

Primera parte

# Discursos de ascenso e ingreso como Miembros de la Academia Colombiana de Jurisprudencia



Revista de la Academia  
Colombiana de Jurisprudencia  
julio-diciembre, 2023

## AUDACIAS Y CAUTELAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL\*

Gustavo Zafra Roldán\*\*  
*Académico correspondiente*

**Resumen:** la Corte Constitucional de la República de Colombia se ha ganado un reconocimiento nacional e internacional por la solidez de sus providencias, su amplia apertura a la protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y colectivos.

Las sentencias desarrollan los valores, principios y normas fundamentales de la Constitución de 1991. Sin embargo, otras providencias constituyen mutaciones constitucionales de la intención original, y otras, las más limitadas en cantidad, cautelas y excesiva prudencia en el entendimiento de un Estado Unitario con una verdadera autonomía, descentralización y democracia territorial.

**Palabras clave:** Derechos fundamentales; hermenéutica constitucional; valores; principios; Preámbulo; mutación constitucional; Estado con autonomía y descentralización.

### BOLDNESS AND CAUTIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT

**Abstract:** The Constitutional Court of the Republic of Colombia has earned national and international recognition due to the firmness of its

---

\* Discurso de ingreso como Miembro correspondiente a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, en sesión del 26 de octubre de 2023.

\*\* Abogado en ejercicio. Exconstituyente; exdecano de Derecho de la Universidad de los Andes; exdecano de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, MPA Harvard University. Fue conjuer de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, y juez *ad hoc* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Contacto: [gzafra@zvabogados.com](mailto:gzafra@zvabogados.com)

decisions and its willingness to protect all types of rights such as civil, politic, economic, social, cultural and collective.

Most of the decisions develop the values, principles, and fundamental norms of the Constitution of 1991. However, other decisions are constitutional mutations of the original intention, and a few are cautious and excessively prudent in the understanding of a Unitarian State with real autonomy, decentralization, and territorial democracy.

**Keywords:** Fundamental Rights; Constitutional Hermeneutic; Values; Principles Preamble; Constitutional Mutation; State with autonomy and decentralization; Territorial Democracy.

## **Audacias y cautelas de la Corte Constitucional**

Señor presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, doctor Augusto Trujillo Muñoz, señor primer vicepresidente, doctor Juan Rafael Bravo Arteaga, señor segundo vicepresidente doctor Saúl Sotomonte Sotomonte, señor secretario general doctor José Celestino Hernández, señores miembros de la Junta Directiva, distinguidos miembros presentes, colegas que me acompañan, decanos, amigos, amigas, Liliana, Andrés, Catalina y familias.

Agradezco el honor, que esta casa de la ciencia jurídica me ha dispensado, al permitirme este diálogo, al cual se me convoca, para expresar algunas reflexiones sobre los desarrollos que en 32 años ya ha tenido la Constitución de 1991, en la perspectiva del trabajo meticuloso que la Corte Constitucional ha adelantado, y que como testigo de ese evento histórico de nacimiento de la Constitución y mi memoria, quiero en oraciones breves reseñar con el título “Audacias y cautelas de la Corte Constitucional”.

Como profesor de Derecho Constitucional, me formé en la Escuela de Derecho Público, que cree que la Constitución tiene una identidad política que define su esencia, pero ello no impide adaptarla como ente cultural viviente a los vientos cambiantes de la sociedad, si se cumple su propósito de la llegada a la Ítaca propuesta. Los anglosajones lo denominan “The Living Constitution”; en nuestra costumbre raizal del gigante de Chaparral, el maestro Darío Echandía prefería el concepto de la “función social”, el “interés público o social”, o el “bien público temporal”.

Respetando el cuerpo dado por el título de este documento, me propongo fijar unos planos mayores que muestren cómo el modelo original propuesto hace 32 años por la Constituyente, en algunos casos se ha desarrollado

dentro de la intención original; en otros, con audacia o con la moda del momento, la Corte Constitucional hizo uso de un poder de expansión interpretativa, y en otros, ha sido cautelosa, o por timidez o por premeditada complacencia con los otros factores de poder.

No se busca hacer juicios de valor, sino contrastar eventos del proceso constituyente de 1991, con lo identificado como “nuevos tiempos”; lo que Henry Bergson llamaría la “duración”, y nuevamente citando la cultura anglosajona, lo que se denomina “Decision Making Process”, tan relevante para la legitimidad como para el producto final de ese proceso de deliberación, debate y sentencia de un tribunal constitucional, que por esencia sintetiza múltiples y disímiles voces.

Para mayor claridad, se contrasta la norma jurídica como fue votada, con su interpretación actual, y en otros casos, para observar cómo las negativas u omisiones del Constituyente original de 1991 terminaron o desconocidas o sencillamente revaluadas.

Sin que sea ciento por ciento lo mismo, el método del documento se alimenta de lo que George Jellinek denominaba la “mutación constitucional”; Hegel, el “salto dialéctico”, y el colombianismo, la norma vetusta, o la resucitada bajo el curioso nombre de “reviviscencia”.

