

ALVARO ECHEVERRI URUBURU
Docente de la Facultad

“¿LA MUERTE
DE UNA CONSTITUCION
O EL NACIMIENTO DE UN NUEVO
CONSTITUCIONALISMO?”

Respuesta al doctor Otto Morales Benítez sobre la Constitución de 1991

Hemos conocido la transcripción de la conferencia dictada por el doctor OTTO MORALES BENÍTEZ en el Aula Magna de la Universidad de Santo Tomás de Tunja.



sumiendo la fidelidad de dicha transcripción con respecto a las opiniones vertidas por el ilustre intelectual y hombre público, éstas nos suscitan no pocas reflexiones e igualmente, la necesidad de una réplica seria y científica, tal como lo demandan la brillantez del expositor y la altura académica del debate.

Como ha ocurrido con tantos críticos de la Constitución de 1991, en los criterios expuestos por el doctor MORALES BENÍTEZ, se confunden imprecisiones conceptuales, hermenéuticas y de realidad que lejos de contribuir al mejoramiento de nuestras instituciones y a superar las falencias del texto constitucional de 1991, parecen demostrar una aversión *per se* a las reformas modernizantes y democratizadoras que el proceso constituyente pretendió. La acriticidad que tales posiciones comportan se encaminan, como explícitamente lo manifiesta el doctor MORALES BENÍTEZ, a reimplantar la Constitución de 1886, como si ella pudiese ser la panacea para la crisis nacional y como si esta misma crisis hubiese sido el resultado directo de la promulgación de la Carta de 1991.

Olvidan quienes así piensan que la nueva Constitución fue antecedida de la exacerbación de toda una serie de conflictos sociales, políticos y económicos a los cuales contribuyó en gran medida el orden constitucional vigente hasta entonces.

En efecto, *el carácter excluyente del sistema político* del Frente Nacional, pactado por los dos partidos históricos tradicionales y constitucionalizado en el mal llamado plebiscito de 1957 (técnicamente fue un «referéndum») y en la reforma de 1958 y prolongado en 1968 en el célebre párrafo del artículo 120 de la anterior Constitución, significó el marginamiento de fuerzas y partidos políticos, que nada tenían que ver con el viejo bipartidismo, del derecho de competir y acceder al control del aparato político. Sin duda, en la naturaleza excluyente del régimen político, instaurado desde 1957, se encuentra buena parte de las razones que explican la insurgencia armada que ha vivido desde entonces el país.

De otra parte, el rígido centralismo de la Carta de 1886, había conducido al ahogamiento de la vida regional y local, manifestada en la práctica extinción de recursos de los departamentos y municipios. Así, por ejemplo, mientras que a comienzos del siglo las rentas de los entes territoriales representaban el 40% de los ingresos totales del Estado, para la década del 80, éstos se habían reducido al 12%. Las secuelas de esta situación estaban a la vista: paros regionales en torno a reclamos sobre servicios públicos y vías de comunicación. La llamada "rebelión de la periferia regional" contra la rigidez del gobierno central. Sobre la base del abandono de casi dos terceras partes del territorio nacional, como consecuencia de un centralismo asfixiante, se erigieron, desde entonces, los poderes regionales de la guerrilla y más tarde del paramilitarismo.



La incapacidad para construir un orden justo y con igualdad de oportunidades para todos, se constituyó en el escenario propicio para el negocio del narcotráfico, en el cual los sectores lumpenizados de los centros urbanos y las gentes expulsadas de éstos hacia las zonas de reciente colonización (“territorios nacionales”) encontraron una vía de ascenso social los primeros y de subsistencia los segundos. El tratamiento militar y de orden público que se le dio al incremento del narcotráfico, a lo que era un problema de salud pública, exacerbó los niveles de violencia que desde siempre han caracterizado a la sociedad colombiana: más de 200 jueces y magistrados, sinnúmero de policías y militares perdieron la vida en la lucha contra este llamado flagelo de la época contemporánea. La violencia generada por el narcotráfico con el propósito de mantener su “nicho” de ganancias cada vez mayores, alcanzó a un Procurador General de la Nación y a los candidatos Presidenciales, LUIS CARLOS GALÁN, JAIME PARDO LEAL, BERNARDO JARAMILLO y CARLOS PIZARRO; violencia que además comprometió a la población civil de centros urbanos como Medellín, Pereira y Bogotá a través de un terrorismo indiscriminado por medio de atentados con “carros-bombas” en barrios, supermercados y centros comerciales.

