

coyuntura



# Fueros y Desafueros

## Justicia y contrarreforma en Colombia

JUAN GABRIEL GÓMEZ

Las decisiones de todo tribunal encargado de velar por la integridad de una Constitución son siempre polémicas. A fin de cuentas, ellas son interpretaciones que establecen un delicado equilibrio entre valores, principios y reglas en los cuales se han cristalizado diferentes intereses políticos y sociales. El conflicto entre normas que todo tribunal constitucional debe resolver es, por ello, siempre un conflicto político, mucho más agudo cuando la Carta Política que debe interpretar está atravesada por fuertes tensiones internas o cuando el proceso político que ella regula es particularmente complejo, contradictorio e intenso, como sucede, hoy, en Colombia.

El debate que se desarrolla en el seno de los tribunales constitucionales respecto de cada decisión, así como las discusiones que siguen a ellas, está referido a la validación de una cierta idea de justicia política. Cuando en la sociedad, el consenso respecto a esa idea es fuerte, las decisiones de los tribunales constitucionales logran transformar la incertidumbre provocada por el conflicto entre normas, en decisiones que contribuyen a la estabilidad del marco institucional. Cuando ese consenso es débil o meramente aparente, la eficacia del control constitucional puede verse debilitada e incluso amenazada y, aún más, la propia Constitución puede quedar expuesta a reacciones contrarreformistas.

Este ha sido el giro que ha tomado la polémica suscitada por las decisiones de la Corte Constitucional en Colombia. Dos de ellas -la una, sobre la despenalización del consumo de droga; la otra, sobre la exclusión de militares en servicio activo de los tribunales militares- han dado lugar a la presentación y aprobación, en una

primera legislatura, de dos proyectos de acto legislativo tendientes a modificar la Constitución. Además, como reacción a éstas y a otras decisiones, en el marco de la discusión sobre el proyecto de Ley Estatutaria sobre la Administración de Justicia, la Corte Constitucional vio amenazada su integridad e incluso su existencia. Indudablemente, esta lucha por fueros y desafueros ha revelado la profunda distancia que sigue existiendo entre la Constitución jurídica y la Constitución política, entre el mundo de las normas y el de las relaciones de poder. La querella contra la Corte Constitucional se inscribe no sólo en el marco de una tradición de reticencia frente al control judicial de los actos políticos sino también de mantenimiento de la distribución corporativa, de fueros reales y personales, del poder político dentro del Estado. Con este artículo, quiero dar cuenta de ello, mostrando el sentido de los ataques contra la Corte Constitucional y de los actos legislativos en curso. Concluiré estas notas con una breve reflexión sobre el desarraigo del constitucionalismo en la vida política colombiana.

### CORTE A LA CORTE

El control constitucional es una invención histórica que todavía no cuenta con doscientos años. No obstante, ha ganado un importante lugar en las democracias liberales. Ya en el siglo pasado, Tocqueville registró admirado la existencia, en Estados Unidos, de ese control en manos de los jueces. Al preguntarse por el extraordinario poder político que éstos tenían, dijo que la causa de ello era que:

JUAN GABRIEL GÓMEZ  
ALBARELLO,  
abogado, profesor  
del Instituto de  
Estudios Políticos  
y Relaciones  
Internacionales.

COYUNTURA

Los americanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones sobre la Constitución más que sobre las leyes. En otros términos, les han permitido dejar sin aplicar las leyes inconstitucionales. (...) Sé que un derecho semejante ha sido reclamado algunas veces por los tribunales de otros países; pero jamás les ha sido concedido. En América, ha sido reconocido por todos los poderes. No se encuentra un partido, ni siquiera un hombre, que lo discuta<sup>1</sup>.

Tocqueville no sabía de la existencia de un control constitucional distinto creado en los albores de la independencia de Colombia y de Venezuela. Sin embargo, hoy los gobiernos de estas tierras siguen observando la misma repugnancia que tenían los gobiernos europeos del siglo pasado por el poder de los jueces. En efecto, una nota característica de la vida política colombiana es justamente la reticencia a aceptar las decisiones de los tribunales que, en materia constitucional, se apartan de la pauta ético-política del gobierno y de la clase política.

Hace diez años, después de que la Corte Suprema de Justicia declarara la inexequibilidad de la emergencia económica anunciada por el gobierno de Belisario Betancur, el entonces ministro de Gobierno, Jaime Castro, llevó al Congreso la propuesta de crear una Corte Constitucional que fuera más complaciente con las decisiones gubernamentales. Según Castro, la Corte Suprema no reflejaba «ni siquiera mediáticamente, la voluntad política de la nación»<sup>2</sup>. Durante el gobierno de Virgilio Barco, en circunstancias diferentes, el propio Presidente acusó a la Corte Suprema de Justicia de impedirle gobernar por declarar inexequibles muchas de las disposicio-

nes dictadas al amparo del Estado de Sitio. En 1987, Barco señaló públicamente a la Corte por sus fallos «inopportunos, excesivos e injustificados que habían desnaturalizado el Estado de Sitio y maniatado al gobierno para actuar con eficacia»<sup>3</sup>.

