

La defensa de la Constitución: el caso de la desobediencia civil*

ÓSCAR PARRA VERA

Abogado Universidad Nacional de Colombia. Estudiante de la Maestría en Derecho de la misma universidad. El presente escrito es una versión del cuarto capítulo de la tesis de grado, titulada *Derecho y resistencia: delito político, política criminal alternativa y desobediencia civil en Colombia*. 2001.

Agradezco la valiosa orientación recibida del profesor Óscar Mejía Quintana, con quien colaboré como auxiliar de investigación en su obra *La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación constitucional de la desobediencia civil*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001. Agradezco, a su vez, los comentarios y profundas críticas de Rodrigo Uprimny y Francisco Acuña, director y jurado de la tesis mencionada. Cualquier comentario sobre el texto es bienvenido en la dirección: oscarjpv@yahoo.es.

* Versión revisada y ampliada de la ponencia presentada por el autor al concurso organizado por la Casa Franco Andina y la Embajada de Francia en relación con los diez años de la Constitución colombiana. El ensayo correspondiente fue ganador del concurso interno realizado en la Facultad de Derecho con destino a la participación en dicho evento, y a la postre fue finalista entre los escritos enviados por prestigiosas universidades del país. Por tales motivos, *Pensamiento Jurídico* ha considerado pertinente su publicación.

Quien con monstruos lucha, cuide de no convertirse a su vez en monstruo. Cuando miras largo tiempo a un abismo, también éste mira dentro de ti.

FRIEDRICH NIETZSCHE
Más allá del bien y del mal

Cuando el gobierno viola los derechos del pueblo la insurrección es para el pueblo, y para cada porción del pueblo, el más sagrado de sus derechos y el más indispensable de sus deberes.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, artículo 35

RESUMEN

El presente artículo ofrece una explicación clara y objetiva en relación con la categoría política de la desobediencia civil, precisa su papel como instrumento para la defensa política de la Constitución y contextualiza la pertinencia de su análisis en el caso colombiano. El estudio se concentra en el papel de la desobediencia civil en el marco de lo que ha tenido a bien denominarse “defensa política de la Constitución”, e introduce elementos de análisis sustraídos de casos tipo de decisión jurisprudencial del nivel constitucional, en la que han sido desestimados los “puntos de vista” y las “buenas razones constitucionales” de ciertos movimientos y minorías sociales.

ABSTRACT

This article offers a clear and unbiased explanation of the political category of the civil disobedience, it specifies its role as a tool for the political defence of the Constitution and it also places the relevance of its analysis in the Colombian case. The study emphasizes on the role of civil disobedience in the framework of what it is called “political defence of the Constitution”, involving elements of analysis taken from cases of legal decisions of constitutional level in which the “points of view” and the “good constitutional reasons” of some social movements and minorities have been underestimated.

1. Advertencias iniciales

El estudio de la desobediencia civil (en adelante DC) en el caso colombiano alcanza gran importancia si tenemos en cuenta las pretensiones de diversos sectores académicos, sociales y políticos en el sentido de deslegitimar toda forma de violencia, más aún si ésta es armada. El esfuerzo se centra en legitimar y proyectar —con mayor fuerza democrática, jurídica y política— los ejercicios de no violencia (entre ellos los de DC y resistencia civil no violenta). De allí que se piense en la DC y otros tipos de manifestaciones con alto contenido “simbólico” como la única estrategia defendible en nuestro contexto de conflicto armado, donde las iniciativas por la paz buscan abrirse paso¹. Esta situación plantea diversos interrogantes: ¿puede tener justificación y proyección jurídica la desobediencia a las normas? ¿una figura como la DC tiene relevancia en contextos —como Colombia— donde la obediencia al derecho es sumamente precaria? El presente texto enfrenta estos y otros interrogantes presentando las perspectivas que propugnan por un entendimiento de ciertos ejercicios de DC como formas de defensa de la Constitución.

De entrada es preciso anotar que cuando se habla de DC y no violencia, se habla a su vez de figuras paralelas: la resistencia violenta, la resistencia armada y el delito político. En este punto, la DC y los ejercicios relacionados con el delito político comparten decisivos espacios comunes: fundamentalmente, la negación de la legitimidad del ordenamiento legal (en el caso de la DC pueden ser determinadas normas en concreto) en contraposición con un orden (o

des-orden) que se considera más legítimo. Sin embargo, las diferencias existentes entre ambas figuras, en especial el aspecto relacionado con el carácter no violento de la DC, ha permitido una instrumentalización de la DC con el objeto de satanizar la alternativa armada. Esta utilización de la resistencia contra la resistencia ha constituido, en ocasiones, una importante estrategia de las diversas instituciones que soportan el orden económico, político y social con el objeto de hacer más manejables —y reducibles a su lógica interna— los desafíos que interpone la protesta. En otras palabras, ciertos usos de la DC corren el riesgo de erosionar el potencial resquebrajador de la resistencia, hasta hacer de ésta algo nugatorio. Estas advertencias iniciales tan sólo buscan alertar sobre la tergiversación posible de la cual puede ser objeto este escrito, en el marco de la mencionada instrumentalización de lo no violento.

Con todo, la defensa de la DC es, en principio, una defensa de la democracia y se inserta en la discusión sobre la mencionada defensa de la Constitución². Me concentraré entonces en la posición que, partiendo de una noción de Constitución como proceso, destaca el papel que el pueblo como opinión pública puede jugar en el desarrollo de principios y valores constitucionales. A partir de ello, intento ofrecer las ideas respecto a la Desobediencia Civil como test de constitucionalidad y ejercicio de un derecho fundamental de tal forma que su proyección implique un análisis crítico de algunos fallos de la Corte Constitucional y, en general, un esfuerzo por aportar al debate sobre el esquema de control constitucional que

1. Esta posición parece ser coadyuvada por la misma Corte Constitucional. Al estudiar las normas relacionadas con la penalización del terrorismo, la Corte expresó:

“(Norberto) Bobbio afirma en su libro *El Problema de la guerra y las vías de la paz* que ‘existen hoy medios alternativos para la violencia como fórmula de la resistencia a la opresión que es el método democrático que cumple la misma función que la violencia organizada y tiene la misma eficacia que los

procedimientos que emplea aquélla’. El pensamiento democrático ha sido la invención de nuevas instituciones —Estado social de derecho—, e instrumentos —democracia participativa—, que permiten resolver, sin necesidad de recurrir a la violencia individual o colectiva, conflictos sociales

cuya solución había sido confiada históricamente a la acción violenta. En nuestros días el derecho de resistencia a la opresión se ejerce democráticamente mediante la protesta realizada a través de las formas institucionales que la propia Constitución Política consagra” (destacado en el

original). Corte Constitucional, Sentencia C-127 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

2. El punto de partida general es entonces la clásica discusión entre Carl Schmitt y Hans Kelsen. Cfr. *¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?* Madrid, Tecnos, 1990.

nos gobierna. El contrapeso que me interesa se relaciona con aquellas decisiones que han desconocido el "punto de vista" y las "buenas razones constitucionales" de ciertos movimientos sociales y minorías³.

Como se observa, en la reivindicación de la DC que involucro a lo largo del texto, el aspecto puntual que pretendo desarrollar se relaciona con el papel de la DC en lo que puede denominarse la "defensa política de la Constitución". Si bien una serie de funcionarios están comprometidos con la defensa "jurídica" de la Constitución —particularmente la Corte Constitucional—, la defensa política descentraliza la guarda de la Carta Política para expandirla hacia las manifestaciones de ciertos actores sociales cuya participación en el sistema político se ha cerrado sistemáticamente no sólo a partir de la regla de mayorías, sino también a través del desprecio hacia los intereses que reivindican.

Ahora bien, es necesario detenerse en otros presupuestos problemáticos en el marco de estas adversidades. Los discursos comprometidos con la defensa de la Constitución o la defensa de su proyección emancipatoria, deben dar cuenta de la paradójica

circunstancia que rodea la validez del discurso constitucional en Colombia: la Constitución de 1991 respondió a un pacto de interesados, constituyó una manera fácil de alcanzar dos objetivos necesarios para el capital y para el régimen: (i) imponer artificialmente la imagen de la unidad y el consenso nacionales y recuperar cierto grado de legitimidad institucional; y (ii) adecuar el orden institucional a las exigencias sociales, políticas y económicas de la nueva fase del capitalismo⁴, esto es, ofrecer el soporte necesario para la consolidación del modelo neoliberal. En este sentido, autores como Fernando Rojas destacan que, instrumentalmente, la Constituyente fue eficaz en el propósito de dividir, discriminar y afinar una estrategia diferenciada para con el movimiento guerrillero que no se acogiera a la convocatoria, en una manipulación inteligente de la reincorporación al orden político.

El análisis de la DC en el caso colombiano se demuestra entonces como sumamente problemático, teniendo en cuenta que la proyección emancipatoria que involucra esta figura enfrenta muchas dudas y obstáculos. Con el objeto de despejar algunos

manifestación vital del propio sistema, una de cuyas virtudes más significativas es la regeneración. Por más que elevemos nuestra voz para liberar el proceso de reforma constitucional de sus amarras formales, y por fuertes y sólidas que sean las objeciones jurídicas o políticas que formulemos al esquema adoptado para realizarla, si mantenemos como referente insustituible las supuestas necesidad y urgencia de las enmiendas a la Carta, así lleguen a aceptarse mecanismos más amplios y democráticos para efectuarlas, lo fundamental es nuestra adhesión a las bases esenciales del orden social vigente, sin discutirlo ni dudar de él en lo más mínimo" (destacado por el autor). Ver "La crítica del discurso constitucional. Una urgencia política", en *¿Asamblea Constitucional: dilema jurídico o político?*, op. cit., pp. 54-55. Sobre la consolidación del esquema neoliberal a partir de la reforma del 91, ver el texto de Consuelo Ahumada, *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*, Bogotá, El Ancora Editores, 1996.

3. Así las cosas, mi objeto de estudio no se concentra en aquellos elementos que permiten hablar de una dimensión emancipatoria de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, perspectiva a la cual le reconozco especial valor en la discusión sobre la defensa de un control constitucional que reivindica a minorías objeto de discriminación. Sobre este punto puede consultarse el concluyente trabajo de Rodrigo Uprimny y Mauricio García, "Corte Constitucional y emancipación social en Colombia", presentado en el Simposio "Reinventando la

Emancipación Social", Coimbra: Centro de Estudios Sociales, 23-26 de noviembre, 2000. En este texto, se destaca el papel que la Corte ha jugado en el reconocimiento y proyección estratégica de la luchas que efectúan actores sociales tales como indígenas, homosexuales, grupos de derechos humanos, sindicatos y deudores del sistema Upac.

4. Premonitoria y sagazmente, diversos autores anticiparon los peligros involucrados con el cambio constitucional. Por todos, véase a Fernando Rojas, "La

constituyente: dos pájaros de un tiro. La reforma que necesita el régimen; la reforma que necesita el capital", en *¿Asamblea Constitucional: dilema jurídico o político?*, Bogotá, ILSA, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 1990. Similar perspectiva ofreció Víctor Manuel Moncayo, para quien "(A)un cuando se califiquen los cambios constitucionales que se nos ofrecen como profundas transformaciones del sistema político, no se trata de nada distinto de la

malentendidos en relación con la figura misma de la DC, inicialmente (i) se delimita conceptualmente esta categoría, para luego (ii) precisar su papel como instrumento para una defensa política de la Constitución. Finalmente, (iii) se contextualiza la pertinencia de este análisis en Colombia, a través de los diversos dilemas que enfrentan la DC y, en general, las estrategias de resistencia.

2. La desobediencia civil como inquietud teórica e instrumento político

La idea de desobediencia civil tiende a generar confusión. En efecto, los medios de comunicación suelen presentar una serie de actos o de actividades como manifestaciones de DC, del mismo modo que presentan la reivindicación de algunos actores sociales como ejercicios de desobediencia. Así mismo, y especialmente en Colombia durante los últimos años, se ha hecho popular la convocatoria a toda una "resistencia civil contra los violentos". ¿Qué es entonces la DC? ¿Es lo mismo que resistencia civil? Analizaré estos interrogantes iniciando con las experiencias de Thoreau, Gandhi, y Martin Luther King, referentes históricos que permiten delimitar la DC con mayor claridad. Posteriormente, presento diversos elementos a favor y en contra de esta figura, discusión que permite introducir el papel que puede jugar en la defensa de la Constitución.

Los desobedientes civiles y la desobediencia civil

Se ofrecen algunas críticas contra los intentos por agotar la definición de la DC en una serie de características, esfuerzo académico que en ocasiones desconoce el carácter incierto y difuso asociado al desobedecer mismo. En otros términos, podría llegar a ser más ilustrativo hablar de la DC como aquello que hacen los desobedientes civiles⁵. Se resalta entonces la dimensión creativa que involucra el ejercicio del disenso.

Tres casos clásicos de desobedientes civiles nos ofrece la historia de los últimos dos siglos: Thoreau, Gandhi, y Luther King. En 1846 Henry David Thoreau se negó a pagar impuestos como protesta por la guerra de agresión que Estados Unidos libraba contra México y por la política esclavista desarrollada en el

estado de Massachusetts. Aceptando el castigo (incluso un amigo pagó para que fuera liberado), Thoreau exhortaba la revisión por parte del gobierno de ciertas políticas que estaba desarrollando: "Bajo un gobierno que encarcela a cualquiera injustamente, el lugar apropiado para el justo es también la prisión"⁶.

