

ENCUESTA SOBRE EL ALCANCE DEL ARTICULO 121 DE LA CONSTITUCION

(TOMADO DE LA REVISTA "DERECHO")

Con la colaboración de los doctores Miguel Moreno Jaramillo,
Lázaro Tobón, Rafael Botero R., Fernando Isaza y Gerardo Arias
Mejía.

Medellín, octubre 18 de 1955.

Señor Dr.

.....

La Ciudad.

Muy apreciado Dr.:

El país ha vivido ya seis años de estado de sitio, bajo el régimen jurídico del artículo 121 de la Constitución, en relación con cuyo contenido y aplicación se han pronunciado ya diversas entidades y personas. Como se trata, primordialmente, de un problema jurídico, sería por lo menos inexplicable para la posteridad que los juristas no vinculados al Gobierno y a los tribunales de justicia se siguieran absteniendo de participar en una controversia tan trascendental en la historia de Colombia. Por ello me he permitido abrir una encuesta, de carácter eminentemente técnico, acerca de la siguiente cuestión:

"Cuál es su concepto sobre el verdadero alcance del artículo 121 de la Constitución colombiana y sobre su aplicación en los últimos años?"

Esta pregunta va dirigida a seis de los juristas más destacados de Antioquia, y las respuestas serán publicadas en el número 81 de la Revista "Derecho" del Colegio de Abogados, próximo a imprimirse.

Atentamente,

R. Abel Castaño T.
Secretario.

RESPUESTA DEL DOCTOR MIGUEL MORENO JARAMILLO

Medellín, noviembre 8 de 1955.

Señor doctor

R. Abel Castaño,

Secretario del Colegio de Abogados.

Ciudad.

Señor Secretario:

Hasta dónde alcanza el artículo 121 de la codificación constitucional, en lo relativo a facultades del presidente cuando se declara turbado el orden público y en estado de sitio la república?

Mediante esa declaración tiene el presidente, a más de sus facultades legales, las que conforme al derecho de gentes rigen para la guerra entre naciones.

Lo de conservar el presidente sus facultades legales es cosa tan obvia que llega a las lindes de lo ingenuo, pues nadie osaría pensar que la guerra exterior o la conmoción interior pudieran acortar en número o desmejorar en calidad los poderes presidenciales.

Cuanto a las facultades que conforme al derecho de gentes rigen para la guerra internacional, ellas naturalmente se ejercen respetando las prácticas de las naciones cristianas.

Hasta aquí sabemos, y es muy poco saber, que en estado de sitio conserva el presidente sus facultades legales y recibe las que rigen para la guerra internacional conforme a las normas aceptadas por el derecho de gentes, con lo cual nuestra carta, empleando una fórmula general, asimila cualquiera conmoción interior a una lucha armada entre naciones e impone a aquel funcionario el deber de conducir ciñéndose durante las hostilidades a ciertos principios que se aplican con el fin de atemperar la fuerza a los dictámenes de la razón.

En cuanto a la forma, los decretos que dicte el presidente dentro de estos dos límites, facultades y derecho de gentes para la guerra entre naciones, tendrán carácter obligatorio si llevan la firma de todos sus ministros.

Pero estos dos límites no bastan para ver alindada con precisión el área de las facultades extraordinarias.

Dichas facultades van apareciendo más limitadas a medida que se avanza en la lectura del artículo 121.

Tomemos uno de sus párrafos:

"El Gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos. Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio".

Este párrafo coloca al presidente frente a la rama legislativa y le hace una prohibición a tiempo que le otorga una facultad. No puede abolir leyes pero sí puede suspender las que se opongan a su misión de guerrear con el enemigo o de reprimir un levantamiento. Luego el presidente tiene estas otras dos barreras: no derogar leyes y reducirse a suspender las incompatibles con el estado de sitio, o sea, aquellas cuya observancia se oponga a su empresa de luchar en la guerra exterior o de sofocar la rebelión.

Pero no por ser limitadas las facultades extraordinarias puede llegarse a pensar que se reducen a suspender las leyes incompatibles con el estado de sitio, como lo entendería quien se concretara al texto de este solo párrafo del artículo 121, párrafo que en el fondo apenas fija la relación presidente-legislador, o sea, decreto-norma legal. No significa ese párrafo que el jefe del ejecutivo deba ceñirse a suspender leyes incompatibles con el estado de sitio y cruzarse de brazos en todo lo demás. Esa interpretación sería demasiado restringida.

Tomemos otro párrafo del artículo 121:

"El Gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento; y dejarán de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado".

Conforme a este párrafo, hecha la declaración oficial de haberse restablecido el orden público, lo cual debe ocurrir tan pronto como cesen las causas que determinaron el estado de sitio, dejan de regir automáticamente los decretos extraordinarios.

Este carácter esencialmente transitorio de esos decretos, esta vida suya tan efímera, demuestra que no han de versar sobre lo que por su índole sea de larga vigencia sino sobre lo que, de especie por algunos aspectos análoga al *hic et nunc* de los latinos, conduzca a defender la soberanía nacional o a dominar el alzamiento. Aquí brilla una nueva luz sobre el alcance de las facultades extraordinarias: han de ejercerse con mira a una corta duración. Nada de hacer códigos ni de reformar códigos, nada de establecer impuestos permanentes, nada de mudar un sistema o de demoler una estructura, nada, en fin, que por su naturaleza no pueda morir al levantarse el estado de sitio. Las medidas han de ser esencialmente provisorias y esencialmente encaminadas al restablecimiento de la normalidad, pueden durar mientras dure el estado de sitio y se dictan en orden a la restauración del orden. Como deben tener tales dos condiciones, interinidad y finalidad, es natural que caduquen al restablecerse el orden sin que su caducidad lo perturbe de nuevo. En consecuencia, no es jurídico que los decretos autorizados por el artículo 121 den normas de carácter definitivo.

