto que declaró el estado de conmoción interior a raíz del paro judicial. Primero que todo, el Gobierno declara ese Estado de Conmoción Interior a raíz de un paro y no de una perturbación del orden público. Son dos cosas completamente distintas. Segundo, dicta decretos legislativos en desarrollo de ese decreto declaratorio de la conmoción, mediante los cuales modifica con carácter permanente y hasta deroga

normas del Código de Procedimiento Civil (derógase el artículo tal del Código de Procedimiento). Después, el paro se levanta, pero el gobierno sin embargo no levanta inmediatamente el Estado de Comoción Interior que estaba fundado en el paro, y el Fiscal le dice al Presidente: mantenga el estado excepcional “porque lo necesitamos para evacuar procesos”. Y el Presidente del Consejo de la Judicatura dice también que es necesario mantener ese Estado de Comoción Interior porque “todavía no hemos terminado con la descongestión”. Que es un tema completamente distinto, y entonces el Presidente de la República lo mantiene.

Semanas después se levanta; el Gobierno no prorroga las medidas y por lo tanto todas esas normas pierden vigor y lo recuperan, en cambio, todas las disposiciones anteriores, inclusive las que el Ejecutivo –inconstitucionalmente- había “derogado”. Pasan los días y, ahí sí viene la Corte Constitucional, cuando ya no sirve para nada el fallo, a decir que se violó la Constitución.

Entonces, una de dos: ¿Ese control constitucional sirve o no sirve? En mi criterio, el control constitucional que no es efectivo no es control y aunque se ha hablado mucho de un **magisterio moral** de la Corte, que implicaría que se trazaran unas pautas hacia el futuro para ver si las van a cumplir –yo no creo que, al menos este Gobierno, las cumpla-, la Corte sí debería haber proferido el fallo de manera que fuera útil; que tuviera algún efecto.

LOM.- Yo recuerdo un caso en el año 92 o 93, un caso donde la Corte debió analizar unas normas sobre los bonos de guerra –los llamados BOSI-; y estaba en esa época el Ministro Rudolph Hommes, y ante la crítica de la inconstitucionalidad de esas normas...

GZR.- Que eran contrarias a derecho...

JGH.- Era la Ley 6 de 1992.

LOM.- Entonces él dijo algo así: “...no importa porque mientras estén vigentes, yo recaudo” -conociendo él que los fallos en ese momento -y por regla general- tenían efectos hacia el futuro-. Pero la decisión de la Corte fue sabia en ese sentido. La Corte le dio efectos retroactivos al fallo, ordenó la devolución a los contribuyentes de lo pagado y en su momento generó una polémica con el Consejo de Estado, porque el Consejo de Estado alegó que la Corte le había usurpado funciones en ese aspecto, porque ordenó directamente y por vía general la devolución de los impuestos. Ya la gente no tenía que acudir a los pleitos contra el Estado para recuperar esos recursos, sino que simplemente el gobierno estaba obligado directamente a devolverle a cada uno lo recaudado.

JGH.- En efecto, fue un caso de justicia constitucional con efectos concretos. El Gobierno fue obligado a reintegrar lo pagado por los contribuyentes, aunque protestara el Consejo de Estado.

LOM.- Esta decisión, con todo y la crítica que se le ha hecho, tenía la siguiente justificación por motivos de equidad: era injusto someter a las personas a unas cargas adicionales, a las personas que habían cumplido con su deber tributario, pues éstas sí tenían que correr con la carga de demandar al Estado, y, en cambio, se habrían beneficiado los infractores.

