

REFLEXIONES SOBRE UN NUEVO MAPA CONSTITUCIONAL*

Matthías Herdegen**

Resumen

No obstante las diversas críticas de que ha sido objeto, la Constitución de 1991 refleja las aspiraciones del momento en que se gestó; su evolución posterior ha estado marcada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual se ha visto orientada por valores y la búsqueda de principios que superan su texto, por lo que la construcción de un nuevo mapa constitucional en el país impone la necesidad de una reforma estructural de éste ente con objeto de limitar de manera prudente sus atribuciones y el acceso a su jurisdicción. De igual manera, es el momento oportuno para adelantar reformas vigorosas a la Carta de 1991 que permitan la reestructuración de los partidos políticos y el proceso electoral, el establecimiento de la disolución del Congreso como mecanismos para intermediar mediante la intervención popular, los conflictos entre ejecutivo y legislativo, el establecimiento de límites al Congreso frente a la modificación de iniciativas de reforma constitucional y una serie de disposiciones transitorias que permitan abrir el camino para el fortalecimiento institucional del Estado pero, al mismo tiempo, que faciliten la posibilidad de adelantar procesos de paz.

Palabras clave: Reformas constitucionales, control constitucional.

Abstract

Although 1991 Constitution has received a lot of criticism, it reflects the aims at the moment in which it was created. Its further evolution has been marked by the jurisprudence of the Constitutional Court, which has been oriented by values and the search of principles surpassing its text. All this has made the construction of a new constitutional map mandatory along with a structural reform of this Court aiming at limiting its attributions in a prudent way and the access to its jurisdiction. In a same way, this is the exact moment for beginning vigorous reforms to the

Fecha de recepción: 14 de agosto de 2002

* Conferencia dictada en el *Seminario Internacional Colombia 2002 – 2006*, organizado por el Partido Conservador Colombiano. Bogotá, julio 24 y 25 de 2002.

** Director del Instituto de Derecho Internacional y vicerrector de la Universidad de Bonn (Alemania) herdegen@uni-bonn.de.

1991 Constitution, which permit to restructure the political parties and the electoral process, to establish the dissolution of the Congress as a mechanism to mediate –through popular intervention– the conflicts between the executive and the legislative powers, to establish limits to the Congress in front of the modifications of the indicatives of constitutional reforms and a series of temporary dispositions which allow to open the way for the institutional strengthening of the State, but at the same time to ease the possibility of carrying out peace processes.

Key words: Constitutional reforms, institutional control.

Señor senador doctor Carlos Holguín Sardi, Señor Presidente del Congreso, doctor Luis Alfredo Ramos, Señor Ministro Designado, doctor Fernando Londoño, doctor Hernando Yepes, señoras y señores: Al haber escuchado la ponencia del Ministro del Interior y de Justicia Designado, admiro más aún la confianza de los anfitriones al decidir otorgar el uso de la palabra a un constitucionalista extranjero justo después de la impactante intervención del Ministro. Porque, a mi juicio, su exposición, casi prusiana (y lo digo en pleno reconocimiento del concepto prusiano del servicio público y de la ética cívica), deja un listón muy alto.

Quiero expresar mi satisfacción por la oportunidad de intercambiar algunas ideas sobre el nuevo mapa constitucional. Por prudencia, que corresponde al invitado extranjero, y por convicción, también voy a poner una pequeña dosis de *soflán* a mis reflexiones iniciales sobre una reforma constitucional. Quiero modificar en un solo aspecto el ambicioso tema que me han asignado los organizadores del evento: no me atrevo a hacer propuestas, me limitaré a presentar unas sugerencias, porque tengo la firme convicción de que el privilegio de hacer propuestas corresponde a quienes en su calidad de mandatarios o ciudadanos tienen que vivir sus consecuencias.

