



Autor: Edwin Farfán Rodríguez

Título: Sin título

Técnica: Dibujo lápiz y carbón natural sobre lienzo

Dimensiones: 2 x 1.20 m

CONSTITUCIÓN DE 1991, CONFLICTO ARMADO Y CONTROL CONSTITUCIONAL*

* El presente artículo es resultado parcial de la investigación adelantada en el marco de la Maestría en Ciencias Políticas del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia durante el año 2003, y revisado como parte de la Tesina del Doctorado en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona, durante el año 2007.

Fecha de recepción: Abril 18 de 2008

Fecha de aprobación: Abril 30 de 2008

CONSTITUCIÓN DE 1991, CONFLICTO ARMADO Y CONTROL CONSTITUCIONAL

*Mario Alberto Montoya Brand***

RESUMEN

La Constitución Política de 1991 entendida como parámetro de constitucionalidad de los hechos y actos jurídicos de la institución estatal que participa del conflicto armado en Colombia, presenta algunas características destacables para comprender las dificultades a las que se enfrentaría una pretensión de control por parte de la Corte Constitucional. En este artículo se efectúa una aproximación a esos rasgos, los cuales permiten sugerir que el texto constitucional no representa un instrumento jurídico político idóneo que pueda ser considerado como parámetro de control de las actuaciones del Estado irregular que libra un conflicto armado. Esto es así porque la Carta invisibiliza, trata excepcionalmente y subconstitucionaliza el tema de la guerra. Estas y otras condiciones han facilitado que en el ejercicio del control constitucional la Corte Constitucional haya contribuido a la aparición de sentidos constitucionales proclives al tratamiento belicista del conflicto armado interno, con las implicaciones que ello supone para la defensa de los derechos y para la conservación de una estructura estatal propia de los estados constitucionales contemporáneos.

Palabras clave: Colombia, conflicto armado, guerra, Corte Constitucional, control constitucional, Constitución Política de 1991, mutación constitucional.

POLITICAL CONSTITUTION OF 1991, ARMED CONFLICT AND CONSTITUTIONAL CONTROL

ABSTRACT

The Political Constitution of 1991, understood as the constitutional reference point of the practices and legal acts that the Government generates as an active part of Colombia's armed conflict, has certain special characteristics that have to be taken into account in order to understand the difficulties that the Constitutional Court has to deal with when it puts into effect its constitutional control. This article is intended to be an approximation to the understanding of those special characteristics.

These characteristics suggest that the constitutional text is not the ideal instrument that would serve as a controlling mechanism of the actions of an irregular Government that takes part in an armed conflict. This is due to the fact that the Constitution vanishes, treats as an exception or "under-constitutionalizes" the fact of war. These and other conditions have contributed, when the Constitutional Court carries out its controlling role, to the rising of constitutional conceptions that foster the bellicose treatment of armed conflicts, having huge implications to the defense of rights and the conservation of the structure of contemporary constitutional Governments.

Key words: Colombia, armed conflict, war, Constitutional Court, Constitutional Control, Political Constitution of 1991, constitutional mutation.

** Abogado de la Universidad de Antioquia. Magíster en Ciencia Política del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia. Candidato a Doctor del Doctorado en Transformaciones del Estado de la Universidad Autónoma de Barcelona. Profesor investigador de la Universidad Eafit.

CONSTITUCIÓN DE 1991, CONFLICTO ARMADO Y CONTROL CONSTITUCIONAL

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

Ciro Angarita Barón

INTRODUCCIÓN

En el año 1987, el maestro Hernando Valencia Villa¹ se preguntaba por cuáles serían las características reales de la historia constitucional colombiana, y respondía acertadamente que las constituciones expedidas en Colombia hasta 1886 eran constituciones de guerra, y que la de 1886 era una Constitución por la que se había batallado en sus numerosas reformas. “Cartas de batalla” o “batallas por la Carta”, eran los términos con los que sintetizaba la historia constitucional colombiana hasta entonces. En el año 1997, en la segunda edición del mismo texto², agregó un capítulo sobre la Constitución de 1991, en la que se preguntó si esta podía ser calificada como otra Constitución enmarcada en las lógicas de la guerra y su respuesta varió significativamente: de acuerdo con él, su origen democrático y su contenido garantista no permitían incluirla dentro de la tradición guerrerista del constitucionalismo colombiano a pesar de contener dentro de su texto algunas instituciones en contravía de tal interpretación. Sin embargo, posteriormente, al examinar algunas de sus reformas consideró que “A la luz de este inventario, resulta hartamente difícil reconocer en la Constitución del 91, tan sólo cinco años después de su promulgación, el tratado de paz que los constituyentes negociaron y suscribieron en nombre y representación del pueblo colombiano”³, y finalmente auguró que “el pacto del 91 arriesga convertirse en otra carta de batalla”⁴.

¹ Valencia Villa, Hernando. *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. 2ª ed. Santafé de Bogotá: Cerec: 1997.

² *Ibid.*, p. 177.

³ *Ibid.*, p. 197.

⁴ *Ibid.*, p. 199.

Pareciera que esta respuesta hay que tomarla hoy con algún cuidado pues es sólo parcialmente cierto que la Constitución Política de 1991 no es desde su origen un texto expedido por guerreros contra sus adversarios. En el fragmento agregado que se menciona, el maestro Valencia Villa abandonó la perspectiva metodológica con la que leyó todo el periodo constitucional hasta antes de 1991, es decir, el enfoque foucaultiano del poder político y lo sustituyó por una suerte de teoría democrática constitucional que desde luego modificó el resultado de sus análisis. Si el punto de partida teórico no es el del constitucionalismo⁵, sino la perspectiva foucaultiana del poder político⁶, de acuerdo con la cual los códigos, todo ellos, son sólo la sangre seca de antiguas batallas, o sea, formas jurídicas de hacer legal y legítimo un orden que necesariamente en su origen es injusto y violento, entonces el resultado varía diametralmente. Es decir, si se entiende, recurriendo a Foucault, que la Constitución Política de 1991 mantiene el orden de dominación que hace aceptable un cierto reparto de la propiedad privada –bastante asimétrico– que descansa en el Código Civil colombiano, y que por la Constitución no pasan las viejas luchas agrarias que configuraron el orden campesino en Colombia; o que, a manera de ejemplo, por la Constitución no pasa, no se resuelve, o se resuelve en cierto sentido, precisamente porque no se trata, el problema de la tributación y su vinculación al patrimonio que hace más fácil gravar a ciertos sectores y no a otros; o por último que, por ejemplo, el tratamiento prohibitivo penalizador acerca del tráfico de estupefacientes ilegaliza a buena parte de la población colombiana y un segmento importante de sus actividades, podría pensarse a partir de todo esto, que el texto constitucional (y en el fondo todo texto jurídico) sería necesariamente un orden propio de vencedores y de vencidos. Esto es así incluso si los códigos los escribieran los narcotraficantes, los marginados, los no propietarios o las víctimas, porque en el trasfondo de todo código descansa una violencia por lo pronto domesticada pero siempre latente.

Este texto se ocupa de dar respuesta al interrogante de Hernando Valencia Villa, aunque sin recurrir a su método en el que cobran mucha importancia los factores que rodearon la expedición de cada Constitución y sus consecuencias⁷, sino es-

⁵ Que es un modelo teórico fundamentalmente diseñado para la organización del poder en tiempos de paz, y por ello incapaz de explicar bien el orden de la guerra, aunque las naciones en que opera guardan en su seno instituciones profundamente belicistas, y además han acudido a todo tipo de guerras sin alterar significativamente sus principios y estructuras: guerras internacionales, guerras contra el terrorismo, guerras sucias, guerras antisubversivas, guerras colonialistas, y ahora intervenciones militares de corte dudosamente humanitario.

⁶ Foucault, Michel. *Defender la sociedad*. Curso en el Collège de France (1975-1976). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica; 2001.

