



TRES ESCRITOS CONSTITUCIONALES DE ALFONSO LÓPEZ MICHELSEN

N. de la R.

Como un homenaje al doctor Alfonso López Michelsen, fallecido el pasado 11 de julio, transcribimos a continuación tres de sus columnas, publicadas en el diario “El Tiempo” sobre los vicios de fondo de las reformas constitucionales.

EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD:¹

¿SE LIMITARÍA LA CORTE CONSTITUCIONAL A CALIFICAR LOS VICIOS DE FORMA SIN PARAR MIENTES EN EL CONTENIDO?

La primera vez que oí hablar de reformas constitucionales inconstitucionales fue en labios del maestro Echandía. Citaba, como ejemplo, una reforma que restableciera la esclavitud o derogara la irretroactividad de las leyes. A mí me parecían más temas culturales que jurídicos; pero, en realidad, se anticipaba así a lo que vendría a ser doctrina de la Corte Constitucional de 1991, bajo la rectoría de figuras que nos hace calificar de verdaderamente “admirable” tal Corte.

El doctor José Gregorio Hernández fue uno de ellos, quien, precisamente, editó un folleto con este nombre, correspondiente a la Lección Preinaugural No. 1 de la Cátedra Constitucional se refería en la Cátedra Constitucional, de la Universidad Santiago de Cali, institución que hizo la publicación en referencia y, más recientemente, ha vuelto sobre el tema a propósito de la igualdad, uno de los pilares de la supraconstitucionalidad, contra la cual no se puede atentar con actos legislativos.

¹ Tomado del periódico colombiano *El Tiempo*. 9 de enero de 2005.

Curiosamente, y quizá por lo elemental, su crítica a la reelección, desde este ángulo, ha pasado casi inadvertida. Se reduce a sostener la tesis de la inconstitucionalidad del acto legislativo, basándose en la violación al principio de la igualdad, concepto completamente distinto de aquel por el cual muchos esperan una declaración de inexequibilidad por vicios de forma o desconocimiento de las ritualidades de rigor para todo acto legislativo.

En efecto, la igualdad preside como pilar de toda la arquitectura constitucional, que se derrumba en cuanto desaparezcan la igualdad o la libertad, que son de la esencia de la democracia. El razonamiento del doctor Hernández, tratándose de la reelección, como fue aprobada, es muy sencillo: ¿cómo puede haber igualdad ante la ley y ante la Constitución, cuando el ciudadano Presidente en ejercicio de sus funciones, puede, a la vez, dirigir una campaña política que lo beneficia frente a sus contendores que carecen de la capacidad de hacer nombramientos y disponer de fondos para granjearse la voluntad de los electores?

El solo debate acerca de las llamadas garantías para la oposición demuestra que se requeriría una legislación especial para remediar el desnivel entre el candidato Presidente y sus contendores. No basta el tratamiento tradicional que se le debe dar a la oposición sino que, para soslayar la violación, se aspira a encubirla con un estatuto especial, el cual, obviamente, no supera la desigualdad proveniente de la condición de Jefe del Estado y Jefe de Gobierno, en forma simultánea. El remedio residiría en que las dos funciones se ejercieran por separado, como sucede en el régimen parlamentario.

La incidencia del principio de la igualdad como derecho básico ha sido estudiada minuciosamente por el magistrado Jaime Araújo Rentería, en su obra “El derecho fundamental a la igualdad: precisiones”, y mal puede omitirse con el argumento consistente en invocar que no se trata de un vicio de procedimiento al tenor del artículo 241, sino del contenido material que, según otros constitucionalistas, se presume excluido de la competencia de la Corte, algo que me trae a la memoria un episodio durante el Mandato Claro, cuando por primera vez, bajo la Constitución de 1886, se declaró la inconstitucionalidad, por vicios de forma, de la ley que convocaba la pequeña Constituyente, siendo así que jamás se había consagrado la inconstitucionalidad de forma desde cuando se instituyó el recurso de inexequibilidad de las leyes en 1910, pero la Corte de entonces consideraba legítimo el principio de la supraconstitucionalidad, que no es otra cosa que el respeto a lo esencial de la democracia, o, como dice en su escrito el ex magistrado Hernández, el contraste entre el poder constituyente, que permanece en manos del constituyente primario, y el constituyente derivado, que es el que consta en la Constitución escrita.

