

CONSTITUCION DE 1991: EL NUEVO ESTADO DE EXCEPCION

Ivan Orozco Abad*

El tránsito de la figura del “estado de sitio” hacia la del “estado de excepción” constituye un triunfo del espíritu de la libertad. El equilibrio axiológico de la Constitución se ha desplazado hacia una clara dominancia de la libertad sobre la autoridad.

El principio del constitucionalismo liberal clásico según el cual la **libertad** es la regla, en tanto que la capacidad de injerencia de la **autoridad** en la primera constituye la excepción —de manera que aún en estado de excepción se deben poner límites claros a la capacidad de intervención del Estado en la Sociedad Civil—, ha encontrado un arraigo cierto en nuestra Ley Fundamental.

La nueva denominación “estado de excepción” no deja lugar a dudas sobre el nuevo pathos que informa nuestra carta. La nueva institución ha sido concebida para circunstancias excepcionales y se pretende que su uso sea, también, excepcional.

EN BUSCA DEL ESPIRITU DE LA NORMA

La “voluntad del cuerpo constituyente” que condujo a la fórmula que fue aprobada —casi

por unanimidad— es mucho más que la expresión de la indignación reactiva y puntual que generó entre los constituyentes el primer proyecto autoritario, presentado —sinuosamente— por la comisión accidental, liderada por Navarro y Nieto Roa, y apadrinada —en sus aspectos más regresivos— por el gobierno.

El gran consenso fue, antes que nada, una “astucia de la razón ética”, que puso a los partidos bajo el dominio de aquello que John Rawls, en su “Teoría de la Justicia” ha llamado “el velo de la incertidumbre”.

Dice una ilustradora anécdota que en el marco de una discusión privada entre constituyentes y asesores sobre el estado de sitio, llevada a cabo la víspera de la aprobación del nuevo texto en primer debate, seguidores del Movimiento de Salvación Nacional alegaban que la nueva fórmula debería ser dura, de manera que se dieran al ejecutivo instrumentos eficaces para sortear los graves problemas de orden público que aquejan al país. Entonces alguien intervino y les preguntó qué pasaría si Navarro llegaba al poder. Los interpellados cambiaron inmediatamente de tono y empezaron a hablar, ya no de fortalecer la autoridad, sino de los derechos humanos y las libertades públicas.

Como en el modelo de Rawls, también en nuestro proceso Constituyente, el carácter fundamental de las circunstancias se ha mostrado,

* Abogado, profesor del Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales.

entre otras cosas, en la profunda incertidumbre que acompaña a los partidos en torno al saber sobre su posición futura en el conjunto del sistema político, originada en la debilidad del Estado y en la extrema fragmentación de los partidos.

Pues bien, parece que fue precisamente esa incertidumbre compartida por todos los adversarios en el seno de la Constituyente aquello que neutralizó de manera radical la preferencia por una concepción autoritaria y propició el consenso en torno a la nueva institución. **La igualdad en el miedo a la posibilidad de llegar a ser víctimas de la arbitrariedad gubernamental los obligó a todos, por lo menos en esta materia, a acceder a un consenso razonable sobre el tipo de equilibrio que debe imperar entre la autoridad y la libertad.**

Es verdad que no se trata sino de un comienzo, de un marco normativo; es verdad que terminada la Constituyente los partidos empezarán a posicionarse de nuevo y con ello, a poder calcular, cada vez mejor, su lugar en el conjunto. Entonces las correlaciones reales de fuerzas empezarán a determinar el sentido de la exégesis gubernamental del estado de excepción.

Y sin embargo, la Corte Constitucional contará, para fortuna de la sociedad colombiana, con una pauta dogmática alcanzada en circunstancias que los filósofos calificarían de “ideales”, para la producción de un consenso discursivo sobre lo justo.

SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS

En contravía del proyecto gubernamental de reforma constitucional y su propuesta de establecer “grados” en la perturbación del orden público interno, la nueva institución proyectó su carácter excepcional, antes que nada, en el hecho de reconocer que la declaratoria sólo cabe en circunstancias límites y extremas de “guerra exterior” y de “commoción interior”.