GZR.- Esa posición de Hommes le hizo mucho daño a la institucionalidad porque significa: “fusile, mientras llega la orden contraria”, y después: “¿Qué hago si ya los he fusilado?” Es una teoría que le hizo mucho daño a la institucionalidad. Pero yo quiero volver, José Gregorio, al punto que tú planteas, porque me parece interesante. Uno de los temas que más se ha “desinstitucionalizado” de la Constitución —que prácticamente ha desaparecido— es el tema de la responsabilidad política. Si la responsabilidad política existiera en Colombia, por lo menos tres ministros ya habrían renunciado. Nadie le pide a los funcionarios que hagan lo de los *samuráis*, que se hagan el *harakiri*, tampoco hay que llegar hasta allá. Pero si la decencia de renunciar existiera, se realizarían muchos de los postulados de la Constitución. Lo otro es inexplicable. Por ejemplo, está el caso reciente del Director de INVIAS, ¿Cómo se los explicas tú a un estudiante? A ver, cuéntame ¿Cómo hago yo para explicarle a un estudiante el caso del director de INVIAS? Ximena Osorio, la profesora de la Javeriana, tiene un cuento muy bueno: le preguntó a un estudiante en el examen: ¿Oiga y qué pasa cuando a un director de Departamento Administrativo lo destituyen por orden de la Procuraduría? ¿Qué le pasa? No, es muy fácil —contestó el alumno—, lo ascienden. Ximena le abrió los ojos pero tenía razón: en la vida real lo que pasa es que lo ascienden. Entonces, Colombia, en eso de la responsabilidad política, se ha desinstitucionalizado. No existe; se usa la palabra; todos los ministros dicen con frescura: “yo asumo la responsabilidad política”, y uno dice: ¿y eso qué será? ¿usted qué va a hacer? ¿va a renunciar, o qué? “No, la asumo, pero sin renunciar”. ¿Cómo que la asumo? La consecuencia de asumir la responsabilidad política es que usted renuncie.

JGH.- Aquí, hoy, la responsabilidad política no implica nada. No tiene nada. No tiene ninguna consecuencia.

LOM.- Bueno, ¡y cuando ni siquiera la asumen! El caso de las “chuzadas” sí es patético, porque son un poco absurdas las declaraciones del Ministro del Interior diciendo: “Nosotros no asumimos la responsabilidad política”.

GZR.- ¿...cómo te parece eso? Oírme el cuento.

LOM.- Porque “no fuimos nosotros sino que es la mafia”. Y digo yo: ¿Cómo no va a asumir como responsabilidad política por un hecho tan grave como que sea la mafia la que maneje el DAS?

GZR.- El embajador japonés al que se le tomaron la embajada en Perú, cuando lo liberaron, el tipo al otro día renunció.

LOM.- Pero seguramente los japoneses deben estar diciendo: “¿por qué no se hizo el *harakiri*?”

JGH.- ¡Pero si renunció Nixon por unos micrófonos que no puso él!

LOM.-Pero, en cambio, no renunció Bush, ¡por unas armas de destrucción masiva que nunca existieron!

GZR.- Pero... ¿cómo así que uno está denunciado penalmente, indagado y dice: “no, yo sigo ahí y sigo defendiéndome con los medios de comunicación oficiales, y hablo desde mi oficina mi caso personal”. En serio, la responsabilidad política se perdió en Colombia.

JGH.- Pero el control constitucional, volviendo entonces a esos decretos de emergencia o conmoción interior respecto de los cuales la Asamblea Constituyente quiso que fueran excepcionalísimos -porque esa fue la filosofía- se dictan y no tienen ningún control político, a pesar de lo que establecen los artículos 214 y 215 de la Constitución, y el control jurídico se está perdiendo. Y para probarlo, veamos que la Corte declaró exequible la Emergencia Social por el caso de las pirámides, que estaba bien lejos de ser un hecho sobreviniente.

El juez constitucional llega tarde...

LOM.- Llega tarde, y sin ningún efecto.

JGH.- Yo he pensado que ahí sí sería buena una norma que permitiera la suspensión provisional cuando hay una violación flagrante de la Constitución.

GZR.- Yo estoy de acuerdo contigo, la Corte Constitucional debía inventarse ese mecanismo, el de la suspensión automática.

LOM.-Con una mayoría calificada.

GZR.- Con una mayoría calificada, y en casos excepcionales ¿cierto?

LOM.- Y fundamentada la decisión.

GZR.- Y no necesariamente de todo un decreto si no digamos de las partes más críticas, que es la manera de garantizar que la Constitución sea respetada. Eso es obvio.