⁷ Los cuales ya por sí mismos permitirían al menos parcialmente reconsiderar la respuesta del autor citado acerca de la Constitución de 1991. Recuérdese que los actores que participaban más violentamente de la guerra en Colombia no se hicieron presentes o no fueron convocados, y por el contrario, algunos de ellos mantuvieron sus actividades e incluso una lucha encarnizada durante la Asamblea Nacional Constituyente: las Fuerzas

cuadrinando en los entresijos del texto constitucional pactado en 1991⁸, y también remitiendo a algunos de los pronunciamientos de la Corte Constitucional referidos a la guerra que se vivió en Colombia hasta el año 2001. En particular este texto se motiva en la perplejidad que causa el examinar⁹ el conjunto de sentencias de la Corte Constitucional acerca del conflicto armado colombiano y la verificación de que más allá de sus razonamientos algunas veces garantistas fundados en ejercicios de contenido constitucional su actuación apenas ha constituido un límite en los asuntos decisivos sobre el tema.

El presente artículo se refiere a la falta de tratamiento de la guerra en la Constitución Política de 1991, y a los sedimentos que la Corte Constitucional ha ido dejando en su lugar por vía del control de constitucionalidad. En su desarrollo se ocupa de tratar los temas de constitucionalismo y guerra, algunos apuntes sobre el Estado colombiano en guerra, la Constitución de 1991 como parámetro del control constitucional, la invisibilización constitucional del conflicto armado, el tratamiento excepcional del conflicto armado, la infraconstitucionalización del conflicto armado, y la Constitución guerrerrista de la Corte Constitucional.

1. CONSTITUCIONALISMO Y GUERRA

El relato de la modernidad da lugar a una concepción según la 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. La formación estatal que sigue al absolutismo monárquico es la más recurrida expresión de uno de los extremos mencionados: es pensada y descrita 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

Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), los narcotraficantes (haciendo la salvedad de algunos de los “extraditables”), los paramilitares, las bandas armadas, y esas figuras oscuras pertenecientes a sectores relevantes de la política, la economía y las Fuerzas Armadas, que alentaron, financiaron y contribuyeron a organizar y mantener las estructuras paramilitares, todos los cuales controlaban buena parte del país.

⁸ Como en algunos temas así lo han hecho Iván Orozco Abad, Gustavo Gallón, William Fredy Pérez y otros, según puede verificarse en la bibliografía anexada al final de este artículo.

⁹ Se utilizan los términos “guerra” y “conflicto armado” como términos intercambiables, más allá de sus diferencias establecidas en el Derecho Internacional y de las valiosas discusiones que se dan en nuestro país acerca de su naturaleza.

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 nociones 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 aquella entidad que precisamente constituiría la razón de ser del orden.

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 u otros órdenes alternativos 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 y paz. Ciertamente 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 interior¹⁰, con enemigos internos. Se trata, en esta última posibilidad, de un conflicto armado interno, frecuentemente con rasgos irregulares.

2. ALGUNOS APUNTES SOBRE EL ESTADO COLOMBIANO EN GUERRA

Salvo el gobierno colombiano actual, y sólo en sus declaraciones públicas, nadie duda de que en Colombia se vive un conflicto armado: ni los expertos¹¹, ni los anteriores gobiernos¹², ni los demás órganos de la institucionalidad estatal¹³, ni la iglesia católica¹⁴, ni la sociedad civil¹⁵, ni las agencias internacionales¹⁶, ni los gobiernos extranjeros¹⁷, ni tampoco los propios guerreros.¹⁸ Este conflicto armado presenta tres rasgos característicos: su larga duración, su irregularidad y su complejidad, los

¹⁰ Guerra de baja intensidad, conflicto armado interno, guerra civil, son algunos de sus nombres.

¹¹ Confrontar Gutiérrez Sanín, Francisco (Coordinador académico). *Nuestra guerra sin nombre*. Transformaciones del conflicto en Colombia. Universidad Nacional de Colombia (Bogotá). Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales. Bogotá: Norma; 2005.

¹² Algunos de los cuales reconocieron explícitamente la existencia de la subversión y del conflicto armado, razón por la cual iniciaron diálogos de paz e hicieron uso de figuras tales como el indulto y la amnistía.

¹³ En numerosas leyes el Congreso hace referencia explícita a términos tales como “conflicto armado”, “paz”, “combatientes”, “Derecho Internacional Humanitario”, “desplazados”, en fin, figuras propias de este segmento jurídico; pero también el Gobierno actual, que ha impulsado diversas leyes sobre estas materias y ha expedido abundantes decretos, y cuyas intervenciones en los procesos de constitucionalidad ante la Corte Constitucional, ordinariamente recurren a estos mismos términos.

¹⁴ Monseñor Luis Augusto Castro reconoce la existencia de un conflicto armado contrariando explícitamente la opinión del Presidente Uribe. Confrontar *El Colombiano*, 6 de febrero de 2005, Entrevista.

¹⁵ Con sus numerosas marchas pidiendo la salida política al conflicto armado, o con sus próvidas solicitudes ante los jueces para que a través de la tutela se resuelvan sus efectos: desplazamiento forzado, fumigaciones oficiales sobre cultivos ilícitos, omisión de conciencia por el servicio militar obligatorio, etcétera.

¹⁶ Confrontar los numerosos pronunciamientos sobre la materia efectuados por Human Rights Watch en www.hrw.org

¹⁷ Los recientes pronunciamientos de Venezuela, Ecuador y Nicaragua en la última conferencia de la OEA no son aislados.

¹⁸ En las entrevistas o comunicados presentados por los jefes paramilitares o guerrilleros la referencia inequívoca es al conflicto armado y a la guerra.

cuales han permitido la formación de un Estado que actúa como un guerrero y que en cuanto tal sería, paradójicamente, el objeto del control constitucional.

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 de hecho 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.

2.1 La guerra irregular

La guerra interior ha sido una constante en la historia colombiana. 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 misma¹⁹.

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-reagru-

¹⁹ Para una caracterización más precisa y extensa, véase: Franco, Vilma. Guerra irregular: entre la política y el imperativo moral. *Estudios Políticos*. No. 19, Enero-Junio de 1998. Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, Medellín.

pación, 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. 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 estos perfiles y sus contendientes principales ofrecen rasgos que permiten calificarlos como partes involucradas en una confrontación de esas características. La insurgencia desarrolla una guerra de guerrillas, ejemplo típico de la irregularidad bélica; la contra insurgencia, sea estatal o paramilitar, también desarrolla actividades de esa índole para el combate de su enemigo.

2.2 El Estado irregular resultante

La noción de irregularidad a la que se hace referencia en este apartado y a lo largo del texto, remite al irrespeto por las reglas del Estado de Derecho y del Derecho Internacional Humanitario (DIH). 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.

- El tratamiento de excepción o de emergencia para los más diversos conflictos internos.
- Las continuas declaratorias de los estados de excepción y la incorporación de sus contenidos a la legislación ordinaria.
- La sujeción de la “obediencia debida” a criterios militares y no civiles.
- La indistinción jurídica y pragmática entre la Policía como cuerpo civil y el Ejército como cuerpo militar.
- 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 extensión del fuero militar a los miembros de la Policía en acciones del servicio.
- 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, estructura jerárquica rígida y dependencia gubernamental, 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 oficialistas 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 regresivo y 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.
- Políticas criminales basadas en la indistinción entre la prevención y el castigo del delito.
- Preferencia de la seguridad individualizada sobre la colectiva, pero justificación de la restricción a los derechos individuales de todos en nombre de la seguridad pública 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 impulsión de procesos de paz, en función de los intereses del Gobierno.

- Estrategias militares y policiales de dimensión preventiva con vinculación activa 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.

Estas prácticas de construcción estatal han dado lugar a que los elementos con los cuales se suele caracterizar los Estados presenten rasgos bastante problemáticos de cara a la existencia de un presupuesto fáctico para el ejercicio del control constitucional: la soberanía, el territorio y la población.

