

LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA¹

Eduardo Cifuentes Muñoz (*)

1. NORMALIDAD Y ANORMALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

La Constitución Política (C.P.) consagra tres estados de excepción: Guerra exterior, conmoción interna y emergencia. El propósito del constituyente es el de distinguir los escenarios de la normalidad y de la anormalidad, dejando claro que inclusive este último se sujeta al imperio de la Constitución. La respuesta que el ordenamiento ofrece a la situación de anormalidad es jurídica, aunque su naturaleza, estructura y limitaciones revistan una particularidad que se explica por el fenómeno al cual se remite.

Los tres estados de excepción tienen notas comunes que se ponen de relieve en los siguientes principios que, de distinta manera, expresan una misma idea central. Los estados de excepción se definen, por contraste, a partir de la normalidad, y, en términos teleológicos, como dispositivos institucionales para retornar a ella.

(*) Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de los Andes de Colombia. Ex Presidente del Tribunal Constitucional. Defensor del Pueblo de Colombia.

¹ Este texto se publicó originalmente en la obra del doctor Ricardo Combellas **El Nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano**, Volumen II, pp. 975-1000. En la presente versión se actualiza el anterior texto. El autor agradece al doctor Juan Fernando Jaramillo Pérez su colaboración, particularmente la elaboración del punto quinto (“Algunos Comentarios sobre la Ley de Seguridad y Defensa Nacional en Colombia”).

1.1. Principio de taxatividad o *numerus clausus* de circunstancias extraordinarias

Las alteraciones de la normalidad que constituyen el régimen de excepción, son únicamente las previstas en la Constitución, a saber:

- Guerra exterior (estado de guerra exterior).
- Grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de atribuciones ordinarias de las autoridades de policía (estado de conmoción interna).
- Perturbaciones graves e inminentes, del orden económico, social y ecológico del país, o hechos que constituyan grave calamidad pública (estado de emergencia).

1.2. Principio de formalidad

El ingreso a la anormalidad y la superación de esta situación, se producen en virtud de una declaración – decreto suscrito por el Presidente y los Ministros -, la cual persigue: (1) notificar a la población el ingreso a la anormalidad; (2) expresar la verificación de un hecho habilitante de un estado de excepción, en cuya virtud el Presidente podrá expedir Decretos-Legislativos y restringir los derechos; (3) poner en acción los controles políticos (Congreso) y jurídico (Corte Constitucional) sobre la actuación del Gobierno.

1.3. Principio de proporcionalidad

El uso de los poderes excepcionales debe comportar el mínimo sacrificio posible, compatible con la situación extraordinaria y la necesidad de conjurarla, del régimen constitucional ordinario. Por consiguiente: (1) no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales; (2) no se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público; (3) el ejercicio de las facultades será sólo el necesario para enfrentar eficazmente la anormalidad; (4) los decretos-legislativos deben guardar una relación de estricta causalidad con la anormalidad y su resolución; (5) las medidas deben ser proporcionales a la gravedad de los hechos; (6) la duración de los estados está temporalmente definida; (7) el Presidente y los Ministros, responderán por los abusos que cometan al hacer uso de las facultades excepcionales.

1.4. Principio democrático

Durante los estados de excepción, el Congreso conserva la plenitud de sus funciones normativas y de control. Si bien la técnica que sustenta la legitimidad democrática se invierte – las medidas primero se expiden bajo la forma de decretos –, la misma se reconstituye con posterioridad con ocasión del control constitucional – Corte Constitucional – y político – Congreso.

La vigencia del principio democrático, llevó a la Corte a limitar el ámbito de la anormalidad, recurriendo a categorías y conceptos propios de la teoría de sistemas:

“El ámbito de las instituciones de la anormalidad se reserva para aquellas perturbaciones que puedan poner en peligro elementos y condiciones esenciales del sistema económico, político, social o del medio ambiente, más allá de lo que resulte ser en un momento dado su rango normal de existencia o funcionamiento y que tenga la posibilidad de amenazar con superar el límite crítico. La función de los gobernantes es la de crear condiciones para vivir en la normalidad y controlar que las tensiones no rebasen los márgenes normales, actuando en todo caso cuando todavía se dispone de una capacidad de respuesta antes de que una de ellas llegue al punto crítico y la sociedad y sus instituciones se expongan al colapso”.

2. MARGEN DE APRECIACIÓN Y DISCRECIONALIDAD EN LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

La Constitución, en esta materia, es necesariamente ambivalente. De una parte, le otorga al Presidente poderes discrecionales para conjurar situaciones de crisis. De otra, establece mecanismos que limitan y frenan el abuso de la discrecionalidad.

2.1. Margen de apreciación de los hechos que constituyen el presupuesto objetivo de los estados de excepción

Según los arts. 214-5 y 215 de la C.P., el Presidente y los Ministros serán responsables cuando declaren los estados de excepción sin presentarse las circunstancias previstas en la Constitución. Por lo tanto, la determinación de los supuestos de hecho configuradores de los estados de excepción por parte del Presidente, no refleja ningún poder discrecional. Los hechos que integran las causales de los estados de excepción se formulan en la Constitución mediante fórmulas o conceptos jurídicos indeterminados – grave perturbación del orden público, amenaza a la estabilidad institucional, grave daño a la convivencia ciudadana etc. –, aunque determinables. En este sentido, se le debe reconocer al Presidente un margen necesario – La Corte lo

califica de “discreto” – de apreciación e interpretación de la realidad subyacente, pese a que no puede **“ignorar la existencia real de los hechos que dan base a sus calificaciones, ni sustraerse a un escrutinio lógico y racional del nexo de probabilidad que pueda enlazarse a sus manifestaciones y previsiones, así como de la misma congruencia de su argumentación a la luz de las circunstancias cuya existencia se proclama”**. En suma, el juicio del Presidente es de naturaleza cognoscitiva e interpretativa, por no estar referido a la oportunidad o conveniencia, sino a la existencia o inexistencia de los hechos que constituyen el presupuesto objetivo de los estados de excepción.

2.2. Margen de discrecionalidad

Según el art. 189-4 de la C.P., el Presidente es el responsable de conservar y restablecer el orden público en todo el territorio nacional. Frente a las situaciones de anormalidad, de suyo variadas, contingentes, e imprevistas, corresponde al Presidente tomar las medidas que a su juicio sean las indicadas para superar la crisis. El restablecimiento del orden alterado por los hechos perturbadores, no sería posible sino se reconoce en cabeza del Presidente un adecuado margen de discreción. Declarado un estado de excepción, los decretos que como consecuencia dicta el Presidente, se originan en una competencia discrecional.

3. CONTROL DE LOS PODERES PRESIDENCIALES AL AMPARO DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

3.1. Control político

Los estados de excepción no interrumpen el funcionamiento del Congreso, el cual conserva la plenitud de sus atribuciones constitucionales y puede, en cualquier época, reformar o derogar los decretos legislativos. En caso de guerra exterior, la reforma o derogación de los decretos legislativos, requieren el voto favorable de los dos tercios de los miembros de una y otra cámara (C.P. art. 213).

Dentro de los tres días siguientes a la declaratoria o prórroga del estado de conmoción, el Congreso se reunirá por derecho propio, entre otros propósitos, a fin de examinar el informe motivado que habrá de presentar el Presidente sobre las razones que determinaron la declaración (C.P. art. 213).

Tratándose del estado de emergencia, el Congreso examinará el informe motivado presentado por el Gobierno y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las medidas adoptadas (C.P. art. 215). Dentro del año siguiente

a la declaratoria de la emergencia, el Congreso podrá derogar, modificar o adicionar los decretos dictados, inclusive en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del gobierno.

3.2. Control judicial

A voces de los artículos 214-6 y 215 – párrafo de la C.P. -, el gobierno enviará a la Corte Constitucional, al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades excepcionales, para que aquélla decida definitivamente sobre su constitucionalidad.

