

Mary Luz Tobón Tobón*

Suspensión de garantías: la muerte tibia de la constitución política de Colombia de 1991**

Guarantee suspension: the lukewarm death of colombia's 1991 political constitution

Fecha de recepción: 18 de julio de 2011
Fecha de aprobación: 21 de agosto de 2011

RESUMEN

El artículo 214.2 de la Constitución de 1991 integra un plus al ordenamiento jurídico colombiano, que va más allá de las normas del derecho internacional comparado al prohibir expresamente la suspensión de los derechos fundamentales durante los estados de excepción, aunque no hagan parte del núcleo duro los derechos humanos, según la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Palabras clave: Constitución, derechos humanos, estados de excepción, suspensión de garantías, derecho constitucional.

ABSTRACT

The article 214.2 of the 1991 Constitution integrates an asset to the Colombian legal system that goes beyond the International Comparative Law body of rules by distinctly prohibiting the abeyance of the fundamental rights during states of emergency even though they do not make part of the Human Rights hard core, according to the Human Rights American Convention and the International Agreement for Civil and Political Rights

Key words: Constitution, human rights, states of exception, suspension of guarantees, Constitutional Law.

* Abogada, Especialista en Derecho Administrativo, y Candidata a Doctor en Estudios Superiores de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Docente investigadora, miembro del Grupo Ratio Juris de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín. Correo electrónico: maryltobon@gmail.com

** El presente trabajo es una síntesis de la tesis doctoral que será defendida en los próximos meses para obtener el título de Doctor en Estudios Superiores de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid.

Introducción

Posiblemente nada refleja mejor la Constitución de 1991 que la propia normalidad con la que celebramos su vigésimo aniversario. En efecto, desde que se promulgó, año tras año asistimos a una fiesta en la que no faltan los globos y los avatares, porque como diría el poeta colombiano Epifanio Mejía “Joven aún entre las verdes ramas”¹ la Constitución de 1991 continúa vigente, y es *Normal* asistir a su cumpleaños. No obstante, esta percepción social *Normal* de la Constitución, y de sus conmemoraciones, por parte de algunos colombianos, contrasta con una resistente teoría de su excepcionalidad, es decir, con la *Anormalidad* a la que estamos acostumbrados, debido a las frecuentes declaratorias de los estados de excepción.

La Constitución de 1991 es un feliz paréntesis, ojalá duradero, en una tierra predestinada a sus Cartas de Batalla². Si celebramos su cumpleaños, su *Normalidad* como mito nacional, vigente aún, a pesar de los distintos gobiernos que en algunas ocasiones, menoscaban su contenido y el sistema de valores y principios que pretende establecer. También podríamos celebrar su *Anormalidad*, el descubierto que deja en entre dicho en todos los sectores, o en los de los más sabidos, revisar el régimen de los estados de excepción en Colombia. En todo caso, este vigésimo aniversario, permite dar a conocer el sentido agónico de la convivencia nacional, o también lo que podríamos denominar la “*Muerte Tibia de la Constitución Política de 1991*” a causa de la suspensión de garantías de los colombianos durante las situaciones de anormalidad.

¹ Mejía, Epifanio, “Historia de una tórtola”, Tomado del libro Obras completas de Epifanio Mejía. Compiladas por Rafael Montoya Montoya, Ediciones Académicas del Colegio Académico de Antioquia, Medellín, Bedout, 1960.

² “En este escenario polémico cada carta trata de prevalecer sobre la anterior a través de la formulación de un nuevo arreglo de herramientas legales y recursos políticos que la fracción dominante pueda usar como autoridad legítima contra las otras fracciones y también contra la mayoría de la población. De esta suerte, a lo largo de tres cuartos de siglo, los códigos políticos batallan entre sí, y a través de ellos el país batalla contra sí mismo y contra su pueblo en la búsqueda quimérica de la ley fundamental perfecta, del pacto definitivo que asegure el orden y la unidad de la patria”. Valencia Villa, Hernando, *Cartas de Batalla: Una Crítica al Constitucionalismo Colombiano*, 2ª Ed. Bogotá, Fondo Editorial CEREC, 1997, P. 106.

De hecho, si se analiza la vigencia que han tenido los derechos humanos como límites que deben ser tenidos en cuenta por las autoridades estatales durante las declaratorias de emergencia desde que se promulgó la Constitución de 1991, salta a la vista que el contenido de los mismos, su interpretación y su alcance, han sido una carencia histórica, dada no sólo por la falta de adecuar la legislación de urgencia al ordenamiento internacional y, de manera específica, a la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), sino porque, al fin de cuentas, los actores protagónicos de la historia nacional, no quieren que la Carta de derechos fundamentales sea la piedra angular de la Constitución. En ningún momento han pretendido alcanzar la única forma de hacer a la norma suprema digna de tal nombre.

Si los derechos fundamentales nacieron como instrumentos de salvaguardia del individuo frente a los poderes públicos, con mayor razón, durante los estados de excepción solamente pueden considerarse respetados mientras su ejercicio se garantice en el marco de un Estado Democrático de Derecho, en el cual debe haber un *estándar mínimo de derechos humanos*, cumpliendo con ciertas obligaciones jurídicas que están contenidas en las normas convencionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

Por lo anterior, con este artículo se busca demostrar cómo algunas normas dictadas por los diferentes gobiernos de Colombia desde la promulgación de la Constitución Política de 1991 no se ajustan a la normativa internacional ni al respeto de los derechos fundamentales, entendidos como límites que deben ser tenidos en cuenta por las autoridades públicas en todo tiempo y, con mayor razón, durante los estados de excepción.

Para desarrollar tal planteamiento, la estructura del artículo estará dividida en tres partes: inicialmente, se abordará la figura del estado de excepción en el derecho comparado; luego se tratará el fenómeno a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, repasando sus orígenes y su evolución en el constitucionalismo moderno, para crear un marco general de estudio, sobretodo todo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, que proporcionará suficientes elementos de referencia, para demostrar al final que según el artículo 214.2 de la Constitución de 1991, en Colombia no es posible suspender los derechos humanos ni las libertades públicas durante los estados de excepción, ni siquiera los que están por fuera del núcleo duro de los derechos humanos, y que según la

CADH y el PIDCP se pueden suspender en otros países durante las épocas de anormalidad.

Esta investigación está plenamente justificada, pues al realizar un rastreo bibliográfico, se ha encontrado que algunos autores recientes como Pedro Pablo Vanegas Gil³ y Clara Elena Reales Gutiérrez⁴ abordan el tema desde una perspectiva general de los estados de excepción. En efecto, el estudio que más se aproxima a la suspensión de garantías, es una tesis presentada por Nestor Oswaldo Arias Ávila, para optar por el título de Especialista en Derechos Humanos ante el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid en 1991, y publicada en 1993 bajo la denominación: “*Suspensión de las garantías judiciales en los estados de excepción a nivel internacional*”.

Así mismo, para desarrollar esta investigación se requieren *fundamentos científicos multidisciplinarios* que abarquen esencialmente el derecho constitucional, el derecho administrativo, el derecho internacional comparado, especialmente en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

Si se observa la realidad colombiana, el conflicto armado, la pobreza, las presiones migratorias, las huelgas, el comercio ilegal de estupefacientes definen las causas estructurales de nuevos fenómenos de violencia que han aumentado progresivamente las tensiones sociales y políticas del país, dando lugar, de una u otra forma, a la declaración del estado de excepción o a su aplicación *de facto*, casi de manera permanente por parte el ejecutivo, convirtiendo lo “*Anormal*” en una costumbre “*Normal*”⁵.

³ Vanegas Gil, Pedro Pablo. Los Estados de excepción en el régimen constitucional latinoamericano, una perspectiva comparada. *Tesis de grado para optar por el título de Abogado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

⁴ Reales Gutiérrez, Clara Elena. “El control de los decretos declaratorios de los estados de excepción”, en, Cepeda, Manuel, Montealegre Eduardo y Alexei, Julio, *Teoría constitucional y políticas públicas: bases críticas para una discusión*, Bogotá, Universidad externado de Colombia, 2007, pp. 615-713.

⁵ “Se ha dicho que la democracia colombiana ha sobrevivido gracias a la frecuente utilización del régimen de excepción. Quienes defienden las virtudes de este método de gobierno agregan que en un país en vía de desarrollo se necesita un gobierno fuerte que pueda dirigir la economía y protegerse de los ataques de los grupos insurgentes. Respetados economistas extranjeros comparten esta teoría (R. Heilbroner y L. Thurow)”. Cepeda Espinosa, Manuel José. *Estado de Sitio y emergencia económica*. Bogotá, Contraloría General de la República, 1985, p. 21. En ese mismo sentido, dice Alfredo Molano: “Tenemos un Estado tan débil y tan vulnerable que no resiste la oposición. Y es débil porque es excluyente y es vulnerable porque no alberga ni defiende los intereses que constituyen la colectividad [...]. Con los estados

En efecto, es evidente que los logros alcanzados en materia de protección de los derechos humanos y de regulación de los estados de excepción, así como en la supervisión internacional de su aplicación, resultan insuficientes para hacer frente a estas nuevas modalidades de anormalidad, convirtiéndose en una amenaza latente para la población colombiana.

Se impone la necesidad entonces de que el Derecho y el orden retornen nuevamente al cauce que les corresponde, salvaguardando los derechos fundamentales como límites en sí mismos, toda vez que a diferencia de otras constituciones de Latinoamérica, y de la misma Constitución de Colombia de 1886, la Constitución Política de Colombia de 1991 en su artículo 214.2⁶, de manera expresa prohíbe la suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales durante los estados de excepción. En consecuencia, La Constitución de 1991 integra un plus que va más allá de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, al prohibir expresamente la suspensión de los derechos fundamentales, aunque no hagan parte de los derechos incluidos dentro de las cláusulas de suspensión según la CADH y el PIDCP.