En el contexto de la lucha por la independencia de la India, Gandhi recogió de Thoreau la noción de DC incorporándola a una estrategia más amplia de resistencia no violenta. Esta estrategia involucró días de ayuno, huelgas generales, venta de literatura prohibida, negativa a asistir a las escuelas inglesas, renuncia a los cargos oficiales, boicot a los productos ingleses, etc. Cabe anotar que la no violencia fue lo suficientemente fuerte como para expulsar a los ingleses, pero no bastó para superar el odio que se profesaban musulmanes e hindúes⁷.

Por su parte, King y sus seguidores cuestionaron la táctica seguida hasta los años cincuenta por parte del movimiento de derechos civiles, concentrada en utilizar únicamente medios legales en contra de la legislación discriminatoria. Más allá del derecho, para King era necesaria una organización civil que tuviera el poder de garantizar la efectiva aplicación de los derechos civiles, intentando evitar por todos los medios que dicho poder se manifestara en forma violenta. Surge entonces una campaña de resistencia no violenta consistente en manifestaciones, "sentadas" en locales comerciales segregadores, mítines, etc. La represión policial fue brutal y los atentados de los grupos racistas blancos muy numerosos. De allí que para algunos autores el gran reto para las estrategias de no violencia sea el pacificar las relaciones entre comunidades enfrentadas integrantes de una misma unidad política⁸.

Delimitación conceptual y caracterización definitoria de la desobediencia civil. Equívocos comunes⁹

Para algunos¹⁰, las formas de resistencia a la opresión o desobediencia civil general (como aquella consagrada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948) no son, en sentido estricto, figuras jurídicas e institucionalizables, puesto que ellas operan como recursos de hecho frente a situaciones

5. Ver al respecto a José Antonio Pérez, *Rebelión en la sociedad civil: manual para ciudadanos cabreados*, Barcelona, Flor del Viento Ediciones, 1999.

6. Henry David Thoreau, *Desobediencia civil*, Bogotá, Norma, 1999.

7. Esta idea es destacada por José Antonio Estévez, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994, p. 17.

8. *Ibid.*, pp. 20-22.

9. Un esfuerzo por delimitar la DC a partir de aquello que no es, puede encontrarse en Jorge Malem Serna, *Concepto y justificación de la DC*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 47 y ss.

10. Salvamento de voto a la sentencia C-521 de 1994.

manifiestas de injusticia general de un ordenamiento positivo o de una determinada institución. En este sentido, no generan derechos, ya que quien ejerce estos recursos fácticos sabe que está violando el orden jurídico y que puede recibir una sanción, la cual asume por razones morales o políticas, con el fin de transformar el derecho positivo o llamar la atención sobre una norma que considera injusta.

Con todo, estos rasgos son predicables de una serie amplia de actos de resistencia. Por ello, se ha tratado de distinguir la DC de otro tipo de actuaciones con el fin de consolidar aquellas características que permitan proyectar jurídicamente esta figura. Las diferencias relevantes son las siguientes:

a. DC no es revolución. La DC no persigue la modificación extrasistemática de las normas estatales, ni cambiar la estructura básica de la sociedad. Asimismo, la desobediencia no combatiría la tiranía, en cuyo caso se trataría del ejercicio del derecho de resistencia contra un ordenamiento que en su conjunto es ilegítimo y profundamente arbitrario o totalitario, sino la injusticia legal que tiene lugar en el ordenamiento legítimo¹¹. Jorge Malem¹² considera que la DC persigue fundamentalmente 3 aspectos:

i. La derogación de una ley. Respecto a la teoría de Dworkin¹³, se diría que tal derogación obedece a un desconocimiento de los principios de moralidad política¹⁴ que informan a una comunidad.

ii. La sustitución de un programa de gobierno. Retomando la posición de Rawls¹⁵, esto se explica en la reivindicación del sentido de justicia (principios de justicia) que informa a una "sociedad bien ordenada".

iii. La alteración de una política. Interviene en este punto la lucha por principios morales individuales o relacionados con minorías.

A diferencia de la revolución, donde se pretende el surgimiento de un nuevo orden, *el desobediente civil viola la ley en el más amplio respeto de la Constitución*, acepta el sistema jurídico hasta el punto de que critica las leyes para denunciar su inconstitucionalidad. Por tal razón, la DC tampoco se relacionaría con la *disidencia extrema* desarrollada por algunas facciones de la comunidad negra de los Estados Unidos con el objeto de renegociar la Constitución. Obviamente, en algunos casos, la misma Constitución es la principal fuente de opresión. Cuando ello ocurre, la DC no es el recurso pertinente para la resistencia, pues esta debe involucrar toda una estrategia revolucionaria.

b. DC no es desobediencia criminal. La DC nunca implicaría actos secretos u ocultos. Debe entonces ser clara y manifiesta, involucrando una motivación política que no se observa en el delito común. Sin embargo, tampoco se relaciona con el delito político debido a que el desobediente civil reconoce la legitimidad constitucional del sistema, situación diversa a la del delincuente político. Además, este último en ocasiones involucra violencia en sus actos, aspecto discordante con el carácter no violento de la DC.

c. DC y mera disidencia. La mera disidencia se relaciona con un hacer oír las propias razones, situación que involucra un ejercicio de la libertad de expresión. Por su parte, la DC implica la violación de una ley, por lo cual es perseguida judicialmente y se busca su neutralización a través de canales ordinarios.

aquella que racionalmente resulta necesario mantener para armonizar proyectos individuales de vida que, pese a ser absolutamente contradictorios, resultan compatibles con una democracia constitucional y que, adicionalmente, es indispensable para conjugar la libertad individual con la responsabilidad y la solidaridad que hacen posible este modelo constitucional. En este sentido, la moralidad pública articula en el plano secular un modo de ser y de actuar que no puede soslayar la persona, portadora de derechos, que es, al mismo tiempo, sujeto individual y miembro de una comunidad".

15. Ver John Rawls, *Teoría de la justicia*, México, F.C.E., 1979.

11. En este sentido se pronuncia Juan Antonio García Amado en "Dos visiones de la desobediencia. Ética discursiva contra teoría de sistemas", en *Escritos sobre filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad del Rosario, 1999, p. 390.

12. J. Malem, *op. cit.*

13. Ver Ronald Dworkin, "La desobediencia civil", en *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

14. Es difícil precisar la naturaleza de un determinado principio de moralidad política. La Corte

Constitucional (sentencia C-404 de 1998) ha hecho esfuerzos por dar cuenta de la naturaleza de una "moralidad pública" en los siguientes términos: "La moralidad pública que puede ser fuente de restricciones a la libertad, es

d. DC no es resistencia pasiva. La primera requiere de una personalidad fuerte, condición necesaria para una absoluta desconexión con la violencia. Por el contrario, la resistencia pasiva no es lo suficientemente proactiva y persuasiva, restringiéndose incluso a la desidia.

f. *Objeción de conciencia no es DC.* La objeción de conciencia es el derecho de toda persona¹⁶ a rehusarse a cumplir un deber o precepto jurídico cuya observancia le resulta moralmente inadmisibles, con base en sus propios y fundamentales principios, y sin tener que exponer las razones por las cuales se abstiene de cumplir. Esta objeción se proyecta frente al servicio militar obligatorio, al porte de armas, a quedar bajo las órdenes de una autoridad pública, a recibir transfusiones de sangre, al juramento, a la educación reli-

giosa, etc. En estos casos, el objetor de conciencia se opone a una norma contra él dirigida y a la cual considera moralmente inaceptable, pudiendo mantener en secreto sus razones y desconocer a su vez el ordenamiento constitucional. Además, no busca el cambio en la norma sino su no aplicación, pudiendo ser -incluso- un derecho constitucional exigible¹⁷.

g. DC no es coerción. Esta diferenciación busca resaltar el carácter persuasivo de la DC, lo cual es incompatible con cualquier ejercicio de coacción. La DC es no violenta, incluso no busca imponer una moralidad social diferente, se invoca fundamentalmente en casos de discriminación o relegación. Por su parte, la coerción no violenta constituye una acción política que busca paralizar la voluntad de la mayoría en cierto tipo de operaciones gubernamentales.

16. En Colombia "(d)el derecho consagrado en el artículo 18 de la Constitución son titulares todas las personas. No sólo tienen ese derecho los hombres cuya conciencia está en armonía con los preceptos racionales de regulación del obrar humano. También lo tienen aquellos hombres que obran con una conciencia errónea, mientras sus actos no sean objetivamente injustos", Mario Madrid-Malo Garizabal, *Sobre las libertades de conciencia y de religión*, Santafé de Bogotá, Defensoría del Pueblo, Serie textos de divulgación, No. 20, 1996, p. 29.

17. En Colombia la objeción de conciencia no está catalogada como derecho constitucional. Para la Corte Constitucional (Sentencia C-511 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz), la garantía de libertad de conciencia no necesariamente incluye la consagración positiva de la

objeción de conciencia para prestar el servicio militar, esto es, la no realización del servicio en armas cuando ello pugne con las convicciones íntimas del sujeto. Así mismo, la Corte consideró que en el caso colombiano esta figura era impracticable, teniendo en cuenta la negativa dada por la Asamblea Constituyente frente a una expresa propuesta sobre el tema. Adicionalmente, la Corte ha destacado que la obligación de prestar el servicio militar es desarrollo del postulado según el cual los intereses colectivos prevalecen sobre los individuales, más aún -opina el Tribunal- cuando dicho servicio tiene por finalidad constitucional, la participación ciudadana en el logro y mantenimiento de la paz. Por el contrario, el salvamento de voto

correspondiente (magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero) precisó que diversos organismos internacionales consideran que la objeción de conciencia al servicio militar hace parte del contenido esencial de la libertad de conciencia. En este sentido, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha reconocido el derecho de toda persona a tener objeciones de conciencia al servicio militar como ejercicio legítimo del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, enunciado en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

(Resolución 1989/59 sobre objeción de conciencia al servicio militar). Cabe anotar que entre las recomendaciones efectuadas a los Estados por parte de la Comisión, se contempla a su vez la necesidad de establecer servicios alternativos de carácter no combatiente o civil para los objetores, aspecto que permite conciliar la garantía de objeción con el derecho a la igualdad de los ciudadanos que prestan el servicio militar. A su vez, la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa (Resolución 337 de 1967, Numeral 1) ha declarado la existencia de un derecho subjetivo a ser dispensado del servicio con armas para quienes se rehusen por motivos de conciencia. La Asamblea considera que este derecho subjetivo se deriva de los derechos fundamentales consagrados en el artículo 9º del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Así las cosas, para caracterizar la DC podemos decir que se relaciona con actos:

1. *Ilegales*, ya sean activos o pasivos.
2. *Públicos*, implicando cierto tipo de persuasión creativa hacia la opinión pública sobre las buenas razones de la protesta¹⁸. Involucra entonces un conocimiento de las dimensiones políticas y morales del problema (convicción moral).
3. *No violentos*. El sabotaje no es DC. Esta tampoco involucra la respuesta a provocaciones e –incluso– suele preparar para sufrir represalias de todo tipo.
4. *Conscientes, voluntarios*. Son actos que bien podrían evitarse, por lo cual están acompañados de una justificación razonable.
5. *Que intervienen* sobre leyes, programas o decisiones del gobierno. Ello puede ocurrir a través de la frustración, información o persuasión sobre los mismos.
6. *Que se desarrollan como último recurso*. Por precarias que en principio puedan parecer las posibilidades que ofrece el establecimiento, deben agotarse primero. En ocasiones, la imposibilidad de agotar dichas posibilidades justifica la desobediencia.

Aspectos a favor y en contra de la desobediencia civil

Deslindar algunas inquietudes y prejuicios en torno a la DC puede ser una herramienta importante para introducir su proyección jurídica como eventual defensa de la Constitución. Tales prejuicios parten de posiciones de teoría y filosofía del derecho, fundamentalmente, en relación con el problema de la obediencia al derecho¹⁹. En contra²⁰ de la DC se ofrecen los siguientes argumentos, mayoritariamente amparados en la noción clásica de democracia, aquella restringida a una regla de mayorías:

a. Obligación de obedecer. Se relaciona con el respeto de la mayoría cuando ésta es asociada con la voluntad general. El demócrata clásico insiste en la necesidad de obedecer a esa mayoría aun cuando se esté en desacuerdo.

b. Posibilidades que brinda el sistema. Existen mecanismos y oportunidades para la modificación tanto de normas como de políticas. Ello debe preferirse a los perjuicios que causan los actos de desobediencia.

c. Necesario respeto a la ley. Si cada quien insistiera en desobedecer una ley respecto a la cual no está de acuerdo, se resquebrajarían las condiciones de posibilidad del sistema jurídico y en general se llegaría al “caos”. En este sentido, la cláusula de cierre del sistema jurídico involucraría la máxima: “el derecho debe obedecerse”, condición sin la cual no sería predicable su coherencia interna.

d. Inmoralidad por imposible universalidad. La DC no podría considerarse un acto moralmente correcto porque al ser una manifestación marginal es imposible universalizarla.