Leamos otros dos pasos del mismo artículo 121:

Serán responsables el presidente y los ministros "por cualquier

abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades concedidas en el presente artículo”.

Restablecido el orden público, el presidente convocará al congreso y “le pasará una exposición motivada de sus providencias”.

Estas normas hacen responsables al presidente y a sus ministros cuando, como enseña la academia al definir el verbo **abusar**, usan “mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente” de las facultades extraordinarias, y exigen la motivación de cuanto se hizo en orden a ganar la guerra o a dominar el movimiento, fines para cuya realización da el constituyente esas facultades.

Veamos un poco de historia constitucional.

En 1863 dispuso la carta, artículo 91, que el derecho de gentes hiciera parte de la legislación nacional y que sus disposiciones rigieran especialmente en los casos de guerra civil.

En 1886 se proyectó reglamentar la materia por medio de un artículo en el cual se decía que, hecha la declaración de estado de sitio, quedaba el presidente investido de las facultades que creyera necesarias para contener la agresión o reprimir el alzamiento, con arreglo al derecho de gentes. Tal artículo no fue aceptado sino substituído con otro que llegó a ser el 121 de la constitución de ese año, artículo en el cual se dijo que esas facultades son las que confieren las leyes, “y en su defecto”, las que da el derecho de gentes para defender los de la nación o reprimir el alzamiento.

En 1910 se dictó el artículo 33 del Acto Legislativo número 3, artículo que en la codificación constitucional es el muy invocado 121. Entre otras modificaciones se introdujo la de que una vez restablecido oficialmente el orden público dejan de regir los decretos extraordinarios. Esto, como ya se ha explicado, precisa mejor su carácter especial y transitorio.

En 1945 dijo el Acto Legislativo, artículo 1º señalado en el código constitucional con el número 214, que ante la Corte Suprema de Justicia puede cualquier ciudadano acusar los decretos dictados en ejercicio del artículo 121 y que a esa alta corporación le corresponde decidir sobre la exequibilidad de los decretos extraordinarios acusados ante ella de inconstitucionales. Este mismo principio figuraba menos detalladamente en la reforma de 1910 y constituye un freno y contrapeso a la acción ejecutiva en estado de sitio.

No es posible creer que el constituyente hubiese querido poner nuestro orden jurídico a merced del jefe del ejecutivo, autorizándolo para que él y sus ministros, a quienes libremente nombra y libremente separa, pudiesen hacer una declaración en virtud de la cual quedase roto ese orden jurídico, desfondada la relación gobernados-gobernantes, sin barreras la órbita ejecutiva y en porciones el estado de derecho cuyo contenido no es arbitrario sino de índole ontológica y axiológica.

Quizás el error de quienes agrandan demasiado las facultades extraordinarias, hasta juzgarlas omnímodas, proceda en parte de que confunden la locución "orden público", cuando denota lo contrario a la revuelta y a la guerra, con la misma locución "orden público", cuando consiste, como dice Hémard, "en el conjunto de reglas establecidas por el legislador en el interés vital de la sociedad".

Talvez de ahí proceda el que algunos incluyan bajo la denominación común de "orden público" no sólo las medidas encaminadas a su restablecimiento, porque lo turbara una insurrección o una guerra internacional, sino cuantas miren al interés de la comunidad, sea cual fuere el ramo a que pertenezcan.

En mi sentir, la potestad de dictar decretos extraordinarios en estado de sitio está limitada:

Por la materia.

Por la finalidad.

Por el tiempo.

Por la forma.

Deseo que estas líneas contribuyan al estudio del alcance de los decretos extraordinarios en estado de sitio, o decretos de carácter legislativo, o decretos-leyes como los llama el "profano vulgar" de que habla Horacio.

Soy de usted muy atento servidor, colega y amigo,

Miguel Moreno Jaramillo

RESPUESTA DEL DOCTOR LAZARO TOBON

ESTADO DE SITIO Y ESTADO DE NECESIDAD

Nuestras opiniones sobre el alcance del artículo 121 de la Codificación Constitucional son muy conocidas porque acerca de él hemos hecho publicaciones varias veces, y siempre hemos temido que involuntariamente hechos concretos que agraden o fastidien a uno, pueden torcer el criterio. Procuraremos prescindir de la realidad y tratar el tema en abstracto o desde un punto de vista puramente especulativo.

La historia de la disposición mencionada es bastante diciente. El artículo que lleva el mismo número en la Constitución de 1886 decía lo siguiente:

"En los casos de guerra exterior, o de conmoción interior, podrá el Presidente, previa audiencia del Consejo de Estado y con la firma de todos los ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella.

Mediante tal declaración quedará el Presidente investido de las facultades que le confieren las leyes, y, en su defecto, de las que le da el derecho de gentes para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento. Las medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional legislativo que, dentro de dichos límites dicte el Presidente, serán obligatorios siempre que lleven la firma de todos los ministros.

El Gobierno declarará restablecido el orden público luego que haya cesado la perturbación o el peligro exterior; y pasará al Congreso una exposición motivada de sus providencias. Serán responsables cualesquiera autoridades por los abusos que hubieren cometido en el ejercicio de facultades extraordinarias”.