1. EL ESTADO DE EXCEPCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

El antecedente más remoto del estado de excepción lo encontramos en el “eforato espartano”⁷. Esta institución, originada en Esparta en el siglo VIII a.C., suscitó varias dudas en Carl Schmitt quien en su obra *La Defensa de la Constitución*, consideraba que el protector fácilmente se convierte en árbitro y señor de la Constitución, ocasionando de este modo el peligro de una doble jefatura del Estado⁸.

de excepción que buscan teóricamente sacar al país del mal paso, lo que de verás se ha conseguido es mantenerlo allí” Molano Bravo, Alfredo. “El país no se cae”, en *El Espectador*, octubre 22 de 1995, pp. 3A.

⁶ Constitución Política de Colombia. Artículo 214: “(...) 2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del Derecho Internacional Humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos”.

⁷ Martínez Cuevas, María Dolores, La suspensión individual de los derechos y las libertades fundamentales en el ordenamiento constitucional español: Un instrumento de defensa de la Constitución de 1978. *Tesis para la obtención del grado de Doctora en Derecho Constitucional*. Granada: Universidad de Granada, 1997, p. 53.

⁸ Schmitt, Carl, *La Defensa de la Constitución*, trad. Manuel Sánchez Sarto, 2a. ed., Madrid: Tecnos, 1998, p. 36.

A su vez, los autores renacentistas iniciaron una tradición que se ha conservado hasta el siglo XIX, al considerar “la dictadura” como una sabia intervención de la República Romana, concretamente el dictador romano fue introducido después de la expulsión de los reyes, para que en tiempo de peligro hubiera un *imperium* fuerte, que no estuviera obstaculizado por el poder de los cónsules, por la colegialidad, o por el derecho de veto de los tribunos de la plebe y la apelación al pueblo⁹. En efecto, el dictador que era nombrado por el cónsul a solicitud del Senado, tenía el cometido de eliminar la situación peligrosa, que había motivado su nombramiento, haciendo la guerra o reprimiendo una rebelión interna¹⁰.

Lo esencial de la figura, es que “el dictador era elegido en caso de mayor necesidad, tenía el “poder supremo” de castigar con la muerte, sin que su sentencia pudiera ser apelada, y era el “jefe supremo del regimiento de Roma” cuya jurisdicción y poder precedían a la dignidad de la investidura senatorial”¹¹.

Para la República, la dictadura debió ser justamente una cuestión vital, porque el dictador no es un tirano y la dictadura no es algo así como una forma de dominación absoluta, sino un medio peculiar de la Constitución republicana para preservar la libertad. El dictador se define como un hombre que sin estar sujeto al concurso de ninguna otra instancia, adopta disposiciones que se pueden ejecutar inmediatamente, sin necesidad de otros medios jurídicos¹².

Así, la institución romana fue un modelo imitado durante la Edad Media en diversos Estados italianos como, por ejemplo, en la República veneciana, a la que Maquiavelo calificó como la República más moderna, donde había una figura análoga a la dictadura romana, pero trataba de protegerse con garantías constitucionales: el dictador no puede modificar las leyes existentes, no puede derogar la Constitución, ni la organización de los poderes públicos, ni hacer leyes nuevas¹³.

Pero, fue en la Convención Francesa de 1791 donde se empleó por primera vez la expresión “estado de sitio”, la cual ha sido utilizada por la mayor parte de

⁹ Según Schmitt por lo general se veía en la dictadura un medio político en virtud del cual la aristocracia patricia buscaba proteger su dominación frente a las exigencias democráticas de los plebeyos.

¹⁰ Schmitt, Carl, *La Dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletarias*, Madrid, Ed. Alianza, 1985, p. 33

¹¹ *Ibíd.*, p. 36

¹² *Ibíd.*, p. 37.

¹³ *Ibíd.*

las Constituciones de los siglos XIX y XX. Dicha Convención declaró el estado de sitio como una medida puramente militar, al llevarse a cabo la invasión de fuerzas extranjeras, con el solo objeto de organizar la defensa¹⁴. Sin duda, la figura nació como una medida de carácter bélico que les permitía a los jefes militares ejercer ciertas facultades en sus respectivos puestos militares.

Después de la Revolución Francesa el estado de sitio se trasladó al poder ejecutivo, permitiéndole aumentar temporalmente sus facultades constitucionales y legales para restablecer el orden turbado. Sin embargo, precisamente *Napoleón Bonaparte* fue quien comenzó a desnaturalizar la institución, al utilizarla contra las ciudades de Brest y Arrás, en las cuales a pesar de que no se hallaban en la situación prevista por la ley de 1791, en 1811 hizo aplicación de la misma, por simples revueltas sediciosas¹⁵.

Durante el siglo pasado, en *Europa* la legislación extraordinaria tuvo una notable tradición, y en ocasiones funesta. En *Alemania* se encontraba reconocida como legislación de necesidad, en manos del Presidente del Reich, en el artículo 48 de la Constitución de Weimar¹⁶, y su uso fue extraordinariamente frecuente en los años inmediatamente anteriores al nacionalsocialismo. En la actualidad se encuentra reconocida en el artículo 81 de la Ley Fundamental de Bonn, aunque en términos mucho más restrictivos¹⁷.

También es conocida en *Francia en la III y IV Repúblicas* aunque con la vestidura constitucional de la delegación, y la Constitución de 1958 la hace posible en el artículo 16, que consiente al Presidente de la República asumir poderes extraordinarios legislativos incluso en estado de necesidad. También recoge y regula la legislación de urgencia la *Constitución Italiana*, en su

¹⁴ Rodríguez Ruiz, María Carolina, "Los estados de excepción y el control de constitucionalidad en Colombia". Ponencia presentada en la I Jornada Iberoamericana de Derecho, Perú, disponible en <http://encolombia.com / derecho/estadosdeexcepcion.htm>. (26.04.2010).

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ Para el profesor Gómez Orfanel: "la institución presidencial fue diseñada como un contrapeso dotado de legitimidad democrática, al poder de un Parlamento del que se temía su omnipotencia (...) Para algunos autores el conjunto de poderes excepcionales del Presidente, recogidos en el célebre artículo 48 de la Constitución, equivaldría al núcleo fundamental de la Constitución. Incluso podría ser considerado como una Constitución de reserva (Nebenverfassung), utilizable -y esto es determinante para poder situar las aportaciones de Carl Schmitt- contra el resto de la Constitución con la justificación de defender de esta manera el orden constitucional básico". Gómez Orfanel, Germán, "El final de la República de Weimar y Carl Schmitt", en *Estudios sobre Carl Schmitt*, Colección veintiuno, Ed. Dalmacio Negro Pavón, Madrid, 1996, p. 220.

¹⁷ Otto Pardo, Ignacio, *Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes*, 2a. ed., 9a. reimp, Barcelona, Ariel, 2006, p. 197.

artículo 77, el cual a su vez ha inspirado el *artículo 116 de la Constitución Española de 1978*¹⁸.

El riesgo de la legislación de urgencia, frecuentemente materializado en el período de entreguerras, conllevó a que en las Constituciones posteriores a la segunda guerra mundial se estipularan múltiples cautelas y prevenciones. Por ello, la regulación constitucional pretende equilibrar principios contrapuestos, como ocurre en todas las instituciones de excepción. Por una parte, al reconocer el poder extraordinario y darle carta de naturaleza constitucional, se hace posible escapar al dictado espontáneo de los hechos, e impedir que —como ha ocurrido en algunos ordenamientos constitucionales que no reconocían la legislación de urgencia— ésta se desarrollase como una fuente *extra ordinem* sin sujeción a control alguno.

Y es que, para entender la esencia del estado de excepción, hay que referirse necesariamente a Carl Schmitt, quien no sólo formuló por primera vez la teoría del estado de excepción en 1921 en su libro “La dictadura”¹⁹, sino que coadyuvó a fomentar el sistema presidencialista en el régimen político weimariano.

En Weimar se vincula la soberanía con la capacidad de decisión sobre la situación de excepción y por consiguiente sobre el mantenimiento de orden como el fundamento esencial de la legitimidad del poder. Para Schmitt Soberano es quien decide sobre la situación de excepción, entendida como una situación de peligro para la existencia del Estado como unidad política soberana, debido a que el ordenamiento jurídico se muestra insuficiente para afrontar la situación excepcional.

Así, la concepción prusiana tradicional acerca del estado de excepción persiste durante toda la etapa weimariana. Su reconocimiento constitucional se encuentra en el artículo 48 de la Constitución de Weimar²⁰, pero es el párrafo

¹⁸ Ibíd.

¹⁹ Schmitt, Carl, *La Dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletarias*, Madrid, Ed, Alianza, 1985.

²⁰ Constitución de Weimar, Artículo 48: “1) Cuando un Land no cumpla los deberes que le imponen la Constitución o las leyes del Reich, el Presidente de éste podrá obligarle a ello con ayuda de la fuerza armada. 2) Cuando en el Reich alemán se hayan alterado gravemente, o estén en peligro la seguridad y el orden públicos, el Presidente del Reich, puede adoptar las medidas adecuadas para el restablecimiento de dicha seguridad y orden públicos, incluso con la ayuda de la fuerza armada en caso necesario. A tal efecto, puede suspender temporalmente en todo o en parte los Derechos fundamentales fijados en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124, Y 153 [libertad personal, inviolabilidad de domicilio, secreto de correspondencia,

segundo de este artículo, en donde se autoriza al presidente del Reich a dictar todas aquellas medidas que considere necesarias para el mantenimiento de la seguridad y el orden público.

No obstante, Schmitt no pretende convertir al presidente en soberano y señala los siguientes límites a la actuación del presidente: “El presidente no puede abolir la constitución, pero tampoco puede atentar contra el mínimo organizativo que constituye el presupuesto de su propia existencia, entonces, por ejemplo: no puede atentar contra el Gobierno, pues sus decretos precisan de la contrafirma del canciller, no puede abolir la propia institución presidencial, ni puede atentar contra la existencia del Reichstag, puesto que debe aprobar las medidas que éste adopte”²¹.

Así mismo, Schmitt señala como otro límite, quizá el más importante, que el artículo 48.2 no atribuye al presidente una potestad ni legislativa ni judicial. El presidente no puede crear derecho ni en la forma de normas generales y abstractas que deroguen las leyes promulgadas por el Parlamento, ni en la forma de decisiones sobre los casos concretos.

