

**Control Constitucional y Guerra
El caso colombiano: 1992 - 2001**

Mario Alberto Montoya Brand

**Trabajo de grado presentado como requisito para optar
al título de Magíster en Ciencia Política**

Asesor: William Fredy Pérez Toro

**UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
INSTITUTO DE ESTUDIOS POLÍTICOS
MAESTRIA EN CIENCIA POLITICA**

Medellín

2003

TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN

INTRODUCCIÓN

1. El objeto del control constitucional: el Estado colombiano en guerra	5
1.1 La guerra cuasipermanente	6
1.2 La guerra irregular	8
1.3 El Estado irregular resultante	9
1.4 Las distorsiones del Derecho y de la arquitectura estatal	10
1.5 La soberanía del Estado colombiano	13
1.6 El territorio del Estado colombiano	17
1.7 La población como elemento del Estado colombiano	19
1.8 Las prácticas del guerrero irregular	21
1.9 A manera de conclusión	22
2. El parámetro del Control Constitucional	24
2.1 La invisibilización constitucional de la guerra interna	25
2.2 El tratamiento excepcional de la guerra	33
2.3 La infraconstitucionalización de la guerra	35
3. El sujeto del control constitucional	38
3.1 El contexto histórico en el que aparece la Corte Constitucional	38
3.2 La delineación formal y sus consecuencias	40
3.3 Corte Constitucional: constitucionalismo y guerra	46
3.4 Las determinaciones del entorno en el juez	49
4. El Control Constitucional en Colombia	54
4.1 Descripciones	61
4.2 Prescripciones	82
4.3 Adscripciones	88
Conclusiones	95
Bibliografía	97

Control Constitucional y Guerra El caso colombiano: 1992 - 2001

*Los jueces reparten dolor y muerte.
No es esto todo lo que hacen. Tal vez no sea esto lo que hacen
usualmente. Pero sí reparten muerte y dolor. Desde John
Winthrop hasta Warren Burger, los jueces se han sentado en la
cima de la pirámide de la violencia, y han repartido...*

Robert Cover

Presentación

El tema general dentro del cual se inscribe la presente investigación es el de las relaciones entre derecho y guerra¹, más concretamente, el del Estado, entendido -por el momento- como expresión jurídica, y la guerra interna o conflicto armado colombiano.

Se trata de localizar las maneras como una de las ramas del poder público, la rama judicial a través de uno de sus órganos, la Corte Constitucional, percibe el conflicto armado colombiano o la guerra que vive el país desde que esta institución judicial entró a funcionar en 1992² y hasta el año 2001. La investigación busca responder a la siguiente pregunta: ¿Es posible el control constitucional de un Estado en guerra?

La reflexión parte de un primer nivel teórico según el cual el Estado es en buena parte el resultado de relaciones bélicas, de procesos de guerra por la configuración de sus elementos: soberanía, territorio, población, y con ellos, el orden, los impuestos, la legitimidad, la legalidad, entre otros.

Así, las categorías o referentes centrales de este primer nivel teórico son las tensiones entre guerra y paz, normalidad y anormalidad, crisis y no crisis, consolidación y no consolidación del Estado. Desde el punto de vista teórico, estas tensiones se expresan precisamente en aquellos elementos configuradores del Estado, cuya presencia denota el nivel de formación de cada Estado en la modernidad, y permiten comprender con cierta claridad las especificidades de la historia reciente y de larga duración colombiana, desde el modelo construido bajo la égida del Estado occidental desarrollado.

¹ Inicialmente, se entiende por “Derecho” el conjunto de normas jurídicas válidas y eficaces para una población y en un territorio determinado. Por “guerra” se entiende el enfrentamiento armado de ejércitos más o menos identificables, que logra superar la sola instantaneidad y que se encuentra revestido de rasgos políticos.

² La Corte Constitucional fue creada por la Constitución Política de 1991. La regulación constitucional ha sido consignada en los artículos 239 a 245.

Un segundo nivel teórico está constituido por los tipos de descripciones e interpretaciones que sobre la guerra colombiana de los últimos diez años se han elaborado desde la teoría política. Se trata de una aproximación al tipo de guerra, a sus causas, características, dinámicas, tendencias y actores, y a la manera como el Estado se ve involucrado en ella.

Un tercer nivel de categorías y referentes conceptuales se encuentra circunscrito a la función jurisdiccional y, de manera especial, al sentido y alcance que se le ha conferido al control constitucional en cabeza de un órgano como la Corte Constitucional. Aquí se trata entonces de conocer conceptos que pueden ser abordados a partir de un conjunto de interrogantes tales como: ¿En qué consiste el control constitucional? ¿Quién ejerce ese control? ¿Cuál es el objeto de ese control? ¿Sobre cuáles materias recae? ¿Cuáles son sus límites y alcances? ¿Qué tipo de órgano habría de ejercerlo y cuál es su naturaleza? ¿Puede limitarse la actividad del Estado guerrero a través del control constitucional?

En el marco entonces de la relación entre guerra interna y derecho, entre guerra interna y Estado -como expresión del ordenamiento político jurídico-, este trabajo se fija en una de las formas contemporáneas y más importantes de la jurisdicción estatal, es decir, la jurisdicción constitucional entendida como el eje en el que descansan los dispositivos de garantía de un orden defensor de los derechos fundamentales entendidos como límites al ejercicio del poder. Estado, derecho, guerra interna y jurisdicción constitucional son entonces términos claves que delimitan el objeto de estudio.

En términos generales, y desde el punto de vista metodológico, en esta investigación se recurre a un método cualitativo, pues tal enfoque³ se ha ajustado a cabalidad al objeto y estructura del proyecto. De otra manera, el objeto de estudio difícilmente se deja reducir a variables cuantificables que lo dimensionen: ¿Cómo cuantificar la hermenéutica? ¿Cómo hacerlo respecto de las relaciones de poder? ¿Cómo llevar a números la ideología del juez? ¿Cómo presentar numéricamente las relaciones entre los contenidos de las disposiciones que expide el Gobierno Nacional y el Congreso de la República a propósito de la guerra y que son o no respaldados por el juez?

³ Dos enfoques orientan la investigación social en la actualidad, uno es el enfoque cuantitativo, y el otro el cualitativo: El primero de ellos aborda el objeto a conocer, en su delimitación, su exploración y estudio concebido como realidad expresada en instrumentos de cuantificación, tales como las cifras, variables, estadísticas, entre otros. Este enfoque privilegia los datos duros, verificables, objetivos, que, sin embargo, descomponen la realidad a estudiar en matrices, estadísticas, perspectivas numéricas, que fijan el enfoque de interpretación limitando las posibilidades de entendimiento en tanto tienden a la síntesis cifrada de la realidad. El segundo, privilegia la realidad de ese objeto a conocer en la medida en que preserva su complejidad, captándola desde la mirada múltiple de los saberes cualitativos. En él se privilegia la palabra, la interpretación, la valoración, el análisis de contexto y sentido, la relación intersubjetiva. El enfoque cualitativo, superpone la palabra al número en tanto es aquella la que en sus múltiples combinaciones y acepciones puede devolverle a la realidad una imagen de sí más desbordada en riqueza de significados, factibilidades de análisis, menos reduccionista. Para el enfoque cualitativo, decir “2 H” no es lo mismo que decir “dos hombres”, en la primera afirmación, los sujetos han perdido complejidad y ven reducidas sus múltiples posibilidades a cifras con baja expresión, que paradójicamente requieren de la palabra para hacerles hablar; en la segunda, no se exorciza la complejidad, sino que se la llama, ahí empieza el trabajo. Toda la estructura metodológica de este trabajo se basa en las elaboraciones expuestas por María Eumelia Galeano. *Estrategias de investigación social cualitativa*. Universidad de Antioquia. Medellín: 2001.

Es claro que se puede hacer uso de algunas cifras para describir asuntos relacionados con el tema, pero si se trata de dar cuenta de la complejidad que es propia del mundo de las relaciones que se presentan entre guerra y derecho, los números ceden paso a las palabras, a la especulación, a la interpretación y a la argumentación.

Obsérvese que el estudio recae sobre un fenómeno de alta complejidad que, en la medida en que involucra aspectos propios de la teoría política, la teoría del derecho y la teoría constitucional (específicamente en lo concerniente al control constitucional y al papel de la jurisdicción), no parece conveniente reducir a técnicas de lectura numérica. Se trata de comprender procesos que se expresan en palabras con significados sumamente móviles en el contexto, ideologías, construcciones filosóficas, valoraciones, ideas, sentimientos y cosmovisiones.

El escenario discursivo de los fallos de la Corte Constitucional como órgano jurisdiccional, reclama un análisis hermenéutico, retórico, simbólico, de discursos y decisiones, de compromisos e intereses que con dificultad pasan por las cifras, o los cuales dudosamente ellas reflejarían.

Se trata pues de explorar un objeto abierto, relativo, de naturaleza circunstancial, pues las decisiones del órgano judicial se refieren a casos, debates y asuntos muy específicos, inscritos en la historia reciente colombiana, que, como se sabe, presenta coyunturas marcadas por la compleja dinámica de la guerra interna y la participación en ella de las instituciones estatales.

El documento que ahora se presenta, constituye en fin el resultado de un proceso que, operativamente, se valió de la identificación, lectura, registro e interpretación de material bibliográfico para el marco teórico; y de la identificación, lectura, registro, selección e interpretación de las sentencias de la Corte Constitucional referidas a la guerra colombiana. De ambas tareas se anexan a este informe final los respectivos registros.⁴

Conviene advertir que la presente investigación es el resultado de una “promesa” basada en expectativas exploratorias, y que, por ello, no debería ser escrutada con una mirada concluyente. No se buscó una verdad definitiva; simplemente se adelantó el ejercicio de indagar, de manera ordenada y con un respaldo documental, por el control de un guerrero a través de las disposiciones jurídicas o, más claramente, a través de su propio ordenamiento jurídico.

Para ese efecto, en este trabajo no se realizó un examen exhaustivo de la totalidad de la jurisprudencia de la Corte, de tal manera que bien pueden encontrarse algunos fallos o fragmentos de ellos no considerados en esta investigación. Es por ello que sus resultados no deberían leerse más que como *tendencias* acerca del comportamiento del control constitucional respecto del Estado guerrero. Pero como tendencias que, en todo caso, seguirán poniendo de presente la necesidad de abordar un problema político medular en

⁴ Véanse anexos: “registro bibliográfico” y “registro de sentencias”.

Colombia: la guerra; pero también una cuestión jurídica no menos relevante: la limitación normativa del Estado en tanto guerrero por el orden, o en tanto “parte” en la confrontación.

Introducción

El relato de la modernidad implica un argumento según el cual la guerra y el derecho son dos cosas claramente diferenciadas, cuando no contrapuestas. El derecho, desde esta perspectiva, acotaría un campo en el que coinciden referentes de orden, paz, seguridad y legitimidad; la guerra, en cambio, evocaría el desorden, el caos, la violencia, la incertidumbre y la ilegitimidad. El Estado que sigue al absolutismo monárquico es la más recurrida expresión de uno de los extremos mencionados: es pensado y descrito como Estado de derecho.

Mirado desde el interior de sus propios enunciados, el modelo del estado de derecho presupone que el Estado surge como consecuencia de un pacto social expreso o tácito que da lugar a los fundamentos de un orden social legítimo del cual, a su vez, derivan las normas jurídicas en que se concreta ese tal acuerdo. Así las cosas, el origen del Estado coincide con el abandono, si no de la guerra, sí por lo menos de la incertidumbre que provoca la ausencia de un acuerdo acerca de la continuidad de unas condiciones mínimas de paz. Para la modernidad entonces el Estado es el reverso de la guerra: ambos términos se excluyen mutuamente. Una vez aparece el Estado, desaparece la guerra. Y a la inversa, de aparecer la guerra se desarticula el Estado.

Este mismo relato implica que el constitucionalismo, y con él un control constitucional, sólo emergen en contextos en los cuales la guerra ha sido borrada, y ha hecho eclosión el Estado de derecho. Es decir, el constitucionalismo, y más precisamente el control constitucional, es posible una vez se conoce con claridad quién es el soberano y sólo cuando ese soberano se somete a reglas jurídicas emanadas del pueblo. En ese mismo instante teórico, el constitucionalismo que se ha venido construyendo al lado del Estado de derecho, del cual no siempre es posible distinguirlo (partiendo de una necesaria sospecha en relación con el desborde probado del poder estatal), supondría que el Estado debe tener límites no circunscritos exclusivamente a las normas jurídicas –derecho positivo–, sino establecidos a partir de nociones⁵ tales como la “dignidad humana” o la “naturaleza humana” las cuales impedirían el ejercicio de ciertas formas de poder más allá de los ordenamientos jurídicos expedidos por el propio Estado.

El constitucionalismo, y su concreción en el control constitucional, han heredado del liberalismo la concepción del Estado como *un mal necesario*, del que conviene proteger a la persona humana. Por eso surge un conjunto de elaboraciones teóricas que la convierten en una entidad intangible, y un cúmulo de herramientas institucionales que impiden al Estado, pero también a las decisiones mayoritarias o democráticas de la población o sus representantes, causarle daño alguno a ese sujeto que precisamente constituiría la razón de ser del orden.

⁵ Una eticidad expresada en principios. Un stock de valores que permitan precisamente contener los efectos nocivos de la regla. Véase López Medina, Diego. “Existe una ‘ciencia jurídica’? Los modelos de la cientificidad del derecho en Colombia”. *Simposio Internacional “Reestructuración de las Ciencias Sociales en los Países Andinos”*. Mesa 11: Ciencias sociales: entre la política y el Derecho. Inédito.

Este modelo es concebido, desde luego, sobre el supuesto de “Estados exitosos” y consolidados que lograron pacificar una población definida dentro de un marco territorial y que han expulsado la guerra desde su interior hacia fuera de sus fronteras. El enemigo del Estado ha sido controlado internamente o expulsado más allá de sus límites territoriales. Sólo en ese instante del relato teórico dominante en la modernidad, surge una jurisdicción estatalizada encargada de administrar justicia. Después, con el constitucionalismo, aparecerá la jurisdicción constitucional, cuyo objetivo central será proteger los derechos fundamentales de sus previsibles violaciones provenientes del Estado y de la sociedad misma.

El grueso de las constituciones modernas de los Estados de derecho –de los estados constitucionales- da cuenta de este relato. Estas constituciones prescriben un modelo de orden político y jurídico que representa la versión normativa de aquellos elementos de derecho, orden, seguridad, aquiescencia política, legitimidad, paz. Ciertamente es que su contrapartida, la guerra, no es olvidada, pero apenas figurará en una sola y esotérica institución constitucional conocida como *el estado de excepción*, la cual se refiere, entre otras, a las escasas situaciones de guerra en relación con el Estado en dos sentidos: en el primero de ellos, el Estado libra una guerra con otro Estado, se trata de una guerra externa o internacional; en el segundo, el Estado libra una guerra en su interior, con enemigos internos. Se trata, en esta última posibilidad, de una guerra civil, con frecuencia irregular. Esta última, ha sido entendida como una hipótesis mucho menos posible que la primera.⁶

El recurso al estado de excepción para conjurar las situaciones de guerra, especialmente las que se libran en el interior del Estado, constituye una paradoja según la cual el restablecimiento del orden sólo es posible si se abandona el orden mismo; esto es, si por lo menos transitoriamente se está dispuesto a excepcionar las normas jurídicas que orientan la normalidad del orden político (renunciar parcialmente al Estado de derecho) y con el fin de restaurarlo. Se instaura la excepcionalidad jurídica para responder a la anormalidad política. Más concretamente, el estado de excepción sería algo así como una cláusula constitucional que permitiría desatar al Leviatán para conjurar un peligro de tal magnitud que lograra poner en juego el orden político constitucional.

Ahora bien, el papel central del control constitucional en estas materias parece ser el de diluir la paradoja señalada, pues tal control media entre la excepcionalidad jurídica y la anormalidad fáctica, de tal manera que busca controlar el poder gubernamental impidiendo sus desbordes, pero no la guerra. El control constitucional no actúa sobre la guerra, sino sobre la participación de una de las partes en ella. La tarea no es fácil obviamente, pues el estado de excepción acerca con peligro –si no es que cruza e invierte- la razón jurídica

⁶ Es diferenciable de la guerra el recurso a la fuerza legítima por parte del Estado. La diferencia estriba en que, de acuerdo con el relato moderno, la guerra presenta una naturaleza fundacional, en este sentido hace posible que surja el Estado, en tanto que la fuerza, especialmente en el Estado de derecho, garantiza la obediencia en el extremo en el cual hayan sido agotados los previos mecanismos para obtener acatamiento de sus disposiciones. La fuerza, subordinada a derecho, impide que aquél desaparezca. Así las cosas, el Estado de derecho tiene instituciones en las que descansa la fuerza del Estado, que no son en el sentido estricto de la palabra, instituciones para la guerra interna.

propia del Estado de derecho a la denostada razón política –o de Estado- propia de los regímenes autoritarios; o mejor, la excepción presenta y usa razones políticas –y de fuerza ilimitada- como razones de derecho.

Aunque en Colombia la guerra de larga duración que se ha desarrollado dentro de las fronteras no permite hablar de un estado consolidado, está creada y opera la jurisdicción constitucional. Tenemos entonces un Estado en guerra interna permanente y un control constitucional -sin una referencia fáctica de soberanía- que opera en el marco de un estado de excepción normalizado. Tres contradicciones:

Estado en guerra interna permanente, es decir, conflicto armado de larga duración que se desarrolla como una disputa por los elementos que caracterizan al Estado: territorio, población, soberanía, y también legitimidad derivada de la legalidad. *Control constitucional sin soberano*, es decir, jurisdicción sin referente político-jurídico al cual adscribir un modelo de justicia en un contexto medianamente homogéneo que confiera notable validez y eficacia a sus fallos. *Estado de excepción normalizado*, es decir, dispositivo constitucional de emergencia vertido en prácticas cuyo orden referencial no descansa en una situación de pacificación previa que dé razón a su declaratoria, sino en circunstancias de crisis permanente.

La indagación central que ha motivado esta investigación nace en ese contexto problemático de paradojas y contradicciones. Se trata de preguntar por el control constitucional del Estado colombiano en guerra interna, y de indagar por el ejercicio de ese control. Pero se trata también de una aproximación que se dirige al corazón mismo de la modernidad política en tanto se indaga por la formación del Estado y por su control en contextos de guerra como los que al parecer le dieron origen. En suma, busca examinar el control constitucional para averiguar si él puede ser presentado como límite de un Estado o de un poder político que libra una guerra interna. Si ello es así, se intenta definir los rasgos de ese límite, establecer qué es lo que se impide hacer y si, por lo menos desde un punto de vista teórico, es eficaz ese ejercicio de control.

La hipótesis que parece verificarse en esta investigación, sugiere en relación con el relato moderno del estado de derecho y del constitucionalismo como idea de límite, que en situaciones de guerra interna, ese límite no sólo se diluye sino que el titular de su ejercicio – el juez- se integra al Estado guerrero. El juez constitucional pierde su naturaleza controladora insuflando el conflicto armado como consecuencia de la desaparición del dique jurídico que habría de contener a quien combate en nombre y representación de la institucionalidad.

El desarrollo del proceso de investigación se ha efectuado en tres niveles presentados bajo la forma de capítulos. En conjunto están concebidos desde preguntas clásicas de la teoría del control constitucional: Primer capítulo: ¿Cuál es el objeto a controlar?; segundo capítulo: ¿Cuál es el paradigma del control?; tercer capítulo: ¿Quién habrá de controlar?; y cuarto capítulo: ¿Cómo se ha ejercido el control?

La pregunta sobre el control constitucional de un Estado en guerra debería ser una pregunta central de Colombia. Curiosamente esa pregunta es al tiempo clave e inédita. Es clave porque en Colombia el advenimiento del control constitucional logró inhibir importantes juicios sobre la guerra a partir de la confianza excesiva en el poder de esa jurisdicción. En este sentido, la pregunta enunciada nos sitúa en el lugar de la guerra no conjurada y por ello en un objetivo central de cualquier análisis político-jurídico; pero además, nos localiza frente a la guerra con un cierto pesimismo respecto de la factibilidad de dominar lo político haciendo uso de la racionalidad jurídica, y por esta vía, nos remite a la contingencia de la vida política, sobre todo si está determinada por la confrontación armada.

Y es inédita la pregunta porque pese a que hay importantes reflexiones acerca de la guerra, acerca del control constitucional y, aún sobre la administración de justicia y el conflicto armado, de la intersección entre control constitucional y conflicto armado poco se ha ocupado la reflexión política y jurídica en Colombia.⁷

Persuadido por las palabras de Paul Kahn y por los trabajos de Michel Foucault contra la tendencia generalizada a presentar necesariamente formas de solución a los problemas abordados por las investigaciones en torno del fenómeno jurídico, me abstengo desde un principio de proponer reformas o ajustes al control de constitucionalidad o al tratamiento que se da a la guerra en Colombia. No tengo ningún interés en hacerlo porque:

(...) al asumir el proyecto de reforma legal, el investigador se convierte en un participante de la práctica jurídica y, por tanto, en una parte del objeto que decidió investigar. Este colapso de la distinción entre el sujeto que estudia el derecho y la práctica legal que es el objeto de estudio, es la debilidad central de la investigación jurídica contemporánea. El “colapso” no sucede en un momento en el tiempo, como si primero hubiera una separación entre sujeto y objeto que súbitamente desapareciera. La investigadora del derecho llega al estudio de éste comprendiéndose ya como una ciudadana en la república del derecho. Ella está comprometida en “hacer que el derecho funcione”, con el mejoramiento del sistema jurídico del que forma parte. El colapso se refiere al fracaso de una posibilidad analítica, no al de algún tipo de experiencia de transición.⁸

Finalmente, un comentario acerca de los alcances y resultados de esta investigación. Los hilos y dinámicas de lo político y de la guerra no pasan de manera importante por el control constitucional, sólo un pequeño trazo de tal complejidad llega allí. Esta investigación pretende examinar si en ese reducido espacio en el que se encuentran guerra, Estado y Derecho, un tal control es relevante. No se trata entonces de asumir que el escenario del control constitucional y el de la corte constitucional en particular son muy importantes para el estudio de la conjunción entre guerra, política y derecho, sino de verificar cómo en ese

⁷ Deben reconocerse sin embargo algunos trabajos de Iván Orozco Abad, Rodrigo Uprimny Yépes, Alejandro David Aponte, Mauricio Martínez, Gustavo Gallón, Ricardo Sánchez, entre otros.

⁸ Kahn, Paul. *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Barcelona, Gedisa, 2001, p. 16.

intersticio se ha enclavado una supuesta verdad, aquella según la cual el derecho de un Estado puede controlarle cuando actúa como un guerrero.

1. El objeto del control constitucional: el Estado colombiano en guerra

El título de este primer apartado es por lo menos inquietante para un constitucionalista, pues con toda razón se reparará en lo que podría ser un grave descuido conceptual: ¿Acaso el control constitucional se ocupa de controlar las expresiones materiales del Estado? ¿No es pues un juicio abstracto sobre la constitucionalidad de las normas jurídicas? ¿El control directo sobre el Estado no presenta una naturaleza diferente y está asignado a órganos distintos de la propia Corte? La observación es en cierto modo fundada, pues el control constitucional busca controlar la integridad y supremacía de la Constitución Política⁹ y, para ello, cumple funciones decisorias que suponen la comparación entre normas jurídicas, una de ellas –el paradigma– la Constitución. Pareciera pues que, en rigor, no pudiese resultar enjuiciado un órgano respecto de sus actividades materiales no jurídicas. Esta objeción conduciría a rotular este primer capítulo de una manera distinta, enfatizando el control sobre las normas y no sobre las acciones de los órganos estatales involucrados con la guerra.

Sin embargo, tres motivos permiten conservar el título del texto y, claro, mantener el sentido del capítulo: a) Una primera razón más o menos obvia es que las normas jurídicas son la consecuencia apenas *natural* del actuar de ciertos órganos del Estado y como tales son voluntad formalmente manifestada, de suerte que, al controlar las normas, se controla al órgano que las expide; b) una segunda razón, menos obvia pero más relevante para esta investigación, es que en Colombia el control constitucional recae sobre normas jurídicas pero también sobre actuaciones del Estado que no guardan esa naturaleza y que sin embargo tienen gran impacto si se lo piensa como uno de los guerreros involucrados en el conflicto: los hechos, las omisiones, los actos, las operaciones militares, las decisiones de naturaleza política tomadas por diferentes órganos, entre otros¹⁰ c) La tercera razón central es que el Estado colombiano es algo muy distinto de aquello que como tal se dibuja en los textos constitucionales y legales, así como en el imaginario jurídico tradicional. Así, contrariamente a esa imagen, la estatalidad colombiana se ha definido en buena parte por los procesos bélicos irregulares y de larga duración en los que se han delineado las instituciones por casi dos siglos.

Este primer capítulo despliega una mirada sobre el Estado materialmente considerado, por ello su visión es descriptiva y no prescriptiva, consulta menos el modelo teórico del Estado¹¹ que se perfila en las normas jurídicas de arraigo constitucionalista, que la realidad verificable. Se trata entonces de una descripción referida a la institucionalidad en formación y en acción, a su expresión material, a su forma lograda, a su configuración histórica, es

⁹ Artículo 241 de la Constitución Política.

¹⁰ Estos “hechos de guerra” serían de conocimiento de la Corte Constitucional sólo a través de la revisión eventual que efectuara sobre las sentencias de tutela que por disposición constitucional le son remitidas en su totalidad (Cfr. Constitución Política Art 86 y Dcto. 2591 de 1991). Sin embargo, el “contenido material” al que aluden ha dado lugar al examen de las actuaciones materiales acerca de la guerra y el Estado guerrero en los juicios de constitucionalidad.

¹¹ A lo sumo, un compendio de esta teoría general del Estado será usada como mapa para establecer algunos contrastes.

decir, el ser y no el deber ser estatal, tanto si se lo considera como emisor de normas, o como productor de actos de guerra.

Aclarado este punto, puede ser dicho entonces que en este capítulo se afirma que *la guerra irregular de larga duración en la que se ha encontrado el Estado colombiano por casi dos siglos, ha dado lugar a un tipo de Estado con características igualmente irregulares.*

La noción de Estado irregular que se explicará guarda una relación directa con la de guerra irregular, aunque la excede; pues esta última se encuentra circunscrita al ámbito militar, (especialmente en los aspectos de tácticas, objetivos y tipos de fuerzas), mientras que la noción de irregularidad a la cual se hace referencia cuando se alude al Estado se fundamenta en la presencia de características institucionales contrarias, o por lo menos diferentes, a las que se suponen propias del Estado en cuanto tal y de la idea de Estado de Derecho en particular.

1. La guerra cuasipermanente

Colombia es una particular formación política producto de una constante situación de guerra interna (y casi sin ninguna guerra externa salvo el caso aislado y no muy representativo de la guerra contra el Perú, y algunas otras tensiones fronterizas). Las primeras guerras fueron expresión de confrontaciones por la independencia de España, dirigidas a formar un Estado libre e independiente, un Estado moderno con ciudadanos imaginados extraídos de los moldes intelectuales del liberalismo clásico. Una vez logrado el objetivo separatista, el movimiento de independencia se vio enfrentado a las escisiones intestinas determinadas en parte por las posturas encontradas acerca de cómo gobernar y qué forma política adoptar. Posteriormente, la Guerra de los Conventos derivó en la Guerra de los Supremos en cuyo marco se originaron los partidos políticos y, casi inmediatamente, se desataron “las guerras del medio siglo”, a las que siguió un conjunto de tensiones alrededor de la Constitución Política de 1863, que devino en la guerra civil de 1885, cuya continuidad no logra ocultar bien la expedición de la Constitución Política de 1886. La Guerra de los Mil días, por su parte, no del todo desenlazada de la dictadura del General Rafael Reyes, se insertaría en esa secuencia bélica de la historia colombiana.

Las primeras décadas del siglo XX si bien no presentan confrontaciones armadas que se puedan calificar como guerras, están marcadas por grandes divergencias que dan lugar a las fuertes tensiones sociales en el marco de la crisis de los partidos con que se inicia la década de los años veintes: movimientos sociales, estudiantiles, indígenas, obreros, de mujeres y campesinos; y las correlativas reacciones gubernamentales dentro de las cuales podría subrayarse el episodio de “la masacre de las bananeras”. En adelante la historia de una confrontación constante estará ambientada por la Violencia del medio siglo, la dictadura del General Rojas Pinilla, el gobierno transitorio en manos de la Junta Militar, el cierre del espacio político por el Frente Nacional, la emergencia de las guerrillas de izquierda, la aparición de grupos paramilitares, la consolidación de las autodefensas y, finalmente, su combinación con grupos de narcotraficantes.

Este conjunto seriado de confrontaciones militares del más diverso tipo presenta dos características que revisten una cierta importancia si se trata de examinar la formación irregular del Estado. En primer lugar, el panorama liga las múltiples y secuenciales guerras con la vida cotidiana e institucional del pueblo y del Estado colombianos: hubo guerras durante las elecciones y por las elecciones, guerras atadas a las constituciones; guerras promovidas por los partidos políticos; guerras nacionales, regionales y locales; guerras por derrocar a los gobiernos, o de los gobiernos contra sectores o partidos; guerras formalmente declaradas, y en este sentido, guerras legisladas, decretadas y constitucionalizadas; guerras que pasan por la palabra, por el discurso, guerras de agravios, de consignas, de lemas, de pronunciamientos.¹²

En segundo lugar, más que guerras continuas han sido de cierta manera y hasta cierto punto guerras continuadas, en el sentido de que no es posible hablar de una confrontación definitiva, con un triunfador o con un momento terminal respecto de las causas, o los intentos de levantamiento. Con el final militar, no adviene el imperio de la justicia, el reconocimiento del derrotado y su debida inserción en los goces de la vida política. Por el contrario, las heridas no se cierran, y se anidan -casi siempre- sentimientos de venganza y liberación que engendran nuevas acciones y reacciones, hacia el infinito.

Pero además no sólo se trata de actos de guerra, de “la guerra como acción”, sino del *animus belli* que da lugar a lo que se denomina “estados de guerra”, es decir, estados de ánimo colectivo determinados por una disposición a tomar las armas, para combatir al que se considera como el enemigo. En estas circunstancias, la guerra no es un acontecimiento definido por el combate, sino por la disposición a combatir y a defenderse, de tal manera que durante los estados de guerra permanecen las facciones, los ejércitos, la vigilancia, el acopio de municiones, las disposiciones estratégicas. La atmósfera de odio, prevención y zozobra no se suspende¹³.

Once guerras del orden nacional, incontables guerras del orden regional y local, y muchas otras nunca declaradas como tales han marcado una interacción multicausal que en la mayoría de sus acciones ha involucrado la imagen o la realidad del Estado. Han sido guerras libradas en nombre del Estado, desde el Estado, en contra del Estado o por los elementos de un Estado que sin embargo no se ha erigido como poder único y último al interior del territorio que reclama para sí.

¹² Véase Uribe de Hincapié, María Teresa. “Ordenes complejos y ciudadanías mestizas: una mirada al caso colombiano”. *Estudios Políticos* No. 12. Instituto de Estudios Políticos, Medellín, Enero-Junio de 1998. Universidad de Antioquia. Medellín; de la misma autora, “Las guerras por la nación en Colombia durante el siglo XIX”. *Estudios Políticos* No. 18. Instituto de Estudios Políticos, Medellín, Enero-Junio de 2001. Universidad de Antioquia. Medellín

¹³ Uribe de Hincapié, María Teresa. “Las soberanías en vilo en un contexto de guerra y paz”. *Estudios Políticos* No. 13, Julio-Diciembre de 1998. Instituto de Estudios Políticos. Universidad de Antioquia. Medellín.

En este contexto de “guerra de larga duración”, la institucionalidad estatal colombiana ha ido adquiriendo algunos rasgos distintivos respecto de aquellos que han “tenido éxito” en su configuración: una cierta indefinición acerca de quién es el soberano; una sobrevaloración de las instituciones militares y sus funciones respecto del conflicto armado; una confusión entre algunos de los elementos binarios que definen los órdenes políticos constitucionales (normalidad-anormalidad, legalidad-legitimidad, factibilidad-idealidad, eficacia-validez, enemigo político-criminal); una cierta lectura internacional que percibe en ese contexto un factor de inestabilidad hemisférica y que ha propiciado intervenciones que disminuyen los índices de la soberanía externa; un régimen político presidencialista con rasgos autoritarios para responder a las condiciones de la guerra cuasipermanente; una experiencia política de derechos limitados, relativizados, o inexistentes; una dispersión política en la población y el territorio, que define las lógicas de la obediencia con base en agentes de control político distintos de las instituciones estatales; la coexistencia y yuxtaposición de dispositivos y prácticas sociales e institucionales que afrontan problemas propios de la convivencia política con base en soluciones que combinan la eficacia jurídica y militar.

1.2 La guerra irregular

Pero no sólo han sido guerras que se han extendido en la larga duración de la historia colombiana. Además de ello han presentado un rasgo decisivo a efectos del estudio del objeto del control constitucional: han sido guerras irregulares. En estas guerras el Estado ha compensado su debilidad orgánica, institucional y funcional con la adopción de prácticas irregulares. Difícilmente soberano, el Estado ha sido recursivamente irregular.

La irregularidad de una guerra puede ser calificada de acuerdo con las calidades del personal involucrado en ella, los métodos y medios para desarrollarla y los objetivos militares que se buscan dentro de la misma¹⁴.

Respecto del personal involucrado en las guerras irregulares, la primera característica radica en su indistinción con los civiles, pues los combatientes ponen en marcha actividades de camuflaje y combinación con la población civil, las cuales les permiten ventajas estratégicas tales como las de agrupación-dispersión-reagrupación, inteligencia militar y consecución de recursos. Estas actividades vinculan a la población civil al conflicto armado por medio de prácticas de complicidad y sentimientos de simpatía, lo cual puede llegar fácilmente a convertirla en objetivo militar de alguna de las partes. En cuanto a la población no se la distingue de los guerreros, ella tiende a ser vista como sospechosa o como enemiga.

¹⁴ Para una caracterización más precisa y extensa, véase: Vilma Franco. “Guerra irregular: entre la política y el imperativo moral”. *Estudios Políticos* No. 19. Instituto de Estudios Políticos, Medellín, Enero-Junio de 1998. Universidad de Antioquia. Medellín; de la misma autora, “El Mercenarismo corporativo y la sociedad contrainsurgente”. *Estudios Políticos* No. 21. Instituto de Estudios Políticos, Medellín, Julio-Diciembre de 2002. Universidad de Antioquia. Medellín.

Se la victimiza entonces, por ejemplo, por el hecho de no pertenecer a la zona de las operaciones militares, o por el desarrollo de actividades imprevistas para los guerreros.

Respecto de los métodos y medios empleados en este tipo de guerras, la característica más importante radica en que en ellas se evita el combate directo, la batalla abierta es relativamente escasa, mientras que se prefieren tácticas de ataque sorpresivo, tales como las emboscadas y los asaltos. Las guerras irregulares se desarrollan sobre espacios no definidos y circunscritos del territorio, el cual se usa de manera ocasional, o como territorio de paso, o para desarrollar circuitos propios de la dinámica de la guerra. Adicionalmente, la confrontación no es constante y sostenida, sino que se ejerce a través de actos de guerra puntuales, seguidos por periodos de normalidad. En las guerras irregulares los medios son especialmente crueles e indiscriminados, en razón de las vinculaciones anímicas que involucran la venganza, la disuasión, la ejemplarización y la crueldad.

Por último, los objetivos bélicos en las guerras irregulares comprenden objetivos no militares, es decir que la confrontación no se limita al ataque de guarniciones, tropas enemigas y edificaciones militares, sino que incluye como objetivos militares elementos puramente económicos y psicológicos, tales como los recursos y sus fuentes, las rutas de suministro de todo tipo de provisiones para sustentar los ejércitos, las actividades económicas, financiadoras y de consecución instaladas en la zona de control; o también, aquellos que impactan la moral militar, la lealtad, la unidad y la legitimidad del guerrero.

En Colombia se desarrolla una guerra que presenta estas características y sus contendientes principales ofrecen rasgos que permitan calificarlos como partes involucradas en una confrontación de esas características. La insurgencia desarrolla una guerra de guerrillas, ejemplo típico de la irregularidad bélica; la contrainsurgencia también desarrolla actividades de esa índole para el combate de su enemigo.

Debe anotarse finalmente que las características mencionadas y verificables en el conflicto armado colombiano, se contraponen a los principios de “distinción” y “proporcionalidad” que se consagran en el derecho de la guerra. El principio de distinción diferencia entre combatientes y no combatientes, y combatientes y civiles, a fin de proveer la protección de los civiles y procurar por la inmunidad del no combatiente. Es un principio dirigido a proteger a los sujetos involucrados en la guerra. El principio de proporcionalidad, por su parte, se ocupa de la relación entre los logros militares y los daños que se causan con ella, de tal manera que permite establecer un criterio según el cual, si los logros no superan los daños que se habrán de ocasionar, la acción no debe ser ejecutada. Se trata pues de moderar el uso de la fuerza para que no resulte excesiva, y alude entonces al tema de los métodos y los medios usados.

1.3 El Estado irregular resultante

La noción de irregularidad a la que se hace referencia en este apartado y a lo largo de la investigación, remite al irrespeto por las reglas del Estado de Derecho y del Derecho

Internacional Humanitario. Es una irregularidad que se mira en relación con las normas jurídicas que disciplinarían la forma y comportamiento del Estado en guerra interna y que involucra algunos elementos de debilidad y precariedad estatal. La noción de Estado irregular no debe ser restringida al nivel militar y mucho menos a los ejercicios de combate, pues el Estado recurre o se ha hecho irregular en –y a partir de- distintos ámbitos de su textura institucional, en los cuales desarrolla prácticas que pueden incidir directamente en la guerra. Un acercamiento al Estado resultante de esta guerra irregular de larga duración, puede facilitarse dando una mirada a sus elementos actuales:

1.4 Las distorsiones del Derecho y de la arquitectura estatal

Es sabido que el Estado de Derecho está definido por la supremacía de las leyes sobre la fuerza, o también por la superioridad de las leyes sobre la voluntad de los hombres; en este sentido, las normas y formas jurídicas son garantía de protección del orden jurídico y político que lleva por rúbrica aquél nombre. En principio las normas jurídicas se concretan en formas estatales, es decir, en la arquitectura particular que adquiere cada Estado. Una revisión de algunos aspectos de esa arquitectura referidos a la guerra puede ser útil para destacar ciertos rasgos de la irregularidad anotada:

La continuidad en Colombia de un régimen democrático, en medio de un contexto como el latinoamericano plagado de golpes de Estado, y de una realidad interna determinada por la guerra de larga duración, puede ser explicada en parte –y sólo en parte- por el recurso permanente a las transformaciones arquitectónicas del régimen político que le permiten irse ajustando a las necesidades de la guerra. La continuidad en las formas del Estado de derecho en Colombia, coincide con las prácticas permanentes para mutar su arquitectura, hasta un punto de equilibrio en el que se logra una cierta eficacia político-militar y se conserva un grado suficiente de legitimidad.

En Colombia han pervivido el principio constitucional de división de poderes y la forma normativa de un Estado de derecho, con elementos de igual grado constitucional como los siguientes:

- El tratamiento de excepción o de emergencia para los más diversos conflictos internos.¹⁵
- Las continuas declaratorias de los estados de excepción y la incorporación de sus contenidos a la legislación ordinaria.¹⁶
- La indistinción entre la Policía como cuerpo civil y el Ejército como cuerpo militar.

¹⁵ Al respecto véase García Villegas, Mauricio. “Constitucionalismo perverso, normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997”, pp. 317-370. En: Santos, Boaventura, García Villegas, Mauricio. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo I. Bogotá, Colciencias, Siglo del Hombre Editores, 2001.

¹⁶ Véase sobre este punto: Pérez Toro, William Fredy, Vanegas Yépez, Alba Lucía y Alvarez Martínez, Carlos Mario. *Estado de derecho y sistema penal*. Instituto de Estudios Políticos. Universidad de Antioquia. Medellín: Diké, 1997.

- La confusión entre el significado que se asigna a los conceptos de seguridad y de defensa nacional; seguridad ciudadana y seguridad del Estado; orden público y seguridad ciudadana.
- El sometimiento del orden público al criterio y las funciones de las Fuerzas Armadas.
- La vinculación orgánica y funcional de la Policía al Ministerio de Defensa.
- La configuración de una exótica justicia penal militar
- La extensión del fuero militar a los miembros de la Policía en acciones del servicio.
- La sujeción de la “obediencia debida” a criterios militares y no civiles.
- El traslado de funciones judiciales a los cuerpos armados.
- El traslado al Gobierno de las más características funciones legislativas de configuración normativa en materias de la seguridad y orden público y las prácticas de diseño institucional encaminadas a concentrar poderes relativos a esas mismas materias en el Gobierno nacional.
- Difusas instituciones de responsabilidad política en razón de la guerra.
- El diseño institucional de una normativa presupuestaria y de planeación, que otorga márgenes de maniobra incontrolables al gobierno para la determinación y destinación del gasto. Y una destinación creciente de recursos a la atención de la guerra.
- Las relaciones de subordinación estricta de autoridades regionales y locales en materia de orden público, insertadas en un programa constitucional que sin embargo procura la descentralización y autonomía territoriales.
- La formación de una Fiscalía de origen ejecutivo y estructura jerárquica rígida, pero con naturaleza y poderes judiciales.
- El diseño normativo de un complejo circuito de postulaciones y nominaciones que finalmente dejan el sistema de reclutamiento de miembros de las altas cortes a merced de las mayorías parlamentarias y del ejecutivo.

