

**¿CONTROLANDO LA EXCEPCIONALIDAD PERMANENTE EN  
COLOMBIA? UNA DEFENSA PRUDENTE DEL CONTROL  
JUDICIAL DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN**

Mauricio García Villegas  
Rodrigo Uprimny

(Este documento de discusión es una traducción y actualización de nuestro texto (2005). “La normalization de l’exception. Sur le contrôle judiciaire des états d’urgence en Colombie”, en Carraud, Michel y Bernard, Marie-Julie (eds.). *Justice et démocratie en Amérique latine*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble)

**DOCUMENTOS DE DISCUSIÓN DE “DJS”**  
**Documento No 1**  
**Noviembre 2005**

Cra. 4 A No. 67 – 30 piso 2, Telefax (57) 1 2119617 – (57) 1 5455908  
[www.djs.org.co](http://www.djs.org.co). Email: [info@djs.org.co](mailto:info@djs.org.co)  
Bogotá Colombia

## Tabla de Contenido

<u>Introducción</u>	3
<u>I, El dilema de los estados de excepción: Estado de derecho, crisis, poderes de emergencia y control judicial</u>	4
<u>II. El contexto: una democracia en permanente emergencia</u>	8
<u>III. El control: la labor de la Corte Constitucional frente a los estados de excepción</u>	12
<u>IV. El impacto de la excepcionalidad: los efectos del abuso de los estados de excepción</u>	19
<u>V. El impacto del control judicial: una evaluación de la labor de la Corte Constitucional</u>	24
<u>VI. A título de conclusión: una defensa (con ciertas reservas) del control judicial material de los estados de excepción</u>	27
<u>Bibliografía</u>	30
<u>Anexos</u>	32

## Introducción

En Colombia, la constitución pocas veces ha regido en forma plena. Una prueba de ello es el recurso permanente que los gobiernos han hecho a los mecanismos de excepción. Así, en la época de la llamada Regeneración (1886-1910), el país fue gobernado durante 24 años con base en una norma ‘transitoria’ —la disposición K— y en una ley muy represiva —la Ley 61 de 1888 o Ley de los Caballos—, que autorizaban al Ejecutivo a reprimir administrativamente “los abusos de prensa”, “los delitos contra el orden público”, las conspiraciones, etc. Luego, durante el gobierno de Miguel Abadía Méndez (1926-1930), se expidió la Ley Heroica, que dio tratamiento policial a las protestas sociales que surgían por el inicio de la industrialización.

Igualmente, desde el cierre del Congreso —en noviembre de 1949, durante el gobierno de Mariano Ospina Pérez (1946-1950)— hasta la expedición de la Constitución de 1991, Colombia vivió prácticamente en un régimen de excepción permanente. Al amparo de ese régimen de excepción, no sólo expidió el gobierno normas relativas a todos los aspectos de la vida social sustituyendo así de facto al Congreso como legislador—, sino que su vigencia posibilitó la violación de numerosos derechos ciudadanos. De esa manera, un régimen que debía ser de excepción y de duración transitoria, conforme a lo preceptuado por el artículo 121 de la Carta de 1886, en la práctica se convirtió en un elemento normal y cotidiano de ejercicio del poder político, con lo cual el régimen constitucional se desfiguró.

Estos antecedentes históricos muestran que Colombia ha vivido una suerte excepcionalidad jurídica permanente. También explican la importancia del debate en torno a si debe o no existir un control judicial de la declaratoria de un estado de excepción por parte del presidente. Este artículo aborda ese debate y defiende una tesis que tiene los siguientes tres componentes: (1) la posibilidad de declarar el estado de excepción es compatible con el constitucionalismo y existe en todas las constituciones democráticas del mundo. (2) El problema del estado de excepción en Colombia no deriva de las normas que lo consagran; más aún, éstas parecen más moderadas que en otros países con democracias más consolidadas. El problema se origina en el uso normalizado que en Colombia se ha hecho de dicha facultad. (3) La mejor manera de combinar la necesidad de la excepción con la necesidad de evitar el peligro de su uso normalizado es a través de un control constitucional sobre los decretos de excepción, tal como lo prevé actualmente

la Corte Constitucional.

Adicionalmente, sostenemos la idea de que la manera como se ha utilizado el estado de excepción en Colombia ha implicado un desdibujamiento del Estado de derecho e, incluso, del propio Estado, en beneficio de su “afuera salvaje” o de la ilegalidad. El Estado cambia de roles según los escenarios; es un Estado *camaleónico*. Los mismos agentes estatales actúan con libretos diferentes según las condiciones. El estado de emergencia o de excepción ilustra esta posibilidad. La misma institucionalidad fronteriza que caracteriza al estado de excepción propicia el paso —un paso muy corto— hacia uno u otro lado de la frontera legal e institucional del Estado.

Para sustentar dichas tesis, el artículo tiene seis partes. Comienza por presentar el debate teórico general en torno al control judicial de los poderes de excepción. Luego describe brevemente algunos rasgos del sistema jurídico y político colombiano, importantes para entender el contexto en que se desenvuelve la labor de la Corte Constitucional en este punto. Posteriormente analiza de forma concreta esta labor de la Corte. Después, a fin de evaluar las bondades o los riesgos de tal intervención judicial para la precaria democracia colombiana, el texto estudia los efectos que ha tenido en Colombia el abuso de los estados de excepción, para contrastarlos con los beneficios, los costos y los riesgos del control ejercido por la Corte, todo lo cual permite llegar a defender, pero con algunas reservas, el control material de la declaratoria de los estados de excepción ejercido por la Corte.

## **I, El dilema de los estados de excepción: Estado de derecho, crisis, poderes de emergencia y control judicial**

Las situaciones de grave crisis que llegan a amenazar la existencia misma del Estado y de la vida organizada en la sociedad plantean un difícil dilema a las democracias constitucionales. Ese dilema, que no por clásico deja de ser actual, lo podemos formular así: si no se autorizan poderes excepcionales a las autoridades durante tales crisis, se corre el riesgo de que el Estado sucumba o, más probable aún, de que los gobernantes —desprovistos de la posibilidad de invocar poderes extraordinarios— decidan romper en forma abierta el orden constitucional. De allí surge la idea de admitir en los textos constitucionales la existencia de “estados de excepción”, que permitan transitoriamente una mayor concentración de poderes en el Ejecutivo y la limitación de ciertos derechos, en principio con el objeto de restablecer la situación de normalidad y proteger los derechos humanos más fundamentales.

Sin embargo, el abuso de los poderes de excepción, materializados en verdaderas “dictaduras constitucionales”, presenta graves riesgos. En efecto, la historia ha demostrado que en la mayoría de los casos, en especial en América Latina, los estados de excepción no se han utilizado para limitar transitoriamente los derechos menos fundamentales y proteger la democracia y la futura vigencia integral de los derechos ciudadanos, sino que “han servido más bien como pretexto de violaciones sistemáticas de los derechos humanos por regímenes inconstitucionales y antidemocráticos” (O’Donnell 1988: 396). Así, gracias a las sutilezas de los regímenes de excepción y a la supresión de las libertades democráticas se ha hecho en nombre de la preservación de la democracia misma. O, como lo dijera alguna vez quien fuera presidente de la Corte Suprema de Justicia al referirse a la vigencia prolongada del estado de sitio en Colombia, “la preservación del poder legitima el propio ejercicio del poder, y la democracia puede ser desvirtuada en nombre de la democracia” (Reyes Echandía, 1979: 51).

Los diferentes regímenes constitucionales y la teoría política han dado diversas respuestas al anterior dilema, las cuales podemos reagrupar esquemáticamente en tres grandes enfoques. Primero, en posición minoritaria, algunos estudiosos han considerado que es mejor excluir de los textos constitucionales cualquier referencia a un poder de excepción, puesto que éstos siempre se traducen en una perversión del Estado de derecho. Segundo, y en total oposición al anterior planteamiento, otros sectores argumentan no sólo que los estados de excepción se justifican, sino que éstos deben ser amplios y flexibles, pues sólo de esa manera permiten a las autoridades enfrentar con eficacia las situaciones de crisis y evitar las rupturas institucionales. Tal era esencialmente la posición de Schmitt (1985). Finalmente, en una posición intermedia —la que ha sido en parte recogida por los instrumentos internacionales de derechos humanos—, se ha intentado regular de forma restrictiva el poder de excepción, a fin de evitar abusos, basándose en algunas ideas esenciales: delimitar con rigor las causas de los estados de excepción y su temporalidad; definir con precisión las facultades de las autoridades y los derechos limitables, indicando además que su restricción debe ajustarse a ciertos principios, como los de proporcionalidad, temporalidad y necesidad, y, en consecuencia, fortalecer los mecanismos judiciales y políticos de control a los eventuales abusos.

