

Matthias Herdegen* (Alemania)

En defensa del orden constitucional y de la democracia

In Defense of the Constitutional Order and Democracy

Zur Verteidigung der verfassungsmäßigen Ordnung und der Demokratie

1. El Estado constitucional occidental bajo sitio

La invitación de la Corte Constitucional de Colombia a reflexionar sobre la defensa del orden constitucional y de la democracia me permite alimentar lazos que me unen a esta alta Corte desde su cuna; casi desde su concepción en la Asamblea Constituyente de 1991.

En un momento tan crucial para la vida y la existencia del Estado de derecho democrático en muchos de nuestros países, un análisis enfrenta dos falacias posibles en un diálogo transnacional. Por un lado, el observador extranjero tiende a magnificar riesgos que, en realidad, se encuentran atenuados por los mecanismos sociojurídicos internos que regulan y contienen su impacto. Por otro lado, los autóctonos, los habitantes permanentes de un orden constitucional suelen subestimar los factores que pueden desestabilizar los fundamentos jurídicos de su mansión, porque se trata de un proceso gradual en el cual la rutina diaria está camuflando las grietas y rupturas en los muros de cargo.

América y el Viejo Continente, tras décadas de confianza en la estabilidad del Estado democrático de derecho, viven la pesadilla de una erosión del orden constitucional que para muchos de nosotros conforma el ADN de nuestros países como comunidades jurídicas. El presagio en la pared, el *mené mené tekél upharsim*, aparece en trazos diferentes. Sin embargo, siempre señala un hambre de poder babilónico

* Catedrático de Derecho Público e Internacional en Alemania y asesor de la Asamblea Constituyente de 1991 en pro de la creación de la Corte Constitucional en Colombia.

que rompe con la separación de poderes y quiere crear un nuevo ordenamiento más allá de la legitimidad constitucional existente.

Alemania tiene en esto una experiencia particular con la rápida demolición del Estado de derecho en el Tercer Reich. Aquí, una ideología agresiva jugó sin escrúpulos con el teclado de la constitución y los poderes del Ejecutivo para destruir este orden básico. Esto incluye una estrategia que, por un lado, hace caso omiso de las garantías democráticas y constitucionales y, al mismo tiempo, les señala a sus simpatizantes y a otros sectores del pueblo que el ordenamiento jurídico sigue funcionando para ellos y que el Estado trabaja por el pueblo. Esta parte cegada del pueblo puede ser la economía, las clases pobres o la población indígena. Poniendo de relieve esta división contradictoria entre el sector perseguido y el “pueblo”, el gran politólogo y jurista Ernst Fraenkel acuñó la fórmula del “Estado dual”.¹

Las viejas y nuevas experiencias también muestran una gran caja de herramientas de la que se sirven los nuevos autócratas. Además del control total sobre las fuerzas armadas y la policía, esto incluye también el acceso a todo tipo de recursos financieros públicos. Ni los seguros médicos, ni los fondos de pensiones, ni los municipios están a salvo de los tentáculos de los pulpos autocráticos. Al ataque a las instituciones y entidades estatales le sigue el ataque a las empresas y a la inversión privada. De este modo, se puede destruir la autonomía de los organismos públicos y asegurar aún más el poder de derrochar y regar estrambóticos beneficios a sus propios adeptos.

Tal como lo documenta la experiencia alemana y se evidencia hoy en algunos otros países del llamado mundo occidental, lo inquietante es la actitud de amplios sectores de la vieja clase política, la judicatura y el sector académico, que vivieron la primera fase de la reorganización radical del Estado y la sociedad con una mezcla de indolencia, ingenuidad y hasta de oportunismo. En cuanto detectan los privilegios de una alianza con el nuevo régimen, los mercenarios jurídicos se suben al barco (y son los primeros en abandonar la nave cuando se está hundiendo). La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania surgida tras la Segunda Guerra Mundial intenta contrarrestar la repetición de esta traumática experiencia. Lo hace con una serie de antídotos que a veces nos recuerdan que para combatir enfermedades graves hay que echar mano del armario de tóxicos.