El desarrollo de las disposiciones constitucionales por parte del Congreso de la República y del Gobierno Nacional, ha marcado un patrón de comportamiento de inhibición del Congreso para la expedición de normas jurídicas sobre estas materias (por lo menos con un enfoque democrático), y de eficiencia y disposición para el trámite de legislaciones surgidas del propio Gobierno. Por su parte, el Gobierno Nacional, en un tratamiento de reacción frontal al conflicto y a la guerra, ha desarrollado prácticas a través de sus programas de seguridad nacional que incluyen aspectos como los siguientes:

- Una mayor autonomía para los militares en relación con la determinación del enemigo político, la manera cómo se le ha de tratar y las operaciones militares al respecto.
- Inclusión de civiles en la guerra a través del apoyo de los gobernantes para armar a los ciudadanos; el respaldo o impulso de las organizaciones privadas de seguridad, así como la concesión generosa de autorizaciones para el porte de armas a los particulares.
- Asunción y puesta en marcha de doctrinas extranjeras de lucha contra “enemigos internos” y “enemigos globales” (de la doctrina de la seguridad nacional, a los programas hemisféricos y universales de lucha contra las drogas o contra el terrorismo).
- El acople de las fuerzas armadas a poderes de hecho dominantes en localidades a partir de prácticas de privatización de su función pública.

- Distintas estrategias de seguridad nacional y orden público que no han incluido como eje central la defensa del ciudadano tanto como la de las instituciones.
- Indistinción en las políticas para prevenir el delito y para castigarlo.
- Preferencia de la seguridad individualizada sobre la colectiva, pero justificación de la restricción a los derechos individuales en nombre de la seguridad de todos o, más recientemente, “democrática”.
- Militarización del escenario de la política, y con ella, tratamiento de los conflictos inherentes a la democracia, por la vía de la fuerza.
- Obstaculización, frustración o impulso de procesos de paz, en función de las cercanías del “enemigo” con las fuerzas militares.
- Estrategias militares y policiales de dimensión preventiva con vinculación extrema de la comunidad.
- Celebración de transacciones con los guerreros para obtener el control de ciertas zonas, así como también, permisividad con las uniones estratégicas entre narcotraficantes, militares, y caciques locales, para definir algunos aspectos de la seguridad.
- Exclusión, en nombre de la unidad de mando en cabeza del Presidente, de las autoridades administrativas del orden departamental y municipal para el manejo del orden público.

Se trata pues de un Estado sutilmente mutante que ha logrado su pervivencia sin caer en ejercicios institucionales formalmente contrarios al orden jurídico.

Ahora bien, dentro del territorio colombiano coexisten multitud de ordenamientos de corte paraestatal, contraestatal, extraestatal y aun insólitamente, anárquicos. El ordenamiento jurídico institucional rige sólo algunos segmentos, ciertamente importantes y extensos del país, pero en los demás, las disposiciones normativas son expedidas, legalizadas, legitimadas y obedecidas por actores bien diferentes a los de la estatalidad. Esto no significa que el derecho oficial desaparezca totalmente –aunque tampoco es extraño- sino que el mismo se desplaza, se negocia e interpreta en los entramados de la guerra. Sin embargo, el relato del Estado de derecho se mantiene firme en la idea de que el ordenamiento jurídico es un instrumento eficaz para la producción de un orden social en tanto el Estado es generador y modelo del orden mismo.

Hay entonces una cierta competencia por establecer el derecho que se ha de obedecer. Muy por el contrario a la manera como el relato lo presenta, el ordenamiento jurídico puede ser, y en Colombia suele ser, un instrumento de batalla.¹⁷ Hernando Valencia Villa nos ha

¹⁷ Una versión novedosa de esta postura es presentada por Trazegnies: “Frente a estas posiciones, proponemos una teoría dinámica según la cual el Derecho no es un dato sino una operación, no está previamente establecido en un nivel que lo trasciende sino que se construye en la medida en que se lo utiliza, no está hecho sino que se presenta a sí mismo haciéndose en una multiplicidad de focos locales de enfrentamiento. El Derecho constituye así una suerte de campo de batalla en el que se dan múltiples combates de diversa importancia que arrojan victorias con un mayor o menor alcance significativo dentro del orden social. Pero las conquistas obtenidas son nuevamente dialectizadas por los combatientes posteriores; y muchas veces los combates no terminan con una victoria impecable sino con una forma de armisticio que incorpora intereses de vencedores y de vencidos”. Cfr. Fernando de Trazegnies. *Ciríaco de Urtecho Litigante por Amor. Reflexiones sobre la polivalencia táctica del razonamiento jurídico*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1995. P. 200

advertido acerca de las constituciones colombianas como “Cartas de Batalla”, es decir, instrumentos eficaces para vencer y controlar enemigos, y a pesar de que él mismo duda que la Constitución Política de 1991 pueda ser tenida como otra de aquellas,¹⁸ Ciro Angarita Barón afirmó a propósito del accionar del Gobierno Nacional que en nuestro país “el conjunto de normas constitucionales se convierte en una especie de arsenal que se emplea según el enemigo y según la situación. Las normas, como las armas, están dispuestas para la estrategia...”.¹⁹

El derecho –siempre por fuera de su propio relato- puede llegar a ser un factor importante de inestabilidad política y social, es decir, el derecho mismo puede generar desorden social e institucional. De hecho en Colombia ha sido una práctica frecuente aquella según la cual el desorden institucional es presentado públicamente como un desorden social y su tratamiento es el de una situación de anormalidad en el orden público. Ello ha traído como consecuencia una importante indistinción jurídica y fáctica entre la normalidad y la anormalidad, que lejos de confundir, facilita la movilidad estratégica de los gobiernos. Y además la apuesta incondicional en favor de la razón de Estado da lugar a que se confisque la interpretación judicial que debe darse a un texto legal bajo el rótulo autoritario de la “interpretación auténtica”.²⁰

En este marco entonces de “derecho auténtico”, emergencia y ordenamientos paralelos, la institucionalidad trata de reivindicar un derecho propio, particular, de batalla, de la conquista, un derecho del triunfador de la guerra; un derecho evidentemente estratégico. De esta manera, la ley es el frente persuasivo del Estado sólo en algunos segmentos de su territorio. Aquí el Estado se encuentra con una dificultad y es que la ley no es obedecida, es relativa, incluso se obedece pero haciendo usos particulares de la estructura administrativa. Los diferentes actores hacen sus leyes y obligan a su obediencia²¹, inclusive con lógicas similares.

1.5 La soberanía del Estado colombiano

La soberanía es el elemento que define al Estado, pues de alguna manera los demás elementos que lo integran derivan de ella. Por soberanía podemos entender el máximo poder político, no sometido a otros, que se despliega sobre la población localizada en un

¹⁸ Valencia Villa, Hernando. *Cartas de batalla*. Una crítica al constitucionalismo colombiano. Bogotá, Cerec, 1997. pp. 195-199.

¹⁹ Salvamento de voto. *Sentencia de Constitucionalidad 556 de 1992*.

²⁰ *Decreto 1155 de 1992, Sentencia de Constitucionalidad 579 de 1992*.

²¹ La guerra interna transcurre delante de una normatividad internacional (DIH) y una nacional (el ordenamiento de un Estado reconocido internacionalmente). La Internacional, es usada por los guerreros para deslegitimar al adversario, y no para limitar la guerra; la nacional, es usada por el Estado que la transforma en normatividad de emergencia, en materia penal, surgida del estado de excepción”. Tomado de Pérez Toro, William. “Guerra y delito en Colombia. *Estudios Políticos* No. 16, Enero-Junio de 2000. Instituto de Estudios Políticos. Universidad de Antioquia. Medellín.

territorio determinado. La soberanía es ante todo un conjunto de hechos fácticos desplegados en un proceso de construcción en la larga duración que da lugar a la formación de los Estados. En este sentido, la soberanía es mucho menos un acto declarativo o fundacional que un proceso extenso que involucra la construcción de componentes como la autoridad, el orden, la obediencia. Los rasgos de la soberanía son la inclusividad, la exclusividad y la universalidad, y su presencia determina la formación exitosa del Estado moderno.

Considerada desde el punto de vista militar, la soberanía implica el monopolio de la fuerza por parte del Estado, y con ello, el sometimiento de la población a sus determinaciones, que son únicas y excluyentes de otros competidores soberanos. De esta manera, puede decirse que

La contraparte de este ejercicio de violencia es, paradójicamente, una oferta de seguridad. El sometimiento a un poder es recompensado, en un primer momento, con protección que se traduce en algunos casos como orden; pero para que este poder adquiera una dimensión política debe convertirse en autoridad y el sometimiento en obediencia. Por esto, la soberanía puede llegar a ser el resultado de negociaciones o de pactos en permanente ratificación según los cuales un segmento significativo de la población le reconoce a *un* poder *una* autoridad, pero dentro de determinadas condiciones preestablecidas.²²

La dimensión histórica de la construcción de soberanía denota el recurso variable pero casi siempre presente a prácticas de guerra y de paz. El papel de la guerra como factor determinante en el surgimiento y consolidación de los Estados ha sido ampliamente estudiado, pero también lo ha sido su incidencia en la zozobra política que presentan ciertas organizaciones que difícilmente pueden ser denominadas como Estados, dada su debilidad en términos de soberanía externa o interna, debido a la persistencia de una guerra que inacabada e inacabable impide nombrar un soberano.

La construcción del Estado soberano es un proceso que depende de la formación y consolidación de monopolios de diversos tipos: monopolio de las armas, monopolio de los recursos económicos, monopolio de la legitimidad, entre otros. Pero de la lucha por la constitución de los monopolios se pasa a la lucha por su distribución, su uso y su disposición.²³

El monopolio de los recursos bélicos es decisivo en la medida en que impide que otros rivales con pretensiones de dominio militar sobre el mismo territorio y población puedan ejercer dominio eficaz. Expulsados del territorio, exterminados o desarmados, el adentro demarcado por el monopolio de las armas se define como un espacio pacificado en el

²² Alonso, Manuel Alberto y Vélez, Juan Carlos. "Soberanía, guerra y órdenes alternos". *Estudios Políticos* No. 13, Julio-Diciembre de 1998. Instituto de Estudios Políticos. Universidad de Antioquia. Medellín. P. 47

²³ *Ibid.* Pp. 55 y 57

sentido de eliminar las posibilidades reales de iniciar nuevas guerras para construir nuevos monopolios y desarticular los dominantes.

En Colombia el proceso de construcción del monopolio bélico en cabeza del Estado no ha sido exitoso, pues múltiples actores detentan las armas y las fuerzas suficientes para disputar con éxito algunos aspectos de la soberanía, por lo menos en numerosos aunque dispersos e inestables territorios del adentro estatal. La guerra persistente y en expansión, ofrece una imagen de inviabilidad en cuanto a la consolidación del Estado y construye formas de orden que se enfrentan, se yuxtaponen o negocian con los órdenes del Estado. En este sentido, y a propósito del conflicto armado actual, es posible entonces “ volver a pensar en términos de autoridad, orden y soberanía en razón de la dimensión que ha adquirido la confrontación armada, el papel de los diferentes actores en armas y del desorden que supone la acción de cada uno de ellos”;²⁴ es posible preguntarse “si en esta guerra se está estructurando a la fuerza un orden político”, o también “si se está poniendo en juego una definición acerca de los rasgos atribuibles a la autoridad”.²⁵

En la Colombia de hoy, el resultado de la guerra irregular de larga duración es el de un mapa de soberanías múltiples y alternas, de zonas con dominios variables signadas por el *animus belli*, que no se deja nombrar como Estado en tanto no puede advertirse una sola soberanía, un solo orden, una sola autoridad o una sola legitimidad.

En la guerra no sólo la violencia se exagera sino que, también, se prefijan nuevos sentidos de orden, agenciados por distintos grupos armados. La guerra crea su propio orden, su propia gramática, y aunque no anula o sustituye todos los conflictos privados y públicos así como todas sus formas de solución, sí subordina paulatinamente muchos de ellos y puede hacer irrelevantes algunos de éstos. Igualmente, la guerra inscribe en su lógica y racionalidad otros procedimientos a partir de los cuales se propicia social o institucionalmente el orden.²⁶

Cabe indagar entonces: “¿Qué pasa cuando el Estado ya no es el principal agente del orden político y tampoco la institución privilegiada para gestionar los conflictos públicos y privados que se expresan en ámbitos públicos?”²⁷ En muchos casos el Estado pacta y negocia las infracciones, en otros casos, las criminaliza y judicializa, y no es extraño que lo que termine negociando sea el desorden mismo. En estas circunstancias, el Estado colombiano no es el agente del orden político y no es la expresión institucional más acabada de él, pues, además de sus históricas deficiencias como poder legítimo, perdió su capacidad y predominancia para gestionar el conflicto. Precisamente, por esa crisis de

²⁴ *Ibid.* P. 41

²⁵ *Ibid.* P. 43

²⁶ Vélez, Juan Carlos. “Conflicto y guerra: la lucha por el orden en Medellín”. *Estudios Políticos* No. 18, Enero-Junio de 2001. Instituto de Estudios Políticos. Universidad de Antioquia. Medellín. P. 63

²⁷ *Ibid.* P. 63

legitimidad, el Estado no ha podido conducir, institucionalizar y encauzar conflictos de diversa índole y se ha convertido en propiciador de ellos.²⁸

El resultado de todo lo anterior no es otro que el de la coexistencia de soberanías múltiples, en vilo o en disputa al interior del Estado. El Estado no es la expresión del monopolio del poder político ni de los recursos bélicos. Pero además, la precariedad de la unidad estatal se expresa con mucha fuerza en sus propias incoherencias institucionales en el tratamiento de la guerra y sus guerreros. Al decir de William Restrepo Riaza:

La relación entre Gobierno y Ejército no se da tal como se concibe teóricamente, es decir, a través de una efectiva subordinación del poder militar al poder civil. En Colombia asume la forma de una unidad desequilibrada, que es contradictoria en sí misma y en la cual no hay una plena autoridad del Presidente con respecto de la jerarquía militar. Esto explica la ambigüedad del Estado, como unidad, frente a fenómenos como el paramilitarismo. Así mismo, no existe una política clara frente a la guerrilla. Mientras el Gobierno reconoce a la insurgencia como un interlocutor político, el Ejército –representado por sus altos mandos-, le niega tal condición.²⁹

Pero más grave aún, en Colombia el Ejército es un actor especialmente poderoso en el campo de la política institucional, es decir, más allá del campo militar “son bien conocidas las iniciativas de la cúpula militar para modificar el código penal suprimiendo el delito político; para defender el fuero militar, considerado como fuente de impunidad por organismos nacionales e internacionales de derechos humanos; para proponer la suspensión de elecciones en algunos municipios del país y, en fin, para difundir una imagen pública de las organizaciones insurgentes...”³⁰

La idea de un orden soberano, institucionalizado y descendente del Estado y sus gobiernos no se corresponde ni con la descripción de la realidad ni con la prescripción del régimen que la expresa en términos de seguridad ciudadana, pública o institucional; tampoco, en términos de estabilidad social. “Los órdenes, en la esfera política, aluden más bien a sistemas de reglas, de normas, de pautas de acción y de comportamiento institucional o social, sustentados en valores y en una definición de jerarquías que establecen el marco de las relaciones entre los sujetos –individuales o colectivos- y entre éstos con la autoridad, el poder y el aparato público.”

Los órdenes normativos y constitucionales formalizan y legalizan ese sistema de pautas y reglas y lo respaldan con una garantía coercitiva central y legítima. Los órdenes societales, por el contrario, no tienen dimensión jurídico institucional ni formas legales y centralizadas de coerción, pero conforman constelaciones de sentido, que orientan la acción social, las prácticas, las creencias y los valores, así como unos criterios

²⁸ *Ibid.* P. 88

²⁹ Restrepo Riaza, William. “Conflicto armado y alternativas de paz”. *Estudios Políticos* No. 10, Enero-Junio de 1997. Instituto de Estudios Políticos. Universidad de Antioquia. Medellín, p. 114.

³⁰ *Ibid.* P. 126.

ampliamente compartidos sobre el relacionamiento social y sobre las jerarquías, la autoridad y el poder. Esto de manera regularizada y predecible.³¹

1.6 El territorio del Estado colombiano

La soberanía del Estado se concreta en la delimitación clara y definitiva de un territorio sobre el cual establece un único y excluyente poder político. El territorio es algo así como el cuerpo físico del Estado, su elemento objetivo y la base material de su imperio. La noción de territorio es una noción política en tanto agrega a los simples factores geográficos (suelo, subsuelo, atmósfera, mar, etc.) los factores de poder y de orden político, por ello el Estado es acumulación de poder político en un determinado espacio físico.

Por su parte, la guerra es un complejo ejercicio militar que se despliega sobre el espacio y sus recursos. En el relato exitoso del Estado moderno, la guerra trae como resultado la construcción de un monopolio sobre el espacio que sometido a una única autoridad política se transforma en territorio. Ella supone no sólo sometimiento bajo mandos militares sino también alianzas y negociaciones con actores asentados sobre dichos espacios. La guerra y sus alianzas van logrando –se insiste, en el relato exitoso de los Estados modernos- articular espacios físicos al exclusivo y excluyente dominio estatal. Así las cosas, el proceso de construcción territorial a través de las prácticas militares muestra el tránsito de una dispersión de espacios desarticulados hacia la construcción de un único territorio, continuo y articulado bajo un solo mando como efecto de la expulsión, exterminio o desarme de los actores que antes dominaban sobre esos segmentos.

Pero si el proceso de monopolización de los recursos bélicos no es exitoso, es decir, si la guerra no ha dado lugar a la producción del orden político específico que denominamos como Estado moderno, dicho en otros términos, si la guerra persiste indefinidamente sin llegar a consolidar monopolios, la dispersión de los espacios se mantiene y no es posible llegar a hablar de territorio en la medida en que no se despliega sobre el espacio un único poder político inclusivo y excluyente, sino que persiste el orden poliárquico o disperso políticamente.³²

³¹ Uribe de Hincapié, María Teresa. *Estudios Políticos* No. 12. *Op. cit.* Pp. 27-28

³² “En términos más concretos, la confrontación dibuja un mapa en el cual se pueden observar, por lo menos, tres tipos de escenarios: zonas de claro control de uno u otro orden, territorios de dominio variable y escenarios de órdenes múltiples y sobrepuestos.” Tomado de Pérez Toro, William. “Guerra...”. *Op., cit.*, p. 24. La primera da lugar a autoridades estatales, paraestatales o contraestatales; la segunda, a transiciones permanentes de órdenes, es decir, no hay un único orden; la tercera, parecida a la anterior, alude a la ciudad como territorio de confrontación de los grandes actores, adicionando bandas, milicias, organizaciones del narcotráfico y ejércitos de vigilancia privada. Pequeños actores, que emparentados o no con los actores, definen controles y órdenes. En los dos últimos hay que aclarar primero cuál es la ley que se obedece, de tal manera que la pregunta por la validez se combina inescindiblemente con la pregunta por la eficacia. Coexisten muchas legalidades.

La historia de Colombia en punto a la construcción estatal del territorio no es para nada típica o lineal. En primer lugar porque Colombia en rigor no disputó su territorio frente a otros Estados o fuerzas externas, es decir, Colombia no ha librado batallas con actores externos o con invasores, no ha librado guerras de fronteras. El territorio colombiano fue más bien una herencia del dominio español establecido con anterioridad a la Independencia, de hecho, parece cierta la afirmación de que esa herencia le resultó desconocida y escapó a su dominio real por mucho tiempo, hasta entrado el siglo XX, pero no le fue tampoco disputado por los Estados vecinos que presentaban problemas parecidos. Eran todos ellos, y también Colombia, espacios delimitados que excedían las posibilidades de dominación por parte de gobiernos centralizados cuyo radio de dominio político era incapaz de llegar a todo el espacio disponible. En segundo lugar, porque la construcción política del territorio, no obstante estar encerrado por las fronteras de otros Estados incapaces de copar los suyos propios, no se logró de manera exitosa internamente, pues el conjunto de guerras irregulares desarrolladas en la larga duración dio como resultado una descripción político espacial que dista en mucho del ideal exitoso del Estado moderno, en la medida en que mantiene una apreciable cantidad de fronteras internas, que desde luego, no obedecen a las divisiones político administrativas institucionales.

El Estado colombiano, sin embargo, localiza con dificultad algunos de sus agentes burocráticos en las zonas cuyo control real no le pertenece, por lo cual, en numerosos casos guarda con ellos una relación burocrática formal, pero no puede impedir, ni en ocasiones sobreponerse, a los nexos o exigencias que establecen con ellos los demás actores armados. De tal suerte que aquí la burocracia no cumple con éxito la función de articular territorios a los dominados por el Estado por medio de su organización administrativa.

Ahora bien, la presencia militar del Estado en el territorio, depende de las dinámicas de los demás actores, especialmente de las guerrillas, y replica muchos de sus movimientos, esto es, también, una condición de la irregularidad de la guerra. De este modo, los ejercicios militares no parten de la definición de un espacio territorial estable para el desarrollo de su función, sino que operan con patrones nómadas; sin campo de batalla especializado o exclusivo, y dependiendo de la movilidad de sus adversarios y sus propios aliados. En ciertos casos, replican formas de control territorial o de despojo del territorio del enemigo que pueden incluir la apropiación de tácticas.

Así, entonces, el territorio no es, a la manera de los Estados exitosos, aquel espacio que denota la continuidad de una única dominación, producida, mantenida y reforzada por la presencia y la acción de una red burocrática que conecte los distintos espacios, y transforme el simple suelo físico como soporte de las actividades en territorio al adicionarle el sometimiento a un determinado orden político, el del Estado para este caso.

Por el contrario, el adentro del Estado parece corresponderse más con un archipiélago político, bajo el dominio continuado de fuerzas distintas a las del Gobierno institucional, trizado en espacios y microespacios inconexos, a los que el Estado no llega o no se le permite llegar, o que llega por medio de prácticas militares de invasión o conquista. Los instrumentos que hacen aparecer una continuidad, una apropiación y un imperio sobre el

suelo para que este se transforme en territorio del Estado no figuran: no puede hablarse de un mercado nacional, tampoco de unas redes de comunicación que interconecten los espacios y sus poblaciones, y menos de una presencia burocrática que confiera continuidad al dominio estatal.

La debilidad estatal ha dado lugar a que el territorio colombiano denote la marginalización política provocada en buena parte por nuestro régimen político. “La pervivencia histórica de un régimen político exclusivo ha dado un perfil muy claro a nuestra configuración socio-espacial a partir del establecimiento de unos espacios “articulados” a la nación y otros que se configuran marginalmente como el lugar de lo “otro”, de lo que no encaja en el proyecto de orden existente”³³.

Este archipiélago político ha sido objeto de nominaciones contenidas en rótulos muy diversos: “territorio de refugio”, “territorios bélicos”, “zonas de dominio variable”, “zonas en disputa”, “zonas de control de un actor”. Descriptores que evidencian la ausencia de un control estatal dentro de amplias zonas de las fronteras internas del país, al punto en que se invierte la lógica del ejercicio y la percepción que se tiene del control militar institucional, que es calificado cuando aparece, como un Ejército de ocupación, de conquista o extranjero, para el que la población es sospechosa y el territorio desconocido.

Desde una perspectiva política, y en un contexto de guerra por los “elementos del Estado”, esta dispersión no puede ser olvidada, de hecho es importante. El alcalde de un municipio en zonas de control de un actor armado distinto al Estado, no es propiamente *un* alcalde; un juez, en esas condiciones, tampoco es *un* juez; un trabajador de obras públicas o un personero tampoco lo son. En los contextos en los que por fuerza de las armas, o por la simple persistencia de los hechos, la creencia en el Estado –por distante, por inexistente, por retardado, por intangible- se suspende, las sujeciones a la institucionalidad desaparecen, se relativizan o por lo menos se debilitan o diluyen, en una superposición o yuxtaposición de alternativas o imágenes antagónicas.

1.8 La población como elemento del Estado colombiano

La sociedad colombiana está lejos de ser el elemento subjetivo del Estado, aquel en que descansa un sentido de unidad nacional o de identidad en un imaginario colectivo cuya reducida conflictividad se encuentra canalizada por las instituciones estatales. No es tampoco el espacio de la obediencia a una legalidad derivada del Estado, por el contrario, es el espacio de una fuerte conflictividad social de choque, altamente militarizada por diferentes actores armados, uno de los cuales es el Estado. En efecto, “La relación del Estado y lo social en Colombia se ha estructurado fundamentalmente a partir de la confrontación, la negación y la resistencia. Esta relación, enmarcada en la generalización del recurso a la violencia, es el producto de un proceso histórico que involucra la crisis de

³³ Alonso Espinal, Manuel Alberto. “El movimiento armado en Colombia: una mirada desde el concepto de lo social”. *Estudios Políticos* No. 4. Instituto de Estudios Políticos. Universidad de Antioquia. Medellín. P. 47.

la legitimidad del Estado, la militarización y la privatización del Estado y la fragmentación, desarticulación y anomia de lo social”.³⁴

Adicionalmente, las relaciones entre el Estado y la población están lejos del ideal institucional de la representación directa o indirecta como lo imagina el relato del Estado de derecho. En sentido muy distinto, a lo largo de la historia colombiana, ha habido una práctica numerosa y variada de intermediarios que han estado negociando más que el orden el desorden político, en espacios semipúblicos y semiprivados en los distintos ámbitos y niveles del Estado y por fuera de él.

De otro lado, la legitimidad en el sentido de credibilidad y disposición a la obediencia se ve seriamente diezmada por el recurso a una violencia de expresión variada ejercida por el Estado, la cual no está desconectada de un tipo de guerra irregular de larga duración. Esta violencia adopta formas y cobra víctimas variadas: como violación de los derechos humanos³⁵, como ataques a movimientos sociales de protesta³⁶, como acosos sobre las minorías étnicas, campañas de limpieza, entre otras. No obstante, el Estado de derecho insiste en un discurso constitucionalista de “defensa de la sociedad” que se yuxtapone a un reconocido “miedo al pueblo”.

En Colombia el “nosotros” como sustrato colectivo de lo nacional, como imaginario social que confiera sentido de pertenencia a un proyecto común representado en el Estado es muy débil, y no alcanza a ser el origen de la legitimidad que un Estado de derecho reclama. Con todo, el Gobierno formula constantes llamados a la solidaridad ciudadana³⁷ para con las autoridades, los cuales sin embargo no parecen tener mucho éxito pues buena parte de la sociedad nunca ha sentido que el Estado sea ni suyo ni su amigo. Esto se percibe en la tendencia cada vez mayor a premiar la colaboración con el Estado.

La población es menos la materialización subjetiva de los derechos que un factor decisivo en la guerra, es menos el límite en términos de garantías para el actuar militar del Estado, que un conglomerado clave activamente para contribuir con las labores de inteligencia, y pasivamente para justificar sus actos. En suma, y para concluir, podemos tomar las palabras de María Teresa Uribe:

En Colombia, el referente de la pertenencia a una colectividad histórica determinada, se ha tejido en torno al eje de las guerras y las violencias. Este hilo imaginario es el que parece anudar el pasado con el futuro y el que permitiría explicar el presente. Dándole

³⁴ *Ibid.*, p. 54

³⁵ “Detenciones ilegales, desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, torturas y detenciones arbitrarias a manos de determinados elementos de las Fuerzas Armadas y los demás organismos de seguridad del gobierno”. Comisión Andina de Juristas, Comisión Colombiana de Juristas. *Violencia en Colombia*. Lima, 1990. P 87

³⁶ “gran número de las marchas y los paros trajeron como consecuencia la militarización de las regiones en que habían ocurrido. Por otra parte las propias movilizaciones se vieron acompañadas frecuentemente por bombardeos y ataques de artillería lanzados por las Fuerzas Armadas.” *Ibid.*, p. 88. Además el desplazamiento sistemático, las masacres colectivas, etc.

³⁷ Decreto legislativo 1793 de 1992, entre otros.

alguna unidad y sentido de continuidad y permanencia a este conglomerado social que se denomina nación colombiana³⁸

1.8 Las prácticas del guerrero irregular³⁹

Todo aquel acervo de rasgos irregulares determina y se concreta en el enorme conjunto de actuaciones del Estado como partícipe directo del acontecimiento de la guerra, las cuales, en último término son el material al que están referidas las sentencias de la Corte Constitucional que en el capítulo IV serán objeto de estudio. Algunas de las prácticas más notorias que pueden enunciarse son las siguientes:

El Estado colombiano tiende a invisibilizar sus fuerzas armadas, desarrollando distintas tácticas de camuflaje, en ejercicio de las cuales crea brigadas móviles cuyos miembros no portan nombres, insignias o rangos y usan seudónimos; o bien, fusionan labores de inteligencia y combate con brigadas de educación, asistencia en salud y apoyo a la población.

El Estado, a través de sus agentes de la guerra comete de manera deliberada numerosos asesinatos con fines políticos, masacres colectivas, ejecuciones en combate, desapariciones y muertes en circunstancias poco claras, que con dificultad pueden distinguirse de otras

³⁸ Uribe de Hincapié, María Teresa. “Las guerras por la nación en Colombia durante el siglo XIX”. . *Estudios Políticos* No. 18. Instituto de Estudios Políticos, Medellín, Enero-Junio de 2001. Universidad de Antioquia. Medellín. P. 10

³⁹ Tomadas de diversos textos: Americas Watch. *La violencia continúa*. Asesinatos políticos y reforma institucional en Colombia. Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1992; Medina Gallego, Carlos y Téllez Ardila, Mireya. *La violencia parainstitucional, paramilitar y parapolicial en Colombia*. Quito, Rodríguez Quito Editores, 1994; Organización de Estados Americanos. “violencia llevada a cabo por los agentes estatales”. p 118 y ss. *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia*. 1999; Uprimny Yépez, Rodrigo y Vargas Castaño, Alfredo. “La seguridad: difícil de abordar con democracia”. En: *Análisis Político* No. 46. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Bogotá, Mayo-Agosto de 2002. Universidad Nacional. Bogotá; Uprimny Yépez, Rodrigo y Vargas Castaño, Alfredo. “La palabra y la sangre: violencia, legalidad y guerra sucia”. En: Germán Palacio (Com.). *La irrupción del paraestado*. Ensayos sobre la crisis colombiana. ILSA, Bogotá, Cerec, 1990; En busca de la estabilidad perdida. Leal Buitrago, Francisco. “La seguridad: difícil de abordar con democracia”. En: *Análisis Político* No. 46. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Bogotá, Mayo-Agosto³⁹ Uribe de Hincapié, María Teresa. “Las guerras por la nación en Colombia durante el siglo XIX”. . *Estudios Políticos* No. 18. Instituto de Estudios Políticos, Medellín, Enero-Junio de 2001. Universidad de Antioquia. Medellín. P. 10

³⁹ Tomadas de diversos textos: Americas Watch. *La violencia continúa*. Asesinatos políticos y reforma institucional en Colombia. Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1992; Medina Gallego, Carlos y Téllez Ardila, Mireya. *La violencia parainstitucional, paramilitar y parapolicial en Colombia*. Quito, Rodríguez Quito Editores, 1994; Organización de Estados Americanos. “violencia llevada a cabo por los agentes estatales”. p 118 y ss. *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia*. 1999; Uprimny Yépez, Rodrigo y Vargas Castaño, Alfredo. “La seguridad: difícil de abordar con democracia”. En: *Análisis Político* No. 46. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Bogotá, Mayo-Agosto de 2002. Universidad Nacional. Bogotá; Uprimny Yépez, Rodrigo y Vargas Castaño, Alfredo. “La palabra y la sangre: violencia, legalidad y guerra sucia de 2002. Universidad Nacional. Bogotá; Llorente, María Victoria. “Perfil de la policía colombiana”. En: Deas Malcolm y Llorente, María Victoria (Comps.). *Reconocer la guerra para construir la paz*. Bogotá, Ediciones Uniandes, Cerec, 1999; Ladrón de Guevara, Andrés. “Estudio sobre la subordinación a los civiles y autonomía de los militares”. *El juego del poder. Historia, armas y votos*. Bogotá, Cerec, Uniandes, 1998.

irregularidades no asociadas directamente al conflicto armado, tales como la “limpieza social”.

También incurre en numerosas actuaciones que involucran ataques o confrontaciones militares sin distinción respecto de los combatientes, o con armas cuya tecnología no permite la selección plena del objetivo; así mismo, lleva a efecto detenciones masivas, maltratos y torturas, operaciones rastrillo o de “tierra arrasada”. Igualmente, usan la fuerza para interrogar a la población, recurren a registros y allanamientos sin orden judicial, requisan los vehículos, los mercados, llevan censos del número de habitantes, su lugar de residencia, sus costumbres y hábitos. También los obligan a marchar por zonas de combate con las tropas, o los ejecutan y luego los visten con el uniforme de otros guerreros para presentarlos públicamente como miembros del adversario.

Estas y otras actividades propias de las tácticas del terrorismo de Estado y de la denominada “guerra sucia”, tienen en ocasiones como su objetivo los movimientos de protesta social, y suelen desarrollarse a través de fuerzas paraestatales, las cuales pueden incluir, usar o negociar con cuerpos de voluntarios, servicios de vigilancia privada legales e ilegales, los grupos de autodefensa y paramilitares, bandas y escuadrones de sicarios, grupos de justicia privada; ello sin descontar ciertas prácticas de camuflaje a través de organismos tales como la Defensa Civil.

No son escasas las muertes de civiles derivadas de los retenes militares; las desapariciones forzadas; los bloqueos de alimentos destinados a grandes conglomerados humanos; los desplazamientos forzados y el reclutamiento de menores para servir a las fuerzas militares. Además, algunos agentes estatales (civiles o militares) celebran pactos con los demás actores que detentan un cierto control militar sobre fragmentos del territorio, para determinar ciertos aspectos relativos a las condiciones de su ejercicio.

A este escenario están referidas precisamente las sentencias de la Corte Constitucional, y más aún, sobre él recae su poder regulador, o en términos teóricos, su competencia normativa.

1.9 A manera de conclusión

Es ciertamente difícil creer que los rasgos de un tal actor de la guerra permitan su control constitucional, pues éste ejercicio, que es complicado en periodos de paz, es prácticamente imposible con la transformación del Estado en contextos de guerra irregular. La condición refractaria al control constitucional por parte del Estado colombiano puede sintetizarse en las siguientes reflexiones: estamos frente a una incontrolabilidad constitucional por razón del objeto, en este caso determinada porque la guerra irregular de larga duración ha dado lugar a un tipo de Estado guerrero antes que Estado de Derecho y mucho menos Estado constitucional. Es decir, uno de los presupuestos de la controlabilidad constitucional del Estado de derecho, aun si libra una guerra interna, no se cumple, pues el Estado se ha

formado obedeciendo a la lógica de la guerra antes que a la lógica de la paz. Se trata de un permanente “estado de cosas inconstitucionales” que sintetiza al Estado irregular guerrero.

2. El parámetro del Control Constitucional

“El conjunto de normas constitucionales se convierte en una especie de arsenal que se emplea según el enemigo y según su situación.”⁴⁰

El Estado irregular guerrero que se ha descrito en el capítulo anterior coexiste con un régimen constitucional de alta sofisticación en la defensa de derechos humanos. En la creencia normativa del constitucionalismo, la Carta de 1991 funciona como el paradigma para el juzgamiento de las conductas de una realidad política que se ha construido en el marco de un larga guerra irregular interna. Salvo algunas breves interrupciones, en Colombia han coexistido la Constitución y la guerra.

La constitución política de 1991 entendida como parámetro de constitucionalidad de los hechos y actos jurídicos del Estado -irregular en guerra-, presenta algunas características destacables para comprender las dificultades que parecen conducir la dificultad del control. En este capítulo se efectúa una aproximación a esos rasgos, los cuales permiten sustentar la tesis central de este aparte: *la Constitución Política de 1991 no representa un instrumento jurídico político idóneo que pueda ser considerado como parámetro de control de las actuaciones del Estado irregular en guerra.*

Ello es así por dos razones fundamentales: (a) Ni la guerra irregular ni el Estado guerrero son objeto de consideración por el texto constitucional, y ello significa que si no han sido tematizados por la Carta, (b) las opciones de construcción del paradigma del control para calificar las actuaciones del Estado irregular guerrero quedan de hecho sujetas a normas infraconstitucionales, es decir, legales y/o gubernamentales, y a la jurisprudencia; lo que sin duda es problemático en tanto esa construcción –del paradigma- se fijará en asuntos propios del soberano, es decir, en la determinación de quién es el enemigo y en la manera de combatirlo.

Dicho en otros términos, respecto del tema de la guerra interna y del Estado irregular guerrero, la Constitución Política no es propiamente un paradigma de acción y control, sino algo diferente, un conjunto de normas y disposiciones que se ocupan de *otro mundo*. La inexistencia normativa de la guerra y del tratamiento que se ha de dar a la misma atendiendo a sus características irregulares y de larga duración, defiere el asunto más importante de la política y el supuesto mismo para que se pueda hablar de Estado moderno en Colombia, a los órganos constituidos de un Estado guerrero con rasgos irregulares, particularmente al Gobierno Nacional. En ausencia de disposiciones constitucionales

⁴⁰ Salvamento de voto *Ciro Angarita Barón* a la Sentencia de Constitucionalidad 556 de 1992 de la Corte Constitucional.

explícitas dirigidas a definir qué es la guerra, quién es el enemigo y cómo se le ha de tratar, la respuesta sobre la materia, esto es, el paradigma del control de constitucionalidad, deviene en un conjunto amorfo de disposiciones infraconstitucionales o supraconstitucionales que poco útiles son si se las piensa desde una función limitativa del Estado en guerra, como correspondería al control constitucional, pero que resultan valiosas para un tratamiento permanente del conflicto armado por las vías militares, en razón de las propias condiciones de formación de esos órganos.

Aunque sea sólo de manera aproximativa, en este acápite se ofrecerán las líneas gruesas acerca de la ausencia del tratamiento constitucional de la guerra, su sustitución por las voces infraconstitucionales y las consecuencias del fenómeno.

2.1 La invisibilización constitucional de la guerra interna

Para probar la inexistencia del tratamiento de la guerra interna en la Constitución, podría decirse inicialmente que no hay cláusula alguna que efectúe siquiera una aproximación que permita formular un juicio en relación con lo que el constituyente pensó sobre la materia. Esto por supuesto no significa que en la Constitución no se hayan consignado algunas disposiciones dirigidas a regular algunos aspectos relativos a la guerra, seccionando el tema en la división de guerra exterior y conmoción interior (la expresión guerra interior no es usada).

La Constitución Política alude a la guerra exterior: con el fin de autorizar al Gobierno para declarar la guerra a otra nación (artículo 173 numeral 5); para autorizar la expropiación en caso de guerra exterior (artículo 59); para establecer que el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación excepto en caso de guerra exterior o por razones de seguridad nacional (artículo 350); en materia de descentralización fiscal, de manera que “los impuestos departamentales y municipales gozan de protección constitucional y en consecuencia la ley no podrá trasladarlos a la nación, salvo temporalmente en caso de guerra exterior” (artículo 362); para señalar en el artículo 88 numeral 6, que corresponde al Presidente proveer a la seguridad exterior para lo cual podrá declarar la guerra con permiso del Senado (artículo 188); para sancionar la traición, en caso de que un colombiano participe en guerra exterior contra Colombia (artículo 97).

Las disposiciones constitucionales que tendrían que ver con el tema de la guerra interna, bajo la forma de conmoción interior, son los artículos 213⁴¹ y 214.⁴² Allí, la guerra asume

⁴¹ Artículo 213. En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el estado de conmoción interior, en toda la República o parte de ella, por término no mayor de noventa días, prorrogables hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República.

Mediante tal declaración, el gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos.

la forma del “estado de excepción”. Esta figura supone la existencia de un fenómeno episódico, sobreviniente y extraordinario, por lo cual su tratamiento no se dirige tanto a la descripción del acontecimiento específico que da lugar a la declaratoria, como a la delimitación de las funciones correspondientes al Gobierno Nacional para conjurar su advenimiento. Tampoco allí se encuentra entonces tematizada la guerra.

Desde una perspectiva inspirada en la estricta dogmática del constitucionalismo, pareciera que las lógicas del control serían distintas si la Constitución Política se ocupara del tema. Quizá la fórmula constitucional escrita aportaría seguridad, demostrabilidad temática y estabilidad en el tratamiento de la guerra; de esta manera la excepcionalidad con la que suele darse respuesta a los conflictos armados internos, para bien o para mal, adquiriría, ahora sí, un carácter excepcional o, en el peor de los casos, normal... pero certero, predecible, referencial. Además, la Constitución sería intangible y menos contingente que la normatividad subconstitucional que rige el tratamiento actual de la guerra.

En el texto constitucional, pero con carácter transitorio, se encuentran algunas disposiciones que se ocupan de la materia, pero desde una perspectiva de próximo final de las confrontaciones armadas. Por ello, allí se crean instituciones y facultades necesarias para dar por finalizado el conflicto. El artículo 8° transitorio, extiende hasta por noventa días la vigencia de los decretos de estado de sitio expedidos bajo el régimen de la Constitución de 1886, y faculta al Gobierno Nacional para convertirlos en legislación permanente; el artículo 12 transitorio faculta al Gobierno Nacional para que haga uso de algunas instituciones que faciliten la reincorporación a la vida civil de los grupos guerrilleros que se encuentren vinculados decididamente a un proceso de paz bajo su dirección; el artículo 13 transitorio, faculta al Gobierno para disponer lo necesario a fin de mejorar las condiciones económicas y sociales de las zonas en las que dichos grupos

Los decretos legislativos que dicte el gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el estado de conmoción y dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público. El gobierno podrá prorrogar su vigencia hasta por noventa días más.

Dentro de los tres días siguientes a la declaratoria o prórroga del estado de conmoción el Congreso se reunirá por derecho propio, con la plenitud de las atribuciones constitucionales y legales. El Presidente le pasará inmediatamente un informe motivado sobre las razones que determinaron la declaración.

En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar.