Este dilema constitucional sobre los estados de excepción tiene obvias implicaciones sobre el eventual control judicial de las decisiones gubernamentales en crisis agudas (al respecto, véanse Barreto, 2002, y Burt, 2002). Algunos consideran que el control judicial en este tipo de crisis es imposible, por cuanto el uso de los poderes de emergencia es una cuestión

política que cae en el reino de la pura necesidad y, por consiguiente, escapa a cualquier escrutinio judicial.

Esto parecería aún más claro si el control intenta operar mientras la crisis se desenvuelve, dado que los jueces tienden a abandonar sus responsabilidades judiciales, debido a las preocupaciones sociales y personales sobre la seguridad y el destino del país. Los jueces sienten que no pueden evitar la expansión de las competencias gubernamentales, pues ellos mismos se sienten incapaces de responder exitosamente a las crisis graves. El uso de los poderes de emergencia es visto como una cuestión política no justiciable. Por el contrario, algunos académicos argumentan que las crisis constitucionales, sin importar su intensidad, deben ser controladas judicialmente como cualquier otro evento político.

Recientemente, algunos estudiosos, como Robert Burt, han tratado de desarrollar una tercería vía entre esas posiciones antagónicas, para lo cual hacen hincapié en la labor pedagógica de los jueces, como una especie de paradigma alternativo que permitiría justificar el control judicial de los poderes de emergencia. Según este paradigma, los jueces actuarían como una especie de abogados de interés público. Como lo afirma Burt:

*“Esta alternativa —una tercería vía para entender el papel de los jueces— consiste en no concebir a los jueces como la autoridad que tiene finalmente la responsabilidad de ponderar las demandas de regularidad jurídica frente a los reclamos de una ampliación de la autoridad del Ejecutivo para proteger la seguridad esencial de la sociedad. Por el contrario, este nuevo enfoque ve a los jueces más como abogados de interés público que defienden el Estado de derecho que como los encargados de tomar las decisiones últimas. (Burt, 2002: 29-30)”*.

De acuerdo con el enfoque de Burt, el hecho de que el control judicial en las épocas de crisis no tenga la última palabra sobre las medidas de emergencia tiene el efecto paradójico de fortalecer su papel en estas situaciones. En efecto, los jueces sienten que pueden actuar más libremente, por cuanto saben que el pronunciamiento judicial puede tener alguna influencia dependiendo del propio prestigio del sistema judicial, pero igualmente saben que no tienen la última palabra en problemas vitales de seguridad.

Las discusiones sobre el papel del sistema judicial en el control del uso de los poderes de emergencia en épocas de crisis son, al tiempo, difíciles e

importantes, por cuanto están ligadas a problemas esenciales relativos a la consolidación de las democracias. En democracias precarias —como Colombia—, esa discusión es aún más significativa, al menos por dos razones: (i) estos regímenes son usualmente muy vulnerables en términos políticos y económicos, lo cual significa que son propensos a enfrentar crisis graves, donde parecería necesario recurrir a los estados de excepción. (ii) A la vez, los peligros de abuso de los poderes de emergencia son mayores en estos países, debido precisamente a la precariedad del Estado de derecho. Por consiguiente, en estos regímenes, los estados de excepción parecen ser tanto más necesarios como más riesgosos que en las democracias consolidadas.

Una pregunta obvia surge: ¿podría ser el control judicial un instrumento útil para reducir los peligros que implica el uso de poderes de emergencia en democracias emergentes? O, por el contrario, ¿la intervención judicial en esas complejas situaciones, aunque no imposible, debería ser excluida por lo riesgosa, debido a que puede o bien erosionar la legitimidad del sistema judicial, o bien impedir que se tomen medidas políticas necesarias para superar la crisis?

La experiencia colombiana puede ser interesante para debatir ese dilema; pero para entenderla adecuadamente conviene contextualizar el uso de los poderes de excepción en Colombia.

## **II. El contexto: una democracia en permanente emergencia**

Colombia ha vivido la mayor parte de su historia bajo los rigores de la violencia. Este pasado sangriento ha incidido tanto en su estructura institucional como en su cultura jurídica. La prioridad del orden público en los asuntos de gobierno ha hecho sobrevalorar la participación de la fuerza pública en la dinámica institucional del Estado y ha desequilibrado el balance constitucional entre las ramas del poder público. Esta participación de la fuerza pública se ha consolidado a través de la utilización frecuente que los gobiernos han hecho de los estados de excepción.

El estado de excepción se convirtió, por lo menos hasta 1991, en un instrumento ordinario de la política gubernamental. He aquí cuatro indicaciones de esta anomalía: (1) la excepción era casi permanente. Así, por ejemplo, en los 21 años transcurridos entre 1970 y 1991, Colombia vivió 206 meses bajo estado de excepción, es decir, 17 años, lo cual representa el 82% del tiempo transcurrido. Entre 1949 y 1991 Colombia vivió más de treinta años en estado de sitio. (2) Buena parte de las normas de excepción las ha

legalizado el Congreso, lo que ha convertido al Ejecutivo en un legislador de hecho. (3) Hubo períodos en los cuales se impusieron profundas restricciones a las libertades públicas, a través, por ejemplo, de la justicia militar para juzgar a los civiles. Según Gustavo Gallón (1979), a finales de 1970, el 30% de los delitos del Código Penal eran competencia de cortes marciales. (4) La declaratoria y el manejo de la excepción desvirtuaban el sentido y el alcance de las normas constitucionales sobre la materia, debido a la ausencia total de un control político y jurídico. Al finalizar este período, en 1991 se promulga la Constitución actual, con la cual, por primera vez en la historia del país, se imponen claras restricciones a esta práctica.

La incidencia social e institucional del estado de excepción no ha sido la misma desde 1949. Tres períodos pueden ser diferenciados. El primero de ellos se inicia en 1957 con la instauración del Frente Nacional, y llega hasta el final del gobierno del presidente Alfonso López Michelsen, en 1978. Durante este tiempo aumentaron progresivamente las protestas ciudadanas y creció la apatía política de amplios sectores de la población. En sus comienzos, el estado de sitio se utilizó en las ciudades para reprimir —en un principio tímidamente— las manifestaciones de descontento, así como para resolver problemas derivados de la crisis económica heredada de la época de la Violencia.

En el campo se vivía una situación de guerra contra la subversión guerrillera naciente y contra los pocos reductos de la Violencia. Así, mientras en las ciudades se restringían los derechos ciudadanos con el fin de contrarrestar las manifestaciones políticas, en las zonas rurales se mataba para reprimir a la subversión. Por otra parte, la intervención de los entes encargados del control —tanto constitucional como político— fue prácticamente nula.

El segundo período se inicia con el gobierno de Julio César Turbay Ayala (1978) y termina con el fin del mandato del presidente Virgilio Barco (1990). En estos años, la excepción perdió fuerza como instrumento de control social —en parte por la disminución de las manifestaciones políticas de estudiantes y obreros— y ganó importancia como instrumento de represión de las actividades ilegales del narcotráfico y la subversión.

Durante la década de los setenta y principios de los ochenta, las Fuerzas Armadas y los organismos de seguridad del Estado obtuvieron prerrogativas propias de un régimen militar, lo cual los eximió de los costos políticos del ejercicio directo del poder. Desde mediados de la década de los ochenta, sobre todo a partir de la Constitución de 1991, estas prerrogativas fueron drásticamente limitadas. No obstante, la violencia y la desprotección de los

derechos se agravaron. Esto se debió —al menos en parte— al hecho de que las reformas democráticas introducidas y los procesos de paz llevados a cabo fueron percibidos por algunos militares y funcionarios del Estado como obstáculos para ganar la guerra y, por ese motivo, éstos prefirieron abandonar el manejo legal del orden público, con todas las implicaciones en materia de violaciones a los derechos humanos que de allí se derivan (Uprimny y Vargas, 1990: 114; Dávila, 1999: 112). De la cultura de la excepción se saltó a la cultura de la guerra sucia.

A finales de los años ochenta, el proyecto político híbrido del Frente Nacional —democracia, militarización del Estado y exclusión social— empezó a parecer inviable, incluso para las élites políticas que lo idearon. Las ventajas que en un principio se obtuvieron de la combinación de democracia y autoritarismo ahora empezaron a mostrar resultados contraproducentes.

El tercer período se inicia con la Constitución de 1991, escrita y promulgada durante el gobierno de César Gaviria —no sobra agregar que ello se hizo a través de normas de excepción— y se extiende hasta el final del siglo. Varios aspectos del texto constitucional evidencian la intención de la Asamblea Constituyente de limitar el alcance de los estados de excepción.

En primer término, las causales para declarar los estados de excepción son más estrictas, pues en todos los casos —conforme al texto constitucional— se tiene que tratar de circunstancias verdaderamente extremas y excepcionales.

En segundo término, la nueva Constitución no sólo recoge el principio de temporalidad incorporado en la anterior normatividad, sino que lo vigoriza, al consagrar que, salvo en el caso de guerra exterior, los estados de excepción no pueden tener una vigencia indefinida.

