

e) Deben irse confeccionando ficheros, temáticos, del más alto nivel en diversos países, para luego "vaciarlos" en los instrumentos y técnica de la computación.

f) No habrá desarrollo de lo jurídico-social, ni otras formas del desarrollo por efecto multiplicativo, si no se adoptan los métodos de información y comunicación, señalados, que comprende fichero temático-científico y seguidamente computación, esta última a cargo de un técnico en computación, si bien, preferentemente, con la asistencia de un especialista que le va a resolver los problemas de semántica y de programación científica, considerando, aún, el llamado perfil del usuario.

g) Toda reforma en las Facultades de Derecho debe tener como primer postulado la información y la comunicación como cuestión de método y con caracteres de urgencia y prioridad. Igual criterio debe adoptarse en cuantas Jornadas de Estudio se organicen, de ser posible por la programación general; como ha sucedido en esta oportunidad en Buenos Aires, por obra de la Asociación Argentina de Derecho Comparado.

h) Como idea más distante, ha de considerarse la instalación futura de una Central de Computación en algún lugar adecuado de nuestra zona hispanoamericana.

Prof. Fernando Fueyo Laneri.

LAS INSTITUCIONES POLITICAS DE EXCEPCION

Dr. Ernesto Saa Velasco,

Profesor de la Universidad del Cauca.

Razón de ser de las Instituciones Políticas de Excepción

Las instituciones políticas obedecen y funcionan en beneficio primordial de la base socio-económica que las sustenta: ningún poder político es aislado, solitario e independiente; la dominación que conlleva nace de la infraestructura respectiva y para su propia defensa, permanencia y consolidación.

La política establece una categoría singular de instituciones llamadas de excepción porque suponen el ejercicio irregular y extraordinario de autoridad suficiente con el único objetivo de superar crisis extremas. Las denominaciones son muchas: estado de sitio, situación de alerta, períodos de emergencia nacional.

El aspecto irregular está en el rompimiento transitorio del régimen formal de competencias, y por el cual el gobierno obtiene atribuciones para "tiempo de guerra". Por eso los constitucionalistas clásicos acuden con amargura a la expresión "brechas del constitucionalismo" cuando se refieren a ellas.

Lo extraordinario radica en los presupuestos para emplear esas funciones, que son los hechos más graves normativamente señalados: guerra exterior, alteración del orden público político o socio-económico y temor a perturbaciones. También en la extensión y efectos, hay un au-

mento no despreciable de las órbitas gubernativas y repercusiones en todos los órdenes estatales.

El objetivo señalado por la doctrina y repetido por los constituyentes es el de atender con imperio fuerte y hasta arbitrario una urgente dificultad política o social. En el fondo, las instituciones de excepción no son ajenas a la comprobada vinculación de base y superestructura; realmente, son las previsiones de un sistema para legitimar sus factores dominantes, asegurar su protección y firmeza. Por eso los sistemas se cambian por revolución y las revoluciones son violentas e impuestas.

La constitución colombiana estructura tres figuras que consagran la utilización de poderes de excepción: el estado de sitio (artículo 121 C. N.), el estado de emergencia económica y social (artículo 122 C. N.) y la retención de las personas por motivos de orden público (artículos 28 incisos 2 y 3 C. N.); exhiben modalidades diferentes pero sustancialmente implican funciones formalmente no ordinarias y profundamente arbitrarias.

La historia del estado de sitio es larga, el artículo vigente con modificaciones mecánicas, parte de la constitución de 1886.

También la trayectoria del artículo 28 hace evidente la estructuración de arma institucional poderosa con sentido político.

La reforma de 1968 desprendió del estado de sitio, el de emergencia económica y social; dejó el primero para conservar o restablecer el orden público político y el segundo para mantener o restaurar el orden público económico y social.

La noción de orden público económico y social no era extraña porque caprichosamente se había incrustado en la doctrina y la jurisprudencia nacionales para explicar el ejercicio desmedido de las prerrogativas del estado de sitio y que en él no cabían, si nos ajustamos al estricto sentido y a la evolución del artículo 121.

Sólo la caducidad del sistema político, agravada con las diarias tensiones de una base socio-económica de desigualdades, movían a la justificación y hasta a la alabanza de esta ampliación con motivo del estado de sitio.

Fue el antiguo movimiento liberal revolucionario (M.R.L.) el que promovió y con su concurso llevó a cabo la modificación constitucional aludida creando el nuevo modelo del estado de emergencia económica.

Esta fracción partidista quiso reivindicar la auténtica tradición liberal del Estado de Derecho en todo tiempo y las rectificaciones inflexibles al abuso de las concesiones anormales; solucionó su conflicto de "convicción liberal", elaborando una entidad constitucional, también de emergencia, para afrontar los problemas socio-económicos que provoquen disturbios colectivos. Así surgió el estado de emergencia económica y social.

El Estado de Sitio.

I) *Concepto.* - Son poderes excepcionales y represivos que asume el presidente de la república para mantener la estabilidad de las instituciones establecidas.

Son excepcionales por ser los máximos poderes normativos previstos y que, desde luego, no caben en las divisiones comunes de las funciones gubernativas.

No son poderes legislativos porque la función legislativa es potestad constituida, es decir, sujeta a la constitución y sin efectos contra ella; la verdadera ley, nunca suspende preceptos constitucionales. En cambio, las disposiciones del estado de sitio pueden suspender las denominadas garantías constitucionales relativas.

La actividad legislativa se traduce en ley con fuerza reguladora para el futuro y derogatoria de disposiciones contrarias de igual jerarquía jurídica. Los decretos expedidos durante el estado de sitio, tienen efectividad transitoria, pierden su rigor impositivo al restablecerse el balance del ordenamiento jurídico político.

Además, los decretos de anomalía carecen de efectos derogatorios; precisamente, porque son providencias de crisis, sólo tienen posibilidades jurídicas de suspensión.

El decreto legislativo, a su vez, está exento de labor legislativa por parte del congreso; sólo el gobierno tiene competencia para derogarlo. Admitir lo contrario sería establecer la intervención del congreso en temas de orden público asignados privativamente al gobierno.