Hablar de un nuevo mapa constitucional es un tema muy espinoso, y cuando lo enfrentamos deberíamos tener en cuenta lo que una reforma constitucional puede lograr y cuáles y dónde residen las limitaciones naturales del derecho. Una reforma constitucional no puede reemplazar sus carencias en espíritu cívico, pero sí puede alimentar los impulsos que ya existen en el pueblo y en los órganos del Estado. Un nuevo orden constitucional puede terminar por frenar y trancar soluciones adecuadas para los desafíos del país, ya que estamos hablando de la perspectiva del Estado de Derecho donde el único absolutismo es el mandato del derecho y tal freno puede operar de manera absoluta. Por esta razón es trascendental importancia hablar de reformas, inclusive a nivel y bajo la cúpula de la Ley Fundamental.

Si se realiza una reforma, creo que todos están de acuerdo en que tiene que ser una reforma que merezca ese nombre. Al parecer somos testigos de un momento oportuno que no debería desaprovecharse. La historia nos enseña que esas ventanas que abre la misma historia para reformas vigorosas son muy pequeñas y muy probablemente no habrá un segundo *chance* si se permite que este primer impulso se evapore.

El orden constitucional vigente: Méritos y fallas de su idealismo

Primero quiero invitarlos a dar una mirada al orden constitucional vigente. Porque es imperativo hacer un breve análisis sobre este orden constitucional, y en particular de su desarrollo por parte de la Corte Constitucional, para tener un mejor concepto sobre la dirección en que se tiene que caminar en una reforma.

Hablando del texto de la Carta Fundamental de 1991, podemos decir que la Asamblea Constituyente produjo un código constitucional bastante largo y bastante *verboso*, cuyo hilo hermenéutico –para usar un concepto de mi amigo, el doctor Hernando Yepes–no se deja extraer fácilmente.

A pesar de todas las críticas, se trata de una Constitución moderna en el sentido de que recoge todas las ideas directrices del Estado Social de Derecho que se ha construido en la Europa de la posguerra. La Carta de 1991 refleja las aspiraciones del momento en que se gestó. Prevalece un fuerte integracionismo, una acumulación de valores que resultan atractivos y aceptables para un mayor número de fuerzas políticas, incluso para los entonces grupos extra-constitucionales. Podemos señalar que la Constitución de 1991 ha alimentado avances considerables en las áreas de educación y de salud. La Constitución del 91 generó conciencia respecto de los derechos amparables del ciudadano y refleja, además, la visión de un Estado que fomenta el pluralismo y los intereses del individuo; se enfoca en el individuo; se enfoca en el individuo mediante todo un ramillete de derechos fundamentales; se garantizan las libertades clásicas mezcladas con nuevos derechos sociales y económicos. Por otro lado, tenemos que diagnosticar que al mismo tiempo carece de claras limitaciones para aquellos derechos y libertades fundamentales. Se trata de una visión un poco idealista en un ambiente estatal y social que brinda muy poco espacio para tal idealismo. La Carta Magna del 91 –y yo intento darle justicia en cuanto a sus méritos y a sus defectos– refleja también una obsesión –ciertamente legítima– por una nueva ética política. Encontramos un régimen absolutamente sobredimensionado de inhabilidades, un bosque, mejor aún, una selva de órganos de control: Corte Constitucional, Fiscalía

General, Procuraduría General, Veeduría General, Contraloría General, Defensoría del Pueblo, etc.

También podemos diagnosticar la marcada intención de fortalecer la rama judicial, en particular mediante la creación de la Corte Constitucional y mecanismos como la famosa tutela. Mirando el escenario pre-constitucional tenemos que admitir que ésa es una intención perfectamente legítima, aunque no podemos ignorar sus consecuencias problemáticas en la vida real.

La Constitución de 1991 contiene un régimen fragmentario de partidos. El famoso artículo 108 fomenta esa atomización de grupos políticos que encontramos en el escenario actual.