Según Estévez Araujo: “el artículo 48.2 autoriza al presidente del Reich a violar el derecho, más no a crearlo (...) Schmitt efectúa un desdoblamiento entre la creación del derecho y la violación del mismo, entre el soberano entendido como legislador y el soberano entendido como *legibus solutus*”²².

El estado de excepción, pues, equivale a la caducidad de un orden regular y constituye el momento político por excelencia, porque sólo en ese momento, y no durante la vigencia de la regularidad del orden, se pone de manifiesto quién es el verdadero soberano, porque es él -y sólo él- el que puede decidir. De lo contrario no sería soberano, del mismo modo como Dios no sería Dios si no pudiera neutralizar el orden regular de las causas naturales. Con

libertad de prensa, libertad de reunión, libertad de asociación y propiedad privada]. 3) De todas las medidas que adopte con arreglo a los párrafos 1 y 2 de este artículo, el Presidente del Reich habrá de dar conocimiento inmediato al Reichstag. A requerimiento de éste, dichas medidas quedarán sin efecto. 4) El gobierno de un Land podrá aplicar provisionalmente en su territorio, medidas como las mencionadas en el párrafo 2 de este artículo, cuando la urgencia lo requiera. Tales medidas quedarán sin efecto, si lo reclama el Presidente del Reich o el Reichstag. 5) Una ley del Reich desarrollará este precepto□.

²¹ Estévez Araujo, José A. *La crisis del derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Barcelona: Ariel, 1989, p. 196.

²² *Ibíd.*, p. 197.

ello Schmitt identifica la esencia de la política con la decisión tomada en el momento de excepción y así transforma la excepción en norma de lo político²³.

Desde entonces, son muchos los países del mundo que han consagrado esta institución en sus Constituciones. Desafortunadamente con el transcurso del tiempo, ha sido casi siempre un pretexto para ejercer la dictadura y quebrantar el principio democrático, porque pese a su conformación aparente como una fuente excepcional, en la práctica se ha configurado como un mecanismo de incorporación de normas al ordenamiento, que resultan de aplicación desproporcionada en relación con la literalidad de sus límites constitucionales.

Es claro entonces, que la importancia histórica y actual del estado de excepción en el Derecho obedece a la dinámica de un desarrollo que ha convertido las emergencias y crisis en elementos integradores o desintegradores de una anómala situación intermedia entre guerra y paz. El soberano es el que decide la situación de excepción resolviendo la situación política generada implantando un orden concreto. Él es una suerte de transposición humana de la figura de “Dios” capaz de instaurar, de crear un nuevo orden: se trata de una decisión política creadora, que se aleja cada vez más del derecho.

El profesor español Pedro Cruz Villalón, con gran experticia en el tema de la suspensión de garantías, ha señalado que el estado de sitio en el antiguo régimen evoca:

La imagen de las lettres de cachet y de las órdenes de destierro, de los registros domiciliarios y de la intromisión sistemática de la correspondencia, de las denuncias tanto por lo que se escribe como por lo que se dice, y de las causas de Estado. No obstante, no será una población analfabeta y miserable la que padezca los registros o violación de la correspondencia; ni la que se vea envuelta en causas de Estado. Ante todo, este aparato policial y arbitrario del antiguo régimen sólo era una dimensión del problema, el relativo a la prevención frente a una oposición política protagonizada por la burguesía, aunque flanqueada por individualidades de los estamentos privilegiados. Pese a ello, esta forma de prevención es la forma que tras la revolución va a perjudicar a los más y sus intentos de reimplantación, constitucionales o anticonstitucionales, no se encaminarán a la salvaguarda frente a un sector en mayor o menor medida minoritario, sino que

²³ Dotti Jorge y Pinto Julio, *Carl Schmitt : su época y su pensamiento*, Buenos Aires, Eudeba, 2002, p 32.

*surgirán, como el mecanismo básico, “la última ratio”, de la salvación del Estado y de la sociedad*²⁴.

2. EL ESTADO DE EXCEPCIÓN EN COLOMBIA

2.1 Período anterior a la Constitución de 1991

El Derecho es la única alternativa de vida civilizada. Es el instrumento normativo con el que cuenta el Estado para promover la integración social, satisfacer las necesidades colectivas, establecer pautas de comportamiento y decidir los conflictos suscitados; todo ello con miras a realizar los fines que le incumben como organización política y por esa vía hacer efectivos los principios constitucionales y los derechos fundamentales.

No obstante, el derecho no siempre está en capacidad de equilibrar las relaciones sociales de tal manera que sea siempre posible la pacífica convivencia. Esa pacífica convivencia es el mundo de normalidad que interfiere el Derecho, un mundo cotidiano al que si bien no son ajenas las tensiones, sí se caracteriza por un desenvolvimiento sin interferencias que le hagan perder su punto de equilibrio.

Con todo, en la vida de los Estados también hay lugar para las situaciones excepcionales, esto es, para aquellos estados de anormalidad que ponen en peligro la existencia del Estado, la estabilidad institucional y la convivencia democrática, que no pueden enfrentarse con los instrumentos jurídicos ordinarios y que imponen la necesidad de una respuesta estatal diferente.

En efecto, ante el derrumbe de las democracias europeas, la teoría del Estado de excepción expuesta por Schmitt sirvió para inspirar por primera vez las transformaciones de los regímenes democráticos, como consecuencia de la progresiva expansión de los poderes del Ejecutivo, mediante la utilización de la legislación de urgencia, no sólo durante las dos guerras mundiales, sino que hoy en Colombia y en algunos países del mundo, se puede afirmar que la excepción se ha convertido en regla²⁵.

²⁴ Cruz Villalón, Pedro. *El estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1.980, p. 57

²⁵ Para Valencia Villa “La legalidad marcial ha sido hasta ahora un mecanismo autodestructivo dentro de la tradición constitucional latinoamericana. Y no sólo porque la fuerza destruye el derecho, sino también y sobre todo porque la dictadura constitucional es una estrategia

En la actualidad el derecho internacional ha generado una jurisprudencia convergente de imperativo cumplimiento para los Estados partes, configurándose así una suerte de estándar internacional de normas y principios que rigen las situaciones de excepción, en todo momento, es decir en tiempos de paz y de guerra, en procura de la defensa de los derechos fundamentales y el reconocimiento de la dignidad humana. En palabras kantianas el hombre es un fin en sí mismo, y no un medio, un instrumento manipulable por parte del Estado, pero en la mayoría de los estados latinoamericanos el poder ejecutivo continúa utilizando la figura, con el consecuente abuso del poder.

En este panorama, Colombia no pudo escapar a la influencia que ejerció la figura en Latinoamérica y en el resto del mundo, por ello bajo la vigencia de la Constitución Colombiana de 1886 el estado de excepción fue usado irrazonablemente para controlar la violencia política y el fenómeno del narcotráfico sin que tuviera éxito alguno, siendo la más perjudicada la población civil, al ver menguados sus derechos fundamentales por las prácticas abusivas del poder.

Con base en la idea del Derecho como gramática de guerra y en la visión de la independencia como creación del Estado, antes de la Nación y sin la Nación, de una manera autoritaria y legalista, nuestra revisión histórica muestra como las cartas del siglo XIX y las reformas del siglo XX constituyen un interminable conflicto civil, la guerra del país contra sí mismo²⁶.

No cabe duda entonces, de que la historia jurídico-constitucional colombiana es un largo trasegar por un permanente estado de excepción y en particular por el llamado con anterioridad Estado de Sitio. La evolución constitucional del estado de excepción se remonta hasta Constitución Política Nacional de 1821. El texto Bolivariano en sus artículos 55 y 128, autoriza la suspensión de la Constitución y traslada funciones legislativas y judiciales al ejecutivo para sortear la emergencia y recuperar el equilibrio.

Posteriormente, las Constituciones Políticas de 1830 y 1843 no hicieron referencia expresa a los estados de excepción, limitándose a atribuir al Presidente

de guerra controlada, un jacobinismo de tiempo de paz que los gobernantes emplean para obtener el sometimiento y la colaboración de los gobernados. La clave de todos los estados de sitio no es tanto una vocación tiránica de los gobiernos contra un jacobinismo de las instituciones, una ideología de la patria en peligro o de la nación en armas cuyo objetivo estratégico es tornar aceptable e incluso deseable la guerra del estado contra la sociedad” Valencia Villa, Hernando. *Cartas de Batalla: Una Crítica al Constitucionalismo Colombiano*, 2ª Ed. Bogotá, Fondo Editorial CEREC, 1997, p. 89.

²⁶ *Ibíd.*, p. 106.

de la República la función de conservar el orden interno y repelar cualquier ataque exterior. Solamente en el intermedio de las anteriores constituciones, en la Constitución Política del Estado de la Nueva Granada de 1832 se encuentra una regulación más exhaustiva y detallada de la conmoción interior y el ataque exterior en sus artículos 108 y 109 respectivamente, limitando los poderes del ejecutivo a los que le concediese el Congreso y en su receso el Consejo de Estado, pero con amplias facultades para dictar órdenes hasta de tipo judicial y de rentas nacionales, limitando en el tiempo dichas facultades, pero de manera imprecisa²⁷.

Luego, las Constituciones de 1853, 1858 y 1863, de corte más liberal, no hicieron alusión expresa a los estados de excepción, limitándose a otorgar facultades al Presidente para declarar la guerra exterior, previamente decretada por el Congreso.

De corte conservador y autoritario, en el texto original de la Constitución Política de 1886, se encuentra dicha regulación en los artículos 118 numeral 8 y 121²⁸, otorgando al Presidente amplias facultades legislativas, pero limitando en el tiempo de manera imprecisa dichas facultades.

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 de los ciudadanos²⁹. “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

²⁷ Alzate Ríos, Luís Carlos. Derechos humanos y estados de excepción. {Resumen en línea}. Disponible: <http://www.monografias.com/trabajos13/ddhhy/dlhhy.shtml?monosearch#REGULAC>. (30.06. 2011).