El estado de excepción externo sólo existe para la hipótesis extrema de la guerra exterior; el estado de excepción interno, para la hipótesis,

igualmente extrema, de “**graves** perturbaciones del orden público que atenten de manera **inminente** contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado y la convivencia ciudadana”. No queda, pues, duda sobre el interés del legislador en evitar que estadios menores de la perturbación del orden público interno, como los que corresponden al **carácter endémico de la violencia colombiana**, den lugar al uso y —lo que es peor— a la normalización del estado de excepción. Para tales eventos de menor gravedad y que constituyen el pan de cada día deberán bastar los instrumentos ordinarios de carácter polílico.

SOBRE EL SUJETO DE LA DECISION

La Constitución de 1886 estaba caracterizada por el hecho de que el gobierno —el presidente y sus ministros—, siguiendo una larga tradición que hunde sus raíces en el absolutismo, tenía el monopolio exclusivo de la decisión “sobre” y “en” estado de sitio.

Dentro del marco del nuevo estado de excepción, por lo menos en lo que respecta a la “guerra exterior”, el principio liberal de contrapesos ha penetrado hasta la entraña misma del proceso de toma de decisión. Salvo en el evento de que el presidente lo considere “necesario para repeler la agresión”, el gobierno sólo podrá **declarar el estado de guerra previa autorización del Congreso**. De esta manera regresamos a un sistema análogo al de la Constitución de la Gran Colombia de 1821.

Resulta interesante anotar cómo este traslado parcial de la decisión sobre el estado de excepción a manos del Congreso es indicativo del nuevo balance de fuerzas entre el Ejecutivo y el Parlamento, establecido por la nueva Carta.

Ahora bien, la cuestión no es únicamente quién decide “sobre”, sino también quién decide “en” estado de excepción.

Autorizado y declarado el “estado de guerra exterior”, la competencia para decidir, vale decir, para expedir decretos legislativos, está en manos del Ejecutivo. Y sin embargo, “el Congreso podrá, en cualquier época reformarlos o

derogarlos con el voto favorable de los dos tercios de los miembros de una y otra Cámara".

En lo que respecta al "estado de conmoción interior", la competencia para decidir sobre y en estado de excepción permanece, como en la norma derogada, en manos del gobierno.

SOBRE LAS FACULTADES DEL PRESIDENTE

El estado de excepción consiste, antes que nada, en un conjunto de facultades extraordinarias para intervenir, más allá de lo admitido en condiciones normales por las reglas de distribución de competencias entre los órganos del Estado, y entre éste y la sociedad civil, 1) en la división de poderes y, 2) en el sistema de los derechos humanos y de las libertades y garantías fundamentales.

1. En lo que toca a la capacidad del Ejecutivo para excepcionar, mediante mecanismos de concentración, el principio de la tridivisión y la independencia de los poderes, la nueva institución es, indudablemente, menos permisiva que la anterior. En el artículo que contiene las llamadas "disposiciones comunes", se consagra el principio general según el cual en estado de excepción "no se interrumpirá el normal funcionamiento de los poderes públicos".

En lo que atañe al Congreso, en particular, las normas se orientan, de manera clara, a conjurar cualquier intento de golpe de Estado del Ejecutivo contra el Legislativo y a favorecer el ejercicio del control político de este último frente a las decisiones del primero, durante el estado de excepción.

La norma que regula el "estado de guerra exterior" es clara al decir que "mientras subsista el estado de guerra, el Congreso se reunirá con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales, y el gobierno le informará motivada y periódicamente sobre los decretos que haya dictado y la evolución de los acontecimientos".

La norma que regula el "estado de conmoción interior" es aún más enfática —acaso porque la responsabilidad directa del Congreso en los procesos de toma de decisión es, en este caso,

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

El constituyente, para preservar, aún en estado de excepción, el sistema de contrapesos y de controles ha establecido un procedimiento automático de reunión del Congreso, sin necesidad de que medie para ello convocatoria por parte del Ejecutivo.

En lo que toca a la injerencia del Ejecutivo en la Justicia, la nueva Carta es, evidentemente, más restrictiva que la anterior. Constituye un logro histórico importante el que la norma que regule el "estado de conmoción interior" ratifique la doctrina de la Corte y eleve, de manera tajante, a rango constitucional el principio según el cual "en ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la Justicia Penal Militar".