Invocar el silencio de la Constitución sobre las inconstitucionalidades, es un tema indiscutiblemente controvertible. No todo silencio tiene el alcance de una

aprobación o una improbación, a voluntad del intérprete. Cuando la Constitución invoca los vicios de forma y guarda silencio sobre los de contenido, mal puede estar interpretando un hipotético derecho a desconocer el Estado de Derecho vigente.

La propia Corte Constitucional de 1991 ha apelado indirectamente a tal recurso cuando de modular las leyes se trata, entendiendo por tal, la discrecionalidad de la Corte para fijar la vigencia de sus propias decisiones en cuanto a la inconstitucionalidad. Es así como, aceptando la inexequibilidad de una ley, solo entra a regir, en ciertos casos, meses después de haberse admitido su inconstitucionalidad, algo que, en el caso de la reelección, podría traducirse en admitir la constitucionalidad del acto legislativo solamente a partir de la fecha en que no le serviría al Presidente en ejercicio para participar en la justa electoral, ya que la crítica más difundida es la de haberse cambiado las reglas del juego por el propio beneficiario de tal cambio.

De esta suerte, al fijar la vigencia futura de la constitucionalidad por un término adoptado por la Corte, se consideraría inconstitucional durante ese plazo el que el Presidente candidato participara en esta última condición, porque sería violatorio de la igualdad en los términos arriba considerados.

La jurisprudencia en este sentido, en materia de impuestos que dejaron de regir en una fecha futura, es un antecedente de tener en cuenta, al lado de los eruditos estudios de los ex magistrados Carlos Gaviria y José Gregorio Hernández, máxime cuando, como es previsible, se llegue a un grado de polarización con respecto al ejercicio del Gobierno por parte del candidato, que puede degenerar en perturbaciones del orden público.

La conveniencia de admitir la constitucionalidad de fondo, a partir del momento en que el Presidente candidato no puede utilizarla, contribuiría a la paz pública. Es, por lo menos, cuanto se deduce de los minuciosos estudios a que me vengo refiriendo. Sería aplicar el principio de la modulación de las leyes a los actos legislativos de dudosa constitucionalidad por vicios de fondo, distintos de los de procedimiento, y sin perjuicio de dictaminar sobre el cumplimiento de los requisitos formales. Pensemos lo que ocurriría si, frente a la candidatura de una mujer, se admitiera la abolición del voto femenino por haberse cumplido con los requisitos externos de procedimiento.

APROXIMACIONES ACADÉMICAS A TEMAS POLÍTICOS: ¿HAY O NO CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA?²

¿Tiene competencia la Corte Constitucional para declarar inconstitucionales por vicios de fondo actos legislativos?

² Tomado del periódico colombiano *El Tiempo*. 13 de febrero 2005.

Salía yo apenas de la adolescencia cuando se presentó el incidente con el Perú, que algunos llaman guerra. El personal de la Legación en Londres era tan reducido que, entre el doctor Bernardo Samper y el suscrito, descifrábamos los cables provenientes de Bogotá. Una tropilla peruana se había adueñado de Leticia y, después de haberla desautorizado, el general Sánchez Cerro acabó respaldándola.

Surgió la eterna controversia. Colombia sostenía que se trataba de un problema de policía interno, y que no había conflicto, y el Perú invocaba la tesis contraria: las irreprehensibles aspiraciones regionales contra el Tratado Lozano-Salomón. Cuando de sobremesa discutíamos el tema, yo traía a cuento que casi todas las guerras empezaban por un episodio privado y terminaban en conflictos reivindicatorios. Así fue el rapto de Helena, episodio eminentemente doméstico, que culminó en la guerra de Troya.