A favor de la DC se destaca lo siguiente:

a. Integridad moral. En ciertas ocasiones, la DC es el único mecanismo con el que cuentan los individuos o las minorías para salvaguardar su integridad moral, es decir, para no actuar manifiestamente en contra de lo que sugiere su conciencia. Incluso, como lo destaca Ariel Colombo, la DC (como forma de resistencia civil) es la señal inequívoca de que la autonomía individual puede ser moralmente compatible con la autoridad pública²¹.

b. Lucha contra la injusticia y la inmoralidad. Así mismo, la mayoría fácilmente puede devenir en arbitrariedad. La DC sería entonces un instrumento de control y un espacio para la resistencia.

18. Como lo destaca Óscar Mejía Quintana, en un paradigma consensual discursivo se debe asumir la insumisión al derecho, particularmente en las figuras de la objeción de conciencia y la DC, no como una posibilidad extrema a la que

sólo en determinados momentos se tuviera que recurrir, sino como una disposición que tiene que ser garantizada de manera institucional, precisamente para no verse obligado a reconocerla *a posteriori* en momentos extremos. Ver *La*

problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación constitucional de la desobediencia civil, op. cit., p. 273.

19. La DC involucra a su vez la pregunta por el derecho que merece obediencia. Como bien lo anota Rodrigo Uprimny,

“(1) la paz no es solamente la ausencia de guerra y de conflicto armado, sino la garantía práctica del goce de los derechos fundamentales para todos los asociados. Implica además aceptar que el fundamento de la obligatoriedad de la ley no deriva de la “majestad” del Estado sino de la capacidad de la organización política para asegurar el goce de tales derechos, lo cual actualiza el sentido del derecho de resistencia y de la posibilidad de ejercer diversas formas de desobediencia civil”. Ver *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*, Bogotá, Fuac, 1991, p. 41.

20. Una interesante presentación de los pros y contras la DC, puede encontrarse en Eusebio Fernández, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1984.

21. Ariel Colombo, *Desobediencia civil y democracia directa*, Madrid, Trama Editorial y Prometeo Libros, 1998, p. 35.

c. Eficacia. Sumada a las diversas razones que sustentan el disenso, la DC tiene una enorme capacidad de generar en la opinión pública conciencia sobre la pertinencia de una serie de razones invocadas por minorías o por individuos objeto de prejuicios. Incluso, puede ser la mejor manera de transmitir un mensaje e insistir en el sentido de algunas luchas.

d. Idoneidad. La DC sería el mecanismo idóneo para cierto ejercicio de defensa o reclamo frente a la precariedad e inidoneidad de las alternativas comunes que ofrece —en la realidad— el sistema democrático.

La DC constituye entonces todo un instrumento para el accionar político que se ancla en una resistencia inteligente y persuasiva. Una resistencia que busca adeptos, que dialoga, a pesar de los riesgos que involucra. Es todo un desafío para la democracia.

3. La desobediencia civil como instrumento para una defensa política de la Constitución

La proyección jurídica de la DC puede ser sustentada a partir de los fundamentos mismos del derecho constitucional en su relación con modelos de filosofía política. La proyección que pretendo destacar es aquella relacionada con la DC como test de constitucionalidad y como ejercicio de un derecho fundamental. Para ello, es necesario dar cuenta de los siguientes tres conceptos: poder constituyente, sociedad abierta de intérpretes constitucionales y Constitución como proceso.

El poder constituyente y la defensa política de la Constitución

En cierta medida, la pregunta por la DC es una pregunta por la resistencia. Este concepto tan abstracto y manipulable, encuentra cierto tipo de concreción en la idea de poder constituyente. Si la DC puede llegar a convertirse en defensa política de la Constitución, ¿puede considerarse a la DC como ejercicio de poder constituyente?

Este poder no ha sido sólo considerado la *fuerza omnipotente y expansiva* que produce las normas constitucionales de todo ordenamiento jurídico, sino también el sujeto de esta producción: una actividad igualmente omnipotente y expansiva. Sin embargo, para algunos autores, el poder constituyente resiste la

constitucionalización²². Para el tema que nos ocupa, son notoriamente inquietantes las palabras que Negri toma de Burdeau:

El estudio del poder constituyente presenta, desde el punto de vista jurídico, una dificultad excepcional que concierne a la naturaleza híbrida de este poder... La potencia que esconde el poder constituyente es rebelde a una integración total en un sistema jerarquizado de normas y competencias... siempre el poder constituyente permanece extraño al derecho²³.

Para Negri la democracia también se resiste a la constitucionalización: la democracia es teoría del gobierno absoluto, mientras que el constitucionalismo es teoría del gobierno limitado, luego práctica de la limitación de la democracia²⁴. Por ello el autor italiano nos habla del poder constituyente en cuanto concepto de una crisis.

En los esfuerzos por afrontar dicha crisis, Negri analiza el poder constituyente desde la perspectiva de la ciencia jurídica, aspecto relevante en la indagación sobre la proyección jurídica de la DC.

Para empezar, encontramos una gran paradoja. El poder constituyente surge de la nada pero organiza todo el derecho. Tradicionalmente, el poder constituyente es la fuente de producción de las normas constitucionales, o bien el poder de hacer una Constitución y de dictar después las normas fundamentales que organizan los poderes del Estado; el poder de instaurar un nuevo ordenamiento jurídico, esto es, de regular las relaciones jurídicas en una nueva comunidad.

En este sentido, el poder constituyente es reducido a la norma de producción del derecho, interiorizado en el poder constituido: su expansividad no se revelará más que como norma interpretativa, como control de constitucionalidad, como actividad de revisión constitucional. Es entonces desnaturalizado y disecado. Sus características de originariedad e inalienabilidad se esfuman, cancelándose el nexo que históricamente lo ligaba al *derecho de resistencia*. La idea de poder constituyente es jurídicamente preformada allí donde se pretendía que ella formase el derecho, es absorbida en la máquina de la representación política allí donde se quería que ella legitimase este concepto²⁵.

22. En esta aproximación a la noción de poder constituyente me concentro en el muy ponderado texto de Toni Negri, *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Madrid, Libertarias / Prodhufi, 1994.

23. *Op. cit.*, nota 1. Negri cita a G. Burdeau, *Traité de sciences politiques*, vol. IV, París, 1983, p. 171.

24. *Ibid.*, p. 18.

25. *Ibid.*, p. 20.

Sin embargo, el poder constituyente debe ser mantenido para evitar que su eliminación se lleve consigo el sentido mismo del sistema jurídico y la referencia democrática del mismo que debe cualificar el horizonte. Para tal efecto, según Negri, los juristas han diseñado soluciones para controlar la irreductibilidad del hecho constituyente, de sus efectos y valores.

Una primera iniciativa da cuenta del poder constituyente como fuente trascendente que funda al poder constituido en un lazo causal, lo cual determina que este último sea totalmente autónomo respecto al primero. El poder constituyente es un hecho que procede del ordenamiento constitucional pero que después se le opone, ya que permanece exterior a él y sólo puede ser calificado por el poder constituido. Destaca Negri, luego de asociar a Jellinek y Kelsen²⁶ con esta perspectiva, que la trascendencia del poder constituyente es su negación, imponiéndose el punto de vista de la soberanía contra el de democracia.

En segundo lugar, se considera al poder constituyente como inmanente al sistema constitucional y jurídico. La presencia es íntima, a manera de fundamento. El poder constituyente es reabsorbido en el derecho constituido, de tal forma que pierde su originalidad creativa. El proceso del poder constituyente deviene anterior al desarrollo constitucional: inicialmente imprime su dinamismo al sistema constitucional, después es él mismo reformado por la Constitución. Considera Negri que, de nuevo, resulta una operación de neutralización del poder constituyente²⁷.

Como tercera perspectiva, se encuentra la exasperación irracional del poder constituyente que puede observarse en Weber y Schmitt. Para el primero el poder constituyente tiene la violencia de la innovación que puede encontrarse en el poder carismático, así como la instrumentalidad constitutiva del poder racional. Forma, entonces, derecho positivo según un proyecto innovador que funda un paradigma de racionalidad. Para Schmitt el poder constituyente se sustenta en las determinaciones abstractas de la violencia, donde la "decisión" discrimina la posibilidad jurídica como división y choque del amigo y del enemigo, hasta recorrer la integridad del ordenamiento, formándolo y determinándolo de nuevo. Este acto de

guerra representa lo máximo de la factualidad, configurada como inmanencia absoluta en el ordenamiento jurídico²⁸.

Finalmente, en el institucionalismo jurídico, se entiende al poder constituyente como integrado, constitutivo, coextensivo y sincrónico del derecho constituido. El elemento histórico institucional adquiere el carácter de principio vital, lejos de lo factual, para ser prefigurado como implícitamente constituido por la legalidad. Por ello, el hecho normativo –separado de su inesencialidad y consuetudinarietà– es entendido como actividad de cuyo desarrollo emana el ordenamiento. La normatividad intrínseca deviene "Constitución material", a partir de lo cual es posible interpretar y modificar la Constitución formal.

Frente al panorama anterior, Negri, indagando por la base material de la Constitución, se pregunta por la cualidad originaria y liberatoria del poder constituyente. ¿Hasta qué punto la idea de DC puede disolverse en la idea de poder constituyente? ¿Ello es incompatible si tenemos en cuenta la DC como defensa de la Constitución, y, por ende, proyección del poder constituido?

En tanto la Constitución no es un acto de gobierno, sino el acto del pueblo, el paradigma del poder constituyente es el de una fuerza que irrumpe, quebranta, interrumpe, desquicia todo equilibrio preexistente y toda posible continuidad. Aterrizando estas ideas en un balance sobre las implicaciones de la Constitución de 1991, es posible afirmar que gran parte de la crisis –esto es, lo lejano que aparece la idea de un Estado social de derecho– se debe a la crisis misma del poder constituyente en Colombia, aspecto que debe ser analizado en conexión con los desafíos que afronta nuestro constitucionalismo. Es esto lo que pretendo aclarar a partir del papel que puede jugar la DC en la defensa de la Constitución.

La Constitución como proceso, la Constitución procedimental y la sociedad abierta de intérpretes constitucionales

La Constitución es el estatuto supremo de una organización estatal, relacionado ante todo con un acto de carácter político, en cuanto se deriva del ejercicio soberano del poder del que es titular el pueblo,

26. En Kelsen la paradoja se acentúa: al poder constituyente podemos considerarlo activo en el interior de toda la vida constitucional, pero es imposible considerarlo fuente de cualificación o principio de movimiento de algún aspecto del sistema. *Ibid.*, p. 22.

27. En esta perspectiva, Negri ubica a autores como Rawls y Lasalle.

28. *Ibid.*, p. 26.

y, a partir de la decisión fundamental que su promulgación implica, se erige en la norma básica en la que se funda y sostiene todo el orden jurídico, la organización y el funcionamiento del Estado²⁹. Esta aproximación, una más entre el sinnúmero de definiciones de Constitución, muestra que esta institución puede ser entendida como algo más allá de una serie de normas. Puede involucrar valores que son vividos por la comunidad y toda una voluntad popular legítima. La abstracción de estos últimos aspectos no expresa mucho, por ello, y a partir de este análisis de la DC, se ofrecerá el matiz que pretendo destacar: la Constitución es también una realidad, un estado de cosas fáctico que debe ser construido permanentemente por la comunidad.

Ahora bien, y como lo señala Estévez Araújo³⁰, de la noción que se tenga sobre Constitución depende la idea que se tenga sobre su defensa. Una perspectiva restringida concentraría los esfuerzos en evitar que la normatividad no contradiga el texto normativo constitucional. Sin embargo, una posición amplia evoca la defensa de la Constitución como una operación de preservación de la *unidad política*. ¿Qué debe entenderse por unidad política? No debe olvidarse la constante invocación de la "unidad" como supuesta justificación al adoptar medidas fuertes de orden público como los estados de excepción. Para el caso que nos ocupa, la defensa de la Constitución se entrelaza con la defensa de un esquema de democracia participativa en el contexto de un Estado social y democrático de derecho. Y aquí, con el objeto de no hacer de valores mayoritarios los valores hegemónicos que impidan la disidencia, adquiere relevancia la idea de *Constitución como proceso*, donde la *defensa de la Constitución se relaciona con la garantía del carácter abierto y participativo de los procesos sociales e institucionales*.

Un modelo de Constitución donde –no sin problemas– esta idea busca ser llevada a un primer plano, lo constituye la Constitución procedimental³¹.

Ely objeta el activismo de los tribunales constitucionales considerando que si el poder legislativo no es suficientemente democrático,

deben hacerse los correctivos para que sea más democrático y no situar a los jueces por encima de dicho poder,

considerándolos más capacitados para interpretar el "sentir popular".

Este modelo propende por un control de constitucionalidad que tenga como objeto salvaguardar los derechos de participación política frente a decisiones de la mayoría parlamentaria donde se atenta contra el acceso al proceso político³². Un papel similar al control de constitucionalidad en la Constitución procedimental lo cumple la DC: muchas veces aparece como una simple forma de ejercer poder político con alguna proyección e incidencia –al menos en la opinión pública–, como un último recurso para ser escuchado cuando los cauces legales cierran el espacio que merecen los intereses minoritarios.

El juez constitucional desempeña entonces un papel de guardián de la regularidad del proceso político. En palabras de Ferreres:

Según esta propuesta, las Constituciones democráticas no deberían incluir un largo catálogo de derechos y libertades que el Parlamento deba respetar y que los jueces deban encargarse de proteger frente a las decisiones del Parlamento. La Constitución debería proteger únicamente los derechos de participación política, que permiten a los ciudadanos acceder al proceso político para defender sus intereses y debatir con otros sus convicciones. La Constitución no debería proteger otros derechos, que podemos denominar, por contraste, "derechos sustantivos". Podemos, pues, distinguir entre una "Constitución procedimental", que sólo protege los derechos de participación política, y una "Constitución sustantiva", que ampara también los derechos sustantivos³³.