Lo ocurrido durante la administración Turbay no debe repetirse. Y lo que es tanto o más importante, es bueno que las nuevas disposiciones hayan puesto coto, por lo menos parcial, al proceso de administrativización de la justicia emprendido por la administración Gaviria. Está todavía por verse de qué manera habrá de compatibilizarse la prohibición de investigar a los civiles, impuesta a los militares, con las nuevas normas sobre la Fiscalía General de la Nación y con el Estatuto para la Defensa de la Justicia.

Buscando poner fin a una tradición espuria colombiana, mediante la cual el estado de sitio ha servido para crear, sobre todo en materia penal, instituciones "permanentes" de justicia —contrarias al espíritu "transitorio" que es connatural a la vigencia de los decretos legislativos—, las nuevas disposiciones sobre la Fiscalía consagran la norma según la cual, en estado de excepción, "el gobierno no podrá suprimir ni modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento".

Por este logro se debió pagar, infelizmente, un alto precio. El Estatuto para la

Defensa de la Justicia, el hijo más sofisticado y perverso de esta tradición de creación de jurisdicciones y de códigos penales mediante decretos de estado de sitio, podrá ser elevado a la condición de norma permanente, mediante las facultades legislativas transitorias conferidas al presidente por la Constituyente, durante los noventa días subsiguientes al término de las deliberaciones de la Asamblea.

En tal sentido, sólo resta confiar en que la Comisión Legislativa integrada para el *interregno* constitucional ejerza su poder de veto frente al Ejecutivo, de manera que al Estatuto, en materias tan importantes como las garantías procesales y la confusión entre el delito político, el delito común y el terrorismo, se lo meta en cintura.

2. El destino de los derechos humanos se juega, acaso mucho más que en el título de la nueva Carta sobre los mismos, en las normas sobre estado de excepción, en cuanto regulan la capacidad extraordinaria del Estado para limitar los derechos, las libertades y las garantías fundamentales de los asociados.

En esta materia la solución óptima, desde un punto de vista liberal de defensa de la sociedad civil frente a la arbitrariedad eventual del Estado, habría consistido en la elevación a rango constitucional de una enumeración taxativa de los derechos-libertades y de las garantías susceptibles de limitarse —que no de suspenderse—. Una fórmula de acuerdo con tal dirección no fue, sin embargo, posible.

El constituyente apeló, entonces, al expediente de diferir la cuestión, en el sentido de trasladar al Congreso la responsabilidad frente a la determinación del alcance y contenido de la competencia extraordinaria del Ejecutivo para afectar los derechos humanos, las libertades y las garantías fundamentales. En desarrollo de dicha competencia, el Congreso deberá expedir una “Ley Estatutaria”.

El mecanismo adoptado tiene la virtud de implicar un contrapeso adicional del poder Legislativo frente al poder Ejecutivo. La responsabilidad y la capacidad real de control que se quieren inducir en el nuevo Congreso, para

corregir la apatía del viejo, habrá de depender, en la práctica, de factores políticos.

El mecanismo de la doble vuelta en las elecciones presidenciales y la modernización de los partidos son algunas de las garantías de que se conserve, sin renunciar al ejercicio del control, una solidaridad básica entre los poderes públicos. Nótese, en todo caso, que las tensiones eventuales entre el presidente y el parlamento, en circunstancias de estado de excepción, podrían conducir, dentro del nuevo esquema, a problemas de gobernabilidad.

La nueva competencia legislativa para expedir la “Ley Estatutaria” del estado de excepción no ha sido concebida como un poder en blanco para suspender, en su conjunto, la Constitución, sino sólo como una competencia limitada y regulada dentro del estado de derecho. En tal sentido, en la norma que contiene las disposiciones comunes se estableció, a manera de marco para el legislador, lo siguiente:

- “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales”.
- “En todo caso se respetarán las reglas del Derecho Internacional Humanitario”.
- “(La Ley Estatutaria) establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos de conformidad con los tratados internacionales”.