2. Los peligros

2.1. Ataque al ordenamiento básico jurídico bajo el techo de la constitución liberal

Una de las mayores amenazas para el Estado de derecho es la erosión desde adentro. Esto incluye la infiltración en las instituciones del Estado democrático, en los

¹ *The Dual State*, 1941 (en alemán, *Der Doppelstaat*).

parlamentos, la administración y el aparato de seguridad. En Alemania, el nacionalsocialismo impulsó la toma del poder posesionándose del control de la policía en Berlín. La guerrilla moderna sigue el modelo de la estrategia nacionalsocialista de destruir el Estado constitucional liberal desde adentro. Tal como el principal ideólogo de la dictadura nazi y ministro de propaganda del Tercer Reich se mofaba de la ingenuidad y de la “estupidez” de la democracia:

Siempre quedará como una de las mejores bromas de la democracia el que ella misma les proporcionó a sus enemigos a muerte los medios para su destrucción. Como miembros del Parlamento, los perseguidos dirigentes del Partido Nazi NSDAP gozaban de inmunidad, honorarios y billetes gratuitos para los trenes. Esto los protegía de la interferencia de la policía, se les permitía expresarse con más libertad que a los ciudadanos del común y, además, el enemigo pagaba los costos de sus actividades. La estupidez democrática fue una excelente manera de aprovechar de todo ello.²

La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania ha respondido a esa amenaza con el modelo de la “democracia bien fortificada”. Esto incluye la prohibición de la existencia de los partidos anticonstitucionales (art. 21) y otras asociaciones (art. 9.2). La legislación española ha creado también la posibilidad de prohibir partidos políticos. La prohibición de un partido excluye a un sector de la vida política, al menos temporalmente, y restringe así el proceso democrático de la formación de la voluntad. Esta intervención en el proceso democrático para proteger la democracia es una especie de antídoto con graves consecuencias secundarias que deben considerarse cuidadosamente. Por esta razón, la constitución alemana reserva a la Corte Constitucional la facultad de prohibir partidos y de excluirlos de la financiación pública. Actualmente estamos viviendo un intenso debate al respecto en Alemania (sobre la prohibición de un partido de marcada tendencia derechista).

2.2. Usurpación de competencias por parte del Ejecutivo

Aún más peligrosos que las actividades de los partidos anticonstitucionales son los intentos de la cúpula del gobierno una vez elegido, de cambiar la estructura de la separación de poderes usurpando constantemente nuevas competencias. En los

² “Das wird immer einer der besten Witze der Demokratie bleiben, dass sie ihren Todfeinden die Mittel selber stellte, durch die sie vernichtet wurde. Die verfolgten Führer der NSDAP traten als Abgeordnete in den Genuss der Immunität, der Diäten und der Freifahrkarte. Dadurch waren sie vor dem polizeilichen Zugriff gesichert, durften sich mehr zu sagen erlauben als gewöhnliche Staatsbürger und ließen sich außerdem die Kosten ihrer Tätigkeit vom Feinde bezahlen. Aus der demokratischen Dummheit ließ sich vortrefflich Kapital schlagen” (Joseph Goebbels: *Der Angriff: Aufsätze aus der Kampfzeit* (München: Franz Eher Nachfolger, 1935). 61.

sistemas presidenciales, en particular, esta estrategia amenaza con desembocar en un sistema monolítico de poder.

En su permanente ataque a la división de competencias, la dictadura del Tercer Reich se sirvió del complaciente apoyo del oportunismo jurídico. De sobra sabemos que una vez consolidada la autocracia, insistir en las reglas legales y su interpretación sostenible en contra de una usurpación de competencias ya exige valentía personal frente a posibles represalias del Gobierno y sus satélites. Además, en la Alemania nazi surgió un nuevo parámetro de interpretación jurídica, en “sano espíritu del pueblo”.