En tercer término, las facultades excepcionales aparecen más limitadas en lo que se refiere tanto a la declaratoria de los estados de excepción por el Ejecutivo como a que en su desarrollo no se puede llegar a un régimen total de concentración de poderes. Especial importancia reviste en este aspecto la prohibición terminante de que los civiles puedan ser investigados o juzgados por la justicia penal militar (art. 213 de la C. P.), puesto que ése fue uno de los recursos más usuales y perjudiciales utilizados por los gobiernos durante el estado de sitio.

En cuarto término, la Constitución incorporó en forma expresa un principio esencial que condiciona la legitimidad jurídica de las medidas del gobierno: el principio de proporcionalidad, en virtud del cual dichas medidas deben tener

una relación directa y específica con la perturbación (art. 214, num. 1 de la C. P.), ser proporcionales a la gravedad de los hechos (art. 214 num. 2 de la C. P.) y ser las estrictamente necesarias para enfrentar la perturbación (art. 213 de la C. P.). Este principio, ampliamente desarrollado por la doctrina y el derecho internacional de los derechos humanos (cfr. Zovatto, 1990), si bien ya había sido incorporado por la jurisprudencia colombiana para el control de las medidas del estado de sitio bajo la forma de la *conexidad*, que éstas debían tener con la perturbación, al recibir rango constitucional adquirió un mayor vigor y trascendencia.

En quinto término, la Constitución incorporó explícitamente la normatividad internacional de derechos humanos, al señalar en su artículo 93 que “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.

En sexto término, las posibilidades de limitar los derechos se ven recortadas tanto por la amplitud de la Carta de derechos como porque el artículo 214 de la Constitución establece que no se podrán suspender los derechos y libertades fundamentales y que, en todo caso, regirá el derecho humanitario.

Por último, con la excepción de la eliminación del concepto previo del Consejo de Estado, la Constitución de 1991, en general, mantuvo los sistemas de controles existentes en la anterior normatividad constitucional y, además, introdujo dos adicionales: la reunión por derecho propio del Congreso en caso de conmoción interior y la posibilidad del Senado de no prorrogar la segunda vigencia del estado de excepción.

Todo lo anterior muestra que hubo un avance para circunscribir los estados de excepción a situaciones verdaderamente graves y excepcionales, y restringir los poderes de excepción.

Desde los últimos años de la década de los ochenta, los movimientos populares se debilitaron y disminuyeron las protestas organizadas por los sindicatos y movimientos estudiantiles. El estado de conmoción —nuevo nombre del antiguo estado de sitio— perdió parte de su carácter permanente, debido a la restricción temporal contenida en el artículo 213 de la Carta Política. La guerra sucia continuó con toda su fuerza y el narcoterrorismo disminuyó notoriamente con el desmantelamiento del Cartel de Medellín. En contraste, el secuestro, el homicidio y, en general, la privatización de la violencia y de los mecanismos de justicia adquirieron más importancia que nunca.

Desde entonces, Colombia asiste a un proceso de fragmentación y deterioro institucional que de manera paulatina se desplaza de una situación en la cual predominaba la anormalidad constitucional —resultado de la cuasi permanencia del estado de excepción hasta mediados de los años ochenta— hacia la proliferación incontrolada de grupos armados que proclaman su intención de sustituir al Estado en su función de administrar justicia. Así es como al inicio del siglo XXI, durante el gobierno de Álvaro Uribe, la necesidad de declarar el estado de excepción para enfrentar a los grupos armados parece a muchos sectores de la sociedad más justificada que nunca. En ese complejo contexto se han desenvuelto los esfuerzos de la Corte Constitucional por controlar los abusos de los estados de excepción.

### **III. El control: la labor de la Corte Constitucional frente a los estados de excepción**

Durante la vigencia de la Constitución de 1886, el control constitucional de los estados de excepción fue ejercido por la Corte Suprema de justicia. No obstante, la Constitución de 1991 creó una Corte Constitucional que asumió, entre otras, la tarea de controlar el uso de tales poderes de emergencia. Una comparación de estos dos períodos es útil para entender las peculiaridades del control ejercido por la Corte Constitucional.

Ahora bien, para entender la evolución de este control judicial, es necesario tener claro que el presidente puede adoptar dos tipos de decisiones: por una parte, puede declarar el estado de sitio (al amparo de la Carta de 1886) o el estado de excepción (según la terminología de la Constitución de 1991), a fin de quedar facultado para ejercer poderes de emergencia. Por la otra, en virtud de dicha declaratoria, el gobierno puede limitar ciertas libertades o legislar temporalmente en ciertos asuntos. Dos preguntas son importantes: (i) ¿en qué medida la declaración del estado de excepción se ha considerado una cuestión política que escapa al control judicial? Y (ii) una vez el presidente ha adquirido los poderes de emergencia, ¿qué tan vigoroso ha sido el control judicial de las medidas concretas tomadas por el gobierno?

De acuerdo con los estudios sobre el tema, es posible distinguir tres períodos de desarrollo del control judicial (véanse Gallón, 1979; Ariza y Barreto, 2001; García Villegas, 2001, y Barreto, 2002). Así, desde 1958, cuando fue restablecida la democracia luego de un corto régimen militar, y al menos hasta comienzos de los años ochenta, el control judicial fue muy tímido. En primer lugar, la Corte Suprema asumió que la declaratoria del estado de sitio era una

cuestión política que no estaba sujeta a evaluación judicial, por lo cual ese tribunal ejerció un control puramente formal del decreto declaratorio: simplemente verificaba que estuviera firmado por el presidente y todos sus ministros, pero nunca discutió si la crisis era lo suficientemente grave como para justificar que el gobierno adquiriera los poderes de emergencia. El resultado fue que no sólo los gobiernos declararon el estado de sitio invocando asuntos menores, sino que esos períodos de emergencia se extendían mucho más allá de la crisis. He aquí un ejemplo: en mayo de 1965, el gobierno declaró el estado de sitio para controlar una manifestación de estudiantes en Medellín, que protestaban contra la invasión de Estados Unidos a Santo Domingo. La manifestación fue controlada rápidamente, pero el estado de sitio estuvo en vigor durante tres años y medio más.

En segundo lugar, la Corte Suprema declaró la constitucionalidad de casi todas las medidas de excepción, sin importar que no tuvieran nada que ver con la crisis o que restringieran en forma severa las libertades públicas y el debido proceso. Algunos ejemplos de medidas declaradas constitucionales por la Corte Suprema son los siguientes: el Decreto 2686 de 1966, que preveía la vigilancia policial para los sospechosos de actividades subversivas, autorizaba la censura de escritos que fueran considerados una apología al crimen, e imponía penas de prisión de cinco años a quienes apoyaran actividades subversivas; el Decreto 1129 de 1970, que prohibía cualquier reunión de más de tres personas; el Decreto 70 de 1978, que autorizaba —según sus críticos— una suerte de pena de muerte secreta, pues excluía de la investigación criminal cualquier delito cometido por el Ejército o por la Policía en operaciones contra el secuestro, la extorsión o el tráfico de drogas, y, finalmente, el Decreto 1923 de 1978, conocido como el estatuto de seguridad, que era una suerte de copia de estatutos semejantes adoptados en esos años por las dictaduras de seguridad nacional del Cono Sur. Pero eso no es todo. Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia aceptó entre 1965 y 1987 que las cortes marciales juzgaran y condenaran a quienes eran sindicados de crímenes políticos.

El segundo período cubre la década de los ochenta hasta la expedición de la Constitución de 1991, y se caracteriza por que el control judicial se torna un poco más estricto. La Corte Suprema mantuvo la doctrina de que el decreto declaratorio sólo estaba sometido a un control judicial de carácter formal, pero comenzó a ejercer un control más severo sobre las medidas adoptadas por el gobierno durante el estado de sitio. Por ejemplo, la Corte anuló varios decretos por falta de conexidad con los hechos invocados por el presidente como factores de perturbación del orden público. Y, más importante aún, la Corte Suprema varió en ciertos puntos su jurisprudencia, a fin de amparar más adecuadamente

los derechos constitucionales. Sin lugar a dudas, la decisión más importante que adoptó fue la declaratoria de inconstitucionalidad de la aplicación de la justicia penal militar a los civiles en marzo de 1987. Éste fue un cambio significativo, dado que el uso de la justicia castrense para investigar y castigar civiles había sido una de las piedras angulares del régimen de estado de sitio.

El tercer período comienza con la expedición de la Constitución de 1991 y la entrada en funcionamiento de la nueva Corte Constitucional. El control se torna más estricto no sólo por el efecto de las propias regulaciones constitucionales que limitan los estados de excepción, sino también por la jurisprudencia desarrollada por el nuevo juez constitucional. Por ejemplo, sólo el 9% de los decretos de estado de sitio fueron anulados entre 1984 y 1991, mientras que el 34% de los decretos de conmoción interior fueron declarados inconstitucionales entre 1992 y 1996.