3.2.1 Control constitucional de los decretos que declaran un estado de excepción

Además del control formal – referido a la concurrencia de ciertos requisitos que exige la Constitución: existencia de motivación; firma del Presidente y los Ministros; período de duración -, que por varios lustros fue el único existente, la Corte Constitucional creada por la Constitución de 1991, asumió el control material de los decretos mediante los cuales se declaran los estados de excepción. El control material se ocupa de establecer la existencia real de las circunstancias y hechos en los que se sustenta la respectiva declaratoria del estado de excepción.

Las razones que apoyan el control material son los siguientes:

- En el estado de derecho, no existen poderes omnímodos.
- El control circunscrito a los aspectos formales, carece de relevancia y no amerita que se adscriba al máximo órgano de la jurisdicción constitucional.
- La Constitución atribuye a la Corte el control constitucional de los decretos dictados al amparo de los estados de excepción, sin hacer entre ellos distinción alguna.
- El control integral es el único que asegura la primacía de la Constitución como norma de normas.
- Si se omite el control material, los poderes del Presidente, en la materia, serían supraconstitucionales.
- A la Corte corresponde la guarda de la “integridad” y de la “supremacía” de la Constitución.

3.2.2. Control constitucional de los decretos dictados en desarrollo de los estados de excepción

La Corte realiza un examen constitucional integral de los decretos legislativos dictados por el Presidente. Se confronta cada decreto con el universo de las normas constitucionales.

Entre otros aspectos, el examen constitucional se ocupa de verificar, en primer término, la relación de causalidad y conexidad de la medida con la situación específica que hubiere determinado el estado de excepción. Esta relación debe ser “directa y específica”. En segundo término, se toma en consideración la “proporcionalidad” de las medidas con referencia a la gravedad de los hechos.

Sin embargo, la justificación principal del control constitucional, está dado por la protección de los derechos frente a la expansión de los poderes presidenciales y al uso que se haga de los mismos.

A este respecto, la ley estatutaria sobre los estados de excepción, con base en los tratados internacionales suscritos por Colombia, distingue, entre los derechos, los que son intangibles – por tanto, inafectables durante los estados de excepción – y los que no lo son y que, por consiguiente, podrían ser restringidos durante los estados de excepción.

El artículo 4° de la citada ley, dispone:

“Artículo 4°

Derechos intangibles. De conformidad con el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los demás tratados sobre la materia ratificados por Colombia, durante los estados de excepción serán intangibles; el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, la prisión perpetua y confiscación, la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño, a la protección por parte de su familia; de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles; el derecho

al Hábeas Corpus y el derecho de los colombianos por nacimiento a no ser extraditados.

Tampoco podrán ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

De conformidad con el literal b) del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de estos Estados.

Parágrafo 1. Garantía de la libre y pacífica actividad política. Los derechos a constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas, a formar parte de ellas, a participar en sus actividades legítimas y a hacer oposición, podrán ser ejercidos libremente dentro del respeto de la Constitución Política y sin recurrir a ninguna forma de violencia.

Parágrafo 2. Para asegurar la efectividad del derecho a la paz, en ejercicio de las facultades derivadas del estado de Conmoción Interior, se podrá expedir medidas exceptivas encaminadas a facilitar la reincorporación de delincuentes políticos a la vida civil y para remover obstáculos de índole administrativa, presupuestal o jurídica. En desarrollo de estas facultades el Gobierno podrá conceder, por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos por delitos políticos y conexos”.

Por su parte, la mencionada ley prohíbe la suspensión de derechos y determina el alcance de las limitaciones que pueden imponerse a los derechos “no intangibles”.

“Artículo 5. Prohibición de suspender derechos. Las limitaciones a los derechos no podrán ser tan gravosas que impliquen la negación de la dignidad humana, de la intimidad, de la libertad de asociación, del derecho al trabajo, del derecho a la educación, de la libertad de expresión y de los demás derechos humanos y libertades fundamentales que no pueden ser suspendidos en ningún estado de excepción.

Tampoco podrán ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. De todas formas se garantizarán los derechos consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política”.

“Artículo 6. Ausencia de regulación. En caso que sea necesario limitar el ejercicio de algún derecho no intangible, no tratado en la ley, no se podrá afectar su núcleo esencial y se deberán establecer garantías y controles para su ejercicio”.

4. UTILIZACIÓN DE LOS PODERES EXCEPCIONALES EN COLOMBIA

4.1. Período anterior a la promulgación de la Constitución de 1991

Sin duda alguna el artículo 121 fue el más famoso y socorrido del anterior ordenamiento constitucional. En él se consagraba el entonces denominado “Estado de sitio”.

La utilización indiscriminada de este mecanismo excepcional, terminó por restarle eficacia. Lo más grave, el régimen constitucional ordinario, adquirió naturaleza excepcional y, en gran medida, fue desplazado por un conjunto normativo de acento marcadamente represivo, frecuentemente convertido en legislación permanente.

La Asamblea Constituyente – convocada paradójicamente en virtud del decreto de estado de sitio No. 1926 de agosto 24 de 1990, “por medio del cual se ordena a la organización electoral contabilizar los votos que se emitan el 9 de diciembre de 1990 para que los ciudadanos tengan la oportunidad de convocar e integrar una Asamblea Constitucional”, reaccionó contra el abuso de estado de sitio, en los siguientes términos:

“El artículo 121 de la Constitución vigente, que establece el Estado de Sitio, mantiene intacto el espíritu de la Constitución del 5 de agosto de 1986 y su uso exagerado ha ido produciendo una deformación grave del Estado de Derecho en Colombia. El primer uso excesivo fue la llamada ley de los caballos de 1887, que suspendió los derechos civiles y produjo la Guerra de los Mil Días. La situación se ha agudizado en los últimos 43 años, por el uso casi continuo del régimen de emergencia. Podría decirse que muchos de los constituyentes somos de la generación del Estado de Sitio.

Esa aplicación repetida (en ocasiones abusiva) de las normas de excepción, se caracteriza por los siguientes elementos:

- a) Se aplica por igual a la guerra exterior y la conmoción interna, lo cual cubre fenómenos internacionales y sociales de muy diversa índole. En la guerra

externa, seguramente hay unidad nacional ante la amenaza exterior. En cambio en el conflicto interno, la sociedad está dividida y enfrentada entre sí.

- b) El Presidente de la República queda *ipso facto* investido de todas las facultades excepcionales que permite la Constitución acumulando un poder enorme. A pesar de haberse utilizado en exceso ha sido ineficaz para resolver las situaciones de conmoción interna que hemos tenido en los últimos años. Es como tener un cañón para cazar un ratón. No existe una gradación de la medida de la excepción, de modo que a cada situación se pueda responder con una acción proporcional adecuada a su gravedad.
- c) Vulnera el Estado de Derecho al permitir la expedición y suspensión de las leyes sin otra limitación que la presunta conexidad, entre las causas que llevaron a su implantación y las leyes expedidas o suspendidas. Ello significa la invasión desmedida de la órbita legislativa.
- d) Todo lo anterior produce un Estado de Sitio permanente, donde el Ejecutivo queda “preso” en su mantenimiento para conservar vigentes las leyes expedidas, aunque las causales de alteración de la normalidad hayan cesado o cambiado de carácter.
- e) El control constitucional que ejerce la Corte Suprema se ha limitado al ordenamiento jurídico para decisiones que tienen alto contenido político por lo que su concepto ha sido objeto de interpretaciones muy variables, aunque se ha ido consolidando una doctrina al respecto.

(...)

- g) En resumen el Estado de Sitio está desgastado como medida eficaz para recuperar la normalidad.

(...)

“En el actual texto constitucional se incluyen crisis de naturaleza diferente, como son la guerra internacional y diversas situaciones de conmoción interior.

Ello contradice la lógica jurídica. La Guerra exterior hoy está regida por compromisos internacionales en el seno de las Naciones Unidas y la Organi-

zación de Estados Americanos. Así mismo, las consecuencias internas de un conflicto entre naciones, son bien distintas de las que proceden de las crisis sociales y políticas en el interior de nuestros países”.