Ha sido una constante de la humanidad el desconocer la existencia del conflicto público para poder desconceptuar como malhechores a los contradictores. No fue así en la Segunda Guerra Mundial, conflicto de ideologías, que desembocó en la invasión de Polonia, pero, tras la derrota del fascismo, surgieron las reivindicaciones nacionalistas de las colonias y protectorados de los aliados, en donde se revivió el tema. Recuerdo, en Moscú, durante la guerra de independencia de Argelia, de qué manera, en los foros, los franceses sostenían que no había conflicto con los argelinos, sino actos vandálicos de una minoría sin banderas ideológicas. Lo mismo de don Miguel Antonio Caro, cuando se debatía acerca de los levantamientos liberales y él los asimilaba a actos de vandalaje o asociación para delinquir.

Lo anterior me viene a la memoria cuando escucho la referencia de los discursos del presidente Uribe, inspirados, en parte, por plumas que se conocen como escritores fantasmas (*ghost writer*), que andan resucitando el mismo argumento, o sea, que en Colombia no hay conflicto armado sino un Ejército conteniendo unas bandas de terroristas. Sorprendidos deben estar los europeos que los conocieron como invitados de viaje de los funcionarios del Gobierno Nacional hace apenas unos años.

Sucede, sí, que con el transcurso del tiempo las consecuencias de esta estrategia van siendo más y más gravosas, a los ojos de la comunidad internacional, para los enemigos de la autoridad. El calificativo de “terrorista” apareja, en contados casos, la condición de “criminal” y despoja a los alzados en armas de su potencial condición de ejército regular, lo cual es diferente del status de beligerancia, como creen algunos. Es apenas la imposibilidad de invocar el Derecho Internacional Humanitario, celebrar armisticios y, en último término, pactar la paz. Es algo a lo que no se llega con los “bandidos”, los “criminales” o los “terroristas”.

Hace algunas semanas redacté un comentario sobre un escrito del ex magistrado José Gregorio Hernández, en donde se contemplaba la inconstitucionalidad de

fondo de actos legislativos. Ahora resulta que, lejos de ser un debate académico, de carácter universal, es un truco, una jugada política de López. De ahí que me permita entresacar párrafos del estudio del jurista Loewenstein sobre la llamada *Teoría de la Constitución*, traducida y publicada por Ediciones Ariel, de Barcelona. Se trata de especulaciones jurídicas que, en el caso colombiano, ya han sido superadas al quedar consagradas en la Jurisprudencia de la Corte.

Según nuestra Corte Constitucional, la constitucionalidad de fondo es el “presupuesto del procedimiento”. Lo ratificó en el fallo sobre el Estatuto Antiterrorista (Sentencia C-816 del 2004). Dijo: “La Corte reitera que, conforme a lo señalado en la Sentencia C-551 de 2003, corresponde a esta corporación examinar la constitucionalidad de las reformas constitucionales no solo por vicios de trámite sino también por un eventual desbordamiento de las competencias del poder de reforma”. La sentencia del 2003, a que hace referencia, dictaminó, a propósito del referendo, que “los vicios de procedimiento en la formación de la ley no impiden realizar un control de fondo sobre el contenido material de las reformas constitucionales”.

Veamos a Loewenstein: “El intento de una tipología de las disposiciones articuladas de intangibilidad podría intentarse de la siguiente manera: 1. La protección de la forma republicana de gobierno frente a la restauración monárquica. 2. La prohibición que se encuentra no pocas veces en Iberoamérica de reelegir al Presidente tras uno o también tras dos periodos de mandato en el encargo presidencial. Con ello se debería evitar que el Presidente, disponiendo sobre el aparato del poder estatal, se enraíce en el poder y se convierta en Dictador. 3. La prohibición de modificar la forma democrática de gobierno. 4. En el mismo capítulo caen también las prohibiciones de modificar los derechos fundamentales”.