Con todo, el cambio más importante fue la nueva jurisprudencia relativa al control del decreto que declara el estado de excepción. En efecto, desde su primera decisión al respecto (sentencia C-004 de 1992), la Corte Constitucional determinó que el decreto presidencial estaría sujeto no sólo a un control formal, sino también a un control material, en virtud del cual la Corte tenía que verificar si la crisis era lo suficientemente grave como para justificar la adopción de un estado de emergencia.

Esta nueva tesis judicial inicialmente logró asentarse en la práctica jurídica colombiana de forma relativamente tranquila. La razón pudo ser que, en sus primeras decisiones sobre el tema, la Corte afirmó teóricamente la tesis en forma vigorosa, pero no la aplicó de manera estricta, de suerte que las primeras declaraciones de estados de excepción fueron avaladas.

Así, la primera sentencia sobre el tema fue la C-004 de 1992, que tuvo que controlar una declaración de un estado de emergencia que el gobierno había declarado para hacer frente a una posible huelga policial, como consecuencia del bajo nivel salarial de este organismo. El gobierno argumentó que el estado de emergencia era necesario para aumentar los salarios de estos servidores públicos. La sentencia C-004 de 1992 defendió un control material bastante estricto de la declaración de un estado de excepción, pues (i) exigió que el gobierno probara los hechos que invocaba, (ii) afirmó que éste tenía un margen de apreciación limitado para evaluar si esos hechos eran suficientemente graves para configurar una crisis y (iii) requirió que el gobierno dejara en claro que los instrumentos ordinarios de gobierno no eran suficientes para superar la crisis.

El estándar de control era bastante severo, ya que la declaratoria resultaba inconstitucional si (i) los hechos no eran probados, (ii) la evaluación presidencial sobre su gravedad era errada o (iii) los instrumentos ordinarios de gobierno resultaban suficientes. Sin embargo, en esa sentencia, la Corte aplicó dicho estándar en forma benigna y declaró constitucional la declaratoria de emergencia social, a pesar de que —como lo señaló el magistrado Ciro Angarita en su salvamento de voto— no era claro que hubiera realmente una amenaza de huelga, tampoco que —de haber ocurrido— tal huelga hubiera generado realmente una crisis, y menos aún que el gobierno careciera de instrumentos legales para enfrentar la situación, pues hubiera podido presentar una adición presupuestal para incrementar los salarios de estos empleados.

Un estudio de las primeras cuatro declaraciones de estados de excepción en los primeros años de vigencia de la Constitución de 1991 (que hemos sintetizado en la Tabla 1 del Anexo) muestra una estrategia judicial semejante: en ellas, la Corte invoca teóricamente un control material riguroso de la declaratoria, pero no lo aplica a los casos estudiados. Por ello, como lo señalan Ariza y Barreto (2001), en los primeros dos años, el nuevo control “material” fue esencialmente retórico.

Durante este período retórico, la doctrina del control material aparentemente no tuvo un efecto real y directo en el control de los abusos gubernamentales de los poderes de emergencia. Sin embargo, esta fase tuvo dos consecuencias positivas: por un lado, la doctrina del control material tendió a ser aceptada tanto dentro de la Corte como en los ámbitos social y gubernamental. Por ejemplo, en esas primeras cuatro decisiones, ningún magistrado se apartó de la tesis del control material. Por otro lado, la aceptación de esa doctrina tuvo alguna influencia en las siguientes declaraciones, pues el gobierno se sintió obligado a justificar más adecuadamente cualquier nueva declaración, mediante una más clara explicación de los hechos y de la naturaleza de la crisis.

Es posible concluir que esos primeros pasos de la Corte Constitucional —muy osada teóricamente, pero más tímida y vacilante en la decisión concreta— terminaron provocando un consenso ambiguo y, por lo tanto, impidieron que se generara una resistencia con respecto al cambio jurisprudencial radical que la Corte llevó efectivamente a cabo. Así, los críticos del estado de sitio permanente veían en la nueva jurisprudencia un paso en la dirección correcta, que esperaban se concretara en un futuro con la anulación de una declaratoria de un estado de excepción. Por su parte, los críticos potenciales de esa intervención judicial podían creer que la Corte no iría más lejos de sus

proclamas retóricas. Es más, estos eventuales críticos podían incluso pensar que la nueva doctrina era útil al gobierno, pues el control material, mientras fuera puramente retórico, legitimaba el uso presidencial de los poderes de emergencia.

La anterior situación muestra la ambigüedad del control judicial, en general, y del control constitucional de las medidas de emergencia, en particular. La intervención judicial en estas áreas puede ser tanto un efectivo instrumento de control como un simple mecanismo de legitimación de decisiones de facto de los gobiernos. Por esto, algunos estudiosos fueron muy críticos con las decisiones de la Corte en esos primeros años. Así, Ariza y Barreto (2001) argumentan que el control retórico aumentó el prestigio de la Corte sin traducirse realmente en una limitación efectiva del uso de los poderes de emergencia. Más aún, según estos autores, esa forma de intervención judicial refuerza los poderes de emergencia, porque la retórica del control material legitima el uso de dichos poderes excepcionales, sin restringir las facultades gubernamentales en la práctica.

En los años siguientes, la tensión entre el control judicial efectivo y la legitimación retórica se incrementó y el consenso ambiguo se rompió, debido a que la Corte Constitucional decidió ejercer un control material más efectivo y riguroso sobre los decretos declaratorios de los estados de excepción. De hecho, en los siguientes dos años, la Corte anuló dos declaraciones de estados de conmoción interior, una dictada por el presidente Gaviria (1990-1994), en 1994, y otra por el presidente Ernesto Samper (1994-1998), en 1995 (véase Tabla 1 del Anexo).

Es importante subrayar que —como se puede constatar al analizar la citada tabla del Anexo— las razones presentadas por los gobiernos para justificar esas declaratorias fueron semejantes a aquéllas aducidas en las dos declaraciones de 1992, las cuales fueron avaladas por la Corte. Así, el Decreto 115 de 1992, declarado constitucional por la sentencia C-556 de 1992, hablaba de los riesgos de una liberación masiva de prisioneros peligrosos. El mismo hecho fue invocado por el Decreto 874 de 1994 que, no obstante, fue anulado por la sentencia C-300 de 1994. Igualmente, el Decreto 1793 de 1992 justificó la declaración de un estado de conmoción interior con la existencia de ataques guerrilleros y con un incremento general de la violencia. La sentencia C-031 de 1993 aceptó esta justificación, pero una motivación semejante fue rechazada por la sentencia C-466 de 1995, que declaró inexecutable el Decreto 1370 de 1995.

Algunos críticos cuestionaron a la Corte, por cuanto vieron una seria

inconsistencia jurisprudencial. La propia Corte y sus defensores justificaron esa evolución basándose en dos argumentos básicos: (i) que los hechos no eran realmente los mismos y (ii) que 1992 era aún un año de transición — pues la nueva Constitución había sido promulgada en 1991—, y que ese hecho debía ser tomado en consideración en el análisis de los poderes de emergencia.

Las decisiones de 1994 y 1995, que anularon las dos declaraciones de estados de conmoción interior, fueron acatadas por los gobiernos, pero también fueron duramente criticadas por ambos presidentes. Y empezó, por consiguiente, la discusión real acerca de la legitimidad del control material. La Corte fue apoyada por sindicatos, grupos de derechos humanos, líderes políticos de movimientos alternativos y algunos académicos, que defendieron el control material como un instrumento necesario para evitar el abuso de los poderes de excepción en Colombia. Sin embargo, la Corte fue igualmente atacada de manera muy fuerte por funcionarios gubernamentales, los gremios económicos, los líderes de los partidos tradicionales y algunos académicos, para quienes esta intervención judicial era una forma de gobierno de los jueces, que no sólo invadía competencias propias del presidente sino que, además, hacía imposible que el Ejecutivo contara con los instrumentos necesarios para restablecer el orden público.

Estas discusiones dividieron a la Corte misma. Así, la sentencia C-300 de 1994 fue adoptada por seis votos contra tres, y esos tres magistrados abandonaron la tesis del control material. La sentencia C-466 de 1995, por su parte, fue decidida por la mínima mayoría de cinco contra cuatro.

Pero las reacciones contra la Corte no fueron sólo verbales y teóricas. En primer término, el entonces presidente Samper presionó fuertemente a la Corte Constitucional. Veamos: la sentencia C-466 de 1995 —que anuló el Decreto 1370 de 1995, que había declarado el estado de conmoción interior— fue emitida el 18 de octubre de 1995. Unas dos semanas más tarde, debido al asesinato de Álvaro Gómez Hurtado —candidato presidencial y muy conocido líder de la élite política colombiana—, el gobierno declaró nuevamente la conmoción interior e invocó razones semejantes a aquéllas aducidas en el Decreto 1370 de 1995. El reto para la Corte era serio y difícil de manejar, ya que el asesinato de Gómez fue condenado por todas las fuerzas políticas, que exigieron acciones vigorosas del gobierno.