(...)

“Actualmente todo hecho de alteración del orden público recibe el tratamiento jurídico propio de las disposiciones para ‘tiempos de guerra’. Un paro cívico, una huelga, una asonada en un municipio lejano, son tratados con el mismo rigor jurídico de la guerra total.

Para recuperar la normalidad, deben aplicarse medidas excepcionales proporcionales a los hechos y adecuadas a los fines. Ello requiere una racionalidad en la graduación de los estados de excepción”.

(...)

“El estado de excepción no es ni puede ser un estado de hecho. Es una de las expresiones del estado de derecho. Por lo tanto debe ser normado. Tiene como objeto el reforzamiento de la facultad defensiva del Estado para recuperar la normalidad dentro del estado de derecho”

Los estados de excepción en la jurisprudencia de la Corte...

(...)

“Hoy, los derechos se restringen en forma arbitraria. Sin embargo, la limitación es escasa porque la Constitución actual es muy parca en derechos y los trata de manera muy general, y porque la Corte Suprema ha sido muy variable en sus apreciaciones sobre el tema”.

(...)

“La expedición de los derechos-ley en uso de la actual legislación de Estado de Sitio, es el más grave “efecto perverso” de la actual regulación del Estado de Sitio. De acuerdo con el constitucionalista Gustavo Gallón, usando el Estado de Sitio se ha legislado sobre las materias más diversas, que incluyen las siguientes:

- Medidas administrativas como la creación y supresión de cargos en la ad-

ministración pública.

- Medidas que afectan la administración de justicia y la Procuraduría General de la Nación.
- Medidas relacionadas con el funcionamiento del Congreso, las Asambleas Departamentales y los Consejos Municipales.
- Medidas de carácter penal en el derecho procesal.
- Establecimiento de nuevos delitos o contravenciones y modificación de los ya existentes.
- Modificaciones en el derecho civil o procesal civil.
- Medidas fiscales tendientes a modificar el régimen impositivo y el pago de la deuda pública.
- Medidas económicas y monetarias.
- Medidas relativas a la legislación laboral”.

(...)

“En los últimos 42 años, el país ha vivido 37 años en estado de sitio, convirtiéndose una medida excepcional en un régimen permanente, pues de la Constitución, el único artículo cuya aplicación debería ser la excepción, es el artículo de más permanente aplicación. En vez de la excepción confirmar la regla, la excepción se convierte en regla”.

(...)

“La discusión si se puede limitar el tiempo de duración del estado o estado de emergencia, sin que hayan cesado las causas de perturbación del orden público, es claramente pertinente.

La lógica parece indicar que no debe limitarse el tiempo, pues no puede predecirse la duración de la perturbación. Pero la realidad muestra que en Colombia la prolongación en el tiempo del estado de excepción no ha resuelto el desorden, sino que puede aún haberlo agravado, y sin duda ha deteriorado gra-

vemente la figura del estado de sitio. Además, se ha convertido en una muleta para gobernar casi al margen del estado de derecho. Ha desordenado las estructuras institucionales, por los frecuentes cambios de orientación en la búsqueda de soluciones que no llegan, por la vía excepcional”.²

4.2. Período posterior a la expedición de la Constitución de 1991

El Gobierno, durante este período, ha hecho uso del estado de emergencia en tres ocasiones y del estado de conmoción interior en cinco.

Para los propósitos de este escrito, se hará una breve presentación de la motivación básica de cada una de las declaratorias de los diferentes estados de excepción, lo mismo que de los argumentos del respectivo fallo de la Corte Constitucional.

4.2.1. Decreto 333 del 24 de febrero de 1992

El Gobierno decretó el estado de emergencia en vista de una significativa perturbación del clima laboral en el sector oficial, originada en la falta de alza oportuna de salarios – la capacidad adquisitiva del salario se había deteriorado en promedio un 44% –, la que igualmente se extendía a los miembros de la fuerza pública, que no podía ser conjurada a través de los instrumentos ordinarios, ya que la nueva Constitución exigía la expedición de una ley cuadro en materia de salarios públicos, la que en un breve término no podía dictarse.

La Corte en la sentencia C-004 de 1992, que declaró la constitucionalidad del decreto, encontró probada la existencia del hecho perturbador del orden social, a raíz de la ausencia del indicado instrumento legal de política salarial.

En la citada sentencia expresó la Corte Constitucional: “una necesidad importante y extraordinaria e improrrogable en el tiempo es una hipótesis que entra en el concepto de hecho sobreviniente con aptitud para erigirse en amenaza grave e inminente del orden social. La necesidad extraordinaria es aquella que no puede ser satisfecha, en un tiempo razonable, a través de los medios de la legislación ordinaria. Esa necesidad es improrrogable en el tiempo y es importante si, en el contexto social y político del momento, su solución reviste carácter de urgencia y da respuesta a un interés vital para la sociedad, cuya negación puede y tiene la aptitud para afectar la tensión social normal y desplazarla hacia un nivel crítico”.

² *Gaceta Constitucional* N° 76 de mayo 18 de 1991, pp. 12 y 13.

4.2.2. Decreto 680 del 23 de abril de 1992

El Gobierno decretó el estado de emergencia como consecuencia de la hidrología extremadamente seca, vinculada al fenómeno “el niño” que afectó severamente el nivel de los embalses e implicó una aguda reducción del suministro de emergencia. Al racionamiento se sumaban los problemas estructurales y operacionales de las empresas públicas del sector eléctrico.

La Corte declaró la constitucionalidad del estado de emergencia (sentencia C-447 del 9 de junio de 1992). En la sentencia citada, una vez más, desde la perspectiva de la teoría de sistemas – fecunda para analizar las complejas situaciones de crisis – se expresa: “constituye hecho sobreviniente, distinto de los previstos en los artículos 212 y 213 de la C.P., la aguda y grave escasez y el consiguiente racionamiento de un bien público esencial, de carácter no transable, cuya prolongación en el tiempo altera de manera significativa las condiciones normales de funcionamiento de la sociedad y de la economía, pudiendo, de persistir, afectarlas hasta niveles críticos”.

Finalmente, en la sentencia se hace un planteamiento importante, en relación con las causas estructurales del hecho perturbador: “No cabe ciertamente aislar lo estructural de lo operacional, como quiera que un vicio estructural, al tornarse crónico – y no recibir el tratamiento debido – tiene la aptitud de manifestarse cuando ya deviene en crisis a través de múltiples problemas operativos”.

4.2.3. Decreto 1155 del 10 de julio de 1992

El Gobierno decretó el estado de conmoción interior con el objeto de impedir que personas sindicadas de delitos graves – terrorismo, secuestro, subversión etc. – cuya investigación y juzgamiento estaba a cargo de los fiscales y jueces regionales – antigua jurisdicción de orden público –, fueran puestos en libertad al ser resueltos los recursos de Hábeas Corpus y peticiones de libertad interpuestos.

En efecto, en una carta enviada por el fiscal general, se ponía de presente que, al entrar en vigencia el nuevo código de procedimiento penal, cuyo artículo 415 contemplaba como causal de excarcelación la no calificación del sumario pasados ciento veinte días de privación efectiva de la libertad, se habían formulado múltiples solicitudes de libertad por parte de los procesados de los delitos ya indicados que, a su juicio, estaban sometidos a normas penales especiales que restringían la libertad provisional a dos eventos: que el procesado tuviera más de sesenta y cinco (65) años o que hubiere estado privado de la libertad por un término igual al máximo de la pena que eventualmente se le debiere imponer. En estas condiciones, la razón de ser de la

declaratoria de conmoción interior, era la de poder auspiciar, mediante la rápida expedición de un decreto-ley, una interpretación auténtica del Código de Procedimiento Penal en el sentido de circunscribir la norma nueva sobre excarcelación a los delitos ordinarios y reiterar que la detención preventiva de los procesados por los jueces y fiscales regionales se sujetaba a normas especiales (decreto 2271 de 1991).