Si la Constitución peca lo hace esencialmente por omisión en cuanto a las herramientas necesarias para fortalecer el Estado en la lucha por su consolidación frente a los grupos extraconstitucionales. Hay cierta miopía en cuanto a esta dimensión en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En fin, podemos hacer un balance mixto: hay aportes muy importantes para la legitimidad del Estado, en particular el fortalecimiento del papel de la rama judicial y el valor de la dignidad humana como el enfoque central de la Carta del 91.

La jurisprudencia constitucional y su romanticismo

Ahora quiero invitarlos a mirar un poco el desarrollo de la Constitución por parte de la Corte Constitucional en los últimos diez años, porque ese desarrollo hace parte del mapa constitucional.

La Corte Constitucional se constituyó como una pieza clave en la relojería del Estado concebido por la Constitución del 91. Es un órgano poderoso bastante consciente de sus poderes. En este contexto quiero hacer una confesión: en contra de muchos de mis amigos aquí en Colombia, fui promotor de una Corte Constitucional en 1991, y aún después, como elemento vital del Estado de Derecho. Tenemos que resaltar que un gran número de los juristas integrantes de la Alta Corte Constitucional son y fueron magistrados muy cultos y de un muy alto nivel jurídico y académico.

Además, la Corte Constitucional ha demostrado cierta tendencia a fundamentar sus fallos en disertaciones largas y bastante académicas, con eruditas referencias a filósofos, desde Aristóteles hasta Immanuel Kant, que a veces captan el núcleo del problema y a veces logran ignorarlo.

Podemos diagnosticar cierto romanticismo difícil de creer en un país con los problemas que tiene Colombia. Se pensaría que los románticos éramos los europeos y, por supuesto, se esperaba una más fuerte dosis de realismo. Parece que el realismo mágico que se inventó la literatura colombiana hasta cierto grado también hizo su entrada en la jurisprudencia.

No obstante, creo que en justicia es necesario reconocer muchos aportes valiosos que hizo la Corte Constitucional, y tenemos que reconocer también que la Constitución del 91 no es un texto muy breve ni muy técnico. No contiene limitaciones claras para las libertades fundamentales o para las competencias de ciertos órganos. Entonces, la tarea que corresponde a la Corte sí es una tarea excepcionalmente difícil.

Si se me preguntara cuál es el mayor problema, diría que es la carencia de una metodología sólida. Encontramos en la Corte la insistencia en una jurisprudencia de valores y la búsqueda de principios que superan el texto. Esa invocación de principios sin una base clara y sólida en el texto constitucional fomenta cierta erosión de la claridad y la Constitución Política termina por convertirse en una especie de cera moldeada por la Corte. Estos problemas de metodología y de interpretación no son ni necesaria ni exclusivamente inherentes a una Corte Constitucional. Ellos se presentan en cualquier otra forma, como en una jurisdicción constitucional confiada a una sala constitucional de la Corte Suprema. Entonces, acabar con la Corte Constitucional no es solución a este problema, porque va a subsistir bajo otra jurisdicción constitucional.

Encontramos algunos fallos casi caprichosos –y repito que lo digo con todo el respeto por cada uno de los magistrados que integran y han integrado la Corte–, fallos que son pocos pero significativos en cuanto al impacto político y social. En ellos, la Corte no demostró cabalmente que carece en absoluto de vocación política, e incluso muchas de las sentencias podrían producir la impresión de que existe cierto autismo frente a las necesidades del país.

Parece oportuno mirar algunos ejemplos de la jurisprudencia que demuestran *ad oculos* este problema metodológico. Primero, se percibe un poco de ignorancia respecto del contexto internacional. Basta referirse a la jurisprudencia de la Corte sobre la protección de propiedad en Tratados Internacionales. Esa jurisprudencia truncó la ratificación de tratados sobre inversiones, aislando así a Colombia, incluso en el hemisferio suramericano que compite tanto por el capital extranjero. El impacto de esa jurisprudencia fue nefasto. Afortunadamente se ha solucionado con una reforma del

artículo 58, la cual no hubiera sido necesaria a la luz de una interpretación menos caprichosa del texto.