Con similar vehemencia, el presidente César Gaviria descalificó la decisión de la Corte Constitucional de despenalizar el consumo de drogas y propuso realizar un referendo para anular los efectos de la decisión de esa corporación<sup>4</sup>. Gaviria no vaciló pues en censurar a la Corte, a pesar de que su gobierno impulsó su creación en la Asamblea Nacional Constituyente. Como lo dijera el presidente de esa corporación judicial en respuesta a las declaraciones de Gaviria, tal censura echaba por tierra la independencia de la Corte Constitucional<sup>5</sup>. Esta tradicional reticencia al control también ha sido pauta de acción del gobierno de Ernesto Samper. Al día siguiente de que se conociera la decisión de la Corte Constitucional que declaró inexequible la norma que autorizaba a los militares en servicio activo para hacer parte de los consejos verbales de guerra, el Ministro de Defensa le dirigió una carta a dicho tribunal en la cual le pidió que reconsiderara su posición puesto que ello ponía en riesgo la estabilidad de las Fuerzas Armadas<sup>6</sup>. La réplica de la Corte, entonces, fue severa. Su presidente declaró a la prensa: «No somos una corte servil ni de bolsillo»<sup>7</sup>. No menos severas fueron las reacciones de la clase política: inmediatamente surgieron voces pidiendo que la abolieran o sugiriendo modificaciones legales que afectaban la integridad del control constitucional.

En efecto, los senadores Roberto Gerlein y Luis Guillermo Giraldo propusieron devolverle

1. Alexis de Tocqueville, *De la democratie en Amérique*. Gallimard, France. Tome I. 1951, p. 101.

2. Fernando Hinestrosa, *Aspectos del control constitucional en Colombia*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 1984, pp. 113-121.

3. Germán Palacio, «Crisis de la justicia y democracia en Colombia» en Medellín, Pedro (compilador). *La reforma del Estado en América Latina*. Fescol, Bogotá. 1989, p. 369. Una acusación similar fue hecha meses después por un periódico capitalino. Cuando la Corte Suprema de Justicia declaró la inexequibilidad de un artículo del Estatuto Antiterrorista que facultaba a la policía judicial para allanar y capturar a los sospechosos de terrorismo, el diario *El Tiempo* dijo que la Corte entorpecía la acción del DAS, la Policía Nacional y las Fuerzas Militares contra los terroristas (cfr. *El Tiempo*, 4 de marzo de 1988).

4. *El Tiempo*, 19 de mayo de 1994.

5. El magistrado Jorge Arango Mejía dijo: «Habrá que establecer hasta dónde las censuras a las motivaciones de la Corte Constitucional, hechas públicamente por el Presidente de la República, respetan la independencia de la Corte, se ajustan al mandato constitucional que establece la colaboración armónica de las ramas del poder público y contribuyen al normal funcionamiento de las instituciones» (cfr. *El Espectador*, 20 de mayo de 1994).

6. *El Tiempo*, 4 de abril de 1995. Posteriormente, el vicepresidente de la república, Humberto De la Calle, propuso al Presidente Samper enviar al Congreso un proyecto de ley que permitiría a miembros de las Fuerzas Armadas seguir siendo juzgados por militares (cfr. *El Tiempo*, 19 de abril de 1995).

7. *El Tiempo*, 16 de abril de 1995.

a la Corte Suprema de Justicia la potestad de control que ésta tenía bajo el imperio de la Constitución anterior<sup>8</sup>. La propuesta fue secundada por algunos medios de comunicación como el diario *El Tiempo*<sup>9</sup>. El Gobierno, por su parte, hizo declaraciones en defensa de la Corte Constitucional<sup>10</sup>, pero la ocasión dio lugar a secundar la propuesta legislativa dirigida a afectar su poder de decisión. El Ministro de Justicia avaló la iniciativa de imponer a la Corte un sistema de votación calificada para evitar decisiones controvertidas<sup>11</sup>. La propuesta tomó forma y fue así como las comisiones primeras de la Cámara de Representantes y del Senado, que discutían conjuntamente el proyecto de Ley Estatutaria de la Justicia, aprobaron un artículo que señalaba que los fallos en los cuales se declarase inexistente una norma no podrían ser aprobados por mayoría simple sino por los dos tercios de los magistrados de la Corte Constitucional<sup>12</sup>. Dada la composición de nueve miembros del alto tribunal, la calificación de la mayoría exigida sólo imponía un voto más para las decisiones sobre inconstitucionalidad. Pero, atendiendo a la orientación ideológica de los magistrados, tal como ella ha quedado registrada en anteriores decisiones, la exigencia de un voto más alteraba el equilibrio entre las tendencias conservadora y progresista que hay en el seno de la propia Corte, en favor de la primera<sup>13</sup>.

Las mismas comisiones de Senado y Cámara aprobaron otras propuestas que desvertebraban el poder de control del tribunal constitucional.

En primer lugar, se aumentaba el número de magistrados de nueve a quince. En segundo lugar, se obligaba a la Corte a revisar las decisiones de tutela en sus sesiones plenarias. En tercer lugar, se obligaba a dicho tribunal a presentar al Congreso informes sobre su actividad al inicio de cada legislatura.