La Corte en la sentencia C-556 de 1992, sin hacer un análisis detenido del presupuesto objetivo de la conmoción, aceptó las manifestaciones del Gobierno sobre la alteración del orden público "(...) Las referencias desestabilizadoras - señala la Corte - del orden público consideradas en la parte motiva del decreto, no dejan duda sobre su existencia ni sobre la racional apreciación hecha sobre las mismas por el Gobierno para declarar el estado de conmoción interior (...)"

4.2.4. Decreto 1793 del 8 de noviembre de 1992

El Gobierno decretó el estado de conmoción interior al verificar una agravación significativa de las acciones terroristas de las organizaciones guerrilleras y de la delincuencia organizada.

De otro lado, los grupos antisociales habían intensificado su estrategia de atacar a la población civil y destruir la infraestructura de producción y de servicios. Se observaba, también, que las distintas organizaciones guerrilleras aumentaban su radio de acción a nivel nacional, valiéndose para el efecto de un incremento de sus miembros y de una multiplicación de sus fuentes financieras ilícitas.

La Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de la declaratoria del estado de conmoción interior (sentencia C-031 de 1993), no obstante que la existencia de las organizaciones subversivas armadas, se registraba desde hacía más de cuarenta años. La Corte dictaminó que su posición de fuerza material y de poderío económico, no era compatible con el régimen constitucional, como quiera que sólo el Estado podía detentar el monopolio de la fuerza. La construcción histórica del estado colombiano y de la democracia - advirtió la Corte - exigía que el monopolio legítimo de la fuerza descansara sólo en su cabeza. Este resultado podía alcanzarse gracias a la rendición de las fuerzas antagónicas o por la vía de las negociaciones, extremos ambos que debía apreciar el Presidente como responsable del orden público.

En la sentencia de la Corte se subraya que "la circunstancia de que la violencia y los factores que la generan no siempre se originan en el pasado reciente - lo que ha llevado a algunos a hablar de "anormalidad normal" - no les resta alcance o significado como causal perturbadora del orden público, como quiera que la existencia de

formidables aparatos de fuerza, así su formación haya sido fruto de un largo proceso, no deja de ser patológico en el plano constitucional y amenazante y desestabilizador en los campos social e institucional, si cabe en este momento aún mayor que en el pasado por su mayor envergadura y capacidad de daño”.

La Corte dejó sentada la siguiente sub-regla constitucional: “La consolidación de posiciones de fuerza y de poderío económico incompatibles con el régimen constitucional, por parte de organizaciones privadas, desde las cuales se genera violencia actual o potencial y se intenta controlar o usufructuar el territorio, bienes y funciones sociales básicas, unida a la necesidad de suprimir eficazmente los factores que contribuyen a su mantenimiento y crecimiento – los cuales impiden el goce pleno de los derechos y libertades y se oponen al principio democrático -, no pudiendo conjurarse con las atribuciones ordinarias de policía, constituye un caso grave de perturbación del orden público que por atentar de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado y la convivencia ciudadana, justifica la declaración del estado de conmoción interior”.

4.2.5. Decreto 874 del 1° de mayo de 1994

El Gobierno decretó el Estado de conmoción interior, luego de recibir una comunicación del Fiscal General fechada el 30 de abril, en la que informaba sobre el inminente regreso a la libertad de las personas sindicadas de la comisión de graves delitos – investigadas por los fiscales regionales – como consecuencia del vencimiento próximo de los términos de instrucción y juzgamiento a sucederse el 2 de mayo, sin que pudiese garantizarse que antes de esta fecha se calificase el mérito de los sumarios. De acuerdo con el Fiscal, por no haberse podido calificar los respectivos procesos, podían obtener la libertad 724 personas vinculadas a procesos por narcotráfico, secuestro, terrorismo, extorsión, rebelión y sedición, entre otros.

La Corte, en esta ocasión, por primera vez en la historia constitucional del país, declaró la inconstitucionalidad del decreto de conmoción interior. Antes de resumir los argumentos principales del fallo, se sintetizarán los antecedentes normativos del decreto del Gobierno.

- (1) El artículo 8° transitorio de la C.P. autorizó al Gobierno para convertir en legislación permanente, los decretos de estado de sitio promulgados hasta la fecha, siempre que no fueren improbados por la comisión especial.
- (2) Las normas adoptadas dispusieron, en relación con los delitos de competencia de los fiscales y jueces regionales – terrorismo, subversión, secues-

tro, rebelión, sedición, narcotráfico etc. – la aplicación de las normas especiales.

- (3) Entre las normas especiales, se destacan las del Decreto 2271/91, en cuya virtud para los procesados por los indicados delitos, sólo se contemplan dos causales de libertad provisional: (1) privación efectiva de la libertad, en detención preventiva, por un tiempo igual al de la pena principal y (2) tener 70 años de edad y no registrar antecedentes penales por delitos semejantes.
- (4) Mediante el decreto 1155 del 10 de julio de 1992, el Gobierno decretó el estado de conmoción interior, con el objeto de impedir que prosperase una interpretación consistente en aplicar a los procesados por los mencionados delitos las disposiciones más generosas, en punto a la libertad provisional, contenidas en el nuevo Código de Procedimiento Penal.
- (5) El Congreso expidió la ley 15 de 1992 con el objeto de adoptar como legislación permanente el artículo 4° del decreto 1156 de 1992, en el cual se prohibía la interpretación gubernamental a cuyo tenor los delitos de competencia de la “justicia regional”, en lo relativo a las causales de detención preventiva, se sujetaban no a las normas ordinarias sino a las especiales.
- (6) La Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la ley 15 de 1992 (sentencia C-301 del 2 de agosto de 1993). En su concepto, la detención preventiva, medida cautelar por excelencia, no podía convertirse en una especie de condena anticipada. Las causales que regulaban la prevención preventiva debían consultar los criterios de la razonabilidad y la proporcionalidad.
- (7) El Gobierno que a la sazón gozaba de las facultades excepcionales de la conmoción interior, dictó el decreto legislativo 1496 de 1993, con el objeto de fijar plazos precisos y razonables para la etapa de instrucción y la detención preventiva referidas a los delitos ya mencionados.
- (8) Al dejar de regir el anterior decreto, se promulgó la ley 81 de 1993. En esta ley se establecieron la causales y los términos para la procedencia de la libertad provisional en el caso de los delitos de competencia de los jueces regionales. Por lo general, los términos se duplican respecto a los delitos ordinarios. En relación con los procesos en los que a la entrada en vigencia de la ley, hubieren sindicados privados de la libertad, el término máximo de detención sin que se hubiere calificado, se fijó en seis meses. Justamente,

este término expiraba el 2 de mayo de 1994, y a él se refería el Fiscal en su comunicación al Presidente. No se acreditó ante la Corte ninguna prueba singular o colectiva sobre la real y efectiva capacidad de alteración del orden público asignada a los sindicatos, luego de que accediesen a la libertad.

La Corte, en su sentencia, demuestra la falta de sustento lógico y jurídico de la ecuación en que se basa el estado de conmoción interior: “Sindicación de un hecho punible grave del pasado = capacidad de alteración del orden público del futuro”. La perpetración de nuevos delitos y por parte de los detenidos, no se desprende de la mera sindicación de un hecho delictivo pasado. Admitir la validez de la anotada ecuación equivale a ignorar la capacidad de autodeterminación de la persona humana, no menos que a instituir un tipo de responsabilidad objetiva. El decreto – según la Corte – presume que el sindicado, una vez puesto en libertad, contribuirá ineluctablemente a alterar el orden público. Esta ciega conexidad y fatalidad, viola también la presunción de inocencia de los detenidos.

El efecto inhibitorio de la libertad – que de otro modo cabría conceder a los detenidos cuyos sumarios no se calificaran dentro del término –, anota la Corte, viola el derecho a los sindicatos a un proceso público sin dilaciones injustificadas; el derecho al debido proceso, el derecho a la favorabilidad en materia penal; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho a la libertad.