Segundo, podemos diagnosticar cierto *activismo judicial* en el desarrollo de derechos sociales y económicos. Ese activismo ha crecido en el ambiente de la tutela. Desde la perspectiva del individuo, del caso particular, son muy entendibles muchos de estos fallos, como las sentencias sobre el derecho a la salud, al tratamiento sin costos; en particular si uno visualiza la tragedia individual de ciertos enfermos. O como el caso de la decisión de otra instancia jurídica sobre el estado de las alcantarillas en un barrio pobre de Cartagena de Indias. Nadie duda que es loable, pero no es la tarea natural de una Corte hacer reparar alcantarillas. Por otro lado, tenemos que reconocer que ese *activismo judicial* también crece por las omisiones de otros órganos del Estado. De todas maneras, es preocupante la actitud demasiado serena de la Corte frente a las cargas presupuestales que causó con sus jurisprudencias, como lo evidencian recientes estudios sobre estos efectos económicos.

Tercero, encontramos cierta simplificación de conceptos constitucionales, como lo hizo la Corte con el derecho a la vivienda en su muy famosa sentencia sobre el UPAC (sentencia C-747/99). Aquí falta lo que esperaría un constitucionalista, es decir, un sólido análisis de todos los intereses implicados en su contexto constitucional. Invita a una evaluación similar la sentencia sobre el incremento anual de salarios (sentencia C-1433/00). Esa jurisprudencia se enfoca en la llamada «filosofía del Estado de Derecho». Personalmente creo en los textos y no tanto en una filosofía gaseosa detrás de los textos.

Fundamentarse más en la filosofía del Estado Social de Derecho que en normas concretas significa entrar en juicios de valor muy subjetivos. La filosofía del Estado Social de Derecho que profesa mi vecino puede ser muy diferente de la mía. Por eso se tiene que partir de los textos.

Cuarto, encontramos cierta distancia de la Corte frente a la cruda realidad en su jurisprudencia sobre facultades del poder ejecutivo en tiempos de crisis interna. En una sentencia del año 96 sobre el Estado de Conmoción (sentencia C-328/96), la Corte dice literalmente que la «anormalidad institucional no puede tornarse permanente». Ojalá que la escuchen los grupos extraconstitucionales. Por último, los invito a mirar brevemente el reciente fallo sobre la Ley de Seguridad y de Defensa Nacional (sentencia C-251/02). En ese fallo culminan los parámetros de control que salen del texto constitucional, es decir, la insistencia en principios muy abstractos como la democracia y el pluralismo. La mayoría de la

Corte realizó una interpretación poco benévola de esa Ley. No ha sido muy justa con el legislador, si se tiene en cuenta que distorsionó el concepto del «poder nacional». Se enfoca en un conjunto no muy claro de principios y de valores constitucionales y metaconstitucionales en lugar de basarse en las normas concretas de la Constitución. La opinión de la mayoría preconiza el ideal democrático y resalta que «la preservación del orden público es un valor subordinado al respeto de la dignidad humana». Hay una visión menos simplista: La dignidad humana necesita para sobrevivir un mínimo de orden público brindando protección al individuo, en particular a los miembros más débiles de la sociedad, y eso en mayor grado en un país como Colombia.

El destino de la Corte Constitucional

Pasemos ahora del diagnóstico a la terapia. Primero hablemos del régimen jurisdiccional de la Corte Constitucional. Remediar los defectos de la jurisdicción constitucional requiere de una solución bien ponderada. Estoy consciente de que en este país hay algunos que desean que se acabe la Corte Constitucional y hay otros que temen ese paso. La metodología para la interpretación constitucional y para el desarrollo de la Ley Fundamental no pueden reglamentarse en la misma Constitución. El problema de la interpretación del texto constitucional queda fuera del texto. Por eso, una reforma constitucional no puede remediar ese problema. Eso es más bien tarea para la doctrina constitucional.