## **El campo hermenéutico**

Para poder hacer más didáctico el documento, debo recordar 4 hechos que sucedieron en el seno de la Constituyente:

1. La Asamblea Constituyente expresamente se opuso negándolo en votación, a que el gobierno de la época a última hora pretendiera, con uno de sus representantes, titular cada uno de los artículos de la Constitución. Por ello he criticado unas publicaciones de la Procuraduría General de la Nación, que subrepticamente reviven ese intento fallido del gobierno de la época por inducir al lector. Esto, que parece de menor importancia, en las ciencias de la comunicación es de su ABC: el que titula, tiene el poder del sentido hermenéutico.
2. La Asamblea Constituyente no aprobó en votación los títulos pedagógicos de la Constitución. Por ello, la Corte Constitucional, con *sindéresis*,

en una sentencia de tutela, la T-002 de 1992, claramente definió que los derechos constitucionales fundamentales se deben buscar en toda la Constitución; el caso más evidente, por ejemplo, los derechos de los niños que no están en el capítulo titulado “derechos fundamentales”, sino en el de derechos económicos y sociales (artículo 44 CP). Un ejemplo adicional, el derecho al acceso a la administración de justicia (artículo 229 CP). Este hecho hace que no pueda argumentarse que los cimientos de la Constitución se encuentran “solo” en el título “de los principios fundamentales” porque ello contradice la “unidad sistémica de la Constitución”, donde su parte dogmática y su parte orgánica son inescindibles como *conditio sine qua non* de su identidad e integridad.

Sobre todo, para efectos de la aplicación de la audaz jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia C970 del 2004) sobre la no sustitución de la Constitución por parte del poder de reforma del Congreso, o aun del uso del referendo para el mismo propósito que permitió eliminar el intento de una segunda reelección y salvaguardar la esencia del equilibrio de las ramas del poder, en el sistema de frenos y contrapesos de filigrana, diseñado en el momento constituyente de 1991 (C-141 de 2010).

Lo anterior significa que cambios en las normas denominadas orgánicas, también producen sustituciones de la Constitución no permitidas al poder de reforma del Congreso.

En vía de ejemplo, no puede este órgano constituido derivado modificar la forma de estado (ver Sentencia T-406 de 1992), o la forma de gobierno, o erosionar la independencia de las distintas ramas del poder, o eliminar el control constitucional, materias todas que suponen el ejercicio del poder constituyente de una Asamblea Constituyente y no de las vías más limitadas del Congreso o del Referendo.

3. La enumeración del articulado final de la Constitución tampoco fue hecha por la Asamblea Constituyente, de modo que el viejo criterio civilista de que la norma posterior modifica la anterior, en caso de contradicción no puede aplicarse literalmente. Aquí cabría decir que el orden de los factores no altera el producto.
4. Como una prueba fehaciente de su mayor jerarquía sistémica están las normas de los artículos 93 y 94 de la Constitución, que la Corte

Constitucional, mediante Sentencia C-225 de 1995, consideró de la esencia de su doctrina del bloque de constitucionalidad, como quiera que transubstancia en Constitución, los tratados de derechos humanos, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario, y reconoce el *ius cogens* universal como principio angular o clave de bóveda de la Constitución de 1991.

Con esta doctrina, la Corte Constitucional colocó nuestro constitucionalismo colombiano a la vanguardia del siglo XXI. En contraste, la realidad colombiana pareciera asimilar, con excesiva lentitud en los círculos académicos, este avance teórico, equiparable al producido en 1910 con la acción pública de inconstitucionalidad.

## El Preámbulo

De igual relevancia es el impacto logrado por la Corte Constitucional con su Sentencia C-479 de 1992, al establecer que el preámbulo es una norma vinculante, por supuesto, haciendo la integración de la proposición jurídica completa con otras normas del texto constitucional. Razón de más para reiterar que no solo en el título denominado “Principios fundamentales” se encuentra el ADN de nuestra Constitución de 1991, sino que en todo el sistema genómico de la Constitución hay que buscar los cromosomas normativos que constituyen ese ADN.

El impacto poderoso, por ejemplo, de definir el “conocimiento” como valor y principio fundante, activa todo el campo de evolución doctrinaria futura para hacer del acceso a Internet, a la inteligencia artificial, a las bases de datos financiadas con recursos públicos o universales, un derecho fundamental susceptible de protección constitucional.

Igual predicamento del contenido del preámbulo es pertinente en relación con el concepto, principio, valor y derecho de la “igualdad”, “el trabajo” y la “paz”, que con sus concreciones normativas necesarias abren horizontes de conciliación dentro del enorme campo fértil de la Constitución del 91, para “organizar el desacuerdo” en ámbitos de la salud, la educación y el sistema laboral y pensional, y aun en la paz, gradual o total, en el marco de la ONU o de la “Integración Latinoamericana”, también norte, no logrado hasta ahora, de nuestra Constitución.

Por supuesto, dentro del realismo constitucional, al cual el episodio pandemia de la covid-19 nos obligó al aterrizaje de un mundo globalmente interdependiente, donde el Estado que contiene lo que llamamos “nación colombiana” solo representa el 6 por mil de la población mundial (52 000.000, aproximadamente entre 8 045 000.000 de pobladores); este pequeño fragmento de humanidad, que ocupa el 4 por mil de los 510 000.000 de kilómetros cuadrados (1 900.000 kilómetros cuadrados nuestros) de mar y tierra, tiene la enorme responsabilidad de cuidar la tercera biodiversidad del planeta Gaia, ahí sí el 10% de la misma.

## **El medio ambiente**

La Constitución del 91, sin hipérbole, fue la primera del globo que incluyó como derecho colectivo la protección del medio ambiente, las acciones constitucionales para su protección y la obligación de llevar la contabilidad de los costos ambientales, así como integró todo este conjunto en el concepto de función ecológica de la propiedad y del sistema capitalista.