⁴² Adicional a lo anterior, algunas otras disposiciones se ocupan de manera indirecta de la materia, a partir de la referencia al concepto de estado de conmoción interior, de la noción de orden público y de la referencia a la fuerza pública. Es el caso del artículo 93, que prohíbe suscribir y ratificar tratados y convenios internacionales que suspendan o limiten los derechos humanos aún en los estados de excepción; el artículo 138, referido a las sesiones extraordinarias del Congreso de la República en caso de perturbación del orden público; el artículo 189, referido en su numeral 4° a la conservación del orden público turbado, y en el 5° a la dirección de operaciones de guerra; el artículo 218 referido a las Fuerzas Armadas; el artículo 241, numeral 7°, que se ocupa del juicio de constitucionalidad sobre los decretos legislativos para la declaratoria del estado de conmoción interior; el artículo 252, que prohíbe al Presidente durante los estados de conmoción modificar o suprimir instituciones judiciales de acusación o juzgamiento; y el artículo 296, que confiere condiciones de inmediatez y máxima jerarquía a las ordenes del Presidente en materia de orden público; en otras disposiciones se tratan materias relacionadas como la seguridad nacional y su conexión con el gasto público social (artículo 350); la conservación del orden público a cargo del Presidente (artículo 189, numeral 4); la subordinación a condiciones especiales o su negación, mediante ley, del ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Se trata pues de disposiciones de excepción o indirectas en materia de la guerra interna.

guerrilleros desmovilizados puedan reincorporarse a la vida civil; el artículo 30, autoriza al Gobierno Nacional para conceder indultos o amnistías por delitos políticos o conexos cometidos por grupos guerrilleros que se reincorporen a la vida civil;⁴³ y el artículo 47 transitorio, que confiere facultades para que la ley organice para las zonas afectadas por aguda violencia, un plan de seguridad social de emergencia.

En suma, las disposiciones referidas a la guerra interna en Colombia se caracterizan por ser indirectas, dispersas, excepcionales y transitorias. Están lejos de constituir un texto unitario consistente, que dé cuenta de los rasgos más importantes del conflicto armado colombiano: su larga duración, su tendencia a la continuidad y su irregularidad.⁴⁴

Considerado en términos generales, el lenguaje constitucional dista mucho de la descripción y prescripción de la guerra, especialmente de la interna. Y, desde luego, no se trata de que un texto normativo como el constitucional se convierta en un mapa sociológico de la confrontación. Esa no es la naturaleza de las normas. Lo que se dice es que la descripción del mundo ideal que el orden normativo tiene en mente (la descripción de un deber ser del orden), no parte de un reconocimiento de la confrontación, no involucra el tema; y como el texto constitucional no supo ni sabe de *esta* guerra, sino que sabe de *la* guerra conjurada por el relato liberal moderno, entonces no puede controlar o disponer la manera de ejercer control sobre *este* guerrero. No prescribe formas efectivas de control del Estado colombiano en guerra⁴⁵.

En el texto constitucional se refleja el espíritu hermético de reconciliación nacional asumido por la Asamblea Nacional Constituyente; es el lenguaje de los derechos fundamentales, es el lenguaje del constitucionalismo, el de la convivencia, y el respeto por las formas plurales de vida individual; es el lenguaje de la unidad nacional, de la redefinición y viabilidad de un único proyecto de vida política, el reconocimiento del otro, los canales institucionales, los valores compartidos.

La lectura de la Constitución Política de 1991, no admite la constatación del más grande problema que una organización política con pretensiones de configuración estatal pueda afrontar: la guerra interna. La guerra no pasa por la Constitución, por lo menos en el sentido explícito y por ello público de un fenómeno que afecta a la casi totalidad de los asuntos de

⁴³ En relación con esta norma, es evidente que su transitoriedad constitucional no riñe con la permanencia legislativa ordinaria de un tema como ese: indulto, amnistía, reinserción, son lógicamente fenómenos constantes en una historia de guerras continuadas.

⁴⁴ Este vacío constitucional no ha sido examinado por los estudiosos de estas temáticas, que han centrado su interés en examinar la reducción de garantías derivada del errático tratamiento constitucional en materias como la Administración de Justicia, las Fuerzas Armadas, el estado de conmoción interior y las facultades presidenciales.

⁴⁵ Para el caso, conviene recordar, por ejemplo, una norma incluida en el proyecto de constitución presentado a la asamblea nacional constituyente de 1991. Una norma que “sabía de la guerra”, obviamente sin describirla en ella. Y, desde luego, un artículo que sabía del concepto de Constitución como límite o como previsión de riesgos probables. Se trata de un artículo incluido en el capítulo de derechos fundamentales que impedía los allanamientos nocturnos.

la vida colectiva y privada de los colombianos. Leer la Constitución equivale a hacerse a la idea de un contexto de paz, que casi en nada se corresponde con la realidad.

La Carta Fundamental inspirada en el pensamiento constitucionalista de los estados exitosos simplemente se ocupó de describir y prescribir lo que sería una sociedad pacificada, en orden y progresista. El estado ideal de cosas que el texto constitucional colombiano tiene en mente, es el estado ideal de cosas que el constitucionalismo como programa occidental tiene en mente. En ese texto se sedimentan tres grandes modelos del Estado de derecho: el Estado liberal, el Estado social y el Estado constitucional o contemporáneo. Del Estado liberal toma la importancia de los derechos fundamentales como criterio axiológico de limitación del poder estatal; del Estado social toma la igualdad material como base axiológica para reconocer necesidades materiales que dan lugar a derechos exigibles a través del Estado; y del Estado contemporáneo toma el valor de la solidaridad tanto en el orden interno como externo que permita reforzar un sentido de cooperación en ambos niveles.

Y sin embargo, como se ha dicho en el capítulo anterior, el presupuesto histórico fáctico para la emergencia de esos estados no se ha logrado ni es objeto de reflexión importante en términos de sus condiciones de posibilidad: la guerra resuelta; es decir, lo que en aquellos estados exitosos sería su eliminación a través del Estado absoluto por vías de la monopolización de los recursos militares, o por medio de transacciones, alianzas y acuerdos dirigidos a acabar con los enfrentamientos internos y fronterizos.

El silencio sobre la materia se explica -aunque no se justifica⁴⁶ en parte por el contexto, la estructura y forma en que operó la Asamblea Nacional Constituyente.

Por el contexto, en cuanto el momento histórico estuvo invadido por aquel espíritu de reconciliación nacional mencionado, que hizo perder de vista la evidencia⁴⁷ de la

⁴⁶ No es común encontrar en las constituciones referencias suficientes acerca de los estados de guerra interior. Eso puede explicarse en razón de que los más influyentes modelos constitucionales florecen una vez el acontecimiento de la guerra ha sido conjurado, y en consecuencia no es necesario disponer sobre su tratamiento sino sobre su prevención. No obstante, este desajuste entre derecho y realidad, a su modo, sí es objeto de censura por parte de los más grandes constitucionalistas y teóricos del Estado en la historia: para Rudolf Smend, la Constitución es antes que cualquier cosa “realidad integradora”; para Carl Schmitt, la Constitución se basa en decisiones fundamentales tomadas por la voluntad que representa la unidad política de la Nación; para Hermann Heller, el Estado depende en su existencia de una situación de normalidad constitutiva del cuerpo social, en el sentido de proveer una continuidad predecible de las conductas sociales; para Maurice Hauriou, la Constitución social es mucho más importante que la Constitución política; para Dietrich Schindler, la Constitución está directamente vinculada a la afirmación suprema; y finalmente, Erick Kaufmann insiste en que las fuerzas reales sociológicamente dadas son las auténticas creadoras y transformadoras del Derecho Constitucional vigente. Cfr. García- Pelayo, Manuel. *Derecho Constitucional comparado*. Capítulo Cuatro. P.79-98. Madrid, Alianza, 1999. Una segunda razón, sin duda relevante para Colombia, consiste en que estos modelos son adoptados y a veces hasta impuestos por los países centrales de acuerdo con los intereses que ellos defienden y para los cuales requieren de formas constitucionales específicas en otros países. Los modelos exportados por supuesto no incluyen el acontecimiento de la guerra que frecuentemente es adverso a los intereses del Estado dominante. Cfr. Díaz Arenas, Pedro Agustín. *Estado y Tercer Mundo*. El Constitucionalismo. Santa Fe de Bogotá, Temis, 1997, 556 p.

⁴⁷ Ese espíritu de reconciliación nacional produjo en buena parte de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente, un cierto “velo de ignorancia” a propósito de la guerra, que impidió que los mismos se ocuparan de la materia. Desde

continuidad de la guerra, confirmada inclusive en esa misma época por el acontecimiento de Casa Verde en el Meta⁴⁸. Espíritu de reconciliación no totalmente logrado desde luego, dada la negativa de los grandes actores del conflicto para participar del proceso constituyente.

Por la estructura de la Asamblea Nacional Constituyente, porque en ella no se encontraban las fuentes del poder militar no institucional que disputaban con algún éxito el monopolio de la soberanía del Estado. Ello es importante en un país como Colombia en el cual las fuerzas armadas institucionales del Estado ejercen una presión relevante a efectos de la toma de decisiones favorables a sus propios intereses gremiales en guerra.

Y finalmente, aquél silencio sobre la guerra se explica por la forma en que operó, porque condujo a que ella fuera tematizada como un asunto “sectorial” o de menor nivel en relación con muchos otros que llamaban la atención de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente. La guerra fue distribuida en una Comisión o Subcomisión. No se la vio como el asunto a resolver de manera previa y estructural que permitiese definir y trazar el futuro político del Estado y sus instituciones, ni tampoco como el asunto a resolver para dar lugar al surgimiento de un orden civil, sino como un tema similar al de los servicios públicos, o al del libre desarrollo de la personalidad. El gran acontecimiento permanente de la guerra, que paradójicamente dio lugar a la constituyente, resultó subvalorado por sus delegatarios.

A pesar de todo ello, algunos autores apuntan en tono crítico, que en la Constitución Política es posible leer ciertas expresiones de la guerra. Iván Orozco Abad, por ejemplo, señala “por lo menos” cuatro peligros asociados a la instrumentalización autoritaria y represiva de la Constitución:

- 1) La elevación, en condiciones de guerra y de violencia generalizada, de la idea de la eficiencia militar, policiva y punitiva a la condición de fin en sí mismo, y la instauración, con ello, de una suerte de dictadura del ejecutivo (...).
- 2) el disfrazamiento de la eficiencia militar, policiva y punitiva con la túnica sagrada del nuevo principio del Estado social de derecho y en general, la instrumentalización de este al servicio de la violencia estatal (...)
- 3) la utilización del método interpretativo jurisprudencial del sopesamiento de principios para favorecer la prevalencia general de la eficiencia militar, policiva y punitiva sobre la vida y los demás derechos y garantías individuales de libertad, e instaurar un gobierno de jueces, o una dictadura del ejecutivo legitimada por los jueces (y)
- 4) la transformación de la Constitución y del derecho penal en un credo religioso, político o moral para separar a los ciudadanos en

luego, el Gobierno del Presidente Cesar Gaviria si desarrolló algunas maniobras estratégicas al interior de la constituyente para incidir en esta materia con base en su proyecto de reforma constitucional.

⁴⁸ El Gobierno Nacional decidió atacar el campamento central de las FARC, en Casa Verde, en el Meta, no obstante el momento histórico liderado por el propio Gobierno encaminado a producir un gran acuerdo nacional respaldado bajo la forma constitucional.

buenos y malos; y de cara a la guerra, para apuntalar la distinción entre amigos y enemigos⁴⁹

Por su parte, William Fredy Pérez, refiriéndose a las cláusulas y prácticas de excepción anteriores a la Constitución de 1991 y ahora consolidadas en ella, afirma que:

Una práctica prolongada de producción normativa de excepción no puede menos que impregnar finalmente el eje jurídico político del sistema, con el sabor de esos contenidos y las formas de aquellos canales. Nos referimos a la afección de estructuras y espacios institucionales fundamentales y a la consecuente proliferación de prácticas subordinadas, inspiradas o autorizadas desde el centro y la cúspide del sistema; es decir, desde una Constitución que se perfila de emergencia.⁵⁰

Gustavo Gallón Giraldo, de otro lado, advierte la existencia de disposiciones constitucionales referidas a la preponderancia del poder militar sobre el civil en un contexto que en la larga duración ha mostrado esta tendencia. A su juicio: “La Constitución de 1991 dejó incólumnes: el principio de obediencia debida, el fuero militar y la permanencia de la policía dentro del Ministerio de Defensa”.⁵¹

Sin duda reflexiones pertinentes cuya potencia crítica deriva de los desarrollos constitucionales y de un examen de lo “poco” que la constitución dijo en relación con la guerra. Y son sin duda aquellas consideraciones importantes para este trabajo, aunque en el mismo ahora importe, más que lo poco que dice el texto constitucional, lo mucho que no dice respecto de la guerra. Y no porque la Constitución Política no sea también una “carta de batalla”, sino porque la forma de involucrarse con la guerra, esa que debe analizarse, consiste en no tratarla, en delegarla, en invisibilizarla, en callarla.

Quizá, la más importante de las razones que permiten explicar por qué la Constitución política de 1991 difícilmente podría ser útil como parámetro para establecer el ajuste de las normas y actuaciones del Estado irregular y guerrero, se encuentra en que el constitucionalismo recogido en su texto representa la más elaborada experiencia de la racionalidad jurídica y el más palpable olvido de las razones políticas.

Los constituyentes, en su intento por lograr una alta racionalidad jurídica y ética, olvidaron por lo menos dos cosas de importancia mayor para el país sobre el cual sesionaron: que tanto en el origen como en el desarrollo de las sociedades, el conflicto es un factor inherente, y que su intensidad y en muchos casos la presencia de la guerra, no sólo episódica sino también permanente, son elementos irreducibles a la estricta razón

⁴⁹ Orozco Abad, Iván y Gómez Albarello, Juan Gabriel. *Los Peligros del nuevo constitucionalismo en Materia criminal*. Santa Fé de Bogotá, Temis, 1999. P. 26

⁵⁰ Pérez Toro, William Fredy, Vanegas Yépes, Alba Lucía y Alvarez Martínez, Carlos Mario. *Estado de derecho y sistema penal*. La emergencia permanente de la reacción punitiva en Colombia. Medellín, Diké - Universidad de Antioquia, 1997. p.105.

⁵¹ Gallón Giraldo, Gustavo. “Fuerza pública y Constitución de 1991”. En: *El debate a la Constitución*. Bogotá, ILSA, 2002. p.251

normativa. A las sociedades y a sus ordenes políticos les es inherente la conflictividad con diversas intensidades, y por ello su erradicación constituye una utopía.⁵² El mismo ordenamiento jurídico presupone para su propio sentido y existencia un determinado grado de conflictividad, por el cual cobra sentido y por ello legitima su forma específica y la manera como trata esos determinados conflictos.

Así las cosas, ordenamiento jurídico y conflictividad social coexisten de manera necesaria en sociedades regladas por el derecho. Razón jurídica y razón política, son formas de abordar los conflictos que no necesariamente se excluyen entre sí. Se sabe que el Estado de derecho, y aún más el Estado Constitucional, representan por lo menos en el plano teórico, el triunfo de la razón sobre la política, el triunfo de las leyes sobre la voluntad de los hombres, el triunfo de la racionalidad (calculabilidad) sobre la contingencia (el azar). Nuestra tradición occidental ha prometido una progresión histórica en la cual la racionalidad vencería a la irracionalidad.

En la tradición jurídica de Colombia, el poder de la razón jurídica se ha sobredimensionado hasta el punto en que ha prometido seriamente acabar, o por lo menos cercar, el poder de las razones políticas. Y aunque ello repugne a nuestros oídos y creencias, la reconsideración de esa tradición puede ser más útil que la ceguera que nos ha producido la creencia incuestionada en el derecho. En nuestra cultura jurídica la creencia en el poder del derecho es casi absoluta: a él se le asignan facultades ínsitas para pacificar la sociedad, para igualarla, para liberarla; confiamos en que el derecho aporte a nuestra forma de vida política toda clase de valores positivos y dudamos que de él puedan provenir los grandes males de la sociedad. Nuestra ingenuidad política consiste fundamentalmente en creer que una organización política puede subsistir sin el recurso permanente y debatido a razones de tipo político.

Nuestra vida pública ha sido colonizada por la razón jurídica que ha expulsado las razones políticas –algunas de las cuales, son las razones de Estado, de lamentable historia–, con lo cual nuestra debilidad como partícipes activos de la vida política se ha hecho evidente. La seguridad que nos produce el derecho, la certeza que nos trae la representación política, el hecho de aceptar que otros hablen por nosotros, piensen por nosotros y hagan por nosotros, so pretexto de que los problemas políticos son perfectamente previsibles por el derecho y sus soluciones se encuentran implícitas en él, es por el contrario la tranquilidad más incierta que pueden tener los ciudadanos. El dominio jurídico está lejos de erradicar las razones políticas de la vida social. Así lo dice Rafael del Águila:

⁵² Hannah Arendt habla de los “solucionadores de problemas”, en los siguientes términos: “No sólo eran inteligentes, sino que se enorgullecían de ser “rationales” y, hasta un grado bastante aterrador, llegaron a estar por encima del “sentimentalismo” y enamorados de la “teoría”, del mundo del puro esfuerzo mental. Ansiaban hallar fórmulas, preferiblemente expresadas en lenguaje pseudomatemático, que unificaran los fenómenos más dispares con los que les enfrentaba la realidad; esto es, se mostraban dispuestos a descubrir “leyes” mediante las cuales pudieran explicar y predecir los hechos políticos e históricos como si fueran necesarios y, por consiguiente, tan fiables como los físicos creyeron antaño que eran los fenómenos naturales. (...) Los hombres que actúan en la medida en que se sienten dueños de su propio futuro, sentirán siempre la tentación de adueñarse del pasado”. Hannah Arendt. *Crisis de la República*. Madrid, Ediciones Taurus, 1972. P. 19

Las razones de Estado, la injusticia, el dominio no se han desvanecido de nuestro horizonte. Constituyen en gran medida el trasfondo de toda teoría o de toda acción política (...) Lo que ha ocurrido es que, al hacer desaparecer las referencias a las razones de Estado, con ella se ha evaporado igualmente la conciencia de esas tensiones. Parecemos empeñados en eludir las escisiones, conflictos y problemas básicos que atraviesan nuestras formas de vida liberal democráticas. No es que teoría y práctica consideren que injusticia o dominio no existen ya. Es que creen que su existencia se debe exclusivamente a una mala o insuficiente aplicación de los principios liberal democráticos, por lo demás perfectos e impecables, sin doblez ni tensiones internas. Todo lo malo que ocurre parece deberse a la voluntad de dominio de los poderosos, a una insuficiente profundización de la democracia o del control judicial, a deficiencias en los funcionamientos concretos de los sistemas. A lo que no parece deberse en modo alguno es a la existencia en nuestra forma de vida de algún límite, alguna insuficiencia interna, algún problema, alguna contradicción o antagonismo básico.⁵³

La política es irreducible a los espacios aparentemente más seguros del derecho, o de la simplificación ética o moral de una sociedad, o de las configuraciones de ingeniería de las organizaciones políticas.

En este asunto no podemos ganar la batalla teórica porque el problema no se resuelve adscribiéndole una regla abstracta, ya sea ésta el poder pastoral del príncipe cristiano (como en el barroco), la conjunción ley y representación nacional (como en la modernidad) o el establecimiento de una justicia procedimental vigilada y defendida por los jueces (como en la actualidad). Las tres variedades de solución tienen un defecto común, a saber: las tres suponen que son otros (el príncipe, el representante, los jueces) los que resuelven las escisiones gracias a una suerte de superior sabiduría y a la aplicación de reglas ciertas y racionales.⁵⁴

No podría, sin embargo, perderse de vista el hecho de que en muchos de los espacios del territorio nacional, sea por efectos de la guerra, o porque simplemente el Estado no llega, la población ha debido asumir sola las dificultades propias de su realidad política. Ha tenido que enfrentar directamente los problemas alusivos al orden y sus contradicciones, sin contar con las sofisticadas herramientas de la teoría y la filosofía política. Allí se han recuperado las razones políticas, allí las personas han podido ocuparse de las contradicciones que son en parte la sustancia de lo político. Con todo, en los territorios de la estatalidad, en los de dominio efectivo, discurso justificador y legalidad formal, también parece, de hecho, mantenerse la razón política sobre una razón jurídica que no puede ser precisada en cuanto el orden normativo no la hace visible. No puede ser instrumento de control, en cuanto el referente constitucional no la hace explícita.

⁵³ Del Águila, Rafael. *La senda del mal*. Política y razón de Estado. Buenos Aires, Taurus, 2000, p. 30

⁵⁴ *Ibid.* P. 40

2.2 El tratamiento excepcional de la guerra

Los modelos constitucionales contemporáneos –incluido el de Colombia- estructuran el mundo en relaciones binarias y, al lado “oscuro” de la política, se le asigna un tratamiento excepcional y de combate. Los estados de excepción, concretamente el estado de conmoción interior referido a la confrontación interna, no constituye tanto una tematización de la guerra como una referencia a propósito de la reacción respecto de la misma y a precarios límites impuestos al poder político institucional.

Por ello el estado de excepción, en su versión de conmoción interior, no puede operar como paradigma de constitucionalidad respecto de las actuaciones del Estado irregular en guerra,⁵⁵ pues a lo sumo puede ser presentado como la refrendación constitucional de hechos de guerra, de decisiones políticas irreversibles; o como la simulación constitucional de un control sobre los efectos residuales de unas acciones consumadas. En el estado de excepción no se presentaría entonces la paradoja anunciada antes (cfr. cap. 1), simplemente cuando éste aparece ya no es posible hablar de estado de derecho. No se trata, como lo presenta la teoría del Estado y la teoría constitucional, de una *suspensión parcial y transitoria del estado de derecho para recuperar el estado de derecho*. El estado de conmoción interior, de sitio, sin importar que se encuentre o no constitucionalizado, es el reverso del estado de derecho.

Un extenso pasaje tomado de Luigi Ferrajoli, puede aclarar este punto:

La incompatibilidad entre estado de derecho y derecho penal de excepción. La insanabilidad del contraste entre la razón de estado y razón jurídica propia del estado de derecho depende de las lógicas opuestas en las que se basan una y otra. “La razón de estado”, escribió expeditiva pero eficazmente Voltaire, “no es más que una palabra inventada para servir de excusa a los tiranos”. Más analíticamente, en el sentido en que puede ser usada de Maquiavelo en adelante, la expresión designa dos cosas: ante todo, una “norma de la acción política”, esto es, un principio de autorregulación de la política como actividad incondicionalmente destinada al “bien” o a la “potencia” del estado y por tanto independizada de otros valores o criterios relativos a intereses o necesidades distintas, tanto individuales como sociales; en segundo lugar, y correlativamente, una fuente de legitimación autónoma -extralegal, extramoral, extrasocial, extrarreligiosa u específicamente “política”- de las decisiones y los medios adoptados para tal fin. Está claro que esta idea de la razón de estado es estrictamente moderna, al contradecir, en cuanto principio de autofundamentación y autorregulación de la política, el modelo medieval y cristiano de la sujeción del poder político a la voluntad divina y a vínculos de naturaleza moral y religiosa. Nace con el estado y la política moderna y con su proceso de secularización; es coetánea de desarrollo de los estados absolutos y nacionales como potencias en competencia entre sí; está conectada con la doctrina de la soberanía del estado como *suprema potestas* que tiene en sí misma y no en otra sede su principio de legitimación; y se confunde, finalmente, con la

⁵⁵ Como acontece con las prácticas frecuentes de incorporación de la legislación ordinaria a la extraordinaria, con la sujeción de los decretos legislativos que lo desarrollan respecto de aquel que lo declara o con la configuración del bloque de constitucionalidad.

idea de la primacía y la autonomía de la política, así como su crítica coincide con la crítica a esta concepción y a esta práctica de la política.

Se comprende la contradicción entre la “razón de estado” así entendida y el “estado de derecho”. El criterio regulativo de la primera es la subordinación de los “medios”, de por sí indeterminados y no regulados, a la consecución de “fines” políticos cuya formulación se confía, realista o históricamente, a la persona del soberano o, en todo caso, a los titulares del poder estatal; el principio guía del segundo es en cambio la subordinación de los fines políticos al empleo de medios jurídicamente preestablecidos, esto es, no abiertos ni indeterminados, sino vinculados a la ley. De este modo, mientras para las teorías de la *razón de estado* el estado es un *fin*, no fundando sino sobre sí mismo y fundamento a su vez de los medios jurídicos que resultan indiferentes, flexibles, cambiantes y manipulables según arbitrio, para las del estado de derecho, de Locke en adelante, el estado es un *medio* justificado para sus fines de tutela de los derechos “fundamentales” de los ciudadanos y vinculado a aquéllos mediante la sujeción de todos sus poderes a reglas constitucionales rígidas y fundadas. Y se entiende, además, la contrariedad de las tesis que en años pasados, tanto en Italia como en otros países europeos, han justificado las leyes de excepción con el fin de la “defensa del estado de derecho y la democracia”. Formulada así, el principio de la razón de estado parece paradójicamente dotado de una fuerza de legitimación política mayor que en las teorías del estado absoluto o totalitario: bien porque el estado para cuya tutela se invoca es estado valorado como “democrático”, “constitucional” o “de derecho”, bien porque el cambio de los medios legales se presenta no ya como práctica ordinaria de gobierno sino como medida excepcional para afrontar el riesgo de su subversión.⁵⁶

La acertada crítica de Ferrajoli, en último término, puede ser objetada por su tendencia a reducir los asuntos políticos al margen de la racionalidad estrictamente jurídica, como ya se ha expuesto. Pero la objeción es sólo parcial, pues los estados de excepción son formas altamente inadecuadas para la solución de los problemas políticos que representan o denotan los límites de una organización política, pero no excluyen su existencia.

Durante los estados de excepción no se reconocen tanto los fronteras de la política como las propias lindes del Estado de Derecho, bajo su dominio, las contradicciones, escisiones y límites propios del orden político no se expresan y publicitan, sino que son ocultados, soterrados, conjurados; su tratamiento se torna secreto, se monopoliza; y sus medidas se encubren con el manto de la justicia o la simple eficacia instrumental. El estado de excepción despoja de la posibilidad decisiva de enfrentarse a la complejidad del mundo político, y elitiza el tratamiento de la situación invisibilizándola. En el estado de excepción no hay mundo político, ni razones políticas, hay todo lo contrario, la privatización de aquello que corresponde a todos. En este sentido, Luigi Ferrajoli y Rafael del Águila

⁵⁶ “Es lo que pudiéramos llamar la paradoja de los estados de excepción: las libertades públicas y los derechos fundamentales se restringen, en beneficio de esos mismos bienes. Esa circunstancia brinda un insustituible criterio de control de los actos del gobernante investido de poderes excepcionales, y es ése el criterio que ha de guiar a la Corte en el examen de constitucionalidad de la presente ley estatutaria. Prescindir de ese criterio, conduce a trocar el Estado de derecho en una forma de organización política que lo contradice y desnaturaliza”. Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1997, p. 813-814.

(citado en el ordinal anterior) se articulan, dado que el estado de excepción, especialmente la conmoción interna, deben desaparecer de los órdenes constitucionales, pero no para circunscribir las razones políticas en la racionalidad jurídica, sino para abrirlas al debate público constante, a través de instituciones de la normalidad que afronten la fatalidad inherente a la vida política.

Los estados de excepción, en condiciones de guerra interna no son problemas jurídicos frente a los cuales un juez –interno- tenga lógicamente competencia. Esas situaciones de guerra expropian la competencia del control constitucional, no sólo por la ausencia de referente de control, sino especialmente por la falta de jurisdicción sobre una confrontación entre “enemigos” (no entre ciudadanos criminales y soberano).

2.3 La infraconstitucionalización de la guerra

Ya se ha insistido en que la guerra pasa por normas jurídicas de la más diversa índole, y que una parte mínima de ellas es del orden constitucional. También, se ha dicho que ella pasa principalmente por hechos o actos de guerra. Curiosamente, una gran cantidad de normas jurídicas infraconstitucionales, es decir, leyes, decretos y pronunciamientos judiciales se ocupan de la materia, además de que se trata de uno de los segmentos jurídicos más dinámicos.

El recurso a la normativa infraconstitucional para el tratamiento de la guerra, motivado en buena parte por las razones antes expuestas, se ha efectuado a través de leyes aprobatorias de tratados y convenios internacionales, de leyes estatutarias y aun ordinarias, de decretos legislativos y de cierta jurisprudencia de la Corte Constitucional. De manera prioritaria, la figura del bloque de constitucionalidad ha entrado –extrañamente- a llenar el vacío atrás aludido en estas materias.⁵⁷

El recurso al bloque de constitucionalidad, sin embargo, está lejos de poder generar unidad normativa respecto del tema de la guerra, y más bien ha servido para avalar medidas autoritarias en nombre de un humanismo internacional. Dado que la Constitución dijo muy poco, los poderes constituidos se dieron a la tarea de llenar -como adversarios- el vacío sobre el tema de la guerra interna.

⁵⁷ “El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias”. Véase la sentencia de constitucionalidad 191 de 1998. Sobre este tema, véase: Rubio Llorente, Francisco. “El bloque de constitucionalidad”. En: *Estudio sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. T.I.* El ordenamiento jurídico. Coordinador Sebastián Retortillo. Madrid. Civitas. 1991. Vergara Cortes, Rodrigo. “El bloque de constitucionalidad”. En: *Estudios de Derecho. Facultad de derecho y Ciencias Políticas.* Universidad de Antioquia. Año LXII Dic, 2000, N| 133-134.

Ya subconstitucionalizada la guerra interna, aparecen los problemas propios de las “leyes constitucionales” que se ocupan de desarrollar materias propias del orden constitucional: la pérdida del valor de unidad en el tratamiento de materias fundamentales –por ello bastante delicadas para el orden político-, y la distinción objetiva y de contenido con respecto al resto de instituciones que integran la Constitución Política. De esta manera, uno de los temas cruciales para la política colombiana queda prioritariamente reducido a políticas cuatrienales, de gobierno, sin orientación ni sentido constitucional alguno.

El bloque de constitucionalidad constituye ahora el verdadero paradigma de la interpretación constitucional, lo que es problemático porque es construido por fuera de las fronteras nacionales a través de tratados y convenios internacionales, pierde jerarquía y es en cierto modo secreto. Con ello, todo el gran asunto de la guerra queda sometido al acceso del guerrero estatal directo, que moldeará la política pública sobre la materia desde la perspectiva del adversario militar, estableciendo de esta manera sus propios límites, y eliminando las jerarquías y la división de poderes para articular políticas acerca del conflicto armado interno.

La sociedad colombiana fue despojada de la solución, su conflicto ha sido expropiado, incluso resulta penalizada por entrometerse en el manejo de la guerra. Ya no se puede hablar propiamente de paradigma sino de autoremisión. En consecuencia no hay control, hay que desdoblar la constitución a través de prácticas interpretativas para que diga lo que la coyuntura política necesita.

En razón de la diversidad de fuentes, contenidos y jerarquías de las normas que integran el bloque de constitucionalidad, no hay paradigma constitucional sino un desorientado archipiélago de disposiciones que niegan la guerra y ordenan su tratamiento excepcional, pero al mismo tiempo, la conciben implícitamente como un conflicto transitorio y prescriben su terminación.

Por lo menos en lo que alude al tema de la guerra y sus guerreros, todo lo anterior permite afirmar que en Colombia la Constitución de 1991 tiene más rasgos “nominales” que “semánticos”. En términos de Karl Loewenstein:

Una constitución podrá ser jurídicamente válida, pero si la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, la constitución carece de realidad existencial. En este caso, cabe calificar a dicha constitución de nominal”. En sentido distinto afirma el mismo autor que “finalmente hay casos (...) en los cuales, si bien la constitución será plenamente aplicada, su realidad ontológica no es sino la formalización de la existente situación del poder político en beneficio exclusivo de los detentadores del poder fáctico, que disponen del aparato coactivo del Estado⁵⁸

Considerada en términos generales la Constitución Política de 1991 es lejana con respecto al tema central de la política en un país como Colombia en cuanto no se ocupa del tema de

⁵⁸ Karl Loewenstein. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ariel, 1983. pp. 218-219.

la guerra sino que lo aborda a partir de sus inversos; con ello da lugar a un tratamiento subconstitucional sobre la materia y faculta para la confrontación *excepcional* de la misma. El resultado es la conversión del ordenamiento jurídico colombiano en un arma para enfrentar la guerra. El tema de la Constitución en un país que se encuentra en una constante guerra interna debe ser retomado quizá en los términos en que lo sugiere Orozco Abad:

En condiciones de guerra civil la Constitución debe operar más como un marco flexible de distribución de competencias y de responsabilidades políticas, que como un apretado tejido axiológico y como un derrotero moral justiciables. La Constitución de 1991 es un instrumento jurídico-político edificado sobre la premisa de un alto grado de realización de la paz. El escalamiento de la guerra y de la violencia en un horizonte de prolongación indefinida del conflicto armado pueden llegar a hacerla muy disfuncional para el manejo del orden público, a pesar del “progreso” que en términos de razón ético-política parece expresar su marcada tendencia, manifiesta a través de múltiples principios e instituciones en ella empotrados, hacia la domesticación judicial de la política.⁵⁹

⁵⁹ Orozco Abad, Iván. *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*. Bogotá, Temis, 1999. p. 257

3. El sujeto del control constitucional

“Pero esto no habría sucedido si los gobiernos no tuvieran la seguridad de contar con organismos de control complacientes. Son ellos los que han permitido que los gobiernos de los últimos cuarenta años dispongan del juego estratégico entre la normalidad y la excepcionalidad según corran los vientos políticos”⁶⁰

En este capítulo se sostiene que una jurisdicción constitucional que por paradojas históricas haya sido construida en un contexto de guerra interna, no tiene otra alternativa que estar de lado del régimen que pretende controlar. Con ello, esa jurisdicción se convierte en *otra cosa*. No ejerce control y como tal no hay jurisdicción constitucional, no obstante haber órganos que cumplen esa función.

3.1 El contexto histórico en el que aparece la Corte Constitucional⁶¹

Un esbozo muy breve acerca de las condiciones históricas que dieron lugar al surgimiento de una corte constitucional en Colombia puede ser presentado en los siguientes términos:

No obstante haberse dado algunas voces de constitucionalistas que formularon la necesidad de crear en Colombia un tribunal constitucional especializado,⁶² es con la Asamblea Nacional Constituyente que el debate sobre la materia alcanza un sentido amplio y se aborda con efectos constitucionales. El debate, que no había alcanzado mucha fuerza a finales de los años 70s, recobró unos bríos impredecibles al inscribirse dentro de las profundas reformas que se pensaron y desataron sobre la justicia durante la década de los años 80s. Todo ello dio lugar finalmente a la inclusión del tema en la Constitución Política de 1991.

En términos generales la justicia colombiana -y de muchos otros países- era más o menos invisible y poco protagónica antes de la década de los años 80s.⁶³ Procesos de muy diferente significado y alcance dieron lugar a una profunda reflexión que puso en el centro de los debates políticos el papel de la justicia en el mundo contemporáneo. En este trabajo se destacan los siguientes: el proceso globalizador expandió por el mundo la preocupación acerca de un conjunto de “males globales” (las luchas contra el terrorismo, el comunismo,

⁶⁰ Sentencia de constitucionalidad 556 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.

⁶¹ Para una ampliación de este tema véase: Santos, Boaventura de Sousa y García Villegas, Mauricio. *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.

⁶² Básicamente Carlos Restrepo Piedrahita, Leopoldo Uprimny y Luis Carlos Sáchica.

⁶³ Lo que no debe confundirse con su falta de importancia dentro del régimen político.

el narcotráfico, la corrupción, la violación a los derechos humanos y los daños ambientales), cuya solución suponía, entre otras cosas, judicializar su tratamiento y por supuesto resignificar la importancia de los jueces. Simultáneamente, los Estados Unidos han logrado una expansión global de su modelo de justicia, presentado como uno de los mejor diseñados y de los más garantistas del mundo, en buena parte copiado por Colombia, concretamente para la jurisdicción constitucional.

En segundo lugar, la historia reciente colombiana a propósito de la justicia, era para la década de los años 80s suficientemente crítica y denotaba graves deficiencias que podrían ser con toda razón objetables: era fundamentalmente un sistema judicial congestionado y moroso, lo que traía como consecuencia una grave impunidad.

En tercer lugar, el comportamiento de la Corte Suprema de Justicia durante las cuatro últimas décadas previas a la expedición de la Constitución de 1991, fue el de efectuar un control constitucional sobre los estados de excepción supremamente débil, que permitió vivir bajo una legislación de excepción continua.

Una vez le fueron transferidos los conflictos atrás mencionados y fue resituada políticamente en el centro de la conflictividad social y política, la justicia se hizo blanco de continuas amenazas y atentados que terminaron con la muerte de numerosos funcionarios vinculados a ella.

Adicionalmente, durante los años previos y aun durante el lapso en que funcionó la Asamblea Nacional Constituyente, el mundo experimentaba profundos cambios al modelo de justicia en los países centrales, semiperiféricos y periféricos que incluían reformas acerca del tipo de justicia, de la rejerarquización entre los poderes favoreciendo al judicial, mayores recursos para su funcionamiento, cambios en los modelos de investigación, aparición de modelos judiciales institucionalizados aunque no monopolizados por el Estado, entre otros.

Durante la Asamblea Nacional Constituyente la justicia fue objeto de decididas reflexiones y debates y en términos generales había consenso respecto de la necesidad de reformarla. Las reformas efectivamente se llevaron a efecto, y parte de ellas fue la aparición de una jurisdicción constitucional, y con ella, la Corte Constitucional a la cabeza. En términos generales esta institución representa la cima del modelo constitucional adoptado en Colombia, y sus reflexiones son el resultado principal –aunque no exclusivo– de la traspolación de reflexiones propias de otras latitudes, con todas las implicaciones que ello puede traer.⁶⁴

⁶⁴ Sobre este tema, véase: Díaz Arenas, Pedro Agustín. *Estado y tercer mundo. El constitucionalismo*. Bogotá, Temis, 1997.

3.2 La delimitación formal y sus consecuencias

Considerada la perspectiva teórica constitucional y del Estado, cuando se habla de la guerra, el poder público hacia el cual se dirigen las reflexiones es el Ejecutivo, representado en el Gobierno Nacional, y también en parte al poder legislativo, quizá por la verificada participación de estos en las guerras de formación nacional y porque los sistemas constitucionales modernos concentran en ellos las decisiones relativas a la guerra. La jurisdicción ha sido descuidada como objeto de estos análisis, y sin embargo, su papel no ha sido propiamente despreciable. Pero con la incorporación más teórica que práctica en algunos países del modelo de Estado constitucional, la jurisdicción respectiva ha pasado a desempeñar una función clave en tanto ejerce un control sobre los órganos del Estado encaminado a limitar sus poderes en aras de la defensa de la supremacía e integridad constitucional que, en último término, significa proteger los derechos fundamentales.⁶⁵

La jurisdicción constitucional es una modalidad institucional de limitación del poder (público y privado) ejercida por la rama jurisdiccional del poder público, ya sea por todos los jueces o por un alto órgano de la misma, que se basa en una clara división de poderes al interior del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) y a la cual se le atribuye la defensa de un conjunto más o menos extenso de derechos fundamentales.

Ya sea que el ejercicio judicial para la protección de los derechos fundamentales esté disperso en toda la rama jurisdiccional o concentrado en un sólo órgano de la misma, parece que es imprescindible la existencia de un tribunal constitucional (en Colombia la Corte Constitucional) encargado de las labores de unificación y orientación de la jurisprudencia relativa a dicha labor protectora.

Considerada globalmente, a la jurisdicción colombiana en sus más altos niveles, le corresponde conocer de procesos judiciales por los que pasa de una u otra manera la guerra: la justicia penal militar conoce de los asuntos relacionados con las funciones de los militares, con sus fueros, sus facultades y límites en relación con acciones u omisiones relativas a la guerra interna; a la justicia penal le corresponde conocer de los delitos políticos alusivos a la guerra, esto es, rebelión, sedición y asonada; a la justicia contencioso administrativa le corresponde conocer de las demandas de reparación directa contra entidades públicas para obtener la indemnización por los daños producidos con ocasión de ciertos actos de guerra; al Congreso de la República le corresponde adelantar los juicios contra el Gobierno Nacional por la responsabilidad política a la que haya lugar en razón del mal uso que se de a los estados de excepción.

La Corte Constitucional como parte de la jurisdicción colombiana es actualmente el órgano central y superior de control de constitucionalidad y protección de derechos fundamentales que guardan relación directa con la guerra, y en especial, de las acciones, omisiones y

⁶⁵ Por ello se ha ganado el apelativo de “Juez Antipoder”. Cfr. Uprimny Yépes, Rodrigo. “Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia. En: Santos, Boaventura de Sousa y García Villegas, Mauricio. *El caleidoscopio de las ...* p. 296

facultades (ordinarias y extraordinarias) conferidas al Estado: expedición de normas jurídicas referidas a la guerra, tales como los decretos legislativos que declaran la guerra exterior y la conmoción interior, así como los que los desarrollan; las disposiciones por medio de las cuales se establecen límites a los derechos fundamentales por razones de la guerra o la conmoción interior; las acciones u omisiones dentro del territorio nacional que vulneren o pongan en peligro los derechos fundamentales y para cuyo control se haya intentado la acción de tutela.

Ahora bien, en tanto órgano de control del poder del Estado guerrero, conviene hacer algunos comentarios acerca de su configuración formal, y para ello se procederá a analizar brevemente su fundamentación jurídica. Como se trata de examinar sus condiciones para ejercer el control constitucional sobre las actuaciones del Estado guerrero, se enfatizarán los aspectos que pueden dar lugar a eventuales debilidades en el control.

La Corte Constitucional se encuentra regulada por los artículos 239 a 245 de la Constitución de 1991, reglamentados a través del Decreto 2067 de 1991, y funciona con base en el reglamento interno que ella misma adoptó por medio del Acuerdo 01 de 1992.

En la Constitución de 1991, el título VIII regula la Rama Judicial, su capítulo 4 se ocupa de delinear la Jurisdicción Constitucional, y los artículos 239 a 245 disponen especialmente sobre la Corte Constitucional. En términos generales ellos se ocupan de la estructura de la Corte y de la elección de sus magistrados (239), de las inhabilidades para ser elegido magistrado de la Corte constitucional (240), de las funciones de la Corte (241), del procedimiento ante la Corte (242), de la cosa juzgada constitucional (243), de la comunicación del examen de inconstitucionalidad al Presidente de la República o al Presidente del Congreso (244), y de la inhabilitación de los magistrados de la Corte.