El doctor José María Samper, uno de los constituyentes de 1886, dice que lo dispuesto en el artículo mencionado “es lo único sensato, verdaderamente científico, porque se funda en la verdad de las cosas, en las necesidades prácticas de una situación violenta, del todo anormal, en el deber y en el derecho que tiene el gobierno de defenderse y defender a la Nación, y en el legítimo interés de la sociedad de armarse y obrar con energía cuando se siente amenazada por agresiones exteriores o por perturbaciones intestinas”, pero que todo esto sería vituperable “si no estuviese rodeado de requisitos y condiciones propias para garantizar el orden mismo contra la imprudencia o el apasionamiento político del Presidente”.

En el año de 1905 el Presidente de la República declaró turbado el orden público en dos departamentos, Cundinamarca y Santander, suspendió el Congreso y convocó una asamblea con funciones de cuerpo constituyente, con apoyo, entre otros hechos, en que la armonía entre el ejecutivo y el legislativo no pudo establecerse, que la opinión pública condenó la acción perturbadora que en el Congreso frustró los anhelos nacionales y pidió al Jefe del Ejecutivo que conjurara los peligros que amenazaban la existencia de la Nación, y “que no es en la Constitución sino en la suprema ley de la necesidad donde debe buscarse el fundamento de este acto trascendental, porque el organismo político y administrativo del país se ha desvirtuado hasta tal punto por razón de los sucesos extraordinarios cumplidos en los últimos años, que en rigor de verdad puede afirmarse que los hechos han destruido el derecho en parte tan esencial como la renovación misma de los poderes públicos y la integridad nacional”. La verdad de esta afirmación es comparable con documentos públicos, pues basta leer el decreto legislativo número 29, de 1º de febrero de 1905, sobre convocatoria de una asamblea general, para asumir funciones legislativas de cuerpo constituyente.

Después de lo ocurrido entre 1905 y 1909, vino una reacción que trajo como consecuencia la reunión de una Asamblea en 1910

para reformar la Constitución, y una de las disposiciones reformadas fue el citado artículo 121, en los siguientes términos:

"En caso de guerra exterior o de conmoción interior podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que, conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes, rigen para la guerra entre naciones.

Los decretos que dentro de estos límites dicte el Presidente tendrán carácter obligatorio, siempre que lleven la firma de todos los ministros.

El Gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos. Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio.

El Gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento; y dejarán de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado.

Serán responsables el Presidente y los ministros cuando declaren turbado el orden público sin haber ocurrido el caso de guerra exterior o de conmoción interior; y lo serán también, lo mismo que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades concedidas en el presente artículo.

Restablecido el orden público, el Gobierno convocará el Congreso y le pasará una exposición motivada de sus providencias.

En el caso de guerra exterior, el Gobierno convocará el Congreso en el decreto en que declare turbado el orden público y en estado de sitio la República, para que se reúna dentro de los sesenta días siguientes, y si no lo convocare, podrá el Congreso reunirse por derecho propio".

La sala confrontación de las dos disposiciones insertadas es suficiente para darse cuenta de que tienen una diferencia sustancial. No se contentó el constituyente de 1910 con expresar las facultades taxativamente conferidas al gobierno, sino que ante el temor del precedente, declaró explícitamente algunas limitaciones como la de no poder derogar las leyes, y, por otra parte, estableció como norma general la responsabilidad del Presidente. Los antecedentes expuestos no dejan traslucir el propósito del constituyente de permitir la sustitución de una ley por un decreto.

La disposición constitucional establece un régimen extraordinario, de excepción, anómalo, y por eso su interpretación tiene que ser restrictiva, nunca extensiva. La restricción está en el objetivo buscado, reprimir el alzamiento, pero nunca se puede ir hasta suprimir las causas de descontento cuando están en las leyes, con criterio demasiado amplio. En el derecho constitucional se hace una distinción entre estado de sitio, que tiene por objeto disminuir las

libertades individuales, de prensa, de reunión, de asociación, de poseer armas, etc., y aumentar las atribuciones de la autoridad militar haciendo pasar a ella atribuciones de la autoridad administrativa, o la competencia de los tribunales represivos ordinarios a los consejos de guerra, situación considerada como extremadamente grave, y el estado de necesidad, que proclama, como en 1905, la salud del pueblo como ley suprema, considerada también por los constitucionalistas como el estado de hecho y el gobierno de hecho. La reforma de 1910 es una condenación o un rechazo del estado de necesidad.

Refiriéndose a la rigidez de las constituciones con la cual se busca una relativa inmutabilidad jurídica, y cierta superioridad de las leyes constitucionales que entraña la nulidad de las leyes ordinarias que le sean contrarias, advierten los comentadores que hay un modo de abrogar las constituciones por un procedimiento que ellas no tienen establecido, la revolución, y por eso hay que tener cuidado de no extralimitar las atribuciones de las autoridades administrativas y militares, para no incurrir en el régimen de estado de necesidad. Por este motivo consideramos que es una teoría peligrosa la de que para reprimir los alzamientos pueden ir los funcionarios administrativos hasta hacer una reorganización completa de un país y una modificación absoluta de las instituciones, porque así se incurre en el peligro del triunfo revolucionario. Si suponemos, por ejemplo, que la opinión pública no ha podido obtener por medio de sus representantes una medida favorable al capital o al trabajo y se levanta en armas, para suprimir la rebelión, no puede autorizar el estado de sitio que se decreta lo que no han querido esos representantes. Si un pueblo no acepta un presidente y se levanta en armas, no parece razonable quitar ese Presidente para reprimir el alzamiento.

En Colombia existe una situación actualmente que juzgarán muy bien las generaciones del futuro, la historia, como nosotros estamos juzgando la disposición de la Constitución de 1886 sobre la materia a que nos referimos.