Finalmente, la Corte considera que el Presidente no puede sustituir a los jueces en su tarea de contabilizar y aplicar los términos procesales. So pretexto de la existencia de dificultades funcionales o estructurales de la justicia, no puede el ejecutivo – mediante la declaratoria del estado de conmoción interior – modificar el curso normal de los procesos e intervenir en ellos a su amaño.

4.2.6. Decreto 1168 del 9 de junio 1994

El Presidente decretó el estado de emergencia con el objeto de enfrentar la calamidad pública que se presentó en los departamentos del Cauca y del Huila como consecuencia de un sismo que produjo desbordamientos de ríos y avalanchas.

La Corte Constitucional declaró la constitucionalidad del referido decreto. En efecto, se comprobó la existencia de los presupuestos materiales de la declaratoria de emergencia, lo mismo que las dramáticas alteraciones de las condiciones normales de la vida social y económica de las poblaciones afectadas.

4.2.7. Decreto 1370 del 16 de agosto de 1995

El Gobierno decretó el estado de conmoción interior, pues, a su juicio, “la situación de orden público se ha agravado en las últimas semanas como resultado de la acción de la delincuencia común, la delincuencia organizada y la subversión, generadoras de los acontecimientos de violencia que han sacudido al país (...)”. Además del incremento de la delincuencia, el gobierno alegó dos hechos adicionales que justificaban la declaratoria de conmoción interior: La congestión de la justicia, que incidía en el aumento de la impunidad; y, de otra parte, el deterioro del régimen carcelario (comisión de delitos desde su interior y participación del cuerpo de custodia en graves irregularidades).

La Corte Constitucional, mediante sentencia del 18 de octubre de 1995 (C-466/95), declaró la inconstitucionalidad del anterior decreto. En síntesis, las razones de su decisión fueron las siguientes:

1- Los fenómenos delincuenciales a los que alude el decreto, son hechos notorios que afectan a la población desde tiempos pretéritos, que no han sido contrarrestados con acciones eficaces. No puede el gobierno dejar de hacer uso de los mecanismos ordinarios de que dispone, “como si su actitud debiera consistir en esperar que la acumulación de males se hiciera insoportable, para tratarlos con medidas de excepción bajo la vigencia de un régimen restrictivo de libertades”.

2- Los hechos en que se fundamenta la conmoción interior deben ser sobrevenientes, vale decir, excepcionales, cualitativa y cuantitativamente. Según los informes suministrados por el gobierno, los índices de criminalidad en el país han sufrido, respecto del período anterior variaciones mínimas. La situación criminal simplemente se muestra como fenómeno arraigado que por su patología y carácter endémico, debe ser tratado por medio de los mecanismos ordinarios y permanentes llamados a resolver problemas funcionales y estructurales normales, de modo que se ataque su génesis y no la erupción epidérmica. No está aprobado el carácter excepcional de la actual situación.

3- El uso de la conmoción interior debe ceñirse rigurosamente a los requisitos establecidos en la Constitución, si no se quiere incurrir “en los desbordamientos que determinaron la abolición del antiguo estado de sitio”. Los hechos que justifican su implantación, por consiguiente, sólo pueden ser sobrevenientes, coyunturales, súbitos e imprevistos, o crónicos siempre que “repentinamente revistieran grados de intensidad inusitados”. No es ese el caso de la “fluctuante y crónica delincuencia común” o la añeja presencia de las organizaciones guerrilleras.

4- La naturaleza transitoria de las medidas de la conmoción interior, demuestra que los males endémicos no justifican “un eterno régimen de libertades menguadas”. Agrega la Corte: “el mensaje implícito en la nueva Carta no puede ser más claro: a los males que se han hecho permanentes, hay que atacarlos con políticas igualmente estables, de largo aliento cuidadosamente pensadas y diseñadas”.

5- Existen medios ordinarios policivos para contrarrestar el desorden existente. En primer término, pese a que la Constitución faculta al Congreso para organizar en las zonas afectadas por aguda violencia un plan trienal de seguridad social de emergencia (C.P., art. 47 transitorio), hasta la fecha ni siquiera se ha presentado un proyecto de ley. Igualmente, no obstante que ahora se pretende por el gobierno judicializar algunas conductas contravencionales – cuyo conocimiento está atribuido a los inspectores de policía – que alteran la convivencia ciudadana, tampoco se ha presentado un proyecto de ley que desarrolle el artículo 28 transitorio de la Constitución, el cual contemple que las mismas deben atribuirse a las autoridades judiciales. Finalmente, llama la atención que ante la situación alegada por el gobierno, no se haya hecho uso de la figura de “estado de emergencia penitenciaria y carcelaria”, prevista en el código que regula la materia.

6- El umbral que tiene que superarse para decretar la conmoción interior es más elevado que en el pasado, pues la mayor parte de las normas para combatir la subversión y el narcotráfico dictadas al amparo de los estados de excepción, se convirtieron en legislación permanente.

7- Las situaciones crónicas de perturbación del orden público, pueden dar lugar a la declaratoria de un estado de conmoción interior, siempre que no alcance a ser conjurada mediante el eficiente y oportuno ejercicio de las facultades ordinarias (principio de subsidiariedad).

4.2.8. Decreto 1900 del 2 de noviembre de 1995

El Gobierno decretó el estado de conmoción interior acreditando que entre agosto y noviembre de 1995 habían ocurrido numerosos hechos de violencia atribuibles a organizaciones criminales y relacionados en su mayoría con el conflicto armado. A estos hechos se sumaba el lamentable magnicidio del dirigente político Álvaro Gómez Hurtado, el asesinato de un ex ministro de Estado y el atentado contra el abogado defensor del Presidente de la República en el juicio que fue adelantado en su contra. Asimismo, había surgido una serie de amenazas contra diversas personalidades de la vida pública nacional con el propósito de coaccionar a las autoridades. Teniendo en cuenta las anteriores situaciones, el Gobierno consideró que existía una grave y

ostensible perturbación del orden público.

A juicio del Gobierno, estos hechos constituían una “expresión inequívoca de la existencia de distintos aparatos de fuerza, cuya inmensa capacidad de desestabilización atenta por sí misma y en forma inminente contra la seguridad del Estado, la estabilidad de las instituciones legítimamente constituidas y la convivencia ciudadana”.

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-027 de 1996 declaró la constitucionalidad del decreto. Estimó entonces que no se requiere únicamente que se configuren los hechos coyunturales o excepcionales para que sea procedente la declaratoria de conmoción, sino que también la medida excepcional se hace útil y propicia para prevenir y evitar la ocurrencia de nuevos hechos que son atentatorios en forma inminente de la estabilidad institucional, la seguridad del Estado y la convivencia ciudadana, los cuales no pueden ser conjurados mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía, sino que requieren la adopción de medidas eficaces, vigorosas y enérgicas por parte de quien tiene la facultad constitucional de conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado.

En este sentido, el asesinato del dirigente político fue interpretado como un hecho sobreviniente, súbito, coyuntural y transitorio, con un altísimo grado de incidencia en la vida ordinaria de la comunidad. De este modo, la anormalidad no resultaba de los hechos de violencia arraigada desde hacía varios años bajo la perspectiva de hechos endémicos y permanentes, sino de la actividad terrorista desplegada contra la estabilidad institucional y la convivencia ciudadana.

4.2.9. Decreto 080 del 13 de enero de 1997

El Gobierno declaró el estado de emergencia económica y social a partir de una serie de factores que consideraba detonantes de una crisis en la situación fiscal, cambiaria y de empleo, razones que permitían inferir la existencia de una grave y ostensible perturbación del orden económico y social. Para el Ejecutivo, si no se adoptaban medidas de excepción, se comprometería aún más la situación macroeconómica del país.