En el Tercer Reich, el Gobierno chantajeó a un parlamento ya intimidado con entregarle el poder de fabricar leyes a su gusto a cambio de procurar sus propias autorizaciones. El partido nazi y sus bandas paramilitares formaron una institucionalidad paraestatal, es decir, un Estado adentro del Estado. La oposición cargó con el estigma de doble enemigo, del Estado y del pueblo. En Venezuela y en Nicaragua, dos regímenes radicales, con la pretensión de defender los intereses del pueblo, copiaron juiciosamente la estrategia de las dictaduras del viejo continente para llegar al poder y atornillarse en él. Para el observador europeo, es bastante inquietante que la República de Colombia parece estar a punto de someter a la población de tres departamentos colombianos –casi cuatro millones de ciudadanos– a una administración compartida con uno de los regímenes más notorios en la violación de principios democráticos y de derechos humanos. Se trata de una coadministración compartida con un régimen de reconocida complicidad con el narcotráfico y con fuerzas irregulares, y con un régimen que hace rato se retiró de la Convención Americana de Derechos Humanos. Es obvio que tal coestión se chocará con el Pacto de San José.

Afortunadamente, en el resto del mundo occidental de posguerra, los abusos de poder nunca lograron acercarse a tal grado de perversión del Estado de derecho. En EE.UU., la administración Trump está basando una serie de medidas de gran alcance en competencias muy cuestionables. El observador imparcial se pregunta cómo un presidente puede iniciar graves conflictos comerciales con medio mundo sin la participación del Congreso y ejercer presión sobre universidades, bufetes de abogados y otras partes interesadas sin sólida base legal. Mientras tanto, sin embargo, tribunales federales han subrayado claramente los límites de las competencias legales del Ejecutivo. El tercer poder sigue funcionando en América del Norte.

El virus de la usurpación progresiva de la autoridad ha llegado ya hace tiempo a los sistemas presidenciales de América Latina. Un ejemplo francamente inquietante, como intento de invalidar la separación de poderes existente, es un decreto presidencial colombiano sobre una pretendida consulta popular, con el que el Ejecutivo sustituyó al Senado de la República, como órgano que tiene competencia exclusiva para ello, según la Constitución Política de Colombia (art. 104). Las razones aducidas para esta rara ocurrencia revelan una visión que no se reconcilia fácilmente con elementales principios constitucionales. Para sustentar esta visión, en un primer paso, se decide calificar de ilegal la resolución negativa adoptada por

el Senado, producto del resultado de la votación en su seno y, a continuación, el Gobierno sustituye libremente –sin más– esta resolución, por un decreto.

Parece que el Gobierno se autodenominó juez en causa propia y se vistió, además, como una especie de senado suplente. Este audaz autoempoderamiento está envuelto en una red de niebla de curiosos argumentos sobre un libre control difuso de actos jurídicos.

Más interesante aún es la caprichosa idea de que una rama del Estado puede sustituir a otra siempre y cuando se le ocurra acusar a esta otra rama de no haber cumplido con un requisito legal o constitucional. Hace recordar la famosa teoría del “hueco constitucional” que se inventó el Gobierno del Reino de Prusia liderado por el estadista Bismarck en el siglo XIX para justificar enormes gastos militares, en vista de una posible confrontación militar. Cuando la Cámara de Representantes rechazó el presupuesto y la Cámara de los Lores de Prusia lo aprobó, el Gobierno afirmó que este disenso no estaba previsto en la Constitución y declaró como aprobado el presupuesto. En este conflicto constitucional, ni siquiera los más fervientes monarquistas tomaron este argumento en serio. Después de ganar la guerra prevista, Bismarck consiguió una ley de indulto que ratificó los gastos militares *ex post*.