La primera de estas propuestas, impulsada por Alberto Santofimio y Guillermo Angulo, fue rápidamente desechada en el segundo debate, puesto que un aumento del número de magistrados tendría un fuerte impacto presupuestal. Según cálculos del gobierno, éste ascendería a la suma de \$1.066 millones, cifra que incluía la readecuación del Palacio de Justicia, actualmente en construcción<sup>14</sup>. La segunda fue improbadamente con el argumento de que esa medida introduciría un fuerte factor de congestión en la resolución de los asuntos sometidos a la competencia de la Corte. La tercera también corrió la misma suerte, puesto que la mayoría de los congresistas no quisieron correr el riesgo de ser acusados de querer someter a la Corte. Finalmente, la iniciativa de alterar la mayoría requerida para decidir sobre la inexistencia de las normas tampoco fue aprobada. Probablemente, todas estas propuestas se desvanecieron pues resultaron impopulares. En ese momento, importantes sectores de la opinión pública salieron en defensa de la Corte Constitucional. El Congreso no quiso pues afectar uno de los órganos con mayor legitimidad dentro de la opinión pública. Sin embargo, simultáneamente, el propio Congreso, anulaba

8. *El Tiempo*, 5 de abril de 1995.

9. Según *El Tiempo*, la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia «cumplió a lo largo de nuestra historia constitucional una tarea imponente (...) sin que nunca se hubiera convertido en una especie de poder omnímodo al margen de todos los controles. La iniciativa de restablecerle sus fueros mediante una reforma constitucional es oportuna y conveniente». Por supuesto, la propuesta no está separada del restablecimiento pleno de otros fueros como el militar.

10. El Ministro de Justicia, en declaraciones a la prensa defendió a la Corte Constitucional, diciendo que había sido la institución más importante en la defensa de los derechos (cfr. *El Tiempo*, 7 de abril de 1995). El diario *El Espectador*, el mismo día, tituló «Samper acata fallo de Corte sobre fuero».

11. *El Tiempo*, 6 y 28 de abril de 1995.

12. *El Tiempo*, 6 de junio de 1995.

13. A riesgo de ser esquemático, podría caracterizar la tendencia progresista como aquella que, en la interpretación de la Carta Política, privilegia la protección de los derechos humanos sobre los valores de orden y seguridad jurídica, que cuestiona el carácter sacramental del texto legal y favorece la intervención del juez en la realización de la justicia material. La tendencia conservadora correspondería, por el contrario, a una interpretación opuesta del texto constitucional. Cada una de estas tendencias corresponde a un bloque de magistrados. Desde luego, con ello no pretendo decir que hay un enfrentamiento permanente en la Corte Constitucional. Importantes decisiones han sido tomadas por unanimidad. Pero sí hay diferencias significativas en la orientación jurídica y política de los magistrados, tal y como lo revelan las decisiones comentadas sobre despenalización del consumo de droga y de inhabilidad de los militares en servicio activo para integrar tribunales militares. La interacción de tendencias distintas, así como el proceso político de decisión dentro de los tribunales constitucionales ha sido objeto de análisis en otros países (Uno de los trabajos pioneros y más importantes ha sido el de Glendon Schubert, *The political role of the Courts: Judicial Policy-Making*. Scott, Foresman and Co., 1965), y es uno de los vacíos de nuestros estudios políticos.

14. *El Tiempo*, 7 de junio de 1995. Entrevista, julio de 1995, Bogotá.

las decisiones de la Corte Constitucional mediante reformas a la Carta Política. Los intentos de recortar el poder de control de la Corte se detuvieron, pero quizás a cambio de recortar, de contrarreformar, la propia Constitución.

### CORTE A LA CARTA

Hasta 1994, las propuestas de reforma constitucional no tenían audiencia. La Carta Política gozaba de una gran legitimidad. Representaba un pacto político incluyente, una verdadera ruptura en una tradición de Constituciones hechas por partidos vencedores contra vencidos. Grandes sectores de la opinión esperaban que se desarrollara el potencial democratizador contenido en la nueva normatividad. Las élites, por su parte, apostaban a su eficacia simbólica, a su capacidad para desvanecer las pretensiones radicales de reforma en enunciados llenos de promesas y a cerrar el círculo de aislamiento político nacional de las guerrillas. La crisis llegó en el momento en que la Corte Constitucional empezó a hacer cumplir la Constitución. En Colombia, las crisis comienzan, como dijera en una oportunidad Alvaro Tirado Mejía, cuando se reclama el cumplimiento del orden jurídico. En efecto, la Corte Constitucional extrae de los principios y normas constitucionales la fuerza para afectar los privilegios de sectores del poder que parecían intocables en Colombia:

La Iglesia Católica, al tumbar parcialmente el Concordato y la consagración al Sagrado Corazón; los militares; el sector financiero, al proteger el acceso de los trabajadores a la propiedad en los procesos de privatización de la banca; el clientelismo, al defender con vigor la carrera administrativa; los empresarios, al defender los derechos sindicales y salariales de los trabajadores, etc. Y, como es obvio, la Corte también ha limitado los poderes del Ejecutivo

-a quien le anuló una comisión interior- y del Congreso -a quien le ha tumbado varias leyes-. Y en este proceso, la Corte Constitución en mano, ha buscado también proteger a sectores particularmente vulnerables de la sociedad colombiana: indígenas, homosexuales, niños abandonados, sindicalistas, presos, mujeres agredidas por la violencia machista, estudiantes, etc<sup>15</sup>.