Si se me permite el juego lingüístico: la Constitución del 91 nos sacó del concepto económico estadístico del producto interno bruto, al del “producto interno inteligente”.

Y ello, aclaro, no es mérito de los constituyentes de 1991; fue una circunstancia de tiempo, modo y lugar, que permitió a la Asamblea Constituyente nutrirse de los documentos preparatorios de la Conferencia Mundial del Medio Ambiente que debía celebrarse en 1992 en Río de Janeiro.

Esta circunstancia, unida al desarrollo audaz que tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia (STC-4360 de 2018) y el Consejo de Estado, con el trabajo admirable de Tribunales Administrativos, en las providencias han construido una subjetividad de derechos de la naturaleza (Amazonas, Atrato, Sierra Nevada, SU-121 de 2022, los Seres Sintientes-T-022 de 2016, y C-343 de 2017), que permiten anticipar con cierta prudencia que la aprobación de exequibilidad del Acuerdo de Escazú culmine satisfactoriamente. Debe tenerse en cuenta que como acuerdo multilateral no admite internacionalmente a los Estados hacer reservas. Como colofón, sugiero hacer la doble columna Excel entre el convenio Europeo de Aarhus, la ciudad danesa sede en 1998, hace ya 25 años del Pacto Climático Democrático de

información pública de estos temas, con lo aprobado en Escazú, y se identifica su similitud (C-054 de 2023).

Europa desde el siglo pasado anticipó los problemas climáticos que estamos viviendo, causados, hay que decirlo, por una industrialización sin control que fue exacerbada por las economías china y norteamericana. El llamado del actual secretario de Naciones Unidas, debe ser escuchado. Hay los instrumentos constitucionales para responder a los problemas de deforestación, contaminación con material atómico, químico y de combustibles fósiles, en el marco de una transición realista y concertada entre actores públicos y privados. No olvidemos que el subsuelo y los recursos naturales no renovables son del Estado (artículo 332 CP); por ello, importar las teorías de los Estados Unidos (del Government Take) no es procedente, no se adaptan automáticamente a la República de Colombia. Nadie se despoja de lo propio. Por supuesto, hay que entender las economías globalizadas.

### **Estado interventor, planeador y regulador**

En efecto, como quedó establecido en nuestra norma del artículo 334 CP, en que la dirección general de la economía, de modo indicativo, con intervención del Estado en las etapas pertinentes de una economía social de mercado, está en nuestro sistema de Estado Social de Derecho prescrita y delimitada.

El Estado debe ser más cauteloso en un discurso que constitucionalmente exige el respeto al derecho de propiedad, a la libre empresa y a la libre competencia, comoquiera que el mismo Plan de Desarrollo y el Plan de Inversiones aprobado en la Ley 2294 de 2023, parten del supuesto de que el 50% de los recursos para cumplir sus metas suponen el músculo financiero y económico del capital privado nacional y transnacional. Pero, además, el otro 50%, según los cálculos del documento de bases del Plan, supone que los gobiernos autónomos, subnacionales (entiéndase, departamentos, distrito capital, otros distritos y municipios) participen con sus recursos propios, y sus participaciones en el Sistema General de Participaciones (SGP) y el Sistema de Regalías (SGR) en el cumplimiento de las metas.

Se pregunta, ¿cómo un Gobierno nacional puede cumplir su propio Plan de Desarrollo y Plan de Inversiones, si no concierta con los actores que tienen constitucionalmente el poder de decisión sobre las tres cuartas partes de los recursos prospectados del mismo?

Recordemos aquí, que solo somos el seis por mil de la economía mundial, y la famosa oración de un expresidente colombiano que decía: “el capital ataca huyendo”.

La Corte Constitucional tendrá que auscultar sus propios precedentes para identificar si el tema de unidad de materia y conexidad flexible, de la ley del Plan y del Plan Plurianual de Inversiones bajo su control, se ajusta debidamente a los preceptos constitucionales.

Ya en el pasado, se han identificado normas en los planes de desarrollo que afectan la misma estructura democrática del Congreso y de sus decisiones, que desde la reforma liberal de Alberto Lleras Camargo de 1945 estableció una igualdad de pares entre todos los congresistas, representantes a la Cámara y senadores, que a través de comisiones especializadas asumen el conocimiento de los distintos proyectos, conforme a la distribución de la Ley Orgánica 5 de 1992 y sus reformas (C-440 de 2020; C-493 de 2020; C-030 de 2021; C-047 de 2021, y C-276 de 2021).

El principio de igualdad entre los congresistas y su especialización temática tiene ya 78 años de existencia en Colombia, y fue reforzada en 1991 con el diseño de leyes estatutarias, leyes orgánicas, leyes de tratados internacionales, leyes marco, leyes tributarias, códigos, leyes de régimen propio, y leyes en tópicos como salud, infraestructura, trabajo, planeación, presupuesto, financieras, educación, seguridad social, en que el Plan de Desarrollo y el Plan de Inversiones no pueden terminar equivaliendo a los huecos negros de la física, por absorción de gravedad o densidad temática.

## **El Congreso y sus límites en la aprobación de la Ley del Plan de Desarrollo y el Plan Plurianual de Inversiones**

La ley que cada Gobierno tiene el derecho de tramitar dentro de su periodo presidencial tiene limitaciones evidentes dentro de la pirámide jurídica de la República de Colombia.

¿Qué hace, por ejemplo, una regulación de *habeas data*, que por materia es de ley estatutaria, en una ley del Plan, cuya vigencia inicial además es de 4 años, con algunas excepciones?