Si el decreto legislativo fuera ley, el congreso podría derogarlo como sucede con los decretos de emergencia económica y los extraordinarios expedidos en virtud de delegación de funciones legislativas.

De lo expuesto se deduce la naturaleza especialísima, no legislativa, tampoco administrativa ni jurisdiccional de los poderes presidenciales de Estado de Sitio.

En consecuencia, los decretos dictados durante el tiempo de conmoción política no ocupan el mismo sitio de las leyes en el esquema piramidal del orden jurídico.

Dentro del marco estricto de la lógica kelseniana no encuentran lugar perfecto en la conocida pirámide porque ésta sintetiza el ordenamiento normal, lógico, no alterado; las situaciones de estado de sitio son rompimientos de las rigurosas vinculaciones kelsenianas. Preguntamos: tiene explicación dentro de la lógica del gran pensador la circunstancia de que un decreto legislativo suspenda artículos de la "razón suprema y última de validez" que es la constitución? No obstante de lo anterior, tienen en ella su razón de validez abstracta para efectos de control?

La lógica formal normativa no tiene respuesta; para la lógica dialéctica son contradicciones normativas en unidad, reflejo de la coexistencia en un sistema socio-económico y político jurídico, de épocas de normalidad y anormalidad a la vez. En las economías subdesarrolladas pugnan los choques clasistas dentro de la normalidad institucional; por eso el conocimiento político-jurídico conjuga igualmente esas contradicciones.

Dijimos, en el concepto inicial de los poderes de estado de sitio, que se tratan de atribuciones con fines represivos, aún si se toman con intenciones preventivas; es decir, a través de ellos se toman medidas de control, de coacción, de persecución, dirigidas hacia las personas que atentan contra el orden público o representen ocasiones de alteración.

Los decretos de estado de sitio, no formulan valores jurídicos o socio-económicos de adelanto, rectificación o adición del ordenamiento estatuido, sino medidas concretas para su defensa, preventivas o represivas.

Todas las alteraciones del orden público son atentados colectivos contra las instituciones en vigencia; éstas proponen modos para su evolución pero también modos para su defensa; el estado de sitio es el más eficaz medio de represión para la preservación institucional.

Repetimos: todo poder político tiene una base socio-económica que lo apoya y que se refleja en unas instituciones políticas-jurídicas y culturales, instituciones que a su vez obran para la misma base socio-económica

nómica procurando su defensa, permanencia y progreso. Los poderes de excepción aseguran en momentos difíciles la supervivencia de los factores reales de poder institucionalizados.

Por eso lo expedito en su ejercicio y la amplitud constitucional en su configuración. El presidente asume directamente las funciones de estado de sitio y valora autónomamente los motivos de perturbación.

II) Son poderes extraordinarios por su extensión, causas y efectos.

A) Son poderes extraordinarios por su extensión. El presidente de la República puede asumir los siguientes poderes:

a) Poderes constitucionales y legales para períodos de crisis, o sea, potestades que la constitución y la ley establecen pero exclusivamente para "tiempo de guerra". Concluimos en que las funciones de excepción conllevan un aumento de facultades gubernativas, además de las atribuciones regulares, las que concede la constitución y la ley para esos períodos. Estas facultades encierran elementos de represión y auxiliares para contener y dominar la crisis.

b) Poder para suspender garantías constitucionales relativas que son aquellas cuyas prácticas resultan inconvenientes para la consecución de los fines de los poderes de excepción: expresión, reunión, circulación, por ejemplo. El estado de sitio indica la más delicada crisis y por esto se hace sentir hasta en la misma fuente del sistema jurídico que es la constitución y en ésta, en la sección más estimada y respetada como es el título de los derechos individuales y garantías constitucionales.

c) Poder para suspender leyes cuyos preceptos el presidente considera incompatibles con la cancelación de la crisis y dictar la norma sustitutiva. Corresponde al presidente escoger libremente, la incompatibilidad de la ley que suspende con los propósitos de las funciones de excepción.

Es el único caso de suspensión de la fuerza normativa de una ley ante dificultades nacionales.

d) Poderes implícitos y poderes explícitos. En algunos estados el presidente asume también poderes implícitos, es decir, facultades no previstas expresamente en una norma ni prohibidas pero que emanan de la naturaleza o índole de la crisis, son poderes para combatir la anormalidad surgidos de la propia anormalidad. El presidente, según las pro-

porciones de los hechos que instalaron la emergencia, reúne a los poderes recíprocos para afrontarla.

El artículo 121 de la constitución colombiana utiliza la expresión "Derecho de Gentes" que denuncia un conjunto de reglas no escritas, respetadas consuetudinariamente y aplicables a la guerra entre naciones. El llamado derecho de gentes es, pues, fuente de poderes implícitos.

Por oposición tenemos los poderes explícitos o facultades positivamente consagrados para lapsos de conmoción y que caen en la categoría primera (aparte a).

B) Son poderes extraordinarios por sus causas y presupuestos.

Estos poderes suficientes sólo los asume el presidente en los casos enunciados por la constitución y que generalmente son:

a) Mantenimiento del orden público, en este evento, las funciones de excepción cumplen una tarea preventiva de los hechos perturbadores y represiva contra sus presuntos autores.

b) Restablecimiento del orden público, aquí ya existe alteración que es reprimida.

c) Guerra exterior.

Las causales que miran al orden público interno son señaladas con libertad por el presidente porque la constitución, a la mera enunciación, no agrega cauces a seguir o criterios objetivos de consideración; son, pues, causales precisas en su formulación pero profundamente extensas en cuanto a los hechos constitutivos. Por eso, el decreto de declaración del estado de sitio es un típico acto de poder o político, desvinculado materialmente de la constitución.

C) Son poderes extraordinarios por sus efectos.

Por último, los poderes de estado de sitio son extraordinarios porque pueden afectar cualquier parte de un sistema jurídico, inclusive las propias garantías constitucionales, pero únicamente efectos de suspensión transitoria; de ahí la denominación de "brechas del constitucionalismo" donde se ubica el ejercicio de estas atribuciones ya que es el único caso en que preceptos constitucionales sufren esta eventualidad.

III) Aspectos Jurídicos de los poderes de Estado de Sitio.