Son antecedentes de alguna importancia la disposición del artículo 40 del acto legislativo número 3, que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplican de preferencia las disposiciones constitucionales, y la del artículo 53 del acto legislativo número 1º de 1945, que dice que a la Corte Suprema de Justicia toca decidir sobre la exequibilidad de las leyes y decretos dictados por el gobierno en ejercicio de las atribuciones del artículo 121 de la Constitución Nacional, lo que precisa más el alcance de este último. Si la necesidad no reconoce leyes, dice Carré de Malberg, no se puede llegar hasta pretender que la necesidad tiene valor de ley y constituye una fuente de derecho legal.

Como dijimos al empezar, no nos referiremos a los hechos que hoy ocurren en Colombia, para definir si están de acuerdo

con los principios expuestos, porque nuestras opiniones podrían interpretarse como torcidas por un interés político.

Como el artículo 121 de la Codificación dice que los decretos de carácter extraordinario que se hayan dictado dejan de regir cuando se declare que ha sido restablecido el orden público, se presenta un problema planteado ya por los constitucionalistas y que se resolverá, a falta de ley, con el criterio prevaleciente en las personas que componen la Corte Suprema de Justicia. Los decretos legislativos que exceden las facultades son lógicamente nulos, la ratificación no puede sanear la nulidad, y sus disposiciones deben ser expedidas por el Congreso si ellas se acomodan a las atribuciones de esta corporación. Sobre esto es muy interesante lo que dice el citado Carré de Malberg:

"La institución de la ratificación que se ha pretendido introducir en esta materia para sanear y salvar una situación irregular, no sana ni salva nada, y lejos de ocultar los vicios del decreto hecho sin poderes, no hace sino subrayar la inconstitucionalidad del mismo. La palabra ratificación sólo puede aquí engañar o tranquilizar a quienes no tienen de la Constitución francesa sino nociones confusas o erróneas. Es un eufemismo cuyo empleo no se justifica verdaderamente sino por un motivo de consideración y de miramiento con respecto al gobierno, el cual después de todo, no ha hecho sino cumplir con un deber nacional al tomar sobre sí la responsabilidad de proveer, mediante medidas apropiadas, a necesidades urgentes de la defensa del país".

El profesor León Duguit expresa un concepto igual:

"Rigurosamente hablando, no es menester decir que esos decretos estaban afectados de nulidad y que han sido ratificados por el parlamento y la ha saneado retroactivamente. El parlamento no puede disponer que un acto, nulo de acuerdo con la ley constitucional o aún la ley ordinaria de conformidad con la cual se ha hecho, se haga válido".

Sin embargo, cuando una situación concreta no ha sido tenida en cuenta por la ley, para definir los problemas se apela a interpretaciones que varían de acuerdo con el criterio de las personas que las hacen, y eso les da un carácter incierto, como lo demuestra el hecho de que en la misma legislación contemplada por tratadistas que hemos citado se haya encontrado un argumento para salir de la dificultad y dar efecto retroactivo a la medida ratificada. "Dictado fuera de toda ley, dicho decreto se encuentra originariamente afectado por un vicio irremediable y la misma Constitución se opone a que la ley que viene a sustituirlo le confiera la validez de la cual carece, por medio de una habilitación retroactuante", dice Carré de Malberg. "Pero al menos, continúa, el legislador es más dueño de apropiarse las disposiciones reglamentarias contenidas en el decreto de referencia, tiene facultad para apropiarse esas disposiciones en virtud de su propia potestad le-

gisladora y a título de prescripciones legislativas, pudiendo así, sin tropezar ahora con ningún obstáculo constitucional, especificar que esas prescripciones emitidas por él mismo, se dictan con objeto de tener valor retroactivo a partir de una fecha señalada en el pasado; por ejemplo, puede hacer retroceder su vigencia hasta la fecha de publicación del decreto que las había introducido en forma irregular".

Hemos hecho las inserciones precedentes únicamente para mostrar uno de los muchos problemas que pueden provocar medidas legislativas dictadas por la rama ejecutiva, cuando exceden los límites constitucionales. Para sostener la teoría expuesta, se ha alegado que cuando el principio de no retroactividad no es disposición constitucional sino legal, que ésta puede ser derogada como cualquiera otra ley, tesis muy peligrosa desde el punto de vista del derecho democrático.

Como las facultades resultantes para la rama ejecutiva del régimen de estado de sitio son muy limitadas, insuficientes para resolver los complejos y numerosos problemas que resultan en la economía por razón de guerras internacionales y de rebeliones internas, y ese fue el caso de las naciones democráticas europeas durante las dos guerras, se ha acudido a un procedimiento de los llamados decretos legislativos, vigente en nuestra Constitución de 1886 y no modificado, que consiste en que el parlamento da facultades extraordinarias al Jefe del Estado para objetos concretos. Este procedimiento refuerza nuestra convicción sobre las facultades que ese funcionario tiene en estado de sitio.

Lázaro Tobón

RESPUESTA DEL DOCTOR RAFAEL BOTERO R.

Medellín, octubre 31 de 1955.

Señor doctor
Ramón Abel Castaño.
Medellín.

Con sello de la Revista del Colegio de Abogados de Medellín, he recibido su atenta invitación a dar un concepto acerca de la siguiente cuestión:

"Cuál es su concepto sobre el verdadero alcance del artículo 121 de la Constitución Colombiana y sobre su aplicación en los últimos años?".

Sucintamente doy ese concepto como sigue:

La Constitución expedida en 1886, varias veces reformada, traía el artículo 121 con el texto siguiente: "En los casos de gue-

rra exterior o de conmoción interior, podrá el Presidente, previa audiencia del Consejo de Estado y con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella.