²⁸ Colombia, Constitución Política de 1886, Artículo 121: “En los casos de guerra exterior, o de conmoción interior, podrá el Presidente, previa audiencia del Consejo de Estado y con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. (...) Mediante tal declaración quedará el Presidente investido de las facultades que le confieran las leyes, y, en su defecto, de las que le da el Derecho de gentes, para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento. Las medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional legislativo que, dentro de dichos límites, dicte el Presidente, serán obligatorios siempre que lleven la firma de todos los Ministros. (...) El Gobierno declarará restablecido el orden público luego que haya cesado la perturbación o el peligro exterior; y pasará al Congreso una exposición motivada de sus providencias. Serán responsables cualesquiera autoridades por los abusos que hubieren cometido en el ejercicio de facultades extraordinarias”.

²⁹ Para una presentación histórica y panorámica de los regímenes de excepción en Colombia, véanse Gallón (1979), Vázquez Carrizosa (1979), García Villegas (2001) y, Barreta (2002).

cotidiano de ejercicio del poder político, con lo cual el régimen constitucional se desfiguró”³⁰.

Para buscar el uso racional de los estados de excepción, el artículo 121 sufrió algunas modificaciones, a través de los siguientes Actos Legislativos:

El artículo 33 del Acto Legislativo 3 de 1910 modificó este artículo en el sentido de que el presidente no puede derogar las leyes, sino tan sólo suspenderlas cuando son incompatibles con la guarda del orden público, y mientras dure la perturbación; igualmente los decretos legislativos se hacen transitorios y no permanentes³¹. El Acto Legislativo 1 de 1960 introdujo el control político por parte del Congreso y un control jurisdiccional por parte de la Corte Suprema de Justicia, previa solicitud del Congreso, avanzando teóricamente hacia una limitación del Ejecutivo frente a estas facultades.

Por último el Acto Legislativo 1 de 1968 dispuso la limitación de las facultades extraordinarias en el Derecho Internacional Humanitario, consagrando un control jurisdiccional automático de todas las normas dictadas por el Presidente, por parte de la Corte Suprema de Justicia y creó el estado de conmoción del orden económico o social, pues hasta esta reforma, los estados de excepción se limitaban a consagrarse por motivos de orden público³².

Sobre el uso desmedido del artículo 121 de la Constitución de 1886, Gustavo Gallón expresa:

El estado de sitio, una falacia antidemocrática
Esta breve reseña, aunque circunscrita al caso colombiano, permite hacer unas consideraciones más generales acerca de la naturaleza del estado de sitio, al menos en lo que se refiere a su aplicación en situaciones de conflicto interno, tal como se ha dado en Colombia. De la experiencia allí vivida se aprecia claramente que el estado de sitio es una falacia, que su utilización está íntimamente relacionada con la militarización de la sociedad y, en fin, que se trata de una institución profundamente antidemocrática.

³⁰ Uprimmy, Rodrigo y García, Mauricio, “El control judicial de los estados de excepción en Colombia”, en *Dejusticia, Documentos de Discusión*, No 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 1-27.

³¹ Valencia Villa, Hernando. *Cartas de Batalla*, Cartas de Batalla: Una Crítica al Constitucionalismo Colombiano, op. cit. p. 152.

³² Álzate Ríos, Luís Carlos. *Derechos humanos y estados de excepción*. [Resumen en línea]. Disponible: <http://www.monografias.com/trabajos13/ddhhy/ddhhy.shtml?monosearch#REGULAC>. (30.06.2011)

*Cada vez con más frecuencia se afirma que el estado de sitio ha sido desnaturalizado en Colombia, porque su prolongada imposición contradice ostensiblemente el carácter excepcional de la medida. Y ello es verdad. Pero no constituye ése el principal ni el único engaño del estado de sitio que, por lo demás, sería solamente predicable en este país y de unos pocos más. El hecho de conferir al gobierno la atribución de suspender garantías constitucionales so pretexto de conjurar situaciones transitorias de emergencia es en sí mismo una falacia porque no existe relación entre el objetivo supuestamente pretendido y el medio efectivamente utilizado*³³.

En el mismo sentido, García Villegas sostiene que “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”³⁴.

2.2. Período posterior a la Constitución de 1991

El estado de excepción como manifestación de la legislación de urgencia, tal y como se ha configurado en la Constitución Colombiana de 1991, es el punto de llegada, de una larga evolución histórica en la que el poder ejecutivo ha ido aumentando progresivamente sus facultades normativas autónomas respecto al Congreso³⁵.

Ya desde el seno de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, los debates en torno a los estados de excepción, se caracterizaron como una reacción

³³ Gallón Giraldo, Gustavo, “La Experiencia Colombiana en estados de emergencia y la viabilidad de su control internacional”, en *Estados de emergencia en la región andina*, compilado por Diego García-Sayán, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1987, pp. 80-91

³⁴ Para García Villegas: “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’ 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”.

³⁵ Se ha dicho que la democracia colombiana ha sobrevivido gracias a la frecuente utilización del régimen de excepción. Quienes defienden las virtudes de este método de gobierno agregan que en un país en vía de desarrollo se necesita un gobierno fuerte que pueda dirigir la economía y protegerse de los ataques de los grupos insurgentes. Respetados economistas extranjeros comparten esta teoría (R. Heilbroner y L. Thurow). Cepeda Espinosa, Manuel José. *Estado de Sitio y emergencia económica*. Bogotá, Contraloría General de la República, 1985, p. 21.

de rechazo frente al uso abusivo por parte del Ejecutivo del estado de sitio vigente en la constitución de 1886. Por eso, en el capítulo VI de la Constitución Política, encontramos una regulación extensa, llena de requisitos de forma y de fondo y de controles de todo tipo, comprendida en los artículos del 212 al 215, en los cuales el Constituyente de 1991 consagro tres clases de estados de excepción: el estado de guerra exterior (art. 212), el estado de conmoción interior (art. 213) y el estado de emergencia, la cual podrá obedecer a motivos de orden económico, social y ecológico (art. 215).

Más tarde, respondiendo al mandato constitucional, se expidió la ley estatutaria 137 de 1994, por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia. En ella se desarrollan, entre otros aspectos, la prevalencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos, los derechos intangibles, los mecanismos de control a la limitación de derechos y garantías, la descripción de las prerrogativas del ejecutivo para cada una de las especies del estado de excepción y las sanciones derivadas de su extralimitación.

El Constituyente de 1991, al establecer un nuevo régimen de estados de excepción, partió de la idea que ni siquiera en situaciones de anormalidad institucional le asisten facultades ilimitadas al Ejecutivo para suspender los derechos fundamentales. En esa medida, la configuración de los límites debe ir acompañado de un sistema eficaz de controles destinados a garantizarlos.

De las normas constitucionales, se desprenden dos tipos de controles: uno de carácter jurídico y otro de índole político que recaen tanto sobre la declaratoria del estado de excepción, como sobre los decretos legislativos de desarrollo. Dichos controles no resultan excluyentes, pues según la Corte Constitucional: “los actos emitidos con base en el derecho constitucional de excepción, como todos los actos del poder público, son actos jurídicos sólo que se proyectan políticamente. Como actos jurídicos, están sometidos a controles jurídicos. No obstante, en virtud de su proyección, pueden estar también sometidos a controles políticos”³⁶.

Valga resaltar, que con la creación de la Corte Constitucional en 1991, se ha avanzado mucho en el control judicial de los decretos legislativos, el cual ya no es un control formal, como se hacía cuando estaba en vigencia la Cons-

³⁶ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-802/2002, magistrado ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño, Disponible en: http://personeros.com/index.php?option=com_content&view=article&id=118:sentencia-c-80202&catid=2:derecho-constitucional&Itemid=14 (20.03.2010).

titución de 1886³⁷, sino que es un control material, lo cual evidentemente es una garantía valiosa para los ciudadanos. Sin embargo, tanto el control político, como el control jurídico siguen siendo débiles.

Así, amparándose en situaciones de necesidad que requerían medidas urgentes, durante los periodos en los que las Cámaras no estaban reunidas, el Gobierno incluso por la vía de hecho, ha adoptado decisiones normativas que se han mantenido dentro del ordenamiento jurídico, ya sea por la falta de un control político y jurídico eficaz, o porque finalmente han sido convalidadas por el Poder Legislativo.

En todo caso, a pesar de la aparente utilización temporal del estado de excepción como una fuente excepcional, como una auténtica legislación de urgencia, éste no ha sido el uso que la práctica política y la jurisprudencia colombiana le han reservado. Al contrario, esta figura en la realidad se ha convertido en un mecanismo de incorporación de normas al ordenamiento jurídico interno, pues haciendo un uso desmedido de sus facultades extraordinarias, el gobierno permanentemente adopta decisiones normativas que se mantienen en el tiempo y que resultan desproporcionadas en relación con la literalidad de los límites constitucionales. *Poder de excepción de ninguna manera quiere decir poder omnímodo.*

Lo anterior, conlleva una vulneración flagrante al principio democrático y a la supremacía constitucional, pues una norma de inferior jerarquía, como es el Decreto Legislativo, expedido por el Presidente de la República, en uso de las facultades excepcionales, puede restringir no sólo una norma de rango superior, como es la Constitución Política de Colombia, sino limitar el contenido de los derechos fundamentales, sin que exista un pronunciamiento eficaz por parte de las autoridades que ejercen el control de dicha normatividad, como son el Congreso y la Corte Constitucional.

³⁷ La Corte Suprema de Justicia como guardiana de la constitución de 1886, sostuvo su incompetencia para realizar un control material de los decretos legislativos, limitando su análisis al cumplimiento de los requisitos de forma en el decreto inicial, es decir, si estaba suscrito por el Presidente y todos los ministros, si se había obtenido el concepto previo del Consejo de Estado; sin realizar ninguna otra consideración sobre los motivos de la declaratoria. El fundamento de la incompetencia de la Corte era la valoración del acto de declaratoria como un acto discrecional de poder o acto político, que no podía ser analizado por un órgano que ejercía funciones jurídicas y que carecía de la legitimidad democrática que tenía el Presidente. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena de la Corte, magistrados ponentes José Gabriel de La Vega y Eustorgio Sarria, 15 de octubre de 1974.