En tales condiciones, la Corte enfrentaba un dilema: si anulaba esta nueva declaración de conmoción interior, era muy probable que se adelantara una reforma constitucional para suprimir el control material ejercido por ella. No

obstante, si la Corte avalaba este estado de excepción, entonces sería atacada por inconsistente y por no ser capaz de resistir las presiones políticas. En esta compleja situación, la Corte Constitucional tomó un camino intermedio: la sentencia C-027 de 1996 estableció que la declaratoria de conmoción interior era en parte constitucional y en parte nula. La Corte dijo que los hechos aducidos en el Decreto 1370 de 1995 y reproducidos por la nueva declaración de estado de conmoción interior no justificaban un estado de excepción, y anuló la declaración en ese aspecto. De esa manera, mantuvo alguna coherencia con su decisión previa. Sin embargo, la Corte aceptó que el asesinato de Gómez, junto con amenazas de otros atentados a líderes políticos, eran hechos nuevos lo suficientemente graves para justificar los poderes de emergencia.

El otro ataque contra la Corte fue aún más directo. El gobierno de Samper, apoyado por algunos líderes políticos de los partidos tradicionales, propuso una reforma constitucional, a fin de eliminar el control material. Luego de numerosas discusiones, y por una confluencia de factores complejos que no es posible explicar en este texto, la propuesta no fue adoptada.

A pesar de lo anterior, como lo muestra la Tabla 1 del Anexo, la Corte continuó ejerciendo ese control material en los años siguientes. Algunas declaratorias se han avalado, otras se han anulado y, en otros casos, la Corte ha anulado algunos motivos de la declaratoria, pero ha aceptado otros. Esta jurisprudencia parece haber tenido una influencia considerable. Por ejemplo, a pesar de la gravedad de la situación de orden público, el gobierno de Andrés Pastrana no declaró el estado de conmoción interior. Sin embargo, la discusión sobre esta intervención de la Corte sigue siendo muy intensa.

Así, el presidente Álvaro Uribe (2002-2006) no sólo declaró y mantuvo un estado de conmoción interior durante casi un año, sino que además planteó en varias ocasiones la necesidad de una reforma constitucional que eliminara el control material ejercido por la Corte. Por su parte, la Corte, luego del cambio de la mayor parte de sus integrantes por vencimiento de su período constitucional, ha consolidado su defensa del control material, aunque ha restringido un poco su alcance. Así, en la sentencia C-802 de 2002, que avaló la declaración de estado de conmoción interior de Uribe, todos los magistrados adhirieron a la tesis del control material, aunque plantearon un estándar normativo menos estricto.

La pregunta que naturalmente surge de la exposición precedente es qué tan benéfico para la democracia colombiana ha sido el control material de la declaratoria de los estados de excepción ejercido por la Corte. Ese

interrogante puede desdoblarse en dos preguntas relacionadas: ¿cuáles han sido los efectos del abuso de los estados de excepción en el país? ¿Cuál ha sido el impacto real de la intervención de la Corte Constitucional en este campo? Los siguientes puntos del capítulo abordan esta discusión.

#### **IV. El impacto de la excepcionalidad: los efectos del abuso de los estados de excepción**

El uso recurrente de la excepción ha impedido la configuración de un Estado de derecho pleno en Colombia. Sin embargo, dicho uso recurrente tampoco debe ser entendido como la instauración velada de un régimen militar. La excepción no ha impedido el funcionamiento relativamente normal de las instituciones de control del Estado, de la libertad de prensa y de la oposición política. Las limitaciones a los derechos instauradas a través de la excepción en Colombia distan mucho de aquéllas aplicadas por regímenes militares en el sur del continente durante los años setenta y ochenta. Es más, con frecuencia, las medidas de excepción que adoptan los países europeos contra el terrorismo parecen más restrictivas que las nuestras.

¿Significa esto que la violencia y los atropellos contra las personas han sido más moderados en Colombia? De ninguna manera. Las principales violaciones a los derechos humanos las llevan a cabo particulares o agentes del Estado que actúan por fuera del Estado de derecho. El drama humanitario que vive Colombia es menos el producto de un poderoso Estado dictatorial, que de la incapacidad del Estado para defender a la población de la criminalidad en todas sus manifestaciones y del consecuente enfrentamiento de esa incapacidad a través de medidas autoritarias. No obstante, lo que queremos señalar es que el estado de excepción no es ajeno a esta incapacidad institucional del Estado colombiano. Su uso recurrente ha reproducido la violencia que intenta remediar, y de esta manera ha ahondado la debilidad institucional a la cual intenta hacer frente.

El estado de excepción ha dado lugar a, por lo menos, tres consecuencias perjudiciales para la instauración de una democracia constitucional efectiva en Colombia. En primer lugar, la excepción ha propiciado el desvanecimiento de la frontera entre lo legal y lo ilegal y, por esta vía, ha facilitado el salto hacia el no derecho tanto de funcionarios del Estado como de particulares. La ineficacia de los objetivos de paz y orden trazados por las medidas de excepción —a pesar de su casi permanencia durante ciertos períodos de la historia nacional— ha producido desengaños respecto de las vías institucionales y una consecuente cultura antijurídica, que es en parte

responsable de la búsqueda institucional y social de mecanismos alternativos e ilegales destinados a conseguir tales objetivos.

El poder Ejecutivo, y de manera específica el poder militar, obtuvo hasta mediados de los años ochenta concesiones excesivas, que no se tradujeron en una mayor eficacia en el control de los grupos armados en pugna con el Estado. A medida que aumentaba la justicia penal de excepción, paradójicamente disminuía su capacidad para remediar el conflicto que estaba llamada a resolver, y ello debido al efecto difusor de las violencias que acarrearba dicho aumento. La justicia luchaba contra un enemigo que se fortalecía en la medida en que resultaba atacado.

El crecimiento de la justicia de excepción resultaba desproporcionado en relación con los resultados obtenidos: mientras más crecía el aparato represivo, más crecía el delito y el conflicto que el mismo aparato quería resolver. La dificultad para romper este círculo vicioso se encuentra en el hecho de que, al tiempo que se incrementa el uso de la excepción y crece la ineficiencia del Estado, aumentan las razones aducidas por los gobiernos para justificar su uso y su fortalecimiento (véase Capítulo 5).

La ineficacia de las medidas de excepción, por un lado, y la búsqueda de un proyecto de régimen político-jurídico plenamente democrático a finales de la década de los ochenta, por el otro, condujeron a la implantación de controles judiciales frente a las facultades de excepción. Pero quizá ellos llegaron demasiado tarde. Tales controles hicieron atractiva la búsqueda de soluciones extralegales entre agentes del Estado, lo cual aumentó el fragor de la guerra, así como disminuyó y fragmentó el poder institucional.

Así las cosas, de una situación inicial en la cual las élites nacionales pretendían consolidar un régimen político en la zona de frontera entre el constitucionalismo y el autoritarismo, se fue pasando a una situación en la cual el poder del Estado era incapaz de controlar la pugna entre poderes armados en la que participan sus propios agentes. De los intentos de constitucionalización del poder excepcional del Estado se pasó al debilitamiento del Estado constitucional y a su consecuente inclusión en una guerra de facciones. La práctica de la excepción constitucional, en la frontera pseudoconstitucional, se ha convertido en una práctica bélica, en el territorio de la guerra.

En segundo lugar, la excepción constitucional ha sido nefasta para configurar una oposición política fuerte e institucionalizada en Colombia. En efecto, el estado de excepción fue la fórmula que las élites políticas colombianas

idearon para enfrentar las protestas populares, muy frecuentes durante los años sesenta y setenta. Con esta fórmula se quiso evitar tanto la caída en el régimen militar como la democracia plena. Mientras en otros países del continente el control de la protesta social se logró por medio de la implantación de regímenes militares, en Colombia la represión se hizo a partir de instituciones ‘democráticas’, por lo menos en su forma.

Allí donde hubo régimen militar, la sociedad civil se mantuvo y se fortaleció a través del discurso democrático y de los derechos humanos. En Colombia, en cambio, tanto la oposición de izquierda como la de derecha se apartaron del discurso democrático con el objeto de no identificarse con los gobiernos. La izquierda veía en el régimen existente una dictadura disfrazada, al tiempo que la derecha veía en el mismo Estado un propiciador del desorden y de la anarquía izquierdista. Quizá esto también ayude a explicar la facilidad con la cual estas dos posiciones han estado dispuestas a tomar las armas para defender sus propósitos radicales. Mientras en otros países del continente los regímenes militares y populistas favorecieron las alianzas entre el Estado y las clases subalternas, en Colombia la historia de las luchas sociales ha sido la historia de los desencuentros entre los actores sociales que lideran tales luchas y las instituciones del Estado.