El diseño de la Corte dentro del concepto de la arquitectura constitucional presenta algunas falencias que no dejan de ser preocupantes si se atiende a la pretensión político-constitucional según la cual su función es controlar al Gobierno y al Congreso en la expedición de leyes y decretos relativos a la guerra, declarando su inconstitucionalidad cuando ciertas disposiciones que ellos expidan resulten contrarias a la Constitución. Estas falencias dejan por lo menos fisuras por las cuales podría colarse un cierto grado de autoritarismo, susceptible de ser evitado por las previsiones de la ingeniería constitucional si no se olvida que la lógica constitucional se vale de un gran conjunto de ataduras recíprocas, dirigidas en este caso a impedir la violación de los derechos fundamentales y, en general, de la Carta.

El artículo 239 de la Constitución establece que para la selección de los magistrados de la Corte debe tenerse en cuenta el criterio de la diversidad en las ramas del derecho, de tal suerte que se busca que los (9) magistrados cubran un conjunto apreciable de áreas del saber jurídico, garantizando con ello un amplio margen en el saber normativo, de tal suerte que se responda a las diferentes materias jurídicas a las que aludan el Congreso, el Gobierno, y en general las acusaciones de violación de derechos propias de las acciones de tutela. Es claro que dentro de las áreas en las que se forman los abogados en las

universidades, aun en los casos de especializaciones, la formación política es una importante debilidad, y más si se trata del tema de la guerra –orden público, estados de excepción, la historia no institucional del conflicto colombiano, en fin-, y todavía más, si es la guerra irregular interna.

Es por el momento un asunto olvidado, que poco o nada hace parte de los planes de estudio de las facultades de derecho, que piensan más en la formación de jueces para un constitucionalismo y una democracia sin contexto, de tal manera que no son jueces preparados para asumir su función en un medio de alta belicosidad y que, por ello tal vez, deciden con base en un saber que poco tiene que ver con la guerra, pues se circunscribe –en el mejor de los casos- a la ciencia del derecho. Un saber intuitivo, si no opuesto a la realidad –por lo menos social- en que se desenvuelven sus fallos, y como tal, distante de la posibilidad de dominar un discurso jurídico–político que oponer al poder desbordado del objeto de control. Así las cosas, el lugar común en el manejo del orden público, el retorno a las medidas ya ensayadas históricamente, la rutinización de las medidas, las lecturas e interpretaciones tradicionales del derecho influyen sus decisiones. La factibilidad de una contralectura es una forma de ruptura que no parece posible.

El mismo artículo 239 da lugar a una segunda dificultad de mayor importancia, en cuanto a la proposición, selección y elección de los miembros de la Corte. Los (9) magistrados se eligen de las tres ternas que cada uno de los siguientes órganos proponen al Senado: tres ternas el Presidente de la República, tres ternas la Corte Suprema, y tres ternas el Consejo de Estado. El Senado debe elegir un magistrado por terna. Obsérvese que el Presidente cuenta con –por lo menos- tres magistrados nombrados por él mismo de manera semidirecta, cuyo perfil satisface sus intereses gubernamentales, y que podrían resultar aliados suyos en las decisiones cruciales a propósito de la guerra. Tres magistrados de su preferencia pueden resultar decisivos en buena parte de los debates al interior de la Corte, especialmente si se recuerda que la mayoría necesaria para adoptar una decisión es de la mitad más uno de los miembros, que en Plenaria equivale a 5, y en salas, a dos. Sin duda un gran poder.

Cosa parecida acontece con el Senado que elige a los (9) magistrados que ejercerán sobre el Congreso de la República –órgano del que hace parte- el control formal y material de sus leyes. Es apenas obvio, el control constitucional de la Corte se efectúa principalmente sobre los órganos que contribuyen de manera decisiva a su selección y elección. No hay vínculo laboral en el año anterior ni posterior con el Gobierno Nacional (245), pero este tipo de influencias pueden ser más determinantes.⁶⁶

En igual sentido, no debe olvidarse que el Procurador debe conceptuar sobre todos los juicios de constitucionalidad de los cuales conoce la Corte Constitucional, y su elección presenta problemas similares. De acuerdo con el artículo 276 de la Constitución, es elegido por el Senado, de ternas que envía el Presidente, la Corte Suprema y el Consejo de Estado.

⁶⁶ Este tema fue objeto de debate en la Asamblea Nacional Constituyente en la que se optó por una solución intermedia entre el nombramiento político y el concurso meritario, sin duda bastante gravosa para el interés nacional.

De tal manera que el defensor de los intereses de la sociedad en juego por las decisiones políticas acerca de la guerra es nombrado por aquellos sobre quienes de alguna manera caerá el control de sus pronunciamientos.

Pero las impropiedades y desaciertos en relación con el sujeto del control también se encuentran consignadas en el decreto 2067 de 1991, naturaleza procesal, y que afectan una cierta igualdad en la posibilidad de construir un proceso de evaluación de constitucionalidad más vigoroso.

En primer lugar, el decreto es inequitativo en los tiempos asignados para los eventuales participantes del debate acerca de la constitucionalidad, por ejemplo, en las demandas de inconstitucionalidad, los ciudadanos cuentan con 10 días para incluir sus escritos impugnando o apoyando las disposiciones acusadas, mientras que el Procurador cuenta con 30; en el caso en que se estudie la constitucionalidad de un decreto legislativo sobre la conmoción interior, el asunto es más preocupante, el ciudadano cuenta con 5 días, y el Procurador con 30.

Pero además las dificultades para acceder a las normas estudiadas o acusadas que son fijadas en lista (publicadas) en la Secretaría de la Corte Constitucional, son obvias; es decir, las que marcan la existencia de “un despacho en la capital” para todo un país bajo los aciagos efectos de la guerra;⁶⁷ además, son pocas las posibilidades en 5 días para leerlas, estudiarlas, evaluarlas, formular criterios en su contra, analizar sus fundamentos fácticos. Es en verdad difícil.

En materia de pruebas el asunto también preocupa, aunque en un sentido distinto. El tiempo para que la Corte acopie material probatorio, si lo necesita, es angustiante, son 10 días (10). No debe olvidarse que se trata de un organismo no sólo no especializado en los asuntos de la guerra sino desconocedor de ella; de tal suerte que la mejor opción con la que cuenta la Corte para hacerse a material probatorio es la de acudir a los organismos del propio Estado (seguridad, inteligencia, fuerzas armadas) que participan directamente de la guerra para que contribuyan a formar su criterio. No son expertos, integran las fuerzas de algunos de los adversarios, y como tales se forman su imagen del conflicto. Dice el artículo 11: “La comunicación podrá, además, ser enviada a los organismos o entidades del Estado que hubieren participado en la elaboración o expedición de la norma”; también se les podrá citar a audiencia: artículo 12: “Cualquier magistrado podrá proponer hasta 10 días antes del vencimiento del término para decidir que se convoque una audiencia para que quien hubiere dictado la norma o participado en su elaboración, por sí o por intermedio de apoderado, y el demandante, concurran a responder preguntas para profundizar en los argumentos expuestos por escrito o aclarar hechos relevantes para tomar la decisión... “.

⁶⁷ Este factor no debe ser despreciado, pues la lejanía de la Corte respecto de la guerra depende, entre otras cosas de disposiciones como esta que estructuralmente la definen como un órgano centralizado, localizado en Bogotá, y en la cima de la burocracia judicial. Su distancia con la guerra no es sólo ideológica, es también física, si se piensa en una guerra territorial, materialmente expresada en prácticas irregulares diseminadas en la recóndita geografía nacional. El conflicto llega por relatos, sin posibilidades de inmediación judicial, mientras que en el mundo real, transcurre por los circuitos de la *otra* Colombia, frente a los funcionarios judiciales de la Colombia rural.

Debe dejarse en claro que, según el artículo 13, podrá invitarse a entidades públicas, organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el tema, a presentar por escrito que será público, su concepto sobre puntos relevantes para la elaboración del proyecto de fallo.⁶⁸

Obsérvese que las posibilidades reales de hacerse a un material probatorio importante, aun para la propia Corte, no son muy amplias. A ello debe sumarse el hecho de que es el Congreso y el Gobierno quienes determinan el margen de decisión temática de la Corte, es decir, las facultades de estos órganos incluyen respecto de estos temas un margen amplio de posibilidades de tratamiento y selección para regular un determinado tema, en tanto sus opciones son políticas, mientras que las posibilidades de la Corte son reducidas, pues se circunscriben a pronunciarse con un sí o un no sobre el tema puesto a su consideración. Así las cosas, mientras que Gobierno y Congreso cuentan con un lapso de tiempo casi siempre extenso para nutrir un debate en relación con la temática seleccionada, la Corte cuenta con un tiempo máximo de 10 días, sin descontar que las pruebas no son el asunto central de estos juicios. No hay un gran debate probatorio. Por ejemplo, dadas estas limitaciones, parece difícil que la Corte adquiriera una idea global *propia* acerca de la guerra.⁶⁹

La Corte no puede conocer un balance total, en términos de eficacia, del recurso a la conmoción, es decir, sin la declaración de principio de enemigo total, parece difícil formarse un juicio serio sobre cosas tales como ¿Cuánto sacrifica el orden político por esa guerra? (vidas, presupuesto, libertades, etc). Las evaluaciones son circunscritas temática y temporalmente.⁷⁰

De otro lado, cabe subrayar que las intervenciones mencionadas pueden ser conocidas, pues el Decreto 2067 de 1991 dispone que son públicas, mientras que, de acuerdo con el artículo 19, las deliberaciones de la Corte tendrán carácter reservado, lo cual dificulta la posibilidad de control –y también de presiones indebidas- sobre los miembros de la corporación. Los proyectos de fallo serán públicos después de 5 años.

De acuerdo con el artículo 241 de la Constitución Política que establece las “funciones de la Corte Constitucional”:

⁶⁸ Este tipo de intervenciones no son muy nutridas, como podrá verificarse en el capítulo 4 de esta investigación. Debe advertirse también que ellas pueden ser leídas en algunos casos como apoyos a la subversión, y dan lugar a eventuales retaliaciones propias de las prácticas de la “guerra sucia”.

⁶⁹ Esto a pesar de que sus decisiones deben ser razonables en cuanto que no deben traer como consecuencia un divorcio respecto de la realidad política y social colombiana. Sobre este punto, Eduardo García de Enterría, ha dicho que las decisiones sí tienen un objeto político y una consecuencia política, pero estas sólo pueden ser buscadas mediante el método jurídico.

⁷⁰ Conviene recordar que en la Constitución no hay disposiciones sobre la guerra, de tal suerte que es muy reducido, el ámbito de maniobrabilidad para extraer normas. Ello es importante porque las alternativas jurídicas y políticas del juez constitucional son menos que finitas, casi inexistentes, si se piensa en que controlen al Gobierno y al Congreso. Además, el juez constitucional debe buscar la agregación y no la desagregación del texto constitucional.

A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...)

7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 214 de la Constitución.

8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación (...)

10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis meses siguientes a la sanción de la ley (...).”

Este artículo ha sido objeto de interpretación por parte de la propia Corte Constitucional, que ha manifestado al respecto lo siguiente:

El ejercicio de la función de defensa del orden constitucional confiada a la Jurisdicción Constitucional contribuye de manera eficaz a configurar la realidad constitucional, como quiera que su misión es la de que la Constitución trascienda su expresión formal y se convierta en Constitución en sentido material.

Sin ella la Constitución no sería norma de normas y carecería de carácter coercitivo. Este carácter que puede en ciertos eventos evidenciarse a través del uso de la fuerza, en materia constitucional generalmente se hace visible con ocasión del ejercicio de la Jurisdicción Constitucional que excluye del mundo jurídico o impone la inaplicación de las normas contrarias a la Constitución y sujeta a sus dictados las conductas transgresoras.

La jurisdicción constitucional se pone en movimiento en los eventos previstos en la Constitución. En algunos de ellos sólo se requiere de una iniciativa ciudadana –acción de inexequibilidad- o de la petición de la persona agraviada –acción de tutela.

Con lo anterior quiere destacarse que la integridad y primacía de la Constitución, consagrada por virtud del querer soberano del pueblo, es un derecho fundamental de las personas que bajo distintas formas –acción de inexequibilidad, acción de nulidad, excepción de inconstitucionalidad, acción de tutela, etc.- se concede a ellas por la Constitución con miras a vigilar su cumplimiento y obtener, cuando no sea así, que los poderes públicos ejerzan sus competencias dentro de los límites de la Constitución, se inspiren en sus valores y principios y respeten, en todas las circunstancias, los derechos y garantías de las personas.

Con independencia de la necesidad institucional de la jurisdicción constitucional, inherente a la condición normativa de la Constitución, ésta se instituye con el objeto de hacer posible el ejercicio del derecho fundamental de todas las personas a la integridad y primacía de la Constitución. No sobra relevar la naturaleza fundamental de este derecho. En la Constitución se consagran las reglas básicas de la convivencia pacífica y de la organización y ejercicio de los poderes públicos. A través de la jurisdicción constitucional se asegura su respeto (...).

El derecho fundamental a la integridad y primacía de la Constitución y las normas que articulan la jurisdicción constitucional, deben interpretarse de manera que potencien al máximo la defensa y cumplimiento de la Constitución. Basta observar que la jurisdicción constitucional tiene una significación esencial para el perfeccionamiento y vigencia del Estado constitucional de derecho, la división y equilibrio de las ramas del poder público, la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, la división vertical del poder del Estado y el respeto de los derechos fundamentales (...).”⁷¹

Particularmente en lo que hace relación a la guerra interna podríamos decir que la Corte Constitucional expide de oficio o por solicitud de las personas, sentencias dirigidas a administrar justicia en materia de la constitucionalidad de las leyes y decretos que regulan de manera general o específica la conmovición interior; pero además, la corte constitucional decide de manera definitiva sobre las tutelas que se interponen en cualquier parte del país tendientes a la protección de los derechos fundamentales, por la acción u omisión de personas naturales o jurídicas, públicas o privadas relacionadas con la guerra o el conflicto armado. El conflicto armado genera por su propia dinámica graves y continuas violaciones a los derechos fundamentales en nuestro país, y algunas personas (y sólo algunas) se deciden a recurrir a la justicia para exigir su protección institucional.⁷²

3.3 Corte Constitucional: constitucionalismo y guerra

Pero este enfoque resulta insuficiente para un estudio político que se proponga dar cuenta de la percepción de la Corte Constitucional respecto del conflicto armado interno, y esto es así por lo menos por dos tipos de razones: primero, porque la práctica de las instituciones no coincide con su diseño institucional;⁷³ segundo, porque en condiciones internas de guerra las instituciones se transforman y adaptan de manera implícita o explícita, sin que sea imprescindible tocar su marco formal básico. Estas mutaciones provienen tanto del marco normativo como de las circunstancias fácticas, es decir, de las impresiones que el entorno produzca sobre el criterio del juez.

Sin marco constitucional que le permita evaluar la guerra y los guerreros, la Corte Constitucional no tiene otra opción que la de hacerse del lado del ordenamiento jurídico antes esbozado, es decir, de aquel que es propio del constitucionalismo tradicional, el cual

⁷¹ Corte Constitucional Sentencia de Tutela 006 de 1992.

⁷² Aunque no se conocen estudios detallados acerca de la relación entre conflictividad social y litigiosidad en Colombia, véase al respecto un acercamiento en García Villegas, Mauricio y Rodríguez César. “La acción de tutela”. En: Santos, Boaventura de Sousa y García Villegas, Mauricio. El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Tomo I. Bogotá, Colciencias, Siglo del Hombre Editores, 2001; García Villegas, Mauricio. “Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano”. En Santos, Boaventura de Sousa y García Villegas, Mauricio. El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Tomo I. Bogotá, Colciencias, Siglo del Hombre Editores, 2001

⁷³ Se dice que algunos magistrados celebran reuniones secretas previas con el Gobierno antes de participar en decisiones de alto compromiso político.

la provee de los elementos que a juicio suyo sirven para establecer diques de contención respecto de los órganos a los cuales les corresponde ocuparse de manera preferencial y directa sobre el asunto de la guerra.

Las peculiaridades del constitucionalismo tradicional no permiten comprender el acontecimiento de la guerra, mucho menos si ésta presenta los tres rasgos que determinan a Colombia en esta materia: interna, de larga duración e irregular. Es por ello, que el ordenamiento jurídico que se recoge bajo el rótulo de “constitucionalista” sólo puede formularse el asunto de la guerra como el reverso de su propio orden. Para el constitucionalismo, la guerra es algo así como su propia antítesis, pero paradójicamente para Colombia aquella se encuentra localizada al interior de la geografía de su propia composición constitucional. Por ello se trata de un “constitucionalismo de enemigo”.

Ahora bien, debe dejarse en claro que la identificación como enemigo en el marco del constitucionalismo contemporáneo trae como consecuencia no el tratamiento político favorable que sufriría una respuesta institucional, sino su inclusión dentro del catálogo de la simple criminalidad. Contradictorio sin duda si se mira la clásica diferencia entre las nociones tradicionales de enemigo político y criminal común, pero al fin y al cabo real, pues esta cada vez tiene menos cabida en el mundo actual pues el argumento de la superioridad moral con el que se defendió la condición del delincuente político, hoy no se acepta. Esto es así porque la tendencia del constitucionalismo de la segunda posguerra mundial es hacia su autoelevación como única posibilidad racional y justa de cualquier orden político. El constitucionalismo se convirtió en un principio de organización política cuyos segmentos configuradores han sido elevados a la categoría de entidades sustancializadas, irrecusablemente buenas: la democracia en la actualidad no tiene alternativa, el liberalismo se quedó sin contradictor, los derechos humanos occidentales son declaraciones de principio y la racionalidad jurídica se convenció a sí misma y a buena parte de los pensadores actuales de que era posible eliminar las contingencias del orden, si se recurre a ella y sólo a ella.

El enemigo político está en vía de extinción porque las declaraciones de principio que operan sustancializando la política simplemente no reconocen ninguna alternativa posible, de tal manera que han diseñado todo un arsenal conceptual e ideológico que reduce la enemistad a la criminalidad, y hace imposible imaginar la alteridad. El imaginario de lo político es sustituido por el campo penalizador de corte jurisdiccional, y los términos con los cuales se construye el escenario de lo público terminan definidos por el lenguaje judicial contemporáneo: terrorista, narcotraficante, narcoguerrillero, criminal. No se trata entonces de la simple desaparición del concepto de enemigo, sino de su síntesis en la idea del criminal, y por ello, su respuesta en términos estrictamente jurisdiccionales.⁷⁴

Así las cosas, la respuesta predominante frente a la adversidad política que Colombia vive en el contexto de su guerra irregular, es principalmente la del uso del aparato judicial como

⁷⁴ Orozco Abad, Iván. *Combatientes, rebeldes y terroristas*. Bogotá, Temis, 1988.

instrumento de combate y no como aparato de justicia. El juez colombiano, inmiscuido en la guerra por la fuerza de su propio aparato estatal, es un juez enemigo, se comporta y se lo trata de tal manera. De este modo al patrón de sociabilidad dominante se le intenta garantizar a través de la criminalización y judicialización de las alternativas que son percibidas y tratadas como desviaciones. Sin duda estas prácticas resitúan al juez en el centro de la conflictividad política y con ello se redefinen algunos de sus atributos como la neutralidad, la legitimidad y la independencia. Uno de los resultados más perceptibles es el de la mayor visibilidad del juez, y con ello, su mayor protagonismo.

A este fenómeno se le ha denominado como “judicialización de la política” y con él se da lugar a una consecuencia inversa pero inseparable, conocida como la “politicación de la justicia”, o más allá, la “guerrerización de la justicia”. Ahora el juez está en el centro de las formas, reformas y decisiones políticas. En Colombia concretamente y en lo pertinente para estas reflexiones, el juez y particularmente la corte constitucional están situados en el ojo del huracán de la política y la guerra. Su racionalidad dominante es la del constitucionalismo contra el enemigo interno contrahecho hasta la noción de criminal.

El lenguaje del constitucionalismo acerca de la guerra, denota bien esta relación de oposición: la guerra remite a entidades como el desorden, la anarquía, la brutalidad, la irracionalidad, la deconstrucción, la regresión y la violencia. No solo olvida que en el origen fáctico de los acontecimientos históricos que dieron lugar al constitucionalismo, la guerra jugó un papel decisivo al permitir las condiciones de posibilidad de los Estados, sino que además se hace a un lado la naturaleza conflictiva, contingente, de confrontación y a veces hasta de guerra de los propios regímenes constitucionales⁷⁵.

Si el constitucionalismo se define por su capacidad de poner límites al poder político, y ello supone una clara distinción entre aquello que puede designarse como Estado y aquello que puede designarse como no Estado, y aún más concretamente aquello que puede llamarse como gobierno y aquello que se denomina como sociedad, la imposibilidad de determinar esa tal distinción en un país como Colombia -salvo si se confunde el constitucionalismo con la mística- resulta definitiva para prever que esos límites no son tales, en razón de que no es factible marcar una distinción entre el objeto del control y el sujeto del control. En este sentido el entorno de la guerra aunado a la visión unívoca del constitucionalismo hace perder buena parte de la distinción entre objeto controlado y sujeto controlador; emerge una cierta identidad que impide hablar de límites; se desnaturaliza la función del control constitucional y se convierte a la Corte en un aliado del gobierno o de aquellos que delinear el tratamiento que ha de darse a la guerra.

⁷⁵ “La guerra nunca desaparece porque ha presidido el nacimiento de los Estados: el derecho, la paz y las leyes han nacido en la sangre y el fango de batallas y rivalidades que no eran precisamente –como imaginaban filósofos y juristas- batallas y rivalidades ideales. La ley no nace de la naturaleza, junto a las fuentes a las que acuden los primeros pastores. La ley nace de conflictos reales: masacres, conquistas, victorias que tienen su fecha y sus horribles héroes de combate; la ley nace de las ciudades incendiadas, de las tierras devastadas; la ley nace con los inocentes que agonizan al amanecer”. Cfr. Foucault, Michel. *Genealogía del racismo*. Madrid, La piqueta. 1992 . p. 59

Pero esta mutación del juicio no sólo proviene de las limitaciones intrínsecas al propio discurso constitucional contemporáneo, también proceden del entorno mismo en el cual se desenvuelven las decisiones judiciales que se estudian. En este sentido, el sujeto de control constitucional son los magistrados que lo configuran en un contexto que los moldea, a través de sus presiones y limitaciones.

3.4 Las determinaciones del entorno en el juez

Las explicaciones que centran su interés en la estructura formal de un órgano y aun en sus funciones se muestran limitadas al momento de explicar sus inclinaciones políticas. Esto es más cierto si los juicios del funcionario se desarrollan en contextos extremados por la guerra. Aquellas explicaciones que podrían recibir el apelativo de institucionalistas o dogmáticas, no prestan atención a cierto tipo de poderes –reales- que influyen al juez en la toma de sus decisiones. Para ellas la preocupación central en la toma de decisiones en el escenario judicial se orienta a cosas como la función y el órgano judicial, y especialmente, la coherencia interna de los fallos. Con el diseño institucional se intenta preservar al juez de presiones provenientes de los titulares del órgano Ejecutivo, y para ello, se le separa orgánicamente; también se le quiere independizar de las presiones de los miembros de su mismo órgano y se le construye una cierta autonomía funcional; finalmente, se le exigen unos ciertos valores de coherencia y racionalidad al formular sus decisiones de tal suerte que el orden argumentativo sea consistente y consecuente, para que opere la garantía de un fallo ajustado a derecho.

Pero otro tipo de poderes invisibilizados a la mirada dogmática es relevante para entender cómo fallan los jueces, y su estudio reviste gran valor si se intenta esclarecer asuntos como cuáles son las condiciones en las que un determinado juez –para nuestro caso la Corte Constitucional- emite su decisión en un contexto determinado por la guerra irregular.

Por fuera del campo dominado por la dogmática jurídica, es la sociología del derecho, y de manera especial las corrientes críticas del derecho, las que se han dado a la labor de visibilizar esos otros poderes que determinan un juez, en un contexto. En este estudio, al construir estos apuntes se es consciente de que las posturas críticas en relación con el derecho son muy variadas y complejas, y que no siempre son susceptibles de una clara diferenciación respecto del pensamiento crítico que entrañan las obras de los clásicos. Por ello se centrará en algunas de sus ideas sin ajustarse en rigor a las diferentes escuelas o corrientes específicas. Se tomará la figura del juez como el núcleo alrededor del cual se anudan esos poderes.

Las posturas críticas mantienen una actitud escéptica frente al derecho, y particularmente de restar credibilidad a la centralidad del sistema jurídico. La idea de marginalidad del derecho tiene por lo menos dos sentidos de interés para la presente investigación: de una parte, aquí se entiende que el derecho no constituye la forma única ni central de obediencia por parte de aquellos que integran una sociedad, es decir, el orden en una sociedad no deriva de manera prioritaria de los contenidos y las funciones propias del sistema jurídico.

En este sentido, no son las nuestras sociedades fundamentalmente jurídicas y la racionalidad o irracionalidad al momento de comportarnos no coincide con la predisposición jurídica. De otra parte, la marginalidad del derecho significa que él no es el instrumento prioritario al que acuden las personas para resolver sus problemas y conflictos, esto es, frente a una situación conflictiva, las sociedades y los individuos reaccionan u operan a través de un arsenal de instrumentos que constituyen y reflejan su propio orden social específico, los cuales no involucran exclusivamente opciones jurídicas.

Un enfoque crítico entiende también que el derecho no descansa en la supuesta neutralidad y racionalidad del proceso legal, por el contrario, reconoce, denuncia y visibiliza la influencia de intereses particulares tras la fachada legal, al punto de que el ordenamiento jurídico considerado globalmente es el resultado de la formación de segmentos normativos impuestos por sectores sociales en combate con intereses excluyentes. De esta manera, las normas jurídicas no tienen un carácter general, abstracto e impersonal, sino que son el resultado de procesos siempre fragmentarios de beneficio particular, que configuran trozos normativos de utilidad específica y relativa, y que por ello mismo no pueden ser encubiertos con el manto de la neutralidad y la racionalidad normativa, sino estratégica. Esto ocurre no sólo con fragmentos normativos sino también con los métodos de interpretación.

Un tercer aspecto relevante en el pensamiento crítico, es aquel según el cual el ordenamiento jurídico está lleno de contradicciones internas que no se resuelven con la racionalidad jurídica intrasistémica, las cuales a su vez provienen de algunos de los valores en oposición que sin embargo coexisten en un orden social determinado. Estas contradicciones son el resultado de la consagración de cadenas de valores que se contradicen y enfrentan entre sí –valores de libertad, frente a valores de orden; valores de igualdad frente a valores de libertad, etc.- y que sin embargo coexisten “aprobablemente” si se considera al ordenamiento jurídico en abstracto.

La multiplicidad de valores contradictorios entre sí facilita la aparición de un ámbito de maniobrabilidad política valioso para quienes se encuentran en la situación de decidir con base en disposiciones jurídicas, dado que puede seleccionar ciertas cadenas de valores e instrumentalizar la plasticidad normativa a fin de expedir fallos ajustados a previos contenidos o compromisos de orden ideológico y político. De esta manera, la elección entre diferentes opciones dentro de un sistema jurídico es un asunto principalmente político, no jurídico. En este sentido se controvierte la idea básica de una dogmática jurídica, es decir, no se cree en la existencia de diques jurídicos, por lo menos fijos o estables. Como resultado, la coherencia interna del ordenamiento jurídico supone la eliminación implícita o explícita de otros valores coexistentes dentro del mismo. Así las cosas, los valores que no son viables políticamente, no reciben aval doctrinario, y sin embargo, el valor de la coherencia normativa resulta preservado.

Por último, el entorno político y social en el que se desenvuelve el juez le marca profundamente y moldea sus prejuicios como miembro de una sociedad, los cuales, casi

inevitablemente pasan a ser presentados como juicios normativos a través de las prácticas argumentativas e interpretativas. El juez entonces es el juez y sus circunstancias.

Para el caso de la guerra, las circunstancias constituyen el entorno mismo del juez, y sin embargo, no es necesario que algún acontecimiento bélico lo toque directamente. En Colombia, un juez, cualquier juez, tiene una experiencia de la guerra en primer lugar definida por el entorno informativo: se trata de la guerra de los *mass media*. Esta imagen de la guerra en las condiciones que vive Colombia es, sin duda alguna, una imagen construida, por el Gobierno y difundida por la televisión, la radio y la prensa escrita. Las imágenes de la guerra son bien conocidas, y su efecto, decisivo para formar el juicio del juez; es poderoso, produce pánico, logra atemorizar, construye su enemigo a partir de las prácticas del terror. El nuevo consenso político ya no sólo se logra con la reducción del espacio de lo político, sino a través de la atemorización de la población, que, desde luego, está dispuesta *hobbesianamente* a dar a cambio cualquier cosa por adquirir seguridad.⁷⁶

Finalmente, vale la pena recordar que ese entorno social o incluso el entorno dentro del cual usualmente se mueven los juristas, presenta una limitación adicional, por lo menos en Colombia: las perspectivas de análisis alternativo acerca del conflicto armado son extraordinariamente reducidas. Las distintas universidades, las facultades de derecho, sus planes de estudio, el ámbito en el que usualmente se desenvuelven los juristas, no es propiciador de posturas plurales en relación con los distintos enfoques relativos a la guerra interna. Se trata de una pobreza conceptual de la comunidad jurídica que se aviene con la uniformidad ideológica del medio, en buena parte monopolizada por los gobiernos a través de sus políticas de medios masivos de comunicación.

Claro que esa pobreza conceptual está también atada al sistema político con los rezagos polarizados del bipartidismo dominante. Las interpretaciones en relación con la realidad política en Colombia están definidas por las posturas autoritarias de los dirigentes de los partidos políticos, las cuales sin embargo presentan leves matices, de difícil identificación atendiendo a la desconfiguración del ideario de esas organizaciones. El escenario político en el que se mueven los juristas –con contadas excepciones– es el del bipartidismo tradicional liberal – conservador. La Corte Constitucional no escapa a esta relación binaria que no sólo ofrece una interpretación sino las formas de solución o de respuesta al complejo mundo de la política. Los magistrados que han integrado la corporación han sido liberales o conservadores; si no de partido, sí por lo menos en términos ideológicos, y más que ideológicos, doctrinarios.⁷⁷

⁷⁶ González Zapata, Julio. “El terrorismo: la utilidad del miedo”. *Estudios Políticos* No. 21, Julio-Diciembre de 2002. Instituto de Estudios Políticos. Universidad de Antioquia. Medellín.

⁷⁷ Cristina Motta se ha ocupado de este aspecto al estudiar alguna línea jurisprudencial de la Corte Constitucional. En términos generales su estudio ha mostrado que el pensamiento conservador acoge un método de interpretación literal y de aplicación silogístico para asegurar así una decisión con un volumen de ilegitimidad menor. Se leen las convenciones de derechos humanos con la misma mirada con que se lee la Constitución Política; se efectúa una mirada que simplifica el sentido múltiple de los términos y sólo les reconoce un significado. Aplica las normas en forma silogística evitando los matices y ponderaciones. El contenido es conservador por defender una única noción del orden. En tanto que las posturas

A diferencia de las consideraciones dogmáticas para las cuales el juez es —o debe ser— neutral, independiente, objetivo, racional, para las posturas que se han sintetizado, la figura del juez como funcionario no escapa a las condiciones y presiones del ambiente respecto de un posible fallo. El juez es ser humano, sujeto de preferencias políticas, que detenta inclinaciones éticas, comparte cadenas de valores que le atan y que determinan los contenidos de sus fallos. El juez es el juez y su contexto, está lejos de ser simplemente la máquina que aplica el derecho construido por el legislador, cuenta con importantes espacios de libertad para decidir sobre un caso determinado, derivados de cosas como la complejidad del sistema normativo, la polisemia de los conceptos jurídicos, la impredecibilidad del contexto social, entre otros.

Justamente a esto se refiere Duncan Kennedy⁷⁸ cuando señala que las condiciones en las que se encuentra cualquier juez frente a un asunto sujeto a su decisión, son de libertad y restricción simultáneamente. El juez no está absolutamente atado, pero tampoco es completamente libre, no puede hacer lo que quiera, está más o menos atado y más o menos libre. Los ámbitos de libertad y restricción a pesar de involucrar tanto a las normas jurídicas como al juez, no impiden sino que confirman la preexistencia de actitudes o prejuicios en relación con cada asunto a fallar.

Kennedy pone de presente que “... a estas alturas de mi vida ya poseo un conjunto de intenciones, un proyecto vital como juez y estos factores se encargarán de orientarme entre las muchas posibles actitudes a seguir frente a este trabajo”,⁷⁹ y admite que “Trabajar en procura de un resultado, a mi parecer, hace parte esencial de la situación de un juez”.⁸⁰ En este sentido el juez desarrolla actitudes de litigante cuando se enfrente a un caso, es decir, está de parte de alguien y actúa como si tal defendiendo una causa y no propiamente intermediando entre el Estado y el individuo, entre el Gobierno/funcionario y la norma constitucional, o dos individuos que presentan un conflicto con pretensiones equidistantes de un juez neutral.

En la búsqueda de su objetivo, el juez puede considerar que en términos generales las normas son injustas, y planea derrotarlas ofreciendo respecto de un segmento normativo cierto tipo de prácticas que concretan su actitud de resistencia frente a las mismas: puede retardar el caso; puede reforzar o debilitar el material probatorio; puede subrayar y olvidar hechos; puede pegarse de ciertas formalidades o aprovechar errores; puede en suma abrir o cerrar el caso haciendo uso de figuras como la buena fe, las cláusulas implícitas y el interés público o también inscribiendo el hecho en ámbitos normativos diferentes y aun contrapuestos, por ejemplo, inscribiéndolo dentro del orden o de los derechos. En suma, y

liberales lo son sólo en cuanto piden reconocer la misma dignidad moral a los rebeldes -lo que es escaso en los fallos- en razón de una cierta neutralidad derivada del ánimo político por construir un mundo mejor.

⁷⁸ Kennedy, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá, Ediciones Uniandes, 1999.

⁷⁹ *Ibid.* P. 104

⁸⁰ *Ibid.* P. 107

en términos de Kennedy, “puedo percibir la ley como una restricción o no dependiendo de cómo se presenta la ley respecto de la sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar”.

Todo ello sin descontar otros factores no menos relevantes que deben circundar el juicio al momento de situarse frente a un caso concreto, por ejemplo, lo que la comunidad piense respecto del juez y su fallo, los riesgos de una eventual revocatoria por parte del superior, la credibilidad o descrédito que provoque, entre otros.

En síntesis, en el juez se anudan prácticas de libertad y restricción que le sitúan frente a un cierto tema determinado e inclinan su ánimo hacia una preferencia política más o menos específica. Ahora bien, si esto es cierto en contextos de normalidad política y jurídica, lo es aun más en contextos en los cuales el juez, su status, su cúmulo de referentes y la institucionalidad de la que hace parte se encuentran atravesados por la experiencia de la guerra.

Las posturas críticas acerca del derecho no se ocuparon de estudiar la función judicial en contextos de guerra, y sin embargo, los elementos teóricos que construyeron acerca de los influjos en el ánimo del juez por su entorno próximo y lejano son útiles para afirmar que la guerra está lejos de ser un acontecimiento irrelevante en lo que respecta a sus compromisos más íntimos.

No obstante, se debe efectuar una necesaria distinción. Una cosa es la guerra como objeto de fallos judiciales, y otra, bien distinta, es fallar en contextos de guerra. Ambas involucran los prejuicios del juez, pero la fuerza del contexto inmediato imprime en el juez un mayor compromiso de ánimo que le inclina y radicaliza como una parte de los guerreros.

La Corte Constitucional es antes que cualquiera otra cosa, un órgano del Estado. Como tal, hace parte del orden institucional que el Estado promueve y defiende y por ello su función central es la defensa del mismo. En este sentido es una entidad conservadora, como en términos generales lo han sido todos los jueces a lo largo de la historia, con contadas excepciones y en campos cuidadosamente limitados. Este conservadurismo propio de las instituciones nos indica que estas tienen un margen de movilidad que puede ser presentado y percibido como razonable si se le examina en términos igualmente institucionales: no podrá esperarse de ella que actúe contra-institucionalmente, por lo menos en las tendencias dominantes, pues la construcción de una lectura alternativa es, en extremo, costosa.

Incapaz de cobrar una clara distancia respecto de su controlado, la fuerza del contexto jurídico y político tiende a acercar el juez al “soberano”, haciendo prevalecer el principio de armonía y colaboración entre los poderes por sobre los principios de división y equilibrio entre ellos. Se trata de una versión autoritaria que unifica al controlado con el controlador, una corte amigable, no por el coqueteo político sino por la coincidencia de principio en la mirada. Es, por ello, una coincidencia sustancial y de punto de partida.

4. El Control Constitucional en Colombia

Suspensión de leyes ordinarias; consejos de seguridad secretos; restricción del derecho de circulación y residencia; imposición de toques de queda; censos de población con fines militares; permiso previo para la celebración de reuniones y manifestaciones; interceptación o registro de comunicaciones mediante comunicación verbal; aprehensión preventiva de personas; restricciones al derecho de huelga; condicionamiento o negación de derechos civiles a los extranjeros; imposición por el Gobierno de contribuciones fiscales o parafiscales con fines bélicos; regalías para la seguridad territorial; modificación administrativa del presupuesto; inspecciones o registros domiciliarios mediante comunicación verbal; tipificación penal creciente de conductas, aumento y reducción de penas, modificación de procedimientos mediante decretos legislativos; allanamientos sin orden judicial; legislaciones especiales antiterroristas; constitucionalización de nuevas facultades en la lucha contra el terrorismo; restricciones de garantías...

¿Qué ocurrió entre 1991 y 2001 para que el panorama de las relaciones entre el Estado y las personas se hubiese configurado de esta manera? ¿No podrá hablarse de un “superestado de cosas inconstitucionales”? Y a todas estas, ¿Qué pasó con los órganos del Estado destinados a defender al ciudadano, dónde estaban y qué hacían mientras esto ocurrió? ¿Antes de ser expedida la misma Constitución ya el estado de cosas era éste? ¿La Constitución propició estas circunstancias? En particular, ¿Qué pasó con la Corte Constitucional?

El panorama de los derechos en Colombia es, sin duda, desolador, en parte por las tendencias autoritarias de los gobiernos, en parte por las actitudes permisivas de la Corte Constitucional, en parte por la Constitución misma, en parte por el contexto de la guerra. La aproximación que se habrá de adelantar sugiere algunas respuestas, desde luego no del todo sistemáticas, ni aun claramente jerarquizadas.

La concepción progresiva de la historia que da cuenta del Estado occidental, entiende que el Estado constitucional, es la más elaborada fórmula jurídico política de la convivencia humana racionalizada mediante el ordenamiento jurídico. El órgano jurisdiccional y particularmente los tribunales constitucionales, concretan la más alta pretensión de ese modelo. Colombia cuenta a partir de 1991, con un Tribunal Constitucional que opera en un contexto determinado por una guerra irregular de larga duración, respecto de la cual tiene que pronunciarse a través de las decisiones de constitucionalidad y de tutela.

La Corte Constitucional colombiana, remite a la noción de la racionalidad de los conflictos. Nada en ella permitiría afirmar que por allí trascurren los circuitos de la guerra: no es una Corte Penal Internacional, no es un tribunal *ad hoc* para juzgar actos de guerra, no es la justicia penal militar, ni la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado que de una u otra forma tienen algunas competencias asignadas sobre la materia.

¿Qué pasa con la guerra cuando es expresada por el derecho en el espacio típico de la racionalización normativa, en el espacio clásico del guerrero domesticado? ¿Qué acontece a

la racionalidad axiológica y normativa cuando se ve enfrentada a la emisión de juicios a propósito de la guerra? ¿Qué pasa con las palabras, con las descripciones, con las valoraciones? ¿Afecta la guerra a los juicios normativos? ¿Si lo hace, de qué manera ocurre ello? ¿Hasta qué punto la práctica del control jurídico permite diferenciar entre guerra y derecho? ¿Se acercan la guerra y el derecho en el ejercicio del control constitucional? ¿Se confunden uno y otra?

En este capítulo, se trata de presentar los rasgos de la práctica de un control constitucional sometido a un contexto de guerra interna, tomando en cuenta un conjunto de sentencias en las cuales la Corte se ha pronunciado en relación con la guerra y particularmente con el estado guerrero. Se trata de una reflexión aproximativa, no conclusiva, acerca de la práctica jurídica, concretamente aquélla de ejercer control de constitucionalidad en un contexto determinado por la guerra.

En este momento conviene retomar la pregunta fundamental a la que se intenta dar respuesta es la siguiente: ¿es controlable por vía del control constitucional el Estado colombiano en guerra? A primera vista, la respuesta podría ser circunscrita a la condición asertiva o negativa según la cual la Corte Constitucional puede juzgar exequible o no la declaratoria de un estado de excepción, declarar constitucional o inconstitucional una ley o un proyecto de ley, conceder o denegar una tutela. Pero una mirada más detallada a los pronunciamientos de la Corte, muestra un conjunto de factores de gran relevancia que escapan a la alternativa del sí o el no propios de la parte resolutive de los fallos. Pueden servir de ejemplo: el tipo de lenguaje que se usa, la movilidad de las razones ofrecidas, la estandarización de ciertas prácticas y posturas, el acoplamiento entre el órgano controlador y el controlado.

El marco temporal de los fallos que fueron objeto del estudio que ahora se sintetiza, comprende el periodo que va desde 1992 hasta el primer trimestre del año 2001. Durante este lapso la Corte Constitucional expidió aproximadamente diez mil sentencias, sobre las más diversas materias, la mayoría de las cuales no tenían que ver con la guerra ya sea de manera directa o indirecta. El número de sentencias analizado, es de 104. De ellas, 80 son pronunciamientos sobre la constitucionalidad de leyes y decretos, y 24 son fallos sobre acciones de tutela.⁸¹

Estas sentencias fueron seleccionadas mediante un proceso de lectura directa, efectuado sobre un volumen aproximado a los 360 fallos, seleccionadas a su vez del número total de decisiones expedidas por la Corte Constitucional haciendo uso de los términos alusivos de manera directa o indirecta a la guerra.⁸²

El hecho de efectuar una lectura de alguna consistencia sobre un conjunto de fallos de tales dimensiones es una actividad dispendiosa. Tal vez por eso es común que los estudios que se

⁸¹ (Ver anexo Registro de Sentencias).