Los constitucionalistas clásicos aceptan la extensión de los poderes de excepción pero agregan la tesis formalista de que, a pesar de todo, no son poderes arbitrarios ni ilimitados. Sin embargo, las restricciones

jurídicas impuestas no resisten al empuje de la arbitrariedad que por su naturaleza contienen. Presentemos esas limitaciones:

a) Los poderes de excepción se distinguen de la ley marcial. Oportuno es apreciar el sentido de la expresión, "ley marcial".

"La Ley Marcial" no es sino el imperio del poder militar en el estado de guerra, y hasta donde sus operaciones militares y la seguridad misma de los ejércitos la reclama en su aplicación a las cosas y a la persona. Nace con la guerra y está en vigencia y desarrolla todo su poder durante la guerra. Es la ley de la guerra con las limitaciones que los principios del derecho le imponen en el estado actual de la civilización" (1).

La ley marcial regula la guerra, situación de conflicto pero internacionalmente reglada. Por consiguiente, nace del tratado internacional o de la costumbre y pertenece a la teoría internacional. Su efecto principal es el desplazamiento y sometimiento del poder civil por el militar.

La ley marcial maneja muchas figuras propias, "criminales de guerra", "operaciones bélicas", "violación de las normas de guerra" entre otras.

Los poderes de excepción son medios de defensa de las instituciones establecidas, nacen de la constitución y están disciplinados por las normas nacionales, es cuestión de derecho interno.

Los poderes de excepción conllevan el uso del poder militar pero sin subordinar, reducir o suplantar el poder civil. En Colombia el presidente es el jefe de las fuerzas militares (120 N° 8 y el ejército nacional está a disposición del gobierno (120 N° 6).

Pero muchas constituciones asimilan las alteraciones del orden público a situaciones de guerra y autorizan al gobierno, a través de los poderes de estado de sitio, el uso de medidas propias de la guerra internacional. No es extraño, pues, que en un momento dado las tácticas y técnicas de represión por su rigor y estilo, en nada se diferencien de los estados de guerra.

Igualmente, varios gobernantes, identifican el estado de sitio con la ley marcial para justificar actitudes intolerables dentro del auténtico marco constitucional.

(1) Anancio Alcorta - Las garantías constitucionales. Cita de Linares Quintana. Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional. Buenos Aires 1956, Tomo V, pág. 415.

Tampoco es inadmisibles llamar al Código Militar ley marcial. La actividad de la fuerza pública, dada su característica especial, es jurídicamente dirigida por el código militar, verdadera ley con ámbitos de validez material y personal inconfundibles.

b) La declaración del estado de sitio y el consiguiente ejercicio de sus funciones no produce la suspensión constitucional automática; son necesarios actos presidenciales singulares que afecten específicamente garantías y leyes ciertas.

c) La facultad de suspender garantías constitucionales y leyes es limitada. Existen, por ejemplo, las llamadas garantías constitucionales absolutas, con efectividad inalterable aún en períodos de guerra; por esta circunstancia merecen respeto total.

En la constitución colombiana encontramos algunas garantías de esta clase, las de los artículos 28, 29, 25, 26 y 34.

Otras garantías constitucionales son relativas, es decir, establecidas para tiempo de paz; en consecuencia, durante el lapso de anormalidad el gobierno adquiere la iniciativa de suspenderlas, ejemplos, las consignadas en los artículos 42, 43 y 61 de la constitución colombiana; igualmente, aquellas garantías constitucionales cuyo disfrute es incompatible con la realización de los fines de las funciones de excepción, pueden ser suspendidas por el gobierno. Nuestra constitución suministra algunos ejemplos en los artículos 18, 38, y 46.

El presidente tiene la facultad de suspender, por decreto legislativo, únicamente las leyes que por sus contenidos estime en oposición con los fines y propósitos del estado de sitio y dictar las normas sustitutivas. Con todo, la manifiesta independencia presidencial en la apreciación de la incompatibilidad y la complejidad de los problemas de orden público, conducen fácilmente al exceso gubernativo y a un control constitucional débil y vacilante el que sólo será efectivo cuando la vinculación citada no es evidente.

d) Requisitos formales. Varios órdenes jurídicos establecen algunos requisitos formales de estricto cumplimiento pero ineficaces para evitar abusos. En Colombia, para declarar el estado de sitio, es necesario el concepto previo del Consejo de Estado pero no es obligación del gobierno acatarlo. Todos los decretos deben llevar la firma de los ministros del despacho pero éstos son de libre nombramiento y remoción y políticamente solidarios en virtud del régimen presidencial.

El concepto del Consejo de Estado es, además, inútil e inconveniente; inútil porque esta entidad nada puede aportar en un proceso político que se inicia con la declaración del estado de sitio; inconveniente, porque acerca un órgano predominantemente jurisdiccional a la más peligrosa movilización política de represión.

e) Las providencias dictadas en ejercicio de los poderes de excepción tienen fuerza normativa transitoria, la pierden automáticamente al cesar la agitación; es así, porque se trata de una regulación para un período de emergencia, no de una legislación permanente para época ordinaria.

Antes de la reforma constitucional de 1968 prosperó en Colombia la práctica de prorrogar por ley la vigencia de los decretos legislativos.

Esta práctica, aceptada lamentablemente por la Corte Suprema, atropella dos principios fundamentales:

1) El respeto a la constitución. Claramente dispone el artículo 121 que los decretos legislativos dejan de regir cuando termina el estado de sitio.

2) Lesionado el principio de la autoridad formal de la ley. No es científico que una ley formal, dé fuerza de ley a unos decretos, a veces masivamente, sin ser sometidos al proceso legislativo.

Esta práctica, indiscutiblemente errada, surge de la gravísima tendencia, desgraciadamente reiterada, de acudir a los poderes de excepción del artículo 121 como oportunidad para legislar ordinaria y permanentemente. Y así, no se obra para y sobre la crisis sino para todo y sobre todo. Antes de la reforma de 1968 que originó la emergencia económica, los presidentes colombianos creían que los poderes de estado de sitio eran facultades conferidas por la constitución para legislar indefinidamente.

f) Duración de los poderes de excepción. Su uso debe tener un máximo de duración, al ser indefinido, viene el abuso porque esos poderes momentáneos para dificultades políticas se convierten en cauces de legislación normal y continua. Sencillamente, se desvirtúan su naturaleza y fines.