Las voces de los enemigos de la Constitución<sup>16</sup>, antes solitarias, empezaron entonces a hacerse oír y acompañaron las reacciones contra los fallos de la Corte Constitucional respecto de la despenalización del consumo de droga y la limitación al fuero militar. Frente a estas decisiones, tomó cuerpo la contrarreforma constitucional. A continuación, analizaré esas iniciativas.

### LA PENALIZACIÓN DEL CONSUMO DE DROGA

Cuando estaba en campaña para presidente de la república, Ernesto Samper se unió al coro de los que pedían una consulta popular para dejar sin efectos la sentencia que despenalizaba el consumo de droga<sup>17</sup>. Una vez elegido, el vicepresidente De la Calle inició las gestiones correspondientes para convocar a un referendo sobre la materia. Sin embargo, meses después, el gobierno abandonó la iniciativa con los siguientes argumentos: «los altos costos del referendo, la necesidad de acatar las determinaciones judiciales y, en particular, las sentencias de la Corte Constitucional y la existencia de un régimen suficiente de sanciones de orden policial y administrativo»<sup>18</sup>. La declaración resultaba pues tranquilizadora y así lo subrayó el presidente de la Corte Constitucional quien dijo que: «la decisión del gobierno nacional merece el reconocimiento de todos los colombianos, porque fortalece el respeto al orden jurídico y la independencia de la rama judicial».

15. Rodrigo Uprimny, «¿Corte a los desafueros militares o corte a la Constitución?», en *Caja de Herramientas*.

16. Uno de los enemigos más caracterizados de la Carta de 1991, Luis Carlos Sáchica, escribió en 1993: «La gran falla de esta Constitución es su extremismo, su exageración, su falta de sentido de la realidad. Quiso ir tan lejos en ciertas materias que, o se hará imposible su cumplimiento o éste generará consecuencias caóticas (...) El humanitarismo populista, la descentralización autonómica, el capitalismo salvaje y la demagogia participativa pueden dar al traste con el poco de civilización política y de gobernabilidad que habíamos alcanzado» (*El Espectador*, 26 de enero de 1993).

17. *El Tiempo*, 9 de mayo de 1994.

18. *El Tiempo*, 1º. de noviembre de 1994. (el resaltado es mío).

Sin embargo, dos días después, el Gobierno presentó a la Cámara de Representantes un proyecto de acto legislativo con el cual se autorizaría nuevamente la penalización del consumo<sup>19</sup>. El proyecto no fue tramitado, por lo cual fue presentado nuevamente por el Gobierno el 29 de marzo de 1995<sup>20</sup>. Con un sentido leguleyo, se propuso una adición al artículo constitucional correspondiente al derecho a la salud y no una modificación al artículo sobre el libre derecho al desarrollo de la personalidad, sobre el cual la Corte fundamentó su decisión<sup>21</sup>. Con ello se quiso evitar la acusación de desconocer el mencionado fallo<sup>22</sup>.

La iniciativa probablemente hace parte de la respuesta del gobierno colombiano a las presiones estadounidenses de endurecimiento de su posición frente al narcotráfico, pero también a presiones internas que rayan en el perfeccionismo ético antiliberal y en la doble moral. En efecto, con el cambio constitucional se pretende hacer jurídicamente obligatorios deberes para consigo mismo, se pretende imponer una sanción penal por afectar la propia salud aunque con ello no se afecten los derechos de otras personas. Cualquier liberal está dispuesto a que se sancione a un adicto que, bajo el efecto de las drogas, comete delitos, pero no a uno que sólo se afecta a sí mismo. La iniciativa también se caracteriza por una doble moral puesto que, al mismo tiempo que se pretende penalizar el consumo, no se emprende una estrategia educativa para la población y de rehabilitación para los adictos; y se tolera la rebaja a los impuestos a los licores y a los cigarrillos con el fin de que aumente su consumo, a pesar de que ello afecta la salud de los colombianos<sup>23</sup>. En medio del pesado clima y las tensiones por la apro-

bación de la certificación a Colombia de su lucha contra el narcotráfico, por parte del Congreso estadounidense, la penalización del consumo de droga recibió la bendición del Congreso y fue incorporada a la Constitución<sup>24</sup>.