Si bien, es remota la posibilidad de que desaparezca el estado de excepción en Colombia, sí debe limitarse al máximo. Se impone entonces la necesidad de realizar un seguimiento permanente de todos los Estados de Excepción, haciendo énfasis en los derechos fundamentales que resultan vulnerados, de especial manera con la aplicación de los Estados de Conmoción interior y los de Emergencia Económica, en los cuales surgen temas controvertidos como la capacidad de crear tributos temporales, y la suspensión de los derechos humanos de los ciudadanos.

En suma, a la luz de la democracia moderna, en Colombia algunas de las declaratorias de emergencia carecen del prisma constitucional, toda vez que no se establece un sistema que garantice los derechos fundamentales como un límite efectivo a los poderes públicos y privados. Ni se garantizan ni se mejoran los estándares de protección vigentes. Tampoco se extiende su alcance para proteger el núcleo duro de los derechos humanos, porque no siempre se hace visible su contenido más garantista. En cambio, es indudable que durante los últimos gobiernos de turno, la legislación promulgada en estados de excepción, está marcada por tintes burocráticos y neoliberales, pues sin ninguna responsabilidad política ni social, el poder ejecutivo impone al estado colombiano prácticas restrictivas y regresivas, casi dictatoriales, que vulneran flagrantemente el Estado Social de Derecho.

Se concluye citando a Uprimny: “Y es que, como dice ilustrativamente Benjamin Barber, “la democracia sólo puede sobrevivir como democracia fuerte, asegurada no por grandes líderes sino por ciudadanos responsables y competentes. Las dictaduras efectivas requieren grandes líderes. Las democracias efectivas requieren grandes ciudadanos”³⁸. La democracia, más que grandes jueces, requiere entonces de grandes ciudadanos. La realización de las promesas sociales de muchas constituciones es un asunto demasiado serio para dejárselo únicamente a los jueces constitucionales”³⁹.

3. SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DURANTE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

Durante el siglo pasado uno de los cambios más importantes fue la evolución en la protección de los derechos humanos, fue necesario reconocer que el

³⁸ Berber, Benjamin. *Strong Democracy. Participatory politics for a new age*. Berkeley, University of California Press, 1990, citado por Uprimny Rodrigo, “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía” en *Derecho Público* No. 12, Bogotá, Universidad de los Andes, 2001, p. 66.

³⁹ Uprimny Rodrigo. “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía” en *Derecho Público* No. 12, Bogotá, Universidad de los Andes, 2001, pp. 35- 66.

individuo tiene unos derechos que pueden hacerse valer no solo frente a otros individuos, sino también ante el propio estado. Se ha ido afianzando paulatinamente en los pueblos y en los gobiernos, la convicción de que el prestigio de un país no se funda sólo en su poderío económico o militar, sino también en la forma en que sus habitantes acceden al pleno goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales⁴⁰.

Así, mientras que el surgimiento de los individuos como sujetos del derecho internacional y el reconocimiento de la dimensión internacional de los derechos humanos, son dos grandes conquistas de la evolución que tuvieron los derechos humanos durante el siglo XX. Al mismo tiempo, y de manera paradójica, se produjo una epidemia de estados de excepción mediante los cuales se pretendía legalizar las más graves vulneraciones a los derechos humanos.

La versión más extrema de esta concepción del Estado y del ejercicio del poder fue precisamente la llamada “doctrina de seguridad nacional” que en algunas regiones sirvió de fundamento político e ideológico a las dictaduras de las décadas pasadas en América Latina. En estos países frecuentemente los derechos fundamentales quedaban a merced de los gobernantes, y la supervisión internacional era limitada, con el argumento de que los convenios del Derecho Internacional Humanitario no eran aplicables por no tratarse de un conflicto armado internacional, y menos aún, de una guerra declarada.

A pesar de ello, la armonización y la complementariedad que se reconoce hoy a las normas del Derecho Internacional Humanitario con las normas del derecho internacional de los derechos humanos, han generado una jurisprudencia convergente, que es de imperativo cumplimiento para los Estados partes, configurándose así una suerte de estándar internacional de normas y principios que rigen las situaciones de excepción, en procura de los derechos fundamentales.

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha expresado: “Desde la Constitución de Weimar, pero fundamentalmente a partir de la segunda postguerra, el nuevo Estado constitucional adquiere el nombre del Estado social de derecho, y funda su legitimidad, principalmente, en la protección del hombre concreto, teniendo como base a los derechos fundamentales y

⁴⁰ Tole Martínez, Julián, “La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación”, en *Cuestiones constitucionales* Nº. 15. 2006. pp. 259. Disponible en: “<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/15/ard/ard10.htm>” (25.06.2011).<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/15/ard/ard10.htm>

reconociendo una necesaria intervención en la sociedad para procurar la igualdad, la libertad y la autonomía real del sujeto”⁴¹.

En la actualidad los derechos fundamentales están presentes en todos los campos del derecho, de tal forma que ningún campo del derecho civil, administrativo, penal, etcétera escapa de ellos. En otras palabras, según Martínez Tole “la positivización en la Constitución de los derechos fundamentales no determina la totalidad del derecho ordinario, pero sí limita su contenido posible, por lo que excluye unos contenidos como iusfundamentalmente imposibles y exige otros como iusfundamentalmente necesarios”⁴².

Lo anterior significa, que los derechos fundamentales no se limitan a ser letra muerta dentro del contenido de las constituciones, sino que deben informar las actuaciones de los demás poderes públicos, esto es, deben llenar de contenido las normas jurídicas expedidas por parte del Legislador, estar presentes en las actuaciones del Ejecutivo y ser tenidos en cuenta por el juez en la aplicación e interpretación de las normas jurídicas.

Y es que lo normal, de acuerdo a la concepción del Estado constitucional de derecho, es que el poder esté sometido al derecho y que actúe encuadrado por el ordenamiento jurídico. Por ello, el objetivo principal que debe cumplir un Estado constitucional y democrático como el nuestro, al regular los estados de excepción, es tratar de conciliar las exigencias de preservación de la sociedad democrática y sus libertades, con la de preservar su seguridad interna y externa, en otras palabras, salvar simultáneamente, la ratio juris (razón de derecho) y la ratio status (razón de estado).

Sin embargo, en diversos países de América Latina, y de manera particular en Colombia, durante las últimas décadas quienes ostentan el poder, han abusado de esta figura, con el consecuente quebrantamiento del orden jurídico constitucional⁴³.

⁴¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-587/92, magistrado ponente Ciro Angarita Barón. Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/1992/c-587_1992.html. (9.07.2010).

⁴² Tole Martínez, Julián, “La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación” op. cit. p. 275.

⁴³ Para Pedro Cruz Villalón algunas Constituciones latinoamericanas establecen el derecho de rebelión contra dichos regímenes inconstitucionales, estableciendo fuertes sanciones administrativas, civiles o penales, una vez que se restablezca el ordenamiento constitucional, a quienes hayan servido al régimen de facto, todo lo cual sólo puede ser posible en caso de que las fuerzas constitucionales resulten triunfantes frente a la acción de las fuerzas del gobierno de facto, de lo contrario, este último podría establecer el fundamento de un nuevo

Un “gobierno de crisis”, requiere una “normativa de crisis”. Esta normativa constituye la legislación denominada *excepcional, especial, temporary provisions o dell'emergenza*. Nota común a todas ellas, es la de incluir disposiciones suspensivas de determinadas libertades y derechos fundamentales⁴⁴.

Al contrario, se entiende que un buen gobierno, en términos de cierta lógica liberal moderna, manipula con mayor prudencia el instrumento de concentración excepcional y temporal de poder, en razón de la legitimidad que para esa lógica, representa la conservación del valor libertad⁴⁵.

Eso explica porque en Colombia no han sido extraños los esfuerzos por justificar hasta el cansancio, y repetidamente las medidas de excepción, así en casos como el nuestro, tales argumentos respondan más a intereses populistas y de prestigio internacional, de un país cada vez más desprestigiado y con serios inconvenientes de legitimidad y de gobernabilidad⁴⁶.

En todo caso, hacer permanente la forma de regulación de la excepción y/o hacer perfecta la materia siempre autoritaria y riesgosa de respuesta extraordinaria, significa desvirtuar la pretensión declarada de un estado liberal y arre-

ordenamiento jurídico que reemplace al anterior. Véase Cruz Villalón, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, España, Tecnos, 1984, pp. 33 y 34.

⁴⁴ Serrano Piedecabras, José Ramón. *Emergencia y crisis del estado social*. Barcelona, PPU. 1988.

⁴⁵ Pérez Toro, William Fredy, Vanegas Yepez, Alba Lucía y Álvarez Martínez, Carlos Mario, *Estado de Derecho y Sistema Penal. La emergencia permanente de la reacción punitiva en Colombia*, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, p.77.

⁴⁶ Pérez T., William, comenta que como muestras de ese afán exculpatorio, en las actitudes de los gobiernos de Ernesto Samper, Virgilio Barco, y Julio Cesar Turbay pueden leerse: Esta declaración de conmoción interior difiere en grado sumo de lo que ha sido la historia de esa figura (...). Brillan por su ausencia las medidas que hayan implicado recortes de las garantías (...) Este gobierno ha usado los poderes del estado de sitio de manera innovadora. No lo ha hecho para limitar las libertades públicas, sino para propiciar la reconciliación, para fortalecer las fuerzas armadas, y para apoyar la justicia civil y la capacidad de acción investigativa del Estado frente a las diversas modalidades de terrorismo y a violación de derechos humanos (...) quiero resaltar la manera diferente y novedosa como se han utilizado los poderes de excepción. El principal objetivo de decretos legislativos expedidos ha sido defender los derechos y libertades de todos los colombianos (...) Se piensa en el extranjero que el estado de sitio se utiliza acá para fines diferentes a los de impedir que se acrecienten los factores de conmoción, y se ignora que con el pretexto de la turbación del orden público el gobierno no puede impedir la reunión de las Cámaras, ni sustituirlas (...). Además, son responsables el Presidente y los ministros por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades provenientes del artículo 121 (...) Sin embargo, mi gobierno se propone estudiar un estatuto jurídico sobre la seguridad del Estado que permita a las instituciones funcionar y defenderse de los peligros que las amenazan, sin tener que acudir en todos los casos a la distorsionada figura del estado de sitio.

meter contra la dinámica de lógica y certeza propias del sistema jurídico que, en rigor, traducen el sentido político más caro del estado liberal de derecho.