En la sentencia C-122 de 1997 la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad del decreto. En opinión del Alto Tribunal, se desconoce la filosofía que anima el régimen excepcional cuando se recurre sistemáticamente a su utilización con el fin de remediar o corregir males que a través de los órganos y los procedimientos de la normalidad pueden ser solucionados. En este sentido, los grandes poderes derivados

de los estados de excepción se desvalorizan y pierden eficacia cuando su uso emula o sustituye indebidamente el conjunto de instrumentos que el Estado puede desplegar ordinariamente³.

En el caso que ocupaba la atención de la Corte, se precisó que la circunstancia considerada como extraordinaria se originaba, paradójicamente, en acciones y omisiones del Gobierno. Por ello, y frente al caso de la crisis económica, se insistió en que la Carta Política y diversos instrumentos legales contienen una serie de herramientas que le permiten al Gobierno y al Banco de la República desarrollar una gestión dirigida hacia el cumplimiento de los objetivos de la política económica y el control de las variables monetarias, cambiarias y crediticias.

Asimismo, la Corte advirtió que las competencias ordinarias con las que cuentan las instituciones rectoras de la política económica, permiten que con fundamento en ellas se puedan introducir políticas de distinto signo y orientación. Por eso, en muchos casos los defectos son atribuibles más a las políticas que a los instrumentos de gobierno dados por el ordenamiento jurídico. Se concluyó entonces que un criterio elemental de economía de los estados de excepción obliga a que antes de acudir a éstos se haga un uso pleno de las competencias ordinarias abiertas y se corrijan o enmienden los errores.

5. ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LA LEY DE SEGURIDAD Y DEFENSA NACIONAL EN COLOMBIA

En el mes de agosto de 2001 el Congreso de Colombia aprobó la Ley 684 de 2001, que actualmente se encuentra en vigencia en nuestro país.

La citada ley, sobre la cual me permito hacer algunos comentarios, posee características referidas tanto a su proceso de formación como al contexto en el cual ha sido sancionada y puesta en vigencia, que es necesario tener en cuenta para efectos de hacer una cabal aproximación hacia la misma.

³ Con todo, la Corte destacó que la agudización de problemas estructurales, así éstos obedezcan a una intrincada patología y deban resolverse por los medios ordinarios de la democracia, pueden no obstante manifestarse como perturbadoras del orden económico y social. En estos casos, la Corte debe entrar a precisar si los hechos en los que se hace visible el recrudecimiento y los efectos gravemente deletéreos de una falla estructural, pueden ser enfrentados a través de las competencias ordinarias de las autoridades y órganos del Estado y si éstas son suficientes para determinar satisfactoriamente el curso de los acontecimientos.

Como es sabido por parte de la comunidad internacional, Colombia atraviesa desde hace varias décadas por arduas disputas de carácter social y armado. Conflictos estos que han venido agravándose con el paso del tiempo y con la presencia de factores estratégicos, económicos y políticos que, sin duda, han servido como elementos generadores del recrudecimiento de los mismos.

En cuanto al tema social, Colombia, como la gran mayoría de los países de América latina, soporta desde hace años una severa crisis originada, entre otros factores, por el injusto reparto de los ingresos de la población, en su crónico subdesarrollo y en una agobiante deuda externa, esta problemática ha desembocado en la presencia de millones de seres humanos viviendo por debajo de los parámetros de pobreza y otros tantos millones sobreviviendo en condiciones de miseria extrema.

Es innegable, asimismo, que la voluntad de nuestros gobiernos, dirigida a combatir la pobreza y sus orígenes no ha pasado de ser, en la mayoría de los casos, simple retórica.

Frente a esta incapacidad del Estado de proporcionar las soluciones en el grado y compromiso que le corresponde, así como en su incapacidad de consolidar los mecanismos democráticos dirigidos a lograr una verdadera participación en los beneficios sociales de la colectividad en su conjunto y ante la expresión de los fenómenos de inconformidad social, ha sido frecuente que los gobiernos adopten salidas de carácter coyuntural dirigidas por lo general a reprimir tales expresiones, reduciendo la solución de los conflictos a un tratamiento de carácter policivo y en no pocos casos militar.

Estas opciones, concentradas en el uso de la fuerza, han requerido para su consolidación, - en los Estados que pretenden mostrarse, al menos ante la comunidad internacional, comprometidos con la democracia, el libre mercado necesario para las inversiones extranjeras y la consolidación de la globalización económica -, de un ordenamiento que dé piso jurídico aunque no necesariamente legítimo a tales salidas.

Tal orden jurídico ha estado cimentado en la expedición de leyes que con frecuencia han sido calificadas como: “normas dirigidas a conservar la seguridad nacional o la democracia o el orden interno de los países”. No es nuevo entonces, el fenómeno de la institucionalidad de este tipo de legislaciones, ni es tampoco creación exclusiva de un solo país en nuestro subcontinente, pues desde hace varias décadas se ha acudido en nuestra región a la aplicación de las mismas.

Tampoco es novedad, que dicha normativa haya servido como sustento legal

para poder poner en práctica las peores campañas dirigidas desde el Estado a vulnerar los derechos fundamentales de miles de personas, sin que por otro lado se vislumbren al menos intenciones encaminadas a satisfacer sus necesidades elementales.

Bajo tal óptica, fue aprobada por el Congreso de Colombia la Ley 684 de 2001 como una norma de carácter ordinario para ser aplicada en circunstancias de normalidad. En otras palabras, con carácter permanente y sin haberse declarado alguno de los estados de excepción previstos en nuestro ordenamiento constitucional y en las circunstancias prescritas por la Ley estatutaria sobre tales estados, circunstancia esta, que ya de entrada demuestra una serie de inconsistencias de carácter constitucional que más adelante serán abordadas.

La Ley 684 o de seguridad y defensa nacional como se le ha conocido desde que era sólo un proyecto, está contenida en 74 artículos, uno de los cuales, de carácter transitorio, se encuentra dividida en varios temas en los que se destacan los denominados por la ley: “poder nacional”, “seguridad nacional,” “estrategia de la seguridad y defensa nacional”, “procedimientos operacionales”, “movilización”, “teatro de operaciones” etc. El contenido de estos y otros términos fueron objeto de serios cuestionamientos por parte de la Defensoría del pueblo así como de otras instancias y organizaciones no gubernamentales de Derechos Humanos.

Los principales motivos de crítica, que llevaron incluso a tales instituciones a promover una acción de inconstitucionalidad contra la norma, son descritos a continuación:

El contenido de la Ley 684 es, en general, atentatorio del Estado Social de Derecho instituido en nuestro país a partir de la Carta Política de 1991, en tanto que se atribuyen nuevas facultades al Poder Ejecutivo y a la Fuerza Pública sin control alguno, generándose así un gravísimo menoscabo al principio democrático de la separación de los poderes y poniendo a su vez en riesgo un amplio grupo de derechos fundamentales.

El término denominado por la citada ley “Poder Nacional” y definido por la misma como: “la capacidad del Estado colombiano de ofrecer todo su potencial para responder ante situaciones que pongan en peligro el ejercicio de los derechos y libertades, y para mantener la independencia, la integridad, autonomía y la soberanía nacional...” es un concepto que está presente a través de todo lo largo de la norma y que aunque hace alusión a la protección de los derechos y libertades su verdadera razón de ser está fundada en una vocación francamente totalizante destinada a eliminar la división de los poderes y a poner los derechos fundamentales a disposición de las

necesidades del Estado.

En Colombia los llamados estados de excepción fueron regulados por una ley de carácter estatutario⁴, sin embargo y a pesar de tratarse de una ley ordinaria, la Ley de Seguridad y Defensa Nacional modifica en varios aspectos la norma estatutaria, atentando también desde este ámbito el orden constitucional. Aspectos como la movilización nacional, regulados por la norma estatutaria exclusivamente para estados de guerra exterior son modificados, estatuyéndose la posibilidad de que tal movilización pueda ser decretada en cualquiera de los estados de excepción.