La naturaleza híbrida del régimen bloqueó tanto la alternativa democrática plena como la alternativa militar plena. Así como la subversión fue interpretada por la izquierda como la salida ilegal necesaria a una democracia bloqueada, la guerra sucia fue interpretada por sus promotores como la salida ilegal necesaria a un régimen militar bloqueado.

En tercer lugar, el estado de excepción configuró una institucionalidad híbrida entre el adentro y el afuera del contrato social. El cumplimiento del contrato social en Colombia siempre ha sido muy precario. En términos de Hobbes, nunca se ha cumplido a cabalidad el *pactus subiectionis*, esto es, el sometimiento de los ciudadanos al poder central. Esta parcialidad comprende no sólo la incapacidad del Estado para imponerse frente al poder económico —aquello que Hobbes denominaba el *dominium*—, sino también la incapacidad del Estado para imponerse de manera coercitiva sobre la voluntad de los individuos —o *imperium*, en la terminología hobbesiana—.

Sin embargo, el fracaso del contrato social en Colombia es relativo si se tiene en cuenta que, por un lado, el Estado sigue cumpliendo funciones esenciales de regulación en todos los ámbitos sociales y, por el otro, muchos de los ciudadanos —no obstante la falta de *imperium*— cumplen el derecho y ven en el Estado la única fuente posible de poder legítimo y de ejercicio legal de la

violencia.

Ni el autoritarismo ni la anarquía son conceptos adecuados para explicar la crisis del contrato social en Colombia. La vida social e institucional en el país no puede ser vista como algo homogéneo. Es, en cambio, una especie de archipiélago de sociabilidades, con algunos espacios hipercontractualizados que conviven con algunos espacios hiperdescontractualizados, todos ellos en medio de muchos espacios sociales híbridos en los cuales el contrato social opera en los límites entre el afuera y el adentro de lo social, entre el afuera y el adentro de lo legal.

La existencia de espacios sociales híbridos siempre ha sido un fenómeno amplio e importante en la vida de Colombia, pero en las últimas dos décadas ha crecido significativamente como consecuencia del fortalecimiento de los grupos armados que controlan extensas partes del territorio nacional. En estas zonas, el Estado está presente, pero de manera desnaturalizada. Existen jueces, pero éstos no siempre se comportan como tales; con frecuencia acuden a los grupos armados para resolver conflictos, o son objeto de la imposición de aquéllos. También hay policías y otros funcionarios del Estado que se confunden con los demás actores sociales. No es que el Estado no exista —no estamos en unas zonas salvajes—, es que existe despojado de su condición de superioridad y degradado a una condición de actor social que negocia y pacta con otras fuerzas sociales.

Los individuos que viven en estas zonas adquieren conciencia, por un lado, de la pérdida de eficacia y de legitimidad de las instituciones del Estado y, por el otro, de los peligros que ello acarrea. Bajo estas condiciones, adoptan un comportamiento pragmático de protección y defensa individual. Desde el punto de vista de las prácticas sociales, en estas zonas se presenta un colapso de los referentes simbólicos institucionales y, en particular, del derecho como mecanismo de regulación y entendimiento social.

Estado y derecho continúan existiendo e incluso pueden desempeñar un papel importante en la vida de las personas, pero ya no como fuentes normativas de su comportamiento, sino como elementos adicionales de negociación, confrontación, juego, etc. El mundo social fundado en reglas se desnaturaliza para dar paso a un mundo darwiniano de la supervivencia.

Pero no sólo la sociedad tiene en Colombia esta configuración híbrida. El Estado, en ciertas épocas y con diferentes intensidades, también ha adquirido esta condición. Y el uso normalizado de la facultad gubernamental de declarar estados de excepción ha sido una de las expresiones más nítidas de

esta dimensión híbrida del Estado colombiano, propia de la frontera que separa el adentro y el afuera del contrato social o, si se quiere, el adentro y el afuera del Estado de derecho. Por ello, las tentativas por controlar judicialmente su abuso tienen una importancia decisiva para consolidar la democracia colombiana, razón por la cual conviene evaluarla.

## **V. El impacto del control judicial: una evaluación de la labor de la Corte Constitucional**

El punto esencial para evaluar el impacto de las decisiones de la Corte Constitucional es el siguiente: ¿la introducción del control material de la declaratoria de los estados de excepción ha implicado una reducción importante del abuso gubernamental de los instrumentos de emergencia?

Un indicador válido para responder a esta pregunta es el tiempo transcurrido bajo estados de excepción, por lo cual calculamos cuántos meses de los distintos períodos presidenciales los colombianos hemos estado sujetos a los rigores de los poderes de emergencia. Restringimos el análisis al estado de sitio (durante la Constitución de 1886) y al estado de conmoción interior (a partir de 1991), dado que son los dos regímenes de excepción que han provocado los mayores abusos y amenazas a las libertades constitucionales y al Estado de derecho.

Los cuadros del Anexo sintetizan los resultados de nuestra investigación y muestran que ha habido un cambio sustancial desde que la Corte Constitucional introdujo el control material.

Así, la Tabla 2 muestra una evolución significativa, desde un uso relativamente moderado del estado de sitio a comienzos de los años sesenta, a un abuso abierto en las décadas de los setenta y los ochenta, período en el cual los colombianos vivíamos literalmente bajo regímenes de emergencia. De esa manera, si los dos primeros períodos presidenciales del Frente Nacional (Alberto Lleras Camargo y Guillermo León Valencia) mostraban todavía alguna timidez en la materia, ésta desaparece en los años setenta y ochenta. El agravamiento de la situación de violencia y la falta de control judicial material a esas declaratorias parece explicar esa evolución.

La situación vuelve a modificarse ostensiblemente en los años noventa. Por ejemplo, mientras que todo el período de Barco (1986-1990) transcurre en estado de sitio ininterrumpido, durante el gobierno de Andrés Pastrana (1998-2002) no es declarado nunca el estado de conmoción interior.

Estos resultados se resumen en la Tabla 3 del Anexo, que muestra el tiempo que Colombia vivió en estado de excepción en esas cuatro décadas, lo cual permite identificar tres períodos. Una primera fase, de “emergencia moderada” (1958-1970), en la que uno de cada tres días había de estado de sitio; una segunda fase, de “emergencia total” (1970-1991), en la que ocho de cada diez días transcurrían en estado de sitio, y, finalmente, una tercera fase, de “normalización relativa”, a partir de 1991, en la que por el contrario cuatro de cada cinco días eran de normalidad constitucional.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que en este último período la situación de violencia no ha disminuido, sino que ha tendido a agravarse, el menor empleo de los instrumentos de emergencia puede atribuirse esencialmente a la introducción del control material por parte de la Corte Constitucional, que hizo caer el tiempo vivido en anormalidad de un 80% en los años ochenta, a menos de un 20%, a partir de la entrada en vigor de la Carta de 1991 (véase Tabla 2 del Anexo).

Ésta no es una opinión compartida por todos los analistas. Hay algunos críticos del control material efectuado por la Corte que consideran, muy por el contrario, que la intervención de la Corte ha contribuido a la prolongación —e incluso al mayor deterioro— del problema de orden público en Colombia, en la medida en que ha privado a los gobiernos del uso de un instrumento jurídico y político excepcional. No obstante, por ahora faltan datos que permitan establecer un vínculo claro entre el control material de los estados de excepción y el agravamiento de la violencia en el país.

Una conclusión es clara: el control material de las declaratorias de estados de excepción parece haber sido eficaz en la reducción de los períodos de anormalidad constitucional en Colombia. Y esto es importante, por cuanto —como se explicó en la sección anterior— el abuso de la emergencia ha distorsionado el Estado de derecho en nuestro país. Pero este punto, indudablemente positivo, tiene que ser ponderado frente a los costos y riesgos de esa intervención judicial, que son también importantes.

Por un lado, estas decisiones han implicado altos costos políticos e institucionales para la Corte Constitucional misma. Ha habido numerosas tentativas por limitar drásticamente sus competencias; incluso algunos han planteado la posibilidad de suprimir esta institución.

Por otro lado, incluso académicos que simpatizan con los esfuerzos de la Corte la han criticado, porque consideran que ha sido incapaz de desarrollar

una jurisprudencia clara y consistente en la materia. Según su parecer, este tribunal no ha desarrollado realmente estándares normativos para ejercer el control material de las declaratorias de emergencia (Ariza y Barreto, 2001, y García Villegas, 2001). El resultado es que no es fácil prever, con argumentos estrictamente jurídicos, los resultados del control judicial en este campo. La pregunta que algunos plantean es si esa inconsistencia doctrinal podría ser corregida o si está inevitablemente ligada a la naturaleza incierta —y entonces esencialmente política— del control judicial de los regímenes de emergencia.