Mediante tal declaración quedará el Presidente investido de las facultades que le confieren las leyes, y, en su defecto de las que da el Derecho de gentes para defender los derechos de la nación o reprimir el alzamiento. Las medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional legislativo, que dentro de dichos límites dicte el Presidente, serán obligatorios siempre que lleven la firma de todos los Ministros.

El Gobierno declarará restablecido el orden público luego que haya cesado la perturbación o el peligro exterior; y pasará al Congreso una exposición motivada de sus providencias. Serán responsables cualesquiera autoridades por los abusos que hubieren cometido en el ejercicio de facultades extraordinarias".

En virtud del Acto Reformatorio de la Constitución número 3 de 1910, el texto del citado artículo quedó así: "En caso de guerra exterior o de conmoción interior podrá el Presidente con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que, conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre naciones.

Los decretos que dentro de estos límites dicte el Presidente tendrán carácter obligatorio, siempre que lleven la firma de todos los Ministros.

El gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos. Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio.

El Gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento; y dejarán de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado.

Serán responsables el Presidente y los Ministros cuando declaren turbado el orden público sin haber ocurrido el caso de guerra exterior o de conmoción interior; y lo serán también, lo mismo que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades concedidas en el presente artículo.

Restablecido el orden público, el Gobierno convocará al Congreso y le pasará una exposición motivada de sus providencias.

En el caso de guerra exterior, el Gobierno convocará al Congreso en el decreto en que declare turbado el orden público y en estado de sitio la República para que se reúna dentro de los sesenta días siguientes, y si no lo convocare, podrá el Congreso reu-

nirse por derecho propio. (Art. 33 de Acto Legislativo número 3 de 1910)".

No hay duda de que las disposiciones del artículo en referencia son de excepción dentro del régimen regular de la Constitución Nacional. Excepción exigida por circunstancias extraordinarias, de una gravedad culminante, para la defensa de la Nación contra ataques externos o internos.

Tan grave excepción dentro de un régimen de Constitución escrita como el de Colombia, ha llevado a hombres de Estado tan patriotas como el doctor José Vicente Concha, a manifestarse adversos, como se ve en este pasaje de sus **Apuntamientos de Derecho Constitucional**.

"La teoría de que se ha de conceder al Poder ejecutivo facultad de asumir en determinadas circunstancias de conmoción o turbación del orden público o de guerra con el extranjero, funciones legislativas, es fuente de graves abusos y pone en la Constitución misma el germen de su desconocimiento. La confusión de los diferentes poderes públicos en unas solas manos, aunque transitoria, conduce al despotismo. El Gobierno que por un momento pisa esa senda, avanza luégo en ella casi fatalmente, no se detiene ya, y es absurdo que una Constitución contenga entre sus cánones lo que ha de servir para desconocerla y suspender su imperio. Si por ese camino se pretende constituir un Gobierno fuerte, que reprima el desorden y tenga medios de mantener las garantías sociales, sobre todo en nacionalidades nuevas, afligidas por el flagelo de la guerra civil, no se debe olvidar que en esos mismos países las más de las veces son los gobernantes los autores de las rebeliones, los que desconocen el régimen legal para sustituirlo con su voluntad asumiendo una dictadura *sui generis* que, a diferencia de las de los tiempos de Roma, no surge para defender los derechos de la Nación y salvar su soberanía, sino para proteger y amparar mezquinas ambiciones. Es de simple buen sentido que si la ley fundamental de un pueblo debe contener cuanto es necesario para conservar el orden contra posibles conmociones populares, no ha de dejar inerte y maniatada a la Nación para defenderse de quienes lleguen a desconocer esa misma ley".

Por mi parte, siempre he sido del parecer de quienes estiman que las naciones deben tener Constituciones escritas, precisas y completas y que en la observancia fiel de sus preceptos está la salvaguardia del derecho individual y del colectivo.

Pero precisamente con el argumento del buen sentido con que termina el párrafo transcrito del doctor Concha, conceptúo que conviene que la Constitución contenga previsiones como las del artículo 121 de la nuestra, pues de lo contrario, libres los elementos atacantes o perturbadores y atados los encargados de la defensa y el orden como si no existiera un estado anormal, llevarían la ventaja aquéllos y la defensa del territorio y del orden y

aún la misma subsistencia nacional, se harían difíciles y hasta imposibles.

La conclusión que fluye de lo expuesto, es que nunca debe olvidarse que la Constitución debe mantenerse intacta, para que cumpla su función de suprema garantía, y que los medios o expedientes extraordinarios que ella misma proporciona, tienen que ser usados con la máxima lealtad al propósito que los anima.

Respecto al artículo 121, bien se comprende por la historia de su establecimiento y el cuidado que se ha puesto en repesar su texto, que su alcance no puede ser el de crear un régimen legislativo distinto del constitucional y de larga o indefinida permanencia.

Eso quiso decir el constituyente en 1910, entiendo yo, cuando dispuso que el Gobierno no puede derogar las leyes por los decretos extraordinarios de que el artículo trata y que sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio.

Si al artículo le falta algo en ese sentido en cuanto a limitar también las medidas extraordinarias, lo que en rigor no le falta pues hace responsables a los miembros del Gobierno por cualquier abuso que hubieran cometido en el ejercicio de las facultades extraordinarias, el buen sentido jurídico debería completarlo, porque el espíritu es el que vivifica las instituciones, como todo.

Infortunadamente del artículo en consulta han usado nuestros gobernantes en forma que no puede aceptarse, so pena de acabar con la Constitución, o cuando menos, de conducir a situaciones casi insolubles, por el estado caótico que la extralegislación introduce en el derecho positivo normal.