Primordialmente, la solución tendrá que ubicarse en el nivel de las competencias de la jurisdicción constitucional, es decir, de la Corte Constitucional o de otro órgano encargado de la jurisdicción constitucional. Porque sí habrá y tendrá que haber una jurisdicción constitucional. Acabar con la Corte, en mi parecer, es una medida muy drástica. Sería una medida que invitaría a la crítica que apunta a un golpe contra el Estado de Derecho. Eso sería «dar papaya para abusar», como diría un amigo mío colocado muy arriba en la relojería del Estado. Es mucho más fácil argumentar en contra de la creación de una Corte Constitucional que en pro de su abolición. Creo que sería más sensato evitar ese riesgo, en aras de una reforma prudente que mantenga la existencia de la Corte, aun a pesar de todos los defectos que acabo de mencionar. Esa reforma prudente podría frenar la tentación de un control judicial que se sale del texto constitucional. Se trata de una reforma estructural que limite de manera muy prudente las atribuciones de la Corte y el acceso a su jurisdicción. Además, tal reforma, bien ponderada, tendría un impacto didáctico y pedagógico para la rama judicial en cuanto a un activismo exagerado.

En primer lugar, se podría considerar la elección de los magistrados por una mayoría calificada, por ejemplo, con dos tercios de los votos. Además, se podría exigir que cierta cuota de los miembros de la Corte Constitucional provenga de los magistrados de la Corte Suprema. Así se vincularían de manera orgánica la Corte Suprema y la Corte Constitucional.

En segunda instancia, se puede eliminar el control previo de leyes estatutarias. No hay necesidad absoluta de mantener ese control previo. En tercer lugar, se podría discutir la eliminación de las demandas de inconstitucionalidad presentadas por los ciudadanos. Ahora cualquier ciudadano puede presentar una acción de inconstitucionalidad contra actos reformativos de la Constitución, contra leyes y contra decretos con fuerza de ley (Art- 241, N^{os} 1,4 y 5). Esa movilización de la Corte por acción de individuos parece exagerada.

Por último, se podría limitar el control constitucional a los derechos que son de aplicación inmediata en términos del artículo 85, que distingue claramente entre los derechos de aplicación directa y los demás derechos. La jurisprudencia prácticamente ha ignorado ese artículo.

Nuevas Competencias excepcionales y transitorias del gobierno

Este tema nos lleva al terreno más espinoso posible. Estamos hablando de una anomalía normativa que para el constitucionalista es el antídoto, el remedio más peligroso, pero también el remedio más fuerte para reaccionar a la anomalía política. Es la protección que brinda el Estado al ciudadano la que justifica la sumisión del ciudadano a los mandatos del Estado y a las leyes. La protección del individuo lleva consigo la sumisión al derecho y la sumisión al derecho –como su razón de ser– se fundamenta en la protección, en palabras de Thomas Hobbes: *Protectio trahit subjectionem y subjectio trahit subjectionem*. Cuando se rompe esa relación fundamental entre la sumisión al derecho y la protección por parte del derecho peligra la legitimidad del Estado. Entonces vuelve a la superficie el antípoda del imperio de la ley y de la democracia: la fuerza física de organismos extraconstitucionales, la ley del más fuerte.

Hace falta despojarse de cierta hipocresía que todavía prevalece en ciertas esquinas de Europa: aquella de culpar al Estado de su debilidad y, simultáneamente, lamentar cada esfuerzo que hace el mismo Estado democrático para fortalecerse.

¿Cuáles serían los remedios bajo condiciones de anormalidad, que lamentamos pero sabemos que se tienen que enfrentar?

Primero, se sugiere prudentemente ampliar las facultades del gobierno en el conflicto interno con las fuerzas extraconstitucionales, es decir, ampliar las competencias bien definidas. Esta claridad se exige especialmente en cuanto a la limitación de derechos fundamentales. En eso peca por omisión también la Constitución vigente (Art. 214, párr. 2). Parece además inadecuada la limitación en el tiempo para el Estado de Comoción en términos de la Constitución vigente (Art. 213, párr. 1).