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 y de sus candentes fronteras. 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.

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 en plenitud 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.

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 el entendimiento que se tiene del control militar institucional, que es percibido cuando aparece, como un Ejército de ocupación o de conquista, para el que la población es sospechosa y el territorio desconocido y peligroso.

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 socioeconómica 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 la legitimidad del Estado, la militarización y la privatización del Estado y la fragmentación, desarticulación y anomia de lo social”.²⁰

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 tanto el orden como 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 diversa 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 humanos,²¹ como desplazamientos masivos de pobla-

²⁰ 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, p. 54

²¹ “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,

ción,²² como ataques a movimientos sociales de protesta,²³ como acosos sobre las minorías étnicas, campañas de limpieza, entre otras. No obstante, el Estado insiste en un discurso constitucionalista de “defensa de la sociedad” que se yuxtapone a un reconocible “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 ciudadana²⁴ 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.

Es ciertamente difícil creer que los rasgos de un tal actor de la guerra permitan su control constitucional, pues este ejercicio, que es complicado en periodos de paz, es prácticamente imposible con la transformación del Estado en contextos de guerra irregular. Su condición refractaria al control constitucional puede sintetizarse en las siguientes reflexiones: se está frente a una incontrollabilidad 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 con-

1990, p. 87. Para un material actualizado referido a los diferentes actores que participan de la guerra, véase: Comisión Colombiana de Juristas. *Colombia 2002-2006: Situación de derechos humanos y de derecho humanitaria*. Bogotá, Colombia, 2007

²² “la principal causa del desplazamiento en Colombia tiene relación con la violencia política generada a partir del conflicto armado interno que enfrenta el Estado con grupos insurgentes, con la consiguiente violación de los derechos humanos y las transgresiones al derecho internacional humanitario”. (...) “Teniendo presente que en 32% el desplazamiento obedece a la acción de dos o más actores armados, se concluyó que la guerrilla era responsable del 31.87% de las migraciones forzadas, los paramilitares del 21.08%, las milicias populares del 3.84; y por parte de las fuerzas del Estado, que las Fuerzas Militares eran responsables del 19.56%, la Policía del 5.42 y el DAS del 1.58%”. Tomada de un estudio financiado por el Episcopado Colombiano citado en la Sentencia de Constitucionalidad (SC) 225 de 1995

²³ “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.

²⁴ Decreto legislativo 1793 de 1992, entre otros.

trolabilidad constitucional del Estado de derecho, aun si libra una guerra interna, no se cumple, pues el Estado se ha venido formando en obediencia a la lógica de la guerra antes que a la lógica de la paz.

3. LA CONSTITUCIÓN DE 1991 COMO PARÁMETRO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

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 una larga guerra irregular interna. La Constitución Política de 1991 entendida como parámetro de constitucionalidad de los hechos y actos jurídicos de la institucionalidad estatal vinculada a la guerra, presenta algunas características destacables para comprender las dificultades a las que se enfrentaría una pretensión de control. Estos rasgos permiten sugerir que 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 que tendrían que ser propios del soberano y no de los órganos constituidos, es decir, en la determinación de si existe un enemigo, en la manera de tratarlo y si es el caso, de combatirlo²⁵.

Dicho en otros términos, respecto del tema del conflicto armado interno y del Estado irregular guerrero, la Constitución Política no es propiamente un paradigma de control sino algo diferente, un conjunto de normas y disposiciones que se ocupan de *otro mundo*. La inexistencia normativa de la guerra en el nivel constitucional 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 explícitas

²⁵ Siguiendo parcialmente a Carl Schmitt en *El concepto de lo político*. Versión española de Rafael Agapito. Alianza Editorial, 1991.

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 guerrero institucional, como correspondería al control constitucional, pero que en la práctica han resultado valiosas para un tratamiento permanente del conflicto armado por las vías militares, en razón de las propias condiciones de formación de esos órganos.

Dado que la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) que da lugar a la Constitución de 1991 no es el resultado de un proceso de paz construido por la totalidad de los guerreros, y en un sentido más amplio, los partícipes determinantes de la guerra, que desde luego no se agotan en la figura de los simples combatientes, en la Constitución no se encuentran normas jurídicas dirigidas a establecer el contenido de acuerdos que se correspondan con esos procesos y los mecanismos para asegurar su permanencia así como las disposiciones necesarias para el tránsito de la guerra a la paz. Sin embargo, tampoco aparecen las normas que reconocerían el conflicto armado interno, los enemigos, los rebeldes, las organizaciones político-militares alternativas o sustitutivas y el tratamiento que se les habría de dar. Las que sí figuran allí son las que podrían denominarse disposiciones facultativas para guerrear, las normas que facilitan y autorizan al Estado a recortar o desconocer derechos y garantías en el marco del conflicto armado no reconocido. Pero claro, estas últimas difícilmente pueden ser presentadas como paradigmas de un control de constitucionalidad sobre la materia pues no están diseñadas para decir no, esto es, no constituyen propiamente barreras o límites al guerrero institucional.

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 ciertas consecuencias del fenómeno.

3.1 La invisibilización constitucional del conflicto armado

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 clásica 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 213 y 214. Allí, la guerra asume 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 extraordinario. Tampoco allí se encuentra entonces tematizada 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 que se sostienen por más de cuatro décadas con las guerrillas. Por ello, allí se creaban instituciones y facultades necesarias para dar por finalizado el conflicto con los subversivos. El artículo 8° transitorio, extendía hasta por noventa días la vigencia de los decretos de estado de sitio expedidos bajo el régimen de la Constitución de 1886, y facultaba al Gobierno Nacional para convertirlos en legislación permanente, lo cual poco contribuyó a lograr la paz pues se trataba de normas fuertemente inspiradas en el belicismo propio de los estados de sitio²⁶; el artículo 12 transitorio facultaba al Gobierno Nacional para que hiciera uso de algunas instituciones que facilitarían la reincorporación a la vida civil de los grupos guerrilleros que se encontraran vinculados decididamente a un proceso de paz bajo la dirección de aquél, lo cual nunca resultó aceptable para los alzados en armas; el artículo 13 transitorio, facultaba al Gobierno para disponer lo necesario a fin de mejorar las condiciones económicas y sociales de las zonas en las que dichos grupos guerrilleros desmovilizados pudieran reincorporarse a la

²⁶ Los decretos legislativos expedidos en desarrollo de esta facultad fueron: 2252, 2253, 2254, 2265, 2266, 2270, 2271 y 2273 de 1991.

vida civil; el artículo 30, autorizaba al Gobierno Nacional para conceder indultos o amnistías por delitos políticos o conexos cometidos por grupos guerrilleros que se reincorporaran a la vida civil;²⁷ y el artículo 47 transitorio, que confería facultades para que la ley organizara para las zonas afectadas por aguda violencia, un plan de seguridad social de emergencia.

Finalmente, y sólo para subrayar los rasgos más relevantes, la Constitución no menciona a los grupos paramilitares, a los grupos de narcotraficantes, las numerosas bandas armadas, ni la guerra sucia adelantada desde fuerzas oscuras del Estado, entre otros, lo cual denota la unidimensionalidad y simpleza del concepto de la guerra propio de la ANC y que subyace a estos textos.