La Constitución colombiana no establece ámbito temporal al estado de sitio, es indefinido; es este uno de los motivos de tantos desvíos que registra la historia constitucional.

g) Control Constitucional. - Los decretos provisionales expedidos con ocasión del ejercicio de las funciones de excepción están sujetos al control constitucional automático. Dice el parágrafo del artículo 121:

“Parágrafo. El Gobierno enviará a la Corte Suprema de Justicia el día siguiente a su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo para que aquélla decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el gobierno no cumpliere con el deber de enviarlos, la Corte Suprema de Justicia aprehenderá inmediatamente de oficio su conocimiento.”

“Los términos señalados en el artículo 214 se reducirán a una tercera parte, y su incumplimiento dará lugar a la destitución de los Magistrados responsables, la cual será decretada por el Tribunal Disciplinario”.

Es este un control aparentemente drástico pero difícilmente eficaz. En efecto:

El decreto de “declaración” del estado de sitio escapa al control constitucional por ser un acto totalmente político sin conexión material con la constitución. Lo mismo puede afirmarse del decreto que “declara” superada la crisis y el restablecimiento de la tranquilidad. Son actos meramente declarativos, no de regulación.

El control constitucional de los decretos reguladores, mal llamados legislativos, se torna escaso por dos razones principales:

a) La discrecionalidad gubernativa para la suspensión de garantías y leyes.

b) Por las fórmulas eminentemente políticas que exhiben y es unánimemente repetida la opinión de que la Corte sólo cumple un control jurídico, nunca político.

h) Responsabilidad Presidencial. Prueba última dada por los constitucionalistas liberales, de que los poderes de estado de sitio no son ilimitados ni arbitrarios, es la responsabilidad presidencial por exceso, omisión o desvío en su ejercicio; se trata de doble responsabilidad, política, derivada por el Congreso y criminal o común por un tribunal jurisdiccional, en Colombia, la Corte Suprema de Justicia. (art. 151 N° 1).

También la concreción de la responsabilidad presidencial encuentra sus obstáculos innegables. El apoyo político que en los gobiernos presi-

denciales tiene el jefe de la administración y sus mecanismos de proyección, de condicionamiento y de vigilancia con relación al congreso, hacen ilusoria la nombrada responsabilidad presidencial.

IV) Los poderes de Estado de Sitio son al mismo tiempo Jurídicos y Arbitrarios.

Razón tienen determinados autores cuando llaman al estado de sitio “dictadura constitucional”; hemos planteado la amplitud y los impedimentos constitucionales y doctrinales de las funciones gubernativas en estas condiciones: control jurídico por la Corte y político por el Congreso, efectos de suspensión, requisitos formales, garantías constitucionales, etc. Todo conduce a la juridicidad del estado de sitio.

Pero al mismo tiempo, percibimos la arbitrariedad de dichos poderes que llevan al abuso. La dosis grande de discrecionalidad presidencial que hacen difícil el control jurídico y político, la ineffectividad de las limitaciones, la dominación eficaz con la suspensión de las garantías constitucionales relativas (reunión, huelga, expresión, libertad física), entre otras consideraciones, dan, en el estado de sitio, un predominio a la arbitrariedad.

Juridicidad y arbitrariedad componen la filosofía contradictoria del estado de sitio, porque es una institución defensiva y represiva de un sistema socio-económico y a la vez revestida y justificada por la ideología jurídica; es decir, la dominación tomando lo jurídico-político como instrumento.

Durante un siglo fue suficiente el estado de sitio; los conflictos cedían con la represión política y la imposición lograba sus objetivos; posteriormente, las formaciones socio-económicas tomaron otras modalidades, se originaron importantes procesos socio-económicos, los cambios cuantitativos se hicieron visibles y la sociedad colombiana más conflictiva; eran ya los delicados problemas económicos y sociales.

La noción del orden público entonces se amplió y se legisló acudiendo al estado de sitio sobre puntos económicos y sociales; además de instrumento de represión política pasó a ser recurso para legislar. De esta contradicción institucional del estado de sitio nació en 1968 la nueva entidad constitucional del estado de emergencia, ya cualitativamente diferente.

V) Decretos Legislativos.

Fuera de los decretos meramente declarativos, de efectos políticos trascendentales, durante el estado de sitio, el presidente expide decretos que contienen medidas de orden público, represivas, preventivas o reguladoras; la ley colombiana los denomina de manera no correcta "decretos legislativos".

a) Su razón de validez inmediata, contradictoriamente, ya lo explicamos, está en la constitución, porque los poderes extraordinarios surgen de la constitución; en consecuencia, cualquier enjuiciamiento jurídico en cuanto a su ejercicio tendrá que hacerse con referencia a un precepto o interpretación constitucional para constatar sujeción o exceso.

b) Efectos y fuerza normativa. Los decretos legislativos tienen efectos de suspensión para todas las partes o secciones de la normatividad dentro de los límites ya presentados; suspenden garantías constitucionales relativas, leyes y actos administrativos incompatibles con la emergencia.

La fuerza normativa es transitoria porque contiene medidas surgidas de una crisis y para la crisis; cesa automáticamente el ser formalmente declarada la determinación del período anormal.

En forma ordinaria un decreto legislativo pierde su fuerza normativa por derogación mediante otro decreto legislativo contrario. La ley no los deroga porque se trata de una competencia constitucional privativa del presidente de la república.

El congreso conserva con relación a las funciones de excepción únicamente sus potestades fiscalizadoras y de control político.

c) Forma. Tienen forma singular que varía según los sistemas; en Colombia, llevan la firma del presidente y de todos los ministros. Esta formalidad quiere indicar un acuerdo y solidaridad gubernativa en resoluciones de trascendencia política.

El Estado de Emergencia Económica y Social.

I) Concepto.

Es una institución particular que otorga al presidente de la República funciones excepcionales de naturaleza legislativa para hacer frente a perturbaciones del orden económico y social, evitar su alteración o atender calamidades públicas.