Segundo, se podría explícitamente eliminar el escrutinio de fondo de la declaración de Estados de Excepción, es decir, se limitaría el control judicial a un control de los parámetros formales. Así, la rama judicial no podría entrar en escrutinio de fondo, porque eso le corresponde al gobierno. Tendrá que seguir vigente el derecho humanitario nacional e internacional. Sobre eso no cabe duda. También se tendrá que mantener la protección de los derechos individuales (tal como se aplicarían en el Estado de Excepción), en cuanto a las medidas que los órganos del Estado toman frente a los individuos. Eso significa que la declaración de Estado de Excepción no está sometida a un escrutinio judicial, salvo en cuanto a los parámetros formales. Pero sí habrá protección del individuo frente a las medidas individuales que toman en su contra los órganos del orden público, la policía, etc. Es una distinción elaborada en países europeos que conocen el Estado de Excepción.

Nosotros los alemanes confiamos más en una realidad benévola y nos hemos despedido del Estado de Excepción (reglamentado de forma poco realista en nuestra Ley Fundamental). Pero sí hemos conocido la perturbación constitucional del Estado democrático demasiado débil frente a sus enemigos en los años veinte y treinta. En el llamado «Tercer Imperio» hemos conocido el flagelo de un Estado demasiado fuerte y totalitario en manos del nazismo.

Régimen para Acuerdos de paz

Se sugiere la creación de un régimen constitucional y transitorio para incrementar acuerdos de paz con fuerzas extraconstitucionales. A pesar de un terrorismo burlándose de todo compromiso, se mantendría la perspectiva de llegar a la consolidación de la paz interna, mediante acuerdos de paz bajo condiciones más favorables para las fuerzas del Estado constitucional. Sería útil contemplar un régimen transitorio como base constitu-

cional para acuerdos de paz. El ejemplo de El Salvador y de otros estados de América Central muestran que la carencia de tal base normativa puede causar un limbo constitucional, porque no se sabe cómo integrarlos en el orden constitucional vigente.

Reforma de los trámites para una reforma constitucional

Vale la pena considerar una reforma de los trámites para una reforma constitucional, incluso una modificación del infortunado artículo 378 de la Constitución. Sería útil clarificar que el Congreso no puede modificar un proyecto de reforma. Eso ha sido el tema de una controversia hace pocos años.

Disolución del Congreso

Una nueva facultad al presidente para disolver el Congreso cuando se rechace un proyecto de ley u otra decisión del Gobierno (incluso de declaración de un Estado de Excepción), que el Gobierno declare de urgencia, fortalecería dramáticamente la posición de éste frente al Congreso. Entonces el pueblo se volverá árbitro. Obviamente, sería un instrumento muy agudo.

Régimen de partidos y elecciones

Todos los defectos de régimen de partidos nacen con el régimen para la creación de los partidos. Urge una revisión del artículo 108 de la Constitución, que bloquee de requisitos de sustancia el establecimiento de partidos y su estructura democrática interna.

Ya si se discute el establecimiento de listas únicas nacionales para ambas cámaras, o si se opta por dar al Senado una base regional (con representación garantizada de todos los departamentos), se trataría de listas regionales. Tal reforma sería un paso importante para fortalecer vigorosamente la unidad y la consistencia, incluso la consistencia ideológica de los partidos, cuya carencia todos lamentan.

Los griegos tienen una palabra para identificar un momento oportuno en la historia, el justo momento para dar ciertos pasos: el *kairos*. Creo que llegó ese *kairos*, ese momento oportuno a Colombia para adelantar una reforma política de manera bien ponderada y vigorosa. Deseo todo el éxito a todos los hombres públicos y ciudadanos que se presten a ese importante esfuerzo.