Pero otras formas de dar respuesta al conflicto armado colombiano sí han sido consideradas desde el texto original de 1991 y en algunas reformas constitucionales: residuos de la lucha contra el comunismo nacional o internacional, la lucha contra el narcotráfico y la guerra contra el terrorismo, actualmente todas ellas puestas en un mismo plano y usadas para enfrentar el conflicto armado. Se trata de textos fugaces y dispersos, que dan respuesta desde concepciones gubernamentales a las imágenes de la guerra que se han ido forjando o haciendo usos políticos del concepto “paz”, y que muy poco tienen que ver con establecer límites o controles al Estado y en especial al Gobierno: el artículo 345 autoriza que en tiempos de guerra, de conflicto armado o de “no paz” como ha dicho la Corte Constitucional -aprovechando la distancia que el Gobierno ha encontrado entre el estado de guerra interna o externa y el de paz- se perciban contribuciones o impuestos que no figuren en el presupuesto de rentas, o hacer erogaciones con cargo al tesoro que no se hallen incluidas en el de gastos, así mismo, pueden hacerse gastos públicos no decretados por los órganos representativos, o incluso, pueden transferirse créditos a objetos no previstos en el respectivo presupuesto; el artículo 35, modificado por medio del Acto Legislativo 01 de 1997, autorizó la extradición de nacionales colombianos por nacimiento por delitos cometidos en el exterior considerados como tales en la legislación penal colombiana, fundamentalmente por narcotráfico en la práctica; el artículo 347 ha sido adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2001 a fin de que durante los años 2002 a 2008 el monto total de las apropiaciones autorizadas por la ley anual de presupuestos para gastos generales no puedan ser incrementadas en un determinado porcentaje, salvo los de defensa o aquellos que se generen bajo estados de excepción; los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución han sido modificados en nombre de la guerra contra el terrorismo, a través del Acto Legis-

27

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 y procesos de paz permanentes.

lativo 02 de 2003, a fin de reducir derechos y garantías fundamentales y a extender poderes del Estado. Y menos evidentes, pero igualmente eficaces, la autorización de la reelección inmediata de Presidente, que para el caso de Álvaro Uribe Vélez, significa la continuidad de una manera belicista de enfrentar el conflicto armado colombiano a través de la Política de Seguridad Democrática.

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 complejidad, su irregularidad y la manera como se involucra el Estado.

Como puede observarse, y 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 guerrero estatal.

En síntesis, la lectura de la Constitución Política de 1991, no permite 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 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.

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 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 de las organizaciones políticas occidentales se trazó.

Y sin embargo, como se ha dicho atrás, 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 fronteras.

El silencio sobre la materia se explica –aunque no se justifica²⁸ 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 evidencia de la continuidad de la guerra, confirmada inclusive en esa misma época por el acontecimiento de Casa Verde en el Meta²⁹, por la consecuente negativa de la Coordinadora Guerrillera Simón Bolívar a participar de la ANC, por la persistencia de las muertes numerosas de los miembros de la Unión Patriótica, por las presiones en contra por parte de los militares y paramilitares.

²⁸ No es común encontrar en las constituciones referencias suficientes acerca de los estados de guerra interior. Eso puede explicarse porque 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. Confrontar García-Pelayo, Manuel. *Derecho Constitucional comparado. Capítulo Cuatro*. Madrid: Alianza; 1999. p. 79-98. Una segunda razón, sin duda relevante para Colombia, consiste en que estos modelos suelen ser condiciones establecidas por poderes externos. Los modelos exportados por supuesto no incluyen el acontecimiento de la guerra (interna o externa) que frecuentemente es adverso a los intereses del Estado dominante usualmente colonizador o neocolonizador. Confrontar Díaz Arenas, Pedro Agustín. *Estado y Tercer Mundo. El Constitucionalismo*. Santa Fe de Bogotá: Temis; 1997.

²⁹ Sobre este episodio comenta el constituyente Augusto Ramírez Ocampo: “Pero el día mismo en que nos estaban eligiendo miembros de la Asamblea Nacional Constituyente, el presidente Gaviria resolvió bombardear Casa Verde. No he podido todavía llegar a una explicación lógica de este absurdo acontecimiento. Cuando se estaba planteando la Asamblea Nacional Constituyente como el sistema para llegar a un “pacto de paz”, porque así la describimos, así la buscamos y así la escribimos, con ese ataque irreflexivo la sepultaron en el tiempo e hicimos imposible la presencia, en esa magna Asamblea, de la Coordinadora Nacional Guerrillera Simón Bolívar, entonces representante de todos los grupos insurgentes. No contento con ello, el presidente Gaviria decidió declarar la “guerra integral” y la aplicó. Cuando se hace el balance de la administración Gaviria, se da uno cuenta de que en el momento en que comenzó su mandato, dentro de la geografía de la guerra había 178 municipios que de manera directa o indirecta estaban contaminados de la guerra. Y después de la “guerra integral”, cuando entrega el presidente Gaviria su mandato, lo hace dejando 560 municipios con influencia directa o indirecta de la contaminación de la guerra.” Tomado de Ramírez Ocampo, Augusto: “La comisión de conciliación nacional y la construcción de la paz en Colombia”. En: *Colombia, democracia y paz*. Alfonso Monsalve Solórzano y Eduardo Domínguez Gómez (editores). Tomo II., Universidad Pontificia Bolivariana, Universidad de Antioquia, Instituto de Filosofía del CSIC, Medellín; 1999. p. 360 y 361.

Porque la tradición de los procesos constituyentes propios de los estados de derecho occidentales no incluye las fuentes del poder real, y para este caso, las múltiples fuentes de poder bélico que inciden en la configuración de la guerra colombiana.

Y finalmente, aquel 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 ANC. A la guerra 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, y que incluso retrasó su funcionamiento, 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 buenos y malos;³⁰ y de cara a la guerra, para apuntalar la distinción entre amigos y enemigos

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:

³⁰ Orozco Abad, Iván y Gómez Albarello, Juan Gabriel. Los Peligros del nuevo constitucionalismo en Materia criminal. Santa Fé de Bogotá: Temis; 1999. p. 26.

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.³¹

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 incólumes: el principio de obediencia debida, el fuero militar y la permanencia de la policía dentro del Ministerio de Defensa”.³²

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. Desde luego que estas omisiones no son simplemente olvidos o silencios sino grandes posibilidades de maniobra gubernamental y también jurisdiccional.

Se dirá que este problema no existe por cuanto la normatividad sobre el conflicto armado interno sí se encuentra establecida en el orden internacional, y que algunas disposiciones constitucionales remiten a aquélla, y que en la actualidad se han incorporado a la legislación nacional tratados y convenios sobre los conflictos armados internos³³. Son normas jurídicas de gran importancia, que incluso han demostrado su valor al servir de fundamento a algunas de las sentencias de la Corte Constitucional para limitar el poder del Estado, y en particular el del gobierno, con respecto a la guerra interna; así como también han permitido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos expedir algunos de las más significativas condenas

³¹ Pérez Toro, William Fredy, Vanegas Yépes, Alba Lucía y Álvarez 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.

³² Gallón Giraldo, Gustavo. “Fuerza pública y Constitución de 1991”. En: *El debate a la Constitución*. Bogotá: ILSA; 2002. p.251

³³ En efecto son muchas normas hoy vigentes y se les asume a veces como parte del “bloque de constitucionalidad” precisamente para construir el paradigma: El Protocolo II de Ginebra, es el principal.

contra el Estado colombiano por la violación de derechos humanos en el contexto de la guerra interna³⁴.

Con todo, y para lo que se indaga este texto, tales normas resultan insuficientes y no alcanzan a llenar adecuadamente el vacío atrás señalado acerca de las normas constitucionales que debería incluir una Constitución que supiera de la guerra: en primer lugar, porque son normas muy amplias en cuanto se refieren a todos los conflictos armados internos, pero no a las particularidades del conflicto armado colombiano; en segundo lugar, por el valor que representa para una organización política determinada la inclusión de normas precisas en su texto constitucional, que actuarían como un referente más claro, visible e inmediato que el de normas expedidas por fuera del país, en niveles normativos múltiples, referidas a temáticas muy variadas, altamente complejas y bastante extensas.

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 de la guerra interna, es decir, de establecer límites propios de un modelo constitucional para el Gobierno y no de exacerbar sus poderes. 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.