Hoy resulta muy fácil criticar la “estrategia” del gobierno del Presidente Gaviria –no de la Constitución, en la cual no se encontrará un solo artículo que promueva o facilite tal estrategia– de otorgar beneficios a quienes se entregasen a la justicia y colaborasen activamente con ésta en la desarticulación de las organizaciones delincuenciales. Pero se olvida la atmósfera de pánico y zozobra que vivía el país a raíz de la acción terrorista promovida por los poderosos carteles del narcotráfico, no ya contra el Estado que los combatía, sino contra la inerme población civil objeto de sus criminales atentados.

La estrategia de beneficios procesales –inérita sin duda en nuestro derecho penal pero no desconocida, ni mucho menos, en sistemas penales democráticos como el norteamericano– permitió comenzar el desmonte de los carteles de la droga, que por muchos aspectos poseían más poder intimidatorio que los inermes jueces que tenían que investigarlos y sancionarlos. Sin duda, la política de beneficios y rebajas de penas –llamada por sus críticos “negociación de la ley”– fue una manifestación de la debilidad de la justicia y de los métodos de investigación criminal, pero era con todo un remedio, extremo y único, para restablecer unos niveles mínimos de tranquilidad ciudadana.

Vayamos ahora a los aspectos puntuales de la crítica del doctor MORALES BENÍTEZ.



LA "SÉPTIMA PAPELETA" Y LA CONSAGRACIÓN DE LA NO EXTRADICIÓN

El agravamiento de la crisis nacional, puesta de relieve en su forma más aguda con el asesinato de LUIS CARLOS GALÁN, aunado al hecho de la imposibilidad de las reformas institucionales por la vía del Congreso y manifestada en el hundimiento de la tímida reforma constitucional promovida por el gobierno de VIRGILIO BARCO, cuando se intentó introducir por las mayorías parlamentarias en un "referéndum", que debía celebrarse a comienzos de 1990 para darle vida jurídica a los acuerdos de desmovilización con el grupo insurgente M-19, un punto relativo a la no extradición de nacionales colombianos, condujo a un grupo de ciudadanos, particularmente de extracción estudiantil, a promover un mecanismo de reformas institucionales por la vía de la manifestación popular: una Asamblea Constituyente, ajena a las fuerzas políticas representadas en el Congreso, y que concitase la más amplia representación ciudadana.

Es cierto que esta iniciativa, que incluía una "séptima papeleta", agregada a las que se introducían por los electores para designar Alcaldes, Concejos, Asambleas, Cámara, Senado y candidato presidencial por el liberalismo, en los comicios de marzo de 1990, nunca fue escrutada por la organización electoral, con el argumento de que las normas electorales no permitían más que la contabilización de los votos previstos para los cargos que debían proveerse. Pero se olvida, y en tal olvido ha incurrido sistemáticamente el doctor LÓPEZ MICHELSEN, y ahora el doctor MORALES BENÍTEZ, que para las elecciones presidenciales del 27 de mayo siguiente, el gobierno del Presidente BARCO, por medio del Decreto 927, expedido en virtud de las facultades del "Estado de Sitio" y avalado en su constitucionalidad por la Corte Suprema de Justicia, convocó al pueblo colombiano a votar un texto que decía: **"Para fortalecer la democracia participativa ¿vota por la convocatoria de una Asamblea Constitucional con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la Nación, integrada democrática y popularmente para reformar la Constitución Política de Colombia? SI - NO"** (Art. 2o. del Decreto 927 de mayo 3 de 1990).