En tercer lugar, y directamente ligado a los anteriores elementos, el control material ha implicado una cierta judicialización de las políticas de preservación del orden público, con las virtudes y riesgos de estas formas de judicialización. Virtudes, pues se establecen controles a la arbitrariedad gubernamental, a fin de asegurar los derechos constitucionales y la continuidad del Estado de derecho. Pero igualmente riesgos, pues la judicialización puede comportar una sobrecarga de la justicia constitucional, que empieza a asumir con dificultad tareas que no le corresponden totalmente.

La judicialización puede también generar un contraste entre una justicia visible y protagónica —que decide pocos casos pero en forma espectacular— y una justicia invisible y con tendencia a la rutinización —que tramita la gran mayoría de los asuntos en forma ineficiente e inequitativa (Rodríguez Garavito, García Villegas y Uprimny, 2003)—. Se puede llegar así a una perversa combinación de las enormes deficiencias del aparato judicial con su gran protagonismo. De esa forma, las primeras se cubren con el segundo, esto es, las deficiencias funcionales del aparato judicial son, en cierta medida, ocultadas por una intervención excepcional de los jueces en los grandes debates políticos.

Protagonismo político, por un lado, y deficiencias funcionales, por el otro, se encuentran conectados: mientras la justicia no resuelva sus problemas funcionales y adquiera fortaleza y capacidad mediante el logro de sus compromisos sociales naturales, su intervención en los grandes debates políticos puede ser el pretexto para una desviación de objetivos y para un debilitamiento aún mayor de sus cometidos.

Además, la judicialización de los conflictos políticos tiende casi inevitablemente a politizar —en el mal sentido del término— los conflictos judiciales, ya que los tribunales y los procesos se convierten en escenarios e instrumentos de las estrategias de los actores políticos, lo cual desestabiliza en

forma profunda el rol del sistema judicial como garante de los derechos de las personas y de las reglas de juego democráticas. El derecho deja de ser la regla general que toda la comunidad reconoce, porque el sentido de las normas se considera manipulable según los intereses. La opinión empieza a desconfiar de toda decisión judicial, con lo cual se compromete la legitimidad misma de la administración de justicia.

## **VI. A título de conclusión: una defensa (con ciertas reservas) del control judicial material de los estados de excepción**

A pesar de los costos y riesgos del control material, consideramos que esa intervención judicial es adecuada, más aún necesaria, en un contexto institucional en el cual el estado de excepción pierde su condición de recurso extraordinario y pasa a ser parte esencial de la vida institucional ordinaria del país. Sin embargo, es posible que dicho control haya comenzado tardíamente y, por ello, haya sido incapaz de frenar la incontenible cultura institucional del no derecho, de acuerdo con la cual los conflictos sociales son de tal magnitud que requieren una solución extrajudicial.

El hecho es que durante los últimos quince años hemos asistido al desarrollo divergente de dos proyectos institucionales: uno hacia la hipercontractualización y el perfeccionamiento constitucional y otro hacia la hiperdescontractualización y el fortalecimiento de medidas y prácticas extraordinarias por fuera del derecho. El problema parece estar en que la porción social que alcanza a ser regulada por el proceso de perfeccionamiento jurídico es cada vez menor, y que la parte que corresponde al no derecho condiciona cada vez más el éxito de dicho perfeccionamiento.

Con la promulgación de la Constitución de 1991, generosa y aspiracional, se abrió el debate sobre las posibilidades de enfrentar una crisis social e institucional tan profunda como la que vive el país. Algunos han sostenido que es necesario lograr primero la consolidación del Estado, antes de pretender que una Constitución como la actual pueda regir los destinos del país. En este sentido, el estado de excepción sin control material por parte de la Corte sería una fórmula para mantener una constitución restringida hasta tanto se logre consolidar al Estado.

Según este punto de vista, el Estado constitucional democrático hay que construirlo por etapas, así como sucedió en los países centrales. La versión criolla de esta opinión propone utilizar de manera casi permanente el estado

de excepción, con el propósito de obtener la satisfacción de las necesidades gubernamentales propias del déficit de poder y de legitimidad. Así, mediante la normalización de la anormalidad constitucional, el gobierno obtiene la adición de poder que requiere para suplir parcialmente su debilidad institucional y para responder a las demandas crecientes de seguridad, sin que ello implique una renuncia a la retórica legitimadora del discurso constitucional.

Otros, en cambio, sostenemos que el abuso del estado de excepción sólo conduce al círculo institucional vicioso del uso de la violencia y de la desnaturalización institucional hacia el afuera del derecho. Lo sucedido en Colombia evidencia la estrechez que hay entre la presencia bélica o meramente policiva del Estado y su ausencia, de la misma manera como, en los hechos, es estrecha la distancia entre el derecho penal de excepción y la caída en el abismo del no derecho, de la *zona salvaje*. La estrategia que consiste en remediar la debilidad política del Estado mediante el fortalecimiento militar y policivo sólo ha acrecentado tal debilidad y ha fomentado una efímera y engañosa fortaleza institucional.

A partir de este diagnóstico, reiteramos la idea que hemos sostenido en otros textos, consistente en que, en el caso colombiano —a diferencia de los regímenes europeos que lo hicieron paso por paso—, el problema es que pareciera que debiéramos construir todo el edificio constitucional al tiempo. Aunque vivimos situaciones de agudo conflicto armado y de precariedad del monopolio estatal de la violencia, debemos abordar esos desafíos en concordancia con la imperante cultura de los derechos humanos, las demandas de los movimientos sociales y democráticos, y los principios del Estado social de derecho. En Colombia, las distintas partes de esta compleja construcción constitucional deberán ser edificadas en forma simultánea: pacificación con democracia, igualdad con democracia, paz con justicia social, derechos humanos con consolidación del Estado, etc.

Para lograr este propósito, creemos que se debe aceptar la posibilidad de que exista el estado de excepción, pero restringido por un control constitucional efectivo a partir de la revisión material de los decretos que promulga el gobierno. Es cierto que esta limitación es única en el contexto del derecho comparado, pero también es cierto que el enquistamiento de la cultura institucional de la excepcionalidad en Colombia es también única en el contexto internacional.

Esta postura no solamente tiene un fundamento ético en la defensa de los derechos fundamentales; también tiene un fundamento histórico que se

origina en la ineficacia de los regímenes autoritarios concebidos como medios para llegar a la democracia. Si el objetivo fundamental es la consolidación del Estado y del Estado de derecho, ¿por qué no intentar un tipo de consolidación que no se reduzca a la fuerza? Las convicciones éticas y políticas crean Estados más sólidos que las obediencias impuestas por las armas. Ésta es una lección que no es ajena a la construcción del Estado de derecho. Conviene aquí recordar lo dicho por Meinecke en su libro clásico sobre la razón de Estado: “El derecho sólo es observado cuando existe un poder que tiene la fuerza suficiente para garantizarlo” (Meinecke, 1983: 15).

Los defensores del estado de excepción parten de un diagnóstico cierto sobre el colapso del contrato social y de las instituciones en Colombia. Muchas de las violaciones de los derechos, en general, y de los derechos humanos, en particular, provienen de que los individuos están a merced de múltiples actores armados sin un Estado que los defienda. Las peores injusticias se cometen en aquellas situaciones en las cuales no existe ni Estado ni contrato social, decía Hobbes. Muchos gobiernos en el pasado han hecho este diagnóstico para justificar la declaración del estado de excepción. Sin embargo, la violencia no parece haber disminuido. Por el contrario, parece haber aumentado.

Así, luego de tantos años de haber recurrido a esta práctica institucional sin mayores logros en relación con la consolidación institucional del Estado y el destierro de la violencia, no podemos menos que cuestionar su uso. Hay en el estado de excepción —normalizado a la manera colombiana— un vigor demoníaco que impulsa a los actores sociales y al Estado mismo hacia el afuera del contrato social. No es que la imposición de límites a las libertades sea necesariamente contraria a los propósitos de consolidación del Estado; más bien, un Estado consolidado exclusivamente a partir de las limitaciones a las libertades, necesariamente termina siendo un Estado precario, por muy fuerte que parezca en su presencia militar. Los defensores del estado de excepción a ultranza olvidan que el Estado de derecho no sólo se construye y consolida a partir de la imposición de sanciones. El Estado de derecho es también una cultura que consiste en jugar el juego institucional a partir de reglas.

En ese sentido, aunque defendemos el control material de las declaratorias de los estados de excepción, lo hacemos con cierto escepticismo y ciertas reservas, por cuanto reconocemos los riesgos y las limitaciones de estas formas de judicialización para la consolidación de nuestras precarias democracias. Y es que la judicialización, cuando se torna excesiva, no sólo acentúa la desmovilización ciudadana, sino que incluso pone en tela de juicio

los propios principios democráticos, y es a los funcionarios judiciales —no electos— a quienes corresponde defender las eventuales virtudes de la democracia. La sociedad comenzaría a confiar cada vez más en hombres providenciales para la restauración de la virtud. De allí la importancia de recuperar, sin abandonar las virtudes de las intervenciones judiciales, la deliberación democrática y la movilización ciudadana.