¿Qué hace, por ejemplo, una norma sobre libertad religiosa en un Plan de Desarrollo?

¿Qué hacen normas propias de los tratados de libre comercio en un Plan de Desarrollo?

Si se quieren modificar tratados o acordar sus ajustes dentro del marco de los tratados previstos, deben utilizarse los mecanismos propios del derecho internacional público como la renegociación, o los mecanismos de implementación y de ajustes, o la denuncia misma, que son instrumentos previstos en el derecho internacional.

¿Qué hacen, además, normas propias de un Estatuto General de Contratación, que tiene sus procedimientos especializados, la creación de nuevos fondos y entidades, y todo ello en vísperas electorales?

Un famoso cofrade, que honró el Congreso, el Ministerio de Hacienda, la orientación de la principal industria colombiana del siglo XX y la Constituyente misma, en su columna periodística llamaba estos ejercicios elásticos de normas coladas: “leyes de fomento electoral”.

Por ello, compartimos la audacia reciente de la Corte Constitucional de establecer, mediante auto 52 de 2023, un eventual control suspensivo de la aplicación de normas de una ley, extendiendo la técnica jurídica del Consejo de Estado de la suspensión provisional en un ejercicio dialéctico digno de estudio para casos aberrantes de repetición de normas que ya fueron declaradas inexecutable en el pasado, pero que con cambios de redacción pretenden reincidir en la fragancia del quebranto abierto de la Constitución. Esta facultad de la Corte Constitucional, ejercida con prudencia, acabaría con los auxilios, mal llamados “parlamentarios”, disfrazados, que la Constituyente prohibió categóricamente; pero como la “maleza” se reproduce con otros nombres con la complacencia de los pares en el poder a cambio de pequeñas prebendas, como exenciones de impuestos o adjudicación de mayores apropiaciones presupuestales, a través de los cupos indicativos.

La Corte Constitucional, con su referido auto, habilitaría la suspensión provisional de normas manifiestamente contrarias a la Constitución, aplicando el artículo 4º de la misma, que lo permite con su cláusula general de aplicación preferencial, lo cual ha colocado a nuestra Corte Constitucional en un punto elevado del constitucionalismo comparado.

## La contradanza de la Corte Constitucional

Por contra a lo anterior, las reiteradas providencias de la Corte Constitucional, aumentando las exigencias para la admisión de acciones públicas de inconstitucionalidad, ha involucionado en el hito institucional de la Reforma Constitucional de 1910.

Pretender que una acción ciudadana, cuyo titular puede ser un ser humano de 18 años de edad, eventualmente con algunos problemas de comprensión de lectura o cuyo castellano no sea su primera lengua, o que se pretenda que para ejercer su derecho político, emanado de su condición de ciudadano, deba hacer el equivalente a un curso de casación –que por cierto ya no se enseña en los pregrados de las facultades de derecho–, es un exceso que genera sospechas para quienes analizan estos temas desde la ciencia de los creadores de mercado.

¿Cuántos expertos abogados, de los ya cerca de 400.000, manejan la técnica de casación? –Según la Corporación Excelencia para la Justicia, a 31 de diciembre de 2022, estaban registrados 375.580–. Si trasladamos la pregunta hacia los peajes técnicos, creados por providencias de la Corte Constitucional sobre los aspectos sustantivo, orgánico, competencial, de inaplicabilidad, derogatorias tácitas, etc., ¿se habrá preguntado la Corte Constitucional, si no sería oportuno volver al principio *pro actione, pro homine* y al principio *iure novit curia*, que fueron los que inspiraron el proyecto de 1910, y al de la hermana, la tutela, en 1991?

El absurdo de estas decisiones restrictivas de un derecho constitucional fundamental es que, en el futuro, procederán las acciones de inconstitucionalidad del Chat GPT, pero no las del ciudadano de la Colombia profunda desheredado de la inteligencia artificial, o no darán abasto las clínicas jurídicas de las universidades. La solución no es fácil, por el eventual tema de congestión; pero lo que no puede mantenerse es una acción ciudadana,

que establece una nueva discriminación entre los colombianos, o peor, que terminó siendo una acción para auspiciar los grandes intereses económicos de empresas personas jurídicas, no titulares de la acción, pero sí con la caja suficiente para la gestión profesional de turno.

Carlos Restrepo Piedrahita, citando a Martha Harnecker, llamaba, en sus clases en 1973, estas anomalías: “las hipocresías constitucionales”.

## Justicia con la mujer

En el campo de los derechos de la mujer es necesario reconocer los avances pioneros de la Corte Constitucional, no solo en el establecimiento de la Ley de Cuotas (C-371 de 2000), en la ampliación de la licencia de maternidad (C 543 de 2010), la protección a la mujer cabeza de familia (T-084 de 2018), los derechos de la mujer con acceso más temprano en cotizaciones para la pensión (C-197 de 2023), la remuneración del trabajo del cuidado y el hogar (T-462 de 2021), el derecho sucesoral prevalente de la pareja en la relación marital (C-283 de 2011), la concepción ampliada del matrimonio apartándose del tenor literal de la Constitución (SU-214 de 2016), la concepción ampliada de la familia (C-107 de 2017), la protección de relaciones entre parejas homosexuales, lesbianas, trans, queer, lgtbi, no binarias (T-478 de 2015, T-068 de 2021 y T-033 de 2022).