3.1 Protección internacional de los derechos fundamentales durante los estados de excepción

Dentro del sistema internacional de protección de derechos humanos, los tratados internacionales de derechos humanos que Colombia ha ratificado son: a *nivel universal* el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁷ (PIDCP) y a *nivel regional* la Convención Americana Sobre Derechos Humanos⁴⁸ (CADH), en los cuales se ha establecido que durante situaciones de anormalidad se pueda limitar el contenido de ciertos derechos, mediante el cumplimiento de determinados requisitos.

A nivel universal, *el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, en su Artículo 4, expresa:

Artículo 4: 1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.

⁴⁷ Adoptado por la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, aprobada el 16 de diciembre de 1966. Ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, y entró en vigor el 29 de enero de 1970.

⁴⁸ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos. Ratificada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, y entró en vigor el 31 de julio de 1973.

A nivel regional, la cláusula de no suspensión de la *Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)*, expresa:

Artículo 27. Suspensión de garantías: 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

En este orden de ideas, a excepción de la *Carta Africana de los Derechos Humanos y de los pueblos*, los demás instrumentos internacionales autorizan la suspensión de ciertos derechos, en la medida necesaria para superar la crisis, cuando se ponga en peligro la vida de la nación o la integridad del estado — Artículos 15 CEDH; 4 PIDCP y 27 CADH—, sin enumerar aquellos derechos que pueden ser suspendidos en tales situaciones de emergencia. A contrario sensu, señalan las normas internacionales los derechos inderogables en estas situaciones. Tal indeterminación podría hacer pensar que salvo los derechos expresamente señalados como inderogables, los demás derechos consagrados

como fundamentales podrían ser suspendidos si se requirieran para defender la vida y la existencia de las instituciones y de la sociedad misma⁴⁹.

De manera similar, según el *artículo 15 del Convenio Europeo de derechos Humanos*, es posible la suspensión de los derechos y libertades contemplados en el Convenio Europeo, siempre y cuando haya una guerra o un peligro público que amenace la vida de la nación⁵⁰.

Sobre el significado del término “*Suspensión*” la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CrIDH) en la Opinión Consultiva OC-8/87 expresó:

El artículo 27 contiene determinadas locuciones que merecen ser destacadas a los fines de la presente consulta. Así, el título es “Suspensión de Garantías”; el párrafo primero habla de “suspender las obligaciones contraídas”; el párrafo segundo de “suspensión de los derechos”; y el párrafo tercero de “derecho de suspensión”. Cuando la palabra “garantías” se utiliza en el párrafo segundo, es precisamente para prohibir la suspensión de las “garantías judiciales indispensables”. Del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una “suspensión de garantías” en sentido absoluto, ni de la “suspensión de los derechos” ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio. La Corte estima útil tener presente esas diferencias terminológicas a fin de esclarecer los fundamentos conceptuales sobre los cuales responde la presente consulta, sin perjuicio de los cuales la Corte utilizará la expresión empleada por la Convención de “suspensión de garantías”⁵¹.

Por lo anterior, el fenómeno de la suspensión de garantías durante los estados de excepción se encuentra expresamente regulado por los tratados internacionales, y tal como lo ha dicho la CrIDH: “Es un precepto concebido sólo para situaciones excepcionales. Se aplica únicamente “en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o segu-

⁴⁹ Arias Ávila, Néstor Oswaldo. *El tratamiento Internacional de la suspensión de garantías judiciales en los estados de excepción*, Bogotá, ESAP, Edición Príncipe, 1993. p3.

⁵⁰ Fernández Sánchez, Pablo Antonio. “La suspensión de las garantías establecidas en el convenio (Art. 15 CEDH)”, en *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Colección estudios constitucionales*, Ed. Mar Aguilera y Javier García Roca, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 697-703.

⁵¹ CrIDH. Opinión Consultiva OC-8/87. Párr. 18.

ridad del Estado Parte”. Aun entonces, *autoriza solamente la suspensión de ciertos derechos y libertades*, y ello “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”. Las disposiciones que se adopten, además, no deben violar otras obligaciones internacionales del Estado Parte, ni deben entrañar “discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”⁵².

En consecuencia, de conformidad con el derecho internacional la suspensión es posible, si y sólo si, se presenta una guerra o peligro público; que necesariamente amenace la independencia y seguridad del Estado; se autoriza solamente la suspensión de ciertos derechos y libertades, y las limitaciones que se presenten deben ser proporcionales, tanto para la exigencia de la situación, como para el tiempo; por último, deben ser compatibles con las demás obligaciones que el derecho internacional impone a los Estados y no pueden entrañar discriminación alguna.

No obstante, así como se autoriza a suspender ciertos derechos, tanto el PIDCP como la CADH⁵³, establecen para Colombia la prohibición de la suspensión de un determinado catálogo de derechos humanos, denominado: “*núcleo duro de los derechos humanos*”.

Para la doctrina internacional, el núcleo duro “es un conjunto de derechos que en ninguna circunstancia pueden ser restringidos. La vigencia de tales derechos y la prohibición de la desaparición forzada subsisten incluso en situaciones de Estados de excepción o de conflicto armado interno”⁵⁴.

También se puede definir como “aquel grupo de derechos reconocidos por los tratados internacionales, los cuales no se pueden limitar o restringir por parte de un Estado parte, incluso y sobretodo en caso de guerra, de peligro o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, o situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación. Y éste se concretaría para el caso colombiano en el listado que se encuentra contenido en el Art. 27.2 de la CADH, y en el Art. 4.2 del PIDCP”⁵⁵.

⁵² Organización de los Estados Americanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie A: Fallos y Opiniones. Opinión Consultiva OC-8 del 30 de Enero de 1987. El habeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana Sobre Derechos Humanos) solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Párr. 19.

⁵³ CADH. Art. 27.2 y PIDCP. Artículo. 4.2.

⁵⁴ Comisión de la Verdad y Reconciliación. *Informe Final*. Lima, Perú, CVR, Tomo VI, 2003. Pág. 59 (www.cverdad.org.pe).

⁵⁵ Amaya Villarreal Álvaro Francisco, y Rodríguez Hernández Javier, “El Núcleo Duro de los Derechos Humanos: Práctica Jurídica en Colombia 1991-2004”. *Tesis para optar por el Título*

En suma, para Colombia el “núcleo duro” o catálogo de derechos humanos que no puede ser *suspendidos, limitados o restringidos por un Estado parte, incluso y sobretodo en estados de excepción*, sumando los derechos incluidos en las cláusulas de no suspensión de la CADH (art. 27.2) y el PIDCP (art.4.2), está conformado por los siguientes derechos: 1) Derecho a la vida; 2) Derecho a la integridad personal; 3) La prohibición de la esclavitud y servidumbre; 4) La prohibición de discriminación; 5) Derecho a la personalidad jurídica; 6) Derecho a la nacionalidad; 7) Los derechos políticos; 8) Prohibición de pena de prisión por deuda contractual; 9) Principio de legalidad y no retroactividad; 10) Libertades de conciencia y religión; 11) Protección a la familia; 12) Los derechos del niño; y, 13) Garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Como conclusión primigenia, se advierte entonces, que tanto el PIDCP como la CADH, permiten que los Estados Partes, en situaciones excepcionales, adopten disposiciones que suspendan las obligaciones contraídas en virtud de ellos. Sin embargo, en Colombia al tenor literal del artículo 214.2 de la Constitución de 1991, de ninguna manera pueden suspenderse los derechos humanos y las libertades públicas durante los estados de excepción.

En consecuencia, y a diferencia de otros países, en los cuales algunos derechos humanos si pueden ser suspendidos, como la libertad de circulación, o la de reunión, siempre y cuando se atienda a las disposiciones contenidas en los tratados internacionales, ratificados por los mismos; la Constitución Política de Colombia, integra un plus que va más allá de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, al prohibir expresamente la suspensión de los derechos fundamentales, aunque no hagan parte de los derechos incluidos dentro de las cláusulas de no suspensión según la CADH (art. 27) y el PIDCP (art. 4), los cuales, como se dijo antes, conforman el núcleo duro de derechos humanos, motivo por el cual, de ninguna manera, pueden ser suspendidos, durante situaciones anormales.

Y es que el tema de la suspensión ha pasado de largo en la doctrina y en la jurisprudencia colombiana. Tampoco ha habido ningún eco en los debates académicos a pesar de su importancia. La Corte se ha contentado con establecer que es diferente el concepto de la suspensión, del de la restricción y el de la limitación de los derechos fundamentales, pero no ha tenido en cuenta que al no existir en Colombia un artículo en el cual se consagre una lista

de Abogado. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2004.

taxativa de derechos fundamentales, como ocurre por ejemplo en España, o en Alemania⁵⁶, sino que por el contrario, el artículo 94 constitucional, deja una puerta abierta para que todo derecho relacionado con la dignidad humana pueda tener el tratamiento de derecho fundamental.

En resumidas cuentas, si cualquier derecho que vulnere la dignidad humana puede ser tratado como un derecho fundamental y por lo tanto de conformidad con lo preceptuado en el artículo 214.2 está absolutamente prohibida la suspensión del mismo durante estados de excepción, existe la posibilidad de preguntarse: ¿cómo es posible suspender la libertad de locomoción, o la libertad de reunión o la libertad de expresión durante los estados de excepción, sin contravenir el mandato del 214-2 de la carta constitucional colombiana?.

CONCLUSIONES

Los antecedentes históricos muestran que en Colombia bajo la vigencia de la Constitución de 1991, sigue siendo discutible el régimen de los estados de excepción, sobretodo si lo analizamos a la luz de los derechos humanos, y de los límites impuestos por el mandato constitucional del 214, y del sistema internacional de los derechos humanos, pues a pesar del esfuerzo incansable de la Corte Constitucional para proteger y salvaguardar la Constitución frente al abuso del poder, algunos derechos siguen siendo vulnerados.