Una Constitución Política que supiera de la guerra interna en Colombia, y que se propusiera por lo menos controlar al guerrero tantas veces mencionado, podría ser explícita y precisa en el control de prácticas ampliamente recurridas tan sólo si contuviera disposiciones con textos como los siguientes: “Artículo g1: Se prohíbe la conversión de normas extraordinarias en normas ordinarias”; “Artículo g2: Habrá responsabilidad penal y civil por el manejo del conflicto armado interno en cabeza del Presidente de la República y el Ministro de Defensa”; “Artículo g3: En ningún caso el gasto público social podrá destinarse a atender necesidades militares o de orden público”; “Artículo g4: La búsqueda de la paz por medios no violentos será una política de Estado prioritaria en Colombia”; “Artículo g5: Los gastos en que se incurra para el financiamiento del conflicto armado interno serán atendidos con el impuesto sobre la renta. En ningún caso, podrán contratarse créditos para

³⁴ Confrontar Sentencias de la Masacre de La Rochela, Mapiripán y Pueblo Nuevo. Disponible en: www.corteidh.or.cr

atender los gastos del conflicto armado interno”, “Artículo g6: Por enemigo interno se entenderá...”; “Artículo g7: Por conflicto armado interno se entenderá...”; “Artículo g8: El contenido del derecho a la paz consiste en...”, “Artículo g9: El fuero militar se circunscribirá a los delitos típicamente militares...”; “Artículo g10: La Policía será una institución civil de carácter municipal...”; “Artículo g11: La obediencia debida no será causal de justificación de crímenes cometidos en violación del DIH...”; “Artículo g12: se prohíbe la extradición de nacionales al exterior...”; etcétera.

Desde luego que quien propulse estas enmiendas constitucionales confiado en que operarán como “verdaderos” límites al poder gubernamental, está afectado de un fuerte fetichismo jurídico constitucional, en cuanto supone que el sistema jurídico puede resolver los graves problemas políticos y económicos del país que subyacen al conflicto armado colombiano, pero sin duda ese tal fetichismo es menos grave que el de aquellos que confían en que una legislación contraria, esto es, para enemigos y de guerra, es la salida, entre otras cosas porque la experiencia histórica sirve de contraprueba a esta desgastada fórmula³⁵. De todos modos hay que decir que ni la política suele adecuarse a los preceptos normativos, ni puede eliminarse el riesgo de que la inclusión de esas disposiciones dé lugar a la existencia de normas todavía más útiles a las actuales maniobras de los sectores más guerreristas del país, pero prevalidas del rótulo de ser normas realmente orientadas a buscar la paz.

3.2 El tratamiento excepcional del conflicto armado

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. En términos metafóricos: 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 que consiste precisamente en atar a ese Leviatán.

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 gu-

³⁵ Confrontar Caballero, Antonio. Patadas de ahorcado. Caballero se desahoga. Una conversación con Juan Carlos Iragorri. Bogotá: Planeta; 2003. p. 57, 63 y 91.

bernamental impidiendo sus desbordes, pero no la guerra. El control constitucional no actuaría 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 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– 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 plenamente consolidado, está creada y opera la jurisdicción constitucional. Se tiene entonces una institución estatal 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 involucra al Estado y que se desarrolla como una disputa por los elementos que lo caracterizan: territorio, población y soberanía. *Control constitucional en un marco de soberanías múltiples*, es decir, jurisdicción sin un único 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.

A la guerra de larga duración, irregular y compleja se responde desde el punto de vista constitucional con normas de excepción. Esto es por lo menos problemático dadas las siguientes razones:

En primer lugar porque el estado de excepción es incompatible con el Estado de derecho, es decir, el estado de excepción no es la cláusula o institución que en último término salva al Estado de derecho en riesgo sino aquella que lo contradice. Más allá incluso de la paradoja anunciada antes, 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.³⁶

³⁶ “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

En segundo lugar porque la declaratoria de una conmoción interior encaminada a conjurar un conflicto armado interno de las características arriba reseñadas denota dos tipos de dificultades que escapan a su posible solución por estas vías: o el sistema político al cual está referida la respuesta extraordinaria presenta deficiencias graves en materia de legalidad, legitimidad o efectividad, o bien, el Estado de Derecho al cual está referido el ordenamiento jurídico que se excepciona, tiene problemas serios en materia de justicia, validez o eficacia. En Colombia hay un acumulado de tales deficiencias³⁷ y es imposible que se resuelvan recurriendo a la violencia estatal como primer recurso, pues la respuesta violenta como recurso último jamás se ha ensayado, y parece difícil que en Colombia tenga lugar dada la inexistencia de condiciones estructurales propiciadoras de la paz³⁸ a lo largo de la historia. En un contexto de violencia estructural que coexiste con un modelo de Estado constitucional estrictamente formal, la respuesta de excepción no resulta adecuada para el tratamiento de los problemas de origen, sino que, por el contrario, se configura como un mecanismo para el refuerzo del paradigma constitucional cada vez más distante de la realidad a la que el estado de excepción responde.

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 o específicamente “política”- de las decisiones y los medios adoptados para tal fin. (...) 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.” Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta; 1997. p. 813-814.

³⁷ Sobre el uso de estos términos de manera combinada véase Bobbio, Norberto. “Sobre el principio de legitimidad”. En: Ruíz Miguel, Alfonso (editor). *Contribución a la teoría del derecho*. Madrid: Debate; 1990. p. 297-306.

³⁸ Galtung, Johan. Sobre la paz. Traducción de Celedonio Martínez. Barcelona: Fontamara; 1985.

En tercer lugar, el estado de excepción despoja de la posibilidad decisiva de enfrentarse a la complejidad del mundo político, y elitiza el tratamiento de la situación muchas veces 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, el estado de excepción, concretamente la conmoción interior, debe 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 política³⁹.

Los estados de excepción, concretamente el estado de conmoción interior referido a la confrontación interna, no constituye una tematización de la guerra sino 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, 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, o como autorización de mínimos que sin controles no tienen ningún empacho en concretarse en máximos.

Precisamente en Colombia se confirman estas posturas críticas relativas al estado de excepción como fórmula equivocada para el tratamiento de los problemas políticos en el análisis de algunos autores que destacan resultados funestos tales como que agrava las condiciones del precario orden público, amplían peligrosamente el margen de maniobrabilidad gubernamental, especialmente en cuanto a la puesta en peligro de los derechos, tienden a normalizar las respuestas de emergencia para conflictos de policía, nunca sus declaraciones contribuyeron a resolver ninguno de los problemas que enfrentaron sino, por el contrario, ayudaron a agravarlos⁴⁰.

Puede concluirse con el propio Ferrajoli que: [Así] 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”. Formulado así, el principio de la razón de estado parece paradó-

³⁹ Del Águila, Rafael. *La senda del mal. Política y razón de Estado*. Madrid: Taurus; 2000.

⁴⁰ Confrontar García Villegas, Mauricio. “Constitucionalismo perverso, normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997”, p. 317-370. En: Santos, Boaventura, García Villegas, Mauricio. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo I. Bogotá: Siglo del Hombre. Conciencias; 2001; Pérez Toro, William Fredy, Vanegas Yépez, Alba Lucía y Álvarez Martínez, Carlos Mario. *Estado de derecho y sistema penal*. Instituto de Estudios Políticos. Universidad de Antioquia. Medellín: Diké; 1997; Orozco Abad, Iván y Gómez Albarello, Juan Gabriel. *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*. Bogotá: Temis. IEPRI; 1999.

jicamente 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 subversión⁴¹.

4. LA INFRACONSTITUCIONALIZACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO

Ya se ha insistido en que la guerra parcialmente transita a través de normas jurídicas de la más diversa índole, y que una parte mínima de ellas es del orden constitucional. También, se ha dicho que ella se expresa principalmente en 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 ciertos pronunciamientos de la Corte Constitucional.