## LA RESTAURACIÓN DEL FUERO MILITAR

La Corte Constitucional declaró inexistente la disposición que permitía a los militares en servicio activo integrar los consejos verbales de guerra, con el argumento de que tales funcionarios no reúnen las condiciones de independencia e imparcialidad para impartir justicia, tal y como lo ordena la Constitución<sup>25</sup>. Un numeroso grupo de congresistas reaccionó inmediatamente contra la decisión, presentando un proyecto de acto legislativo que le devolviese a los militares en servicio activo la competencia que les quitó la Corte. El autor de la propuesta fue el senador Germán Vargas Lleras, uno de los rotundos defensores del fuero militar en el debate sobre la ley de desaparición forzada, realizado en octubre de 1994. Su iniciativa recibió el apoyo inmediato de más de 104 parlamentarios. Según Vargas, los militares en servicio activo o en retiro «conocedores de la actividad castrense, estarían en capacidad de calificar objetivamente un delito cometido en relación con el mismo servicio»<sup>26</sup>.

En las comisiones de Senado y Cámara, encargadas de dar primer debate a la iniciativa, se aprobó la propuesta pero con una modificación muy importante: los tribunales militares sólo serían competentes para conocer sobre los delitos «típicamente militares definidos en el Código Penal Militar»<sup>27</sup>. La modificación daba cuenta de

19. *El Tiempo*, 3 de noviembre de 1994.

20. *Gaceta del Congreso* N° 42, p. 2.

21. La adición propuesta dice: «La ley podrá restringir o prohibir el aporte o la conservación para el uso o el consumo de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y establecer sanciones, incluso penales, con el fin de preservar el interés público y proteger la salud de las personas, su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos». También se propuso la aprobación de un artículo transitorio que dispone lo siguiente: «La ley de que trata el inciso final del artículo 49 deberá expedirse dentro del período legislativo siguiente a la aprobación del presente acto legislativo. Si tal cosa no ocurriere, el Gobierno Nacional quedará investido por el término de dos meses, contados a partir de la finalización del período referido, de expresas facultades para tal fin».

22. Entrevista, julio de 1995, Bogotá.

23. Rodrigo Uprimny, «Im-pases de una dosis», en *Caja de Herramientas*, N° 18.

24. *El Tiempo*, 10 de mayo de 1995.

25. Sentencia C-141/95, 29 de marzo de 1995.

26. *El Tiempo*, 4 de mayo de 1995.

27. *Gaceta del Congreso*, N° 121, p. 3.

un viejo anhelo de sectores democráticos de excluir de la competencia de las cortes las violaciones a los derechos humanos y los delitos comunes. Sin embargo, en la plenaria de ambas cámaras, dicha modificación fue improbadamente. Según el ponente de este acto legislativo, Carlos Martínez Simahán, líder político de Sucre, las cortes marciales deben conocer de todos los delitos cometidos por militares en servicio activo puesto que ellos «serían de difícil asimilación por la justicia ordinaria». Según Martínez Simahán, la frase 'delitos típicamente militares' introduciría problemas interpretativos. La ausencia de la restricción propuesta fue criticada por varios congresistas que cuestionaron la solidaridad de cuerpo que prevalece en la justicia penal militar. A ello, el ponente respondió diciendo que era «lanzar una injusta mancha sobre el honor y la dignidad de los militares colombianos»<sup>28</sup>.

La declaración del político costeño contradice abiertamente pronunciamientos previos de la Procuraduría General de la Nación<sup>29</sup>, así como recomendaciones de organismos internacionales de protección de los derechos humanos. En efecto, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como los Relatores Especiales sobre Tortura y sobre Ejecuciones Extrajudiciales de Naciones Unidas han exhortado al gobierno colombiano para que restrija el ámbito de aplicación del fuero militar, pues éste es un factor de impunidad en los casos de violaciones a los derechos humanos<sup>30</sup>. Sin embargo, el gobierno colombiano no intervino en el debate. El Ministerio de Defensa, al que le corresponde asumir la voz

gubernamental en esta discusión, guardó el más completo silencio<sup>31</sup>. El gobierno sabe que el tema del fuero militar será objeto de examen por parte de la comunidad internacional en la próxima sesión de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. No obstante, en este punto, parece haber cedido completamente a las presiones de los militares.

## OTRAS CONTRARREFORMAS

Desafortunadamente, los proyectos de acto legislativo hasta ahora examinados no han sido los únicos aprobados en el Congreso. Los parlamentarios también le han dado vía libre a dos contrarreformas dirigidas a debilitar las restricciones impuestas por la Constitución de 1991 a parlamentarios y diputados. Por iniciativa de José Guerra de la Espriella, y con ponencia de Carlos Facio-Lince, ambos políticos costeños, se aprobó un proyecto de acto legislativo que establece que «en caso de renuncia aceptada, cesarán de inmediato las inhabilidades e incompatibilidades»<sup>32</sup>. El artículo 181 de la Constitución, todavía vigente, señala que las incompatibilidades se mantendrán durante todo el período constitucional respectivo y que, en caso de renuncia, las inhabilidades e incompatibilidades se mantendrán por un año, si el «lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior». El efecto práctico más importante de esta modificación es permitirle a los congresistas desempeñar empleos públicos o privados; gestionar asuntos ante

28. *El Tiempo*, 14 de junio de 1995.

29. Procuraduría General de la Nación. *III Informe sobre Derechos Humanos Colombia 1993-94*. Procuraduría General de la Nación, Bogotá. 1994.