La Corte Constitucional ha interpretado la Constitución de 1991 como un texto abierto en estas temáticas, y ha sido creativa en tópicos que la Constituyente por tiempo no trató (recuérdese que la competencia de la Asamblea estaba limitada por el Constituyente primario a un término de 5 meses).

Llamo la atención que en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo, la Constituyente se pronunció en votación negando la propuesta que “la mujer tiene derecho a la libre opción de la maternidad”; la votación del único día de debate fue 40 votos negativos, 25 votos afirmativos y 3 abstenciones. Fui testigo y escrutador de la votación secreta con dos constituyentes más. Solo registro el hecho, sin juicio de valor. Llamo la atención que la muy sesuda y estudiada decisión de la Corte Constitucional de despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo hasta el fin de la semana 23, o sea hasta el día 161 inclusive, es de las más amplias en los sistemas continentales y anglosajón, y por la redacción de la providencia es evidente

que los magistrados conocían del pronunciamiento de la Constituyente, porque se cita varias veces. Se mantienen las tres causales conocidas de la Sentencia C-355 de 2006, sin el límite de la semana 24.

## **Invocando a Dios desde el laicismo**

Algo similar sucedió con el tema de Dios en el preámbulo. No se aceptó en votación el preámbulo alternativo que hacía reconocimiento prolijo de Dios, en términos muy semejantes al de la Constitución de 1886, comoquiera que dicho preámbulo alternativo, había sido redactado por el mismo Constituyente, que como reforma Constitucional había presentado oficialmente el texto de la Constitución de 1886, vigente hasta 1991.

En el Preámbulo, finalmente aprobado, se entendió que es el Dios de todos y no de una religión específica, quedando además satisfechos los agnósticos y los ateos, a quienes les pareció de buen recibo la consideración con el ser supremo. Una sugerencia del Nobel García Márquez, de que se usara el plural “Dioses” no fue objeto de votación, pero quedó para los espejos de la memoria.

Las academias siguen discutiendo si la Constitución es laica, o una variante que llama aconfesional, porque se respeta y se simpatiza con un universo de religiones.

Creo que la Constituyente fue clara: la Constitución es laica. En palabras de Jesús de Galilea: “Dad a Dios lo que es de Dios y al César lo que es del César”.

Sí bien la Corte Constitucional también ha sido clara, todavía los efectos de sus providencias en temas religiosos no se han visto reflejados suficientemente en accesos más amplios a convenios educativos en la Colombia profunda, ni a los tratamientos de capellanías al interior de las brigadas militares, ni en las exigencias urbanísticas y arquitectónicas a nuevas construcciones religiosas frente a las exigidas a las antiguas.

Sí se han respetado, para todos los lugares de culto, los regímenes exceptivos en tributación y en las llamadas entidades sin ánimo de lucro. Martín Lutero hizo un Cisma por el tema de indulgencias remuneradas. Hoy se aplica el mismo régimen del concordato con la Santa Sede en esta materia

tributaria a las iglesias luteranas. Es la aplicación del principio de igualdad del Preámbulo de la Constitución. Probablemente, una nueva hacienda pública volverá sobre este tema en el futuro, dada la proliferación de personas jurídicas cobijadas por este tipo de normas y el costo fiscal dentro de la técnica presupuestal que ellas pudieren representar.

### **Sin censura**

Los avances en la protección de la libertad de expresión, de la libertad de prensa y de la libertad de comunicación de la Constitución de 1991, al prohibir la censura previa y defender el secreto profesional, son reconocidos a la Corte Constitucional, nacional e internacionalmente. La jurisprudencia colombiana es aún más avanzada que la de los Estados Unidos en su caso de los documentos del Pentágono, que enfrentaron al expresidente Nixon con los prestigiosos diarios Washington Post y el New York Times, NYT vs. US, US vs WP (403 US 713, 1971) (véase C-033 de 1993 para establecer el contraste).

Subsisten, sin embargo, los casos de denuncias por calumnia e injuria y las eventuales responsabilidades civiles.

La Corte Constitucional ha sido clara, precisa y contundente, en la protección de la libertad de información, aun en los estados de excepción por conmoción interior.

### **El cerco a los estados de excepción**

Los avances en la regulación de los estados de excepción, no solo salvan históricamente la Constituyente, sino que reconocen el gran trabajo de la Corte Constitucional, haciendo cumplir que en un Estado de Derecho todo poder es una “simple competencia jurídica”, como se dijo en 1978, al hundir la pequeña Constituyente del periodo López Michelsen. La Corte Constitucional actual expandió, desde hace 30 años, el control jurisdiccional al decreto declaratorio de cualquier tipo de estado de excepción (C-04 de 1992). Dato autobiográfico: quien les habla había sostenido dicha tesis desde el año 1974, con ocasión del Estado de Emergencia Económica decretado por el entonces presidente Alfonso López Michelsen.

La delimitación de los seis estados de excepción, como son, guerra exterior, conmoción interior, calamidad pública, emergencia económica, emergencia social y emergencia ecológica, la atribución de decretarlo en todo el territorio o parte de él, su temporalidad en plazo y la vigencia de sus normas, dependiendo de su naturaleza, se miden estadísticamente, de modo contundente, en 105 años de vigencia de la Constitución de 1886: 70 años fueron en estado de sitio, o sea el equivalente al 66,5% de la vida de la Constitución del 86. Si se suman desde el 5 de julio de 1991 hasta la fecha, el cómputo de los días de estados de excepción llegan al 5% de la vida de la Constitución del 91 (véase C-327 de 2003).