Si bien, en la actualidad podemos distinguir un régimen diferente al que hubo bajo la Constitución de 1886, frente a la protección efectiva de los derechos humanos de todos y cada uno de los ciudadanos colombianos, el caos constitucional continúa vigente, y es reflejado sin necesidad de más palabras con la metáfora: *“La Muerte Tibia de la Constitución colombiana”*. Metáfora,

⁵⁶ “Sobre el concepto de derecho fundamental debatido en la Asamblea Nacional Constituyente hay pocas referencias. Casi todo el tema fue tratado bajo la rúbrica de los derechos humanos. Sin embargo, en plenaria del 29 de junio de 1991 se llegó a la Conclusión de que en Colombia no es posible catálogo taxativo de derechos fundamentales, sino que existe apenas una enunciación susceptible de ser ampliada a otros derechos que, a pesar de no ser tenidos bajo el título de fundamentales, pueden serlo por una interpretación que de ella se haga (...) Así mismo otra forma para determinar la no taxatividad de los derechos fundamentales es aquella de dejarle al juez de tutela que determine, en últimas, si un derecho es fundamental o no. Frente a este tema encontramos alguna referencia hecha por el Constituyente Juan Carlos Esguerra al hacer su presentación sobre el mecanismo de la tutela para los derechos fundamentales cuando expresó: “ La calificación de los derechos debe ser una prerrogativa del juez, y no de la Constitución Nacional...” Corte Constitucional de Colombia, sentencia T 406/1992, magistrado ponente Ciro Angarita Barón. Disponible en <http://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43556686> (09.04.2011). También puede verse en la Gaceta Constitucional No 24, p. 19.

título de este artículo, pero que también podría ser el de otro, con objetivos similares, porque invita a pensar en la muerte de la Constitución colombiana por el uso arbitrario del poder y la suspensión de garantías de los ciudadanos durante los estados de excepción, pues no hay Constitución posible sin un corazón de Derechos fundamentales que tenga vigencia y efectividad⁵⁷.

Sin lugar a dudas, asistimos a la *Muerte Tibia de la Constitución*. Ha dejado de latir el contenido esencial de los derechos fundamentales, dejó de latir en manos de unos cuantos gobernantes, que han establecido en el territorio colombiano un poder sin límites. Sin más razones, es preciso aplicar paliativos para detener la fuga del espíritu constitucional, para que la Constitución no padezca una Muerte Tibia, para que sus artículos no sean letra muerta, y el corazón de los derechos fundamentales equilibre el poder emanado del soberano como un Dios, que actúa sin más límites que su propio capricho, y sea más sensible a la gracia de todos los colombianos, pues al final del camino, somos ciudadanos del mundo, ubicados en un territorio, dónde nacemos y morimos bajo el mismo sol.

Solamente mediante la protección garantizada de los derechos de los ciudadanos durante los estados de excepción se puede construir la democracia colombiana, pues un Pueblo existe, una Nación existe, un País existe, en la medida en que hay ciudadanos que pueden gozar de un estándar mínimo de garantías y derechos humanos, incluso en épocas de guerra, o en épocas de anormalidad como ocurre con los estados de excepción.

⁵⁷ Durante los últimos veinte años, el Gobierno, ha hecho uso del estado conmoción interior y de la emergencia económica, sin tener en cuenta los derechos fundamentales como un límite en sí mismo a las facultades extraordinarias del poder ejecutivo, como se demuestra en las siguientes declaratorias: *Decreto 1155/1992*, en la *sentencia C-556/1992*, sin hacer un análisis detenido del presupuesto objetivo de la conmoción, la Corte Constitucional aceptó las manifestaciones del Gobierno sobre la alteración del orden público; *Decreto 1793 de 1992*, en la *sentencia C 031/1993*, la Corte declaró la constitucionalidad de la declaratoria del estado de conmoción interior, a pesar de que las organizaciones subversivas armadas actúan al interior del país, desde hace más de cuarenta años; *Decreto 1900 de 1995*, con la *sentencia C-021/ 1996* la Corte declaró la constitucionalidad del decreto, estimó que no se requiere únicamente que se configuren los hechos coyunturales o excepcionales para que sea procedente la declaratoria de conmoción, sino que también la medida excepcional se hace útil y propicia para prevenir y evitar la ocurrencia de nuevos hechos que son atentatorios en forma inminente de la estabilidad institucional, la seguridad del Estado y la convivencia ciudadana. Algo parecido ocurrió con la declaratoria de emergencia social que se llevó a cabo mediante el *Decreto 4975 de 2009*, si ésta realmente fuera la intención del Gobierno, habría encajado en el mandato del artículo 49 de la Constitución: *“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado: se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”*.

Todos conocen el rol de legitimidad que tienen los ciudadanos frente a Constitución de Colombia, sin embargo, el poder ejecutivo casi nunca se ha preocupado por proteger los derechos humanos de la población en estados de excepción. Es sentida entonces, la necesidad de dotar a las instancias legislativas estatales de competencias y recursos adecuados para proteger los derechos fundamentales, y a los individuos más afectados por la ausencia de esos derechos, de poderes para impulsarlos, reclamarlos y hacerlos efectivos, incluso ante organismos internacionales, por la ausencia y fragilidad de la justicia interna.

Para que Viva la Constitución, se requiere de unos presupuestos materiales y formales como la democracia, la participación, la garantía de los derechos fundamentales y otros elementos vitales para la convivencia moderna. Sin lugar a dudas, Colombia como Estado joven tiene vocación de permanencia y desarrollo, pero además necesita cubrirse del prestigio que otorga la marca “*Constitución*”, para desligarse de la carencia esencial que ha tenido en su trasegar histórico: *el déficit constitucional*.

Y es que una norma que se postula como constitucional no puede tener el tratamiento metodológico, académico o político de un tratado internacional, ni de una ley, ni de un decreto legislativo. Al contrario, las instituciones y los derechos que se encuentran en la Constitución deben prevalecer en todo el ordenamiento jurídico. De ninguna manera, un decreto legislativo puede ser tomado como Caballo de Troya, para suspender los derechos fundamentales de los ciudadanos en situaciones de emergencia.

Agamben ha señalado que el estado de excepción constituye “una *tierra de nadie entre el derecho público y el hecho político, y entre el orden jurídico y la vida*”. “El estado de excepción es esencialmente un espacio vacío, en el que una acción humana sin relación con el derecho tiene frente a sí una norma sin relación con la vida. Esto no hace que sea ineficaz, sino muy por el contrario ha permitido el funcionamiento político desde la Primera Guerra Mundial”⁵⁸.

El mismo Carl Schmitt expresaba: “A la más atroz de todas las guerras, se da el nombre de paz, a la opresión, libertad y las cosas más honrosas sobre el género humano se ejecutan en nombre de la humanidad”⁵⁹.

⁵⁸ Carvajal R., Ignacio. “Agamben, Giorgio, Estado de Excepción (homo sacer II, 1). *Rev. chil. derecho*. [online]. abr. 2006, vol.33, no.1, p.69-91. Disponible en la World Wide Web: <http://www.scielo.cl/scielo> (25.06.2009)

⁵⁹ Schmitt, Carl, *Legalidad y legitimidad*; trad. de Cristina Monereo Atienza y José Luis Monereo Pérez, Granada: Comares, 2006. p. 30

Legalidad y legitimidad se convierten, entonces, antes y ahora en instrumentos tácticos, cada uno de los cuales se maneja como ventajoso en un momento determinado, y se dejan de lado cuando se dirigen en su contra, y tratan de ser constantemente arrancados de las manos del adversario. Ni la legalidad parlamentaria, ni la legitimidad plebiscitaria, ni cualquier otro sistema de justificación concebible pueden durar ante semejante depreciación como herramientas técnico-funcionales. Igualmente, la Constitución se desvanece en sus contradictorios elementos interiores y posibilidades de interpretación, y ninguna ficción normativa de “unidad” evita que cualquier grupo en pugna se adueñe de las partes o expresión constitucional que parezca más apropiado para destruir al partido adversario, también en nombre de la Constitución. Entonces, legalidad, legitimidad y Constitución, en vez de prevenir la guerra civil, sólo contribuirían a su agravación⁶⁰.

Para terminar, traigo a colación la misma pregunta que se plantearon Kelsen⁶¹ y Schmitt⁶²: ¿Quién quiere ser el defensor de la Constitución?. “Porque la Constitución del 91 de Colombia no tiene quien le escriba no tiene quien la defienda”⁶³ de ahí el título de este artículo, porque a pesar de todo, el Corazón de la Carta, sigue palpitando... No ha Muerto.

Ibíd., p. 94.

⁶⁰ Ibíd., p. 94.

⁶¹ Hans, Kelsen. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. trad. de Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995.

⁶² “la demanda de un defensor de la Constitución es, en la mayoría de los casos, indicio de situaciones críticas para la Constitución”. Schmitt, Carl, *La Defensa de la Constitución*, trad. Manuel Sánchez Sarto, 2a. ed., Madrid: Tecnos, 1998.

⁶³ Valencia Villa, Hernando. *Cartas de Batalla*, op. cit. p. 198-199

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. del alemán de Carlos Bernal Pulido, serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 28, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Alzate Ríos, Luís Carlos. Derechos humanos y estados de excepción. [Resumen en línea]. Disponible: <http://www.monografias.com/trabajos13/ddhhy/ddhhy.shtml?monosearch#REGULAC>. (30.06. 2011).
- Amaya Villarreal Álvaro Francisco, y Rodríguez Hernández Javier, “El Núcleo Duro de los Derechos Humanos: Práctica Jurídica en Colombia 1991-2004”. *Tesis para optar por el Título de Abogado*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2004.
- Arias Ávila, Néstor Oswaldo. *El tratamiento Internacional de la suspensión de garantías judiciales en los estados de excepción*, Bogotá, ESAP, Edición Príncipe, 1993.
- Balaguer Callejón, Francisco. *Fuentes del derecho, vol. I, Principios del ordenamiento constitucional*, Madrid, Tecnos, 1991.
- Berber, Benjamin. *Strong Democracy. Participatory politics for a new age*. Berkeley, University of California Press, 1990, citado por Uprimny Rodrigo, “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía” en *Derecho Público* No. 12, Bogotá, Universidad de los Andes, 2001.
- Bobbio, Norberto, “Presente y porvenir de los derechos humanos”, en *Anuario de derechos humanos*, Madrid, Universidad Complutense, 1981.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de Juan Luís Requejo e Ignacio Villaverde, Baden-Baden, Nomos, 1993.
- Bonilla Daniel, Iturralde Manuel A. *Hacia un nuevo derecho constitucional*, Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2005.
- Borowski, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho. 1ª Ed., Trad. por Carlos Bernal Pulido, Vol. Volumen 25. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Brage Camazano, Joaquín. *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.