Subconstitucionalizada la guerra interna, aparecen problemas tales como la dispersión normativa que da lugar a la pérdida del valor de unidad en el tratamiento de materias fundamentales —por ello bastante delicadas para el orden político—, que genera a su vez un grado de inseguridad jurídica (en materia de fuentes normativas, competencias sobre las materias, temáticas a tratar, alcances de las normas y vigencia) y de incertidumbre política que bien pueden ser tenidos como característicos de estos archipiélagos normativos.

Esta pérdida de jerarquía temática hace muy difícil desarrollar prácticas de control no sólo constitucional, sino en general el que se debería desarrollar desde los diferentes órganos de control jurídico y político, y aun dificulta y casi impide el control social sobre las actividades gubernamentales, pues invisibiliza por el recurso a la dispersión y confusión de microdecisiones normativas sin referentes claros. Esta estrategia de subconstitucionalización desplaza el centro de interés ciudadano profundizando la tradicional debilidad democrática y dando lugar a la uniformidad de criterio propia de la producción de imágenes gubernamentales acerca de la guerra y su relación

41 Ferrajoli, Luigi. Op. cit., p. 813-814.

con el derecho. Tal desplazamiento se produce cuando se pierde el interés en una matriz configurada por los conceptos de Constitución, soberanía, conflicto armado interno, derechos y pacificación democrática, y se centra el interés en una matriz cuyos elementos son lo reglamentario, lo gubernamental, el terrorismo, los deberes del ciudadano y la respuesta militar exclusiva.

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. Esto ayuda a comprender la centralidad que el Gobierno Nacional ocupa en el tema de la guerra interna en Colombia: casi todas las normas jurídicas expedidas sobre el tema son de su iniciativa o promovidas por sus parlamentarios y se concretan por medio de facultades extraordinarias, decretos con fuerza de ley, decretos legislativos, trámites de urgencia, selectividad en ciertos tratados y convenios internacionales. Así las cosas, ya no se puede hablar propiamente de paradigma sino de autorremisión.

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 la guerra sino que lo aborda a partir de sus reversos; 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 al enemigo y no para regular la vida en sociedad ni controlar a los poderes públicos.

Este es el ordenamiento jurídico que establece el núcleo esencial de los derechos fundamentales como la barrera última para controlar guerreros; es el ordenamiento de la sobrevaloración de los deberes por encima de los derechos; es el ordenamiento de los reclamos de solidaridad ciudadana con las autoridades públicas, especialmente con las Fuerzas Armadas; es el ordenamiento de los falsos positivos; el ordenamiento del estado de cosas inconstitucionales en materia de desplazamiento forzado; el de las recompensas por la muerte; el de los allanamientos masivos; el de armar a los civiles; el de la refundación del Estado por los paramilitares, en fin.

5. LA CONSTITUCIÓN GUERRERISTA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En este contexto constitucional en el que la guerra es invisibilizada, tratada excepcionalmente y subconstitucionalizada no extraña que por efectos de las maniobras

y presiones gubernamentales, las debilidades en la formación de los propios jueces constitucionales, o por simple convicción personal, la Corte Constitucional vaya perfilando su propia Constitución Política de la guerra y para la guerra. Se trata de una Constitución basada en el recorte de derechos y garantías de las personas, en el robustecimiento de los poderes presidenciales en el marco de los estados de excepción, en la defensa de la tesis militarista para dar fin al conflicto armado. La Corte Constitucional, lamentándose⁴², ha construido a lo largo de estos últimos nueve años un texto que está lejos de ser la imagen y medida del constitucionalismo:

El artículo 20 de la Constitución Política contendría un nuevo párrafo con el texto: “Habrá censura a los medios masivos de comunicación. Atendiendo a la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales, el derecho a la libertad de expresión y de información será limitado. Se prohíbe a los medios masivos de comunicación la transmisión de mensajes, comunicados y entrevistas de los grupos subversivos. Esta limitación no aplica cuando la información se refiera a los paramilitares y narcotraficantes que conformen grupos armados”⁴³.

Algunas normas relativas al derecho a la paz y al monopolio de las armas por parte de la fuerza pública lucirían así: “Artículo 22: La paz es un deber y un derecho de obligatorio cumplimiento. Para lograrla, el Gobierno Nacional podrá delegar en los ciudadanos la prestación del servicio público de seguridad y vigilancia, y así estos últimos podrán armarse colectivamente a fin de autodefenderse de las agresiones propias de un país en condiciones de conflicto armado. No habrá principio de distinción entre combatientes y civiles”⁴⁴.

⁴² “Es, ciertamente, doloroso y trágico que haya sido necesario recurrir a medidas de esta clase, que están tan distantes de los principios clásicos y de las instituciones tradicionales del derecho penal, pero que son, por un desgarrador sino – respuesta a una crisis aterradora”. Corte Constitucional, SC 052 de 1993, Magistrado Ponente (MP) Jaime Sanín Greiffenstein. El aparte citado se refiere a la lamentada exequibilidad del decreto 1833 del 13 de noviembre de 1992, “Por el cual se expiden normas sobre concesión de beneficios por colaboración con la justicia”, con la cual el Gobierno se compromete a no investigar ni acusar a los “testigos”, realmente partícipes de hechos criminales.

⁴³ Se trata del Decreto N° 1812 del 9 de noviembre de 1992, “Por el cual se toman medidas en materia de información y se dictan otras disposiciones”, MP Alejandro Martínez Caballero, básicamente referido a la prohibición a los medios masivos de comunicación de transmitir mensajes, entrevistas y pronunciamientos de la guerrilla, para cuya declaratoria de exequibilidad la Corte usó la teoría del núcleo esencial de los derechos para limitar la libertad de información y el derecho de expresión. Confrontar la SC 033 de 1993, el Salvamento de Voto (SV) de Ciro Angarita es ejemplar en la crítica desde el constitucionalismo; también la SC 045 de 1996 puede ser ilustrativa.

⁴⁴ Confrontar la Sentencia de Tutela (ST) 102 de 1993, MP Carlos Gaviria. Se trata del caso en el cual la población del municipio de Santo Domingo, teme que las FARC ataquen de nuevo la estación de policía y pongan en riesgo a la población civil. La Corte deniega la tutela, hace un llamado a la solidaridad con las autoridades de policía, y decide mantener la estación dentro del casco urbano. Véase también el pie de página 49 sobre la SC 572 de 1997.

Los ciudadanos que cumplan funciones transitorias propias del servicio público también verán seriamente modificadas sus responsabilidades y en riesgos sus derechos por las decisiones del Gobierno y la Corte, de este modo: “Artículo 123, literal n: Los jurados de votación que por razón de su cargo resultaren amenazados por grupos subversivos deberán cumplir con el deber que les corresponde aun si hay riesgo para su vida e integridad personal, en razón del principio de prevalencia del interés estatal sobre el individual y por la solidaridad que inspira las relaciones entre la sociedad y el Estado”⁴⁵.

La Constitución Política también podría sufrir importantes modificaciones en materia de derechos y competencias referidos al desplazamiento de población como consecuencia de las decisiones gubernamentales en contextos de conflicto armado, así: “Artículo 189 bis: El Gobierno nacional contará con una competencia de pronóstico para ordenar el desplazamiento interno de población civil, cuando las condiciones del conflicto armado interno así lo aconsejen. Esta competencia podrá ejercerse en cualquier tiempo. Su ejercicio no se entenderá en ningún caso como violación de derecho alguno”⁴⁶.

El artículo 213 de la Constitución Política, referido a la conmoción interior, sufrirá cambios significativos que a primera vista lo harían irreconocible, así, por ejemplo:

“Las perturbaciones ordinarias del orden público que en la larga duración presenta Colombia, que atenten contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado y las necesidades del Gobierno Nacional, y que puedan ser conjuradas mediante el uso de las atribuciones ordinarias de policía, podrán ser enfrentadas mediante el recurso al estado de conmoción interior, declarado por el Presidente, ... por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República. Una vez vencido este término, el Gobierno Nacional podrá declarar una nueva conmoción interior de inmediato y así sucesivamente, si lo considera necesario.