⁸² (Ver anexo Sentencias expedidas por la Corte Constitucional relacionadas con la guerra haciendo uso del índice general diseñado por la propia Corte)

desarrollan sobre los fallos de los jueces (unitarios o colegiados) en el mejor de los casos se centren en una temática con el objetivo de rastrear una línea jurisprudencial o doctrinaria, para establecer sus rasgos, consistencias o contradicciones.⁸³

Esta investigación, sin embargo, no se plantea el asunto de esa manera. No se trata de rastrear contradicciones en los fallos así ellas se hagan evidentes, tampoco se busca efectuar registros del manejo dado a un concepto en particular, por ejemplo, un seguimiento para examinar la consistencia del Tribunal Constitucional al ocuparse del concepto “guerra” o “conflicto armado”, o bien, “combatiente”. Mucho menos se ha buscado desarrollar un juicio acerca de las posturas de los magistrados considerados individualmente o por grupos respecto del tema del Estado guerrero o de la guerra. Esta investigación entiende que este tipo de lecturas es útil pero tangencial para la indagación propuesta.

Para presentar la aproximación comentada, se ha dividido el capítulo en tres grandes bloques que intentan recoger el conjunto de aspectos relevantes de los pronunciamientos si se atiende al ejercicio del control, son ellos: la descripción, la prescripción y la adscripción. En extenso: la descripción, da cuenta de la manera como la Corte Constitucional se figura al Estado guerrero y a la guerra; la prescripción, intenta examinar las referencias de la Corte Constitucional acerca del deber ser del Estado guerrero y de la guerra; y la adscripción se acerca a las inclinaciones que la Corte muestra en relación con los diferentes actores que participan del respectivo debate. Desde luego, no resulta sencillo en muchos párrafos o expresiones usadas discernir el sentido último de la expresión: ¿Se trata de una prescripción o una descripción? En cualquier caso, la idea es crear un instrumento de lectura del ejercicio de ese control sobre el guerrero a partir de la idea que la Corte se forma, y de la imagen ideal que ella parece tener.

Antes de identificar con mayor detalle los rasgos generales de ese control constitucional, las tendencias legibles en las descripciones, prescripciones y adscripciones allí involucradas, es conveniente adelantar algunos comentarios y precisiones sobre la actividad de la Corte y sobre las formas y procesos de producción de sentencias:

Las sentencias estudiadas son textos construidos por jueces colegiados, ya sea que se pronuncien en Sala Plena (9 magistrados) o en Sala (3 magistrados).⁸⁴ Normalmente, las sentencias de tutela llegan a la Corte Constitucional una vez se han producido dos fallos de jueces de instancia (primera y segunda) en cualquier parte del país, que han decidido, aunque no de manera definitiva⁸⁵ sobre el asunto puesto a criterio suyo. Las sentencias de tutela se interponen ante el juez por alguna persona que considere que sus derechos

⁸³ A manera de ejemplo: ¿Qué ha dicho la Corte sobre fuero militar? ¿Qué ha dicho sobre la omisión de conciencia para prestar servicio militar obligatorio?

⁸⁴ Esos textos cuentan con unas dimensiones en páginas variables, algunas sentencias son de 10 ó 15 páginas, sin duda un número menor de ellas, y otras, cuentan con 250 páginas. En términos generales son más extensas las sentencias de constitucionalidad que las sentencias de tutela.

⁸⁵ Cabe anotar que si bien es cierto que materialmente las sentencias de tutela no tienen efectos definitivos hasta que la Corte Constitucional decida si las escoge o no para pronunciarse sobre ellas, en la práctica el número de sentencias escogidas –y escogibles– es tan mínimo que casi puede entenderse que son definitivas.

fundamentales o los de alguna otra persona están siendo o pueden llegar a ser amenazados o violados. Las sentencias de constitucionalidad, en cambio, se expiden por el juez de manera oficiosa (no requieren un demandante) en los casos en que un proyecto de ley o ciertos decretos del Gobierno requieran de control previo para entrar en vigencia; otras, son expedidas por el juez a instancia de parte (requieren demandante) en los casos en que un ciudadano decida impugnar la totalidad de una ley o alguno de sus fragmentos para que el juez las declare inexecutable, y como consecuencia, las expulse del ordenamiento jurídico.

Consideradas en su materialidad física, las sentencias de tutela de la Corte Constitucional se integran fundamentalmente de tres partes, en la primera de ellas se hace un recuento del caso concreto, retomando las afirmaciones de las partes involucradas en el asunto y las pruebas allegadas al proceso; luego, la sentencia presenta una evaluación jurídica en relación con el caso, de tal manera que en este fragmento (la gran mayoría del texto) se ofrece una evaluación normativa del asunto, conocida como parte motiva, y finalmente, la sentencia presenta el fallo (la hoja final, aproximadamente), o parte resolutoria, en la cual se decide sobre el asunto específico, ya sea concediéndola o denegándola. Cuando el cuaderno de tutela, con sus fallos de instancia, llega a la Corte, ya la totalidad de las intervenciones y pronunciamientos se ha dado, de tal suerte que los magistrados solamente lo estudian, ocasionalmente ordenan algunas pruebas, y proceden a expedir el fallo, el cual es devuelto al juez de primera instancia, para que lo aplique, sea que revoque las decisiones o confirme alguna de ellas. En términos generales, cuando se interpone una tutela se busca que el juez expida un fallo que defienda los derechos fundamentales de las personas.

De otro lado, y atendiendo a esta distinción meramente física, las sentencias de constitucionalidad, son de dos clases: las oficiosas, que cuentan con el texto de la norma cuya constitucionalidad se revisa; una síntesis de las diversas intervenciones: algunos funcionarios en su defensa o ataque (para el presente estudio se trata de ministros, miembros de las fuerzas militares y de policía, procurador, defensor del pueblo, entre otros), las intervenciones de los ciudadanos también en su defensa o ataque, las intervenciones de los expertos; luego, la Corte presenta una síntesis del material probatorio y su evaluación normativa, y una exposición de las razones en que se sustenta su decisión (todo ocupa gran parte de la sentencia); y finalmente, la decisión. Las que no son oficiosas presentan las mismas partes, aunque incluyen también las razones de su impugnación por parte de los respectivos demandantes.

En último término, una decisión de tutela o de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional concita un conjunto de intervenciones interesadas en darle al fallo un determinado sentido, que para el estudio presente, tocan con respaldos o prohibiciones en relación con el Estado guerrero a propósito de la guerra. Se trata de limitaciones al Estado guerrero en tanto le permiten hacer o le obligan a omitir una determinada conducta.

Ya en otro sentido, debe recordarse que esta investigación no se desarrolló directamente sobre los respectivos expedientes,⁸⁶ sino sobre las copias magnéticas que la Defensoría del

⁸⁶ Todos ellos físicamente localizados en la sede de la Corte Constitucional en Bogotá.

Pueblo entrega en un *CD Rom* que contiene la totalidad de los fallos de la Corte. Ello implica algunas limitaciones de gran importancia para este segmento: por ejemplo, este material no contiene en ningún caso copia de las pruebas allegadas al proceso, de tal manera que quien lo consulte sólo conoce lo que la Corte Constitucional apreció acerca del material de prueba, pero no es posible acceder por ese medio a él para sopesar los propios criterios evaluativos de la institución. En cuanto a las intervenciones de los funcionarios y ciudadanos, cabe apuntar que la Corte sólo transcribe muy cortos fragmentos de las mismas, en ciertos casos, pocas líneas, y en otros, ninguna; finalmente, de cierto año en adelante, la Corte se niega a transcribir el texto del decreto, y sólo retoma en la parte motiva del fallo algunos de sus apartes.

Conviene señalar entonces que es posible acceder sólo a la percepción de la Corte acerca de todo este material⁸⁷, y no al material directamente, (sin embargo es común que los abogados se comporten respecto de las sentencias como si ellos leyeran el expediente completo). Las implicaciones no son despreciables, pues en un contexto de centralismo institucional como el nuestro, ello significa una reducción valiosa de las posibilidades de efectuar críticas concernientes a los juicios constitucionales emitidos por el Tribunal, que se concentran, en parte también por esto, en la simple coherencia en los distintos apartes del fallo, y menos en la relación entre el fallo y la realidad de la cual se ocupa. Como si los fundamentos de hecho, en fin, fueran ya presunciones de autoridad.

En lo alusivo al trámite de las sentencias de tutela y las de constitucionalidad, interesa comentar algunos asuntos de gran importancia, si se trata de conectar la realidad de la guerra y su fijación en las sentencias. Las sentencias de tutela de que se ocupa la Corte no representan la totalidad de las tutelas que le son remitidas que guardan relación con la guerra. La Corte Constitucional recibe la totalidad de las tutelas que se fallan en Colombia, respecto de cualquier materia, pues por disposición constitucional todas las tutelas falladas deben serle remitidas. La Corte Constitucional, con enorme discrecionalidad decide revisar algunas de ellas, y en consecuencia, puede variar o confirmar el contenido de su respectiva decisión. El número de sentencias que eventualmente revisa es mínimo en comparación con la cantidad de sentencias que le son remitidas (1% máximo), de tal manera que hay muy pocas probabilidades de que una determinada sentencia en que se tenga interés sea revisada por el alto Tribunal; por ello, la gran mayoría son devueltas a los jueces después de pasado un término sin que fueran seleccionadas, y con ello, sus fallos son confirmados.

No se conocen los criterios que operan efectivamente para la selección de las tutelas por parte de la Corte Constitucional: se especula que ello depende en ocasiones de la variedad de las materias a que se referirían los fallos; también de una cierta intención de cobertura nacional; asimismo, podría pensarse en una intención de desarrollar el sentido del conjunto de instituciones constitucionales; igualmente, del interés de ciertas materias que se consideran importantes para nuestros propios conflictos; no se descartan las presiones personales. Escoger o no escoger es un asunto que determina que el fallo respecto del que se tienen expectativas sea o no reconsiderado. No se conocen estudios sobre esta materia

⁸⁷ Los procesos judiciales son grandes filtros acerca de lo que ocurre en la realidad de la que se ocupan.

que permitan saber lo que ha ocurrido en el proceso de selección y su relación con la guerra: ¿Las sentencias estudiadas qué porcentaje representan de las que llegaron a la Corte? ¿Fueron las más representativas? ¿Representativas de qué? ¿Hubo sentencias repetitivas sobre una misma práctica guerrera que fueron desestimadas por referirse a episodios o prácticas semejantes? ¿Cuáles no se seleccionaron y por qué? ¿Qué asuntos relativos a la guerra no llegaron a la Corte Constitucional? ¿Qué llegó y no fue seleccionado? ¿Qué ha pasado en las sesiones en las que se seleccionaron las sentencias relativas a la guerra?

Estos son, sin duda alguna, límites insuperables en esta investigación, pero a la vez razones importantes para avanzar en estas materias, pues guardan una estrecha relación con el viejo problema capital de la guerra como secreto confiscado por el Estado y sus instituciones.

Finalmente, conviene efectuar algunas apreciaciones generales sobre el material abordado y sus rasgos en términos de control que resultan comunes a los dos apartes mencionados con antelación:

De las 80 sentencias de constitucionalidad examinadas, pueden destacarse los siguientes aspectos: durante este periodo se declaró el estado de conmoción en cuatro ocasiones, sólo una de ellas fue declarada inconstitucional, hubo cuatro prórrogas y en todos los casos de levantamiento, las medidas fueron parcialmente incorporadas a la legislación ordinaria. Las medidas e instituciones extraordinarias incorporadas a la legislación ordinaria fueron la jurisdicción de orden público, el incremento y la drasticidad en las penas, la creación y multiplicación de tipos penales abiertos, la suspensión de servicios de telecomunicaciones. (véase anexos 1 y 2)

Las declaratorias de conmoción interior y sus prórrogas se motivaron en hechos como los siguientes: la eventual interpretación judicial de un artículo del código penal que favorecía la libertad de las personas detenidas; la subsistencia de las causas que dieron lugar a la declaratoria inicial, la muerte de Álvaro Gómez Hurtado, algunos ataques al personal de las fuerzas del Estado, atentados, secuestros de personas notables (véase anexo 3).

Las sentencias de constitucionalidad examinadas permiten constatar una tendencia de la Corte Constitucional a aceptar medidas poco ortodoxas en materia de conmoción interior. Las medidas preventivas fueron aceptadas en 10 o más sentencias; las medidas sobrevinientes, en 3 o más sentencias, y las medidas estructurales, en 21 o más sentencias.

En las sentencias de constitucionalidad sometidas a revisión, la Corte Constitucional prefirió argumentos o medidas de estabilidad institucional en 44 o más casos, mientras que se inclinó por la defensa de los derechos en unos 7 casos.

De todas las sentencias de constitucionalidad, las dos de mayor relevancia e influjo posterior en los fallos de la propia Corte Constitucional son la sentencia de constitucionalidad 179 de 1994 por la cual se declara la constitucionalidad de la que posteriormente sería la ley 137 de 1994 estatutaria de los estados de excepción, y la

sentencia de constitucionalidad 225 de 1995 que recoge el Protocolo II de Ginebra. Adicionalmente, otras sentencias alcanzaron una gran resonancia en el ámbito nacional por diferentes razones: la sentencia de constitucionalidad 572 de 1997, que se ocupa de la seguridad privada, comúnmente conocida como la sentencia que constitucionalizó las “Convivir”; la sentencia de constitucionalidad 048 de 2001 que se pronunció favorablemente sobre la constitucionalidad de la declaratoria de la zona de distensión; la sentencia de constitucionalidad 456 de 1997 que se pronunció sobre la naturaleza de los delitos políticos y su conexidad con los delitos comunes.

De las 24 acciones de tutela, los temas de mayor importancia son: la ubicación de un comando o subestación de policía (102 , 139 y 255 de 1993); la objeción de conciencia en la prestación del servicio militar obligatorio (224 y 277 de 1993); la ocupación de propiedades privadas por parte de las fuerzas militares (301 de 1994, 303 de 1997); cuidados especiales para soldados bachilleres (SU 200 de 1997); desplazados (227 de 1997); marchas campesinas (SU 257 de 1997); ventajas a quienes hubiesen prestado el servicio militar obligatorio (441 de 1997); protección ante amenazas de grupos subversivos (282 y 747 de 1998) y protección de docentes desplazados (733 de 1998).

El tema de la compatibilidad entre el tiempo de la realidad y el tiempo en que se ejerce el control también presenta ribetes interesantes si se piensa en estas generalidades. Si se toma el caso de las decisiones de constitucionalidad respecto de la declaratoria por parte del Gobierno sobre el estado de conmoción interior, se observa que en algunas ocasiones, cuando la decisión es adversa en el sentido de calificar como inconstitucional la medida, sus efectos simbólicos o reales ya han logrado alcanzar buena parte de sus objetivos propuestos, o todos. En este sentido, la declaratoria de inconstitucionalidad controla un acto que ya logró impactar la realidad, por ello el control previo es tardío y degenera en control posterior, mudando su naturaleza, y con ello el poder que podría atribuírsele.

Para las tutelas el asunto también denota grandes paradojas. Entre el fallo que la Corte Constitucional expida respecto de una tutela que haya decidido escoger para su revisión y los hechos respecto de los cuales esa tutela se ocupa, puede existir un lapso de varios meses, de tal manera que cuando el fallo de la Corte se publica el acontecimiento de la guerra ha perdido con toda seguridad su vigencia específica. Esta incompatibilidad entre los tiempos operativos del derecho y la realidad tiene gran importancia si se piensa en que la tutela cobra sentido por su capacidad de prevenir o suspender las amenazas y daños a los derechos fundamentales, de una u otra manera afectados o amenazados por la guerra. Podrá objetarse que para el momento en que la Corte decida sobre la revisión de una determinada sentencia de tutela ya ha habido por lo menos un fallo que decide sobre la materia, pero la objeción no es muy fundada, pues respecto de muchos de ellos los actos de la guerra presentan una instantaneidad que se hace incontrolable por vía jurisdiccional preventiva así sea en la decisión de primera instancia, y en segundo lugar, se trata de examinar la efectividad del control de la Corte Constitucional, y su forma específica es la eventual revisión que ejerce varios meses después, la cual puede dar lugar a una reconsideración total del fallo previo.

Por último, vale la pena recordar los límites del ejercicio de un control constitucional en un contexto de guerra interna. Si bien es cierto que un juez frente a las normas jurídicas que rigen un determinado caso se encuentra en circunstancias que son a un mismo tiempo de libertad y restricción, también lo es que en un contexto de guerra el principio de eficacia militar exige derrotar los obstáculos, aun si estos son de contenido jurídico o son ejercidos por órganos constitucionales. En un caso tal, el guerrero puede percibir al órgano de control como un obstáculo a sortear o derribar, y para lograrlo, simplemente daría órdenes sin formas jurídicas, o efectuaría propuestas de reforma constitucional al órgano de control a través de iniciativas gubernamentales, o bien, extirparía el órgano obstaculizador, lo cerraría mediante las amenazas, etcétera. La guerra y el guerrero no detendrán su camino, eso sí, continuarán efectuando cálculos propios de la racionalidad militar en relación con la solución que ofrezca mejores efectos militares (combatir al enemigo, negociar y obtener legitimidad).

Pero en cualquier caso, tampoco hay una gran relevancia en estos *impasses* del control que obliguen a tomarse estas materias muy en serio. Es más un asunto de legitimidad de ciertos actos, de validación pública, pues la contención por la Corte no es gravosa para el guerrero, se trata más de un problema de incomodidad, pues el contexto jurídico y político han dado lugar en la Colombia de hoy a un margen de acción demasiado alto para el Estado guerrero. Por ello, a una inexequibilidad imprevista, a una tutela ordenada, siempre habrá forma de responder con las estrategias que propicia una legalidad extremadamente maleable por “la emergencia” y una constitución abierta y silenciosa.

4.1 Descripciones

Está claro que la Corte Constitucional no tendría jurisdicción para pronunciarse acerca de la guerra,⁸⁸ sin embargo, los juicios de constitucionalidad y las revisiones de tutela, tanto si están referidos a normas jurídicas como a las conductas de ciertos agentes que pertenecen o no al Estado tienen como marco el entorno bélico que en buena parte define a Colombia. En este sentido el referente material es decisivo para entender la constitucionalidad de las normas jurídicas y de las actuaciones de los agentes del Estado irregular. Cabe preguntarse entonces: ¿De qué manera llega esa realidad material a la Corte Constitucional? ¿Cómo se forma la Corte Constitucional su propia imagen de esa realidad que sirve de marco material a sus juicios de constitucionalidad? ¿Cuál es el contenido de sus descripciones en relación con la guerra y el guerrero?

Conviene efectuar un análisis separado de las sentencias de constitucionalidad y de tutela. Debe recordarse que las sentencias de constitucionalidad presentan un tipo de juicio más abstracto que concreto, pues se trata de comparar dos normas jurídicas y de enjuiciar una

⁸⁸ Recuérdese que, en rigor, una corte interna no juzgaría actos de guerra o no asumiría el conocimiento de conflictos entre “enemigos”, por ello es que esa tarea se asigna a tribunales internacionales. Otra cosa es que a ese “enemigo” se lo defina como criminal interno o como delincuente común. Es decir, otra cosa es que se criminalice la política. Además, a la guerrilla no se le ha reconocido carácter político ni interna ni externamente, y por ello sus actividades son propias de la delincuencia común.

con respecto a la otra; mientras que en las tutelas el juicio es más concreto en la medida en que se pronuncia en relación con hechos de ocurrencia fáctica. Sin embargo, la abstracción a que se alude no debe ser confundida con ausencia de impacto sobre la realidad, pues incluso puede ser mayor. Como se ha dicho, en los procesos de constitucionalidad, el expediente está configurado básicamente por el texto de la norma que se ha de enjuiciar, las intervenciones que diferentes personas incluyen, algunas pruebas, eventualmente opiniones de expertos y las consideraciones de la Corte y su correspondiente fallo, casi siempre acompañado por salvamentos y aclaraciones de voto. En los procesos de tutela el expediente incluye la solicitud de tutela, la respuesta dada a esa solicitud, el material probatorio, y el pronunciamiento de la Corte, integrado por los considerandos, el fallo correspondiente, y el salvamento de voto o la aclaración.

Si se atiende al contenido del expediente, la Corte Constitucional conoce la guerra y el guerrero a través de dos posibilidades, en primer lugar, están los enunciados de lo que podría llamarse partes interesadas en un determinado sentido del fallo, es decir, intervinientes en el proceso de constitucionalidad o de tutela interesados en imprimir un determinado sentido a la decisión. En los procesos de constitucionalidad de las declaratorias de estado de conmoción interior, el interesado es el Gobierno Nacional, igualmente en los decretos que los desarrollan; en la aprobación de tratados y convenios internacionales hay un interés del Congreso, y casi siempre del Gobierno Nacional; en las demandas de inconstitucionalidad el interés principal es el del demandante en contra de un determinado texto jurídico. Además, en todos ellos aparecen como interesados en un determinado sentido del fallo el Procurador General de la Nación, algunos ciudadanos y como dato para subrayar, la intervención de algunos miembros del Gobierno Nacional y de los altos mandos militares.⁸⁹

La presencia de los miembros del Gobierno debe subrayarse porque no se efectúa en un texto único que encabece el Presidente o alguno de sus representantes, sino que se hace de manera dispersa, sumando múltiples textos, dando la apariencia de ser participaciones sino numerosas por lo menos variadas, aunque en una sola dirección, la del respectivo Jefe de Gobierno. Llama la atención también que esos textos sean considerados por la Corte como parte de las intervenciones ciudadanas,⁹⁰ lo cual denota una confusión entre la ciudadanía y el Gobierno Nacional, esto es, entre gobernantes y gobernados, con las graves consecuencias respecto de a quién se controla y en nombre o a favor de quién se controla.

Más relevante sin embargo es la presencia casi constante de la Fuerza Pública, como interesada en buena parte de los procesos de constitucionalidad y como demandada en algunos de los de tutela. Sus miembros presentan pruebas, memoriales, conceptos, sugerencias y solicitudes, de hecho algunos exmilitares, han procedido en ocasiones, ellos mismos, a demandar normas que encuentran desfavorables a los intereses de la institución de la cual hicieron parte, y a la que quedan vinculados a través de diversas formas. También, es frecuente encontrar en el expediente la participación de agencias de seguridad

⁸⁹ Cfr. Decreto 2067 de 1991.

⁹⁰ Cfr. Sentencia de constitucionalidad 328 de 1996.

e inteligencia del Estado, no siempre diferenciadas de la institución militar, tales como el DAS, la SIJIN, la DIJIN, entre otras.

No menos importante es la intervención frecuente de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, a través de la Fiscalía General de la Nación, siempre en favor de las pretensiones del Gobierno Nacional, lo cual obedece a los acuerdos previos que se adoptan en el diseño de la política criminal o en los conocidos “comités de seguridad”.

Salvando contadas excepciones, el interés de los ciudadanos es coincidente en atacar las normas jurídicas expedidas por el Gobierno Nacional, especialmente las que declaran y desarrollan la conmoción interior; igualmente, presentan una defensa vehemente de las normas jurídicas aprobatorias de los tratados y convenios internacionales. Además de los anteriores, en los procesos de constitucionalidad se encuentra la presencia del Procurador que es obligatoria y ocasionalmente la del Defensor del Pueblo que es facultativa.

Estas primeras intervenciones se basan en un interés directo en el asunto a fallar, y se encuentran sesgadas por la actitud del interviniente previa al fallo a la que es proclive quien participa. Es decir, quien interviene expresa de manera abierta su interés en el fallo y para hacerlo se basa en apreciaciones y juicios acerca de la guerra y el guerrero. Este es el primer conjunto de aportaciones con las que cuenta la Corte, para formarse su propio criterio acerca de la materialidad de la guerra y el guerrero que controla.

Es fácil entender que estos juicios se encuentran más o menos polarizados: de un lado están el Gobierno y sus portavoces, también la Fiscalía, los militares, las agencias de seguridad; y del otro, están la mayoría de las intervenciones ciudadanas y las posiciones de la Procuraduría, que son de todos modos oscilatorias. Estos procesos obviamente no cuentan con ningún tipo de participación de los adversarios militares del Estado, cuya palabra se encuentra excluida de los mismos en razón de disposiciones que no los consideran como sujetos procesales.

La segunda forma como la Corte logra una aproximación a la guerra si se atiende al contenido del expediente, es el material probatorio aportado al mismo. En un Estado de derecho las pruebas allegadas a un expediente son decisivas, pues ayudan a formar el juicio más neutral e independiente del fallador. Desde este punto de vista las pruebas superan las simples afirmaciones que se hagan dentro del proceso, e introducen datos acerca de lo que ocurre en la realidad, y por ello permiten formarse una idea de lo que ocurre en materia de la guerra y en relación con el guerrero. Pueden servir entonces para calificar o descalificar una afirmación cualquiera, razón por la cual se entiende que ayudan al juez a configurar la verdad en el proceso. En este sentido, la realidad es lo que se logre probar; aquello que no se pruebe no existe en el proceso. Desde luego, el material probatorio es esencialmente manipulable, especialmente en contextos de guerra, sin importar si son testimonios o pruebas técnicas.

Casi todos los sujetos procesales que se encuentran del lado del Gobierno Nacional en los procesos de constitucionalidad remiten todo su saber y conocimiento sobre la materia a una

misma fuente probatoria compuesta por las afirmaciones, investigaciones y documentos confeccionados por parte de los organismos de seguridad del Estado, la Fiscalía y las Fuerzas Armadas. Es decir, los adversarios directos de carácter militar de la subversión y de los demás enemigos declarados por el Estado. Las pruebas son entonces, pruebas de enemigo, lo cual sería suficiente para que en cualquier otro tipo de proceso, fueran tachadas por ser tales, y por lo mismo improcedentes para formar el juicio del Tribunal.

Pero además, el material probatorio más sólido en el que se basarían las pruebas que se allegan a la Corte, constituye secreto de Estado en el sentido de que alude a la seguridad nacional y presenta por ello algunas restricciones para la Corte Constitucional y todas las restricciones posibles para las partes en el proceso, especialmente para los ciudadanos. Ello no obsta para que a los expedientes sean presentados algunos documentos contentivos de cifras o cosas parecidas. Pero la posibilidad de ratificarlos, verificarlos y contradecirlos es inexistente⁹¹. Es decir, sobre ese material recae una presunción de verdad por referencia al autor, para este caso a la autoridad del Estado, y con ello, su secreto –como todos los secretos en las democracias- se aproxima a los estados autoritarios, o simplemente irregulares. La Corte no podría cumplir una labor suficientemente constatativa al respecto, por lo que prima una versión autoritaria respecto del acceso al conocimiento que permita explicar qué es la guerra en Colombia pues las posibilidades fácticas de explicación han

⁹¹ La tabla de los Anexos No. 10 “Contrastación Probatoria” permite verificar las sentencias en las que participan las Fuerzas Armadas y los organismos de inteligencia y seguridad en la configuración de la verdad procesal. Casi todas ellas sin contraprueba posible. A manera de ejemplo, obsérvese los siguientes apartes: “El Ministro de Defensa Nacional y el Secretario General de la Presidencia de la República, dieron respuesta dentro del término legal al requerimiento que les hizo el Magistrado Sustanciador, en relación con la situación que rodeó la expedición del decreto (...)

“Un análisis acerca de la situación subversiva por departamentos, en el cual se describen esquemáticamente el accionar y, en especial, los propósitos conocidos de los principales grupos criminales y terroristas que operan en el territorio nacional (...)

“Un análisis acerca del mal denominado Paro Armado, específicamente de la participación que en su realización tuvo el “ELN”, así como de los propósitos (...)

“... buscan establecer un control especial sobre los habitantes del área en cuestión y facilitar así la localización de quienes participan en la realización de hechos violentos; incrementar, en consecuencia, la efectividad de las operaciones de la fuerza pública; y, especialmente, proteger a la población civil, frecuentemente víctima de una lucha de la cual no forma parte.

“En el primero de dichos documentos, con base en un análisis de determinados criterios (actividad delincencial general, condiciones sociales, limitaciones para las operaciones militares, existencia de recursos naturales o de elementos de infraestructura vial o de servicios, acción de la subversión, etcétera), se determinaron las zonas del territorio nacional que requieren de un manejo especial para lograr conjurar la crítica situación de orden público imperante. Y en el segundo, partiendo del análisis de los distintos hechos de violencia que se han registrado, se enuncian los propósitos que persiguen los diversos grupos delincuenciales que operan en el país.” Cfr. Sentencia de constitucionalidad 295 de 1996.

La dificultad de la contraprueba en las acciones militares atribuibles al Estado es palmaria en el caso de un hombre cuya propiedad al parecer fue ocupada por el Ejército y sembrada por miembros de la institución con “minas quiebrapatas” que contaba con letreros de advertencia al respecto. Concluye la Corte: “No se consideran violados los derechos a la vida y a la integridad personal del demandante y sus allegados, ya que no fue probada la existencia de minas “quiebrapatas” o de otros elementos de esa índole...”. La prueba central para la Corte es al parecer esta: “De otra parte, cabe precisar que en cuanto a la siembra de minas, según informó el oficial Mayor Nestor Robinson Muñoz, mediante oficio No. 1805 BRIG16 C-02-CDO-AA56-749, señaló que “... no existen campos minados, lo que existe en los predios de propiedad de la compañía AMOCO son dispositivos de alerta temprana, los cuales consisten en señales sonoras y luminosas que iluminan el sector al accionarse permitiendo a los integrantes de la fuerza pública ubicar en forma rápida y eficaz al intruso, igualmente se encuentran debidamente demarcadas con avisos de ‘peligro campo minado.’” (folio 52). Cfr. Sentencia de tutela 651 de 1996.

El desequilibrio probatorio es ocasionalmente percibido por algunos magistrados. Al efecto véase: “Pero en modo alguno aparece acreditado ni en el Decreto ni en las pruebas que eso, asumido por el Ejecutivo como incontrovertible, haya sido así. Y la Corte Constitucional lo acepta sin reparos, pese al inmediato antecedente jurisprudencial”. Salvamento de voto a la sentencia de constitucionalidad 027 de 1996.

sido lenta pero seguramente confiscadas por el Estado, especialmente por el Gobierno, y más concretamente por los organismos de seguridad. Es una guerra hasta cierto punto generalizada en los efectos que ocasiona en la sociedad, pero monopolizada y por ello secreta en algunas de las instituciones del Estado.

En las pocas ocasiones en las cuales la Corte se ha sentido impelida a ordenar pruebas relativas a la guerra se las ha pedido a los mismos organismos que libran la guerra directa contra el enemigo declarado⁹², o ha pedido el concepto de científicos y expertos sobre la materia⁹³. En estos casos los resultados son abiertamente contradictorios, los expertos han presentado datos e interpretaciones notoriamente distintos a los de las mismas agencias del Estado.

En contraste con lo anterior, puede tomarse a manera de ejemplo, el estudio sobre la constitucionalidad de la declaratoria de la emergencia económica efectuada en sentencia de constitucionalidad 122 de 1997. En este proceso es palpable el espíritu abierto en el debate probatorio y en las participaciones numerosas de expertos en la materia. Este proceso mereció audiencia pública convocada por la Corte Constitucional y es verificable que el monopolio de la verdad sobre los asuntos económicos no se encuentra en las instituciones estatales encargadas de la materia. Claro, con eso no se está insinuando que su conocimiento sea democrático, pero por lo menos no es secreto de Estado ni se encuentra su verdad confiscada y su acceso penalizado.⁹⁴

Aunque en materia de guerra la Corte no ha mostrado un ánimo significativo por nutrir los procesos de un acerbo probatorio no sesgado, el problema estriba en que aun si se lo propusiera difícilmente lo lograría, esto porque la guerra es *imposible* de conocer mediante la racionalidad procesal clásica⁹⁵. Recuérdese que la guerra es antes que cualquier cosa acto

⁹² Anexo 10 Contrastación Probatoria.

⁹³ Las participaciones más representativas de los expertos en materia de la guerra fueron logradas a solicitud de la Corte en las sentencias de constitucionalidad 031 de 1992 y 225 de 1995. En materia de desplazamiento forzado, por ejemplo, la Corte Constitucional pudo efectuar un acercamiento científico en los siguientes términos: “En el caso colombiano, además, la aplicación de esas reglas por las partes en conflicto se revela particularmente imperiosa e importante, puesto que el conflicto armado que vive el país ha afectado de manera grave a la población civil, como lo demuestran, por ejemplo, los alarmantes datos sobre desplazamiento forzado de personas incorporados a este expediente. En efecto, la Corte no puede ignorar que, según las estadísticas aportadas por el Episcopado Colombiano, más de medio millón de colombianos han sido desplazadas de sus hogares por razones de violencia y que, según esta investigación, la principal causa del desplazamiento tiene que ver con las violaciones al derecho internacional humanitario asociadas al conflicto armado interno”. Sentencia de constitucionalidad 225 de 1995.

⁹⁴ La ofuscación de un magistrado vencido por algún intento aislado de dotar el proceso de criterios fundamentados académicamente en lo atinente a la guerra puede ilustrarnos: “Estimo que muchos de los hechos y situaciones que tanto debate han suscitado durante los últimos años en Colombia no ofrecen todavía una suficiente claridad como para hacer afirmaciones generales o para lanzar juicios que serían más propios de otros organismos del Estado, como la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y los jueces penales, dentro de sus respectivas competencias, o de quienes, desde el punto de vista académico, se dedican al estudio de las causas y factores de la violencia en el país, pero que, pienso, no corresponden a la Corte Constitucional, cuya función debe limitarse, en materia de acciones de tutela, a la revisión de las sentencias judiciales desde el punto de vista estrictamente constitucional y con razonamientos de índole jurídica”. Sentencia de tutela 525 de 1992.

⁹⁵ Algunos magistrados disidentes lo expresan así: “En verdad, esta corporación no esta habilitada, como por regla general no lo esta ningún juez dentro de los estados democráticos y de derecho, para aplicar, en juicios de carácter abstracto,

inmediato inaccesible por su propia naturaleza a la mirada del juez, en razón de su propia violencia que expulsa las miradas o esconde sus condiciones de ocurrencia. La guerra permanece muy oculta a la mirada que no sea la de los propios guerreros o las de sus víctimas directas, quienes por definición fabrican sus propias verdades a propósito de ella, que son verdades estratégicas en el caso de los combatientes y alcanzan su formalización en las opiniones y pruebas consignadas en los expedientes. Dicho en lenguaje jurídico: el principio de la inmediación del juez en el lugar de los acontecimientos de una guerra irregular es *casi* imposible.⁹⁶ Siempre el juez recibe una verdad tardía, ya elaborada y no los hechos en bruto para su conocimiento e interpretación: se trata de la verdad de los medios masivos de comunicación –que influye seriamente el criterio judicial- emparentada con la verdad de los organismos del Estado, y su propia fracción de verdad formada en el fragor específico de un acontecimiento de la guerra que tal vez le impresionó personalmente. Pero no *la guerra*.

Si el juez recibe siempre una verdad procesada en el caso de la guerra irregular, conviene indagarse por la factibilidad con que cuenta para escuchar las otras partes involucradas en la misma. La respuesta es simple: ninguna. La palabra de los adversarios del Gobierno involucrados en una guerra⁹⁷ hace mucho tiempo se encuentra impedida si se trata de hacerla aparecer en el escenario judicial, por lo menos con la intención previa de conferirle alguna relevancia neutral. Este es un problema que recae sobre la Corte, pero que en rigor no se genera en ella pues los impedimentos para escuchar a los actores de la guerra no institucionales, proceden de diferentes normas jurídicas que así lo declaran y, desde luego, de la naturaleza misma de un control atado a las condiciones de interés del controlado. Así por ejemplo, en otros niveles del debate jurisdiccional inclusive el “juicio político” se ha tornado en pieza arqueológica: el rebelde ha desaparecido con el cierre histórico de los juicios políticos, y no a la inversa.

Esta dificultad fáctica de conocer qué es la guerra, adicionada a una cierta actitud de los magistrados por simplificar el conflicto armado, y de esta manera aprehenderlo a fin de sortear los asuntos propios de su labor, ha dado lugar a que se la asuma –sin declaratoria

conocimientos propios de las técnicas de la estrategia militar, ni de las tácticas de guerra, de la inteligencia o contrainteligencia policiva o militar ni delincuencia, como sí corresponde al jefe del poder ejecutivo, en los tiempos que corren de masificación de la criminalidad organizada y de la constitución de carteles, de asociaciones de terroristas y de bandas armadas de delinquentes.

“Obviamente esperamos que la calificación de las circunstancias materiales que puedan generar una guerra exterior, o una grave calamidad pública, no sean igualmente sometidas en el futuro a un juicio abstracto y preventivo de constitucionalidad, sin la suficiente ponderación de los expertos en campos como el de la seguridad o en problemas de la guerra, ajenos a la función de esta Corte.” Salvamento de voto a la sentencia de constitucionalidad 300 de 1994.

⁹⁶ Es por lo menos dudoso que la persona que presencie directamente actos de guerra pueda oficiar posteriormente como juez sobre el asunto específico, pues su neutralidad, autonomía e independencia se verían seriamente afectadas. Frente a los actos de guerra, la pertenencia al respectivo orden político en juego no transforma la mera presencia en inmediación.

⁹⁷ Y que no se piense que es solo la guerrilla, pues debe recordarse que no es el único adversario que se encuentra involucrado en la guerra irregular que ha dado lugar al Estado en Colombia. Son también los paramilitares que, claro, no son adversarios del Estado aunque sí adversos al tipo de orden que se podría denominar como Estado de derecho; además, lo son las numerosas bandas que controlan las grandes ciudades cuadra por cuadra, las organizaciones de ciudadanos armados, etcétera.

formal alguna- paradójicamente como un hecho notorio⁹⁸, es decir, algo que es tan evidente que no necesita prueba alguna puesto que es de conocimiento público e irrefutable. “¿Para qué entrar en profundidades sobre algo que todos conocemos?” diría la Corte, y a continuación procede a desarrollar importantes deducciones decisivas para el fallo, como puede constatar en las citas. Como se trata de algo tan preclaro el conocimiento de la Corte se basa en el sentido común, y por ello sus juicios expresan posturas pasionales, primarias y superficiales a tal punto que las pruebas y datos duros son sustituidos por regresiones psicológicas colectivas o por la verdad de la descripción jurídica respecto de la realidad de la guerra⁹⁹.

Podría decirse que para la Corte Constitucional en cierto sentido cognitivo la guerra es un “caso fácil”, en cuanto caso respecto del cual no queda duda alguna sobre cuáles son sus presupuestos de hecho y sus adscripciones normativas¹⁰⁰. Como caso fácil la guerra está

⁹⁸ Se destacan en negrilla y a manera de ejemplo algunas expresiones de la Corte Constitucional: “Si se examina el Decreto 1793 de 1992, hallado exequible por esta Corporación (Sentencia No. C-31 del ocho (8) de febrero de 1993) y los **antecedentes públicamente conocidos** que precedieron a su expedición, se encuentra sin dificultad que el elemento esencial dentro de la etiología de la grave crisis de orden público que afronta la Nación y que no puede ser conjurada por las autoridades mediante el solo uso de las atribuciones ordinarias de policía, ha sido precisamente el incremento de las actividades criminales, llevadas a cabo por el terrorismo guerrillero y narcotraficante, planificadas y coordinadas con deliberación y sevicia para desestabilizar las instituciones, amedrentar a la población y causar cuanto daño sea posible a las personas y a los bienes públicos y privados.” Sentencia de constitucionalidad 072 de 1993; “De otra parte, la necesidad de prolongar el estado de conmoción interior por el indicado lapso ha sido justificada debidamente por el Gobierno y se deriva de **hechos de notorio y público conocimiento**.” Sentencia de constitucionalidad 154 de 1993; “De otra parte, es **hecho público y notorio** que los guerrilleros cometen, alegando fines políticos, delitos comunes como el asesinato, o el homicidio fuera de combate, el secuestro, el robo, la destrucción de puentes, oleoductos, torres de energía, etc. Así lo han admitido públicamente...”. Sentencia de constitucionalidad 561 de 1993; “Pues bien: es un **hecho notorio y público** que las diversas organizaciones criminales disponen de cuantiosos recursos económicos originados en diversos delitos: narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión, hurto y los demás delitos contra la propiedad. Estos recursos económicos les permiten disponer de armamentos iguales o superiores a los que posee la Fuerza Pública. Tienen a su servicio redes urbanas suficientes para conseguir municiones de boca de la mejor calidad y en cantidades suficientes, lo mismo que los elementos necesarios para sus diversas acciones criminales, como el procesamiento de la hoja de coca, los equipos de comunicaciones, etc.” Sentencia de constitucionalidad 344 de 1996; “Por lo tanto, no se requiere que el derecho fundamental se encuentre evidentemente violado o que su amenaza sea algo absurdamente contundente para que se proceda a la protección por vía de tutela. En el presente caso, y tal como lo señala la misma Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la capacidad criminal del frente guerrillero, como parte de una organización criminal de mayor envergadura, **se ha hecho más que evidente** ante los hechos que diariamente cobran innumerables vidas de ciudadanos de nuestro país, quienes ante la imposibilidad de obtener una protección plena de cuando menos su derecho fundamental a la vida, deben optar por abandonar sus hogares, sus familias, o más grave aún, permitir que su vida sea puesta en peligro por quienes actúan al margen de la ley”. Sentencia de tutela 282 de 1998.

⁹⁹ “Estas medidas en realidad pueden resultar benéficas pues nadie puede olvidar los graves ilícitos que se están cometiendo por parte de las organizaciones de narcotraficantes y guerrilleros quienes mediante la ejecución de múltiples actos de terrorismo están empeñados en destruir y desestabilizar las instituciones y atemorizar a la población civil, además de atentar contra sus vidas y bienes, todo lo cual lleva a alterar el orden público y a crear un estado de zozobra, intranquilidad y malestar ciudadano”. Sentencia de constitucionalidad 052 de 1993.