2.3. Abolición de la separación entre Estado y sociedad

Otra estrategia consiste en perforar el límite entre Estado y sociedad, que caracteriza al Estado de derecho moderno. El cargo público se mezcla con la agitación personal. En EE.UU., pero también en otros países americanos, el presidente se dirige repetidamente al pueblo de forma directa y no teme movilizarlo a las calles contra otros órganos constitucionales. El llamamiento abierto y encubierto a la violencia se convierte en una herramienta del Gobierno. El asalto al Capitolio en 2021 no es, por desgracia, el último ejemplo de esta desleal estrategia. Después de la derrota del presidente Bolsonaro, sus seguidores invadieron el Congreso de Brasil. Hoy en día, el llamado a las calles para bloquear carreteras o buques son ejemplo de esta nueva tendencia que convierte a ciudadanos en agentes de gobierno.

La desestabilización del orden público es el terreno fértil e ideal que usan las tendencias autocráticas. Se presta fácilmente para imponer estados de excepción, incluso hasta la prórroga de elecciones, o para justificar medidas represivas que permitan al Gobierno ponerse en escena como salvador de la paz interna y propulsar cambios constitucionales como la reelección indefinida, tal como acaba de ocurrir en El Salvador.

2.4. Deslegitimación e intimidación de otros órganos estatales

Como si fuera poco, otro medio populista de socavar la Constitución es la deslegitimación deliberada de otros órganos constitucionales por parte del gobierno invocando la supuesta voluntad del pueblo. El siguiente nivel de intimidación se alcanza

cuando los jueces y otros funcionarios públicos se ven privados de la protección de sus instituciones y son criticados y señalados personalmente e intimidados mediante intromisiones en sus vidas privadas. Recientemente, el presidente de Ecuador lideró una marcha contra la Corte Constitucional declarándola enemiga del pueblo. Además, el mandatario de la República exigió a los magistrados de la Corte desalojar las oficinas del Tribunal. Aunque esta orden fue retractada, la amenaza subsiste. Como se sabe, en Colombia y otros países vecinos, por asaltar a la justicia constitucional, pecaron y siguen pecando regímenes de varios colores políticos.

2.5. El gran partido: revolución pseudolegal mediante la remodelación de la constitución

La culminación de los procesos autocráticos, el *great game*, es la transformación radical de la constitución. Nuestras constituciones suelen establecer elevados obstáculos formales para una reorganización radical, con los que se pretende garantizar la legitimidad mediante un amplio consenso. En Alemania, el Tercer Reich se aseguró la mayoría de dos tercios necesaria en el Parlamento, aterrorizando a la oposición y apresando a sus representantes en campos de concentración. Hoy, los enemigos del orden democrático conocen medios menos brutales. Quienes no logran las mayorías necesarias para modificar la constitución en los órganos legislativos recurren a una medida popular para anular la constitución: Es decir, la convocatoria de una asamblea constituyente sin base en la Constitución vigente. Esto no es ni más ni menos que una revolución.

La Constitución de Colombia exige para su reforma un procedimiento claramente definido y establece condiciones sustantivas. En Colombia, algunas voces tejen la leyenda de una pseudolegalidad señalando la novación constitucional de 1991. Este paralelo simplista ignora el hecho de que la antigua constitución de 1886 era muy rígida y que la Corte Suprema abrió el camino a una asamblea constituyente. Hoy en día, solo un proceso que se ajuste a las normas de la carta magna de 1991 puede invocar la legalidad según la constitución vigente.

Además, no hay pruebas de que la Constitución de 1991 haya perdido legitimidad en la conciencia jurídica de la población. Al contrario, sigue siendo el único marco jurídico del país como comunidad jurídica. Recordemos que en la historia occidental las revoluciones impuestas desde arriba contra un orden legítimo suelen llevar a la dictadura o a la guerra civil. Es importante recordar que las reglas de organismos regionales como la OEA establecen medidas colectivas contra rupturas de legitimidad constitucional.