JGH.- En el caso de la Conmoción Interior, qué tal que el presidente hubiera dictado un decreto legislativo, en ejercicio de las atribuciones asumidas, ordenando la captura de los dirigentes sindicales. Habría podido decir: todos los que estén comprometidos con el paro se van para la cárcel. Y los hubieran capturado, con la norma vigente. Y la Corte Constitucional, guardiana de la Constitución y

defensora de los derechos, entre tanto esperando a ver el momento en que se vence el término para dictar el fallo. ¿A esos sindicalistas, en el ejemplo, en qué los resarciría un posterior fallo de la Corte que diga que eso que hizo el Gobierno fue un abuso y que fue inconstitucional? ¡En nada! Se perpetúa la violación de la Constitución. Se perfecciona la violación flagrante de la Constitución, sin que la función de salvaguarda de ella se ejerza oportuna y eficazmente.

GZR.- Habría que manejarlo con suspensión provisional o con el efecto retroactivo.

JGH.- O que trabajaran los magistrados un poco más y que fallaran más rápido. Algunos piensan también en un control previo.

LOM.- No, pero un control previo no tiene sentido en estados de excepción, pienso yo, porque las medidas se necesitan es en el momento, inmediatamente, para conjurar la crisis.

JGHG.- Pero no pueden aplicarse si abiertamente violan la Constitución. Artículo 4 de la Constitución.

GZR.- Pero de pronto una suspensión provisional.

LOM.- ¿Con una mayoría cualificada?

GZR.- Con unas mayorías especiales.

JGH.-Reducido ello, desde luego, a los casos de flagrante violación, en donde cupiera la excepción de inconstitucionalidad, por ejemplo.

GZR.- Que fue un poco lo que hizo la Corte Suprema con la norma de recurso de casación. De entrada dijo que no aplicaría la norma.

JGH.- Claro, o con el Decreto 3550 ¿Se acuerda? El decreto aquel del Presidente Turbay, cuando sabía que la Corte Suprema, probablemente, iba a declarar inexecutable el Acto Legislativo número 1 de 1979.

MDK.- ¿Qué era cuál?

GZR y JGH.- La reforma de Turbay.

JGH.- Y el gobierno se enteró, el gobierno supo que ese fallo se iba a dictar y que se iba caer.

GZR.- Quiere decir que las chuzadas existían desde antes.

JGHG.- O las filtraciones a Palacio.

MDK.- Es un ejercicio muy viejo.

JGH.- Es que las arbitrariedades no se las inventó Uribe. Lo que pasa es que

se ha esmerado y se ha especializado. Pero, volviendo al caso, el Presidente supo, y de inmediato reunió al Consejo de Ministros, y dictaron un decreto, el 3550, que querían aplicarle al proceso en curso.

LOM.- ¡Ah, el de las mayorías!

GZR.- Claro, mayorías de dos terceras partes.

JGH.- Subiéndolas mayorías, porque ya sabían cómo estaban las mayorías en la Corte.

MDK.- Para que no pasará.

JGH.- Para que no pasará, y la Corte Suprema de Justicia, en una actitud valiente, dictó el fallo de inexecutable del Acto Legislativo, y previamente inaplicó el Decreto por inconstitucional.

GZR.- Tú sabes que eso tiene un antecedente, en la época del general Rojas, que sucedió lo mismo. Yo esa anécdota me la sé porque en esa Corte había un primo hermano de mi papá, que era Luis Zafra Morante, penalista. Entonces la Corte le renunció a Rojas, toda la Corte cuando le cambiaron el sistema de decisión.

LOM.- Sí: “más bien decida usted”, fue el mensaje.

GZR.- Lo que pasa es que para eso se necesita Corte.

JGHG.- Se necesitan magistrados independientes.

GZR.- No se necesitan amigos sino jueces, como dice Alberto Lleras.

JGH.- Se requiere convicción y audacia. Yo creo que una Corte tiene que ser audaz porque si no, no puede defender la Constitución.

LOM.- Pero demasiada audacia también puede ser peligrosa.

JGHG.- No es demasía cuando el choque con la Constitución es ostensible.

GZR.- Pero la *autorregulación* es clave. Yo coincidí contigo –Laura– en eso. Una Corte tiene que ser prudente. No desbordarse. No puede volver su ideología Constitución. Uno recibe un texto que no es de uno. Uno tiene que cuidar ese texto.

JGH.- Claro. Pero cuidarlo. No permitir que lo violen.

LOM.- Sobre la base de una pluralidad de opciones posibles, que en principio debe tomar es el legislador.