¹⁰⁰ Con algunas excepciones notables la idea de la Corte Constitucional acerca de las causas de la guerra en Colombia se centra en la explicación de la codicia, particularmente en lo que atañe a los grupos guerrilleros. De acuerdo con esta, en la lucha armada no hay una intención subversiva, ni un trasfondo político, ni la idea de derrocar el poder, todo se contrae a las prácticas depredatorias y de enriquecimiento personal. Ello conduce a una indiferenciación entre movimientos subversivos y delincuencia común y da lugar a un tratamiento similar. Cfr. Sentencia de tutela 556 de 1992. Pero la tesis de la codicia ha sido examinada y desechada. Cfr. Álvaro Camacho Guizado. “Credo, necesidad y codicia: los alimentos de la guerra”. Análisis Político No. 46. Bogotá, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional, Mayo-Agosto de 2002.

simplificada en algunas frases, sintetizada en unas cuantas expresiones que sirven de moneda en los intercambios jurisdiccionales.

En contraste, es creciente el interés académico y científico por comprender una guerra cada vez más compleja. Estudiosos e investigadores incrementan su interés y progresan en sus logros respecto de cosas como el tipo de guerra que hay en Colombia, su dinámica, sus componentes, la naturaleza de las acciones, las tácticas y las características que pueden ser asignadas a los guerreros. Para la Corte, por el contrario, la guerra es algo simple, salvando algunas voces que en ciertos casos, casi todos ellos referidos a las causales para declarar el estado de conmoción interna, piden que el juicio constitucional se encuentre mejor fundamentado.

Como caso fácil, las posturas de la Corte Constitucional se tornan rápidamente en pronunciamientos rutinarios que despachan el asunto en unos cuantos párrafos o a veces en ninguno, pues de algún extraño modo el tema es tan consabido que no requiere descripción sino que basta una mera referencia o incluso un designador¹⁰¹. Esta rutina, a pesar de su repetición o quizá por ella misma confirma una parálisis en los acercamientos de tipo descriptivo en relación con la guerra, y con ello se llega a la ausencia de un juicio que se

Una expresión de lo conocida que es la guerra para la Corte puede constatarse en la credibilidad de nuevo asignada a los organismos de seguridad a propósito de la infiltración de la guerrilla de las FARC en las marchas campesinas del Caquetá. Véase Sentencia de unificación de tutela 257 de 1997. Para la Corte, parece tan evidente que la marcha está infiltrada que no necesita mayores pruebas o análisis, simplemente ello se subsume en la dinámica general de la guerra.

La creencia cuasireligiosa en los dogmas del Estado de derecho también impiden entender la existencia de órdenes sociales, políticos y militares distintos a los del Estado o las instituciones constitucionales. En algunos casos la Corte no parece admitir y mucho menos entender que otros órdenes sean posibles, ya estén contrapuestos, paralelos o yuxtapuestos a los de la institucionalidad, como ha podido verificarse en el capítulo 1 de este trabajo. Se indaga la Corte: “¿Por qué el mantenimiento de la paz es necesario para la protección de las personas en los derechos a que se refiere el inciso segundo del artículo 2o? Sencillamente, porque sólo en un ambiente de paz, en una sociedad donde el Estado sea el único depositario de la fuerza, y ésta esté al servicio del derecho, es posible el disfrute de los derechos por todos. Por el contrario, cuando impera la ley del más fuerte, la suerte de los derechos individuales depende de la capacidad de su titular para hacerlos valer mediante el empleo de la fuerza”. Sentencia de constitucionalidad 561 de 1993. La disyuntiva es Estado o estado de naturaleza hobbesiano, pero en Colombia hay múltiples órdenes colectivos sin presencia estatal, quizá no del todo deslegitimados por la población y tampoco apocalípticos.

¹⁰¹ Sobre la rutinización del control por parte de la Corte y sus efectos adversos, se tratará más adelante, por lo pronto un fallo acerca de la diferencia entre la guerra y la paz, puede mostrar la superficialidad con la que se aborda un asunto de tal magnitud: “Se entiende la paz como lo contrario de la guerra. Esta realidad concreta de la sociedad, puede presentarse con un carácter externo, cuando dos o más Estados enfrentan en ella (art. 212 C.N.), y con un carácter interno, cuando se desarrolla en el marco territorial de un Estado, como es el caso de la llamada "guerra civil". También se presenta el fenómeno de la guerra, a nivel interno, de manera más localizada, cuando sin alcanzar la generalidad de la guerra civil, genera un estado de "no paz", en el decir de la Honorable Corte Suprema de Justicia, por la acción de fuerzas desestabilizadoras en sectores de la sociedad y del Estado.” Sentencia de constitucionalidad 083 de 1993. O también: “En el Estado constitucional democrático existe, entonces, una separación cualitativa y axiológica entre la normalidad y la anormalidad, que consiste simple y llanamente en que lo primero es un beneficio y lo segundo un mal necesario. El Estado de Excepción es un mal necesario para épocas calamitosas”. Sentencia de constitucionalidad 556 de 1992.

forme en progresión respecto de la misma, así, la guerra es la misma siempre en los diez años que se han examinado, no varía, no presenta matices, nuevos motivos, nuevos actores, influjos internos o externos, nada. La guerra está congelada por la simplificación de las verdades sedimentadas; la guerra es un expediente.

La rutinización de los pronunciamientos puede adquirir la forma de la seguridad jurídica cuando se trata de las motivaciones o consideraciones de la propia Corte, pues ya se sabe qué exactamente habrá de opinar sobre una determinada materia. Sin embargo, cuando el tema a fallar tiene que ver con los límites del Estado guerrero, el asunto puede adquirir visos nada garantistas no obstante estar basados en la seguridad jurídica anclada en la rutina. Con la cotidianización de las declaratorias de conmoción interior y en términos más generales, las solicitudes para que sean aceptadas como constitucionales medidas autoritarias, el control de la Corte cambia su centro de interés de la noción de límite a la de certeza acerca del pronunciamiento. Es necesario que la Corte se torne predecible, y por ello el control se desplaza del controlado al controlador. Algunos rastros de ello pueden verificarse en los apartes de fallos que el propio Gobierno transcribe en sus considerandos como apoyo a las nuevas solicitudes, de esta manera se cita a la Corte frente a ella misma para que se asegure el aval; el alto tribunal lleva a efecto la misma práctica cuando se cita a sí mismo acudiendo a un precedente o un aparte de las sentencias para esquivar un nuevo pronunciamiento.¹⁰²

Pero, las lecturas que la Corte efectúa acerca de la guerra y el Estado guerrero son al tiempo simplificaciones propias del sentido común y estudios de caso, o sea, ella mantiene una noción sintética pero general de la guerra que se diluye en el “caso por caso” de los juicios constitucionales. De esta manera, al tiempo que elude los análisis globales sobre el conflicto armado, ofrece cápsulas interpretativas sin asidero cierto para cada caso, relativas a la guerra lo cual le permite una gran movilidad discursiva de un interesante valor estratégico con la cual mantenerse dentro del juego de las acepciones jurídicas.¹⁰³

¹⁰² Al efecto pueden revisarse las sentencias de constitucionalidad 266, 415, 427 y 464 de 1993; 466 de 1995; 027, 045 y 344 de 1996. En ellas, el Gobierno, ya sea en los considerandos para sustentar los decretos o en sus propias voces de apoyo, cita a la Corte como autoridad para tomar decisiones en relación con la guerra. Por su parte, la Corte en esos mismos fallos retoma apartes del Gobierno para sustentar sus decisiones. También el Procurador: "Es evidente que las medidas que se prorrogan no riñen con preceptiva constitucional alguna, puesto que su conformidad con el Ordenamiento Superior fue verificada por esa H Corporación, en sentencias Nos. C-033, C-034, C-035, C-052, C-059, C-059, C-060, C-066, C-068, C-069, C-072, C-073, C-076, C-077, C-082, C-083, C-098, C-153, C-155, C-169, C-197, C-206, C-214, C-261, C-266, C-267 y C-271". C-464/93".

¹⁰³ Este salto entre las percepciones y juicios generales y abstractos acerca de la guerra y las consideraciones y fallos en relación con asuntos concretos, ha sido impugnado por algunos magistrados disidentes como una contradicción que permite gozar de las ventajas de los juicios con base en principios que logran fáciles adeptos en los públicos que merodean a la Corte, mientras que aterrizan una justicia opuesta en el caso material. Distancia entre ciertos juicios garantistas en casos de control constitucional respecto de los juicios de tutela en asuntos específicos. Cfr. Salvamento de voto a la sentencia de constitucionalidad 572 de 1997: "En verdad resulta, al menos, contradictorio que se promueva el monopolio de la fuerza por parte del Estado en discursos abstractos y generales, pero a la hora de aplicarlos a casos concretos se produzca un inexplicable cambio de doctrina, sin aportar una sola razón para sustentarlo".

Así, la Corte puede mantener el lenguaje del constitucionalismo como marco conceptual e ideológico para acercarse al fenómeno que le corresponde analizar, pues no requiere incluir términos, expresiones y reflexiones propios de perspectivas que le permitan describir la guerra, sino que su tarea se extingue en el uso del lenguaje paralelo y lejano –cuando no inverso– en relación con la realidad que necesariamente se ve abocada a examinar. En último término, describe la guerra con instrumentos cognitivos propios de las situaciones de paz.¹⁰⁴

A pesar de que la Corte no renuncia a presentar nociones o delimitaciones conceptuales sobre materias relacionadas con el conflicto armado, los conceptos son reducidos, ampliados o usados de manera inconsistente según las variaciones de las sentencias. Los frecuentes rastreos adelantados por los estudiosos del derecho para hallar una cierta línea jurisprudencial o doctrinaria respecto de conceptos centrales a la política no tendrían mucha suerte: no es posible adquirir una idea clara acerca de lo que es la guerra, el terrorismo, el conflicto armado, el orden público, la paz, la normalidad, entre otros.¹⁰⁵ No obstante lo

¹⁰⁴ Estas posturas se coronan con la inclinación de la Corte hacia una tesis que afirma la incompatibilidad de principio entre guerra y constitucionalismo, y entre conflictividad intensa y constitucionalismo. Angarita fue uno de los magistrados que intentó defender una postura incluyente, pero fue derrotado: “Además desde un punto de vista jurídico, y la Corte no puede tener otro diferente, la violación de las normas por parte de los ciudadanos o de los funcionarios públicos, en lugar de invalidar su existencia, la justifican; las desviaciones a los mandatos normativos representan una razón para la justificación de la norma, no un criterio para abandonarla. Sólo en casos extremos, como el de la ineficacia total, o el de la imposibilidad total de desviación, las normas jurídicas no tienen sentido; en los demás casos, la ineficacia parcial debe ser considerada como un elemento en favor del fortalecimiento de la norma. Por eso, jurídicamente es tan absurdo decir que la violencia armada es incompatible con el régimen constitucional, como decir que el homicidio es incompatible con el derecho penal. (...) Pero semejante interpretación parece tan descabellada y sus consecuencias parecen tan contradictorias con la función misma de la Corte Constitucional, que no queda otra solución que interpretar de manera diferente aquello que se deduce del sentido más espontáneo y directo de los enunciados de la sentencia. La supuesta incompatibilidad de la cual se habla, debe interpretarse no en un sentido asertivo, tal como se encuentra expresado, sino en un sentido condicional: así las cosas, lo que querría decir la sentencia es que los conflictos armados que vive el país son de tal gravedad que de continuar, terminaría destruyendo el régimen constitucional. Sólo de esta manera tendría sentido seguir pensando en términos constitucionales y, por lo tanto tendría sentido este salvamento de voto.” Salvamento de voto a la sentencia de constitucionalidad 031 de 1992.

En lugar de las tensiones propias de la soberanía nacional en disputa en el contexto de la guerra colombiana, la Corte prefiere pronunciarse sobre sus tensiones externas: “[La soberanía] no puede ser entendida hoy bajo los estrictos y precisos límites concebidos por la teoría constitucional clásica. La interconexión económica y cultural, el surgimiento de problemas nacionales cuya solución sólo es posible en el ámbito planetario y la consolidación de una axiología internacional, han puesto en evidencia la imposibilidad de hacer practicable la idea decimonónica de soberanía nacional. En su lugar, ha sido necesario adoptar una concepción más flexible y más adecuada a los tiempos que corren, que proteja el núcleo de libertad estatal propio de la autodeterminación, sin que ello implique un desconocimiento de reglas y de principios de aceptación universal. Sólo de esta manera puede lograrse el respeto de una moral internacional mínima que mejore la convivencia y el entendimiento y que garantice el futuro inexorablemente común e interdependiente de la humanidad.” Sentencia de constitucionalidad 574 de 1992 y 187 de 1996.

¹⁰⁵ Sobre las inconsistencias acerca del concepto “guerra” en relación con su significado, su reconocimiento y su materialidad, puede compararse: “Entonces, no todo conflicto armado constituye **guerra**, como erróneamente lo entendió el Alcalde de Pensilvania.”. Sentencia de tutela 303 de 1997, y “En el presente caso, la ocupación del terreno por parte de las Fuerzas Militares se produce en cumplimiento de sus deberes constitucionales, sin estar bajo el régimen del estado de conmoción interior, ya que el concepto de estado de guerra a que hace alusión el artículo 59 constitucional

anterior, y con la dificultad expresada por la Corte para definir estos términos, sí es perceptible una tendencia a resolver esa tal dificultad en favor del poder de la autoridad y no de los derechos de los gobernados, esto significa que inclusive la dificultad que se encuentra en precisarlos tiene que ver no con el sentido de definirlos como un límite a la actuación del Estado sino como una licencia para sus acciones.¹⁰⁶

El caso concreto de la relación entre normalidad y anormalidad puede resultar ilustrativo si se atiende a la dificultad de la Corte para efectuar un discernimiento al respecto. Un rastreo sobre la materia no podría agregar nada distinto a que la normalidad es lo bueno, lo jurídico, la convivencia, el orden, etcétera, y lo anormal, simplemente –¿o por descarte?– lo contrario. Pero llama la atención que de manera recurrente, en cada uno de los pronunciamientos en que se acepta el levantamiento del estado de conmoción interior, los magistrados expresen su satisfacción por el “retorno a la normalidad jurídica”, cuando muchos de ellos han formulado su pesar por la incorporación sistemática de la legislación extraordinaria en la ordinaria. Saben que la legislación de la normalidad es una legislación de guerra pero celebran el retorno a ella.¹⁰⁷

De esta manera la corporación judicial hace permanecer la enorme brecha entre realidad e idealidad que caracteriza un constitucionalismo que se desarrolla en contextos de guerra, y refuerza la distancia que puede existir entre la descripción de un fenómeno y su prescripción como presupuesto para la comprensión del entorno en el que se mueve su objeto de control: el Estado guerrero.¹⁰⁸ La Corte no establece puentes entre las cosas que

es aquel que se refiere a un estado o a una situación de conflicto. En este sentido, puede haber conflicto que no genere conmoción para guerra pero puede haber guerra como concepto de conflicto”. Sentencia de tutela 301 de 1994.

¹⁰⁶ La construcción del concepto “núcleo esencial” es un caso pertinente. Después de una extensa reflexión acerca de la dificultad mentada, y de acudir a los principios, la decisión es que los derechos fundamentales de rango constitucional pueden ser afectados hasta su núcleo esencial, cuyo cálculo microscópico está en manos del Ejecutivo, claro, con medidas reparatorias (?) por parte de los jueces. Cfr. Sentencia de constitucionalidad 179 de 1994.

¹⁰⁷ Dicen, para citar un caso: “Como para nosotros dichas causas nunca se presentaron, su desaparecimiento es un imposible (...) los suscritos saludamos desde luego el levantamiento del estado de excepción constitucional y el retorno a la normalidad jurídica del país. Sentencia de constitucionalidad 579 de 1992. Como una confirmación de la perspectiva simplificadora y polarizada, la Corte ocasionalmente recurre a la metáfora naturalista de lo enfermo y lo sano para referirse al orden público: “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 le 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 el campo social e institucional, si cabe en este momento aún mayor que en el pasado por su mayor envergadura y capacidad de daño.” Sentencia de constitucionalidad 031 de 1992.

¹⁰⁸ La Corte difícilmente puede resolver conceptualmente las paradojas de un Estado en guerra irregular cuyos elementos están en una crisis que por sí misma dificulta hablar de una jurisdicción. El ser del Estado se combina con el deber ser y con el querer ser. “El Estado moderno es aquella institución que aspira a lograr el monopolio eficaz y legítimo de la coacción en un determinado territorio: con ello se busca evitar los peligros que, para la convivencia social, implica la multiplicación de poderes armados privados. El Estado moderno pretende ser así la negación de la hipótesis hobbesiana de la existencia de una guerra de todos contra todos...”

“... ciertos rasgos fundamentales del derecho. En efecto, las normas jurídicas que integran un Estado de derecho se caracterizan no sólo por el hecho de que ellas pueden ser impuestas por la fuerza sino, además, porque regulan el uso de la fuerza.” Sentencia de constitucionalidad 038 de 1995.

ocurren y las que el derecho tiene en mente; bien porque no es claro lo que ese derecho pretende, bien porque la realidad es avasallante, bien porque controlador y controlado no pueden más que hacer causa común.

Cosa parecida ocurre con la noción de orden, pues la Corte Constitucional no sólo la aborda a partir de su antípoda conceptual de desorden o anomia, sino que dificulta su comprensión al ligarla de manera indiscernible con el Derecho mismo. De acuerdo con la Corte Constitucional el derecho es la fuente del orden social, o por lo menos del orden que desde el Estado de derecho es aceptable, de tal manera que no hay orden sin derecho. Antes del Estado, antes del Derecho, sin Estado, no queda más alternativa que la anomia. En este sentido, la sociedad no presenta un orden diferente al del Estado, éste último la subsume en su totalidad, y sin él, no queda otra alternativa que la catástrofe.¹⁰⁹ A la Corte le resulta difícil no imaginar el fin de la sociedad en la ausencia del Estado de Derecho. Pero en esta condición vive.

De otro lado, las motivaciones ofrecidas por el Gobierno Nacional para sustentar las medidas de excepción o en general para tomar medidas de corte autoritario, merecen a juicio de la Corte una gran credibilidad, pues sólo en contadas ocasiones son sometidas por la entidad que ejerce el control a verificación probatoria alguna. En este punto la Corte se comporta como si las afirmaciones del Gobierno merecieran una presunción de veracidad, y

“En el estado social de derecho sólo el Estado tiene el monopolio de la fuerza (CP arts 1, 216, 217 y 223) y sólo el Estado puede tenerlo a través de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, cuyo ejercicio, bajo la suprema dirección del Presidente de la República (CP art. 189-3 y 6), se ordena a los estrictos fines de defender la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional, el orden constitucional, el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz (CP arts 217 y 218). La paz como derecho (CP art 22) y la democracia como sistema (CP art. 1°), no pueden subsistir si los particulares, individual o colectivamente, diluyen el monopolio legítimo de la fuerza en cabeza del Estado.”

“La construcción histórica del Estado Colombiano y de la democracia, en la hora presente, exige que el monopolio legítimo de la fuerza solo descansa en su cabeza. A este resultado puede legítimamente llegarse mediante el uso de la fuerza, la rendición de las fuerzas antagónicas al Estado o la negociación, extremos que debe apreciar el Presidente como responsable del orden público. Con todo, mientras aquéllo no sea así, faltará una condición estructural del régimen democrático y de la vigencia efectiva del Estado, y deben sus autoridades comprometerse activamente a su restablecimiento.” Sentencia de constitucionalidad 031 de 1992.

¹⁰⁹ Ha dicho la Corte: “Quizás lo más sensato, para trazar un límite que resulta ineludible, es construir la noción a partir de otra, no exenta de dificultades pero menos problemática, como lo es la de eficacia del derecho. El derecho es eficaz, desde esta perspectiva, cuando consigue moldear la conducta de los destinatarios conforme al propósito que lo informa. Cuando tal ocurre, no hay duda de que al estado de cosas resultante podemos llamarlo orden, no importa cuán plausible o censurable se nos antoje. (...) Así entendida esa noción, se confunde con la de paz. No es casual que el gran teórico del formalismo jurídico y demolidor crítico del jusnaturalismo, Hans Kelsen, no obstante su afán de entender e interpretar el derecho al margen de valores, lo defina como un ordenamiento de paz, situación que adviene cuando quienes detentan el monopolio de la fuerza dentro de la comunidad, logran el propósito de ser obedecidos lo que -en un lenguaje impersonal- equivale a esto: cuando el derecho se cumple. Por que entonces se sabe con certeza quién, cuándo, bajo qué circunstancias y en qué medida puede usar legítimamente de la fuerza. (...) Cuando ocurre lo contrario a lo que se ha descrito, la que se presenta es una situación de anomia, por carencia de una normatividad capaz de uniformar la conducta de los sujetos destinatarios, en la medida necesaria para que sea posible la convivencia.” Sentencia de constitucionalidad 179 de 1994. También ha dicho, que el orden público es un derecho, lo que constituye, sin duda un grave error conceptual. Cfr. Sentencia de constitucionalidad 045 de 1996.

su constatación depende de las propias entidades interesadas en un tipo de interpretación coincidente en lo que toca con la guerra.¹¹⁰

La manera de referirse a algunos otros actores de la guerra también denota una cierta coincidencia en términos descriptivos con el objeto controlado, pues en ocasiones el lenguaje de la Corte –mayoritario o en salvamentos de voto- es la lógica del amigo-enemigo, la de buenos-malos; adicionada por un discurso apasionado y agravante.¹¹¹

También llama la atención que la Corte sólo ocasionalmente y de manera tangencial, haga notar el hecho de que en la sarta extensa de considerandos en que el Gobierno sustenta las medidas de excepción, buena parte de las motivaciones incluyan admisiones acerca de la paulatina pero creciente consolidación de sus adversarios militares. El Gobierno admite de manera secuencial y constante el progreso de sus enemigos en relación con la guerra que se libra, lo cual, paradójicamente es presentado como justificación para solicitar más recursos y más poderes para enfrentarlo. Sobre este punto puede observarse que sólo ocasionalmente la Corte cuestiona cada nueva solicitud presentada como expectativa de solución, no obstante estar basada en fórmulas de fracaso probado y admitido.¹¹²

¹¹⁰ Ya se ha hecho referencia a la fuente probatoria. Obsérvese ahora la credibilidad basada exclusivamente en el contenido normativo y en los propósitos, así como la renuencia a contrastar: “Para los efectos de este fallo es pertinente recordar que en desarrollo de la declaratoria del Estado de conmoción interior, dispuesta por el Decreto 1793 de 1992 y prorrogada por los Decretos 261 y 829 de 1993, el Gobierno Nacional ha dictado una serie de normas cuyo denominador común **-atendiendo a su contenido normativo y a su propósito-**, ha sido neutralizar, debilitar o malograr la infraestructura de comunicaciones y de información que las organizaciones guerrilleras, de narcotraficantes y la delincuencia organizada han dado en emplear como instrumento eficaz para planear sus actividades, entorpecer la acción de las autoridades y evadir su control.

“Es plenamente conocido -pues los resultados de las investigaciones que en ese sentido han adelantado las autoridades judiciales competentes se han divulgado ampliamente- que los grupos al margen de la ley -y cuya actividad está a la base de la perturbación de la convivencia ciudadana, han habilitado sofisticadas redes de información y de comunicación a partir del aprovechamiento de los sistemas, canales y demás medios públicos y privados existentes, en particular en el Área Metropolitana de Medellín y en el Municipio de Envigado. Esa realidad **incontrastable**, ha obligado al Gobierno a expedir la normatividad a que se ha hecho alusión para impedir que los servicios de telecomunicaciones y las redes y servicios públicos y privados se usen con propósitos de patética ilicitud. Sentencia de constitucionalidad 266 de 1993 (Negrillas nuestras).

¹¹¹ La mayoría de las sentencias están plagadas de referencias muy cercanas al lenguaje de los voceros de las Fuerzas Armadas: “criminales”, “terroristas”, “bandidos”, “violentos”, “narcoguerrilleros”, “narcoterroristas”, “desalmados”, “gente sin Dios ni ley”, entre otros. A propósito, una crítica expresada por la disidencia de la Corte: “No obstante, la mayoría elude la cuestión principal y se ocupa de justificar la actuación del Estado mediante juicios políticos y de valor carentes de sustento constitucional, además de emplear para ello un lenguaje más propio de la controversia política que del examen de constitucionalidad de los actos de la autoridad pública acusada de violar los derechos fundamentales.” Salvamento de voto a la sentencia de constitucionalidad 561 de 1993; otro fallo: “... la tarea más urgente que tiene el Estado en Colombia, es la eliminación de las ORGANIZACIONES CRIMINALES, pues mientras ellas existan seguirán cometiendo los desmanes que son la manifestación de su conducta habitual. Dicho en otros términos: el orden jurídico es incompatible con la existencia de organizaciones criminales dedicadas a su desconocimiento”. La misma sentencia anterior. Un fallador no propiamente neutral: “Pues bien: en Colombia no existe “delincuencia política”, porque no son **delincuentes políticos** los bandoleros organizados en las cuadrillas denominadas Farc, Eln, Epl, Milicias Bolivarianas, etc. ¿Cómo puede darse el calificativo de **delincuentes políticos** a quienes habitualmente cometen delitos comunes, como el asesinato, el secuestro, la extorsión, los daños en cosa ajena, el tráfico de estupefacientes?” Salvamento de voto a la sentencia de constitucionalidad 466 de 1995.

¹¹² La fórmula rutinizada por el Gobierno en sus considerandos reza: “Que en las últimas semanas la situación de orden público en el país, que venía perturbada de tiempo atrás, se ha agravado...(...) “Que adicionalmente, en la ciudad de Medellín se ha exacerbado en los últimos días la acción de la delincuencia organizada... lo cual indica un aumento de las

Con la descripción en las sentencias de constitucionalidad, puede subrayarse la extraña postura que la Corte en ciertos casos adopta en relación con el Estado guerrero y la guerra, pues entiende que este es algo así como un árbitro que interviene entre los guerreros que combaten en su territorio. Concibe entonces al Estado como un tercero o intermediario entre los combatientes de una guerra ajena que sólo le involucra para resolver el conflicto pero no como parte de la guerra misma.¹¹³

La anterior concepción se complementa con la idea de que el Estado libra una guerra reactiva o de respuesta, en cuanto las causas de las acciones de guerra sólo se originan en los demás protagonistas del conflicto y no en el Estado mismo que es descrito y asumido como parte no causal del conflicto. La guerra no se inicia en el Estado, ni él la provoca; la guerra más bien le llega. Por eso sus acciones reactivas tienden a ser presentadas desde la noción de guerra justa en cuanto guerra defensiva. Esto es así aun en los casos en que la respuesta se conciba como sostenida y en expansión.¹¹⁴

De igual manera debe subrayarse que la Corte Constitucional pareciera expresar una noción de guerra en proceso de terminación, o sea, la idea de una guerra de próximo final, a la que le restan algunas acciones ciertamente militares y quizá hasta apocalípticas, pero de todos modos, las últimas. La pacificación se encuentra a la vuelta de la esquina de las decisiones gubernamentales. Aquí se trata de un tiempo de la guerra que es lineal y reducido hacia el futuro, y que se asemeja a su noción del pasado de la guerra que es igualmente lineal, incausado y extraordinariamente breve. Siempre es una guerra de los últimos años, o por lo menos exacerbada en el lustro final.¹¹⁵

De otro lado, cabe afirmar que la impronta garantista de la Corte Constitucional basada en la defensa inspirada del Estado de derecho y su constitucionalismo, presenta algunas fisuras cuando se trata de la exposición a las condiciones de la guerra, pues en algunos casos admite la necesidad de adoptar formas y prácticas abiertamente irregulares para participar

actividades terroristas de aquélla...” SC031 de 1992; “Que por la acción persistente de grupos antisociales...” SC 127 de 1993; “Que en el Area Metropolitana de Medellín y Envigado ha persistido la acción de la delincuencia organizada...” SC261 de 1993. En numerosas sentencias los considerandos incluyen la fórmula “Afrontar la escalada terrorista y guerrillera”, así como solicitudes de diversos recursos para “hacer frente a la delicada situación de Orden Público e impedir la extensión de sus efectos” SC271 de 1993. Posteriormente se usan otras expresiones aun más indicativas: “Que a pesar de que las disposiciones excepcionales dictadas por el Gobierno Nacional han contribuido a hacer frente a la perturbación del orden público, la persistencia de las causas de la agravación (...) Que los actos violentos perpetrados por las distintas organizaciones delincuenciales demuestran que persisten en su voluntad criminal...”. SC 328 de 1996. Lo curioso de estos considerandos está en la legitimidad de las medidas ineficaces para perpetuarse.

¹¹³ Es una actitud general explicable porque el Estado considera que su orden no está en juego y que se trata sólo de delincuencia común. Esto es verificable en casi todas las sentencias.

¹¹⁴ El lenguaje del Gobierno avalado por la Corte es el de dar respuesta a la guerra. Cfr. Sentencias de constitucionalidad 556 de 1992, 579, 052 y 206 de 1993.

¹¹⁵ Algunas citas como ejemplo: “Como ha sido del conocimiento de la opinión nacional, para hacer frente al clima de perturbación del orden público en el país, que durante los últimos años se ha visto azotado en razón de las acciones terroristas desatadas por organizaciones criminales...” Sentencia de Constitucionalidad 426 de 1993; “La situación de orden público por la que atraviesa el país...”. Sentencia de unificación de tutela 200 de 1996.

de la guerra: cierta aproximación a prácticas propias de las autodefensas,¹¹⁶ negociaciones con los criminales,¹¹⁷ la privatización de ciertas actividades típicamente públicas, un buen margen de secreto, la disminución de los controles,¹¹⁸ la asimilación entre población civil, fuerzas civiles y militares,¹¹⁹ y en general, múltiples concesiones en materia de excepción, no sólo admitidas sino además justificadas por el control, que deriva en la reversión del Estado de Derecho.¹²⁰

Por fuera de las decisiones de constitucionalidad, los pronunciamientos respecto de acciones de tutela permiten apreciar algunas diferencias que se explican en razón de que estas hacen referencia a acontecimientos más concretos, específicos y reales. Como hechos fácticos guardan una cierta autonomía en relación con las construcciones de los discursos

¹¹⁶ Cfr. Sentencia de Constitucionalidad 572 de 1997. Aunque no es la única expresión, pues sus llamados a la autodefensa colectiva armada o no en nombre de la solidaridad son comunes.

¹¹⁷ Para bendecir la negociación de penas por delación: “Este es, entonces, un medio de obtener pruebas y de romper el anillo del silencio y de la complicidad que ahora protegen a los delincuentes que ya no son los pequeños y aislados agentes de una leve criminalidad sino verdaderas organizaciones que han asolado la sociedad civil, avasallando las defensas del Estado y puesto en grave peligro la estabilidad institucional misma, todo con una terrible alteración del orden público.” Sentencia de Constitucionalidad 052 de 1993. En esta sentencia la propia mayoría reconoce que es una medida poco ética pero eficaz políticamente. Una Corte maquiaveliana, sin duda.

¹¹⁸ Los más importantes para este tema, reiterados por la Corte, son la amplia discrecionalidad del Gobierno para apreciar las condiciones de orden público que justifiquen la declaratoria del estado de conmoción interior, la incontrolabilidad de los actos militares y la imposibilidad de ocuparse de las condiciones tradicionales de aplicación de las normas. Alguna propuesta de disminución del control ronda la posición mayoritaria dentro de la propia Corte. “Consideramos que tanto el decreto que declara turbado el orden público y en estado de sitio todo o parte del territorio nacional, como el decreto que lo levanta, no están sometidos al control constitucional de la Corte.” Salvamento de voto a la Sentencia de Constitucionalidad 300 de 1994. Y una última en aclaración de voto airado en contra de la exigencia al Gobierno para que diga específicamente cuáles normas resultan suspendidas con la declaratoria de conmoción interior: “¿Cómo pretender, en consecuencia, que el Gobierno, en esas circunstancias, tenga que reunir un comité de sabios juristas que estudien y definan qué normas legales quedan suspendidas por las que se adoptan para conjurar la crisis, restablecer el orden o rechazar la agresión externa?. Y peor aún si la exigencia se lleva hasta la exposición, en el mismo decreto, de todas las razones que fundamentan la incompatibilidad. No: la guerra o la grave perturbación del orden público, no son circunstancias propicias para inútiles ejercicios académicos. Y la misión del Gobierno en esas circunstancias es la de rechazar la agresión o restablecer el orden, no la de hacer gala de erudición jurídica”. Aclaración de voto a la Sentencia de Constitucionalidad 136 de 1996.

¹¹⁹ Este acercamiento hace parte de la lucha por la sociedad –que no en contra de la sociedad como frecuentemente se habla- e incluye prácticas de guerra irregular variadas, entre las cuales se cuenta: el cumplimiento de funciones de inteligencia, de vigilancia, de delación, la conformación de bloques para la defensa civil, las Convivir, las recompensas, el desarrollo de actividades comunes con el Ejército y la Policía, entre otros. Algunas sentencias al respecto: Salvamento de voto a la Sentencia de Constitucionalidad 557 de 1992, en la que se pone de presente una cierta indistinción entre el poder de policía y la función de policía; y la Sentencia de Constitucionalidad 444 de 1995, en la que la Corte intenta armonizar dos normas constitucionales con claro sentido contrario en relación con esta materia.

¹²⁰ Es paradigmático el caso de un capturado no condenado, respecto del cual el Ejército hizo público un informe presentándolo como un guerrillero. Su tutela en defensa de los derechos fundamentales recibió esta agresiva respuesta de la Corte, en negrillas y mayúsculas suyas: “Y si se tiene en cuenta que la situación nacional, por desgracia, presenta los caracteres de una **guerra contra el Estado y la sociedad civil, declarada por grupos armados**, hay que partir, en este caso concreto, del hecho de que **LA PROPAGANDA ES UNA DE LAS ARMAS DE TODOS LOS CONFLICTOS BELICOS. Arma de la cual la Constitución no priva al Estado en su lucha contra los delincuentes organizados**”. Sentencia de Constitucionalidad Sentencia de Constitucionalidad 561 de 1993.

Como una excepción anticipada al conjunto de sentencias posteriores, Angarita diría: “La organización y funcionamiento de la seguridad del Estado colombiano ha obedecido con frecuencia a los principios y esquemas de la razón de Estado y en el mejor de los casos ha actuado de manera ajena e independiente a las exigencias del Estado social de derecho.” Sentencia de tutela 525 de 1992.

propios de las abstracciones jurídicas de las decisiones de constitucionalidad. Puede decirse que la materialidad de la guerra llega de manera más directa: desplazamientos forzados colectivos e individuales, amenazas de tomas de cabeceras municipales, campos minados, ocupaciones de inmuebles por el Ejército, marchas campesinas, soldados que se niegan a combatir, en fin. Es la expresión más real de la guerra, se trata de los episodios que en buena parte la definen.

Dos fallos de tutela expedidos por la Corte Constitucional efectúan una descripción de la guerra –no del Estado guerrero- con alguna extensión.¹²¹ En ellos se hace referencia a la complejidad de la guerra, a su naturaleza multicausal, se mencionan algunos de los grupos enfrentados y se tiene una percepción mayor acerca de su duración y del papel del Estado que a lo sumo puede deducirse de la remisión a la “guerra sucia”. En esas sentencias se percibe el influjo de algunas reflexiones académicas aportadas al proceso por expertos. Por lo demás, no es posible hablar en rigor de descripciones sino más bien de algunas referencias superficiales y específicas a los impactos de la guerra sobre la población, el territorio, la burocracia y el monopolio de la fuerza en cabeza del Estado, ya a la hora de tutelar o no un derecho o de declarar o no una exequibilidad.

Más que la guerra, la Corte asume las acciones de los demás guerreros distintos al Estado como causas de la violación a los derechos fundamentales, de esta manera la guerra es

¹²¹ Quizá el segmento más completo acerca de la guerra es este: “La perspectiva tradicional en el análisis de los factores de violencia, basada en la guerrilla y la delincuencia común, ha debido ser sustituida por un análisis más complejo en el cual deben incluirse elementos de análisis extraídos de los grupos de autodefensa y los grupos paramilitares. Las causas de estos nuevos factores de violencia son bien conocidas: el poder económico del narcotráfico, enfrentamiento entre los movimientos guerrilleros que ejercían un poder determinante en dichas zonas y los nuevos grupos de autodefensa entrenados y pagados por los nuevos propietarios de tierras. Como se sabe, este nuevo enfrentamiento armado fue escalando nuevos niveles de violencia hasta derivar en la creación de grupos paramilitares rurales y urbanos, se trata de la enorme y creciente dispersión de la violencia en Colombia y del consecuente deterioro del monopolio legítimo de la fuerza por parte del Estado. Desde luego, esta situación varía de manera diacrónica y sincrónica: no en todas las regiones, ni en todos los grupos sociales, ni en todos los tiempos, se produce un debilitamiento de estas proporciones. No obstante esta complejidad, el surgimiento y desarrollo de una “guerra sucia” en Colombia, causante de innumerables masacres, asesinatos y desapariciones, todo ello sumado al recrudecimiento del enfrentamiento guerrillero, a la extrema agravación de la delincuencia común y a la incapacidad de las fuerzas del orden para controlar la situación por los canales de la legalidad, hacen que la sociedad colombiana se encuentre, de hecho, viviendo en una situación de riesgo permanente. La violencia en Colombia tiene el agravante de la pluralidad de causas que la determinan y de la enorme dificultad para resolver los conflictos en beneficio del orden y de la estabilidad institucional, en consecuencia, hace más precaria la acción de las autoridades en su tarea de represión y mantenimiento del orden, por la dificultad de control de la situación y de sus propias fuerzas. El movimiento político Esperanza Paz y Libertad (EPL), formado por los miembros del Ejército Popular de Liberación desmovilizados en marzo de 1991, ha sido objeto de una campaña de exterminio apenas comparable a la sufrida en años anteriores por el partido Unión Patriótica. Según esto, la incertidumbre sobre los orígenes de un posible atentado son una razón que debilita la fuerza de la amenaza.” Sentencia de tutela 525 de 1992.

“La idea de hacer una sumatoria de conflictos entre el narcotráfico y la subversión para demostrar una situación global de inseguridad, sin discriminar sus causas y sus efectos y sin evaluar el peligro que cada uno representa, trae, como consecuencia, en primer lugar, una desnaturalización de los conflictos, pues no obstante los vínculos tácticos que existen entre ellos la amenaza que estos grupos representan para el Estado y para la sociedad, no puede ser comprendida si no se analiza el sentido y los alcances de la confrontación que cada uno de ellos mantiene.” (...) “Por otro lado, las cifras, en ciencia política como en economía, son elementos de análisis necesarios, pero no suficientes.” Sentencia de tutela 525 de 1992; véase igualmente la Sentencia de Constitucionalidad 031 de 1993; también, puede citarse el reconocimiento de “que la perturbación del orden público es multicausal”. Sentencia de Constitucionalidad 214 de 1993; y la complejidad de los delitos políticos y su irreducibilidad a prácticas delincuenciales, en Salvamento de voto a la Sentencia de Constitucionalidad 456 de 1997.

entendida como acción y no como entorno, esto es, más como concreción de actos específicos que violan derechos que como determinación de la factibilidad misma de los derechos.¹²² En algunos casos, sin embargo, la noción de guerra territorializada y asumida bajo la forma de zonas de orden público obliga a la Corte a expresar una noción igualmente superficial pero extendida en relación con la guerra; así las cosas, la guerra deja de ser expresada como episodio, aunque no se abandona su noción de caso, es decir, jurídicamente aprehensible.

De especial importancia es la tutela interpuesta a favor de los vecinos de un comando de policía en Santo Domingo, que reconoce la existencia de una “guerra social”, al parecer en el sentido de que no es sólo institucional sino que además involucra a la población. Aunque debe advertirse que en el fallo es la Corte quien compromete la responsabilidad solidaria de la población en vencer al enemigo. Esta postura es ratificada en un caso muy similar pero el recurso a la solidaridad no fue retomado por tratarse de niños expuestos a la guerra a quienes no se les podía exigir el reconocimiento y respeto por ese valor.

No debe perderse de vista que en este caso concreto la Corte enfrenta un gran problema para cualquier tribunal constitucional, en cuanto reconoce la inexistencia de soberanía en ciertos segmentos del Estado y con ello la ausencia de condiciones estructurales para su existencia, pero al tiempo tiene frente a sí misma la solicitud de la población para que las fuerzas de policía abandonen una determinada área territorial. Si a esto se le puede calificar como “caso”, habría que decir que se trata de un recurso ante el órgano judicial de un

¹²² A modo de ilustración pueden aceptarse los casos en los que la población desamparada ante la factibilidad de una acción militar de alguno de los adversarios del Estado, decide solicitarle a este su retiro de un área o la suspensión de sus actividades a fin de evitar el ataque. Por ejemplo: “En cuanto al asunto en sí, considera esta Corporación que el peligro para la población de Santo Domingo no se origina en la presencia de la Policía Nacional o en la construcción de su cuartel, sino en la presencia de grupos armados irregulares y en la posibilidad de que éstos ataquen al poblado.” Sentencia de tutela 102 de 1993. Un pronunciamiento similar se da en el caso de los jurados de votación amenazados por la guerrilla si asumen el cargo Sentencia de unificación de tutela 747 de 1998; o el de los contratistas a quienes se les amenaza con la caducidad del contrato celebrado por una entidad pública en caso de acatar las presiones y condicionamientos de la guerrilla. Sentencia de Constitucionalidad 136 de 1993.

Pero la responsabilidad de la administración pública por los actos relacionados con la guerra que no comete directamente el Estado, y que sin embargo le involucran en razón de su supuesta soberanía, guarda una relación directa con su orden explícita para que la población y los funcionarios se expongan. Aunque esta materia es de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa, la Corte Constitucional ha construido un criterio bastante extraño en el cual combina figuras como “responsabilidad estatal sin culpa”, “riesgo excepcional y anormal”, “solidaridad estatal”, entre otros a fin de justificar indemnizaciones sin responsabilidad. Obsérvese: “Las medidas que el decreto contempla en favor de las víctimas del terrorismo se justifican política y jurídicamente, bajo la teoría que admite la **responsabilidad estatal sin culpa, cuando el daño proviene de un riesgo de naturaleza excepcional y anormal, creado por la administración**, como ocurre en la situación que nos ocupa, el cual es generado, con motivo del desarrollo de las actividades y misiones que el Estado debe asumir, para combatir la violencia y el terrorismo de la subversión guerrillera y del narcotráfico.