Aun cuando Colombia, bajo el imperativo de justicia material que sustenta al Estado social de derecho se acerca más a la idea de "Constitución sustantiva" la idea de Constitución procedimental puede ser un referente para destacar la importancia de defender un proceso político abierto. El énfasis se encuentra en los mecanismos de participación política, ante cuya insuficiencia responde la DC.

29. Corte Constitucional, sentencia C-536 de 1998.

30. J. Estévez Araújo, *op. cit.*, pp. 66-68.

31. No es necesario considerar ahora si el modelo procedimental, en su esfuerzo por cerrar la imposición de una ideología sobre otra, pueda constituir un interesante soporte para un constitucionalismo libertario, teniendo en cuenta la construcción de la Constitución como proceso-realidad desde comunidades de base autogestionarias, donde la deliberación constructivista sea esa norma básica que articule el derecho con la realidad de un pueblo organizado para la libertad.

32. Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 53.

33. *Ibid.*, p. 54. A su vez, Estévez Araújo destaca cómo

En autores como John Hart Ely puede vislumbrarse con claridad la pertinencia de esta referencia a la Constitución procedimental. Para Ely, los jueces constitucionales deben restringir su labor de control a los esfuerzos por mantener abierto el proceso político y a corregir cierto tipo de discriminaciones contra las minorías que son víctimas de los "prejuicios" de las mayorías. En últimas, se reivindica el amparo constitucional tan sólo de estructuras y procesos³⁴. La DC comparte este papel funcional en uno y otro factor, al constituir un mecanismo de apertura a las posiciones cuya proyección encuentra mayor dificultad: las de los disidentes.

La DC puede alcanzar legitimidad cuando el juez constitucional demuestra connivencia con leyes donde, sutilmente, se arremete contra minorías o disidentes. Constituye, si se quiere, un salvamento de voto fáctico, una forma de proyectar razones constitucionales subvaloradas en espacios donde los intereses de algunos no son tenidos en cuenta con el mismo cuidado que otros intereses, generalmente mayoritarios o hegemónicos.

Con todo, la DC puede constituir una manifestación de disidencia aun después de haber participado en el proceso político. Su carácter no violento permite reclamar en toda su proyección la heterogeneidad y la divergencia. En este sentido, se reitera su papel persuasivo, constructor de opinión pública democrática y transparente.

Esta relevancia de una similar consideración y respeto por los diversos horizontes de vida se resalta a su vez en el *liberalismo político* de John Rawls. Para Rawls, la igualdad de participación en el proceso democrático no sólo busca permitir la defensa de los propios intereses sino también la expresión de aquellas convicciones sobre la justicia y la deliberación con otros hasta alcanzar una solución colectiva integradora de visiones omnícomprensivas³⁵.

Tanto la protección de las minorías y la apertura del proceso democrático, exigen de una "Constitución abierta", que puede ser compatible con formas de Constitución procedimental y de Constitución sustantiva. Víctor Ferreres³⁶ sintetiza en esta forma los diversos significados que puede tener esa Constitución abierta:

a. La Constitución abierta es aquella donde se garantiza una "sociedad abierta" que protege derechos sustantivos de los individuos aunque procedimentalmente hayan participado en los procesos legislativos. En otras palabras, es una protección sustantiva y no sólo procedimental de las minorías.

b. Una Constitución es considerada "abierta" si se adapta con flexibilidad a las transformaciones sociales y a los cambios en las convicciones políticas y morales. Para ello no sólo se necesita de un esquema procedimental sino también del amparo de valores sustantivos.

c. Para el presente análisis sobre la DC, la valoración que más interesa sobre lo que es una Constitución abierta es aquella que proclama su *interpretación* como abierta a todos: no sólo a los jueces constitucionales sino también a los órganos políticos representativos y a la opinión pública. Como lo expresa claramente Ferreres, invocando a Häberle, en la interpretación de la Constitución se involucran todos los órganos estatales, *todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos*. Aquí, el diálogo público se articula a través del lenguaje constitucional. Y ese debate tan complejo, está ampliamente permeado de valores sustantivos, lo cual exige que el amparo constitucional no se restrinja a lo procedimentalmente deseable.

En Häberle la Constitución es todo un conjunto de procesos institucionales y sociales. De allí que invoque el procedimentalismo aunque defienda como contenido mínimo material el conjunto de libertades

involucra consideraciones sustantivas. En tanto árbitro, el juez (como el propio Ely) puede estar en desacuerdo con los juicios de valor que sustentan una ley, pero no por ello podría invalidarla, pues estaría imponiendo sus convicciones a la mayoría. Lo que se genera entonces es el peligro de que la discriminación pueda prevalecer a pesar de que procedimentalmente se haya podido participar de un determinado proceso legislativo. *Op. cit.*, pp. 64-66. Sin embargo, Ferreres precisa el valor que alcanza la perspectiva de Ely al indicar los casos en los que el juez constitucional debe actuar con especial sospecha frente al legislador, lo cual, no necesariamente implica un rechazo de una teoría sustantiva.

35. Sobre el giro pragmático de Rawls hacia un liberalismo político, consúltese el cuarto capítulo del texto de Óscar Mejía Quintana, *Justicia y democracia consensual*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Uniandes, Siglo del Hombre Editores, 1997.

36. V. Ferreres, *op. cit.*, pp. 76-78.

34. En este punto, es preciso destacar las profundas críticas que ha recibido la teoría procedimental de Ely al restringir el trabajo del juez

constitucional al mero arbitrio del proceso político. Como lo destacan Ferreres y Ackerman, esta teoría fracasa en su pretensión de encajar

el derecho a no ser discriminado dentro de un modelo procedimental, pues la reivindicación de este derecho necesariamente

que hacen posible la expresión del pluralismo. La democracia también es asumida como un proceso abierto, donde las alternativas enriquecen la discusión pública (por ello Häberle reivindica una "teoría constitucional de las alternativas") y el Tribunal Constitucional está llamado a garantizar la apertura de las discusiones y la formación de opinión pública no manipulada³⁷. Si los actores sociales participan en la discusión legislativa, se entiende que pueden proyectar cierta forma de control de constitucionalidad, siempre y cuando sus intereses sean tenidos en cuenta con la proyección necesaria.

La apertura en la interpretación constitucional debe acompañarse entonces de una permanente construcción de la Constitución, de tal forma que los ciudadanos no vean con tanta lejanía el compromiso con la realización de postulados constitucionales. De allí que resulte razonable la lucha por un esquema de defensa de la Constitución, donde no sólo el tribunal constitucional tiene la última palabra sobre lo que implica y dice la Constitución. La defensa de la Constitución debe residir, fundamentalmente, en el pueblo que le da vida. A su vez, esto constituye una contribución necesaria —más no suficiente— para darle un soporte político-jurídico tanto a la construcción de democracia como a la solución política del conflicto armado.

¿Con cuáles herramientas cuentan los ciudadanos para dar concreción a una defensa popular de la Constitución? En un marco institucional, la idea de *poderes negativos* ofrece cierta claridad sobre el derrotero a seguir.

Como forma de *resistencia legal*, los poderes negativos son mecanismos susceptibles de suspender la eficacia del poder oficialmente instaurado o de algunos sectores del derecho positivo cuando éste atenta contra los derechos humanos, desconoce la Constitución o no da cumplimiento a la voluntad popular. Por ello, estos poderes son inmanentes a los regímenes constitucionales. Ejemplos de estos poderes negativos

son las acciones públicas y ciudadanas para impedir la aplicación de disposiciones contrarias a las garantías fundamentales³⁸. Acciones de tutela, acciones populares y de cumplimiento, acciones de inconstitucionalidad, e incluso el derecho a la huelga son formas de poderes negativos que permiten un activismo ciudadano que puede tener profundas implicaciones en el logro de transformaciones sociales.

Sin embargo, es difuso el espectro de posibilidades dentro de lo *no institucional*, esto es, a través de figuras como la DC. La DC, sin tener una base en el derecho positivo, pretende lo que en ocasiones permiten los poderes negativos: impedir la creación o la aplicación del derecho o de una política pública. La DC surge entonces cuando la resistencia legal se hace imposible o ineficaz, pudiéndose manifestar como ejercicio de un derecho o como test de constitucionalidad. Y ello por cuanto un ordenamiento jurídico fundado en la supremacía de la Constitución y el reconocimiento de los derechos humanos, no sólo puede admitir formas sectoriales de DC sino que ellas son consustanciales a tales ordenamientos³⁹, más aún en un Estado como el colombiano, supuestamente basado en la democracia y la materialización de derechos fundamentales.

*La desobediencia civil como ejercicio de un derecho y como test de constitucionalidad*⁴⁰

Las distancias entre lo legal y lo constitucional encuentran en la DC un importante caso paradigmático. Si bien la desobediencia involucra actos ilegales, ello no solventa el necesario análisis de constitucionalidad de los mismos.

Ronald Dworkin destaca que la DC se plantea en relación con leyes cuya validez está puesta en duda. Al respecto, una campaña de DC en contra de una ley es un factor que por sí mismo pone en cuestión la constitucionalidad de dicha ley. La DC sería entonces un *test de constitucionalidad* en un doble sentido: la desobediencia suscitaria un control de constitucionalidad y sería ella misma un indicio de

37. J. Estévez Araújo, *op. cit.*, pp. 83-88. Estévez sintetiza las diferencias entre Ely y Häberle de la siguiente manera: "(e)n el caso de Ely, la idea de la Constitución como proceso significa que lo que regula la Constitución es fundamentalmente una serie de procedimientos: la Constitución no contiene una ideología de gobierno sino un proceso de gobierno. En el caso de Häberle, significa que la Constitución consiste en una serie de procesos institucionales y sociales". Mientras que Ely restringe la Constitución al texto, Häberle extiende ampliamente la Constitución a toda la construcción de democracia.

38. Sobre este punto, ver el citado salvamento de voto a la sentencia C-511 de 1994. A su vez, confróntese a Rodrigo Uprimny, *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*, *op. cit.*, pp. 41 y 42, quien toma esta noción de

Pierangelo Catalano, en su obra *Diritti di Libertà e Potere Negativo*.

39. Salvamento de voto a la

sentencia C-511 de 1994.

40. Esta interesante propuesta sobre los alcances de la DC como

participación en la defensa de la Constitución, es desarrollada por Estévez, *op. cit.*, capítulo 5.

inconstitucionalidad⁴¹. Incluso, en aquellos casos en los que exista un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de una ley, la discusión judicial no pone fin a la discusión y el ciudadano puede seguir actuando según su propio criterio, si razonablemente su conciencia lo guía a ello.

Mientras que la DC como test de constitucionalidad posee un *carácter activo*, en busca de una decisión judicial o una manifestación en contra de una determinada ley, la desobediencia civil como ejercicio de un derecho tiene un *carácter defensivo* cuando se trata de minorías o disidentes que se encuentran discriminados por una mayoría. Tanto en uno como en otro caso se insiste en que determinados intereses, valores, puntos de vista o circunstancias no han sido tenidos en cuenta, no se les ha dado la importancia que merecen, o no se les recibe como buenas razones.

*La DC no es un derecho fundamental pero sí una forma de ejercicio del mismo*⁴². Se tiene entonces como supuesto que los actos de DC se circunscriben al ámbito de protección de derechos fundamentales como la libertad de expresión, conciencia, reunión y manifestación, en el contexto de una democracia participativa. Estos actos se justificarían entonces cuando la ponderación entre el bien jurídico protegido por

la norma violada y el derecho fundamental ejercido ofrezca una supeditación de aquél a éste en el caso concreto⁴³. Una operación de ponderación define en últimas la justificación jurídica de la DC, al establecerse que debe prevalecer cuando principios, bienes, intereses o valores entran en conflicto.

La ponderación en la decisión judicial pretende la coexistencia plural de principios que pueden entrar en conflicto. En este sentido, busca evitar que exista una supremacía absoluta de un valor que llegue a anular la fuerza normativa de otros valores concurrentes, intentando evitar la tiranía de un valor determinado⁴⁴. La ponderación involucraría el esfuerzo por lograr la mayor realización de uno de los derechos fundamentales en juego, en tanto implique la menor afectación posible para el contrario. En este sentido, no es una lógica de todo o nada (como ocurre con las reglas jurídicas, donde una se sacrifica ante la posible prevalencia de otra), pues sería altamente inconveniente el sacrificio de alguno de los principios que chocan. La ponderación surgiría entonces como una técnica inevitable donde se elude el absolutismo axiológico y se protege el pluralismo, al no consagrar jerarquías rígidas entre los derechos concurrentes sino prevalencias condicionadas⁴⁵, que dependen de las particularidades del caso concreto⁴⁶.

en la decisión de los casos, donde los jueces —pasando por encima de ciertos canales democráticos— discrecionalmente preferirían uno de los principios en conflicto. Sobre este punto, ver el trabajo de Óscar Mejía Quintana, *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*, Santafé de Bogotá, Temis, 1998; así como a Iván Orozco Abad y Juan Gabriel Gómez, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Santafé de Bogotá, Iepri, Ministerio de Justicia y del Derecho, 1997. Frente a estas críticas Botero, Jaramillo y Uprimny destacan que no sólo no parece existir otra metodología mejor para solucionar los conflictos prácticos en donde se enfrentan derechos sino que, además, la ponderación no implica absoluta discrecionalidad y capricho ya que los tribunales deben respetar sus precedentes y decidir los casos análogos en similar forma. Ello introduce la obligación de generar fallos cuya precedencia y coherencia frente al resto del sistema jurídico sea soportada argumentativamente, aspecto que poco a poco se debe lograr a través de una dogmatización de los criterios utilizados al solucionar las colisiones de principios.