JGH.- En el otro aspecto que también guarda relación con el control de parte de la Corte Constitucional, me refiero a la revisión de los fallos de tutela. Yo creo

que, poco a poco, está haciendo crisis ese sistema que se ingenió en 1991. Yo nunca he sido partidario -ni cuando era magistrado- de esa forma que se utiliza: la escogencia discrecional de los casos de tutela por la Sala de Selección de la Corte. Porque en realidad se llega a unos niveles de arbitrariedad muy grandes y entonces la Corte escoge lo que quiere y nada más, y viola el principio de igualdad muchas veces. Desconoce la importancia de muchos temas que deberían ser objeto de su análisis y prácticamente en la realidad ese sistema se ha convertido -y en materia de derechos fundamentales- como en una lotería.

GZR.- Pero, el protocolo interno de selección ¿es el que está fallando?

JGH.- Yo creo que desde la norma legal, desde el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

LOM.- No, pienso que es un problema del volumen de trabajo. Cuando uno habla de que llegan 30 mil tutelas al mes a la Corte, pues uno no puede decir en términos razonables que va a revisar las 30 mil.

JGH.- No, yo no estoy diciendo que revisen todas las 30 mil, lo que digo es que debería existir algún mecanismo para evitar la arbitrariedad. Unos criterios.

LOM.- Pero ese es el origen, lo que contribuye bastante a que haya arbitrariedad es el hecho de que es materialmente imposible que se miren bien; uno diría: antes se miraban mejor todos los expedientes al punto de que se hacía una ficha esquemática con todos los datos, al menos los básicos, pero ni siquiera eso aseguraba total efectividad. Pero es que además antes no llegaba el volumen de expedientes que hoy se reciben en la Corte.

GZR.- ¿Como se está haciendo hoy? Para ver cuál es la falla en el procedimiento.

LOM.- Según entiendo, ya no existen las fichas, es decir, el resumen de cada caso.

JGH.- Eso es una falla ya, y si antes no se lograba la efectividad, menos ahora.

LOM.- La Sala de Selección trabajaba sobre la base de ese resumen. Cuando había dudas o inquietudes sobre ese resumen, se acudía directamente al expediente.

JGH.- Las fichas se leían en los despachos.

GZR.- Me imagino que hay unos índices temáticos. Una especie de tesauros.

JGHG.- Había.

LOM.- Sí, exacto entonces se describía el caso, la referencia brevemente a

los hechos, si se concedió o no en primera instancia por tales motivos, si hubo o no segunda instancia y si se concedió o se negó, los derechos invocados, y algún tipo de observación. Sobre esa base, la Corte decidía seleccionar o no. Hoy no hay esas fichas porque el volumen de expedientes subió tanto que entonces ya no hay suficiente personas para hacer eso. Y en consecuencia, se dificulta o es imposible actualmente llevar unas estadísticas confiables.

MDK.- Pero es que no se puede volver a que el volumen sea la excusa.

LOM.- No, yo no estoy diciendo que excuso la violación al principio de igualdad, que es lo que en efecto sucede. Simplemente planteo una difícil realidad. No se ha hallado una solución efectiva a esa dificultad.

JGHG.- Pero hay fallas que se pueden corregir. Hay treinta casos iguales; escogen uno y los otros veintinueve no los escogen. Y la Corte corrige las sentencias de instancia de ese caso, si fueron erróneas. Pero las demás..., erróneas se quedaron. En firme.

GZR.- ¿Y no habría manera de decir el famoso invento de los alemanes, ese del “proceso testigo”? Uno se falló y todos los demás así.

JGH.- Eso debería ser.

LOM.- Se ha hecho algo parecido, por ejemplo en el caso de las madres cabeza de familia de Telecom y creo que en el de la Flota Mercante. La Corte seleccionó unos pocos procesos, pero como había muchos igualitos no seleccionados o que no se iban a seleccionar, se dio un efecto a esa sentencia que cubría a todos los casos idénticos. Entonces la Corte señaló que la administración debe aplicar los mismos criterios señalados en la sentencia a propósito de estos cinco casos, a todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias. Es una especie de “proceso testigo” en tutela. No es muy frecuente, pero bueno, se ha utilizado.

GZR.- Esa sería como la solución ¿no? Obviamente eso generara otros problemas.