Ya anotamos el origen de las estructuras constitucionales especiales, la del estado de emergencia económica se ubica entre ellas; por consiguiente, toda la interpretación debe ser restrictiva, no es correcto ampliar el sentido estricto que informa a la constitución en sus disposiciones particulares y restringidas.

Los poderes que otorga la emergencia económica están consignados en la constitución, el presidente los asume mediante el cumplimiento de inútiles requisitos formales: el concepto previo del Consejo de Estado y la firma de todos los ministros de los decretos declarativos y decretos leyes especiales propiamente dichos.

Podemos afirmar, entonces, que las funciones que emanan del estado de emergencia económica son propias del presidente porque la constitución lo faculta directamente y entra en su ejercicio sin condiciones ni participaciones efectivas de otros órganos estatales.

Estas funciones son legislativas, el presidente legisla sobre las materias económicas y sociales que lesionan o amenacen alterar la regular vida económica y social o sobre los hechos constitutivos de la calamidad pública.

El presidente expide "decretos leyes especiales" con fuerza normativa y efectos de leyes, es decir, rigen permanentemente hasta ser sustituidos por el congreso o por otros decretos especiales contrarios; derogan leyes que les sean opuestas pero en ningún caso suspenden preceptos constitucionales.

Lo expuesto aprueba la calidad legislativa de los poderes de urgencia económica y social; los nombrados decretos leyes especiales tienen la misma jerarquía en los planos de la positividad jurídica de las leyes comunes. Son poderes para legislar materialmente.

Pero son excepcionales en los siguientes puntos:

a) Porque no pertenecen normalmente al presidente quien los asume en un momento dado, se descompensa el esquema ordinario de competencias del congreso y del ejecutivo y se desconoce la expresión formal de la función legislativa que reclama su proceso de deliberación pública, con etapas y recursos.

b) Porque a pesar de ser una utilización "anormal" de funciones, desde el punto de vista de la organización institucional ordinaria, las disposiciones dictadas tienen fuerza futura de ley.

c) Porque sus fines son inaplazables, terminar con la perturbación del orden económico y social, impedir que se perturbe (efectos preventivos y represivos) o la satisfacción de necesidades apremiantes por calamidades públicas.

De este modo, la constitución autoriza al presidente para tomar las atribuciones de gravedad económica, traza las metas y objetivos que delimitan su ámbito de acción.

Pero a pesar de ser sustancialmente funciones legislativas excepcionales tienen la fuerza normativa y los efectos de ley; es otra contradicción jurídica fundamental nacida de la contradicción inherente a la economía colombiana con manifestaciones temporales de normalidad porque realmente padece de anormalidad permanente.

Las economías denominadas "subdesarrolladas" son prolongaciones capitalistas de explotación; presentan, por consiguiente, además de las contradicciones propias, las resultantes de la dependencia internacional. Por eso los sistemas socio-económicos latinoamericanos están permanentemente en anormalidad que se acentúa y concreta particularmente en los denominados "períodos de anormalidad o crisis", que en esencia no son más que gravedad protuberante de la anormalidad socio-económica inherente.

El estado de emergencia económica obedece, exactamente, a estos elementos cualitativos de las economías subdesarrolladas. A la gravedad de la anormalidad socio-económica corresponde lo excepcional de los poderes de emergencia; a la anormalidad constante, corresponde la fuerza normativa de ley, permanente, de los decretos leyes extraordinarios expedidos en el lapso crítico.

II) *Causas para asumir los poderes de emergencia económica.*

Son tres las causas que el artículo 122 presenta:

a) Perturbación del orden público económico y social. Es el mismo concepto, esencialmente relativo, de orden público aplicado al sector económico y social; esta relatividad aumenta si tenemos en cuenta que los fenómenos económicos y sociales son complejos, inseparables, con raíces internacionales, de consecuencias conexas e integradas. Para un gobierno una huelga puede ser móvil de conmoción económica y para otro, sólo ciertas condiciones de dimensiones manifiestas traen la práctica correcta de la emergencia económica y social. Efectivamente:

Orden público significa el acatamiento y el respeto colectivos al sistema institucional político y socio-económico establecido; hay alteración del orden público cuando, por cualquier circunstancia, se lesiona colectivamente dicho sistema; un irrespeto privado sin alcances sociales no es una perturbación del orden público.

La doctrina actual distingue el orden público político que, siguiendo el mismo criterio sencillo, es el normal desarrollo de las relaciones político-jurídicas; el orden público económico que denuncia, igualmente, normalidad en las relaciones establecidas por un sistema de producción.

En las democracias occidentales el orden público político consiste en el libre y legal juego de los partidos políticos policlasistas y de las técnicas de gobierno. En lo económico, existe desigualdad de los distintos grupos que intervienen en el proceso de producción, sin embargo, está institucionalizada, y el orden público económico es el desenvolvimiento y vigencia de esa desigualdad; cualquier intento de igualdad promovido por el sector trabajador implica alteración del orden público económico.

De lo anterior se desprende que la idea de orden público en sus tres acepciones incrusta la defensa de escalas de valores políticos, económicos y sociales.

Por otra parte, observamos que es imposible desligar la perturbación del orden público político, motivo para acudir al estado de sitio, del desorden económico y social ya que toda conmoción política, en el fondo, es proyección fija de pugnas socio-económicas, los hechos económicos provocan reacciones sociales y políticas.

Verdaderamente, la reforma de 1968 al deslindar el estado de sitio y el de emergencia económica, concretó en esta nueva figura, una manera de legislar expeditamente sobre cuestiones económicas y sociales en un país de economía subdesarrollada que padece sometimientos internacionales y antagonismos clasistas. En última instancia, es el presidente quien escoge entre el estado de sitio y el de emergencia económica, según el grado de represión requerido.

b) Hechos que "amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico y social del país". Estas apreciaciones también son autónomas del presidente; en consecuencia, sobra la exigencia de que la declaración de emergencia "deberá ser motivada".

A pesar de los términos usados por el artículo 122, "amenaza grave e inminente", no se recorta la discrecionalidad presidencial porque de-

ben tenerse en cuenta las opiniones diferentes, complejas y contradictorias que surgen necesariamente en el análisis de un hecho o de una medida socio-económica.