Igualmente, facultada por el mismo Decreto, la organización electoral procedió a contabilizar el número de votos depositados por este sí, verdadero plebiscito, con el siguiente resultado: 5.236.863 a favor de la convocatoria de la Asamblea, sobre un total de 5.891.117 sufragantes.

No es cierta pues, la aseveración propalada insistentemente de que el proceso de reformas a través de una Asamblea Constituyente, propuesto inicialmente por medio de la "Séptima papeleta", no hubiese contado con la contabilización ne-



cesaria de quienes estaban por este procedimiento, ante la oclusión e imposibilidad de hacerlo por los mecanismos ordinarios del Congreso. La otra falacia para desprestigiar la Asamblea que le dio vida y a su obra, la Constitución de 1991, consiste en achacarle como propósito cardial, el del establecimiento de la no extradición. Basta leer los documentos de motivación de las reformas y en particular el que se llamó "**debate general**", donde los representantes de las diversas fuerzas políticas y sociales, que hacían parte de la Asamblea, buscaron establecer las grandes líneas directrices de la nueva Constitución, para darse cuenta que el tema de la extradición no constituía preocupación fundamental de los Constituyentes.

Su introducción en la nueva Carta obedeció a diversas motivaciones. Para unos, la exigencia del *principio de soberanía estatal*, vulnerado por la intromisión de la potencia americana en nuestros asuntos internos y en particular en uno de los aspectos más sensibles para aquella: el manejo de la delincuencia por medio de la capacidad punitiva de nuestro Estado, que fortalecida a través de la Fiscalía, haría innecesaria la entrega de nuestros connacionales al rigor de una justicia extranjera, ajena en un todo a nuestras tradiciones de respeto a la dignidad del procesado, derecho de defensa y debido proceso. Para otros, en la perspectiva de que la Constitución abriría un camino para la paz, removiendo los obstáculos institucionales que justificaban el accionar de los violentos, la no extradición se convertía en un claro mensaje para los carteles de la droga, empeñados en el terrorismo, para que cesaran sus actos de agresión, se sometieran a las leyes y a los jueces colombianos, tal como desde entonces comenzó a ocurrir.

El famoso "video cassette", que se ha esgrimido como prueba de que los Constituyentes estaban siendo comprados por el narcotráfico para que aprobaran la extradición, obedeció a un burdo montaje de un miembro de la Asamblea, representante de las "Autodefensas del Magdalena Medio", que se encontraban en guerra abierta con el "Cartel de Medellín" dirigido por PABLO ESCOBAR, para desprestigiar la iniciativa y hacerla aparecer como un producto simoníaco. Ese Constituyente se prestó para aparecer en el "video" recibiendo, en su oficina del Hotel Tequendama, la paga por su presunta cooperación para introducir la prohibición de la extradición en la nueva Carta.

¿Pueden personas serias y responsables, atacar la integridad moral de los Constituyentes y de sus móviles —equivocados o no— que los llevaron a la adopción de la no extradición, apoyándose en las pugnas surgidas entre sectores de la delincuencia? Creemos que no. El acudir a tan cuestionable argumento, como el del famoso "video", para enrostrarlo a un cuerpo que, como ninguno otro en la historia del país, laboró con un sentido patriótico en el esfuerzo de rediseñar unas nuevas



instituciones para un nuevo país, no tiene más explicación que el de la ignorancia sobre los reales acontecimientos de aquellos días.