41. R. Dworkin, *op. cit.*

42. María José Falcón y Tella, *La desobediencia civil*, Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000, p. 279.

43. J. Estévez Araújo, *op. cit.*, p. 39.

44. El sustento de esta perspectiva se encuentra en Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 152 y ss, así como en Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995. Partiendo de la diferenciación entre principios y reglas,

Alexy destaca que pueden ocurrir colisiones entre diversos principios constitucionales. La ponderación involucraría el esfuerzo por lograr la mayor realización de uno de los derechos fundamentales en juego, en tanto implique la menor afectación posible para el contrario. En este sentido, no es una lógica de todo o nada, pues sería altamente inconveniente el sacrificio de alguno de los principios que chocan.

45. Catalina Botero, Juan Jaramillo y Rodrigo Uprimny, "Libertad de información, democracia y control judicial: la

jurisprudencia constitucional colombiana en perspectiva comparada", en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Ciedla, Fundación Konrad Adenauer, 2000, pp. 469-470. Estos autores consideran que la ponderación es necesaria para permitir la coexistencia de los derechos fundamentales y no es incompatible con la seguridad jurídica.

46. Muchas críticas se han ofrecido contra la metodología ponderativa, si se tiene en cuenta que puede conducir a una absoluta indeterminación

Así las cosas, Ralf Drier afirma que en el ejercicio de los derechos fundamentales cada uno tiene derecho a realizar, solo o conjuntamente con otros, actos que encajen en el supuesto de hecho de una norma prohibitiva, siempre que dichos actos sean públicos, no violentos y con un fundamento político moral, y que con ello se proteste contra una injusticia grave y la protesta sea ponderada⁴⁷. Como lo destaca Ramón Soriano⁴⁸, al ser el ejercicio de un derecho fundamental, la DC recibe las limitaciones propias de la concurrencia de derechos y libertades públicas, es decir, hay que valorar y contrapesar los fines perseguidos con la DC y la violación de bienes y derechos de terceros ocasionada con los actos de desobediencia.

Tomaré dos ejemplos para ilustrar estas ideas.

En primer lugar, la DC frente a la norma penal que consagra el delito de aborto. La discusión constitucional correspondiente ofrece *buenas razones*⁴⁹ tanto para su penalización como para su inexecutableidad. Si bien la Corte Constitucional adoptó una posición al respecto⁵⁰, el entendimiento del potencial jurídico de la DC como ejercicio de un derecho fundamental, presentaría como razonable la decisión de un juez que eximiera de pena a una procesada por aborto a partir de una excepción por inconstitucionalidad. Ello responde al reconocimiento de las buenas razo-

nes constitucionales invocadas por la mujer involucrada, la desobediente en este caso. Frente a las airadas voces que reclamarían un proceso penal por prevaricato contra el juez respectivo, habría que recordar la tensión de fondo que existe entre lo constitucional y lo legal. En el caso concreto, la ausencia de pena involucra un compromiso fuerte con la realización de principios constitucionales, siempre y cuando se acredite la justificación correspondiente.

Autores como Mejía Quintana y Rivas estiman que en esta decisión la Corte no entabla un proceso de comunicación abierta con los diferentes sujetos colectivos interesados en el género mujer, consolidándose una decisión insuficiente para las mujeres afectadas y para aquellos individuos que no tienen como referente religioso común a la doctrina confesional. De otro lado, consideran que es el propio concepto de razón pública el que se está violando ya que a pesar de cuestionamientos nuevos, de aportes de diferentes sectores de la sociedad civil develando la posición de la mujer, las consecuencias psíquicas y de diversa índole sobre su proyecto de vida, la dilucidación de la Corte no se enriquece ni aprecia los discursos esgrimidos desde el mundo de la vida⁵¹.

En segundo lugar, resalto la decisión de la Corte Constitucional que declaró inexecutable la ley de

47. Ver a Drier, citado por J. García Amado, *op. cit.*, p. 391.

48. Ramón Soriano, *La desobediencia civil*,

Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1991, citado por M. Falcón y Tella, *op. cit.*, p. 279.

49. La idea de "buenas razones constitucionales", en principio, sustentaría el choque entre decisiones opuestas al dirimir un problema de constitucionalidad. De allí la necesidad de que una posición no desconozca, de entrada, la plausibilidad de la contraria. Obviamente, los imperativos de argumentación deben conducir a una decisión final. Por lo pronto, tomo distancia frente a la tesis de la única respuesta correcta, sostenida por Dworkin. Al respecto, véase Rodolfo Arango, *¿Existen respuestas correctas en el derecho?*, Bogotá, Ediciones Uniandes /

Siglo del Hombre, 1998.

50. Corte Constitucional, sentencias C-133 de 1994,

M.P. Antonio Barrera Carbonell, y C-013 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Mientras que en la primera se declaró executable la tipificación del aborto, en la segunda se consideró executable la penalización aun en los casos de atenuación punitiva establecidos en los arts. 328, 345, 347 y 348 del Código Penal y relacionados con aborto, con posterioridad a un acceso carnal violento o a

una inseminación artificial no consentida.

51. Óscar Mejía Quintana y José Antonio Rivas, "Consenso y opinión pública o regla de mayoría. El procedimiento de decisión de la Corte Constitucional", en *Pensamiento Jurídico*, No. 8, Santafé de Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1997, pp. 98-101. En este punto, Mejía y Rivas concluyen que la sentencia impone las convicciones confesionales y patriarcales de cuatro magistrados e irrespeto la opinión pública de la ciudadanía, aspectos

entrelazados con la recensión que hacen del salvamento de voto a la Sentencia C-013 de 1997, en el cual se afirma: "La ironía desafortunada o el estrabismo peligroso que se trasluce en la imposición final de la medalla de la dignidad a la mujer violada, como trágico premio de consolación por continuar atada a un destino criminalmente impuesto desde afuera de su ser y coonestado por el Estado, traduce un prejuicio que, lamentablemente, definió el sentido de la sentencia".

jubileo⁵². Dicha ley involucra una gracia cuyo sustento constitucional no encontró eco en la tesis mayoritaria. Sin embargo, razones de peso, asociadas a un trato y consideración humanitaria respecto a los reclusos permiten una interpretación amplia en favor de sus garantías fundamentales, las cuales suelen necesitar de un amparo constitucional cualificado debido a que los internos constituyen una minoría usualmente en indefensión. Por ello, la adopción del punto de vista de los internos como criterio de política criminal alternativa⁵³, permitiría proyectar su movimiento de DC como cuestionamiento del sustento constitucional de las medidas autoritarias adoptadas por el Gobierno y respaldadas por la Corte. La

ponderación correspondiente (aun después del fallo de la Corte, pues recordemos que la Constitución como proceso involucra una sociedad abierta de intérpretes constitucionales y concentra la defensa de la Constitución en un ejercicio procedimental del pueblo) entre las buenas razones de los internos y las del Gobierno, vendría a dirimirse por el pueblo como opinión pública o bajo un ejercicio deliberativo amplio coordinado por el Congreso. A pesar de que eventualmente ello podría estar alejado de nuestra realidad, insisto en el valor procedimental de las *buenas razones*⁵⁴ constitucionales, cuyo reconocimiento no sólo es condición de posibilidad para la DC sino una base ineludible para la democracia.

52. Corte Constitucional, sentencia C-1404 de 2000, Ms.Ps. Carlos Gaviria Díaz y Álvaro Tafur Galvis. En este fallo la Corte analizó la libertad de configuración del legislador en materia penal y penitenciaria, partiendo del criterio de diferenciación utilizado para seleccionar a los beneficiarios de la rebaja: encontrarse privado de la libertad el 10. de enero de 2000. Al respecto, consideró que no era una justificación conforme a la Constitución la circunstancia azarosa de que en una determinada fecha, de indole religiosa, mágica o cabalística, señalada por el Legislador, alguien hubiera estado, o no, legítimamente privado de su libertad. En este sentido, no obra el Legislador dentro de los parámetros constitucionales cuando de manera caprichosa decide favorecer a quienes por una mera cuestión de azar se hallaban en una circunstancia que él resuelve calificar de privilegiada, sin

que corresponda a la instrumentación de una política criminal "razonada" y "razonable". El criterio de selección vulnera entonces el principio de igualdad. Por otra parte, la Corte encuentra que la concesión de la rebaja equivale a una suerte de indulto, ya que implica el ejercicio del derecho de gracia. En consecuencia, la Corte juzgó pertinente evaluar si se cumplían los requisitos constitucionales que hacen procedente el indulto, concluyendo que en el presente caso se desconoce el requisito que hace otorgable el indulto únicamente respecto de delitos políticos. Los argumentos de la Corte son, cuando menos, problemáticos. Resulta sumamente tendenciosa la asimilación de la gracia a un indulto, o la denuncia de incoherencias en política criminal a partir de un pretendido desconocimiento de la libertad de cultos. Los

salvamentos de voto correspondientes —entre otras razones— insistieron en que la Constitución no impide al legislador que, al señalar el ámbito personal de aplicación de un beneficio que conceda, cobije bajo su amparo a individuos que, pese a encontrarse en hipótesis distintas entre sí, pertenecen todos a un mismo género o grupo humano, al cual se quiere cubrir, bajo un criterio de mayor amplitud, con el mismo favor o gracia.

53. La adopción del punto de vista de las clases subalternas como elemento base de la política criminal alternativa corresponde a la primera formulación que ofrece sobre el tema Alessandro Baratta en su obra *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México: Siglo XXI, 1986. La política criminal alternativa involucra a su vez un esfuerzo concertado en procesos de descriminalización, desjudicialización y despenalización. Así mismo,

propugna por la eliminación de la prisión y una construcción democrática de opinión pública, tratando de contener los efectos perversos que en lo penal tienen fenómenos como la construcción social de la realidad. La democracia deliberativa puede sustentar, entre otras, propuestas donde la DC constituya un ejercicio de política criminal alternativa. Entiendo la DC como potenciador de un derecho alternativo, paralelo al estatal pero con una legitimidad superior para los actores sociales que involucra.

54. El trámite legislativo de la Reforma Penal adelantada entre 1998 y 2000 involucró un arrogante desconocimiento de las buenas razones ofrecidas por la disidencia académica para frenar las modificaciones hasta que se involucraran perspectivas que permitieran un mayor desarrollo de las garantías constitucionales. Esta negación de las buenas razones es lo que constituiría un argumento a favor de la inexequibilidad de algunas de las decisiones adoptadas. Como se observa, aquellos actos contrarios al entendimiento de la Constitución como proceso, tendrían alcances de contenido en el análisis de fondo que involucran las normas.

A través de diversas Mesas de Trabajo y de los Comités de Derechos Humanos a nivel de las cárceles, los reclusos participaron del trámite legislativo de la rebaja de pena. Además, en el marco de intervenciones ciudadanas convocadas por la Corte, los internos participaron de la audiencia pública sobre constitucionalidad de la ley mencionada. Al ser los directamente afectados, su punto de vista debía proyectarse en forma fuerte. Sin embargo, la tiranía argumentativa surtió efecto hasta lograr desconocer aquel principio de universalización —en este caso referido a la ley cuestionada—, propuesto por Habermas, como criterio de validez normativa: toda norma válida ha de satisfacer las consecuencias y los efectos secundarios que del cumplimiento general se deriven para la satisfacción de los intereses de cada uno. Toda norma válida lograría la aceptación de todos los afectados cuando éstos tomen parte en el discurso práctico; de lo contrario, la norma carece de validez⁵⁵. Por ello, en el caso del jubileo, la Corte adoptó una decisión ilegítima para expulsar del ordenamiento a una ley legítima.

Así mismo, en perspectivas como la de Ely, donde se maneja una interpretación procedimental del derecho a no ser discriminado, los casos que se han analizado ofrecen ciertos problemas. Para Ely, la igualdad no exige que los intereses de todas las personas sean satisfechos, por ello, para que una ley no sea contraria al derecho a la igualdad, basta con que a lo largo del proceso legislativo se hayan sopesado con igual consideración los intereses de todos. Por ello, si los intereses de determinadas personas no se han tenido en cuenta, o se ha minusvalorado su importancia —como en el caso de los reclusos—, las leyes que los perjudiquen no respetan el principio de igualdad⁵⁶.

Ello ocurrió en el caso de la sentencia sobre el jubileo. Tan es así que el mismo salvamento de voto pre-

fallo". Para el magistrado Alfredo Beltrán, la posibilidad de conceder una rebaja de penas "es una atribución propia del Estado, para cuyo ejercicio este no se

encuentra de ninguna manera ligado a los conceptos que sobre el particular emita el jefe de la Iglesia Católica".