En lo que atañe a los tratados internacionales y el estado de excepción es importante recordar cómo en el capítulo IV del título primero “De la Protección y Aplicación de los Derechos”, se consagró una norma según la cual “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 tal sentido, no debe olvidarse que la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José), suscrita por Colombia, contiene una larga lista de derechos y garantías —entre los cuales se encuentra la garantía del *habeas corpus*— que no pueden ser suspendidos bajo ninguna circunstancia. Esos derechos

y garantías deben hacer, en todo caso, parte del llamado "núcleo intangible" de la Carta.

En lo que atañe al Derecho Internacional Humanitario baste anotar que sus normas rigen tanto para la "guerra exterior" como para la "conmoción interior", y que, de la misma manera que el viejo Derecho de Gentes, al cual reemplazó, debe ser comprendido como una continuación —y no como un sustituto menor— del Derecho de los Conflictos Armados, en general. Sólo dentro de este horizonte interpretativo puede el Derecho Internacional Humanitario desplegar todo su potencial humanizador y negociador.

SOBRE LA NATURALEZA Y ALCANCE DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS

En lo que respecta a los decretos legislativos expedidos en "estado de guerra exterior" la norma es clara al afirmar que los mismos "suspenden las leyes incompatibles con el estado de guerra, rigen durante el tiempo que ellos mismos señalen, pero dejarán de tener vigencia tan pronto se declare restablecida la normalidad". Se trata, pues, de normas provisionales que no derogan, sino apenas suspenden las leyes formales, y cuya vigencia limitada en el tiempo, debe ser señalada por el gobierno, sin poder exceder, en todo caso, al levantamiento del estado de excepción.

En lo que respecta a los decretos legislativos expedidos en "estado de conmoción interior" la nueva institucionalidad es decididamente innovadora y restrictiva.

En contravía de una larga y escandalosa experiencia nacional de normalización del estado de sitio, el constituyente ha querido obligar al Ejecutivo a hacer un uso estrictamente provisional de los recursos extraordinarios que le confiere el estado de excepción. Para el efecto, se estableció que entre la "declaratoria" y el "levantamiento" del estado de conmoción interior no debe correr un término mayor a noventa días, prorrogables por dos veces, es decir, hasta alcanzar una duración global de doscientos setenta días. En lo que toca a los decretos legislativos expedidos dentro del término de la declaratoria, se estableció, así

mismo, que su vigencia podrá extenderse hasta por noventa días, más allá de la fecha del levantamiento del estado de excepción. Su plazo máximo de vigencia será, en tal sentido, de un año contado a partir de la fecha de la declaratoria.

Por demás, basta anotar que el nuevo estado de conmoción interior —como el viejo estado de sitio— puede ser declarado "en toda la República o en parte de ella" y que los decretos legislativos expedidos dentro del marco de su vigencia —de la misma manera que en la vieja Constitución— suspenden pero no derogan las leyes que les son incompatibles.

SOBRE LOS CONTROLES AL EJECUTIVO

Dentro del espíritu liberal que informa la nueva institución, el Constituyente ha querido establecer un sistema múltiple de controles al Ejecutivo. Además del control político que corresponde al Congreso de la República, al cual hemos hecho referencia suficiente en los apartes anteriores, la nueva Carta ha previsto, en lo que respecta a la declaratoria, un control automático de inconstitucionalidad para los decretos legislativos, en general, por parte de la nueva Corte Constitucional.

Nótese cómo el hecho de que la declaratoria del estado de excepción deba llevar la firma, no sólo del presidente sino también de todos sus ministros, constituye un mecanismo adicional de control y una pauta para la definición de responsabilidades.

Es cierto que los mecanismos de control arriba enunciados existían —con diferencias— en el sistema anterior, pero también es verdad que todos ellos, salvo acaso el control automático de inconstitucionalidad, fueron siempre bastante inoperantes.

SOBRE LA RESPONSABILIDAD POR ABUSO DE LOS PODERES DE EXCEPCION

Ningún sentido tendrían los contrapesos y los controles si no se establecieran sujetos y crite-

rios de responsabilidad. La nueva institucionalidad contiene, en tal sentido, una cláusula de responsabilidad que dice así:

“Serán responsables el presidente y los ministros, cuando declaren los estados de excepción sin haber ocurrido los casos de guerra exterior o de conmoción interior, y lo serán también, al igual que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refieren los artículos anteriores”.