30. En su Segundo Informe sobre la situación de Derechos Humanos en Colombia, la Comisión Interamericana señaló sobre este tema lo siguiente: «Preocupa a la Comisión que en la nueva Constitución se haya mantenido el fuero militar extensivo para los miembros de la policía de Colombia. Los riesgos que implica la existencia de ese fuero de juzgamiento pueden superarse con una adecuada reglamentación normativa que controle cualquier exceso en su utilización. Por ello se recomienda excluir de manera explícita en la reglamentación los actos de tortura, ejecución extrajudicial y desaparición forzada de personas, y establecer que su juzgamiento corresponde a la justicia ordinaria. Ello puede contribuir a superar en parte la impunidad que hasta ahora ha generado el fuero militar en Colombia (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Segundo Informe sobre la situación de Derechos Humanos en Colombia*. Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana, Bogotá. 1994, p 386). Los Relatores Especiales de Naciones Unidas señalaron por su parte que «Los que se inclinan en favor de la jurisdicción militar respecto de las violaciones de los derechos humanos cometidas por miembros de las fuerzas de seguridad han basado su argumento en la interpretación de los actos cometidos en relación con el servicio militar, con arreglo al artículo 221 de la Constitución. Los Relatores Especiales desean expresar su preocupación por el hecho de que la Constitución, entre cuyos principios se incluye el respeto de la dignidad humana y de los derechos humanos, se interprete de modo tal que se siga tolerando una impunidad prácticamente total (Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. E/CN.4/1995/111, 16 de enero de 1995, párrafo 108).

31. Entrevista, julio de 1995, Bogotá.

32. *Gaceta del Congreso* N° 119.

entidades públicas o contratar con personas privadas que manejen fondos públicos, es decir, contratistas del Estado.

El severo régimen de la Constitución de 1991, según la intención de sus creadores, era evitar que los parlamentarios abusaran de su poder para obtener prerrogativas económicas o para influir en las decisiones de entidades públicas<sup>33</sup>. Otro efecto buscado con la medida era concentrar a los congresistas en el debate legislativo, recortando sus aspiraciones a ministerios, departamentos administrativos u otros cargos del Estado de especial importancia, con lo cual, de paso, se esperaba obtener una mayor independencia de los parlamentarios frente al gobierno. Contra todo ello se dirigen ahora los congresistas. De aprobarse esta contrarreforma, se restauraría una dinámica de intercambios políticos y burocráticos que los favorecería directamente. Al mismo tiempo, se ha aprobado otra contrarreforma que le daría a los diputados a las Asambleas Departamentales la calidad de servidores del Estado y les permitiría devengar salarios, y que relaja el régimen de inhabilidades e incompatibilidades al señalar que dicho régimen no podría ser más severo que el establecido para los miembros del Congreso. La propuesta contó con el apoyo de representantes como Camilo Sánchez quien, al finalizar la sesión, fue felicitado por diputados de Cundinamarca presentes en el debate<sup>34</sup>.

No se detienen aquí las iniciativas de cambio constitucional. La «Comisión para el Estudio de la Reforma de los Partidos Políticos», de la cual hizo parte el Ministro de Gobierno, propuso modificar el inciso segundo del artículo 108 de la Carta Política, con el fin de ordenar a los partidos políticos la adopción de un régimen de organización interna de carácter democrático. También avaló la iniciativa de hacer obligatorio el voto. No obstante, dicha comisión desestimó la propuesta presidencial de crear un Congreso

Unicameral<sup>35</sup>. Con ello, la iniciativa presidencial tomará la forma de cambios puntuales y así tratará de cerrar la Caja de Pandora abierta en mayo por Samper, al proponer un Congreso Unicameral.

Sin embargo, vale la pena preguntarse si es conveniente correr el riesgo de que los parlamentarios vuelvan a decir, como lo hicieron los conservadores, «reforma sí, pero total»<sup>36</sup>. Podría argumentarse que la reforma a la Constitución parece ser un hecho y, en este marco, el Gobierno podría negociar la democratización de los partidos a cambio de la reforma al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas. Desde otra perspectiva, podría decirse que es un ejercicio de fetichismo jurídico creer que los partidos se democratizarán porque así lo ordene la Constitución, asumiendo el alto costo de relajar los controles sobre los parlamentarios. En todo caso, el Gobierno debe ser consciente de los grandes peligros que entraña cualquier propuesta de reforma a la Constitución pues es apenas una jugada en una partida que definitivamente no controla. Bien haría en dejar de lado las reformas y en detener las contrarreformas constitucionales. Así podría pasar a la historia como el primer presidente que no se empeñó en cambiar la Constitución sino en hacerla cumplir<sup>37</sup>. Hacerlo tendría además el efecto de revitalizar la idea de la Constitución de 1991 como pacto político, como elemento de una estrategia de paz que no debe quedar limitada a las negociaciones con la insurgencia.