LOM.- Sí, pero entonces en muchas ocasiones hay casos muy particulares, casos que se pierden en el volumen, en la inmensa cantidad de expedientes.

GZR.- Porque es que fíjate que lo que ha garantizado la legitimidad de la Corte Constitucional es que ha podido decir que está al día. Eso es una gran ventaja.

JGH.- En tutelas no. En la revisión de una tutela sobre apuestas permanentes se demoraron el otro día casi 3 años, en Sala Plena.

LOM.- Bueno, otra cosa también es el tema de los tiempos en tutela. ¿Qué

sucede en sede de revisión en la Corte Constitucional? Es el tema de pruebas; y es que uno ve que se decretan muchas pruebas, y cuando se decretan las pruebas se suspenden los términos de manera indefinida –por un término “razonable”, hasta que se aporten y “se valoren”, lo que generalmente coincide con el momento de proferir sentencia-. Veo que ahí puede haber eventualmente –no siempre-, una serie de abusos en ese sentido. Porque hay veces que se decretan pruebas que no son imprescindibles para decidir, y sin embargo eso sirve de base para que un proceso que se debe resolver en tres meses, se resuelva en año y medio, dos años, con unas pruebas que quizás no eran pertinentes. Y entonces el principio de inmediatez ¿en qué queda?

GZR.- Es que, de hecho, ahora que se fundó la Asociación de Procesal Constitucional, créeme que yo internamente tuve mi problema de conciencia, y te voy a decir por qué: porque las acciones públicas no deberían tener procesos nada complejos, al fin y al cabo están al alcance del ciudadano, es una acción diseñada para que el ciudadano pueda interponerla ¿no? El riesgo es volver la tutela una casación.

JGH.- La están volviendo y los procesos de constitucionalidad también.

LOM.- No, yo pienso que la idea no es complicar las acciones que le son de fácil acceso a los ciudadanos, sino analizar precisamente las soluciones que la Corte les dio, a propósito de los temas procesales. Que, por ejemplo, en ese tema de las demandas ineptas en control abstracto ha habido ya un rigorismo excesivo de la Corte.

GZR.- Porque fijate que hay una contradicción con el Derecho, porque el titular es el ciudadano, el ciudadano en teoría puede ser un analfabeta.

LOM.-Y, fuera de eso, que la Corte en muchos casos decide que la carga de la prueba, en un proceso de control abstracto en el que no tiene mucho sentido plantear eso, la tiene el actor. Entonces yo digo que ahí también hay una tergiversación por la Corte de los temas procesales.

JGH.- Y una vulneración del auténtico sentido de la acción pública de inconstitucionalidad, que es informal. Véase esto: cuando dictaron la Sentencia C-551 sobre las reformas constitucionales por los vicios de competencia, a propósito del referendo de 2003, que fue en la que la Corte dijo –y lo hemos elogiado- que podía conocer sobre las demandas, pero por los aspectos competenciales, después como que se asustaron algunos –o la mayoría- de los magistrados por los efectos de ese fallo, y la siguiente sentencia, con ponencia de Rodrigo Escobar, en diciembre de 2003, sostuvo que si bien era cierto se podía demandar un acto legislativo por motivos de competencia, el ciudadano tenía que demostrarle a la

Corte que ese acto legislativo sustituya una Constitución por otra. Una carga para el ciudadano, que no tiene por qué llevar. ¡Como se hace eso! Eso le toca a la Corte. Para eso están los magistrados.

GZR.- Obvio. Casi es probar lo imposible.

JGH.- Exacto. Yo no le puedo exigir al ciudadano que sea especialista en Derecho Constitucional, en Teoría del Estado, en Ciencia Política, en Filosofía del Derecho, porque todo se necesitaría para demostrarle a la Corte que una determinada reforma sustituye una Constitución por otra, en su esencia..