Se vulnera también la independencia del Poder Judicial, al imponerse a la Fiscalía General de la Nación, órgano que en Colombia integra esta rama del Poder Público, la obligación de suministrar mensualmente al Gobierno Nacional información sobre asuntos que conoce dicho ente investigador. Aunque la Constitución Política contempla tal posibilidad, la misma sólo puede hacer referencia a las investigaciones que se adelanten cuando sean necesarias para la preservación del orden público, lo que representa circunstancias completamente ajenas a las señaladas en la Ley de seguridad nacional, haciéndose evidente una vez más la intención totalizadora de esta normatividad.

Otro de los temas que ha causado enorme preocupación a los organismos defensores de los derechos humanos es el de los llamados “teatros de operaciones” algunos de ellos ya en vigencia en Colombia.

Los teatros de operaciones corresponden a “áreas geográficas en donde, previo establecimiento de motivos fundados que hagan prever la posible amenaza o alteración del orden constitucional, la soberanía, la independencia y la integridad del territorio Nacional y se desarrollarán las operaciones militares que están contenidas en los Planes Estratégicos y Tácticos para el cumplimiento de la misión constitucional de la Fuerza Pública.”

Es el ejecutivo la autoridad a quien corresponde decretar y activar tales teatros de operaciones militares. Una vez activados estos, queda el Presidente investido de una serie de facultades que le permiten entre otras cosas tomar medidas de control sobre

⁴ De acuerdo con el artículo 153 de la Carta Política: “la aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura”.

“Dicho trámite comprenderá la revisión previa por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto...”

la población civil, someter a las autoridades civiles regionales a las órdenes de los comandantes militares que a su vez han asumido el control operacional del área, modificando así las funciones inherentes conferidas por la Constitución a las autoridades civiles.

Por otro lado, los habitantes de tales regiones quedan, de acuerdo con la norma, sometidos a la posibilidad de ser registrados, de tal forma que su identidad, profesión, oficio y domicilio, es decir los elementos constitutivos de su intimidad, quedan por entero bajo el conocimiento de las autoridades cuando éstas así lo determinen o cuando los ciudadanos cambien su domicilio. Para la Defensoría del Pueblo, las medidas descritas atentan contra principios y derechos fundamentales del Estado social de Derecho tales como la dignidad, la igualdad y la no discriminación. Por tanto, las restricciones dirigidas a limitar el ejercicio de los derechos fundamentales – aún en los estados de excepción- deben hacerse por los entes legítimamente instituidos para ello, siendo entonces el Congreso de la República el organismo legitimado para imponer tales limitaciones durante los períodos que no hayan sido definidos como de excepción. Sin embargo en el caso concreto y bajo la justificación de las necesidades militares las autoridades administrativas y militares imponen arbitrariamente los límites a los derechos constitucionales, trastocándose así una vez más las funciones establecidas en un verdadero Estado de Derecho.

La Ley de seguridad nacional modifica también los preceptos relacionados con la libertad de las personas cuando se refiere al tema de la flagrancia separándose de la normativa internacional sobre la protección de la libertad así como de lo preceptuado en la Carta Política de nuestro país sobre el mismo asunto.

Con la entrada en vigencia de la nueva Ley, quien sea sorprendido en situación de flagrancia podrá ser retenido en forma casi indefinida pues se establece que tales personas, quedan a disposición de las autoridades judiciales competentes con el simple informe de su captura. Sin embargo, la entrega física de las mismas podrá hacerse en términos de tiempo que fácilmente pueden superar las treinta y seis horas señaladas como máximo en nuestro ordenamiento constitucional para que las personas capturadas sean puestas a órdenes de la autoridad competente y se resuelva su situación jurídica.

La Defensoría del Pueblo ha manifestado reiteradamente, en concordancia con lo expresado por el Tribunal Constitucional, que la captura en flagrancia constituye una excepción al principio de la reserva judicial de la libertad y en ese sentido tales privaciones de la libertad deben responder a unos parámetros restringidos que no han sido tenidos en cuenta por la ley de seguridad nacional.

La ilegítima prolongación de la privación de la libertad de las personas ha significado para nuestros países el origen de innumerables abusos contra los derechos a la vida, la integridad, el de no ser desaparecido o torturado así como a las garantías del debido proceso.

La Ley sobre seguridad nacional, aprobada en nuestro país como una norma de carácter permanente, incluye otras restricciones a las libertades, derechos y al orden democrático, que aún en períodos determinados como de excepción se encuentran proscritas. Tal es el caso de aquellas que hacen relación a la denominada policía judicial, ente investigativo que a partir de la entrada en vigencia de la norma puede estar integrado, en las circunstancias señaladas en la misma por miembros de las fuerzas militares, contradiciendo así, entre otros, el principio de la independencia de las ramas del poder público.

La Defensoría ha considerado que los miembros de los cuerpos militares no ofrecen las suficientes garantías de imparcialidad y capacidad para llevar a cabo tan delicada labor, más aún si se tiene en cuenta que nuestro país atraviesa por una confrontación armada tan severa y en la que los cuerpos militares forman parte de la misma.

No deja de inquietar además, la decisión de haberse modificado los términos y la competencia relacionados con las investigaciones disciplinarias que deben adelantarse contra miembros de la fuerza pública por las faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones. La reducción de los términos en lo que al tiempo destinado a las investigaciones de tales faltas se refiere generará en la práctica serios inconvenientes que llevarán con frecuencia a la impunidad de graves conductas atentatorias contra los derechos humanos.

Para la Defensoría del Pueblo en cumplimiento de su función constitucional de velar por la protección y el ejercicio de los derechos fundamentales es de vital importancia el interés que la comunidad internacional ha venido mostrando con relación a la problemática del conflicto armado por la que atraviesa nuestro país, sin embargo, no se puede perder de vista que aún en las más críticas condiciones de orden público, deben prevalecer las garantías necesarias que permitan la supervivencia del Estado Social de Derecho democrático, y respetuoso de los principios fundantes del mismo.

CONCLUSIONES

(1) El estado de sitio del antiguo régimen constitucional colombiano, de ser un mecanismo excepcional, se convirtió en la regla general. La restricción de la libertad, por varios lustros, desvirtuó el contenido y alcance de una Constitución inscrita en la tradición demoliberal. La asamblea nacional constituyente reaccionó contra el abuso de esta salvaguarda excepcional del Estado de derecho, como puede inferirse de su regulación detallada, de la prohibición de que durante su vigencia se suspendan los derechos y libertades fundamentales, de la necesidad de ceñirse al derecho internacional humanitario, de la existencia de una ley estatutaria para regular los poderes excepcionales y, en fin, de la consagración de un sistema “automático” de control constitucional.

(2) Al lado del control constitucional sobre los decretos dictados en desarrollo de los estados de excepción, la Corte, desde un comienzo, consideró indispensable aplicar el control constitucional material – y no exclusivamente formal como en el pasado – a los decretos que inauguran el estado de anormalidad mediante la correspondiente declaratoria del estado de excepción. Entre otras razones, que justifican esta posición, importa puntualizar las siguientes: (i) se trata de un examen relativo a la existencia del presupuesto objetivo de estado de excepción, acerca de cuya real ocurrencia no es admisible un juicio de mera discrecionalidad del Presidente; (ii) este primer decreto es la base de los siguientes que, normalmente, si tienen una relación de conexidad con aquél, mantienen plena validez; (iii) si se omite el control material de las declaratorias, se corre el riesgo de repetir la experiencia que se quiso sepultar con la nueva Constitución: trivializar los estados de excepción, convirtiéndolos en la regla general por encima del régimen ordinario de las libertades y los derechos.

(3) La Corte se ha excedido en el ejercicio de su función de control constitucional. De un total de siete declaratorias de estados de excepción, sólo en dos ocasiones ha declarado su inconstitucionalidad. En el primer caso, desde antes de que se expidiera la Constitución de 1991 hasta el mes de mayo de 1994, gracias a una serie ininterrumpida de decretos y leyes, dictados sin solución de continuidad, se pretendía mantener privados provisionalmente de la libertad a las personas sindicadas de la comisión de ciertos delitos graves, sin por otra parte cerrar la respectiva investigación y calificar el sumario. Justo antes de que venciera el último plazo legal para definir la situación de los detenidos, el gobierno pretendió extender injustificadamente aún más los plazos de confinamiento. En el segundo caso, el gobierno, sin agotar los instrumentos legales a su disposición, apeló al estado de conmoción para combatir, con medidas transitorias, males endémicos, aduciendo para el efecto aumentos de la criminalidad con base en cifras que negaban tal aserto.