Por consiguiente, el decreto en el cual se declara la anormalidad económica y social, es un acto de poder, de gobierno o político exento de vigilancia constitucional por consideraciones materiales.

c) Calamidad pública, es la tercera causa del estado de emergencia; ya los elementos que componen las tragedias colectivas son notorios, objetivos y sobresalientes.

Contradicción. - De todo lo dicho, sacamos una conclusión fundamental: existe evidente oposición en la disposición constitucional entre la definición de los poderes de emergencia y su delimitación, por un lado, y la discrecionalidad y autonomía arbitraria e incondicionada que otorga al presidente en la apreciación de los motivos para asumir las funciones de emergencia económica, por el otro; *no arbitrariedad y arbitrariedad* concurren en esta institución.

La emergencia económica es un método para legislar rápidamente ante las demandas y tensiones de una base contradictoria y compleja, por eso su juridicidad; pero a la vez, es un medio de protección y fortalecimiento de esa misma base, supone una represión sustitutiva, es decir, a través de modificaciones, rectificaciones, atenciones, etc., por eso su aspecto arbitrario.

III) Limitaciones de los poderes de emergencia económica.

a) Limitaciones en cuanto al contenido. Están destinados exclusivamente a "conjuguar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos", los decretos que se dictan: "solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que determine el estado de emergencia". (Artículo 122 inciso 2).

La relación directa y específica es determinada por el gobierno discrecionalmente, pero no arbitrariamente por cuanto que al recibir los decretos respectivos el control constitucional automático, el órgano contralor enjuicia esa vinculación para comprobar si hubo exceso presidencial en su expedición. Sucede lo mismo que con la facultad de suspender la ley cuya aplicación es incompatible con los fines del estado de sitio.

Más difícil de precisar en este caso ya que los acontecimientos económicos y sociales son solidarios, impulsan procesos ocultos, rápidos, con resultados de dirección imprevisible. Descubrimos aquí contradicciones dialécticas, es decir, en unidad y choque:

A) El sistema económico es integral, compone un todo; la perturbación en uno de sus elementos se extiende a los demás porque es una verdadera estructura orgánica, con vida propia; a su vez, la regulación jurídica del sector causante de la crisis según el gobierno no permanecerá en él exclusivamente sino que trasciende en consecuencias.

Es imposible, pues, precisar el factor perturbador y mantener en él las medidas socio-económicas tomadas; es, igualmente imposible, para la Corte concretar el control constitucional de los decretos expedidos.

Constatamos, pues, la articulación necesaria e integral del sistema socio-económico y político, y al mismo tiempo, la ubicación de la crisis o perturbación en una de sus partes para la cual exclusivamente se legisla; chocan en unidad dos conceptos básicos: el de la economía como estructura o todo y el de la crisis y tratamiento parcial de una zona de esa estructura.

B) Es opinión unánimemente admitida que la Corte Suprema de Justicia, al obrar como órgano contralor de la constitucionalidad, está impedida para analizar aspectos técnicos, socio-económicos y políticos; su misión es meramente jurídica, se reduce al examen de la relación formal y material de la norma con la constitución.

Los decretos de emergencia económica tienen un contenido predominantemente socio-económico, político y técnico, temas ajenos a la Corte; el gobierno califica las circunstancias preocupantes y sobre ellas legisla. La constitución sólo da una pauta abstracta "... dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Tales decretos solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que determine el estado de emergencia".

Así, pues, la Corte tiene perfectamente delimitado su poder de control constitucional; sin embargo se le confiere la revisión constitucional de decretos que por su naturaleza presentan consideraciones y fines ajenos a la actividad de la Corte.

b) Limitaciones en cuanto al tiempo de ejercicio de los poderes de emergencia.

El plazo no puede pasar de noventa días al año, compuesto este lapso por uno o varios períodos de emergencia. "El gobierno en el mismo decreto que declara el estado de emergencia señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias". (inciso 3).

Parece una exacta limitación que obra inmediatamente, al vencer el término previsto, cesan instantáneamente las facultades de emergencia; aunque en noventa días o en períodos que sumados no pasen de esa cifra, es tiempo considerable para acometer una vasta legislación socio-económica que produzca sus efectos. Por otra parte, esta legislación tiene asegurada cierta estabilidad dado el trámite complicado en el funcionamiento del congreso quien puede derogarla normalmente.

Además, ciertas medidas económicas generan resultados instantáneos e irreversibles; en tales circunstancias, el tiempo nada significa.

c) Limitaciones en cuanto a los derechos sociales de los trabajadores.

Dice el inciso 6º del artículo 122: "Durante el estado de emergencia económica el gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores consagrados en leyes anteriores".

Es otra limitación aparentemente absoluta pero que en su efectividad no lo es; en efecto: la prohibición comprende un desmejoramiento institucional de los derechos sociales de los trabajadores, es decir, un desconocimiento, reducción o sustitución de garantías ya establecidas. Es fácil, pues, constatar un menoscabo institucional.

Pero en materia económica y social puede presentarse un indiscutible deterioro real o de hecho por una medida económica que el gobierno tome en estado de emergencia; así, por ejemplo, una disminución de la capacidad adquisitiva de la moneda como consecuencia de una fórmula económica, afecta evidentemente el salario; normas de procedimiento pueden obstaculizar el disfrute exacto de prestaciones laborales; es posible también, que la reglamentación de algunos derechos como la huelga, cancele un goce total. En estos eventos, hay un desmejoramiento real de los derechos sociales de los trabajadores sin tocar en lo más mínimo la implantación institucional preexistente de los mismos.

d) Limitaciones en cuanto a los requisitos formales.

Para proferir el estado de emergencia es imprescindible el concepto previo del Consejo de Estado pero las opiniones emitidas por esa corporación no obligan al gobierno.

Además, un organismo jurisdiccional como el Consejo de Estado, con algunas funciones de consulta, subsistencias indebidas de su evolución histórica, acerca de temas socio-económicos y políticos, no son técnicamente aconsejables ni convenientes para la buena marcha del estado.

El decreto que pregona la emergencia lleva como formalidad la firma del presidente y las de todos los ministros. Idéntico estilo para los decretos leyes especiales producidos sucesivamente.