⁴⁵ Sentencia de Unificación (SU) 747 de 1998. Referencia: Expediente T-152455. MP Eduardo Cifuentes Muñoz, que exige a los jurados de votación prestar su servicio aún bajo amenazas, violando con ello el artículo 95 de la Constitución por exigir actos de heroísmo a las personas y por sobreponer el interés estatal a los derechos fundamentales. Se transcribe el texto de la amenaza de la FARC pero en palabras de la Corte: “Semanas antes de las elecciones, apareció en la localidad un volante, fechado el 15 de septiembre de 1997, supuestamente originado en el estado mayor del bloque sur de las FARC-EP, en el que se amenaza a los jurados de votación, en los siguientes términos: “El Bloque Sur de las FARC-EP le exige la renuncia a los jurados de las próximas elecciones; Quienes no lo hagan y se presenten a las mesas de votaciones, deberán responder ante la justicia popular; Esto es válido para los jurados del Sur del Huila, Caquetá y Putumayo; Estado Mayor del Bloque Sur, Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC-EP; Montañas del Caquetá, Septiembre 15 de 1997”. Véase el interesante SV correspondiente en contravía de esa nefasta postura.

⁴⁶ Confrontar la ST 227 de 1997, que paradójicamente cita el artículo 13 – 2 de la Constitución para fundamentarse.

“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, y de considerarlo necesario, podrá incorporar esta legislación de excepción a la legislación ordinaria.

“El gobierno nacional no requerirá determinar las leyes que resultan suspendidas con los decretos de conmoción interior. Corresponde a los demás poderes, órganos del Estado y ciudadanos imaginarlas.

“En caso de considerarlo necesario, el Gobierno Nacional podrá declarar dos estados de conmoción interior simultáneos”⁴⁷.

“Artículo 216: La fuerza pública estará integrada exclusivamente por las fuerzas militares, la policía nacional y los ciudadanos armados en organizaciones colectivas....

“Parágrafo: La defensa y la seguridad serán una sola. Las fuerzas militares y la Policía Nacional podrán cumplir funciones de defensa y seguridad simultáneamente”⁴⁸.

“Artículo 217: La Nación tendrá para su defensa unas fuerzas militares permanentes constituidas por El Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. En nombre del principio de solidaridad con la fuerza pública y de los deberes para con la Nación, los ciudadanos serán autorizados por el Gobierno Nacional para conformar cuerpos armados de naturaleza colectiva, los cuales se coordinarán con la fuerza pública para el cumplimiento de labores de vigilancia y seguridad”⁴⁹.

⁴⁷ Se integran en este texto supuesto varias sentencias, así: SC 556 de 1992 que en Sala Plena (SP) declara exequible el Decreto 1155 de julio 10 de 1992, “Por el cual se declara el Estado de Conmoción Interior”; SC 153 de 1996 que declara la exequibilidad del Decreto 208 del 29 de enero de 1996, “Por el cual se proroga el Estado de Conmoción Interior”. MP Jorge Arango Mejía; SC 135 de 1996 que declara la exequibilidad del Decreto 2238, del 21 de diciembre de 1995, “Por el cual se dictan medidas tendientes a erradicar algunos delitos contra la libertad personal, especialmente el secuestro y la extorsión, y se expiden otras disposiciones”, MPs Jorge Arango Mejía, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero; y demás sentencias que declaren exequibles los estados de excepción, sus prórrogas y decretos legislativos que los desarrollan.

⁴⁸ En la SC 453 de 1994, la Corte acepta la existencia de una “zona gris” entre seguridad y defensa, y con ello entre Policía y Ejército, con la cual tales funciones y órganos han perdido la distinción propia de un Estado de derecho.

⁴⁹ Confrontar SC 572 de 1997, por medio de la cual se declara la exequibilidad del Decreto 356 del 11 de febrero 1994 cotidianamente conocido como el que legalizó las Convivir. Un aparte ciertamente amedrentador y que contribuye poco a materializar el principio de distinción entre población civil y combatientes, es este: “Por todo lo anterior, carecen de razón quienes sostienen que la sociedad civil debe mantenerse al margen de la lucha entre las diversas organizaciones delictivas y las autoridades de la república”, o también “Pues bien: para hacer frente a esa agresión colectiva, organizada y permanente, la comunidad ejerce su derecho a la legítima defensa también en forma colectiva, organizada y permanente. Colectiva, porque, al basarse en la solidaridad social, se ejerce por todos los miembros de la comunidad atacada o amenazada; organizada, porque supone un entendimiento entre los miembros de la comunidad, a fin de cumplir coordinadamente los deberes que impone la solidaridad, en lo que tiene que ver con la prevención y la represión de los delitos. Y permanente, porque solamente así es eficaz para responder a la agresión que también lo es.”

Los ejemplos son abundantes y variados y no es necesario continuar este ejercicio, pero están referidos a materias de todo tipo: no se salvan de la mutación constitucional respaldada por la Corte los principios de división, equilibrio y colaboración armónica entre los poderes públicos, por ejemplo, a propósito de la independencia y autonomía judicial, cuando la Corte autoriza al Gobierno Nacional para hacer concesiones penales por colaboración con la “justicia” (decir “con el Gobierno”, sería más preciso), a los “testigos” (debe entenderse “cómplices” en ese contexto normativo particular) quienes no serán sometidos ni a investigación ni a acusación. Se trata ni más ni menos de una supresión de funciones judiciales en franca violación de los artículos 252, 150 - 17 y 201 de la Constitución, así como también de las normas relativas a las concesiones de amnistía e indulto, pues estas últimas están referidas a delitos políticos⁵⁰.

Lo propio acontece con las contrarreformas en materia de impuestos,⁵¹ en lo relativo a la adjudicación de baldíos cerca de las empresas de exploración y explotación petrolera,⁵² en la resolución de *impases* presupuestales del Gobierno o de un sector particular de la actividad económica,⁵³ el desconocimiento de la descentralización y la autonomía territorial para la búsqueda de la paz,⁵⁴ en nombre de una concepción centralizada, autoritaria y guerrillera del Gobierno,⁵⁴ o la facilidad con la que ad-

⁵⁰ Confrontar el SV de José Gregorio Hernández a la SC 052 de 1993

⁵¹ Impuesto para empresas que celebran contratos de obra pública, para financiar a los militares, SC 083 de 1993, MP Fabio Morón Díaz, que revisa el Decreto Legislativo 2009 del 14 de diciembre de 1992, “Por el cual se crea una contribución”, el cual viola evidentemente los artículos 213, 215 y 338 de la Constitución.

⁵² Prohíbe adjudicar baldíos cerca de empresas petroleras porque ello facilita las acciones subversivas. La Corte no logra encontrar mecanismos alternativos a una decisión tan lesiva para los derechos de grupos en estado de debilidad manifiesta y marginalidad ostensible. SC 060 de 1993, MP Fabio Morón Díaz.

⁵³ La SC 072 de 1993 que declara la exequibilidad del Decreto Legislativo 2006 del 14 de diciembre de 1992, “Por el cual se dictan normas de conmoción interior sobre asunción por parte de la Nación, de pérdidas ocasionadas por actos terroristas al sector transportador”. MP José Gregorio Hernández. No será la única vez en la que el Gobierno cuente con la aquiescencia de la Corte en sus dificultades presupuestales. Precisamente, en el SV *Ciro Angarita* dice que la conmoción interior se usa para resolver problemas presupuestales gubernamentales, violando el artículo 345 constitucional.