GZR.- Hay un punto que me parece importante y es la efectividad o el cumplimiento de las sentencias de la Corte Constitucional. Porque tiene mucho que ver como las sentencias en las cuales fuiste ponente sobre el tema UPAC. Ahí el mecanismo clave es el de hacer el seguimiento. La Corte debe hacer el seguimiento de si la sentencia se cumple; un poco, digamos, lo mismo que hizo con los desplazados. A mi me parece que esa facultad de la Corte es clave, porque si no algunas sentencias se quedan en verdad con un efecto intermedio, lo mismo en las sentencias de exequibilidad condicionada. La Corte tiene que hacer el seguimiento de que la interpretación que se esté dando es la que ella dió. Porque en esos casos la vigilancia de la Corte *ex post* es determinante. Sinceramente, el efecto que va limitado queda casi a la buena voluntad de los actores que pueden no estar de acuerdo. Un poco, tu discusión con el Banco de la República, yo me acuerdo, que no quería cumplir –y al parecer no cumplió- los fallos sobre UVR.

Usted tiene que cumplir con la sentencia. Entre otras, terminaron dándote la razón hasta en Estado Unidos. Fijate, a Obama le tocó hacer lo mismo, ya no en la rama judicial sino en el ejecutivo, y ahí lo está haciendo. Pero yo sí creo que la Corte en unos temas tiene que expandir su capacidad de hacer cumplir las sentencias, para que sean efectivas, así como estoy de acuerdo contigo, Laura, en que en otros casos, tiene que *autorregularse*.

LOM.- Hay, a ese respecto, un tema procesal también interesante, y es el tema de la competencia o no de la Corte para hacer cumplir sus propias decisiones en materia de tutela. Entonces, hay una norma legal (del Decreto 2591 de 1991) que precisamente señala que es el juez de primera instancia el que debe hacer cumplir la sentencia y, sin embargo, ha habido casos en los que la Corte, en la medida en que no ha logrado que se cumpla el fallo que ha sido proferido por ella misma, ha decidido, ella, retomar esa función, es decir, se la quita al juez de primera instancia y ella asume esa facultad de hacer cumplir su propio fallo. Eso también ha generado críticas a propósito de dónde saca la competencia ella para hacer cumplir sus fallos.

GZR.- Sí pero la Corte no se puede volver en “rey de burlas”.

LOM.- Sí, digamos que esa es la explicación, pero de todos modos ahí están las normas –que personalmente no considero inconstitucionales-, y además creo que no se han inaplicado expresamente.

JGH.- Pero es muy importante eso porque el control, si no es de esa manera, el control queda teórico.

GZR.- El trabajo que ha hecho la Corte con lo de los desplazados fue muy importante en serio me parece que fue trabajo muy importante el que hizo la Corte. Obviamente el que hizo en su momento con las viviendas de interés social fue clave, es que ese es el Estado Social de Derecho. Eso es clarísimo.

LOM.- Pero por ejemplo en el tema de desplazados, sí se han hecho seguimientos, pero me pregunto: si uno hace un balance final de cuál ha sido la efectividad de esas decisiones, yo no sé si el balance es favorable. Pues se queda mucho en papel de informes del gobierno.

JGHG.- Falta de energía de la Corte, que debe sancionar a los funcionarios incumplidos. Por desacato.

GZR.- No claro, pero fijate que la última intervención entiendo fue muy buena porque le dijo al Gobierno: “Usted no me puede pasar índices de gestión, si no de impacto”. “No, no me diga que visitó tantos sitios; dígame sus visitas qué tanto cambiaron en el estado de vida de esas personas”. La Corte misma ha ido enriqueciendo su capacidad de seguimiento en los casos.

LOM.- Sí, eso lo reconozco; lo que pasa es que cuando la Corte por ejemplo en ese tipo de casos de una vez anuncia, que si no se cumple entonces obviamente se hará acreedor funcionario o funcionarios de su inactividad con las sanciones que señala la ley, y se ve que a la larga se presentan los informes, y estos son insuficientes en materia de efectividad, y no se ha hecho nada, y de todos modos tampoco se imponen las sanciones, ¿en qué quedan las sentencias? ¿en meros proyectos de políticas públicas?.

JGH.- Ahí se están es burlando de la Corte, a ciencia y paciencia suya.

LOM.- Ella misma se encarga de mellar su propia credibilidad, cuando no se imponen las sanciones a pesar de las advertencias, pero tampoco se obtienen los resultados.

JGH.- Bueno yo creo que ya, suficientes temas. Muchas gracias al Dr. Zafrá por acompañarnos esta tarde.

GZR.- Bueno muchas gracias, José Gregorio, Laura y las Marianas; una visita espléndida en todos los sentidos.