58. Salvamento de voto de

cisó cómo la decisión de la mayoría implica haberle arrebatado al Congreso de la República una facultad —la de contemplar rebajas de penas— que le es propia y que corresponde a una decisión de carácter político basada en la ponderación de las circunstancias que en un momento dado enfrenta la sociedad, dentro del criterio de que, por antonomasia, es dicho órgano el encargado de trazar las bases de la política criminal del Estado⁵⁷. A su vez, el salvamento de voto en la sentencia sobre aborto argumentó con suficiencia cómo la tesis que otorga personalidad jurídica al feto es contradictoria e inaceptable. No es lógica ni jurídicamente posible ser titular de derechos fundamentales sin ostentar la calidad de persona o sujeto de derechos. En opinión de la minoría, la Corte, al atribuir al *nasciturus* el derecho fundamental a la vida, confunde la protección constitucional a la vida con el derecho fundamental mismo. Esta errónea deducción lleva a la Corporación a equiparar el aborto a un asesinato:

De allí que el Estado no pueda restringir o limitar los derechos fundamentales de las personas mediante la creación de nuevos sujetos de derecho. Tampoco puede apelar, sin suficientes razones, a intereses constitucionales valiosos para limitar desproporcionadamente los derechos constitucionales de la mujer. Un Estado que acoge como propia una especial concepción de la vida e impone, con base en ella, determinadas conductas, desconoce la libertad de pensamiento y de conciencia. Si, además, como en el caso colombiano, tales libertades, al lado de la autonomía, hacen parte de la Constitución, la incongruencia es evidente⁵⁸.

¿Por qué debe cerrar la discusión una tesis mayoritaria que desconoce buenas razones constitucionales que pueden ser objeto de un más amplio debate en el órgano legislativo y a través de una opinión pública que puede llegar a ser menos prejuiciosa que la mis-

55. J. A. García Amado, *op. cit.*, p. 400.

56. Ver V. Ferreres, *op. cit.*, p. 59.

57. Salvamento de voto de los magistrados Martha SÁCHICA, José Gregorio Hernández, Alfredo Beltrán y Alejandro Martínez. El magistrado José Gregorio Hernández destacó a su vez que la mayoría efectuó un "cotejo que replantea la función del Congreso en el manejo de la política criminal del Estado, desechando sin explicaciones el motivo primordial de su propia competencia, para concluir despojando al legislador de una potestad que todos los Congresos del mundo tienen, excepto el colombiano, a partir de este

los magistrados Eduardo Cifuentes, Alejandro Martínez y Carlos Gaviria a la sentencia C-133 de 1994.

ma Corte? Se explica entonces la insistencia de autores como Óscar Mejía Quintana⁵⁹ en que los *términos de razonabilidad* que tienen que enmarcar la misma interpretación y adjudicación constitucional y la decisión judicial en general, deben darse por los procesos de consensualización que los diferentes sujetos colectivos de la ciudadanía concierten en el plano político.

Estos ejemplos pueden contextualizarse en una tensión entre la proyección de los movimientos sociales y la jurisprudencia de la Corte. Las decisiones se convierten en injustificables desde un criterio de razonabilidad —que proscribe la precariedad argumentativa— hasta deslindar en injusticia. ¿Son irreversibles este tipo de decisiones? Frente a estos errores, la DC puede surgir como un instrumento para lograr el restablecimiento del equilibrio. Lo interesante, al discutir sobre la proyección jurídica de la DC, se relaciona con la incidencia que ésta podría tener, aparte de su condición de test de constitucionalidad y ejercicio de un derecho, como sustento para una modificación legítima de un precedente restrictivo en la realización de derechos⁶⁰. La Corte tendría que involucrar como *criterio de variación jurisprudencial* la reivindicación colectiva, siempre y cuando entre a proteger buenas razones constitucionales.

Los jueces frente a la desobediencia civil

Las ideas presentadas en este segmento deben sustentarse a su vez en una teoría sobre el *control difuso* de constitucionalidad en Colombia. Por lo pronto, sin el ánimo de consolidar una “teoría” al respecto, vale

la pena detenerse en la forma como podría un juez enfrentar el desafío que involucra la DC.

Para un jurista anclado en el formalismo, el respeto a la ley haría prevalecer un rechazo absoluto frente a la desobediencia, más aún cuando la misma Constitución involucra el sometimiento de los funcionarios y autoridades públicas a la ley. Sin embargo, ¿puede pensarse en una objeción de conciencia por parte de las autoridades públicas en relación con el papel al que están obligados a desempeñar legalmente? ¿ello puede resquebrajar el sistema jurídico y el sistema político? Frente al caso de la administración de justicia, el imperativo de conciencia podría darse en un juez antiformalista, especialmente cercano a su papel de creador del derecho, de tal forma que pueda llegar a objetar en conciencia una determinada ley que en principio debería aplicar, ya sea porque considera legítima la conducta del desobediente o por apreciar como excesiva la pena a imponerle. María José Falcón⁶¹ analiza tres variables al respecto:

a. El juez podría inhibirse y remitir el caso a otro juez. Técnicamente esto no es una objeción, sin embargo puede involucrar el valor constitucional de la desobediencia aun por encima de la ley.

b. El juez podría proferir una sentencia conforme a su conciencia pero contraria a la ley. Podría argumentarse que el juez lo hace en defensa de la Constitución y de la libertad de conciencia que posee. Empero, esta idea es problemática si se tiene en cuenta que el juez está sometido a un principio constitucional como el de legalidad, lo cual hace más cualificada su obligación de obedecer al derecho.

todos, jueces y abogados, estarían dispuestos a sacrificar coherencia por nuevas percepciones de corrección o justicia decisonal en determinados casos concretos. Son tres las técnicas legítimas para el manejo del precedente. Inicialmente, la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*; la analogía y disanalogía en derecho constitucional, y finalmente, una técnica circunstancialmente legítima, el cambio de jurisprudencia. Es en esta última donde la DC podría adquirir cierta proyección si se tiene como referente argumentativo y criterio político para sustentar elementos de razonabilidad.

61. María José Falcón y Tella, *op. cit.*, pp. 252-254.

59. O. Mejía Quintana, *op. cit.*, p. 274.

60. Diego López Medina, *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Bogotá, Ediciones Uniandes, Legis, 2000, capítulo 3. En este

texto, Diego López ofrece una *teoría estática del precedente constitucional*, donde existen técnicas legítimas, ilegítimas o parcialmente legítimas de interpretación de precedentes. Para el tema que me ocupa, atendiendo al carácter persuasivo de la DC, pretendo establecer hasta qué punto dicha persuasión

puede alcanzar la manipulación de precedentes en orden a consolidar, por ejemplo, elementos de política criminal alternativa y garantista que controviertan precedentes en principio obligatorios. Rescato entonces la idea según la cual la coherencia no puede ser una regla de hierro y que

c. El juez podría utilizar formas de abstención que eventualmente estén previstas en la ley, adjuntando una motivación exhaustiva y razonable. En este punto, Falcón introduce la idea de "interés directo o indirecto" en el pleito que se dirime, pues al estar en desacuerdo por razones de conciencia, el juez podría alegar un interés que justifique su decisión de no tomar parte en el caso. Si bien esto puede ofrecer cierta precariedad como proyección jurídica de la DC —ya que otro juez tomaría el caso para condenar conforme a la ley—, no debe olvidarse que estas actitudes del juez dan cuenta de la utilidad persuasiva de la DC. Además, una toma de posición tan firme por parte de un juez permite introducir con más fuerza en la opinión pública la discusión sobre los motivos legítimos que puede tener la protesta.

En este punto, la idea que quiero resaltar es que una movilización social puede sustentar no sólo la modificación legislativa de ciertos temas sino la modificación de la jurisprudencia si el Tribunal Constitucional llegase a involucrar radicalmente la importancia de una interacción con la opinión pública en el desarrollo de sus labores. *Ello en el más amplio respeto de la independencia de la Corte.* Los jueces, como ocurría en los tiempos del *uso alternativo del derecho*⁶², podrían involucrarse con ciertas formas de resistencia.

Sin embargo, como lo han señalado García Villegas y Uprimny⁶³ puede resultar un contrasentido el hablar de emancipación contrahegemónica a partir del Estado, más aún si se tiene en cuenta el debate sobre la posible aptitud de los jueces para pro-

institucionalmente.

e. Consignan un futuro orden social amparado en la autoorganización y autogestión social, que respondan a las carencias y lagunas del sistema jurídico estatal. Sin embargo, el UAD se restringe al derecho oficial, a la legalidad estatal vigente, incluso encontrando en ella un límite a su actuación y sus

estrategias se dan por intermedio de operadores judiciales en el ejercicio de la función jurisdiccional —interpretación y aplicación del derecho—. Así mismo, el UAD presupone el recurso a la legalidad vigente, especialmente la de origen constitucional, y las reformas o cambios que busca en la administración de justicia se

ducir cambios sociales. Incluso es problemático pensar en el derecho como "condición necesaria" —mas no suficiente— para la transformación social. Con todo, estos autores destacan que las decisiones de un juez pueden producir, indirectamente, cambios sociales en la medida en que politizan el ambiente a favor de ciertos valores o ciertas prácticas sociales que debido a dicha politización adquieren una mayor oportunidad de convertirse en realidad.

Dos factores político-estructurales han estimulado este activismo progresista⁶⁴ de los Tribunales: la crisis de representación y la debilidad de los movimientos sociales y de los partidos de oposición, aspectos de particular trascendencia en el caso colombiano en razón de la violencia. Los jueces, a pesar de no proceder de una elección popular, son a veces percibidos como más democráticos que los órganos políticos elegidos por votación, más aún en Colombia, donde la influencia del clientelismo como soporte del sistema político ha resquebrajado la capacidad del Congreso y del Ejecutivo en la solución de los conflictos sociales. En últimas, instancias como la Corte Constitucional han ocupado los vacíos que los otros poderes dejan.

A su vez, los movimientos sociales en Colombia adolecen de cierta debilidad histórica y los líderes y activistas enfrentan muchos riesgos, por lo cual las herramientas jurídicas son vistas como una estrategia preferible a los costos de una acción de base.

De otro lado, y en esta discusión sobre el juez frente a la DC, es preciso retomar nuevamente a García y Uprimny, para quienes el derecho puede ser utiliza-

dan en el seno del derecho estatal.

63. Corte Constitucional y emancipación social en Colombia, ed. cit., p. 2.

64. Como lo anotan García Villegas y Uprimny, también existe un "activismo conservador" donde los jueces pueden utilizar el antiformalismo para evitar cambios sociales.

62. Ver al respecto el estudio de María de Lourdes Souza, *El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, Bogotá, Ilsa, Universidad Nacional de Colombia, pp. 300 y ss.

Como lo precisa esta autora, tanto el derecho alternativo (DA) como el uso alternativo del derecho (UAD) se caracterizan por los siguientes aspectos: a. Una cultura jurídica y una práctica alternativa a la cultura y a la práctica dominantes volcada hacia la emancipación de los sectores y/o clases sociales sometidas y/o marginadas. b. Desean la transformación radical de la estructura capitalista/burguesa, luchando por una sociedad más justa, igualitaria, democrática, descentralizada y participativa. c. Buscan abrir el derecho a las transformaciones que se dan en otras esferas de la vida social, utilizándolo a su vez para promoverlas. d. Luchan por espacios democráticos/alternativos de poder tanto social como

do con miras a reactivar la esperanza colectiva. De allí que, en contravía del conformismo reinante en nuestra sociedad, la difusión social del discurso sobre los derechos ha hecho posible cierta apropiación política por parte de grupos y movimientos sociales, generando, incluso, movilización social a partir de algunas decisiones de la Corte. Al respecto concluyen estos autores:

El poder emancipatorio de ciertas decisiones de la Corte Constitucional está en que ellas contienen un mensaje político en el cual se concretiza la idea de esperanza depositada en los textos constitucionales, de tal manera que los actores encuentran en dicho mensaje un pretexto para la acción política. En otros términos, la Corte es importante para las prácticas políticas en la medida en que, de un lado, facilita la conciencia política emancipatoria de algunos grupos sociales excluidos y, de otro lado, proporciona estrategias posibles de acción legal y política para remediar la situación de los afectados. Las decisiones de la Corte tienen una dimensión constitutiva importante en la medida en que crean, ayudan a crear, o fortalecen la identidad del sujeto político. Esto es especialmente claro cuando se trata de los llamados nuevos movimientos sociales (*new social movements*) que reivindican reconocimientos de género, de culturas o de opiniones⁶⁵.

Si bien ello es razonable, son los desaciertos de la Corte –al menospreciar buenas razones constitucio-

nales– lo que justifica la DC, convirtiendo esta figura en todo un espacio de recomposición constitucional. En ocasiones, la Corte configura un espejismo frente a las transformaciones que reclama con urgencia nuestra sociedad, una sombra que usurpa en ocasiones el referente constitucional que debería estar articulándose con otro tipo de procesos. En otras palabras, lo que deberían asumir los actores y movimientos sociales ha sido depositado en terceras instancias, que al judicializar y juridizar las reivindicaciones, dispersan el potencial político de ruptura de dichas reivindicaciones. Hemos descargado en el derecho las preguntas por la complejidad de nuestra sociedad. Así mismo, la insistencia en las bondades de la estrategia judicial ha logrado ocultar la magnitud del problema, eludiendo el compromiso que la gente debería asumir a través de la organización y la movilización⁶⁶.