Estos requisitos formales no limitan en la práctica porque el pronunciamiento del Consejo de Estado no es obligatorio ni útil y los ministros son solidarios con la política presidencial.

IV) Control constitucional automático por la Corte Suprema de Justicia.

Es un tipo de control expedito que opera únicamente para los decretos legislativos (art. 121) y decretos extraordinarios especiales de emergencia económica (art. 122). El gobierno debe enviar a la Corte, el día siguiente a su expedición, cada decreto que dicte en uso de esas facultades para un fallo definitivo sobre su constitucionalidad dentro de plazos perentorios y sanciones inflexibles en caso de morosidad.

La Corte, de oficio, tomará el conocimiento de los mencionados decretos cuando no son remitidos oportunamente por el Gobierno.

Es una revisión total y definitiva de cada decreto, abarca el articulado completo y el fallo se refiere al todo; por consiguiente, excluye otros medios de ataque constitucional.

Es un control estrictamente jurídico, en ningún caso político o técnico; la Corte estudia estos decretos en sus relaciones con las disposiciones y principios de la Constitución, particularmente, con las normas de las instituciones de emergencia, sin tocar los criterios de conveniencia o inconveniencia, los fines gubernativos propuestos ni las mativaciones políticas.

Es una inspección establecida por razones de interés común; la extralimitación de los poderes de excepción acarrea consecuencias graves para todos, es el desconocimiento del texto político primario que es la constitución; en consecuencia, se justifica el control constitucional automático para contener y corregir rápidamente y con eficacia las imper-

fecciones. A la extensión considerable de las atribuciones debe corresponder un singular modelo de guarda, dispendioso y generalmente cómplice, pero de todos modos es un control.

No debe confundirse los "decretos declarativos" con los denominados por el artículo 122 "decretos extraordinarios" y que para mayor precisión e impedir la asimilación con los formulados en virtud de funciones delegadas (art. 76 N° 12) los identificamos como "decretos leyes especiales".

Los declarativos, como su nombre lo indica, encierran meras anunciaciones con efectos políticos y jurídicos trascendentales. El primer decreto expone:

- a) La declaración motivada de la emergencia económica.
- b) El tiempo de duración.
- c) La convocación del congreso para los diez días siguientes al vencimiento de la urgencia.

Expedida esta providencia el gobierno entra en el uso pleno de las facultades de excepción.

El último decreto postula la cesación del período de dificultad; puede ocurrir antes de finalizar el plazo prefijado, será innecesario si ya ha terminado.

Estos decretos presidenciales son actos de gobierno, sin control constitucional porque el análisis de las causas para proceder pertenece privativamente al presidente por ministerio del estatuto fundamental.

La declaración en sí es inatacable. La falta de alguno de los requisitos formales o la omisión de cualquiera de los mandatos constitucionales como la definición del tiempo y la convocación del congreso, dan lugar al control constitucional.

En cuanto a los decretos leyes especiales:

a) Su razón de validez inmediata: se sitúa en la regla constitucional (art. 122); los motivos, contenidos y fines están allí escritos de manera abstracta y elástica por la cuota de discrecionalidad en temas complejos y discutibles. Sin embargo, esos elementos generales serán pautas irrenunciables en todo examen sobre la validez de los mencionados decretos.

b) Efectos y fuerza normativa. Tienen efectos y fuerza normativa de leyes.

c) Forma. Llevan las firmas del presidente y de todos los ministros:

V) Responsabilidad Presidencial.

"Serán responsables el presidente y los ministros cuando declaren el estado de emergencia sin haber ocurrido los hechos a que se refiere el inciso 1°; lo serán también por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refiere el presente artículo". (art. 122, inciso penúltimo).

Es responsabilidad conjunta del alto gobierno, presidente y ministros.

Es responsabilidad que puede ser doble, política y criminal, o unitaria.

Es responsabilidad que tiene como fuentes la violación de la función pública por hechos ilícitos, actos indignos o desvíos mal intencionados (responsabilidad política); o hechos criminales tipificados en el código penal (responsabilidad común).

Es responsabilidad que se deriva según los trámites de los artículos 102 Nos. 4, 96, 97 y 98 de la Constitución y los pertinentes del C.P.P.

VI) El Estado de Emergencia Económica y el Congreso.

Si el congreso no está reunido deberá ser convocado por el gobierno, al no suceder, gana el derecho de reunión por iniciativa propia.

El objeto específico de las sesiones está constitucionalmente registrado: "El congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogables por acuerdo de las dos cámaras el informe motivado que le presente el gobierno sobre las causas que determinaron el estado de emergencia y las medidas adoptadas". (art. 122 inciso 3).

Es una simple labor de análisis del informe gubernativo sin efectos constitucionalmente establecidos; de él puede surgir una censura o crítica pero también sin consecuencias afirmativas.

El Congreso no pierde su labor tradicional de legislar aún sobre la materia ya reglada por decreto especial o de emergencia (última parte del inciso 3).

Por consiguiente, puede derogar los decretos leyes expedidos, pero ya viene a ser el ejercicio de la función legislativa, no del poder fiscalizador, en su facultad de legislar en razón remota de un control parlamentario.

El doctor Alfonso López Michelsen ha sostenido en conferencias y escritos que con esta facultad el congreso reconquistó su misión de legislar sobre temas económicos y sociales de urgencia que el ejecutivo le había arrebatado a través del estado de sitio.

Merece respeto la opinión del eminente tratadista, pero creemos que no es una dinámica propia ni libre la que recibe el congreso, viene del gobierno por el camino de los decretos leyes que condicionan el material de las tareas legislativas; a estilo de las reuniones extraordinarias, el congreso ve cercado su campo: reforma, adiciona o deroga las medidas del gobierno; y al dictar normas sustitutivas nos trasladamos a terrenos socio-económicos donde deficiente y lentamente se mueve el congreso. Mientras tanto, el tratamiento dado por el gobierno estará en acentuado rigor.

Como conclusión opinamos que la vigilancia del congreso a las vastas funciones de emergencia económica se exterioriza de dos maneras:

1) Directamente en actividad fiscalizadora sin efectos institucionalmente aceptados y por lo tanto viciada, sin cauce ni destino.