#### **EL DESARRAIGO DEL CONSTITUCIONALISMO EN LA VIDA POLÍTICA COLOMBIANA**

La Constitución ordena que todo proyecto de reforma constitucional debe ser discutido y aprobado en dos períodos ordinarios y conse-

33. *Gaceta Constitucional* N° 51.

34. *El Espectador*, 14 de junio de 1995.

35. Comisión para el estudio de la reforma de los partidos políticos. *Recomendaciones para una reforma política*. Mimeo. Bogotá, julio de 1995, pp. 9-2-25. El senador Juan Guillermo Angel, miembro de la Comisión, votó en contra de la propuesta de voto obligatorio.

36. *El Tiempo*, 11 de mayo de 1995.

37. Desde el gobierno del presidente Alfonso López Michelsen hasta ahora, todos los gobiernos han promovido cambios constitucionales. Recuérdese la creación de la «pequeña Constituyente» durante el gobierno de López, la reforma constitucional de 1979 durante Turbay, la elección popular de alcaldes en el régimen de Belisario Betancur, la fracasada propuesta de plebiscito y luego de reforma en el Congreso de Barco, la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente por parte de Gaviria y las propuestas presentadas por el hoy presidente, Samper.

cutivos (artículo 375). En otras palabras, a la contrarreforma le hace falta una segunda vuelta. Por lo pronto, la crónica de esta coyuntura sirve de espejo de la historia política colombiana. Y es esta historia la que permite entender los avatares de esta lucha de fueros y desafueros. Su nota característica es el desarraigo del constitucionalismo. A continuación, quisiera hacer una reflexión sobre esta cuestión.

La Constitución, como texto normativo fundador y fundamental, es un producto típicamente moderno. Está asociada a la idea de soberanía popular y a la defensa de las libertades de los ciudadanos. La Constitución se nos aparece como la decisión autoconsciente de un pueblo de constituir un orden político mediante un acuerdo, una vez que los fundamentos tradicionales de la legitimidad del poder político han sido disueltos por la crítica de la razón. Se trata de la institución del gobierno limitado por el derecho, sujeto a la ley y ordenado por el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Como dijera Thomas Paine a propósito de las Constituciones de Norteamérica: éstas son a la libertad, lo que la gramática es al lenguaje<sup>38</sup>.

Sin embargo, la sintaxis del constitucionalismo adquirió otro sentido en la pragmática del lenguaje de las tradiciones políticas latinoamericanas. Las élites recurrieron al discurso constitucional como el elemento fundador con el cual sellaron la independencia. Pero se trata de un discurso que ha estado muy lejos de su sentido originario de limitación del poder. En efecto, este producto moderno aparece imbricado con lo que Howard Wiarda ha denominado como un marco corporativo del cambio socio-político<sup>39</sup>. Según este autor, la conquista y la colonia española y portuguesa modelaron históricamente nuestras sociedades como un conjunto rígido de patrones de clase y estratificaciones de casta, jerárqui-

ca y verticalmente segmentados. En el nuevo mundo, las clases y castas estaban estrictamente segregadas y la justicia era dispensada sobre una base sectorial más que igualitaria. Cuando, en este contexto, los hombres hablaban de 'derechos', no se estaban refiriendo a derechos individuales o naturales, en el sentido lockeano, sino a la búsqueda de garantías y al aumento de fueros o privilegios especiales que les eran inherentes por el lugar o el status social del grupo al que pertenecían<sup>40</sup>.

Esta estructura corporativa es el trasfondo de la fragmentación de la escena política, a la que ha aludido Alain Rouquié. Según Rouquié, en América Latina, «detrás del 'escenario público' de la soberanía popular funciona un 'escenario privado' en el que se negocian y conciernen los 'factores reales de poder', los garantes y beneficiarios del 'pacto de dominación' (...) dentro de cada sociedad latinoamericana, de acuerdo con sus estructuras y su historia, existen umbrales variables de intolerancia de los grupos dominantes y cotos reservados dentro de los cuales no se acepta la intromisión del poder público»<sup>41</sup>. La distancia entre la Constitución jurídica, el texto normativo escrito, y la Constitución política, los factores reales de poder, es la consecuencia de esta imbricación histórica entre discursos modernos y estructuras corporativas. Esta superposición de sentidos ha sido explorada por Carlos Mario Perea, quien ha subrayado cómo en Colombia la racionalidad de la modernidad ha sido transmutada en órdenes de significación distintos. La pertenencia a una unidad política se convierte en ciudadanías segmentadas que tienen por referencia el espíritu y la sangre<sup>42</sup>. El discurso constitucional se convierte en una interpelación simbólica que encubre y a la vez sanciona esa disparidad<sup>43</sup>.

Esta mirada histórica puede servir para entender mejor los ataques al control constitucional y

38. Thomas Paine, *Rights of Men*. Everyman's Library, London. 1954, p. 77.

39. Howard Wiarda, «Law and political development in Latin America: toward a framework for analysis», en Howard Wiarda (ed.), *Politics and social change in Latin America*. Westview Press, Boulder. 1992, p. 220.