Yo agradezco que se me haya dado la oportunidad de emitir mi opinión acerca de este trascendental punto, pues aunque ella valga poco, cumplo un deber que como miembro del Colegio de Abogados dejé de cumplir hace varios años, al no emitirla en otra ocasión en que nuestra Institución recibió fuerte reprimenda, injusta a mi entender, por conducto de un señor Secretario de la Presidencia de entonces, a causa de una respetuosa insinuación tendiente al debido uso de las disposiciones comentadas.

Estimo que la intervención de los Abogados, hecha con miras altas en pro del régimen de derecho, está ampliamente justificada; es más, constituye un deber, deber que sabrán cumplir, como ya lo han hecho otros, mucho mejor que su,

Atento servidor y amigo,

Rafael Botero

RESPUESTA DEL DOCTOR FERNANDO ISAZA

Por la naturaleza del Colegio de Abogados de Medellín, por la calidad de su revista y por la índole del tema sometido a mi estudio, el concepto que yo dé tiene que ser estrictamente jurídico y tratará de serlo. Sin embargo, séame permitida una breve advertencia:

Contra lo que necesito siempre y lo que acostumbro todos los días, voy a reforzar mi opinión con la autoridad. No abriré textos de autores ni buscaré sentencias de los tribunales. La única cita legal será el texto mismo sobre que versa el tema: el artículo 121 de la Constitución. Emplearé, además un lenguaje sencillo, llano, que huya, hasta donde sea posible, de la terminología legal. Por otra parte, no estudiaré todo el contenido de la norma constitucional, sino que me concretaré a dos de las limitaciones que tiene la facultad otorgada en ella.

Esta advertencia tiene su explicación: los abogados podemos entender con más o menos precisión, con más o menos exactitud, los preceptos de la Constitución. Si nosotros mismos los violamos, o contribuimos en cualquier forma a su infracción, o si la consentimos aunque sea no más con el silencio, el pecado es nuestro, lo cometemos a sabiendas y algún día, de alguna manera, tendremos que arrepentirnos. En cambio, la masa común de los ciudadanos, no obligada a conocer las leyes, es por lo menos inocente. Pero tratándose de una materia que afecta en grado tan alto el orden legal del país, creo que no es impropio del Colegio de Abogados de Medellín y de su revista un estudio que, sin dejar de ser jurídico, sea sencillo, elemental y llegue fácilmente a la inteligencia del hombre de la calle, para tratar de infundirle el respeto a la ley de las leyes y para enseñarle a reaccionar contra todo acto que la maltrate. Así puede formarse una conciencia jurídica nacional, que es el único freno efectivo contra el desorden y contra la arbitrariedad.

El artículo 121 de la Constitución dice:

"121.—En caso de guerra exterior o de conmoción interior podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre naciones.

Los decretos que dentro de estos límites dicte el Presidente tendrán carácter obligatorio, siempre que lleven la firma de todos los Ministros.

El Gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos. Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio.

El gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento; y dejarán de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado.

Serán responsables el Presidente y los Ministros cuando declaren turbado el orden público sin haber ocurrido el caso de guerra exterior o de conmoción interior; y lo serán también, lo mismo que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades concedidas en el presente artículo.

Restablecido el orden público, el Gobierno convocará el Congreso y le pasará una exposición motivada de sus providencias.

En el caso de guerra exterior el Gobierno convocará el Congreso en el decreto en que declare turbado el orden público y en estado de sitio la República, para que se reúna dentro de los sesenta días siguientes, y si no lo convocare, podrá el Congreso reunirse por derecho propio".

Como dije al principio, mi concepto versará sobre dos de las limitaciones que contiene la facultad conferida al Presidente de la República. Esas limitaciones son el tiempo y el fin. Voy a considerarlas separadamente y a citar ejemplos para comprobar las tesis.

Cuando hablo del tiempo como límite quiero decir que los decretos que expide el órgano ejecutivo en ejercicio de aquella facultad deben tener duración temporal. Es claro que toda norma legal, inclusive la norma constitucional, puede ser derogada o modificada y de hecho lo es con alguna frecuencia. En este sentido es temporal. Es obvio también que los decretos del Presidente, expedidos en uso de la facultad, son de efectos limitados por su duración, puesto que caen automáticamente al levantarse el estado de sitio. Pero cuando se expide un decreto con duración determinada, corta o larga, se infringe la regla constitucional, porque entonces el decreto fija también de antemano la duración del estado de sitio, lo que pugna con la norma, que obliga al Presidente a restablecer el orden tan pronto como desaparezcan las causas que impusieron su turbación.

Y cómo se sabe si el acto que expide el órgano ejecutivo tiene una duración determinada y preestablecida? Se sabe porque unas veces lo dice el acto mismo, o porque otras puede deducirse inequívocamente de su contenido y de su alcance. Para aclarar este punto, y en general el presente concepto, me valdré de dos ejemplos sobre materias que han sido objeto de decretos dictados por el Presidente de la República desde que se declaró turbado el orden público a fines de 1949: los impuestos y el código de minas.

Estimo que el órgano ejecutivo, en ejercicio de la facultad que estoy estudiando, puede crear o aumentar impuestos, siempre que,

entre otras, cumpla la restricción de la temporalidad. Los decretos que expidió en 1953, sobre creación de nuevos impuestos y sobre reformas al régimen impositivo, no cumplen esa condición y por lo tanto quebrantan la norma constitucional. Digo que no la cumplen porque fueron dictados a manera de regla estable, permanente, para que los tributos sean recaudados e incorporados en el presupuesto nacional año por año, sin consideración a la duración del estado de sitio.