## Bibliografía

- Ariza, Libardo y Barreto, Antonio. 2001. “La Corte Constitucional frente a la excepcionalidad: diez años de control material laxo y discursivo”, en *Derecho Constitucional. Perspectivas críticas*. Bogotá: Observatorio de Justicia Constitucional-Universidad de los Andes.
- Barreto, Antonio. 2002. *The Dynamics of Emergency Powers Within Constitutional Systems: The State and the Civil Society of Colombia-Besieged Between Violence and Emergency Powers*. Propuesta de disertación doctoral. New Haven: Yale University.
- Burt, Robert. 2002. *Judicial Supremacy, Judicial Impotence and the Rule of Law in Times of Crisis*, disponible en <http://islandia.law.yale.edu/sela/eburt.pdf>.
- Camacho Guizado, Álvaro. 1997. *Nuevas visiones sobre la violencia en Colombia*. Bogotá: FESCOL-IEPRI.
- Dávila Ladrón de Guevara, Andrés. 1999. “Clientelismo, intermediación y representación política en Colombia: ¿qué ha pasado en los noventa?”, en *Estudios Políticos* No. 15, pp. 61-78.
- Friedrich, Carl. 1946. *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*. México: Fondo de Cultura Democrática.
- Gallón, Gustavo. 1979. *Quince años de Estado de sitio en Colombia: 1958-1978*. Bogotá: América Latina.
- García Sayán, Diego (ed.). 1987. *Estados de emergencia en la región andina*. Lima: Comisión Andina de Juristas.
- García Villegas, Mauricio. 2001. “Constitucionalismo perverso: normalidad y anormalidad constitucional (1957-1997)”, en Santos, Boaventura y García Villegas, Mauricio (dirs.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Uniandes-Siglo del Hombre-Colciencias-CES, Tomo I, pp. 317-370.
- Gómez, Juan Gabriel. 1995. “Fueros y desafueros: justicia y contrarreforma en Colombia”, en *Análisis político*, No. 25, pp. 79-90.
- Hobbes, Thomas [1651]. Cualquier edición.
- Jimeno, Myriam. 1998. *Las violencias: inclusión creciente*. Bogotá: CES y Universidad de los Andes.

- Loveman, Brian. 1993. *The Constitutions of Tyranny, Regimes of Exception in Spanish America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.
- Meinecke, Friedrich. 1983. *La idea de la razón de Estado en la edad moderna*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Munck, G. y Palermo, V. 1998. “La démocratie en Amérique Latine: Les acteurs sociaux, la représentation et l’Etat”, en *Sociologie et Sociétés*, No. 30, pp. 159-172.
- O’Donnell, Guillermo. 1988. *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas.
- Pécaut, Daniel. 1997. “Presente, pasado y futuro de la violencia”, en *Análisis Político*, No. 30, pp. 3-36.
- Pinheiro, Paulo Sérgio. 1999. “The Rule of Law and the Underprivileged in Latin America: Introduction”, en Méndez, Juan, O’ Donnell, Guillermo y Pinheiro, Paulo Sérgio (eds.). *The (Un)Rule of Law & the Underprivileged in Latin America*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, pp. 1-15.
- Posada-Carbó, Eduardo (ed.). 1998. *Colombia: The Politics of Reforming the State*. New York: St. Martin’s Press.
- Reyes Echandía, Alfonso. 1979. “El estado de sitio prolongado y el estatuto de seguridad frente a la constitución”, en *Documentos testimonios. Foro Nacional por los Derechos Humanos*. Bogotá, s. e.
- Rodríguez Garavito César; García Villegas, Mauricio, y Uprimny, Rodrigo. 2003. “Justice and Society in Colombia: A Sociolegal Analysis of Colombian Courts”, en Friedman, Lawrence y Pérez-Perdomo, Rogelio (eds.). *Legal Culture in the Age of Globalization: Latin Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, pp. 134-183.
- Rossiter, Clinton. 1963. *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*. Nueva York: Harbinger.
- Rubio, Mauricio. 1996a. *Capital social, educación y delincuencia juvenil en Colombia*, Documentos CEDE 1.
- . 1996b. *Homicidios, justicia, mafias y capital social: ensayo sobre la violencia en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Schmitt, Carl. 1985. *La dictadura*. Madrid: Alianza.
- Uprimny, Rodrigo y Vargas, Alfredo. 1990. “La palabra y la sangre: violencia, legalidad y guerra sucia en Colombia”, en Palacio, Germán (ed.). *La irrupción del paraestado*, Bogotá: ILSA-CEREC, pp. 105-166.
- Vásquez Carrizosa, Alfredo. 1979. *El poder presidencial en Colombia: la crisis permanente del derecho constitucional*. Bogotá: Enrique Dobry.
- Zovatto, Daniel. 1990. *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*. Caracas-San José: IIDH y Editorial Jurídica Venezolana.



## Anexos

**Tabla 1. Declaraciones de estados de excepción al amparo de la Constitución de 1991**

Fecha y Decreto	Tipo	Hechos invocados por el gobierno	Decisión de la Corte
Decreto 333 del 24 febrero de 1992	Emergencia social	Malestar social y amenaza de huelga policial	C-04 de 1992 Constitucional
Decreto 680 del 26 de abril de 1992	Emergencia social	Crisis eléctrica nacional por grave sequía	C-447 de 1992 Constitucional
Decreto 115 del 10 de julio de 1992	Estado de conmoción interior	Amenaza de liberación inmediata de prisioneros peligrosos	C-556 de 1992 Constitucional
Decreto 1793 del 8 de noviembre de 1992	Estado de conmoción interior	Ataques guerrilleros y amenazas, e incremento general de la violencia	C-031 de 1993 Constitucional
Decreto 874 del 1º de mayo de 1994	Estado de conmoción interior	Amenaza de liberación inmediata de prisioneros peligrosos	C-300 de 1994 Inexequible
Decreto 1178 del 9 de junio de 1994	Emergencia social	Terremoto y avalanchas	C-366 de 1994 Constitucional
Decreto 1370 del 16 de agosto de 1995	Estado de conmoción interior	Incremento general de la violencia, la criminalidad y los ataques guerrilleros	C-466 de 1995 Inexequible
Decreto 1900 del 2 de noviembre de 1995	Estado de conmoción interior	Violencia, actos terroristas y asesinato del líder político Álvaro Gómez Hurtado	C-027 de 1995 Parcialmente inexequible y parcialmente constitucional
Decreto 80 del 13 de enero de 1997	Emergencia social	Crisis en la balanza de pagos, reevaluación de la moneda y caída de las reservas internacionales	C-122 de 1997 Inexequible
Decreto 2330 del 16 de noviembre de 1998	Emergencia social	Crisis del sistema bancario y financiero	C-122 de 1999 Parcialmente inexequible y parcialmente constitucional
Decreto 195 del 29 de enero de 1999	Emergencia social	Terremoto	C-216 de 1999 Constitucional
Decreto 195 del 7 de agosto de 2002	Estado de conmoción interior	Ataques terroristas, amenazas guerrilleras contra los alcaldes e incremento de la violencia	C-802 de 2002 Parcialmente inexequible y parcialmente constitucional

Fuente: análisis de los autores a partir de los decretos y las decisiones de la Corte Constitucional

**Tabla 2. Estados de emergencia por orden público en distintos períodos**

## presidenciales<sup>1</sup>

Presidente	Número de meses en estado de excepción	Porcentaje del período en estado de excepción
Lleras Camargo (1958-1962)	4,0	8,3
Valencia (1962-1966)	14,5	30,2
Lleras Restrepo (1966-1970)	30,0	62,5
Pastrana (1970-1974)	39,0	81,3
López (1974-1978)	34,0	70,8
Turbay (1978-1982)	47,0	97,9
Betancur (1982-1986)	27,0	56,3
Barco (1986-1990)	48,0	100
Gaviria I (1990-1991) <sup>2</sup>	11,0	100
Gaviria II (1991-1994)	14,6	39,5
Samper (1994-1998)	9,0	18,8
Pastrana (1998-2002)	0,0	0,0

<sup>1</sup> Tiempo bajo estado de sitio total o estado de conmoción interior total.

<sup>2</sup> El período presidencial de Gaviria está dividido en dos, debido a la promulgación de la Constitución de 1991.

Fuente: Basado en el análisis de los decretos declaratorios de estados de excepción.

**Tabla 3. Excepcionalidad según décadas**

Décadas	Número de meses en estado de excepción	Porcentaje del período en estado de excepción
1958-1970 o “emergencia moderada”	48,5	33,7
1970-1991 o “emergencia total”	206	82,1
1991-2002 o “normalización relativa”	23,6	17,5

Fuente: basado en el análisis de los decretos declaratorios de estados de excepción.