⁵⁴ La SC 032 de 1993 constituye un antecedente clave en la monopolización (más que concentración o dirección) del tema del orden público en cabeza del presidente, desconociendo la inspiración descentralizadora de la Carta. De nuevo el SV de *Ciro Angarita* evidencia estas impropiedades observando que la concepción gubernamental y el manejo del orden público desconocen la construcción de una descentralización y una autonomía territorial, con lo cual la Corte favorece con ello una visión rígida del orden público más que de la paz. En un sentido diametralmente opuesto concluye la Corte en otro fallo que “En este orden de ideas, la conservación del orden público, según la preceptiva constitucional, no es una tarea exclusiva de la nación sino de todo el Estado en su conjunto, el cual la debe desempeñar de manera coordinada”, se trata de la SC 075 de 1999, MP Alejandro Martínez, correspondiente a la Revisión de constitucionalidad del Decreto 2008 de 1992, “Por el cual se dictan medidas presupuestales referentes a las entidades territoriales”, que se dirige a que las entidades territoriales financien la guerra a cuya solución por medios pacíficos, paradójicamente,

mite el traslado de recursos del gasto público social para atender las necesidades militares del Gobierno⁵⁵.

Así las cosas, la Corte muy próxima al Gobierno Nacional, ha ido construyendo una Constitución Política con un objetivo que apenas aparecía explícito en el texto original, y en un ejercicio de mutación constitucional a través del método de la interpretación, ha modelado un articulado dirigido a la derrota jurídica, política y militar de un enemigo indefinido en la Constitución, para lo cual ha desconocido los más elementales principios del constitucionalismo en los que se fundaría su propia existencia y ha favorecido el desconocimiento de los derechos de la población.

Es verdad que no todo el material jurisprudencial de la Corte Constitucional presenta estos contenidos, pues también es posible construir una Constitución pacifista de la Corte Constitucional, pero es precisamente esta última la que presenta mayores obstáculos para incidir positivamente en la realidad: el caso de las numerosas sentencias a favor de los derechos de los desplazados vale como ejemplo⁵⁶. Sin embargo, el estado de cosas actuales en materia de la guerra colombiana, si se examina el papel de las instituciones estatales encargadas de controlar al Gobierno Nacional, sin duda se encuentra más emparentado con esta Constitución guerrerista que con la de los frenos, los contrapesos, los balances y las barreras constitucionales. Perspectivas constitucionales concretadas en las posturas de magistrados como *Ciro Angarita Barón*, sin duda habrían permitido construir un modelo diferente de Constitución progresista, si se quiere, incluso las de magistrados tales como *Alfredo Beltrán*, *Clara Inés Vargas* o *Jaime Araujo Rentería*, pero estas posturas suelen ser minoritarias y con las tendencias del país actual quizá tiendan a desaparecer.

Así las cosas, puede terminarse este texto con las palabras del propio *Hernando Valencia Villa*: “Hasta hoy, las armas han proliferado y las leyes han sido empleadas como armas. Y la herencia de los colombianos es violencia. Para librarnos de nosotros mismos y de nuestras necesidades, para evitar otros cien años de soledad y tener una segunda oportunidad sobre la tierra, debemos luchar por la imaginación

no pueden contribuir. De otro lado, la sentencia en la que no se concede ningún efecto jurídico (ni político) al “Mandato por la paz” es útil para confirmar esta posición. Confrontar la SC 339 de 1998, MP *Carlos Gaviria Díaz*.

⁵⁵ La SC 073 de 1993, MP *Alejandro Martínez Caballero*, relativa a la revisión constitucional del Decreto 2094 de 1992, “Por medio del cual se modifica el presupuesto general de la nación para la vigencia fiscal de 1992 y se dictan otras disposiciones”.

⁵⁶ Véase a manera de ejemplo la ST 563 de 2005 en la cual la Corte Constitucional sintetiza su doctrina sobre la materia. En otros temas, véase el balance favorable presentado por *Gustavo Gallón* en materia de obediencia debida, fuero militar y estados de excepción. Op. cit., p. 252 y ss.

política en lugar del reformismo constitucional, por la democratización y el cambio en lugar de la continuidad y el orden a cualquier precio”⁵⁷.

BIBLIOGRAFÍA

- Bobbio, Norberto. “Sobre el principio de legitimidad”. En: Ruiz Miguel, Alfonso (editor). *Contribución a la teoría del derecho*. Madrid: Debate; 1990.
- Caballero, Antonio. *Patadas de ahorcado. Caballero se desahoga. Una conversación con Juan Carlos Iragorri*. Bogotá: Planeta; 2003.
- Comisión Andina de Juristas, Comisión Colombiana de Juristas. *Violencia en Colombia*. Lima; 1990.
- Del Águila, Rafael. *La senda del mal. Política y razón de Estado*. Madrid: Taurus; 2000.
- Díaz Arenas, Pedro Agustín. *Estado y Tercer Mundo. El Constitucionalismo*. Santa Fe de Bogotá: Temis; 1997.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta; 1997.
- Foucault, Michel. *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica; 2001.
- Franco, Vilma. “El Mercenarismo corporativo y la sociedad contrainsurgente”. *Estudios Políticos* No. 21. Instituto de Estudios Políticos, Medellín, Julio-Diciembre de 2002. Universidad de Antioquia. Medellín.
- “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.
- Galtung, Johan. *Sobre la paz*. Traducción de Celedonio Martínez. Barcelona: Fontamara; 1985.
- Gallón Giraldo, Gustavo. “Fuerza pública y Constitución de 1991”. En: *El debate a la Constitución*. Bogotá: ILSA; 2002.
- García Villegas, Mauricio. “Constitucionalismo perverso, normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997”. p. 317-370. En: Santos, Boaventura, García Villegas, Mauricio. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo I. Bogotá: Siglo del Hombre, Colciencias; 2001.
- García-Pelayo, Manuel. *Derecho Constitucional comparado*. Capítulo Cuatro. Madrid: Alianza; 199. p. 79-98.

⁵⁷ Ibid., p. 173.

- Gutiérrez Sanín, Francisco (Coordinador académico). Nuestra guerra sin nombre. Transformaciones del conflicto en Colombia. Universidad Nacional de Colombia. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales. Bogotá: Norma; 2005.
- Orozco Abad, Iván y Gómez Albarello, Juan Gabriel. Los Peligros del nuevo constitucionalismo en Materia criminal. Santa Fe de Bogotá: Temis; 1999.
- Pérez Toro, William Fredy, Vanegas Yépes, Alba Lucía y Álvarez Martínez, Carlos Mario. Estado de derecho y sistema penal. La emergencia permanente de la reacción punitiva en Colombia. Medellín: Diké, Universidad de Antioquia; 1997.
- Ramírez Ocampo, Augusto: “La comisión de conciliación nacional y la construcción de la paz en Colombia”. En: *Colombia, democracia y paz*. Alfonso Monsalve Solórzano y Eduardo Domínguez Gómez (editores). Tomo II., Universidad Pontificia Bolivariana, Universidad de Antioquia, Instituto de Filosofía del CSIC, Medellín; 1999.
- Schmitt, Carl. El concepto de lo político. Versión española de Rafael Agapito. Alianza editorial, 1991.
- Valencia Villa, Hernando. Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano. 2ª ed. Santa Fe de Bogotá: Cerec; 1997.
- El Colombiano, 6 de febrero de 2005. Entrevista a Monseñor Luis Augusto Castro.
- Human Rights Watch. Disponible en: www.hrw.org

Decretos

- Decreto 1812 del 9 de noviembre de 1992.
- Decretos legislativos 2252, 2253, 2254, 2265, 2266, 2270, 2271 y 2273 de 1991 y Decreto legislativo 1793 de 1992.

Sentencias

- Sentencias de la Corte Constitucional: SC 556 de 1992; SC 032 de 1993; SC 033 de 1993; SC 052 de 1993; SC 060 de 1993; SC 072 de 1993; SC 073 de 1993; SC 083 de 1993; ST 102 de 1993; SC 453 de 1994; SC 225 de 1995; SC 045 de 1996; ST 227 de 1997; SC 572 de 1997; SC 339 de 1998; SU 747 de 1998; SC 572 de 1997; SC 075 de 1999; ST 563 de 2005.

- Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: www.corteidh.org.cr