EL "CAOS" DE LA JUSTICIA

Atribuye el doctor OTTO MORALES lo que él llama el "caos de la justicia", a la existencia de nuevos organismos judiciales creados por la Constitución de 1991, que han dado lugar a frecuentes enfrentamientos entre ellos. En primer término, habría que decir, frente al pretendido "mundo idílico" que él añora de la Constitución del 86, que enfrentamientos existieron antes entre la Corte Suprema y el Consejo de Estado en torno, por ejemplo, a los llamados "estatutos constitucionales", aquellas facultades del Presidente emanadas directamente de la Constitución y con respecto a las cuales aquellos dos organismos judiciales reclamaban competencia para conocer de su constitucionalidad.

Si se observa con cuidado el diseño institucional concebido para la organización judicial, se verá que no existe lugar a los llamados "conflictos entre las Cortes", si cada una de éstas se limita al desempeño de sus funciones dentro de la órbita de acción trazada por el Constituyente. Esto es, la Corte Suprema ejerciendo como supremo tribunal de casación y de juzgamiento de algunos altos funcionarios del Estado; el Consejo de Estado conociendo de los asuntos contenciosos definidos por la ley; *el Consejo Superior de la Judicatura ejerciendo sus funciones de autogobierno de la rama en asuntos administrativos y disciplinarios; la Corte Constitucional defendiendo la integridad de la Constitución por vía de la acción pública o de manera oficiosa en los casos previstos por la Constitución, y revisando de manera eventual las tutelas de que conozcan otras instancias; la Fiscalía General de la Nación investigando y acusando a los infractores de la ley penal. El Procurador General, como quedó plenamente establecido en la Constitución, no es un funcionario judicial como equivocadamente se le consideraba, sino el encargado de la "Ética Pública", promoviendo, de manera preferente, las investigaciones y sancionando a los funcionarios que incumplan con sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios.*

El Defensor del Pueblo, es el funcionario que tiene a su cargo la promoción y defensa de los Derechos Humanos. En tal carácter, puede incoar las investigaciones ante las autoridades competentes por violación a dichos derechos. En un país que tiene el desafortunado honor de encontrarse entre los países con mayor índice de violación de los derechos humanos, la figura del defensor pareció al Constitu-



yente del 91 como necesaria a fin de que desde el mismo Estado, a través de una actividad pedagógica de difusión de esos derechos, se diese comienzo a la edificación de una sociedad menos transgresora de los mismos. Es posible, y en esto estaríamos de acuerdo, que las funciones del defensor podría cumplirlas, quizá con mejores resultados, un Procurador Delegado para los Derechos Humanos – que actualmente existe– y que tiene la ventaja, sobre una actividad un tanto simbólica, de investigar y sancionar a quienes como agentes del Estado vulneren los derechos fundamentales de las personas.

La Fiscalía General de la Nación, como organismo de la Rama Judicial, no ofrece los peligros que avizora el doctor MORALES BENÍTEZ. Tal vez de aprobarse la iniciativa del gobierno GAVIRIA, que la concebía como un aparato dependiente del gobierno –como ocurre con las Fiscalías norteamericana y mejicana– los temores del conferencista tendrían algún fundamento. La Fiscalía colombiana, *al hacer parte de la Rama Judicial, está sometida a los parámetros democráticos que informan dicha rama del poder público: imparcialidad, respeto a la dignidad del procesado, principio de la buena fe, derecho de defensa, debido proceso, doble instancia, etc.* A más de ello, la Constitución le impuso un mandato inequívoco a la actividad inquisitiva: investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado.