Nótese que la responsabilidad del presidente y los ministros en el evento de que se declare el estado de excepción sin que las circunstancias lo ameriten no puede ser materia de control jurídico por parte de la nueva Corte Constitucional, sino sólo de control político por parte del Congreso. La decisión “sobre” el estado de excepción lleva implícito un juicio de conocimiento sobre la totalidad socio-política que, además de ser constitutivo —y no simplemente declarativo—, es exterior a la reflexión jurídica, por lo menos en su dimensión dogmática.

En lo que toca a las pautas para la determinación de los abusos y de las extra-limitaciones en el ejercicio de las facultades de excepción, la nueva normatividad es, indudablemente, de conformidad con su espíritu restrictivo, más pródiga en criterios que la anterior.

El minimalismo propio de una concepción liberal del estado de excepción se manifiesta, en el nuevo texto, antes que nada, en el hecho de que la racionalidad exigida en el ejercicio de las facultades correspondientes está amarrada al doble concepto de la “necesidad” y de la “necesariedad”.

Para el caso de la “guerra exterior” dice la norma que “el gobierno tendrá las **facultades estrictamente necesarias** para repeler la agresión, defender la soberanía, atender las necesidades de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad”.

Para el caso de la “conmoción interior” dice igualmente la norma que “el gobierno tendrá las **facultades estrictamente necesarias** para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos”.

En el Estado liberal —a diferencia del Estado absolutista— el estado de excepción no se legitima *utilitate* sino sólo *necessitate causa*. Se debe haber alcanzado, pues, una situación límite, para que se justifique su declaratoria.

Y lo que es tanto o más importante, la relación entre medios y fines debe estar regulada por el avaro criterio de la “necesariedad” de los primeros para alcanzar los últimos.

A la luz de lo anterior se comprenden mejor la **idoneidad** y la **proporcionalidad** exigidas por el constituyente a las medidas de excepción.

Dice la norma, en lo que respecta a la idoneidad, que “los decretos legislativos (...) solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que determinó el estado de excepción”; y agrega, en lo que toca a la proporcionalidad, que “en todo caso, las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos”. Ni lo inidóneo ni lo desproporcionado son, en estricto sentido, necesarios y constituyen, por ello, abuso de poder.

El minimalismo liberal en materia de estado de excepción se cristalizó también en la consagración del **principio de la subsidiariedad**. Según el mismo, no basta que las circunstancias que den lugar al estado de conmoción interior sean de extrema gravedad. Es, además, necesario que las mismas no sean susceptibles de conjurarse con los recursos policivos ordinarios del Estado. La subsidiariedad constituye, con ello, simultáneamente, un indicador del carácter límite de la perturbación y una pauta para la atribución de responsabilidades.

Para terminar, una aclaración:

Dentro del marco de la tradición liberal el estado de excepción cumple exclusivamente una función restaurativa —no constructiva—, lo que es igualmente importante, procede con mecanismos represivos —y no preventivos—. En tal sentido, preocupa que la expresión “impedir la extensión de sus efectos” pueda ser interpretada como una legitimación de una actitud preventiva y de diseño de futuro.

A MANERA DE CONCLUSION

La normalización del estado de sitio ha estado, entre nosotros, sin lugar a dudas, estrechamente asociada a la falta de responsabilidad y de creatividad gubernamentales para buscar soluciones de fondo —y no simplemente represivas— a los problemas sociales y políticos que aquejan a la sociedad. El carácter leviatánico del Estado, la autonomización y barbarización de sus organismos de seguridad, y aún, el desdibujamiento del Congreso y de la Rama Jurisdiccional han sido, en buena medida, un subproducto del abuso de los poderes de excepción.

El nuevo imperativo de hacer un uso verdaderamente excepcional y mesurado de los estados de excepción constituye, en tal sentido, un paso necesario en el camino hacia una democracia participativa y respetuosa de los derechos humanos.