2) Indirectamente en acción legislativa, derogando o modificando los decretos leyes especiales. Ya las disciplinas económicas impuestas han obrado, con mayor intensidad si son drásticas y el congreso penetra en terrenos para él difícil de salir con acierto. Dadas estas circunstancias, los decretos leyes, a pesar del congreso, serán leyes.

La Retención de las Personas por Razones de Orden Público.

I) Concepto.

Es la captura de personas por razones de orden público; el gobierno ordena y realiza la captura de quienes tiene, por lo menos, indicios de que están comprometidas en actividades contra el orden público.

Si tenemos en cuenta que todo atentado contra la normatividad social conlleva intenciones políticas, la retención viene a ser una "calidad política" y la persona retenida un auténtico "preso político".

Pero los sistemas no aceptan la existencia de presos políticos ni su consagración institucional; para el gobierno el delincuente político es el delincuente común y en el mejor de los casos, "individuo peligroso" para la estabilidad del régimen.

Se presenta así la figura de la retención como arma poderosa de represión y de persecución políticas, de utilización discrecional y de estructuración contradictoria.

A pesar de que la constitución en sus artículos 23 a 28 protege con esmero la libertad física fijando en detalle los requisitos para la captura, detención y juzgamiento, además de precisas garantías dentro del procedimiento en dos incisos del artículo 28 que modelan la retención, negó, para tiempo de paz y de guerra, tantas seguridades a la libertad física que inicialmente consigna cuidadosamente.

Esta patente contradicción viene de la orientación liberal trazada por la burguesía, que crea instituciones igualitarias y hermosas como las libertades anotadas, pero al mismo tiempo no olvida la protección y el dominio de sus intereses clasistas; por eso, al lado de libertad formal tenemos su negación por la ausencia de libertad socio-económica y frente a las garantías político-jurídicas la ocasión recíproca para desconocerlas en un momento dado.

El movimiento democrático liberal fue promovido por la burguesía para su beneficio patrimonial revestido de beneficio colectivo; por eso las contradicciones de su sistema socio-económico e institucional.

Las revoluciones burguesas "fueron incompletas" porque sus fines fueron singulares; las revoluciones proletarias son universales, sus pretensiones y conquistas son para todos. De ahí la franqueza y claridad de su filosofía al admitir la "dictadura del proletariado" como modelo gubernativo de construcción política, sin las contradicciones institucionales en cuestiones de libertad que acompaña a la democracia liberal.

Conclusiones:

1) La retención es figura de persecución y de represión política. El amparo a la persona perjudicada es nulo ya que carece de los recursos jurídicos y de las garantías comunes, aún de las absolutas como el derecho a ser escuchado y la controversia de los motivos de la retención; se puede acudir a la retención en cualquier momento, sólo el término configura un límite para una arbitrariedad ya cometida.

2) La retención, por su naturaleza, es la institucionalización disimulada de los presos políticos.

3) A pesar de ser excepcional funciona en todo tiempo.

II) Requisitos Constitucionales para la Retención.

a) Motivos graves para temer perturbación del orden público examinados discrecionalmente por el gobierno; entra en juego la relatividad en la estimación de los móviles de intranquilidad y de mantenimiento o restablecimiento del orden público.

b) Indicios graves de que la persona afectada atenta contra la paz pública; la apreciación de indicios es materia muy delicada y subjetiva, más todavía si se refiere a cuestiones tan amplias y complejas como son los temas de orden público. En política, la prueba del indicio puede ser cualquier motivo, rencor, actitud o disposición personal.

El hecho de profesar ideas contrarias al gobierno, el de censurar actitudes gubernativas, el de ser propietario de una biblioteca marxista o portar un libro sobre guerrillas, pueden ser tenidos en cuenta como "indicios graves".

c) Orden del gobierno, previo dictamen de los ministros y del Consejo de Estado. El gobierno lo constituyen el presidente y los ministros, en consecuencia, son estos funcionarios los que ordenan las retenciones estudiados los datos e informaciones suministrados. Esa orden es general e impersonal.

La policía política (Departamento Administrativo de Seguridad DAS) individualiza las medidas.

En esencia, es el mismo gobierno quien teme la perturbación, aprecia los indicios y da la orden.

El contenido del concepto del Consejo de Estado no es obligatorio para el gobierno, además, nada interesa la opinión de una institución jurídica para el ejercicio de poderes discrecionales de carácter político.

d) El periodo de retención no puede pasar de diez días, transcurridos, el gobierno tiene dos decisiones: ordenar la libertad de las personas retenidas o ponerlas a disposición de los jueces competentes con las pruebas allegadas para la solución, ya conforme a las reglas ordinarias.

Aún con esta última limitación la retención constituye un amplio y arbitrario poder del gobierno en todo tiempo, de paz y de crisis; con la sola aplicación del artículo 28 un gobierno puede controlar rápida y efectivamente las más difíciles situaciones políticas y perseguir sin obs-

táculos a todos sus opositores. Antes de la reforma de 1968 el período de la retención era indefinido; es fácil imaginarse hasta donde pudo llegar el abuso y la arbitrariedad.

III) Lugar de la retención.

La retención puede cumplirse en:

A) Casa de habitación de la persona retenida.

B) En un establecimiento de reclusión.

C) En un lugar, población o sitio determinado; aquí se recurre, por el camino de la retención, a una pena, al confinamiento. Es este el grado de abuso mayor y el atropello inaudito a la garantía constitucional de que no puede haber pena sin juicio previo y definición legal del hecho (art. 28 inciso 1).

Lamentablemente, la Corte Suprema de Justicia en fallo de 11 de abril de 1967 (sobre el decreto legislativo N° 2686. Octubre 26 de 1966), aceptó la constitucionalidad de semejante medida. Dijo entonces la Corte que este confinamiento no tiene carácter penal sino "que es una de las formas administrativas integrantes del sistema de seguridad implantado en el decreto". Y luego agrega: "La persona así confinada, como lo llama el ordenamiento, estará entonces en la condición de retenida de que habla el artículo 28 de la Carta pero no en la penada" (2).

(2) (Tomado de Revista Derecho Colombiano. N° 65 mayo 1967. Págs. 31 y 33). Director Luis F. Serrano. Bogotá.