La mediación jurídica termina siendo un espejismo instrumentalizado por el establecimiento. Veamos un ejemplo: el derecho a un mínimo vital de subsistencia no existe: tan sólo existe cuando un juez por vía de tutela lo reconoce. Aun cuando en el caso concreto cierta forma de justicia material pueda surgir, lo problemático del asunto radica en que las luchas se concentran en el logro de un fallo favorable o en la aplicación de una doctrina establecida por la misma Corte. La *politización del problema* no surge, las luchas por una transformación real de las situaciones

65. *Ibid.*, p. 34. Sin embargo, estos autores precisan que no en todos los casos el activismo progresista de la Corte Constitucional colombiana puede tener estos efectos. De allí que deban analizarse una serie de criterios como los tipos de decisión, el contexto social de la decisión según sus costos políticos, el tipo de actor social que recibe la decisión, la estrategia de lucha política que adelanta el actor y la

dimensión internacional en que se desarrollan ciertas reivindicaciones. Estos criterios son articulados a la luz de lo que estos autores llaman un *Modelo de activismo judicial emancipatorio* (MAJE) que permite analizar los alcances y los límites de la lucha jurídica desencadenada por las decisiones progresistas de la Corte.

66. Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny, destacan

que el protagonismo judicial se desarrolla en un contexto de desencanto de los colombianos frente a la política, que ha llevado a ciertos sectores sociales a esperar, y a veces a exigir, del poder judicial respuestas a *problemas que en principio deberían ser debatidos y solucionados en las esferas políticas, gracias a la movilización ciudadana* (cursivas fuera de texto). Ver su artículo "El nudo gordiano

de la justicia y la guerra en Colombia", en Álvaro Camacho y Francisco Leal (comp.), *Armar la paz es desarmar la guerra*, Bogotá, Iepri, Fescol, Cerec, 1999, p. 46. La crisis de las formas de representación y de la política en general son factores que han incidido profundamente en el protagonismo actual de los jueces. El compromiso con la defensa de los ciudadanos ha hecho que el aparato judicial, que no tiene origen popular, sea a veces percibido como más democrático que los órganos políticos elegidos por votación, desplazando la legitimidad democrática del sistema político al sistema judicial. En este punto, García y Uprimny retoman a Boaventura de Souza Santos y otros, "Los tribunales en las sociedades contemporáneas", en *Pensamiento Jurídico*, No. 4, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 1995.

aún están pendientes. Lo que *no existe* no es percibido como *no existente*, gracias a la presunción de existencia que sugiere el estar consagrado en la Constitución.

Entre muchas consideraciones al respecto, algunos autores insisten en la perversa forma como el reconocimiento de derechos desarticula los movimientos sociales⁶⁷. Si una reivindicación colectiva alcanza el logro jurídico que se propone, el reconocimiento individual de los derechos suele terminar en desmovilización u otras formas de repliegue de las luchas sociales⁶⁸.

Los anteriores párrafos tan sólo pretenden sugerir lo problemático que resulta el que la Constitución termine por asociarse con lo que la Corte Constitucional es y ha hecho. Ello no sólo desnaturaliza el papel de la Constitución como soporte político social, sino que también aleja al ciudadano y a los diversos actores sociales del compromiso que deberían asumir con la defensa de la Constitución⁶⁹. Así las cosas, la gravedad de nuestro conflicto justifica la necesidad del entendimiento de la Constitución como proceso que soporte las posibilidades de la democracia, donde su defensa es tarea de todos. Sólo así la Constitución puede sustentarse como referente donde pueda consolidarse una nueva sociedad.

Como ya se ha anotado, los salvamentos de voto pueden ofrecer elementos para que los jueces puedan apartarse jurídicamente –y en conciencia– de leyes o

de posiciones mayoritarias que se consideren arbitrarias. Para no hacer de esto un relativismo peligroso que pueda llegar a justificar el fascismo a partir de una irresponsable reivindicación de la conciencia, debe asumirse como criterio de cierre todo el principio *pro libertate* (máxima realización de la libertad) que gobierna los ordenamientos constitucionales. La idea es prevenir los intentos de acabar con la libertad en nombre de la libertad.

Hasta este momento, el presente escrito se ha concentrado en la discusión teórica relevante para presentar la DC como defensa de la Constitución. Sin embargo, ello involucra profundos desafíos al momento de trasladar la teoría a la praxis implícita en la cotidianidad colombiana. El conflicto armado, la violencia y el miedo podrían hacer completamente irrelevante la discusión sobre la DC. ¿Qué posibilidades y proyección puede alcanzar una resistencia persuasiva y no violenta en Colombia?

4. Los dilemas de la desobediencia civil en el caso colombiano

La DC frente a un sistema social anómico

La DC ejemplifica el papel activo que puede tomar la ciudadanía en la interpretación abierta y la materialización de la Constitución. Sin embargo, desde el comienzo se ha hecho referencia a una serie de interrogantes frente a este ejercicio de protesta: ¿cuál es la justificación jurídica de la DC en contextos de

67. Esta posición es cercana a las ideas de los *Critical Legal Studies*, en especial, Mark Tushnet, "Ensayo sobre los derechos", en *Sociología jurídica. Lecturas básicas*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001. Empero, vale la pena destacar que existen Servicios legales alternativos (SLA) que se concentran en promover intereses colectivos, en contraposición a las asesorías tradicionales comprometidas con casos individuales. En consecuencia, los SLA asocian su trabajo a organizaciones populares, antes que a colectivos

anónimos o a situaciones individuales. Sobre esto último, ver Germán Burgos, "La justicia frente a las teorías y prácticas del derecho en América Latina", en *Pensamiento Jurídico*, No. 4, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 1995, p. 159.

68. De todas formas, esta idea arroja una presunción de debilidad –e incluso de

inexistencia– del movimiento social involucrado en la reivindicación jurídica. Si dicha reivindicación era lo único que articulaba al grupo, es obvio que la concesión de beneficios desmoviliza. Por el contrario, si los logros jurídicos son tan sólo un elemento en el conjunto de reivindicaciones y luchas que desarrolla un movimiento, es allí donde el derecho puede jugar un

papel mucho más *honesto* en busca de transformaciones sociales reales.

69. Ello presupone una mínima legitimidad en la Constitución que se pretende defender. Aun cuando este presupuesto no se da en nuestro país, la Constitución como proceso (no como el texto instrumentalizado por el neoliberalismo) es defendible. Y a ello se subordina el presente análisis de la DC.

precaria obediencia al derecho?⁷⁰ ¿qué papel puede jugar la proyección jurídica de la DC en la construcción de democracia en Colombia? Intentando aterrizar la discusión en nuestro difícil contexto, me concentraré en las siguientes inquietudes:

a. La necesidad de fortalecer la DC como elemento para la superación del conflicto armado y la construcción de democracia.

b. La instrumentalización de los discursos que abogan por un fortalecimiento de los ejercicios de DC con el objeto de obstaculizar, perseguir o criminalizar ejercicios legítimos de protesta popular que involucren un carácter violento y un desarrollo no público.

c. La utilización de los discursos de no violencia para coartar, deslegitimar y estigmatizar la resistencia.

d. La interpenetración entre la DC y la lógica de la guerra.

De entrada, se observa que la pregunta por la DC en Colombia no sólo implica la pregunta por la construcción de democracia sino también indaga por las posibilidades de la resistencia. De suyo esto último es bastante complejo en una situación de guerra irregu-

lar como la que atravesamos. Se destaca entonces la necesidad de construir una teoría de la DC para Colombia en el contexto de solución política al conflicto armado, en otras palabras, la necesidad de matizar las grandes teorías sobre la DC teniendo en cuenta que –en su mayoría– surgieron en contextos lejanos a una guerra interna, donde las ideas de legalidad y legitimidad sufren una especial transformación. Mientras que dichas teorías parten ya sea del choque entre el Estado y el individuo o entre una mayoría y una minoría, para nuestro contexto no sólo el Estado sino en especial los actores armados revisiten de especial complejidad el imperativo de la no obediencia⁷¹.

Así mismo, y relacionado con lo anterior, la pregunta por la DC en Colombia puede resultar extraña, e incluso, terminar siendo un contrasentido ya que la obediencia al derecho en nuestro país suele ser excepcional. La mayoría de normas son sistemáticamente desatendidas e irrelevantes para el común de la gente⁷². La mínima cantidad que logra cierta eficacia, se restringe a una proyección simbólica o a un perverso uso instrumental⁷³ de las mismas. Desobedecer no jugaría un papel político relevante si se

concentran el respeto por la desobediencia en las instituciones estatales y de gobierno. En Colombia, los actores armados han sido los grandes obstáculos para la DC, al asumirla como estrategia de guerra por parte de los soportes societales del bando contrario. La necesidad de respeto por la resistencia pacífica no debe ser irreconciliable con los horizontes razonables de resistencia armada.

72. Gabriel García Márquez en su proclama *Por un país al alcance de los niños*, da cuenta de esta situación: "En cada uno de nosotros cohabitamos, de la manera mas arbitraria, la justicia y la impunidad; somos fanáticos del legalismo, pero llevamos bien despierto en el alma un leguleyo de mano maestra para burlar las leyes sin violarlas o para violarlas sin castigo", *Misión de Ciencia, Educación y Desarrollo*, 1994.

73. Este horizonte se vislumbra en obras como la de Mauricio García Villegas, *La eficacia simbólica del derecho*. Santafé de Bogotá, Universidad de los Andes, 1995.

70. La pregunta por la obediencia al derecho evoca a su vez la inquietud por la "necesidad" del derecho. Agradezco a Adriana Fuentes las inquietudes que he desarrollado a partir de diversas conversaciones que hemos tenido sobre este punto. Puede pensarse que muchas personas han demostrado su compromiso con el respeto a ciertos valores prescindiendo de lo que el derecho pretende alcanzar frente a la defensa de dichos valores. En este sentido, *prima facie*, no es el temor a la coacción ni la obediencia al derecho los que

explican el que no se desconozca la normatividad. Existe una condición humana, parte de ella, que sin necesidad del derecho se acerca a la justicia, a la materialización de valores. Como ficciones, los derechos suelen atravesarse, aparentando ser necesarios para la realización de valores o para la consecución de un bienestar que –se piensa– no podría alcanzarse de otra forma. Sin embargo, "los derechos" pueden constituir un obstáculo en el sentido de impedir ver lo que la gente tendría que hacer en respeto de dicha condición humana:

materializar los valores, luchar por el bienestar (no por los derechos o por las normas que sustentarian la coacción que lograría tales anhelos). Mientras luchamos por "los derechos" nos alejamos de la justicia y la convivencia que podríamos alcanzar sin que la necesidad del derecho no nos permita sentir la mano del otro, del oprimido, del desfavorecido, del necesitado. En cierta forma esto permite afirmar que la creencia en el derecho sustenta la necesidad del mismo.

71. La generalidad de los discursos sobre la DC

tiene en cuenta que los referentes de obediencia se han tergiversado. Más que la lucha por la DC, algunos podrían insistir en una lucha por el imperio del derecho o del Estado de derecho, por lo menos. En lugar de luchar contra el Estado, la idea sería luchar por la existencia del Estado, su fortalecimiento como sustento mínimo de la esperanza en una democracia.

Sin embargo, y como ya se ha insinuado, la juridización de los problemas puede ser la mejor forma de evadirlos. Para García Villegas y Uprimny, en los países semiperiféricos el derecho estatal es un instrumento de incidencia social más precario de lo que suele ser en los países centrales si se tiene en cuenta, en primer lugar, la marcada diferencia entre el *derecho escrito* y el *derecho aplicado* (gran parte del derecho escrito o bien fracasa en términos instrumentales o bien es creado con el objetivo de cumplir otros propósitos) y, en segundo lugar, el hecho del pluralismo jurídico como la existencia de múltiples fuentes oficiales y no oficiales de regulación. Con respecto a Colombia, la reducida autonomía del sistema jurídico frente al sistema político y al sistema social se encuentra acentuada en razón de los siguientes elementos:

1) el relativo fracaso de los intentos gubernamentales de profundización de la democracia social, tanto por la vía de la reforma agraria como por la vía de los derechos sociales; 2) la desvalorización del sistema democrático como consecuencia de su militarización a través del estado de excepción y de su carácter político fuertemente excluyente y clientelista; y 3) la estrecha relación que existe en Colombia entre desarraigo del discurso político y violencia a través de la historia política nacional⁷⁴.

Gobiernos como el colombiano intentan entonces compensar la incapacidad del Estado para tratar los grandes problemas nacionales –violencia e injusticia social– en términos políticos, con una fuerte insistencia en la dimensión jurídica de tales problemas. Por ello el déficit de maniobra política de los gobiernos propicia el uso simbólico de los discursos legales. Se enfatiza en la comunicación y el uso simbólico del derecho y no en la obtención de resultados, produciendo normas para reconstruir los problemas sociales a través de constructos lega-

les que le permiten al Estado recobrar su capacidad de maniobra para participar, proponer soluciones y presentar resultados, atenuando los efectos de su incapacidad política⁷⁵.

El uso emancipatorio del derecho –contrapuesto a su instrumentalización simbólica– permite insistir en que la resistencia en defensa de los derechos humanos sigue siendo un imperativo y es necesario auscultar los caminos que la hagan posible. Entre las posibilidades de resistencia juega un especial papel la DC, ya que involucra la lucha por la existencia de una sociedad civil sustentada en una opinión pública informada, condición de posibilidad para la construcción de democracia. A su vez, la pregunta por la democracia, en tanto pluralismo y tolerancia, implica la pregunta por la DC y los ejercicios razonables de disenso.