3. El tercer poder como garante del Estado de derecho democrático

3.1. Control judicial

El Estado de derecho moderno, la separación de poderes y los derechos fundamentales gozan de protección contra la invasión del ejecutivo mediante el control judicial. El papel del poder judicial es tanto más importante cuanto más inoperantes son los órganos legislativos y otros órganos de control. Los tribunales también corren el riesgo de debilitarse desde dentro por la influencia del ejecutivo en el nombramiento de las cúpulas judiciales. Los cambios en el procedimiento de nombramiento y la jubilación estatutaria son otros medios para crear armonía entre el segundo y el tercer poder. Para todos estos ataques al poder judicial independiente, los gobiernos anteriores y actuales de Hungría, Polonia y EE.UU. ofrecen un material ilustrativo preocupante. La reforma judicial más reciente en Israel también es controvertida, porque amplía la influencia política sobre la Corte Suprema. Las competencias del tribunal constitucional y de otros tribunales supremos son cruciales para la protección de la separación de poderes y de los derechos fundamentales. Los ataques personales contra jueces son otro instrumento para poner al poder judicial bajo un estado de sitio. Estos ataques son síntomas alarmantes.

La calidad de la protección jurídica depende en gran medida de las competencias de nuestros tribunales constitucionales y de otros tribunales supremos. Un proceso contencioso entre los órganos constitucionales del Estado, como lo establece la Ley Fundamental de Alemania, es un mecanismo eficaz para proteger la separación de poderes, sobre todo si hasta minorías parlamentarias o partidos pueden iniciarlo. Sin embargo, este instrumento es desconocido en muchos ordenamientos jurídicos. Por otro lado, la protección de los derechos fundamentales individuales, por ejemplo, a través de la acción de tutela, puede servir indirectamente para proteger la separación de poderes. Cuando la acción ejecutiva está sujeta inicialmente a la revisión de tribunales administrativos de primera instancia, las altas cortes siguen operando como garante último del orden constitucional. Pero no solamente ellas, sino cada juez actúa como juez constitucional y garante del orden constitucional cuando aplica parámetros de la Ley Fundamental.

Una protección jurídica efectiva significa siempre una intervención jurídica a tiempo. Urge hacerse efectiva antes de que se produzcan serios hechos consumados contrarios a la ley. Por lo tanto, cuando los actos jurídicos son revisados por la Corte Constitucional, la protección jurídica provisional debe ser posible en todos los casos en que una medida cautelar sea la única manera de evitar un daño permanente al sistema jurídico. En particular, las facultades de control de la Corte Constitucional incluyen implícitamente la facultad de imponer medidas provisionales para evitar daños irreparables. Parece que esta dimensión temporal de la protección judicial se está estableciendo en la jurisprudencia.

La necesidad de una protección jurídica provisional es aún más importante si se organiza una consulta popular o un referéndum de manera inconstitucional. Esto se debe a que existe el riesgo de que se produzca un conflicto entre la legalidad constitucional y la pseudolegitimidad a través de una apelación al pueblo, que muchos ciudadanos rechazarán por respeto a la Constitución vigente. Es crucial que la intervención judicial pueda prevenir tal dilema.

Una cuestión aún abierta es qué posibilidades tienen los tribunales de contrarrestar un golpe de Estado frontal que se produzca fuera de los procedimientos contemplados en el texto constitucional. En Guatemala, el golpe de Estado de 1993 fracasó en un “momento constitucional”, un gran momento para el poder judicial. Allí, la Corte de Constitucionalidad declaró inconstitucional e ineficaz la disolución del Parlamento y de las altas cortes por parte del entonces presidente Serrano y otras medidas presidenciales, actuando *ex officio*, es decir, sin una petición externa.³ El ministro de defensa anunció esta sentencia por la radio y así se paró el golpe de Estado.