Por contraste que aclara e ilumina muy bien este punto, cito el decreto número 1877 de 1953, que estableció un impuesto extraordinario denominado "Cuota de rehabilitación y fomento". Véase cómo reza, en lo pertinente, el artículo 1º:

"Art. 1º.—Establécese, **por una sola vez**, el impuesto extraordinario", etc.

Por una sola vez. Esto es constitucional porque cumple, entre otros, el requisito a que vengo aludiendo. Bien distintos son los decretos sobre la reforma tributaria de 1953, que crearon y aumentaron impuestos no por una sola vez sino para siempre.

En materia de códigos, la regla es que el órgano ejecutivo no puede sustituirlos por decreto, aunque sea bajo la apariencia de una suspensión, porque un código es por esencia, por naturaleza y por contenido, una ley de efectos permanentes.

Por decreto número 1779 de 1954, el Presidente de la República dictó un código de minas. Así lo dice: "Por el cual se expide el código de minas". El acto está en abierta pugna con la Constitución, porque fue dictado a manera de norma estable, permanente, sin tomar en cuenta la condición transitoria del estado de sitio.

En cuanto al otro límite, que es el fin, el propósito del acto que se expide, es menos fácil de precisar, pero no menos cierto. La facultad del artículo 121 fue dada, como toda facultad, para conseguir un fin: restablecer el orden. Si el acto del Presidente busca ese fin, es constitucional. Si no, es inconstitucional.

Admito de buen grado que es el propio órgano ejecutivo el que mejor puede apreciar si el acto tiende al fin. Pero pregunto: es omnímodo, no tiene barreras? La respuesta tiene que ser negativa. Si no lo fuera, el Presidente de la República podría, por ejemplo, aniquilar otro u otros órganos del poder, o decidir por decreto que Colombia sea una monarquía, o que la República se mude su vestido unitario por otro federal. Tenemos, pues, que concluir que el órgano ejecutivo no es soberano en la apreciación del fin, del propósito que persigue con el acto que expide.

A mi juicio, el artículo 121 da un norte, indica un camino para descubrir si el acto del Presidente de la República conduce al fin para el cual fue dado el poder. No pretendo extraer de ese precepto una norma única, precisa y completa. He dicho un norte, un camino, y creo que con estas palabras queda fijada la ór-

bita de mi pensamiento. Según el precepto constitucional, el Presidente no puede derogar las leyes, sino suspender las que sean incompatibles con el estado de sitio. Aquí ya pisamos un terreno más firme. Así el problema, aunque siempre difícil, se reduce a saber cuáles son, en un momento dado, las leyes incompatibles con el estado de sitio.

Y cuáles son esas leyes? No es posible indicárlas una a una y es arduo proclamar una regla completa que las incluya todas. Acabo de decir "en un momento dado", con lo cual trato de significar que es indispensable tener en cuenta las circunstancias peculiares del lugar, tiempo, modo, etc. Es fácil entender que no es lo mismo la guerra exterior que la conmoción interna, el estado de sitio en todo el país o sólo en una parte de él. Limitándome a la conmoción interna, diré que es necesario investigar cuáles fueron las causas que perturbaron el orden, hacer el diagnóstico para prescribir el tratamiento apropiado. La empresa es difícil pero no imposible. En algunos casos el origen del desorden puede estar en una ley. A manera de ejemplos diré: si el origen es político, digamos por una mala ley de elecciones que haya provocado el alzamiento del pueblo, habrá que suspender esa ley y reemplazarla, *pro tempore*, por un decreto del Presidente que ataque el mal en su raíz y al propio tiempo contenga el remedio para volver al equilibrio roto. Si el origen es económico, supongamos por una ley que haya socavado las bases de la economía general y haya provocado la conmoción, tal ley debe ser suspendida y en su lugar debe regir temporalmente un decreto que conjuntamente elimine la causa y suministre el tratamiento, hasta regresar al orden quebrantado.

Pero en la mayor parte de los casos la perturbación tendrá no una causa sino un conjunto de causas difíciles de descubrir, o no se deberá específicamente a una o varias leyes que hayan precipitado la tormenta. En estos casos, que son los más frecuentes, es muy arduo hacer el diagnóstico y entregar la medicina. Pero aún en ellos, el norte, el camino de que he hablado contribuirán a resolver el problema, si les aplicamos la doctrina constitucional de que el Presidente no puede derogar las leyes, sino suspender las que se opongan al estado de sitio. Muchas veces no habrá leyes que suspender, porque no existen, o porque no son responsables de la conmoción, o porque no impiden la acción para combatir el desorden y volver a la vida jurídica normal. En esos casos, la obra del Presidente será supletoria, es decir, encaminada a llenar vacíos y satisfacer necesidades no previstas, pero nó para todo y porque sí, sino para atacar el desorden y porque la acción tiende al objeto de volver al orden.

Y ahora pregunto de nuevo: Cuáles son las leyes incompatibles con el estado de sitio? Advirtiendo siempre que no pretendo dar una regla, contestaré diciendo que esas leyes son las que ori-

ginaron el desorden, o que aunque no lo hayan engendrado, contribuyan a alimentarlo en cualquier forma y en cualquier grado, o que de alguna manera impidan, estorben o embaracen la acción para combatirlo y extirparlo. Y si no hay leyes para suspender, el Presidente puede suplirlas mediante decretos que conduzcan al mismo fin. Ya puede verse que aplico un entendimiento generoso y largo para estudiar el problema. Y podrá verse también que serán pocas las leyes que habrá necesidad de suspender, pues no es sensato suponer que había un orden jurídico anterior en que todas o la mayor parte de ellas conducían o contribuían al caos y al desorden. Entonces no habría habido propiamente desorden, sino ausencia de un estado con organización y gobierno, o apenas un embrión de estado y un remedo de gobierno. Estos principios deberían ser un correctivo para los gobernantes, que han visto casi siempre en el estado de sitio un pretexto para imponer su voluntad y muchas veces para minar las bases mismas de la organización de la República, para atentar a los derechos de los ciudadanos y para convertir un remedio extraordinario, temporal y limitado, en un sistema ordinario, permanente y absoluto, con lo cual implantan definitivamente el desorden en lugar de atacarlo.