La Corte Constitucional, para muchos ha desbordado el marco de sus atribuciones, sustituyendo en muchos casos al legislador como ocurre en las llamadas “sentencias integrativas”. Dicha percepción de sus atribuciones por parte de la Corte, no tiene respaldo en la Carta Política, sino que nace de las contemporáneas corrientes de interpretación constitucional, particularmente alemana y española. Si esa ampliación de sus facultades es o no conveniente, hace parte de un debate, ciertamente no pacífico, que ha sido particularmente intenso en los sistemas de control constitucional europeos. *Pero, lo que interesa destacar es que en ninguno de sus enunciados normativos, la Constitución avala el cúmulo de atribuciones que se derivan de una comprensión amplia de las facultades de control a cargo de la Corte Constitucional (modificación de la voluntad del legislador o simplemente su reemplazo, a partir de los fallos “modulativos” de la Corte).*

No puede desconocerse a pesar de estos aspectos polémicos, el papel cumplido por nuestra Corte Constitucional en la *renovación de la jurisprudencia nacional*, haciendo de la labor interpretativa de la Constitución y de la ley, una actividad más cercana a la cotidianidad del ciudadano común, a sus problemas y angustias diarias, frente a la rimbombante y vacía jurisprudencia del pasado.



No comparte el doctor MORALES BENÍTEZ el criterio de integración política asumido por la Carta para algunos de los más altos tribunales de justicia, en particular, la Corte Constitucional designada por el Senado de temas que pasan la Corte Suprema, el Consejo de Estado y el Presidente de la República; lo mismo que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, elegida por el Congreso en pleno de temas remitidas por el gobierno. La integración política de los órganos máximos de la justicia, es más la regla que la excepción en las democracias avanzadas de Europa, como es el caso francés, italiano y español.

Este origen político de las altas Cortes tiene el sentido de *hacer prevalecer el origen popular de todas las instituciones del Estado*, en acatamiento del principio de la *soberanía popular*. No tendría mucho sentido –democrático se entiende– que si la institución ejecutiva (en cuanto a su titular), y la institución legislativa son de elección popular, cumpliéndose así el mandato de que es el pueblo el origen de las instituciones políticas, en tratándose de la justicia, ésta no derivase, así fuese indirectamente –vía Congreso– de la voluntad popular.

De otra parte, la integración política de los altos tribunales de justicia, permite, como lo ha señalado ZAFFARONI, *enriquecer la jurisprudencia, pues en virtud de la pluralidad ideológico-política de los parlamentos, ésta puede transvasarse a la judicatura permitiendo una labor jurisprudencial más pluralista y democrática*, tal como ha ocurrido, por ejemplo, en tribunales constitucionales como el italiano.

La integración del Congreso

Sin duda puede tener razón el doctor MORALES BENÍTEZ en cuanto a los vicios que parecen derivarse particularmente de la integración del Senado de la República, dado que su elección, por circunscripción nacional, *encarece enormemente los costos de campaña*, lo cual tienta a los aspirantes a acudir a fuentes de financiamiento *non sanctas* o al respaldo de los grandes grupos económicos, que conduce a hipotecar, tanto en un caso como en otro, la independencia de los congresistas.

Una reforma al origen del Senado podría consistir en retomar su elección al nivel territorial, pero manteniendo unos cupos por circunscripción nacional para las minorías políticas, que no pudiendo obtener representación por la insuficiencia de su votación a nivel regional, podrían obtenerla, con todo, mediante la sumatoria de sufragios en todo el territorio nacional.



Igualmente, debe mantenerse la representación para los indígenas, tal como lo consagra la Constitución, ya que la representación de las llamadas "comunidades negras" es de origen legal, no constitucional.

Este tipo de representación étnica no constituye un trato discriminatorio para estos sectores de la población colombiana, como lo considera el doctor MORALES BENÍTEZ. Ni tampoco atenta contra la unidad nacional como igualmente él parece creerlo.