(4) El control judicial de los actos en cuya virtud el Presidente asume, en desarrollo de la Constitución poderes excepcionales, así sea para verificar empíricamente la existencia del presupuesto objetivo que le sirve de sustento, suscita el viejo debate sobre el órgano llamado a ser el guardián de la Constitución. El contenido radicalmente político de la declaratoria de los estados de excepción, no menos que defensivo de la misma Constitución, puede sugerir una alternativa distinta: control no judicial, sino político, a cargo exclusivo del Congreso.

Esta posición, en el fondo, responde a estas premisas: (i) El Presidente representa un “poder neutro” que lo hace eje del sistema político y atalaya privilegiado suyo, lo que se traduce en la atribución soberana de optar por los estados de excepción cuando se avizora una situación que amenace la Constitución: La declaratoria de un estado de excepción, es el supremo acto de defensa de la Constitución y, por lo tanto, no puede, dentro del estado, ser objeto de un control ulterior; (ii) El abuso eventual de los poderes excepcionales, es un problema político que, como tal, sólo incumbe a los representantes del pueblo. De ahí que se otorgue al Congreso la función de ejercitar el control político de los actos del Gobierno dictados al amparo de los estados excepcionales; (iii) La Corte Constitucional habida cuenta de la naturaleza política – que no jurídica – de los actos de declaración de los estados de excepción, por sustracción de materia, carece de competencia.

La tesis que favorece el control judicial, se aparta de las anteriores ideas. El Presidente está sujeto a la Constitución, y no es su guardián. La Carta ha instituido a la Corte Constitucional como órgano autónomo e independiente de los órganos ejecutivo y legislativo con el objeto de confrontar sus actos con la Constitución, como quiera que ningún sujeto público puede ser juez de sus propios actos o carecer de control.

De otro lado, al lado del control político del abuso del poder presidencial, se precisa el control judicial, en razón de que la desviación de los cauces constitucionales tiene implicaciones jurídico-constitucionales y debe, por consiguiente, quedar comprendido dentro de la esfera de competencia del máximo órgano de control constitucional. Finalmente, la naturaleza política de las decisiones gubernamentales, no puede inhibir al Tribunal Constitucional, pues, el mismo argumento obligaría a eliminar todas sus competencias, ya que ellas tienen una connotación eminentemente política, así se desenvuelvan a través de un método de naturaleza judicial. En todo caso, las dudas que puedan subsistir sobre la eficacia del control exclusivamente político – que son mayores cuando el órgano de control corresponde a las mismas mayorías políticas que apoyan al Presidente – hacen todavía más necesario el control judicial.

(5) La experiencia de algunos países latinoamericanos – entre ellos Colombia -

demuestra que al socaire de los estados de excepción se acentúan los tratamientos puramente represivos a los problemas sociales, económicos y políticos, cuya etiología ameritaría un enfoque distinto. El anotado acento represivo, generalmente significa una presencia y actuación mayores de la fuerza pública. El control judicial, en este contexto, muestra una faceta inédita del antiguo principio de división de poderes, aplicado no a los órganos del poder público, sino al equilibrio y adecuada división de funciones entre la esfera civil y la esfera militar y policiva. La inestabilidad institucional se vuelve causa y efecto del exceso de militarismo y del espacio que a éste se le cede en el ámbito de lo político, con perjuicio de su estricta profesionalización. Es evidente que una judicatura débil, no querría arriesgarse a probar su fuerza y ante el deterioro de la eficacia de sus fallos, antes que erradicar excesos represivos y poner término a la colonización indebida de lo político por lo militar, acudirá procelosa a tesis inhibitorias, resignando su papel, lo que prácticamente pasa inadvertido, pues son muchas las máscaras que sirven para ocultar el temor y la debilidad de la jurisdicción.

(6) En la figura de los Estados de Excepción suelen entrar en conflicto las “razones de Estado” frente a la vigencia del Estado de Derecho. En ocasiones, la defensa del Estado justifica la adopción de cualquier medio para protegerlo de las amenazas que atacan su estabilidad y, a la vez, constituye la legitimación de la ruptura de la legalidad⁵. De allí que autores como Luigi Ferrajoli destaquen la forma como la alteración de las fuentes de legitimidad ha consistido en la asunción de la excepción o de la emergencia como justificación política del cambio de las reglas de juego que disciplinan aspectos tan delicados como la función penal⁶.

Los Estados de Excepción –particularmente el Estado de Conmoción Interior– se colocan entonces en el centro de la tensión entre guerra y derecho, entre orden y violencia y entre democracia y violencia⁷, más aún en un contexto como el colombiano, donde la excepcionalidad suele ofrecer instrumentos que permitan eludir la precariedad de nuestro estado. Al respecto, se ha precisado la forma como se ha utilizado la legislación de excepción para compensar simbólicamente e instrumentalmente el déficit de eficiencia de los aparatos judicial, policivo y militar del Estado, en desmedro de las

⁵ Ver al respecto Ariza, Libardo; Cammaert, Felipe e Iturralde, Manuel, **Estados de excepción y razón de Estado en Colombia**, Universidad de los Andes, Estudios Ocasionales CIJUS, Santa Fe de Bogotá, 1997, p. 64.

⁶ Ferrajoli, Luigi, **Derecho y razón. Teoría del galantismo penal**, Trotta, Madrid, 1995, p. 807.

⁷ Aponte, Alejandro. **Guerra y derecho penal de enemigo. Aproximación teórica a la dinámica del derecho penal de emergencia en Colombia**. Universidad de los Andes, Estudios Ocasionales CIJUS, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 18. Al retomar críticamente la obra de Carl Schmitt, este autor destaca como la lógica de la excepción puede entenderse a su vez como derivación de una teoría “decisionista” de la soberanía: soberano sería quien decide sobre el estado de excepción. En este punto, lo que hace Schmitt es absolutizar el concepto de excepción, de tal forma que la tensión entre autoridad y libertad se resuelva siempre a favor de la primera.

garantías individuales⁸.

Estos elementos de discusión han tenido que ser enfrentados por el *nuevo constitucionalismo* que surgió en Colombia a partir de la Carta Política de 1991⁹. En efecto, desde los primeros pronunciamientos en torno al tema, se ha ido esbozando la necesidad de ponderar una serie de principios que constantemente se encuentran en conflicto, especialmente al momento de contrastar aquellas “razones de Estado” frente al principio democrático.

⁸ Sobre este punto, ver Orozco Abad, Iván y Gómez, Juan Gabriel, **Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal**, Ministerio de Justicia y del Derecho, IEPRI, Santa Fe de Bogotá, 1997, p. 285.

⁹ Diversos puntos a favor y en contra del nuevo constitucionalismo se encuentran en relación con su papel frente a los estados de excepción. Autores como Orozco y Gómez han insistido en que “(s)i bien el *constitucionalismo* liberal está políticamente orientado hacia el control de la autoridad a favor de los derechos individuales y en consecuencia hacia la domesticación jurídica de los poderes de excepción, el *nuevo constitucionalismo* ha servido metodológicamente tanto a este propósito como a la legitimación de la limitación de las libertades y la concentración de poderes en manos del Gobierno, bajo el entendido de que de esta manera se contribuye a realizar los fines fijados al Estado en la Constitución. El *constitucionalismo*, con toda la carga propia de un entendimiento teleológico del derecho tan característico del Estado Social, ha logrado penetrar la decisión sobre los estados de excepción, pero a su vez, ha resultado penetrado por ésta”. *Ibidem*, p. 268.