Lo anterior significa que las ramas del poder, a saber, Legislativa, Ejecutiva y Judicial, y los organismos autónomos, han funcionado dentro del equilibrio normativo de la ingeniería constitucional definida en 1991.

La ley estatutaria de estados de excepción (Ley 137 de 1994; ver C-179 de 1994) ha operado con razonable delimitación, no obstante los intentos de las Fuerzas Militares por prohijar una ley de seguridad nacional, Ley 684 de 2001, que la Corte Constitucional, con enorme entereza, declaró inexecutable en su totalidad, por pretender crear un poder nacional que subordinara el poder civil del jefe de Estado y del comandante supremo de las Fuerzas Armadas (Sentencia C-251 de 2002).

De cuando en cuando, con redacciones distintas, de teatros militares, centros de operaciones, restricciones de circulación, tratan de revivirse normas propias del viejo estado de sitio. Por ello, el control constitucional con suspensión provisional inmediata es una opción importante para la garantía de la prevalencia del poder civil sobre el poder militar.

## **La encrucijada de la política**

Con el tema de los partidos políticos, movimientos, participación electoral por firmas, se institucionalizó en la práctica un pluripartidismo que puso fin al histórico bipartidismo del siglo XIX y la mayor parte del siglo XX. La Asamblea Constituyente quedó a deber en esta perspectiva, comoquiera que ninguna fuerza política, por sí sola, podía decidir al interior de la misma.

La Constituyente se concentró más en la necesidad de aplicar de modo inmediato el nuevo sistema de elección de senadores y gobernadores, y no pudo evitar el efecto indeseado de los llamados partidos y movimiento de garaje, con representación insular de un solo congresista en muchos casos. La Reforma Constitucional del 2002 solucionó, parcialmente, esta anarquía de 70 partidos y movimientos, al elevar el umbral y establecer el método de Hunt, la cifra repartidora y la disciplina de bancadas. Frente a los 33 partidos y movimientos de la realidad actual, se evidencia la dificultad de los gobiernos para armar coaliciones que faciliten la gobernanza. Por supuesto, esto sucede también en Europa y en nuestra América, y muestra la debilidad del sistema de partidos, de las formas de gobierno parlamentarias, y de la corrupción electoral por el tema de las financiaciones.

Si bien la Constituyente estableció la prohibición de los auxilios parlamentarios, y fijó un régimen rígido al congresista, de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés, que llevó a la pérdida de investidura en más de 70 casos, lo cierto es que el sistema electoral está lejos de garantizar transparencia.

No es fácil hacer recomendaciones como la financiación total de las campañas por el Estado, ante los casos documentados de lo sucedido en varias elecciones en el territorio, sin mencionar municipios para no estigmatizar, pero que ha producido condenas de congresistas.

Tendrá que volverse a pensar el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Personalmente, me abstuve de votar por haberse adoptado la redacción que permitió a las personas jurídicas alegar el libre desarrollo de la personalidad jurídica como un derecho fundamental susceptible de protección por vía de tutela. Reconozco que es la redacción basada en la Convención Americana de Derechos Humanos, pero hubiera sido más plausible haber tomado la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que a la letra prescribe: “todo ser humano tiene derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica”. Habríamos evitado las protecciones excesivas a la multinacional del crimen conocida como Odebrecht.

Dentro del pragmatismo de Estados Unidos, a estas empresas que incurren en las violaciones a la ley penal se les sanciona, básicamente, por quebrantar

la Ley anti-Trust y de libre competencia, el llamado *Sherman Act*, pero se les deja seguir trabajando.

Aquí no hemos sido capaces de aplicar la norma que promovió, entre otros, el exconstituyente Álvaro Gómez Hurtado (QEPD), estableciendo la figura de la extinción de dominio, o por objeto ilícito, o por quebrantar la moral social, o por afectar el tesoro público (artículo 34 CP) (C-319 de 1996).

*The Agreement on Fundamentals* no ha funcionado en estos casos, y las leyes siguen siendo las trampas evasoras y condescendientes.

¿Hasta cuándo?

La Corte Constitucional, en Sentencia relativamente reciente, SU-257 de 2021, aumentó la complejidad del sistema político bien intencionada, con un espíritu restaurativo y reparador, al revivir la personería jurídica del Nuevo Liberalismo, Salvación Nacional, la Unión Patriótica, el partido Oxígeno, la Nueva Fuerza Democrática, y de los que seguramente vendrán con el mismo argumento.

Ante una sociedad que tiene en su registro oficial cerca de 8 000.000 de víctimas, mi observación sobre esta decisión, que es entendible dentro de una filosofía ética constitucional, es que genera, desde el punto de vista de las relaciones derecho-ciencia política, mucha confusión para las generaciones jóvenes y futuras. Las nuevas ciudadanía, de hoy y del futuro, tienen derecho a sus propias opciones políticas, a fundar sus partidos, movimientos, o a su inscripción por firmas.

Optar por un contexto político como el de la mujer de Lot, de mirar el pasado, o de embargar la dinámica política en los cementerios o en los muros de lamentaciones, no parece ser lo que debe inspirar a las sociedades del siglo XXI. Los que por edad estamos en retiro forzoso no deberíamos auspiciar “las nuevas alambradas de garantías hostiles” que suponen la reedición de las viejas etiquetas políticas. Una Constituyente que apostó a que por ley estatutaria, la edad de la ciudadanía pueda empezar a los 16 o 17 años, si así lo decide el Congreso, no puede avalar la contracara que fosiliza la política.