¿Y cuáles son esos derechos fundamentales?

“Aquí hay que distinguir, por lo pronto, dos situaciones de hecho: por una parte, medidas para proteger concretas instituciones constitucionales -intangibilidad articulada- y, por otra parte, aquellas que sirven para garantizar determinados valores fundamentales de la Constitución, que no deben estar necesariamente expresados en disposiciones o en instituciones concretas, sino que rigen como “implícitos”, “inmanentes” o “inherentes” en la Constitución”.

“Construyendo un caso extremo, ¿sería anticonstitucional si el legislador constitucional hiciese una excepción formal del principio de igualdad -insertando en dicho artículo un párrafo- al establecer que dicho principio no regiría para los pelirrojos? Una norma constitucional de este tipo estaría tan en contradicción con el principio de igualdad y contra los sentimientos de la abrumadora mayoría del pueblo -y, por descontado, de los pelirrojos-, que en este caso habría que hablar de una anticonstitucionalidad de *prima facie*”.

Es lo mismo que dice el ex magistrado José Gregorio Hernández, cuando afirma: “El poder de reforma está limitado por elementos que no por tácitos dejan de estar presentes en el alma misma de la Constitución. Así, no se requiere meditar mucho para saber que, aunque el Congreso cumpla al milímetro todos los requisitos procesales de una reforma constitucional, viola la Constitución y excede su competencia si esa reforma implica, por ejemplo, el cambio de la forma democrática de Gobierno, la eliminación del Estado Social de Derecho, la supresión de las garantías básicas o la negación de los derechos humanos, todos ellos componentes esenciales del ordenamiento, que en consecuencia no pueden ser tocados por un Acto Legislativo”.

PRO Y CONTRA DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE: EL ACTO LEGISLATIVO SOBRE LA REELECCIÓN³

Es en los vicios de contenido en donde reside la discrepancia seria en cuanto al fallo de la Corte.

No solamente es justo sino útil dar a conocer el punto de vista de los contradictores en casos como el de la reelección, que tantas opiniones suscita. Cabe observar, en primer término, que hay dos aproximaciones al tema, completamente distintas. Una cosa es estar contra la reelección en abstracto y otra es oponerse al proyecto de ley que institucionaliza la reelección inmediata del actual jefe del Estado, por medio de una ley sometida a la consideración del Congreso por el propio Ministro de la política. Es desde este segundo ángulo del cual nos vamos a ocupar, puesto que el tema de la reelección, salvo críticas excepcionales, no tiene *per se* adversarios con argumentos de peso en contra de una institución que ha sido tradicional en casi todos los países del mundo que se rigen por el régimen presidencialista.

Es la razón para que prescindamos de las comparaciones con la reelección que existe en otros países, como en los Estados Unidos, porque no es este el tema. Curiosamente, si algo similar a lo que ha ocurrido en Colombia se encuentra en nuestro Hemisferio es en Venezuela, en donde la reelección de Chávez se gestó por el propio Chávez en la Constitución Bolivariana. El artículo 230 dice: “El período presidencial es de seis años. El Presidente o Presidenta de la República puede ser reelegido o reelegida, de inmediato y por una sola vez, para un nuevo período”. Y, agrega, en el artículo 229: “No podrá ser elegido Presidente o elegida Presidenta de la República quien esté en ejercicio del cargo de Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, Ministro o Ministra, Gobernador o Gobernadora, o Alcalde o Alcaldesa, en el día de su postulación o en cualquier momento entre esta fecha y la de la elección”.

³ Tomado del periódico colombiano *El Tiempo*. 27 de febrero de 2005.