“Por consiguiente, consecuente con tales preceptos normativos el Estado ante situaciones calamitosas, como las que describe el decreto 444 de 1993, debe actuar con un sentido de colaboración y solidaridad, acudiendo en auxilio de personas inocentes que han sido afectadas en su integridad física y mental o en sus bienes, por las acciones terroristas de los grupos u organizaciones criminales...” SC-197/93. Un pronunciamiento más es relevante, referido al rescate de los secuestrados de La María en Cali cuya desprotección es atribuida por los solicitantes al Estado, mientras que la Corte afirma que la violencia es del ELN y no de las instituciones, ST683 de 1999.

soberano sin jurisdicción para que ordene el retiro de las fuerzas armadas que lo respaldan y representan. En este caso concreto la Corte operó no como órgano constituido sino más bien como órgano constituyente del poder mismo del Estado.¹²³

La admisión de una guerra extendida e incontrolada sólo aparece cuando se pone en jaque la eficacia de la jurisdicción y sus pronunciamientos. En estos casos la Corte es casi sarcástica con los demandantes a quienes les pide un poco de sentido común, pues nadie podría pensar que con una tutela el problema de la guerra podría ser resuelto. Como si dijera que el derecho no transforma la realidad, que es demasiado pedir, pero debe ser una intención en la que se tiene que permanecer.¹²⁴ Y, en todo caso, un instrumento para fundar el control de “su” guerrero.

Para la Corte, tampoco en las tutelas la guerra necesita prueba alguna, independientemente de su carácter concreto, pero lo más curioso es que no la requiere si se trata de los actores armados diferentes al Estado. El caso concreto en el que se examina una posible actuación violatoria de los derechos por parte de agentes del Estado, sí se la exige con todo el rigor, y por supuesto no se logra.

Cabe destacar que en un fallo la Corte reconoce la necesidad de lograr una protección real y no teórica para los derechos fundamentales de la población expuesta a la guerra, aunque esta protección no es posible porque las condiciones que crea el conflicto armado, especialmente la ausencia de control estatal sobre diversas zonas del país, así lo impide,

¹²³ Dijo la Corte: “Sería ingenuo creer que la consagración expresa del derecho a la vida en el texto constitucional actúa como una fórmula mágica sobre nuestra realidad política y social, convirtiendo a Colombia en una sociedad pacífica. Esa consagración tiene sentido y alcance en cuanto manifiesta una voluntad nacional de crear las condiciones necesarias para que la violencia deje de ser empleada como medio de solución de conflictos. En otras palabras, el reconocimiento del derecho humano a la vida en una norma de rango jurídico supremo (C.N. Artículo 11), deberá asumirse por gobernantes y gobernados como un compromiso de restablecer las reglas que conforman el mínimo exigido para el mantenimiento y desarrollo de la convivencia civilizada y el consenso social.

“El derecho a la vida sólo puede ser efectivamente garantizado cuando el Estado ejerce a plenitud la exclusividad de la administración de justicia, y el privilegio de la coerción legítima. El abuso del poder, la justicia privada y la acción de los grupos irregulares armados que con diversos móviles suplantán a la autoridad, son los más poderosos obstáculos que hoy impiden el cumplimiento del deber fundamental de proteger las vidas de cuantos habitan en Colombia.

“El surgimiento y desarrollo de “una guerra social” en Colombia, causante de innumerables masacres, asesinatos y desapariciones, sumado al recrudecimiento de la acción guerrillera, a la intensificación desmesurada y casi inverosímil de la delincuencia común y a la incapacidad de las fuerzas del orden para controlar la situación por los canales de la legalidad, hacen que la sociedad colombiana se encuentre, de hecho, viviendo en una situación de riesgo permanente.”

“En cuanto al asunto en sí, considera esta Corporación que el peligro para la población de Santo Domingo no se origina en la presencia de la Policía Nacional o en la construcción de su cuartel, sino en la presencia de grupos armados irregulares y en la posibilidad de que éstos ataquen al poblado.” ST-102/93

¹²⁴ Algunos apartes están consignados en el anterior pie de página, otro podrá ser este: “La Sala no desconoce la importancia de la presencia de las autoridades en los diferentes sitios del país, y, especialmente, en esta capital, que tiene uno de los mayores índices de criminalidad. Pero, sería una ilusión pretender que tal estado de cosas pudiera ser modificado con la simple presentación de una acción de tutela, con la esperanza de que una orden de un juez solucione el problema. Sentencia de tutela 132 de 1995.

razón por la cual acepta que la población sea desplazada por el propio Estado para garantizar su vida.¹²⁵

Sin duda alguna, en un contexto de guerra irregular no es fácil distinguir entre esferas tales como el orden público y el orden social, o entre la perturbación institucional y la perturbación social, y aunque ello sea deseable, la realidad retrocede tozuda e impide lograr algún tipo de claridad sobre estas materias. Esta dificultad, sin embargo, puede y suele ser aprovechada estratégicamente en contextos de guerra para favorecer las instituciones del Gobierno camuflándolas y aun protegiéndolas en nombre de la sociedad civil. Así, el sentido de lo público, de lo privado, de lo comunitario, del ámbito de los derechos, de las libertades y las garantías, de las competencias y facultades, se pierde junto con sus delimitaciones. En un Estado de derecho estas distinciones son claves para la garantía de la vida en comunidad, y sin embargo, en contextos de guerra los estados tienden a relativizarlas, y en Colombia, la jurisdicción constitucional tiende a respaldarlas. En el trasfondo de estas prácticas bélicas está el intento por lograr que la población asuma un rol decidido y visible al lado del Estado guerrero, con lo cual ella – y la corte por supuesto – se involucra en el conflicto.¹²⁶

Es perceptible también una práctica jurisprudencial dirigida a la descripción de la guerra desde una perspectiva fundamentalmente despolitizadora, de tal manera que la guerra es reducida al acto de combate, especialmente presentado como irracionalidad, como brutalidad, como exceso, como experiencia de lo injustificado, como simple codicia. Por supuesto, se trata así a los actos de la guerra que no son ejercidos por el Estado. La versión

¹²⁵ Las palabras de la Corte son estas: “En efecto, el carácter de desplazados internos de quienes han interpuesto la presente tutela no surge tanto de la propia certificación que el Ministerio del Interior les ha dado individualmente a cada uno de los solicitantes de la acción, mediante documentos que obran en el expediente, cuanto de la realidad objetiva... “Pero en circunstancias particularmente complicadas, como es el caso de la violencia en Colombia, la posición no puede ser de todo o nada, sino que el propio Estado puede efectuar una COMPETENCIA DE PRONOSTICO para ponderar cuándo y hasta donde puede dar el Estado una protección real y no teórica. Por supuesto que el Estado está obligado a hacer todo lo posible para proteger la vida de los asociados, pero, también, puede ponderar si la mejor manera de protección consiste en favorecer un desplazamiento. Si el grado de intolerancia es alto y el peligro para la vida de los asociados es inminente, es justo que el pronóstico incluya la opción del desplazamiento protegido, máxime cuando el Estado debe “adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados” (art. 13-2 C.P.)” Sentencia de tutela 227 de 1997. Igualmente, aceptó la protección mediante el desplazamiento en el caso de docentes amenazados, en razón de la ineficacia estatal para ofrecer seguridad, y atendiendo a que ellos, a diferencia de los militares no están obligados a arriesgar su vida. Sentencia de tutela 733 de 1998.

¹²⁶ Estas confusiones se originan en la versión que el Gobierno Nacional expresa en los considerandos de sus decretos, de acuerdo con la cual todo ataque afecta simultáneamente aspectos como la seguridad de las instituciones, la tranquilidad ciudadana, la estabilidad, el orden público, el orden social, mina la solidaridad, en fin. Es la versión expansiva e indiscriminada de los efectos de la guerra expuesta con el ánimo de obtener colaboración de la población civil. En este sentido, para la Corte “Es evidente, además, que el secuestro, o su sola amenaza, y la extorsión, perturban la convivencia ciudadana; y, cuando se ejercen contra servidores del Estado, atentan contra la estabilidad institucional y contra la propia seguridad del Estado.” Sentencia de Constitucionalidad 135 de 1996. Aunque los ejemplos son más, una exótica formulación de esta tesis es aquella según la cual “La seguridad de un inversionista extranjero es un asunto de orden público”. De nuevo, Ciro Angarita Barón advierte a propósito de un caso cualquiera que: “el ejecutivo confunde ahora la perturbación social con la perturbación institucional (...) A la actitud del ejecutivo se suma la de la Corte (...) El derecho no puede evitar el desorden; más aún, parte de la razón de ser del derecho se encuentra en la existencia de un cierto desorden social (...) El derecho se mueve en un intermedio entre la eficacia total y la ineficacia total, sin que pueda convivir con ninguno de estos dos extremos (...) La ineficacia es un fenómeno previsto por el derecho. Sentencia de Constitucionalidad 556 de 1992.

despolitizada de la guerra es explicable porque en los estados de derecho, cuya forma de gobierno es presidencialista, el reconocimiento de fuerzas internas como enemigos políticos corresponde al Presidente, y da lugar a la declaratoria de su beligerancia y, con ella, a un trato especial; si esa declaración no se produce, no hay en aquellas fuerzas un sujeto rebelde, disidente o combatiente, sino un criminal, un terrorista.

Sin embargo, el trecho entre la criminalización y la politización de la guerra es mucho más extenso que el del simple reconocimiento formal, pues los actos materiales del Gobierno y de la justicia constitucional cierran toda posibilidad de revertir este proceso incluso por vías que impliquen decisiones políticas. Hay todo un lenguaje y una práctica jurisdiccionales que construye el enemigo absoluto por la vía del criminal irredimible. La criminalización y consecuente judicialización de la guerra se producen entre otras cosas por su consideración como conjuntos de actos inconexos entre sí, es decir, se la concibe no como totalidad sino como parcialidades sin relación salvo el mero motivo criminal; también, cuando se la entiende como sumatoria de prácticas individuales y no como fenómeno colectivo; así mismo, cuando se la entiende como simple instantaneidad, sin historia ni proyección en el futuro; o finalmente, cuando se enfatiza la calificación de sus medios y no los fines globales.¹²⁷

También ha sido posible verificar en los fallos de la Corte una constante confusión entre los rasgos teóricos del Estado y sus circunstancias fácticas, es decir, se confunde aquello que el Estado sería o debería ser con lo que el Estado es, o con los procesos de configuración por los que ha pasado. Así, las sentencias denotan en ocasiones una confusión entre los rasgos de la soberanía y sus procesos reales de formación, entre los rasgos del territorio y sus

¹²⁷ Describe la Corte con un sentido penalizador: “Los hechos atroces en que incurre el narcoterrorismo, como son la colocación de carobombas en centros urbanos, las masacres, los secuestros, el sistemático asesinato de agentes del orden, de jueces, de profesionales, de funcionarios gubernamentales, de ciudadanos corrientes y hasta de niños indefensos, constituyen delito de lesa humanidad, que jamás podrán encubrirse con el ropaje de delitos políticos.” Sentencia de Constitucionalidad 171 de 1993; “Dentro de ese contexto se organiza como jurisdicción especial la denominada de orden público, destinada a ser regulada por normas especiales, con el propósito esencial de dotar a la justicia de capacidad de acción frente al crimen organizado y a las modalidades delictuales que como el terrorismo, el narcotráfico, los magnicidios y el secuestro, tienen una mayor capacidad de perturbación del orden público en razón al vasto poder de destrucción masiva que les permite producir profunda consternación y alarma social.” Sentencia de Constitucionalidad 426 de 1993; “La realidad nacional presenta **dos actitudes antagónicas en relación con la ley. De un lado está la población inerme**, toda ella o al menos la inmensa mayoría, **que respeta la ley y cree en el sistema democrático; que acepta todas las reglas de convivencia pacífica plasmadas en la Constitución y en las demás normas que con ella conforman el orden jurídico. Del otro lado hay numerosas organizaciones que han hecho del delito una forma de vida, una actividad económica permanente. Estos grupos son una amenaza cotidiana para todos los colombianos y su existencia misma es un desconocimiento de lo que el Estado significa en lo relativo a la protección de la persona...**” Sentencia de Constitucionalidad 561 de 1993; “Igualmente, es evidente (...) que las organizaciones subversivas han venido aumentando sus actividades criminales y terroristas, en especial los secuestros, las extorsiones, los ataques a poblaciones inermes y los asesinatos de miembros de las Fuerzas Armadas.” Sentencia de Constitucionalidad 295 de 1996. En sentido contrario, el Procurador afirmó que “En cualquier caso no cabe duda de que la guerra de guerrillas colombiana sigue siendo todavía, a pesar de la creciente inserción urbana y aun, a pesar de la creciente bandolerización de los grupos insurgentes, una guerra orientada por un proyecto estratégico de “sustitución de Estado”, así que procede -por lo menos en principio- a través de la construcción, consolidación y ampliación progresiva de dominios territoriales. Con otras palabras, la guerra colombiana de guerrillas es, predominantemente, guerra por el dominio del espacio, y en ningún caso, como el terrorismo estratégico, guerra por el dominio del pensamiento. La circunstancia de que la debilidad relativa de la guerrilla frente al Estado determine que los insurgentes hayan debido limitar sus aspiraciones de dominación territorial a ciertas regiones no constituye un argumento contra las observaciones anteriores” Sentencia de Constitucionalidad 225 de 1995.

procesos materiales que le dan lugar; igual cosa ocurre con la población, el ordenamiento jurídico, y la legitimidad.¹²⁸

Adicionalmente, las descripciones de la Corte Constitucional están signadas por el estado psicológico de miedo. Sus fallos más que inspirados en una razón moderna propia del espíritu sereno y ponderado, más que racionales, se ven contruidos sobre las bases de un sentimiento primario que en ciertas ocasiones recuerda el viejo “miedo al pueblo”, muy propio de ciertas clases dirigentes en la historia de Colombia. En otras ocasiones simplemente denota el temor a coexistir con un enemigo respecto del cual la única expresión articulable es la del inmediato exterminio o por lo menos, su reducción militar o jurisdiccional.¹²⁹

¹²⁸ En sentido contrario, la propia Corte: “El Estado y el derecho constituyen dos ámbitos sociales de incidencia y dependencia recíproca, esenciales para la articulación social. Cada uno de ellos representa una condición de posibilidad respecto del otro. Esto explica el hecho de que las constituciones políticas por lo general empiecen reconociendo el supuesto básico de la existencia de un Estado. (...) Así como el Estado es una condición de posibilidad del derecho, el poder efectivo es una condición de posibilidad del Estado. (...) En materia de restricción de la violencia - como en todo lo relacionado con la sanción de las personas que se desvían del comportamiento prescrito - la eficacia de las normas es siempre relativa. Esta es, además, una característica inherente al funcionamiento de los sistemas normativos. Sentencia de Constitucionalidad 296 de 1995.

¹²⁹ “... debe la Corte reconocer la realidad evidente de que las organizaciones criminales, particularmente las de narcotraficantes, narcoterroristas y grupos subversivos, aprovechan desmedidamente la libertad de información, magnificando, a través de los medios de comunicación masiva, los efectos desestabilizadores de sus criminales propósitos, con lo cual provocan un clima de desconcierto, de inseguridad y de tensión dentro de los miembros de la sociedad civil (...) No hay libertad sin orden y éste no se comprende sin aquella. Libertad significa coordinación, responsabilidad, facultad de obrar con conciencia de las finalidades legítimas, y no, desorden, anarquía o atropello (...) de una u otra forma, sin el derecho a la información la sociedad civil no puede vivir en orden, ya que siempre el conocimiento precede a la acción (...) La utilización de los medios de difusión para tales efectos, en una sociedad como la nuestra, contribuye a crear un clima mayor de zozobra y a magnificar a los ojos de sus destinatarios -la sociedad civil- la acción de la delincuencia.” Sentencia de Constitucionalidad 045 de 1996.
“Ocurrió sí que el Ejecutivo, valiéndose del fenómeno psicológico colectivo propiciado por el magnicidio, apeló de nuevo al expediente de asumir los poderes excepcionales que días atrás había perdido como consecuencia de la declaración de inexistencia del Estado de Conmoción”. Sentencia de Constitucionalidad 027 de 1996.

4.2 Prescripciones

Las prescripciones aluden al deber ser de las cosas, no a lo que efectivamente esas cosas son. Para nuestro estudio, ese deber ser aparece también expresado por el órgano de control constitucional y está referido fundamentalmente a una noción amplia de guerra y de guerrero, es decir, una versión que no se circunscribe sólo al ejército del Estado y tampoco a los actos de combate. Este aparte examina con brevedad cómo considera la Corte Constitucional que deben ser las cosas a propósito de la guerra y el guerrero, y permite algunas reflexiones dirigidas a establecer implicaciones para el ejercicio del control del Estado guerrero irregular.

En un Estado de derecho la fuerza se encuentra dominada por el ordenamiento jurídico hasta el punto de que sólo puede ser utilizada como último recurso para obtener obediencia, es decir que antes deben agotarse todas las alternativas posibles para ser acatado. Esto parece cierto tanto si la guerra se libra con un enemigo interno como externo. El ordenamiento jurídico del Estado de derecho debe describir y prescribir acerca de quién es el enemigo, cómo ha de tratársele, en qué consiste esa fuerza, cuál es la gradación de su uso y cuándo y en qué condiciones debe suprimírsela. En suma, fuerza racionalizada por el derecho, o mejor, el ordenamiento jurídico como límite a la brutalidad.

En un Estado constitucional, en tanto Estado de derecho, las cosas parecen similares salvo en lo que toca al límite mismo, y particularmente a su objetividad consignada en el ordenamiento jurídico, pues en éste la abundancia de principios y valores y su mayor jerarquía por sobre otras normas jurídicas no permite saber con plena seguridad cuál es ese límite, en qué consiste, cómo debe usársele, en qué condiciones. Ello es así por lo menos por dos razones bien conocidas: los principios presentan una textura abierta a diferentes alternativas interpretativas cuyo enfoque permite variar el sentido del ordenamiento jurídico infrajerarquizado, pero además, los principios consignados en las cartas fundamentales de los estados constitucionales son una sumatoria de las diversas conquistas producidas en los últimos siglos de la experiencia occidental, de tal manera que coexisten principios y valores si no contradictorios, por lo menos distantes entre sí, lo cual da lugar a un campo interpretativo mayor, y con ello, una amplia maniobrabilidad decisional para el conjunto de órganos y funcionarios del Estado que tienen que habérselas con la creación de derecho y la aplicación normativa, particularmente de los jueces.

Las prescripciones de los jueces tienen mucho que ver con ese campo y se expresan en la forma de preferencias por ciertos valores y principios que luego son justificadas mediante argumentos. En los estados constitucionales no hay claridad acerca de la noción judicial “límite” y ello es comprensible en razón de que las reglas pierden importancia respecto de los principios y valores como referentes para basar una decisión, y la experiencia muestra una práctica acomodaticia que por lo menos desdibuja su posibilidad.¹³⁰ Además, las

¹³⁰ Desde luego no debe aspirarse a extraer alguna noción clara de lo que es un límite en materia del control constitucional del Estado guerrero si se atiende a las decisiones relacionadas con la guerra. Lo menos discutible —el límite más claro— se torna impreciso: el tiempo de duración de la conmoción interior no se conoce, pues una vez

prescripciones judiciales se encuentran inmersas en el campo de posibilidad de su propia cultura jurídica, es decir, del campo de creencias compartidas, que no necesariamente es el de toda la sociedad y que por supuesto no se contrae a lo estrictamente jurídico, aunque haga referencia a un *nomos*.

La Constitución Política de 1991 es prescriptiva por lo menos en dos sentidos, de una parte, contiene normas jurídicas que determinan el comportamiento de los distintos órganos del Estado y aun de la sociedad misma, de otro, contiene todo un proyecto de orden político y social que ha de lograrse y que es notoriamente distinto al orden fáctico que nos orienta, el cual se integra por órdenes no sólo bélicos sino también normativos que pueden coincidir o no con el que se perfila en las instituciones constitucionales.

No importa cuán distantes sean de la realidad, las ideas programáticas o proyectistas de la Constitución marcan el sentido de las decisiones judiciales de la Corporación que aquí se estudia, por eso en la mayoría de casos la prescripción adopta la forma de una referencia o remisión constitucional. Como si la Corte dijera: “así debe ser”, sin atender a que así no sean las cosas del orden que perfila. Especialmente, hay implícita una actitud favorable a la prescripción constitucional justificatoria para salvar el orden social en riesgo que sin embargo está más en el imaginario que algunos dirigentes presentan sobre la Constitución. Los contenidos del fetiche constitucional no sólo se exhiben como el paradigma para construir los límites al Estado irregular guerrero sino que frecuentemente son operados como si la realidad coincidiera con ellos, recortando o extinguiendo la distancia apreciable entre aquello que se prescribe y aquello que se describe.

La prescripción del orden que la Corte formula en sus fallos no guarda una relación directa con la distancia que hay entre la realidad y la idealidad, pero en el ánimo de construir las propias condiciones para la existencia del Estado en que ella se basa, se define por la viabilidad del proyecto a través de las decisiones jurisdiccionales.

Particularmente, la noción de orden público es una de las que han requerido un menor trabajo de descripción por parte de la Corte Constitucional y un mayor trabajo de prescripción de la misma entidad judicial. No se trata de trabajar con base en la evidencia de cuál es el orden público sobre el que recae o al que está referida una determinada sentencia. De hecho, la Corte siempre ha insistido en que sus fallos no pueden pensarse en el vacío social, deben ser aplicables considerando las condiciones materiales específicas de Colombia. Sin embargo, sus decisiones no toman en cuenta el orden existente tanto como el orden imaginado, y más que este último, el orden prescrito, es decir, el orden construido por la propia Corte a instancias del Gobierno Nacional. Ahora bien, el paradigma de construcción de ese tal orden no es en rigor ni el arquetipo que podría leerse en la

agotadas todas las prórrogas nada impide que se declare de nuevo y de manera inmediata; los hechos que la justifican pueden llegar a ser preventivos, ordinarios y estructurales; los derechos fundamentales pueden ser suspendidos hasta algo muy indeterminado que se conoce como su núcleo esencial; la sociedad civil debe involucrarse en el conflicto en nombre de la solidaridad; los ciudadanos pueden armarse para su autodefensa; el Gobierno puede desconocer explícitamente los precedentes judiciales; el Presidente y sus ministros, no obstante el estrepitoso fracaso, pueden ser eximidos de toda responsabilidad por el manejo dado al orden público; y otras cosas más.

Constitución haciendo un esfuerzo interpretativo, ni tampoco el que podría leerse a partir de un ejercicio de síntesis sociológica o política de la realidad material, es más bien, la concepción que se hace necesario adquirir para responder con eficacia a las dificultades del gobierno instituido, y particularmente, de las necesidades de la lógica militar. De esta manera el orden público coincide con la imagen adversa del orden militar ello porque es construido a partir de las necesidades estratégicas. No se lee el orden real, ni se le deriva del compendio constitucional, se le imagina como un mapa conceptual dentro de los mapas de naturaleza bélica. La consecuencia adicional es una confusión entre *recuperación* de la paz y *preservación* de la paz.¹³¹

Esta viabilidad coincide con la noción de eficacia política que ha de alcanzarse preferiblemente a través de instrumentos jurídicos (razón del derecho) que de no funcionar dan paso a instrumentos militares (razón de la fuerza). La viabilidad del ideal constitucional es proporcional a la eficacia, en última instancia, de la fuerza para imponerlo, o dicho de otra manera, hay que hacer real el paradigma sin importar el volumen de fuerza que se invierta en ello o el riesgo en que se ponga a la sociedad¹³², y esto es así porque el liberalismo que descansa en el fondo de la construcción jurídica y valorativa occidental no se ha presentado como una ideología o doctrina sino como una verdad. Sencillamente es correcto.

No importa si es necesario *abandonar el paradigma para lograr el paradigma*, es decir, no es muy relevante si es necesario abandonar el Estado de derecho como método para alcanzarlo como fin. La Corte parece apesadumbrada pero decidida a propósito de las acciones del Estado guerrero e irregular, quisiera toparse con medidas y alternativas jurídicas, pero como no las encuentra viables, decide avalar las razones de fuerza. Es la paradoja ineludible en que incurre un orden jurídico moderno cuando pretende construir sus condiciones de posibilidad con los instrumentos que las requieren ya dispuestas.

Ahora bien, debe advertirse que el papel de la Corte Constitucional no es el de prescribir comportamientos ni el de diseñar el futuro de la organización política, y sin embargo, ocasionalmente lo hace. Por ello este lenguaje es relativamente escaso en sus

¹³¹ “La parte motiva del decreto que se revisa, trae una concepción global del orden público para considerarlo, no sólo como la manifestación de algunos hechos (bombas, secuestros, asesinatos), sino también abordando las causas de los mismos y la propia dinámica que los produce. Cada vez más, en los tiempos que corren, esa visión del orden público en cuanto un sistema estructural, se impone para el más adecuado diseño de su conservación. En efecto, como allí se señala, en la última década la sociedad colombiana ha venido padeciendo una grave realidad delictiva, que a pesar de su carácter ininterrumpido, de manera intermitente ha producido alteraciones graves del orden público frente a las cuales han sido insuficientes no sólo las "acciones ordinarias de policía", sino también la propia organización judicial, en el cumplimiento de sus fines generales de persecución del delito y la consecuente defensa social.” Sentencia de constitucionalidad 556 de 1992.

¹³² Obsérvese al respecto la preferencia de la Corte por las razones políticas o de estabilidad institucional – gubernamentales- sobre las razones en defensa de los derechos de las personas. (Anexo 9). Pero además, las tutelas en las que la Corte prefiere una cierta soberanía militar por sobre una soberanía popular; y también aquellas sentencias en las que se ha declarado constitucional la destinación del presupuesto para gasto social en gastos militares. Sentencia de constitucionalidad 416 de 1993.

pronunciamientos, y a la vez fuertemente censurado en las conocidas discusiones respecto de sus dotes de legislador en sentido positivo, es decir, creadora de derecho.

Con todo, la Corte diseña el futuro, da directrices y pautas, crea imaginarios y refuerza las prescripciones constitucionales. Este es el camino mediante el cual se da a la tarea de construir el Estado desde la jurisdicción y de perfilar el orden político y social que debe regir o imponerse por sobre los demás órdenes que son leídos como inconstitucionales. En ciertos casos la alegría de la Corte equivale a las expresiones de júbilo del guerrero vencedor.¹³³

La versión axiologizante del orden constitucional con sus valores, sus principios, su Derecho Internacional Humanitario, su búsqueda de la paz, etcétera, simplemente parece ordenar que la guerra no debe estar presente en una organización política, debe ser erradicada, y para ello sólo hay dos caminos que necesariamente operan como prescripciones que han de pasar por el Gobierno Nacional, son ellos: los diálogos dirigidos por el Gobierno o la guerra ganada por el Gobierno.¹³⁴ En cualquier caso un extraño monopolio del Gobierno en relación con una guerra que sin duda le involucra pero sobre la cual está lejos de tomar decisiones definitivas.

Al efecto, la Corte establece obligaciones de resultados y no de medios al Estado en relación con la guerra interna;¹³⁵ así mismo, exige un mayor compromiso social basado en el valor de la solidaridad para con las fuerzas armadas, con el cual se da lugar a una noción muy cercana a la que respaldaría ideológicamente al “ciudadano en armas”, al ciudadano más comprometido con el Estado en guerra, más cercano a las fuerzas militares.¹³⁶

¹³³ “Y si los delincuentes corren riesgos, tales riesgos no son consecuencia de las publicaciones, sino de sus propias actividades delictuosas. Quien se coloca al margen de la ley, está expuesto a sufrir los rigores de ésta (...) **Cuando**, para bien de la sociedad, **los miembros de organizaciones criminales caen en poder de las autoridades, éstas tienen el deber de hacerlo saber, para que disminuya el constante temor que inspira el crimen organizado.** (...) **En el futuro, cuando se hagan publicaciones semejantes a éstas, habrá que advertir si se trata de delincuentes PRESUNTOS O CONVICTOS. Esto, en guarda de la presunción de inocencia**”. Sentencia de Constitucionalidad 561 de 1993 (negrillas del original).

¹³⁴ Dice la Corte: “... debe admitirse que, ante la magnitud de la responsabilidad presidencial sobre restablecimiento del orden público perturbado, el Ejecutivo no puede menos que efectuar una evaluación previa sobre la génesis del desasosiego para diseñar la estrategia destinada a conjurarlo (...) En tal sentido, ninguna persona ni autoridad dentro del Estado se halla autorizada para actuar con independencia del Presidente de la República y menos en contra de sus determinaciones en lo referente a la conducción de la política de orden público... **unidad de mando...** (...) En cuanto a lo primero, baste recordar que, en orden a alcanzar la paz -v.g. a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos- el Presidente dispone de una enorme discrecionalidad para decidir sobre distintas alternativas comportamentales (sic) que se mueven entre los extremos de las medidas de confrontación y las medidas de negociación.” Sentencia de Constitucionalidad 214 de 1993.

¹³⁵ Cfr. Sentencia de constitucionalidad 031 de 1992.

¹³⁶ Curiosamente, el fundamento de la solidaridad es de estirpe totalitaria: “El ser libre se compromete. De ahí que el fundamento de toda obligación es la libertad, fruto de la racionalidad del hombre. La obligación no supone menguar la libertad, sino dirigirla hacia un fin. (...) Cuando una persona sirve a la comunidad se está sirviendo, mediatamente, a sí mismo, porque el todo -se vuelve a insistir- comprende a cada una de las partes, y si se beneficia el todo, se benefician las partes”. Sentencia de tutela 224 de 1993.

Como si la guerra no los tocara, como si los ciudadanos no perdieran todo en ella, la Corte hace llamados a un mayor sacrificio y advierte de los peligros de su claudicación. Es esta postura prescriptiva acerca de la ciudadanía la que inspira su aval constitucional a las delaciones, la negociación de penas por colaboración de la justicia, las autodefensas comunitarias y la sociedad en alarma constante que debe cumplir las funciones de vigilancia y denuncia propias de los organismos de seguridad. Se trata del respaldo constitucional a una suerte de sociedades en alerta naranja.¹³⁷

Parte de los sacrificios que se exigen e imponen al ciudadano activo que colabora con el Estado en guerra, consisten en la disminución de sus derechos, ya sea porque se efectúe a través de la peligrosa noción de “intangibilidad del núcleo esencial”, o simplemente porque se desarrollan lecturas e interpretaciones que los precarizan.¹³⁸ Quizá la forma más impactante que esa precarización adquiere se motiva en la aceptada concepción según la

Las principales expresiones que vinculan al ciudadano a la guerra en nombre de la solidaridad con el Estado se encuentran en la ya citada sentencia que constitucionaliza las “Convivir”. Otro ejemplo, en clave prescriptiva: “... deber de solidaridad que tiene toda persona, especialmente los propietarios de predios rurales, en cuanto a respaldar la acción legítima de las autoridades para garantizar la convivencia social, con el propósito de proteger tanto el interés público como los intereses individuales de las personas...” Sentencia de tutela 651 de 1996; y finalmente, un enorme deber de sacrificio de los ciudadanos que prestan su servicio al Estado, así sea como jurados electorales, cuya función es transitoria: “Desde la perspectiva del valor que le asigna la Constitución al derecho a la vida de todas las personas, la primera reacción lógica sería la de aceptar la renuncia de los jurados de votación designados, con el fin de eliminar cualquier duda acerca del riesgo que podrían correr estos ciudadanos. Sin embargo, esta posición produciría un gran problema, cual es el de que si a toda amenaza contra el Estado, sus servidores o sus colaboradores se respondiera de esa manera, tendría el Estado actual que renunciar a todas sus prerrogativas y responsabilidades. Es decir, el Estado de derecho, social y democrático se convertiría en presa fácil de todo tipo de intimidaciones y, en última instancia, desaparecería como tal. Su papel sería entonces asumido por otras fuerzas, no comprometidas con los principios que informan el modelo de Estado prefijado en la Carta Política de 1991.” Sentencia de unificación 747 de 1998.

¹³⁷ Al efecto véase la Sentencia de Constitucionalidad 031 de 1992. Navasky advierte acerca de los peligros del informante quien destruye la misma posibilidad de comunidad porque él opera sobre la base del principio de traición, y una comunidad sobrevive sobre la base del principio de confianza. Citado por Robert Cover. *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*. Barcelona, Editorial Gedisa, 1993. p. 117

¹³⁸ El punto de partida de la Corte, puede sintetizarse así: “En el consenso racional y jurídico cada uno de los asociados, al cooperar con los fines sociales, admite que sus pretensiones no pueden ser ilimitadas, sino que deben ajustarse al orden público (...) Pero el hecho de predicar su inviolabilidad no implica de suyo afirmar que los derechos fundamentales sean absolutos, pues lo razonable es pensar que son adecuables a las circunstancias. (...) El criterio de ver al mantenimiento del orden público como una restricción de los derechos, es algo ya superado. El orden público, en primer término, es una garantía de los derechos y libertades comprendidos dentro de él. Sentencia de constitucionalidad 045 de 1996.

Así las cosas, frente a las tensiones propias de la conflictividad social, la respuesta de la Corte se inclina por este tipo de soluciones: “Luego se trata de encontrar un punto medio de equilibrio que haga compatibles las mayores expresiones del ius puniendi del Estado por razones de conservación del orden público, ancladas en el interés general, de un lado, con el mínimo de derechos intocables de las personas, fundamentalmente relativos al debido proceso, basados en el interés particular, de otro lado.” Sentencia de constitucionalidad 059 de 1993. No debe extrañar entonces que para la Corte Constitucional la puesta en peligro – si no desaparición- de los derechos en excepción no pase de ser una incomodidad: “A lo sumo podría decirse que estas limitaciones traen consigo una molestia para las gentes de bien.” Sentencia de constitucionalidad 344 de 1996.

Porque como con acierto señala Angarita: “Sin embargo no por esta noble causa se puede afectar o involucrar el debido proceso, el derecho de defensa, ni el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, pues ellas no han sido las generadoras del aumento de la criminalidad en Colombia.” Sentencia de constitucionalidad 093 de 1993.

cual los derechos representan un obstáculo para el orden público, esto a pesar de los reiterados pronunciamientos de la Corte en sentido contrario, es decir, afirmando que el orden público es la materialización de los derechos.¹³⁹

Pero del sacrificio al disfrute por la renuncia a contar con derechos puede darse un paso. La construcción de un buen ciudadano puede cumplirse a través de un desecho, si permite su beatificación a través de las virtudes militares, y se entrega a una de sus instituciones que le formará mejor que los clásicos espacios del crisol de la ciudadanía.¹⁴⁰

La naturaleza prescriptiva más profunda de estas formulaciones no es sin embargo el papel que ha de cumplir el ciudadano, sino y sobre todo, la capacidad transformadora de la realidad que se atribuye al derecho, especialmente aquí a las directrices gubernamentales del Estado guerrero, siempre y cuando estén acompañadas de un mayor compromiso social –a la manera como funcionan las comunidades de creencias religiosas–, pues más que la interposición de la acción de tutela, se trata es de creer en el derecho y sus soluciones.¹⁴¹

La gran prescripción jurídica de la Corte Constitucional expedida como derecho positivo en relación con la guerra es la creación del bloque de constitucionalidad que compendia la totalidad de su arsenal colegislador. Ante el vacío normativo o la falta de unidad en su tratamiento que permitiera identificar un paradigma constitucional con el cual se evaluara el ajuste de una determinada norma al derecho vigente, la Corte Constitucional crea la *ley del bloque de constitucionalidad*, es decir el ordenamiento de respuesta a la guerra, y en este sentido, la definición de un campo normativo, o por lo menos la agrupación de textos normativos con sentido de unidad.¹⁴²

¹³⁹ Para evitar la excarcelación por vías legales, dice la Corte: “Los derechos fundamentales no pueden ser convertidos, por cuanto sería una conclusión interpretativa al absurdo, en medios para obtener la impunidad.” Sentencia de constitucionalidad 556 de 1992.

¹⁴⁰ Incita la Corte: “Puede sostenerse que la incorporación a filas, aparte de ser un deber al cual no puede en principio sustraerse la persona, representa para el joven una experiencia en verdad enriquecedora para su existencia. Los conocimientos y destrezas que se derivan de la enseñanza militar son necesarios para mantener un nivel de idoneidad en quienes eventualmente deben defender la independencia nacional, el territorio y las instituciones democráticas. Desde el punto de vista individual, las pautas de socialización que se originan de la participación en las fuerzas militares, como cuerpo social sustentado en la disciplina, jerarquía, obediencia, unidad de mando, lealtad y orden, las cuales se integran en la virtud militar y resultan indispensables para la acción y decisión en este campo, son importantes de ser conocidas y practicadas. No menos significativo es el hecho de la integración de las fuerzas militares con miembros procedentes de todas las clases sociales, lo que brinda una oportunidad de integración alrededor de una causa común.” Sentencia de unificación 277 de 1993.

¹⁴¹ La más representativa de estas creencias y a la vez la más comprehensiva si se trata de dar cuenta del papel de la Corte a propósito del Estado irregular en guerra, es que el abandono del Estado de derecho permite construir el Estado de derecho. La Corte tiene la idea de que transitoriamente se justifica renunciar al derecho para salvar el derecho. Que la solución a la violencia social es el despliegue de la violencia institucional. Una expresión concreta de ello es la solicitud a los ciudadanos para que den muestra de la creencia que profesan o han de profesar en el derecho, y con ello la exigencia para que incrementen sus sacrificios por el orden institucional que tanto ha hecho por ellos: “De manera general, no se puede excusar el cumplimiento de un deber para asegurar un derecho. Resulta mucho más claro dentro de la ética social del sistema político-jurídico, asumir desde la edad definida en la ley, los deberes ciudadanos que iniciar de inmediato un ejercicio ciudadano, aspirando a los legítimos logros de la cultura y de la civilización.” Sentencia de constitucionalidad 511 de 1994.

¹⁴² En términos generales estaría compuesto por las normas constitucionales referidas a la guerra (debe aclararse que para algunos el bloque de constitucionalidad no se integra por las propias normas constitucionales), la ley estatutaria de los

Sin duda alguna aquí no se trata ya de una teoría del límite como el “no”, como el “hasta aquí”, como lo incorrecto, pues se trata de una Corte propositiva, que da directrices como un ejercicio de cogobierno, de coincidencias con las fuerzas militares, de concubinato que busca emparentar y no controlar.

4.3. Adscripciones

Ahora bien, la proclividad de la Corte Constitucional en el ejercicio de su control sobre el Estado irregular guerrero hacia cierto tipo de concepciones o sujetos intervinientes en los procesos, tiene gran entidad si se ha de examinar la puesta en práctica de los límites que la corporación debe establecer a aquél en el desarrollo de sus actividades en un contexto de guerra. Tal proclividad marca un patrón de adscripciones que impiden que el control haga aparición en el campo de los pronunciamientos y muestra un Tribunal emparentado con el Estado guerrero.

Las diferentes adscripciones de la Corte Constitucional son el objeto de estudio en el presente subcapítulo que busca dar respuesta a preguntas tales como estas: ¿A qué tipo de actitudes en relación con la guerra y el guerrero es proclive la Corte? ¿Cuáles concepciones son prohijadas por el Tribunal? ¿De parte de qué o quién ha estado la Corte?

El conjunto de sentencias examinadas alusivas a la guerra parece indicar que la lectura de la Corte sobre la materia se fundamenta en una simplificación polarizada de los diferentes y complejos componentes de la gran conflictividad colombiana. Más específicamente, esa polarización responde al esquema propio que bifurca la enorme complejidad de la Colombia contemporánea en una concepción de los buenos por oposición a los malos.

La Corte no percibe los elementos diversos que componen la inextricable variedad del mundo de la guerra en nuestro país: no ahonda en sus largos y variados orígenes, no comprende la coexistencia de múltiples actores vinculados por sus dinámicas bélicas, no reconoce los influjos de lo regional, lo local, no identifica causas remotas, motivaciones políticas, formas específicas de dominación y control, no distingue entre las tácticas, las estrategias, no alcanza a captar yuxtaposiciones, desplazamientos, derivaciones.

La síntesis del mundo de la guerra se expresa en una adscripción a la actitud maniquea, con su típica simplificación en el blanco y negro que se asignan a los mundos del derecho y de la política respectivamente. Desde esta postura las cosas son buenas o malas: los sujetos involucrados en el conflicto, las motivaciones expresadas, los medios utilizados, los argumentos ofrecidos, los resultados obtenidos. No hay puntos intermedios para el juez constitucional si se trata de plantear una posición relativa a la guerra, por ello, la actitud que presenta se basa más en una adhesión a una determinada concepción casi religiosa del

estados de excepción, la ley aprobatoria del tratado que acoge para Colombia los protocolos I y II de Ginebra, algunas de las sentencias de la Corte sobre la materia que constituyan precedente, entre otras. Cfr. SC22595

mundo de la política y el derecho, que en un reconocimiento de su enorme variabilidad. En suma, la lectura de la Corte para una realidad colorida es la de su empobrecimiento bajo la alternativa del blanco y del negro. Sin grises.

Las polaridades propias del fallador (se concede-no se concede, exequible-no exequible) bifurcan el discurso motivacional, probatorio y argumentativo y lo extreman. Sus polos, definidos por lo bueno y lo malo incluyen el amigo y el enemigo, lo eficaz y lo ineficaz, lo normal y lo anormal, el orden y el desorden, la guerra y la paz. Sin que sea posible, sin embargo, caracterizar uno u otro. Enemigo es aquello que se requiere que sea. Anormal es aquello que no es normal...

La Corte Constitucional adhiere como a una doctrina religiosa a la mitad del mundo que perfila y defiende. Se adscribe a su propio lado blanco y se convence de que todo lo que se localiza en él coincide con ella: la paz, lo bueno, lo normal, la solidaridad, el Gobierno, la autoridad, el orden, el amigo, la comunidad internacional, el DIH, las fuerzas militares. En adelante desarrolla su propia cruzada jurisdiccional contra los enemigos definidos, los contrarios. Las demás cosas están del lado opuesto y deben ser combatidas.