40. Ibidem, pp. 214-215.

41. Alain. Rouquié, *Extremo Occidente. Introducción a América Latina*. Emecé, Buenos Aires. 1990, p. 99.

42. Carlos Mario Perea, *Porque la sangre es espíritu. Imaginario y discurso político en las élites capitalinas (1942-1949)*. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales Universidad Nacional, Bogotá. 1995, p. 5 (en prensa).

43. Esta es la perspectiva que iluminan los textos de Hernando Valencia Villa, *Cartas de Batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales Universidad Nacional-CEREC, Bogotá. 1987, y Mauricio García, *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas*. Ediciones UniAndes-Facultad de Derecho, Bogotá. 1993.

las permanentes reformas a la Carta Política. La existencia de un órgano de control de origen no democrático que tiene el poder de deshacer decisiones democráticas no ha dejado nunca de ser problemática. Aun en el seno de fuertes tradiciones constitucionales liberales, el ejercicio del poder de los jueces encargados de velar por la integridad de la Constitución ha sido fuente de profundas tensiones y enfrentamientos<sup>44</sup>. En nuestra historia política, esas disputas se han resuelto ya varias veces en una dirección adversa al control constitucional. Los 'factores reales de poder' han mostrado muy poca tolerancia con los jueces que, al amparo de la Constitución y desde el escenario público que ella instituyó, han asediado e invadido su propia esfera. Y esto es lo que está demostrando la actual coyuntura.

Hay una tensión dialéctica entre la Constitución de 1991 y la Constitución política, la estructura corporativa del poder político heredada del Frente Nacional. Esta estructura le otorgaba al poder ejecutivo, con la mediación de los gremios económicos, una gran autonomía en la gestión de la política económica; aseguraba la reproducción de la clase política mediante prácticas clientelistas; y se apoyaba en un modelo autoritario de orden público basado en el Estado de Sitio y en la autonomía de los militares. La nueva Constitución ha sometido la definición del plan de desarrollo a la deliberación democrática; ha limitado la reproducción clientelista de los partidos; y ha definido un nuevo marco más democrático para el manejo del orden público. No obstante, en la Constitución política siguen incrustados fueros y privilegios. Es la puesta en cuestión de estos fueros por parte de la Corte Constitucional, particularmente del fuero militar, la que ha provocado toda esta reacción contra el control constitucional y contra la Carta Política. Al asedio, desde una esfera democrática moderna, la clase política y los militares han contestado sitiando la Corte y la Constitución. En este proceso, el Gobierno expe-

rimenta una gran debilidad para arbitrar esta querella y ha cedido bastante a las presiones de estos factores reales de poder. Sus limitaciones para definir una política diferente frente al narcotráfico, también contribuye a esta puesta en cuestión de la Carta Política de 1991.

Lo que en esta coyuntura está por resolverse es justamente si esta estructura corporativa se mantendrá, aun al precio de abandonar el marco de apertura democrática fundado en 1991, o si los reclamos y alegatos en favor de los fueros de la clase política y de los militares serán los últimos coletazos del Frente Nacional. Por lo pronto, va quedando claro que el país no le puede seguir apostando por más tiempo a una «democratización desde arriba»<sup>45</sup>, a un desarrollo de la Constitución confiado a una progresista Corte Constitucional. El carácter crítico de los episodios aquí descritos está referido a las tensiones de un desarrollo constitucional democrático sin actores democráticos.

El carácter crucial de la reforma política propuesta por la Comisión convocada por el Presidente Samper estriba justamente en ello. La Constitución necesita quien la escriba, no solamente desde los tribunales, sino también desde la esfera de los partidos y movimientos políticos. La reforma política debe encarar el desafío de comenzar a reconciliar lo social y lo político, separados hoy por un hiato, por un abismo. Esta reforma necesita de un fuerte control constitucional que siga cumpliendo su función de resolución de la incertidumbre frente a los conflictos políticos expresados en conflictos de normas. Lo que la reforma política definitivamente no necesita, e incluso debe evitar, es el contrarreformismo constitucional. Los permanentes cambios constitucionales sólo introducen más incertidumbre respecto de cuáles serán las reglas del juego político. De lo contrario, la vida política colombiana seguirá dominada por esta larga querella de fueros y desafueros.

44. El caso más claro es el del conflicto que surgió entre la Corte Suprema de Justicia, por un lado, y el Presidente y el Congreso, por el otro, en los Estados Unidos, a propósito de las medidas de reactivación de la economía durante los años treinta. La política liberal progresista en materia económica de Roosevelt chocó con el conservadurismo de la Corte. En 1937, Roosevelt amenazó con modificar la composición de la Corte después de que ésta anulara las leyes que materializaban el programa del *New Deal*. La Corte cedió entonces al empuje de la política presidencial. Sin embargo, el propio poder de control de la Corte salió fortalecido con la llegada de jueces progresistas. Cfr. Lêda Boechat Rodrigues. *La Suprema Corte y el derecho constitucional norteamericano*. Pormaca, México. 1965, pp. 93.

45. Retomo aquí la pregunta planteada por Eduardo Pizarro en su artículo "Elecciones, partidos y nuevo marco institucional. ¿En qué estamos?", en *Análisis Político*, N° 22.