La controversia colombiana gira alrededor de dos objeciones legales en materia de inconstitucionalidad: 1) Los vicios de forma, o sea, de procedimiento, sobre los cuales expresamente debe juzgar la Corte Constitucional. 2) Los vicios de contenido, o de fondo, acerca de los cuales no existe facultad expresa que establezca la competencia de la Corte para decidir sobre su constitucionalidad. Es, en este último punto, en donde reside la discrepancia seria en cuanto al fallo de la Corte, porque, si bien es cierto que quienes alegan los reparos de fondo carecen de una facultad expresa para invocarlos, la propia jurisprudencia de la Corte, en las sentencias C-551 de 2003 y C-816 de 2004, establece que tratándose de reformas que afectan la integridad de la institución constitucional al extremo, no ya de reformar sino de sustituir la Constitución del país, la Corte, en defensa de los derechos fundamentales, puede asumir una competencia implícita en su condición de guardián de la Constitución. Los tratadistas franceses se pronuncian contra esta interpretación en los medios académicos, a tiempo que nuestro tribunal constitucional, que se inspira en los tratadistas alemanes, como Loewenstein, sostiene la tesis contraria, para fundamentar las sentencias citadas.

En realidad, la inexequibilidad de las leyes y de las reformas constitucionales no ha existido jamás en Francia, ya que su origen norteamericano no se abrió camino ni en la Segunda ni en la Tercera República francesa, y solo incidentalmente con respecto al referendo sobre regionalización bajo el gobierno de De Gaulle, porque jamás el tema ha salido del ámbito académico, inclinado, naturalmente, a considerar las Constituciones, fruto de constituyentes elegidas popularmente, con el carácter de constituyentes primarias; pero, aun en los propios Estados Unidos, la intangibilidad de las reformas constitucionales parece haberse impuesto en la propia Corte, por la naturaleza misma del régimen federal, que reviste del carácter de un contrato entre los distintos estados las enmiendas que se le introducen a la Constitución.

Ejemplos de estas dos posiciones en Colombia están en cabeza de dos eminentes juristas: el doctor José Gregorio Hernández, ex magistrado de la Corte Constitucional y catedrático de la Universidad Santiago de Cali, cuyas ideas son ya conocidas por los lectores de estas columnas y no se justificaría repetirlas en esta ocasión, destinada a exponer el punto de vista de los partidarios del carácter restrictivo del artículo 241 de nuestra Carta al respecto, que dice, sobre la competencia de la Corte: “1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación”.

Y el doctor Humberto A. Sierra Porto, catedrático de la Universidad Externado de Colombia, quien, bajo el título “B. Formas de entender la expresión “soberanía” en la Constitución colombiana: poder constituyente y poder de reforma”, decía: “En un plano diferente al del poder constituyente se encuentra el poder de reforma de la

Constitución. Se trata de un poder derivado, que contempla la misma Constitución, sujeto a las previsiones del poder constituyente y que solo puede desarrollarse en los términos, según los procedimientos y con los controles establecidos en las normas constitucionales, pero es un poder capaz de modificar, ampliar o suprimir a la misma Constitución, y al igual que el poder constituyente originario puede, en este sentido, crear Constitución. En esta labor, por cuanto en Colombia el poder de reforma no está sujeto a límites materiales, sino sólo a requisitos procedimentales, participa de algunas características del poder constituyente. Este poder de reforma constitucional, o competencia constitucional extraordinaria solo sometida al procedimiento constitucional, se denomina poder constituyente constituido”. Es de presumir que el doctor Sierra mantiene esta opinión, pero su condición de magistrado en ejercicio de la Corte Constitucional le impide dar a conocer su opinión actual ante el riesgo de una recusación.

P.D. Un argumento adicional en contra de la competencia de la Corte para decidir acerca de los actos legislativos violatorios de la esencia de la Constitución consiste en invocar el artículo 377 de la Carta, de acuerdo con el cual se debería apelar exclusivamente al referendo. Sin embargo, la Corte, en cuatro sentencias sucesivas, ya decidió la cuestión a su favor.