Si la Constitución de 1991 tuvo su génesis en un momento de relevo generacional, debe ser fiel a sí misma y no negarles ese relevo a las nuevas ciudadanía.

La Rama Judicial, que no el Consejo Nacional Electoral, debe tener la palabra final en esta temática.

Para finalizar, quiero mencionar dos temas, así sea de modo general.

### **Economía social y modelo de autonomías territoriales: asignaturas pendientes**

Nuestra economía social de mercado supone una concertación entre el estado interventor y regulador (artículo 334, párrafo incluido C-481 de 1999, CPC-700 de 1999, C-747 de 1999, C-263 de 2011), y los sectores privados empresariales, sociales, sindicales, las ONG, y demás formas de organización social, con normas claras, más de origen legal que del libre albedrío de las burocracias de turno, que sean políticas de mediano y largo plazo, y no de coyuntura electoral. Por ello, el Estado nacional debe armonizar su cometido con el llamado multilateralismo (C-400 de 1998, C-252 de 2019 y C-170 de 2021).

El multilateralismo es un buen camino, sin renunciar a las ventajas competitivas y comparativas con nuestros socios más importantes; la colaboración es mejor que la confrontación a nivel nacional e internacional. Y paso al segundo punto final.

El modelo de Estado unitario, con autonomía y descentralización está a mitad de camino (C-478 de 1992, artículo 55 de la Ley 179 de 1994 que modificó la Ley 38 de 1989). En los 32 años, con las reformas que se explican en el anexo de este documento, se perdió la tercera parte del gasto social, descentralizado, para educación, salud, agua potable y saneamiento ambiental. Ello explica los problemas de cobertura en primera infancia (cerca del 50%), la deserción en edad primaria básica, secundaria y media, y la barrera para el acceso a educación superior, pero también los problemas en el sistema de salud, la seguridad social y la dificultad de cobertura en las zonas rurales, así como la crisis generada por la deforestación y la contaminación ambiental.

Para poder atender todos estos frentes, como ya se ha explicado, no es suficiente con un presupuesto nacional aprobado en 570 billones, porque se requiere de los presupuestos complementarios de los entes territoriales

subnacionales y del apoyo concertado del sector privado y social, que aportan las otras tres cuartas partes del conjunto de recursos concertados a que se refiere la ley del Plan de Desarrollo y el Plan Plurianual de Inversiones. Por ello, si se quiere mejorar la gobernanza, es necesario una nueva relación entre el Gobierno nacional y los gobiernos democráticos subnacionales, que se elegirán el 29 de octubre próximo. La sana articulación entre niveles de gobierno no debe depender del color partidista de los elegidos.

Las democracias locales y regionales, si a ella se llegaren en el futuro, se legitimarán por sí mismas y no por quien se encuentre transitoriamente en el Palacio de Nariño. Ese es el nuevo pacto territorial al que puede estarse invitando a partir del 30 de octubre, y en Bogotá D.C., el 19 de noviembre, en lo posible con una planeación nacional, no de tipo centralizante sino de tipo cooperativo entre gobiernos, socios, articulados, coordinados, complementados, y subsidiándose recíprocamente en aquellas áreas en que evidencien fortalezas probadas.

### **Conclusión: una Corte Constitucional respetable**

La Corte Constitucional, en general, ha sabido interpretar el momento Constitucional de 1991, especialmente en la protección de los derechos fundamentales inherentes a la persona humana, dentro del *ius cogens* universalmente aceptado.

En algunos casos excedió su ámbito de competencia en cuestiones políticas, más propias del poder Constituyente, particularmente en el tema de partidos políticos, y en otros pocos se evidenció con excesivas cautelas en relación con la autonomía política de las entidades territoriales. En síntesis, su balance es altamente positivo en el concierto internacional, con una reputación progresista en derechos civiles, políticos, sociales, económicos, de género y ambientales, sin que ello permita ignorar las dificultades que las democracias estamos teniendo en materia de representación y de orden público.

Agradezco al presidente, a los vicepresidentes de la Academia, al secretario general y a la Junta Directiva, la benevolencia con el tiempo permitido para esta disertación, y recibo con humildad la honrosa invitación a la casa de la Jurisprudencia.

## Anexo 1.

### Mutación constitucional y la deuda social

Las reformas constitucionales de los Actos Legislativos 1 de 2001 y 2 y 4 de 2007 se acumularon negativamente a la reforma del periodo Samper, de la Ley 179 de 1994, artículo 55, que también cambió, como los Actos Legislativos referidos, la base de liquidación de los ingresos corrientes de presupuesto nacional de la Ley 38 de 1989, que había sido tomada como norma por las Comisiones II y V conjuntas de la Constituyente, para aprobar la Constituyente la fórmula que permitía, en el plazo de 1991-2001, llegar a unas participaciones territoriales del 42% de los ingresos corrientes con todos los agregados.

Esta deuda social histórica no pagada por el centralismo de Planeación Nacional y el Ministerio de Hacienda sigue pendiente.

La fórmula de la Ley 38 de 1989, Orgánica de Presupuesto Nacional que formaba bloque de constitucionalidad, prescribía que los ingresos corrientes eran iguales a los ingresos tributarios, más los ingresos no tributarios, menos los recursos de crédito. Los ingresos tributarios se subclasifican en impuestos directos e indirectos; los ingresos corrientes comprenderán las tasas, las multas, las rentas contractuales y las transferencias del sector descentralizado de la nación (esto incluía el 100% de los excedentes de Ecopetrol en 1991).