Desde este punto de vista no hay, sin embargo, inseguridad jurídica alguna. Como punto de partida y como modelo el discurso de la Corte es perfectamente predecible, sólo que ofrece los mismos problemas que presentan los dogmas religiosos: no admiten la puesta en práctica ni la crítica, pues se desmoronan fácilmente o se ven obligados al hermetismo del exceso de autoridad. La inseguridad es de naturaleza política y específicamente se dirige a la reducción de la factibilidad de alcanzar la paz.

La principal preferencia de la Corte Constitucional es la de dar una *respuesta* en relación con la guerra tal cual la concibe y no la de controlar al Estado guerrero. Está casada con una determinada actitud respecto de la guerra y su forma de solución, y hace esfuerzos importantes por conducir la dinámica de la guerra desde la interpretación del derecho y su creación hacia sus convicciones y objetivos. Como Corte de respuesta a la guerra, y no de control sobre el guerrero, su papel adquiere los siguientes rasgos adscriptivos:

Inclinación por una lectura e interpretación de los textos constitucionales en clara oposición a la inspiración constitucionalista. Esa lectura de respuesta autoritaria se percibe en la inversión del sentido de los textos literales, por ejemplo, donde se lee paz, ella lee defensa de la paz a como dé lugar; donde se lee derechos fundamentales, ella lee derechos relativos; donde se lee soberanía ella lee imperio; donde se lee poderes reglados, ella lee discrecionalidad; donde se lee defensa nacional ella lee absolutización del enemigo;¹⁴³

¹⁴³ Se cita a continuación un salvamento de voto, que constituye un ejemplo extremo, con una insinuación realmente preocupante: "No puede permitirse que la solución de los problemas nacionales, parta de la deformación de la realidad, de su desconocimiento. Al llamar "delincuentes políticos" a los que son criminales tan comunes como todos los demás, pero más peligrosos, se crean las condiciones para recompensarlos luego con generosos indultos y amnistías generales, curules en el Congreso de la República, cargos diplomáticos, donaciones, créditos, bienes de toda clase, etc. La paz de una nación no puede construirse sobre el perdón y el olvido de los crímenes: esa sería una paz injusta, que sólo originaría nuevos crímenes. (...) **Por fortuna, los colombianos no son tontos ni cobardes: ellos**

donde se lee solidaridad social, ella lee ciudadanos en armas; donde se lee unidad nacional, ella lee concentración de poderes en el Gobierno Nacional; donde se lee democracia y pluralismo, ella lee democracia sustancial y alteridad peligrosa.¹⁴⁴ Es este conjunto de lecturas el que ha dado lugar a la configuración de una respuesta en bloque a la guerra, conocida como el bloque de constitucionalidad. El bloque de constitucionalidad para la guerra es un dispositivo jurídico para el combate, ideado por el juez constitucional.

Ahora bien, respecto del bloque de constitucionalidad, figurado por ella misma, la Corte opera de modo autorreferente, es decir, adhiere a sus propios preceptos y de esta manera autolegitima sus propios fallos posteriores con base en sus construcciones previas. A su vez, ya se ha dicho en este trabajo, el bloque de constitucionalidad coincide bien con las pretensiones gubernamentales para el tratamiento jurídico político de la guerra, esbozadas en el capítulo primero.

La Corte Constitucional presenta en sus fallos un patrón de comportamiento que puede ser interpretado a grandes rasgos como un mapa de preferencias y exclusiones a propósito de los sujetos que intervienen de manera directa o no en los expedientes, y también respecto de sus ideas, concepciones, actitudes, medidas, etcétera.

En un margen de intervenciones no muy poblado, la Corte se acerca al objeto de control. La coincidencia de la Corte con el Gobierno Nacional y las acciones y omisiones de las Fuerzas Armadas es bastante alta, mientras que es mínima tratándose de las posturas de los ciudadanos en relación con la guerra. Es la preferencia por un discurso constitucional gubernamentalizado en cuanto se inclina por las actividades propias del poder institucional y mucho menos por la defensa de los derechos.

Debe observarse en este punto una diferencia de valor entre las decisiones de constitucionalidad y las de tutela. En las primeras, el ámbito de aquello que es objeto de decisión es determinado por el Gobierno Nacional –y a veces por el Congreso-, con lo cual define hasta cierto punto el margen del juicio de constitucionalidad reduciendo la contingencia de obtener consideraciones y fallos desviados respecto del interés gubernamental; en las segundas, el ámbito de lo decidible es más difícil de prever, no sólo porque aluden al acontecer fáctico de la vida de un país en guerra irregular, sino también porque las personas recurren a la tutela por razones de muy diversa índole. Pero además, en las decisiones de tutela el Gobierno no interviene y por ello la Corte se encuentra enfrentada al estudio de un asunto que involucra la defensa de derechos fundamentales, y su violación por razones relacionadas de una u otra manera con la guerra, de tal manera que

harán frente a la conjura de los delincuentes y de los necios, con inteligencia y valor.” Salvamento de voto a la Sentencia de constitucionalidad 466 de 1995. Negrilla fuera del texto.

¹⁴⁴ Una peligrosa forma de sustancialización democrática que ofrece rasgos de lo que se podría denominar como totalitarismo democrático es la idea de la Corte según la cual la democracia no puede soportar conflictos de alta intensidad, dado que la podrían destruir. La postura es problemática en cuanto desaloja completamente la noción pluralista dirigida al reconocimiento de la alteridad y la diferencia como parte de la democracia. Dijo la Corte sobre este punto: “Corte: La democracia no puede amparar su propio germen de destrucción y ello porque dentro de la naturaleza del Estado Social de Derecho la democracia es algo más que un medio, es un fin.” Sentencia de constitucionalidad 045 de 1996.

la presión gubernamental es menor, pero se incrementa la dificultad para aterrizar las construcciones jurisprudenciales en el piso del contexto bélico.

La simpatía de la Corte Constitucional hacia el Gobierno Nacional en materia de la guerra es más perceptible si se distinguen teóricamente tres aspectos propios del Estado liberal, específicamente relativos a las relaciones interorgánicas. Estas permiten diferenciar entre el principio de separación de poderes, el principio de equilibrio entre poderes y el principio de armonía entre los poderes. La separación de poderes garantiza que el poder político no se encuentre concentrado en un solo órgano, el equilibrio entre poderes garantiza que un poder no sea más poderoso que los otros, y la armonía entre los poderes garantiza que estos a pesar de sus funciones diferenciadas no generen choques interorgánicos o fuerzas disolventes de la unidad estatal. Separación, equilibrio y armonía se necesitan recíprocamente para que el Estado funcione dentro de las reglas del Estado de derecho, de no ser así, se producirían graves consecuencias. Por ejemplo, un exceso de separación conduciría a la desmembración del Estado; un exceso de equilibrio, traería como consecuencia la imposibilidad de que el Estado funcione porque no habría claridad acerca de quién tomaría la decisión final respecto de un tema; y un exceso de armonía, conduciría a una falsación de la separación misma que perdería sentido porque en la práctica el poder sería uno solo, necesariamente dirigido contra el Estado de derecho y el constitucionalismo.¹⁴⁵

Aunque en Colombia, aun desde el punto de vista de la ingeniería constitucional hay defectos en los tres principios, para el caso en estudio es de suma importancia un exceso de armonía entre el poder judicial y el poder gubernamental. Particularmente, la Corte Constitucional denota una clara inclinación a adherir las posturas del Gobierno en materia de la guerra, con un espíritu colaboracionista hasta el exceso de confundir las funciones de decidir en jurisdicción con las de gobernar y combatir.

Así las cosas, la Corte Constitucional se ha dado a la construcción de un “constitucionalismo de mano dura” que coincida con los intereses y objetivos nacionales tal cual como los lee el Gobierno en guerra. La jurisprudencia expresa bien estos intereses: solución militar a la guerra, endurecimiento de la justicia, declaración y prórrogas de las dictaduras constitucionales, recortes en los derechos y sus garantías, militarización de la administración pública, peticiones de una mayor cuota de sacrificio a la población, entre otros.

¹⁴⁵ Como un ejemplo de los peligros que trae consigo para la seguridad jurídico-política la preferencia de los principios y valores por sobre las reglas, es decir, el derecho abierto sobre el derecho preciso, puede observarse la pérdida de fuerza de los principios de división y equilibrio entre poderes frente al de armonía entre ellos. Un actitud insinuante de la Corte: “... que busca ante las dificultades de la justicia originadas en recursos y maniobras de la delincuencia, aprovecharse de ellas, a fin de obtener la impunidad de personas, cuya capacidad de daño social, no es motivo de discusión. Los derechos fundamentales no pueden ser convertidos, por cuanto sería una conclusión interpretativa al absurdo, en medios para obtener la impunidad. (...) por una delincuencia dispuesta no sólo a subvertir el orden público, sino de manera específica a impedir la recta aplicación de la ley. La intimidación y el asesinato de jueces de distinta categoría, el uso del gran capital como recurso corruptor, y el terrorismo en sus formas más extremas, a más del gran volumen y complejidad de las conductas delictivas, están en el origen de las **dificultades de un aparato judicial para impartir una justicia en la cual todos estamos comprometidos**”. Sentencia de constitucionalidad 556 de 1992. Negritillas fuera del texto.

El deseo de armonizar con el Gobierno en relación con la guerra trae consigo la proclividad por la degradación del control hasta el punto de que, en el conjunto de fallos examinado, las prohibiciones representan un número muy bajo con respecto a las llamadas de atención, las coincidencias, las aprobaciones, las sugerencias, los consejos, y aun los aplausos.¹⁴⁶ Acepta pues la transferencia de problemas políticos a la jurisdicción, en una práctica muy conocida en el contexto latinoamericano de las pasadas décadas.

Hay sentencias en las cuales la Corte, en un exceso de armonización con el controlado, se echa al hombro los problemas que aquél debería resolver, y termina haciéndose cargo del tratamiento del problema material, a través de dudosas fórmulas jurídicas.¹⁴⁷ El Gobierno

¹⁴⁶ En algunos casos, la misma Corte completa inapropiadamente los considerandos del Gobierno Nacional: "... a considerar que una liberación masiva de detenidos a ordenes de la jurisdicción de los jueces regionales y del Tribunal Nacional, podría producirse, agravando aún más factores de perturbación de la paz ciudadana y de la convivencia pacífica (arts. 2o. y 22 C.N.). **Las consideraciones del Gobierno al expedir el Decreto que declaró la conmoción interior, vinieron a ser convalidadas por hechos posteriores**, vinculados con la misma etiología criminal propia de los delitos a que se refiere la legislación penal especial. Sentencia de constitucionalidad 556 de 1992. Negrilla fuera del texto original. En otros casos, aconseja llevar a cabo tácticas militares: "La acción del Estado deberá orientarse en dos direcciones. Actuando, de una parte, sobre las causas de orden económico y social que históricamente explican el nacimiento y extensión de los fenómenos aquí contemplados. Y, de otra, socavando la base económica y logística sobre la cual se asienta la posición de fuerza que las dos organizaciones exhiben y ejercen, para lo cual deberá identificar sus movimientos y aislar su operatividad." Sentencia de constitucionalidad 031 de 1992. También es significativo el recurso a posturas propias de las ciencias exactas, concretamente del principio "causa-efecto", al pronunciarse sobre la relación entre causas invocadas y medidas tomadas: Sentencia de constitucionalidad 059 de 1993.

De otro lado, llama la atención un conjunto de salvamentos de voto en los que se juega un sentido del "sí, pero no". Es decir, voté sí, pero hay razones para el no, o para sospechar que es peligroso: Un ejemplo: "He votado la exequibilidad del Decreto 2265 de 1991, por considerar que sus disposiciones no comportan una transgresión de la Carta Política vigente. No obstante juzgo necesario aclarar mi voto, haciendo explícitos dos argumentos esenciales que, a mi juicio, resultan pertinentes en el caso a examen: (...) Como ya lo había expresado en un salvamento de voto anterior (Expediente No. D-179) resulta paradójico que las normas pensadas para contrarrestar factores transitorios de desorden, que justamente por ser transitorias justifican el estado de excepción, se conviertan en normas permanentes que prolongan -sin decirlo- el estado de excepción más allá de su vigencia temporal originaria. Por ese camino bien puede llegarse al régimen excepcional indefinido y permanente, que desvirtúa el sentido del Estado de Derecho. Salvamento de voto a la Sentencia de constitucionalidad 208 de 1993.

Parafraseando a la Corte, las advertencias adquieren la fórmula de "le concedo las facultades extraordinarias, pero debe usarlas responsablemente". Sentencia de constitucionalidad 027 de 1996.

Y el consejo: "Cosa diferente, desde luego, es que teniendo en cuenta que los miembros de la Fuerza Pública son quienes con mayor seguridad y realidad conocen la verdadera situación del orden público en las diferentes zonas o regiones del país, puedan sugerir como integrantes de los consejos de seguridad a nivel nacional y seccional, ..." Sentencia de constitucionalidad 295 de 1996.

¹⁴⁷ Puede tenerse como ejemplo esta elaboración: "¿Qué ocurre cuando habiéndose declarado el estado de conmoción interior por la perturbación del orden público originada en unas causas, y no habiéndose conjurado éstas, sobrevienen otras distintas que también perturban gravemente el orden público? Es claro, en primer lugar, que no podría levantarse el estado de conmoción interior, para volver a declararlo invocando las nuevas causas, porque las anteriores subsisten, y los decretos legislativos perderían su vigencia. Y también es claro que, en virtud de la teoría de la especificidad, basada en el numeral 1 del artículo 214, con base en la declaración inicial no podrían dictarse decretos legislativos que versaran sobre los hechos nuevos, sobre la nueva situación. Solamente queda, entonces, una solución, que a juicio de la Corte es correcta: hacer una nueva declaración del estado de conmoción interior, invocando la situación sobrevenida. Coexistirán así dos estados de conmoción interior, cada uno con sus causas propias. Y los decretos legislativos que se dicten se basarán en una de las dos declaraciones, según las causas de perturbación del orden público que se pretenda conjurar. Sentencia de constitucionalidad 153 de 1996.

percibe esta actitud armónica continuada y actúa en consecuencia: recurre a estados de conmoción legislando con cómodas justificaciones de tres o cuatro párrafos.

La calificación como constitucional del recurso permanente a la conmoción interior como respuesta a la guerra interna, así como también sus prórrogas frecuentes, permiten observar una preferencia por la excepcionalidad del Estado de derecho en abierta contradicción al espíritu de reconciliación nacional bajo las reglas de la normalidad de las instituciones, que se percibía en el entorno de la Asamblea Nacional Constituyente. La Corte no presume la inconstitucionalidad de la excepción en el examen de la evidencia. Ella, al contrario, refuerza la prueba de su justificación.

Asociada a lo anterior, la Corte presentó una tendencia favorable a la incorporación de la legislación expedida bajo condiciones supuestamente extraordinarias a la legislación ordinaria, logrando con ello una desconfiguración del derecho de la normalidad en derecho de la anormalidad, con lo cual se pierde la frontera entre uno y otro, propia de los Estados de derecho. Esta conversión de la legislación para las condiciones de guerra -no declarada institucionalmente- en legislación para las condiciones de paz, permite que los gobiernos cuenten con dispositivos permanentes de anulación del Estado de derecho sin correr los riesgos propios de la deslegitimación propia al declararlos.

De la misma manera, reviste gran importancia que la Corte Constitucional acepte la declaratoria de la conmoción interior con base en hechos que no tienen las características de ser sobrevinientes ni extraordinarios. Aceptó la Corte argumentos del Gobierno para su declaración o prórroga que distan mucho de presentar las características exigidas: la eventualidad de un tipo de interpretación judicial acerca de una norma favorable a la libertad de algunos sindicatos; las actividades propias de la delincuencia común; la muerte de Álvaro Gómez Hurtado; los supuestos ataques alevos al personal de la fuerza pública; el uso ilícito de medios individuales y masivos de comunicación, entre otros.

En sintonía con todo lo anterior, la Corte Constitucional ha preferido las medidas en defensa de las instituciones estatales (estabilidad, seguridad) sobre medidas en defensa de los derechos. En la gran mayoría de las sentencias tanto de constitucionalidad como de tutela puede observarse una clara inclinación por las razones de defensa gubernamental en detrimento de la defensa poblacional, es decir, ¡la defensa de la razón de Estado!

Así mismo, la Corte Constitucional ha mostrado su simpatía por medidas preventivas y estructurales en la declaratoria y prórroga de las conmociones interiores, lo que constituye una clara alteración del sentido de la figura excepcional que no puede estar referida a supuestos de peligro ni al diseño mismo del orden social. Ello parece confirmar su adhesión al miedo generalizado que inspira por estos días la respuesta a los asuntos

Algunos salvamentos de voto no son menos colaboracionistas: "... y en el presente caso, dado lo concreto de la materia regulada y la facilidad para identificar las normas que se suspenden, el control de constitucionalidad no se dificulta en modo alguno, ni se genera incertidumbre jurídica, porque es fácil determinar la legislación que se pretendía suspender, labor que incluso puede hacer la Corte en la sentencia mediante la cual se materializa el control sobre las normas de excepción." Sentencia de constitucionalidad 135 de 1996.

políticos, y que constituye un factor importante para la alteración del buen juicio basado en la autonomía, la independencia y la neutralidad.

La Corte es oscilatoria en la diferencia subversión criminal: lo hace con poca técnica, y a veces, según interés, si se pronuncia sobre normas con inspiración de salida política los llama subversivos, si son de inspiración militarista, los denomina criminales. Es la indefinición del juzgador que se mueve por el estado de ánimo gubernamental y los tiempos de sus iniciativas. La guerra, y no el derecho, marca los ritmos y los tiempos de un orden irregular y para un Estado de esa condición.

La descripción autoritaria de los derechos es una tendencia claramente perceptible en el órgano de control, hasta el punto en que no sólo los limita en nombre de la protección institucional, sino que los instrumentaliza para justificar las medidas en defensa del orden estatal.¹⁴⁸

El algunos pronunciamientos la Corte ofrece una cuestionable versión unitaria de la sociedad y sus instituciones para la seguridad civil o militar, según la cual, estas y aquella se articulan en una sola entidad.¹⁴⁹

En ciertos casos, la Corte considera que para declarar una norma inconstitucional, ésta debe oponerse en forma expresa a un precepto constitucional. Esto es importante porque la Corte muestra este comportamiento cuando participa “armónicamente” de la reacción bélica del guerrero que controla.

¹⁴⁸ “No hay libertad sin orden y éste no se comprende sin aquella. Libertad significa coordinación, responsabilidad, facultad de obrar con conciencia de las finalidades legítimas, y no desorden, anarquía o atropello (...) de una u otra forma, sin el derecho a la información la sociedad civil no puede vivir en orden, ya que siempre el conocimiento precede a la acción (...) La utilización de los medios de difusión para tales efectos, en una sociedad como la nuestra, contribuye a crear un clima mayor de zozobra y a magnificar a los ojos de sus destinatarios -la sociedad civil- la acción de la delincuencia”. Sentencia de constitucionalidad 045 de 1996.

“El primero es la suposición de que la guerra exterior o la perturbación del orden interno, obedecen a un plan preestablecido, que el Gobierno tiene que conocer al declarar el correspondiente estado de excepción. Se olvida que, por su misma naturaleza, una vez comenzada la guerra o perturbado el orden interno, los acontecimientos sucesivos son imprevisibles. Lo que comienza, por ejemplo, con una huelga general, puede continuar con ataques a las oficinas públicas, bloqueos de las carreteras, asaltos a los cuarteles, etc”. Salvamento de voto a la Sentencia de constitucionalidad 135 de 1996.

“Un análisis acerca del mal denominado Paro Armado, específicamente de la participación que en su realización tuvo el “ELN”, así como de los propósitos (...) buscan establecer un control especial sobre los habitantes del área en cuestión y facilitar así la localización de quienes participan en la realización de hechos violentos; incrementar, en consecuencia, la efectividad de las operaciones de la fuerza pública; y, especialmente, proteger a la población civil, frecuentemente víctima de una lucha de la cual no forma parte (...) En el primero de dichos documentos, con base en un análisis de determinados criterios (actividad delincriminal general, condiciones sociales, limitaciones para las operaciones militares, existencia de recursos naturales o de elementos de infraestructura vial o de servicios, acción de la subversión, etcétera), se determinaron las zonas del territorio nacional que requieren de un manejo especial para lograr conjurar la crítica situación de orden público imperante. Y en el segundo, partiendo del análisis de los distintos hechos de violencia que se han registrado, se enuncian los propósitos que persiguen los diversos grupos delincriminales que operan en el país”. Sentencia de constitucionalidad 295 de 1996.

La peligrosidad asignada a las marchas campesinas por remitir a las nociones de desordenadas y tumulto. Sentencia de tutela 483 de 1999.

¹⁴⁹ Véase la sentencia de tutela 225 de 1993.

Conclusiones

Pareciera que lo conveniente en materia de conclusiones, para culminar un trabajo de alcances aproximativos, fuera la transcripción de algunos de sus más sugestivos hallazgos. Se ofrecen algunos a continuación:

- A propósito del Estado que se ha de controlar, es difícil creer que los rasgos de un tal actor de la guerra permitan su control constitucional, pues éste, que es complicado en periodos de paz, se empeora con la transformación del Estado en contextos de guerra irregular. La condición refractaria al control constitucional por parte del Estado colombiano puede sintetizarse en que la guerra irregular de larga duración ha dado lugar a un tipo de Estado guerrero antes que Estado de Derecho y mucho menos Estado constitucional. Es decir, uno de los presupuestos del control constitucional del Estado de Derecho no se cumple, pues el Estado se ha formado obedeciendo a la lógica de la guerra antes que a la lógica de la paz. Se trata de un “superestado de cosas inconstitucionales” que sintetiza al Estado irregular guerrero.
- En cuanto a la Constitución Política de 1991 entendida como paradigma para efectuar el control, puede afirmarse que resulta lejana con respecto al asunto central de la política en un país como Colombia en cuanto no se ocupa del tema de la guerra sino que lo aborda a partir de sus términos opuestos; con ello se ha dado lugar a un tratamiento subconstitucional sobre la materia; y se ha posibilitado una respuesta de confrontación excepcional de la misma. El resultado es la conversión del ordenamiento jurídico colombiano en un arma para enfrentar la guerra.
- En lo que hace relación al sujeto que ejerce el control, es decir, la Corte Constitucional, no presenta en su diseño como órgano rasgos que permitan suponer el ejercicio de un control basado en los límites que habría de preverse al Estado irregular guerrero. Esto se puede deducir de un examen acerca del origen y el proceso de elección de los magistrados, así como también de los defectos de la estructura procesal establecida para el conocimiento de algunos de sus asuntos. Más allá de las explicaciones formales, conviene recordar que en Colombia y concretamente en relación con la guerra, la Corte Constitucional está sujeta a fuertes presiones y determinaciones procedentes del entorno político: los medios masivos de comunicación, las posturas públicas del Gobierno, el reduccionismo del entorno político y del medio académico respecto de la guerra interna. Todo ello impide pensar en la existencia de un órgano límite para el Estado guerrero. De tal manera que una cosa es la guerra como objeto de fallos judiciales, y otra, bien distinta, es fallar en contextos de guerra, especialmente si se tiene que pronunciar respecto de aquélla. Ambas involucran los prejuicios del juez, pero la fuerza del contexto inmediato imprime en el juez un mayor compromiso de ánimo que le inclina a favor de los órganos controlados.
- Finalmente, en lo que hace relación con los pronunciamientos en los que la Corte Constitucional debiera desplegar un control sobre el Estado guerrero irregular a propósito de sus actos relacionados con la guerra, ellos presentan algunos rasgos que

impiden hablar de un tal límite. Los más importantes podrían ser estos: la ausencia de contrastación probatoria respecto de las afirmaciones de los agentes del Estado involucrados en la guerra; la rutinización en los pronunciamientos; los fallos tardíos; la imposibilidad de llevar a efecto cualquier mecanismo de intermediación probatoria; la simplificación binaria y maniquea respecto del conflicto armado y los actos de guerra; la guerra asumida como un *caso notorio*; la preferencia por medidas basadas en la razón de Estado, la autoridad, la seguridad de las instituciones por encima de las razones jurídicas de la defensa de los derechos y del constitucionalismo; una concepción según la cual el Estado es reactivo, es decir que no se le entiende en ningún sentido como causa o motor de la guerra; la tendencia a vincular a la población a la guerra a través de diversas formas; la confusión entre los rasgos teóricos del Estado con los fácticos del guerrero irregular; la noción de “límite” como elemento clave del control no presenta claridad ni consistencia en su contenido y sentido. La Corte no conoce ni puede reconocer el orden real sobre el que recaen los preceptos institucionales; la Corte se adscribe al principio de colaboración armónica de los poderes en detrimento de los principios de división y equilibrio entre ellos; la Corte acepta la incorporación de la legislación extraordinaria en la ordinaria; y acepta también la excepción para tomar medidas de naturaleza preventiva, estructural y ordinaria.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO, Manuel Alberto y VELEZ, Juan Carlos. “Guerra, soberanía y órdenes alternos”. Pp. 41-71. En: Estudios Políticos No. 13. Julio-Diciembre de 1998. Medellín, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia.

ARENDT, Hannah. Crisis de la república. Madrid: Taurus, 1973. 234 p.

ARIZA HIGUERA, Libardo José. “Fuerzas Armadas, justicia penal militar y discurso judicial: entre el garantismo y el eficientismo”. Pp. 3-38. En: Derecho Constitucional. Perspectivas críticas. Ensayos. Bogotá: Siglo del hombre Editores. Facultad de Derecho Universidad de los Andes. 1999. 456 p.

AROND, Raymond. Pensar la guerra. Vol. 2. Buenos Aires. Instituto de Publicaciones Navales. 1987.

Americas Watch. Estado de Guerra : Violencia política y contrainsurgencia en Colombia. Bogotá : Tercer mundo, 1994. 175 p.

ALONSO ESPINAL, Manuel Alberto y VELEZ RENDÓN, Juan Carlos. Guerra, Soberanía y Ordenes Alternos. En : Estudios Políticos. Universidad de Antioquia. No. 13 (1998).

ARENDT, Hannah. Sobre la violencia. En: Crisis de la República. Madrid : Taurus, 1973.

ATEHORTUA CRUZ, Adolfo León y VELEZ RAMIREZ, Humberto. Estado y fuerzas armadas en Colombia. Cali : TM editores, Universidad Javeriana, 1994. 235 p.

BEDOYA GIRALDO, Hubed. “La responsabilidad política de la jurisdicción”. En: Estudios Políticos No. 11, Julio-Diciembre de 1997. Medellín: Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia.

BENJAMIN, Walter. Para una crítica de la violencia y otros ensayos. Madrid : Taurus Humanidades, 1991. 164 p.

BIANCHI, Alberto. Control de constitucionalidad. El proceso y la jurisdicción constitucionales. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 1995. 533 p.

BLAIR TRUJILLO, Elsa. Las fuerzas armadas : Una mirada civil. Bogotá : Cinep, 1993. 200 p.

----- Elsa. Conflicto armado y militares en Colombia : Cultos, símbolos e imaginarios. Medellín : Editorial Universidad de Antioquia. Cinep, 1999. 238 p.

BOBBIO, Norberto. El problema de la guerra y las vías de la paz. Barcelona : Gedisa, 1992. 204 p.

----- Estado, Gobierno y Sociedad. México : Fondo de Cultura Económica, 1989. p. 112.

BOBBIO, Norberto y BOVERO, Michelangelo. Origen y fundamentos del poder político. Mexico : Grijalbo, 1985. 135 p.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola y PASQUINO, Gianfranco. Diccionario de Política. Décima edición en español. Siglo XXI editores, 1997.

CAMACHO GUIZADO, Alvaro y LEAL BUITRAGO, Francisco. Armar la paz es desarmar la guerra. Santa Fe de Bogotá: Giro Editores, 1999. 442 p.

CAPELLA, Juan Ramón. Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del Derecho y del Estado. Madrid: Editorial Trotta, 1997. 296 p.

CARCOVA, Carlos María. Derecho, política y magistratura. Buenos Aires: Biblos, 1996. 191 p.

CARRE DE MALBERG, Raymond. Teoría General del Estado. México: Fondo de Cultura Económica, 1948. 1327 p.

CASSIRER, Ernst. El mito del Estado. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. 360 p.

CLAUSEWITZ, Karl Von. De la guerra. Sobre la naturaleza de la guerra. La teoría de la guerra. De la estrategia en general. México : Diógenes, 1972.

CLAUSEWITZ, Karl Von y GLUCKMANN, Andre. De la guerra. Medellín : Ed. Zeta, 1972. 282 p.

Comisión de estudios sobre la violencia / Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales / Universidad Nacional / Colciencias. Colombia: violencia y democracia. 4 ed. Bogotá: Ed. La Rosa. 1986. 260 p.

Comisión de Estudios Sobre la Violencia/ Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales /Universidad Nacional. Colciencias Colombia : violencia y democracia. Bogotá : IEPRI. Universidad Nacional de Colombia. Colciencias. 1995.

Comisión Internacional de juristas / Comisión Andina de Juristas. Violencia en Colombia. Lima : 1990.

Corte Constitucional. Sentencias 1992-2001.

COSSIO, Juan Ramón. Dogmática constitucional y régimen autoritario. México: Distribuciones Fontamara, 1998. 105 p.

CUBIDES, Fernando; OLAYA, Ana Cecilia y ORTIZ, Carlos Miguel. La violencia y el municipio colombiano 1980-1997. Santa Fe de Bogotá : Utópica, 1998. 316 p.

DAVILA LADRON DE GUEVARA, Andrés. El juego del poder. Historia, armas y votos. Bogotá : Cerec, Uniandes, 1998.

DEAS, Malcolm y LLORENTE María Victoria. Reconocer la guerra para construir la paz. Bogotá : Uniandes. Cerec. Bogotá, 1999.

DE CURREA-LUGO, Victor. De la violencia y otras costumbres. Bogotá : Signos e Imágenes, 1997. 195 p.

DEL ÁGUILA, Rafael. La senda del mal. Política y razón de Estado. Madrid: Taurus, 2000. 445 p.

DIAZ ARENAS, Pedro Agustín. Estado y tercer mundo. El constitucionalismo. Bogotá: Temis, tercera edición, 1997. 566 p.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Madrid: Editorial Trotta, 1996.

----- Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 180.

FOUCAULT, Michel. Vigilar y castigar : nacimiento de la prisión. 27 ed. Mexico : Siglo XXI, 1998. 314 p.

FOUCAULT, Michel. Genealogía del racismo. Madrid : La piqueta, 1992. 282 p.

FRANCO, Saúl. El quinto, no matar : Contextos explicativos de la violencia en Colombia. Santa Fe de Bogotá : Tercer Mundo, 1999. 208 p.

FRANCO, Vilma Liliana. Guerra Irregular: entre la política y el imperativo moral. En: Estudios Políticos, Universidad de Antioquia. No. 19 (2001).

FRANK, Jerome. Derecho e incertidumbre. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, segunda edición 1993. 141 p.

FRIEDRICH, Carl J. (...)

GAITAN, Fernando. Una indagación sobre las causas de la violencia en Colombia. En: DEAS, Malcolm y GAITAN, Fernando. Dos ensayos especulativos sobre la violencia en Colombia. Fonade, DNP. Bogotá: 1995.

GALEANO, Eunmelia. Estrategias de Investigación Social Cualitativa. Informe final de año sabático. Universidad de Antioquia, Facultad de Ciencias Sociales, departamento de Sociología, p.74.

GARCIA-PELAYO, Manuel. Derecho constitucional comparado. Madrid: Alianza Editorial, 1999. 636 p.

GIRALDO ANGEL, Jaime; OROZCO, Ivan y UPRIMNY, Rodrigo. Justicia y sistema político. Santa Fe de Bogotá : IEPRI, 1997. 119 p.

GIRALDO RAMIREZ, Jorge. El rastro de Caín : Guerra, paz y guerra civil. Bogotá : Ediciones Foro Nacional por Colombia, 2001.

GONZALEZ CARVAJAL, Pedro Juan. La doctrina de la seguridad nacional en Colombia (1958-1982). Tesis de grado. Universidad de Antioquia. Instituto de Estudios Políticos. 1994.

GONZALEZ ZAPATA, Julio. ¿Puede hablarse en Colombia de un derecho penal de emergencia? En: Estudios de Derecho. Universidad de Antioquia. No. 127 (1997).

----- “El terrorismo: la utilidad del miedo”. En: Estudios Políticos No. 21. pp. 129-142. Medellín: Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia. Julio-Diciembre 2002.

GONZALEZ GONZALEZ, Fernán. Para leer la política. Ensayos de historia política colombiana. 2 T. Bogotá: Cinep, 1997. 273 p.

HAURIOU, André. Derecho constitucional e instituciones políticas. Madrid: Ediciones Ariel, 1971. 958 p.

KAHN, Paul. El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos. Barcelona: Gedisa, 2000. 205 p.

KENNEDY, Duncan. Libertad y restricción en la decisión judicial. Santafé de Bogotá: Ediciones Uniandes, 1999. 221 p.

LEAL BUITRAGO, Francisco. El oficio de la guerra : La seguridad nacional en Colombia. Bogotá : TM Editores. IEPRI, 1994.

----- En busca de la estabilidad perdida : actores políticos y sociales en los años noventa. Santa Fe de Bogotá: TM editores, IERI (UN), COLCIENCIAS, 1995. 331 P.

----- Estado y política en Colombia. Bogotá: Siglo XXI editores. 1984. 294 p.

----- Los laberintos de la guerra : utopías e incertidumbres sobre la paz. Bogotá : Tercer Mundo, 1999. 335 p.

----- Surgimiento, auge y crisis de la doctrina de la seguridad nacional en América Latina y Colombia. En: Análisis Político. No. 15. Bogotá : Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional, enero – abril de 1992.

----- Al filo del caos. Crisis política en la Colombia de los años 80. Tercer Mundo Editores. Bogotá: 1990.

Liga internacional por los derechos y la liberación de los pueblos. El camino de la niebla : La desaparición forzada en Colombia y su impunidad. Bogotá : 1988. 321 p.

Liga internacional por los derechos y la liberación de los pueblos. El camino de la niebla : El asesinato político en Colombia y su impunidad. Volumen II. Bogotá: 1990. 346 p.

LINARES QUINTANA, Segundo. Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado. Parte general tomo I. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1953. 505 p.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Brcelona: Editorial Ariel, 1983. 619 p.

LOPEZ GARRIDO, Diego. Terrorismo, política y derecho. Madrid: Alianza Editorial, 1987. 225 p.

LLORENTE, María Victoria y DEAS, Malcolm. Reconocer la guerra para reconstruir la paz. Santa Fe de Bogotá: Ediciones uniandes, Cerec, Norma, 1999. 630 p.

ENTELMAN, Ricardo. “Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra. Pp. 295-311. En: Enrique E. Marí. Materiales para una teoría crítica del derecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995. 415 p.

MARTINEZ ESTERUELAS, Cruz. La agonía del Estado: ¿Un nuevo orden mundial? Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. 242 p.

MEDINA GALLEGOS, Carlos y TELLEZ ARDILA, Mireya. La violencia parainstitucional : paramilitar y parapolicial en Colombia. Santa Fé de Bogotá : Rodriguez Quito, 1994. 254 p.

MONSALVE SOLORZANO, Alfonso y DOMINGUEZ GOMEZ, Eduardo. Colombia : Democracia y paz. Tomo II. Medellín: Ed. Universidad Pontificia Bolivariana, 1999. 568 p.

MONSALVE SOLORZANO, Alfonso y DOMINGUEZ GOMEZ, Eduardo. Colombia : Democracia y paz. Medellín: Ed. Universidad Pontificia Bolivariana, 1999. 490 p.

MORELLI RICO, Sandra. La Corte Constitucional: ¿Un legislador complementario? Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Universidad Externado de Colombia, 1997. 75 p.

Nueva Historia de Colombia. Planeta Colombiana Editorial, 12 tomos, 1990.

OROZCO ABAD, Iván. Combatientes, rebeldes y terroristas : Guerra y Derecho en Colombia. Santa Fe de Bogotá : Temis, 1992. 327 p.

----- “Política de seguridad y política criminal en la administración Gaviria”. Pp. 55 – 86. En: Pensamiento Jurídico. No. 5. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales, 1995.

OROZCO ABAD, Iván y GOMEZ Juan Gabriel. Los peligros del nuevo constitucionalismo en la materia criminal. Bogotá : IEPRI – Ministerio de Justicia y del Derecho, 1997.

PALACIO, Germán (comp.). La irrupción del paraestado. Ensayos sobre la crisis colombiana. Bogotá: ILSA, CEREC, 1990. 320 p.

PECAUT, Daniel. La pérdida de los derechos, del significado de la experiencia y de la inserción social : a propósito de los desplazados en Colombia. En : Estudios Políticos. Medellín. No. 16, Universidad de Antioquia, 2000.

----- Presente, pasado y futuro de la violencia en Colombia. En : Análisis Político No. 30.

----- Orden y violencia : evolución socio-política de Colombia entre 1930 y 1953. Bogotá : Ed. Norma. 1987. 648 p.

----- Guerra contra la sociedad. Bogotá : Espasa, 2001.

PELAEZ GUTIERREZ, Juan Carlos. Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en materia de actos de terrorismo. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Universidad Externado de Colombia, 2000. 151 p.

Pensamiento Jurídico No. 9. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales, 1998. 299 p.

PEÑARANDA, Ricardo y GUERRERO, Javier. De las armas a la política. Santa Fe de Bogotá : TM editores, IEPRI (UN), 1999. 333 p.

PEREZ TORO, William Fredy. “Guerra y Delito en Colombia”. En: Estudios Políticos. Medellín. No. 16, Universidad de Antioquia, 2000.

----- “Ahora sí, el poder jurisdiccional. A propósito de la sentencia C-456 de 1997 de la Corte Constitucional”. En: Nuevo Foro Penal. Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia (Separata) 60 Enero – Abril de 1999. Temis. 183 p.

PEREZ TORO, William Fredy; VANEGAS, Alba Lucía y ALVAREZ, Carlos Mario. Estado de Derecho y Sistema Penal: La emergencia permanente de la reacción punitiva en Colombia. Medellín: Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, Biblioteca Jurídica Diké, 1997.

QUINTERO B, Mario Alejandro y TORRES G, Federico Andrés. Colombia y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Volumen II. Santa Fe de Bogotá : Panamericana, 1995. 449 p.

RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. La Constitución Colombiana y el Derecho Internacional Humanitario. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2000.

RAMSEY W., Russell. Guerrilleros y soldados. Santafé de Bogotá: TM. Editores. segunda edición 2000. 352 p.

RANGEL SUAREZ, Alfredo. Colombia : guerra en el fin de siglo. Santa Fe de Bogotá : TM Editores. Universidad de los Andes. Facultad de Ciencias Sociales, 1998.

----- Guerra insurgente. Bogotá : Intermedio editores, 2001. 456 P.

SANCHEZ, Gonzalo y PEÑARANDA, Ricardo. Pasado y presente de la violencia en Colombia. Segunda edición. Bogotá : Cerec, 1991.

SANTOS, Boaventura de Sousa y GARCIA VILLEGAS, Mauricio. El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. 2 Tomos, Bogotá : Siglo del Hombre, Colciencias, 2001.

SERRANO GOMEZ, Enrique. Consenso y Conflicto : Schmitt y Arendt la definición de lo político. México : Interlnea, 1996. 174 p.

SCHMITT, Carl. El concepto de lo político. Madrid: Alianza, 1991.

----- Teoría de la Constitución. México: Editorial Nacional, 1961. 457 p.

Sí a la guerra. En: El Tiempo, Bogotá. (19, feb, 2002)

URIBE DE HINCAPIE, María Teresa. Las soberanías en disputa : ¿Conflicto de identidades o de derechos? En: Estudios Políticos. Medellín. No. 15, Universidad de Antioquia, 1999.

----- “Órdenes complejos y ciudadanías mestizas: una mirada al caso colombiano”. Pp. 25-46. En: Estudios Políticos No. 12, Enero-Junio de 1998. Medellín: Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia.

----- “Las soberanías en vilo en un contexto de guerra y paz”. Pp. 11-37. En: Estudios Políticos No. 13, Julio-Diciembre de 1998. Medellín: Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia.

Universidad Nacional de Colombia / Asociación de especialistas en Derechos Humanos. La responsabilidad en Derechos Humanos. Santa Fe de Bogotá : Universidad Nacional, 1996. 167 p.

VALENCIA VILLA, Hernando. La justicia de las armas. Santa Fe de Bogotá: Tercer mundo, 1993. 144 p.

----- Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano. Bogotá: Cerec, segunda edición, 1997. 210 p.

VARGAS VELASQUEZ, Alejo. Guerra, violencia y terrorismo. Universidad Nacional de Colombia. Red de Universidades por la Paz. Bogotá: 1999.

VASQUEZ CARDENAS, Ana Victoria. Un episodio de violencia estatal como expresión de la guerra irregular en Antioquia. Trabajo de grado. Instituto de Estudios Políticos. Universidad de Antioquia. Medellín: 2002. 232 p.

VELEZ RAMÍREZ, Humberto. El conflicto político armado en Colombia. Negociación o guerra. Santiago de Cali: Editorial Santiago de Cali. 1998. 253 p.

VELEZ RAMIREZ, Humberto y ATEHORTUA CRUZ, Adolfo L. Militares, guerrilleros y autoridad civil : El caso del Palacio de Justicia. Santiago de Cali: Universidad del Valle, Universidad Javeriana, 1993. 300 p.

VIVER I PI-SUNYER, Carles. Materias competenciales y Tribunal Constitucional. Barcelona: Ariel Derecho, 1989. 251 p.

WALDMAN, Peter y REINARES, Fernando. Sociedades en guerra civil : Conflictos violentos de Europa y América Latina. Barcelona : Ediciones Paidós, 1999. 377 p.

WEBER, Max. Economía y Sociedad. Segunda edición. Bogotá : Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 1056.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Muertes anunciadas. Bogotá : Temis, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993. 150 p.