- Camargo, Pedro Pablo. *Los estados de excepción en Colombia (análisis del proyecto del gobierno)*, Bogotá, Ediciones J. Radar, 1992.
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio, "Contribución de los principios generales del derecho internacional a la precisión del núcleo duro de los derechos humanos" en *Marzal, Antonio El núcleo duro de los Derechos Humanos*, Ed, J.M. Bosch, Barcelona, ESADE, Facultad de Derecho, pp. 175-188.
- Carvajal R., Ignacio, "Agamben, Giorgio, Estado de Excepción (homo sacer II, 1), *Rev. chil.derecho*. [online]. abr. 2006, Vol.33, No.1, pp.69-91. Disponible en la World Wide Web: <http://www.scielo.cl/scielo> (25.06.2009)
- Cepeda Espinosa, Manuel José. *Estado de Sitio y Emergencia Económica*, Bogotá, Contraloría General de República, 1985.
- Cepeda Manuel, Montealegre Eduardo y Alexei Julio. *Teoría Constitucional y Políticas públicas: bases críticas para una discusión*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Chinchilla Herrera, Tulio Elí. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, 2ª Ed., Bogotá, Temis, 2009.
- Comisión Andina de Juristas. *Protección de los Derechos Humanos, Definiciones Operativas*, Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1999.
- Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe Final*. Lima, Perú, CVR, Tomo VI, 2003.
- Constitución de Cúcuta de 1821.
- Constitución de la República de Colombia de 1886.
- Constitución de la República de Colombia de 1991.
- Constitución de Weimar.
- Constitución Española de 1978.
- Constitución Francesa de 1958.
- Constitución Italiana de 1947.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-587/92, magistrado ponente Ciro Angarita Baron. Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/1992/c-587_1992.html. (9.07.2010).
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-802/2002, magistrado ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño. Disponible en: http://personeros.com/index.php?option=com_Content.&view=article&id=118:sentencia-c-80202&catid=2:derechoconstitucional&Itemid=14 (20.03.2010).
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T 406/1992, magistrado ponente Ciro Angarita Baron. Disponible en <http://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43556686> (09.04.2011).
- Cruz Villalón, Pedro. *El estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1.980.
- Cruz Villalón, Pedro. *Estados Excepcionales y suspensión de garantías*, España, Ed. Tecnos, 1984.
- Despouy, Leandro. Luís Carlos. *Los Derecho Humanos y los Estados de Excepción*. México, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.
- Diez Picazo, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*, 3º Ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2008.
- Dotti Jorge y Pinto Julio. *Carl Schmit: su época y su pensamiento*, Buenos Aires, Eudeba, 2002.
- Estévez Araujo, José A. *La crisis del derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Barcelona, Ariel, 1989.
- Estrada, Alexei Julio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- Fernández Sánchez, Pablo Antonio. “La suspensión de las garantías establecidas en el convenio (Art. 15 CEDH)”, en *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Colección estudios constitucionales*, Ed. Mar Aguilera y Javier García Roca, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005. pp 697-703.
- Fernández Segado, Francisco, “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 39, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 195-247.

- Gallón Giraldo, Gustavo. *Quince años de estado de sitio en Colombia, 1958-1978*. Bogotá, Peru, Librería y Editorial América Latina, 1979.
- Gallón Giraldo, Gustavo. “La Experiencia Colombiana en estados de emergencia y la viabilidad de su control internacional”, en *Estados de emergencia en la región andina, Comisión Andina de Juristas*, compilado por Diego García-Sayán, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1987, pp. 80-91.
- García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1991.
- García Villegas, Mauricio. “Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997”. En Santos, Boaventura de Sousa y García Villegas, Mauricio (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Análisis Socio-jurídico, Bogotá, Uniandes, Siglo del Hombre, 2001 pp. 317-370.
- Gómez Orfanel, Germán. “*Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- Gómez Orfanel, Germán. “El final de la República de Weimar y Carl Schmitt”, en *Estudios sobre Carl Schmitt*, Colección veintiuno, Madrid, Ed. Dalmacio Negro Pavón, 1996.
- Gómez Orfanel, “Soldados y ciudadanos, según Carl Schmitt”, en *Revista de estudios políticos, Centro de estudios Políticos y Constitucionales*, No 123, Madrid, enero-marzo, 2004.
- Hans, Kelsen. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. trad. de Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995.
- Hernández Galindo, José Gregorio. *Poder y Constitución*, 1ª Ed., Bogotá, Ed. Legis, 2001.
- Heun, Werner, “El principio monárquico y el constitucionalismo alemán del siglo XIX” en *Revista española de derecho constitucional*, No. 2, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002, pp. 64-66.
- Ley 137 de 1994** (Junio 2) por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia. Diario Oficial. Año Cxxx. No. 41379. 3, Junio, 1994.
- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.
- Martínez Cuevas, María Dolores, La suspensión individual de los derechos y las libertades fundamentales en el ordenamiento constitucional español: Un instrumento de defensa de la Constitución de 1978, *Tesis para la obtención*

- del grado de Doctora en Derecho Constitucional*, Granada, Universidad de Granada, 1997.
- Mejía, Epifanio, “Historia de una tórtola”, Tomado del libro *Obras completas de Epifanio Mejía*. Compiladas por Rafael Montoya Montoya, Ediciones Académicas del Colegio Académico de Antioquia, Medellín, Bedout, 1960.
- Meléndez, Florentin, *Los Derechos Fundamentales en los estados de excepción según el derecho internacionacional de los derechos humanos*, *Tesis para la obtención del grado de Doctor en Estudios Superiores de Derecho Constitucional*, Madrid, Universidad Complutense, 1997.
- Molano Bravo, Alfredo. “El país no se cae”, en *El Espectador*, octubre 22 de 1995, pp. 3A.
- O’Donell, David. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Comisión Andina de Juristas, p.p. 406 y ss.
- Organización de los Estados Americanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie A: Fallos y Opiniones. Opinión Consultiva OC-8 del 30 de Enero de 1987.
- Otto Pardo, Ignacio, *Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes*, 2a. ed., 9a. reimp, Barcelona, Ariel, 2006.
- Osuna Patiño, Néstor Iván, “Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales”, en *Temas de Derecho Público*, No. 37, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 28-34.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, aprobada el 16 de diciembre de 1966.
- Pérez Luño, Antonio. *Los derechos fundamentales*. 7ª Ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1998.
- Pérez Royo, Javier. *Curso de derecho constitucional*, 10ª Ed., Madrid, Marcial Pons, 2005.
- Pérez Toro, William Fredy, Vanegas Yopez, Alba Lucía y Álvarez Martínez, Carlos Mario, *Estado de Derecho y Sistema Penal. La emergencia permanente de la reacción punitiva en Colombia*. Colección Sistema Penal. Medellín, Biblioteca Jurídica DIKE, 1997.
- Ramírez Cleves, Gonzalo Andrés. *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de constitución como fundamento de la restricción*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

- Ramos-Oliveira, Antonio. *Historia social y política de Alemania*, 2ª Ed., México, Fondo de cultura económica, 1964.
- Reales Gutiérrez, Clara Elena. “El control de los decretos declaratorios de los estados de excepción”, en, Cepeda, Manuel, Montealegre Eduardo y Alexei, Julio, *Teoría constitucional y políticas públicas: bases críticas para una discusión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 615-713.
- Restrepo Piedrahita, Carlos. *Imagen del presidencialismo latinoamericano: El héroe del Barroco*, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 1983.
- Rodríguez Ruiz, María Carolina, “Los estados de excepción y el control de constitucionalidad en Colombia”. Ponencia presentada en la I Jornada Iberoamericana de Derecho, Perú, disponible en <http://encolombia.com/derecho/estadosdeexcepcion.htm>. (26.04.2010).
- Sánchez Ferriz, Remedios. *El estado constitucional y su sistema de fuentes*, 3ª Ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- Schmitt, Carl. *La Defensa de la Constitución*, trad. Manuel Sánchez Sarto, 2a. ed, Madrid, Tecnos, 1998.
- Schmitt, Carl. *La Dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletarias*, Madrid, Ed. Alianza, 1985.
- Schmitt, Carl. *Legalidad y Legitimidad*, trad. de Cristina Monereo Atienza y José Luís Monereo Pérez, Granada, Comares, 2006.
- Schmitt, Carl. “Normalidad y excepción”, en *Revista española de derecho constitucional*, Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, Números 70-72, 2004.
- Serrano Piedecabras, José Ramón. *Emergencia y crisis del estado social*, Barcelona, PPU, 1988.
- Tole Martínez, Julián, “La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación”, en *Cuestiones constitucionales*, No. 15, Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/15/ard/ard10.htm> (25.06.2011).
- Uprimmy, Rodrigo y García, Mauricio, “El control judicial de los estados de excepción en Colombia”, en *Dejusticia, Documentos de Discusión*, No. 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp 1-27.

- Uprimny Rodrigo. "Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía" en *Derecho Público* No. 12, Bogotá, Universidad de los Andes, 2001, pp. 35- 66.
- Valencia Villa, Hernando. *Cartas de Batalla: Una Crítica al Constitucionalismo Colombiano*, 2ª Ed. Bogotá, Fondo Editorial CEREC, 1997.
- Vanegas Gil, Pedro Pablo. Los Estados de excepción en el régimen constitucional latinomericano, una perspectiva comparada, *Tesis de grado para optar por el título de Abogado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 1996.
- Zagrebeisky, Gustavo. *El derecho Dúctil, Ley, derechos y justicia*, Trad. Marina Gascón Ed. Trotta S.A., 1997.