Pero, además, decía la norma: “... las rentas de ingresos ocasionales deberán incluirse como tales dentro de los correspondientes grupos y subtipos de que trata este artículo”.

De allí la importancia de la constitucionalización en el artículo 358 de la Constitución, y de la definición de ingresos corrientes: “los constituidos por los ingresos tributarios y no tributarios con excepción de los recursos de capital”.

Los artículos 356, 357 y 358 de la Constitución original conformaban una trinidad inescindible, que fue mutada por los Actos Legislativos 1 de 2001, 2 de 2007, y con la aceptación de la Corte Constitucional, sentencias C-023, C-306, C-685 de 1996, C-1645 de 2000 y C-442 de 2001.

El Acto Legislativo 4 de 2007 establecía que, en el 2017, se retornaría a la fórmula original. Esto no se ha hecho. El Ministerio de Hacienda y Planeación Nacional tienen una deuda pendiente, que ya generó una pérdida para el gasto social, aproximadamente de un tercio en los últimos 22 años. El gasto social original estaba focalizado en salud, educación, agua potable, saneamiento ambiental, utilizando el concepto de necesidades básicas insatisfechas. Hoy se añadieron dentro del gasto social los rubros de deporte y recreación y se aplica un concepto de pobreza multidimensional.

Se conoce que la llamada Comisión de Descentralización, que orienta el Departamento Administrativo de Planeación Nacional, está evaluando nuevamente el tema.

## Anexo 2.

### **Ley 2294 de 2023, Plan de inversiones 2023-2026 (en billones de pesos) Colombia potencia mundial de la vida**

Presupuesto General de la Nación	577,4	50%
Sistema General de Participaciones	268,8	23,3%
Recursos Propios Territoriales	145,8	12,6%
Empresas Públicas	106,4	9,2%
Sistema General de Regalías	47,4	4,1%
Cooperación	9,1	0,8%
<b>TOTAL</b>	<b>1.154,8</b>	<b>100%</b>

**Nota:** se supone que el sector privado además inyecta a la economía para estos propósitos 904 billones, según las bases iniciales del Plan de Desarrollo.

**Fuente:** tomado del Departamento Nacional de Planeación,  
Plan Plurianual de Inversiones 2023-2026, página 6.

## Bibliografía

- AUDY, Robert. *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. USA: Cambridge University Press 1999.
- CEPEDA, Manuel José. *La Constitución que no fue*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 1994.
- ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. *Treinta años de la Constitución Política de Colombia, perspectivas y memorias*. Bogotá: ESAP, 2022.
- ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *Los cimientos de la Constitución*. Bogotá: Tirant Lo Blanc Alternativa, 2023.
- GAVIRIA DÍAZ, Carlos. *Herejías constitucionales. Sentencias*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. *Supremacía de la Constitución y Control Constitucional*. Bogotá, Tirant Lo Blanc, 2023.
- JELLINEK, George. *Reforma y mutación de la Constitución*. Conferencia Heildeberg, 1906. Bogotá: Editora Leyer, 2006.
- OCAMPO GAVIRIA, José Antonio. “Café, Industria y Macroeconomía”. En *Centralismo, Descentralización y Federalismo en la Historia de Colombia*, pp. 42-57. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 2015.
- PALACIO RUDAS, Alfonso. *El Congreso en la Constitución de 199: Del edificio Fénix al Centro de Convenciones*. Bogotá: Thomas Greg & Sons de Colombia - Tercer Mundo Editores, 1992.
- PARDO RUEDA, Rafael. *La historia de las guerras*. Bogotá: Ediciones Bancolombia, 2004.
- Plan Nacional de Desarrollo - Colombia Potencia Mundial de la Vida. Ley 2294 de 2023. Bases Plan Plurianual de Inversiones. [www.departamento.nacionaldeplaneacion.gov.co](http://www.departamento.nacionaldeplaneacion.gov.co)
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. *Diccionario de la Lengua Española*, 20 ed. Madrid, 1994.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia*, 44 ed. Bogotá: Legis, 2021. República de Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. Catálogo e índices. Bogotá: Archivo General de la Nación - Imprenta Nacional, 1995.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Boletín de Ordenamiento Territorial. COT, 1994 año del ordenamiento territorial, n°. 27 (agosto- octubre). Bogotá: Editorial Universidad Nacional, 1994.

STONE, Seidman, Sunstein, Tushnet y Kurlan. *Constitutional Law*, 5a ed. New York 10011: Aspen Publishers, 2005.

TRUJILLO MUÑOZ, Augusto. “La Reforma Constitucional de 1945”. En *Historia Constitucional de Colombia*, Vidal Perdomo, Jaime y Augusto Trujillo Muñoz. Tomos I, II, III. Colección Investigaciones. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2012.

ZALAMEA BORDA, Alberto. *Diario de un constituyente*. Bogotá: Zalamea, Fajardo Editores Ltda., 1991.

ZAFRA ROLDÁN, Gustavo. *El derecho a la Constitución*, 2 ed. Bogotá: Editorial Universidad Javeriana – CEJA, 1998.

Listado de Sentencias de la Corte Constitucional para el tema justicia con la mujer (tesis de Maestría en Derecho Administrativo, Universidad Javeriana, contribución voluntaria para este documento), Bogotá, junio, 2023.

Sentencias referidas en el texto del documento por letras C, T, SU, número y año. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co)

Agradezco a mi asistente Gina S. Velásquez Quintero la colaboración en la labor secretarial y de ajuste en la forma del documento.