La trágica realidad es que el presidente de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala fue asesinado en la calle poco tiempo después. En un análisis que me fue solicitado por el Presidente de la Corte antes de su muerte y publicado después en su honor por la misma Corte, yo calificué esta acción como una especie de “gestión de emergencia” para proteger la Constitución, un caso de *negotio gestorum* constitucional.⁴ Años después, la Corte guatemalteca en su jurisprudencia se refirió a esta figura para salvar la integridad del orden constitucional.⁵ Por supuesto, ninguna corte se inclinaría fácilmente por realizar una intervención tan audaz fuera de las normas de procedimiento vigentes. Sin embargo, el caso de Guatemala demuestra que en algunas situaciones tal intervención es la única manera de salvar la constitución.

4. Protección del orden constitucional

Un último baluarte de la Constitución es la protección de los principios inviolables, tal como prevé la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania en su famosa cláusula eterna (art. 79.3). La Corte Constitucional de Colombia también se ha pronunciado a favor de dicho núcleo inviolable, que pone un límite exterior a las enmiendas constitucionales, aunque no existe una cláusula de eternidad explícita en la Constitución de 1991. La reforma de la constitución es sustancialmente diferente de su sustitución y no puede romper con los principios elementales del orden

³ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente no. 225-93.

⁴ Matthias Herdegen, “La Corte de Constitucionalidad como último guardián del orden constitucional: *Negotiorum gestio* para restablecer el equilibrio estatal, Reflexiones sobre la sentencia del 25 de mayo de 1993”, en *Defensa de la Constitución, libertad y democracia*, ed. por G. Larios Ochaita (Guatemala: Ediciones Superiores, 1994), 18.

⁵ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente no. 461-2014, p. 40.

vigente. La razón de tal garantía de eternidad es que cualquier socavamiento del núcleo constitucional ya no puede invocar la legitimidad del orden constitucional.⁶

En una sentencia histórica, la Corte Suprema de Israel declaró inválida una ley básica porque el retroceso del control judicial del gobierno violaba el núcleo no escrito del orden constitucional.⁷

Quien quiera desfigurar la identidad de la constitución se está situando en cierta medida fuera de la carta magna, que constituye la base de todo poder político. Incluso la idea de una sustitución completa de la constitución fuera de estos límites y fuera de los procedimientos de enmienda constitucional, no es otra cosa que la denuncia de su propia base de legitimación y un paso hacia la revolución abierta.

5. Un proceso gradual

La verdadera amenaza para un Estado de derecho democrático no proviene tanto de un gran golpe de Estado. Más bien, el Estado democrático se derrumba por una serie de asaltos bien calculados y así se muere por pedazos. Esto exige la máxima vigilancia, incluso ante el menor intento de sacudir los cimientos del sistema jurídico y la separación constitucional de poderes. Justamente es esa la razón por la que la Unión Europea y el Consejo de Europa reaccionan con tanta sensibilidad ante cualquier intento de cambio tectónico, especialmente mediante ataques al poder judicial independiente.

La sensibilidad también ha aumentado en EE. UU. desde el llamamiento a la turba durante el asalto al Capitolio, así como el llamamiento presidencial a las calles en los países latinoamericanos. Esta vigilancia por parte tanto de los ciudadanos como de los órganos constitucionales y toda la comunidad jurídica es quizás la garantía más sólida para la protección del Estado constitucional democrático frente a sus enemigos. En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia siempre podrá contar con el apoyo y la solidaridad de la comunidad jurídica, incluso desde fuera de la querida tierra de Colombia.

⁶ Matthias Herdegen, “La reforma constitucional: criterios de justiciabilidad”, en *Racionalidad y dinámica del derecho público*, ed. por M. Herdegen, Juan Pablo Irrazabal y Felipe Vergara (Bogotá: Legis, 2024), 86.

⁷ Sentencia HCJ 5658/23 (2024), *Movement for Quality Government in Israel v. Knesset*.