Para desarrollar y aplicar estas ideas, observo que indudablemente las complejidades y las complicaciones del mundo moderno, especialmente en sus manifestaciones económicas y sociales, imponen la adopción de una mente liberal y elástica para entender lo que es el orden público. De allí ha surgido la llamada teoría del orden público económico. La locución me parece viciosa, porque da a entender que hay varios órdenes públicos. El orden es uno, indivisible. Lo que ocurre es que hay varios hechos, varios factores que lo integran y lo configuran. Uno de ellos es el hecho, el factor económico. Anteriormente la noción de orden público era más sencilla, más elemental, y se reducía casi al concepto militar o polici-vo. Ahora hay, no propiamente hechos nuevos, fenómenos nuevos, sino su mayor auge, su más creciente influencia, que deben ser considerados al definir la noción de orden público.

Pero aún admitiendo, y yo la admito, la necesidad de ampliar, de extender el criterio, digo que la facultad del artículo 121 está limitada por el fin, por el propósito, y que si su ejercicio traspasa esa valla, el resultado es una extralimitación de poderes, un quebrantamiento de la norma constitucional.

Volvamos a los impuestos y al código de minas para aclarar estas ideas. Empecemos otra vez con los impuestos y más precisamente con la reforma tributaria de 1953.

Recordemos, ante todo, los discursos, las exposiciones de motivos, los documentos publicados por el órgano ejecutivo para tratar de justificar aquella reforma. En vano buscaremos la más leve alusión al orden público y al propósito de restaurarlo. Nada de eso: uno de los propósitos fue corregir supuestos errores del siste-

ma impositivo para hacerlo más técnico y más justo. Obsérvese bien: no se trataba de suspender leyes que fueran incompatibles con el estado de sitio. Lo que se quería hacer y se hizo fue enmendar las leyes **solamente por y para enmendarlas** y no porque fueran incompatibles con ese estado. Así tenemos un hecho que permite sacar una conclusión: los decretos sobre reforma tributaria son inconstitucionales porque traspasan una barrera, un límite que el constituyente fijó para el ejercicio de la facultad conferida en el artículo 121.

Consideramos, en segundo lugar, que esos decretos introdujeron enmiendas que por su forma, su naturaleza, su alcance y su contenido persiguen un solo objeto: aumentar los ingresos fiscales sin consideración al orden público y al deber de restablecerlo. Si el fin, el propósito no fue aumentar los impuestos para buscar por este medio el retorno al orden, **sino para proveer una fuente adicional y permanente de recursos fiscales**, es fácil deducir la violación del artículo 121.

Y aquí vuelvo al contraste con el decreto 1877, sobre cuota de rehabilitación y fomento. Como su mismo nombre lo indica y como puede leerse en la respectiva exposición de motivos, el impuesto creado por ese decreto tenía un fin específico y único: procurar el restablecimiento del orden. No puede decirse lo mismo sobre los decretos de la reforma tributaria de 1953.

El ejemplo del código de minas es todavía más convincente. Admito sin esfuerzo que el Presidente de la República, con el ojo puesto en el orden público y en el deber de restaurarlo, puede dictar normas económicas o fiscales que estimulen la industria extractiva o cualquier otra industria. Si hay una ley que se oponga a ello, el Presidente puede suspenderla. Porque expedir actos que den ocupación a brazos ociosos, que fomenten la creación de riqueza, que provean al bienestar de un gremio y directa o indirectamente al bienestar general, es o puede ser un medio de recuperar el orden, la normalidad.

Pero reemplazar todo el código de minas, todos sus capítulos sobre aviso, denuncia, posesión y adjudicación de las mismas; sobre las prelación de derechos; sobre propiedad y posesión, etc., es infringir la norma constitucional, porque entonces el Presidente de la República obviamente se aparta del fin, del objeto indicado como límite en la Carta. Aun aplicado al criterio más general y más comprensivo, es imposible ver la incompatibilidad de todo el código con el estado de sitio, o dicho en otras palabras: es imposible ver cómo la sustitución total de ese código con otro puede contribuir al restablecimiento del orden.

Lo que he tratado de explicar con los ejemplos de los impuestos y del código de minas es aplicable a cualquier otra materia sobre la cual recaiga el ejercicio de la facultad del artículo 121. Si el acto del órgano ejecutivo no es temporal o no tiene por ob-

jeto único el restablecimiento del orden, ese acto es inconstitucional, inexecutable.

Como dije al principio, me he concretado a estudiar dos de las restricciones impuestas al uso de la referida facultad. Lo he hecho, según anuncié, en forma elemental y sencilla, nó para abogados, ni siquiera para estudiantes de derecho, sino para el hombre común colombiano, para contribuir a que adquiriera una conciencia jurídica y defienda su Constitución, es decir, el orden y la libertad.

Creo que ello nó sólo es propio de un colegio de abogados y de una revista de derecho, sino deber imperativo de ambos, sobre todo cuando está en peligro un orden jurídico que no es únicamente de abogados y para abogados, pero de la comunidad y para toda la comunidad.

Fernando Isaza