Por oposición a una Constitución centralista y totalitaria como lo era la del 86, donde todos los colombianos éramos blancos, católicos, apostólicos y romanos y donde todos hablábamos el Castellano, *la Constitución del 91, construye la unidad nacional mediante el aporte de lo diferente, de lo distinto. Dentro de una concepción democrática, el respeto al pluralismo es piedra de toque esencial.* Por tanto, las diferencias culturales, raciales, religiosas, etc., no sólo deben protegerse, sino que se protegen porque se considera que son algo valioso para el resto de la comunidad nacional. Los procesos de "aculturización" no siempre son positivos, como lo ha demostrado la historia, pero más aún, si ciertas comunidades se resisten, estando en todo su derecho, a los procesos de asimilación cultural. No estamos ya en las épocas de la conquista americana, durante la cual, por razón de la fuerza de la espada, los habitantes originarios de estas tierras fueron sometidos a la cruz. Es más, son los organismos internacionales de derechos humanos, los que recientemente propenden por la defensa de las integridad de las culturas ancestrales de los pueblos indígenas y contra toda forma de asimilación que irrespete sus tradiciones y cultura propias. El lema pluralista de la Constitución sería pues, "*uno en lo diverso*" y no "*uno por supresión y aniquilación de lo diverso*".

A modo de Epígrafe

Son muchas y muy variadas las críticas que el doctor OTTO MORALES hace a la Constitución de 1991. Pero abusaríamos del grato espacio que la universidad Santo Tomás nos ha concedido para esta réplica, si nos refiriéramos a todas y cada una de sus observaciones, no siempre justas y rigurosas como hemos tratado de demostrarlo. Por ejemplo: no existe ningún artículo de la Constitución que obligue al ejecutivo a informar, cada tres meses, al Congreso sobre "qué armas ha comprado, cuál ha sido su inversión en las fuerzas militares...". No es cierto que la Constitución le haya conferido al Presidente la dirección de la economía. Esta en



el artículo 32 de la anterior Constitución estaba a cargo del Estado, tal como ocurre en el actual artículo 324, que simplemente precisó el "mapa de la intervención económica". Es más, el Presidente fue liberado de las responsabilidades en cuanto a la intervención en el ahorro y crédito público, al manejo de la moneda y la política cambiaria y crediticia, que ahora corresponde a la Junta Directiva del Banco Emisor. Tampoco es original el artículo 58 sobre la "Expropiación sin indemnización", que ya se encontraba consagrado en el párrafo final del artículo 30 de la Constitución anterior. No es cierto que la llamada "justicia sin rostro" o "justicia regional", hubiese sido creada por la Constitución del 91, pues como se sabe ella venía de tiempo atrás, particularmente del llamado "Estatuto para la defensa de la democracia", expedido por el gobierno del Presidente VIRGILIO BARCO.

Pero más que críticas puntuales, podríamos expresar, con el gran maestro CALAMANDREI, lo que éste decía en 1950: "...mi viejo y querido amigo Scialoja, quién aprovechó la ocasión... a fin de escribir estas graves palabras: "Nosotros profesores, extraños a la gresca parlamentaria como al entrevero profesional, nosotros que somos y fuimos contrarios a la mal nacida y peor crecida Constitución [la actual de Italia], podremos ahora ponernos a reír, pero nos lo impide la caridad para con la patria; no escarnio complacido, sino acongojado pesar: ¡pobre Italia!". Quisiera preguntar al amigo Scialoja: *Tu que fuiste y eres contrario a la Constitución, ¿a quién y a qué cosa eres favorable?* Aún se ven... las ruinas irremediables de nuestros tesoros artísticos que ninguna restauración nos va a restituir; y también se ven en el campo espiritual y hasta en el jurídico y moral, por doquier escombros y hundimientos. Es bastante fácil ponerse a imprecisar acerca de estas catástrofes. *Pero hace falta el coraje de remontarse al porqué de estas destrucciones; de preguntarse cuál ha sido el origen de estos lutos.* Yo desearía que, sobre las ruinas de los Eremitanos, como sobre los cientos y cientos de ruinas que subsisten en toda Italia, se aplicase como un pequeño epígrafe de mármol, que recordara, casi como firma de artesano, el nombre de quien quiso esta guerra, de quien procuró estas catástrofes: *Ipse fecit*".