Por ello, frente al constante rechazo de los ejercicios de protesta en nuestro país, los elementos de resistencia deben involucrarse en cualquier horizonte de solución al conflicto armado y, en todo caso, constituyen aspectos fundamentales para la construcción de la sociedad civil que aún tenemos pendiente. Si la solución política del conflicto armado no involucra un compromiso con la construcción de sociedad civil, la construcción de democracia seguirá siendo un anhelo lejano. La verdadera paz, esa paz con justicia social va más allá de los acuerdos entre los actores bélicos.

Esta serie de ideas que he presentado con cierta inconexión alcanzan mayor complejidad al analizar los problemas que generan el carácter público y no violento de la DC teniendo en cuenta un contexto de conflicto armado.

El problema de lo público y lo no violento. Los dilemas para una resistencia pacífica en Colombia

Al analizar los límites de la democracia participativa, Mauricio García⁷⁶ precisa que la participación directa del electorado, como la representación como *todas las instituciones propias de la democracia* no pueden ser evaluadas en abstracto sino en la experiencia. Insiste en que “los ideales más democráticos esto es, los que mayor identidad reclaman entre gobernantes y gobernados son los más propensos al au-

74. García Villegas y Uprimny, *op. cit.*

75. *Ibid.*

76. Mauricio García Villegas, “Los límites de la democracia participativa”, en *Cuadernos por la paz*, Bogotá, Corporación Plural, Centro de Estudios Constitucionales, 1999. Este autor precisa que los peligros de la democracia participativa han sido resueltos por el legislador colombiano mediante la imposición de condiciones que difícilmente pueden cumplir los participantes potenciales. Las normas constitucionales generosas son desarrolladas por leyes estatutarias restrictivas.

toritarismo en nombre de una supuesta voluntad soberana". Para este autor, "en democracia lo ideal tiene una clarísima empatía con lo perverso".

Estas advertencias son pertinentes al analizar la DC en el caso colombiano. En anteriores apartes he destacado la necesidad de una delimitación conceptual y definitoria de la DC. Ello se explica por la necesidad de ofrecer un soporte claro para su proyección jurídica. Sin embargo, las dificultades que ofrece un contexto como el colombiano nos coloca en una especial disyuntiva: por un lado, efectuar una lectura creativa de las mencionadas características de la desobediencia o, por el contrario, dar cuenta de la proyección jurídica de otras formas de resistencia. La inquietud se relaciona con la problemática caracterización de la DC como actividad "pública" y "no violenta". En contextos signados por un naufragio de la sociedad civil, la precariedad absoluta de la esfera pública y los efectos perversos de la guerra sucia, tales matices definitorios pueden hacer imposible la DC en el esfuerzo por fortalecerla⁷⁷.

Así mismo, es problemático que se exija proporcionalidad y medida a los ejercicios de protesta cuando el Estado, a través de sus fuerzas armadas, de sus

leyes o de su dispositivo paramilitar desarrolla una agresión profunda contra las garantías constitucionales mínimas. En este punto, y como lo precisa Arthur Kaufmann⁷⁸, que la resistencia deba ser ejercida de manera *pasiva* o en forma *activa, sin violencia o violenta*, depende de la idoneidad de los medios y, a su vez, de la intensidad del ataque.

Se reitera entonces que la guerra sucia y la precariedad de la esfera pública en Colombia han ido resquebrajando las condiciones de posibilidad para el ejercicio de la DC. De allí que la discusión sobre el presente tema deba auscultar, *prima facie*, sobre los espacios que eventualmente conceda la violencia al disenso, los espacios reales para la resistencia.

Inicialmente, cabe anotar que las difíciles circunstancias que han rodeado la historia de nuestra nación han exhortado diversos ejercicios de protesta. Empero, el recrudecimiento de la violencia ha mermado los ánimos de reivindicación y ha exacerbado la represión resultante. Entre los obstáculos más preocupantes contra la libre expresión de lo rebelde, se destaca la configuración, en las últimas dos décadas, de un derecho penal de enemigo⁷⁹ donde las funciones instrumentales y simbólicas de la

para quienes son marginados. Ese bienestar de "muchos", que aparece como razonable, en ocasiones tiene como precio la muerte en vida de "otros" a quienes la exclusión no sólo los condena económicamente sino que los condena a un espacio donde el exterminio pueda ser más plausible.

78. Arthur Kaufmann, *Filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 377.

79. Sobre el derecho penal de enemigo, ver en especial el clásico texto de Iván Orozco Abad, con la colaboración de Alejandro David Aponte, *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, Santafé de Bogotá, Temis, 1992. Así mismo, y con énfasis en la legislación de emergencia, puede consultarse a Alejandro David Aponte, *Guerra y derecho penal de enemigo*, Santafé de Bogotá, Universidad de los Andes, Cijus, Documentos ocasionales, 1999.

77. No sólo la lógica de exterminio constituye la estrategia para hacer imposible una DC. Formas más sutiles, pero sustentadas en el desconocimiento de las razones del otro, se articulan como herramientas de una lógica de exclusión. Un primer ejemplo al respecto se observa en la agresiva campaña que durante los últimos años la administración distrital ha emprendido con el objeto de alcanzar la llamada "recuperación del espacio público, en defensa de la dignidad humana". La actuación administrativa

correspondiente ha tenido que involucrar una problemática intervención de la fuerza pública, en contienda directa con una fuerte resistencia de los afectados; sean vendedores ambulantes o residentes en determinadas zonas. Tales resistencias se proyectan mucho más allá de los intereses patrimoniales. Comunidades que defienden una imagen del mundo construida y reconstruida a partir de su trabajo o de su ubicación en un sector y en cierto tipo de circunstancias, han visto resquebrajada su cotidianidad. Aparte de

tendenciosas negociaciones signadas por la resignación, el punto de vista de los afectados jamás fue tenido en cuenta o fue tergiversado como claramente ilegítimo frente al derecho de "la mayoría" a contar con espacios menos asfixiantes. Independientemente de cualquier explicación —generalmente técnico jurídica o político instrumental—, tal proceder no deja de ser arbitrario y se enmarca en una preocupante carencia de legitimidad, teniendo en cuenta el grave problema de desempleo y la inexistencia de alternativas

legislación antiterrorista y de excepción han devenido en la criminalización de la protesta social y popular⁸⁰. Más aún cuando la Corte Constitucional, en ocasiones, ha coadyuvado el perverso juego eficientista a partir del injustificable desconocimiento de algunas garantías penales fundamentales⁸¹.

Es necesario entonces retomar dolorosos hechos como el genocidio de la Unión Patriótica y el sistemático exterminio de diversos grupos guerrilleros desmovilizados, como lamentables ejemplos de los peligros asociados al disenso pacífico, no armado, en un contexto de guerra irregular y, en particular, de guerra sucia. Por tales antecedentes, en 1992, Iván Orozco reclamaba un *Estatuto para la protección de la desobediencia civil*⁸², sustento de una protección cualificada de la población civil. Referenciando el caso del EPL, Orozco afirmaba que la desmovilización de este grupo guerrillero únicamente podía resultar exitosa si se acompañaba de la desmovilización de los grupos paramilitares de Córdoba y Urabá. De lo contrario, una vez desarmados serían objeto de exterminio.

El gran desafío se encuentra en las posibilidades para la resistencia pacífica. Al respecto, vale la pena destacar resistencias que buscan abrirse paso, como el caso de las *Comunidades de Paz*. Estos grupos se organizan como comunidades de la sociedad civil en zonas de conflicto, reclamándose como neutrales

frente a todos los actores del conflicto armado. Su mecanismo de resistencia es colectivo y no individual, lo cual busca fortalecer los vínculos de solidaridad y fraternidad al interior de las comunidades a través de formas organizativas que les permitan sobrevivir ante la guerra.

Ejemplos de estos ejercicios los constituyen las Comunidades de Paz de San José de Apartadó y de San Francisco de Asís, entre otras. Si bien no constituyen casos de DC —pues no se vulnera ninguna ley—, instauran formas de resistencia civil que involucran ese carácter persuasivo de la no violencia activa. Estas iniciativas de paz desde lo local demandan de los actores armados el respeto a su condición de población civil, el respeto a los derechos humanos, el DIH y el derecho a la paz. La comunidad de paz es una iniciativa de paz a partir de dos elementos: el territorio y la comunidad, sin embargo, la inmunidad recae sobre las comunidades no sobre los territorios⁸³. En los últimos años, estas experiencias —a pesar de lamentables arremetidas de los grupos armados y de las Fuerzas Armadas— han generado una ruptura en la lógica de la guerra, han sido un instrumento de prevención del desplazamiento forzado y han permitido la protección de minorías étnicas.

De otra parte, un esfuerzo por abrir espacio a la DC en el contexto colombiano puede encontrarse en la iniciativa ciudadana por la *Objeción fiscal*⁸⁴. Esta

80. La Ley de Seguridad Nacional y el Estatuto Antiterrorista, como en su momento el Estatuto de Seguridad Nacional, el Estatuto para la Defensa de la Democracia y, en general, las formas de justicia excepcional —como la justicia regional y la justicia especializada— constituyen dispositivos cuya eficacia simbólica radica en ofrecer una imagen de fortaleza institucional y de gobernabilidad, que no se poseen. Simbólicamente, se intenta dar cuenta de que se actúa sobre ciertos fenómenos

desestabilizadores, a pesar de no lograr la más mínima influencia sobre los mismos. Sin embargo, la dimensión más perversa se relaciona con la eficacia instrumental, donde tales medidas cumplen funciones que no se declaran y que generalmente se circunscriben a una fuerte represión contra el disidente débil, susceptible de la selección efectuada por la norma penal. De allí que la protesta popular sea objeto

de persecución a pesar de que se declara la preocupación por otro tipo de fenómenos.

81. La constitucionalidad de algunas declaratorias de estados de excepción ha generado una dura crítica contra la Corte

Constitucional, más aún cuando la lógica excepcional involucra un desconocimiento de garantías para alcanzar lo que en la normalidad debería partir del reconocimiento de las mismas. Al respecto, se

destaca el consistente y ya citado análisis de Iván Orozco y Juan Gabriel Gómez, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Santafé de Bogotá, Iepri, Ministerio de Justicia y del Derecho, 1997.

82. I. Orozco, *Combatientes, rebeldes y terroristas*, op. cit., pp. 214-218.

83. Ver la entrevista a Esperanza Hernández Delgado, en la página web de la Defensoría del Pueblo. Cabe destacar que para esta politóloga, las experiencias

de paz “muestran lo diferente que es pensar la paz a construir la paz. Son experiencias con un enorme valor ético, porque les ha generado un gran costo social, son procesos que han implicado la pérdida de muchos líderes y miembros de estas experiencias”.

84. Ver el texto de la Fundación Maestros Itinerantes, *Iniciativa ciudadana por la objeción fiscal en Colombia*, mimeo, 2000.

propuesta parte del rechazo a cualquier medio que se utilice para financiar la guerra que atraviesa nuestro país, conflicto armado que es considerado como un atentado contra la conciencia de la población civil colombiana. Como lo anota la Fundación Maestros Itinerantes, esta iniciativa posee un trasfondo histórico. En su momento, diversos grupos indígenas se negaron a pagar tributos a los invasores, tendencia que fue continuada en Las Rochelas, el Movimiento Comunero y durante algunas huelgas a comienzos del siglo XX⁸⁵. Actualmente se reconocen opciones de objeción fiscal que buscan destinar los tributos no al Estado sino a organizaciones de Derechos Humanos, pacifistas, ecologistas o de interés social, utilizando los siguientes mecanismos: descuentos del pago del impuesto predial destinados a la objeción, la deducción de un porcentaje del presupuesto de defensa del Estado en el presupuesto total de cada año, la deducción de una cantidad fija por parte del objetor, pagar impuestos protestando a través de acciones lúdicas y la adopción de documentos públicos de adhesión⁸⁶.

5. Consideraciones finales. el constitucionalismo como técnica de la resistencia

El respeto de los derechos humanos es la base de la legitimidad del Estado social de derecho. Cuando ello no ocurre, surgen una serie de recursos institucionales y no institucionales para hacer frente a la agresión. Muchas veces, los recursos institucionales se circunscriben a una mera retórica formalista, capaz de hacer cumplir al derecho y al Estado una serie de funciones instrumentales y simbólicas. En consecuencia, un fenómeno como la DC, figura no institucional e ilegal, puede convertirse en una mejor forma de defender la Constitución, por encima de los reclamos ciegos que se dirigen hacia los

cauces previstos por el sistema político. La DC se convierte en último recurso para abrir la posibilidad de hacer efectiva una serie de demandas por el respeto material de una serie de derechos. A su vez, se encuentra más allá de la simple libertad de expresión constitucional, claramente necesaria pero notoriamente insuficiente para hacer justicia frente a ciertas situaciones de opresión.

La resistencia sigue siendo un imperativo frente a la tragedia que vive Colombia y es necesario auscultar por los caminos que la hagan posible. Sin lugar a dudas, ello constituye un problema constitucional y uno de los elementos que deben entrar en interacción cuando se trata de efectuar la evaluación de una institución como la Corte Constitucional y de la Constitución misma.

La proyección jurídica y política de estas ideas en el esquema de control constitucional que se maneja en nuestro país debe contemplarse como una alternativa más de resistencia, en orden a propugnar por un desarrollo de la Constitución donde diversos actores sociales puedan enderezar el camino que en ocasiones la Corte Constitucional —a pesar de los importantes avances alcanzados— ha resquebrajado a partir de criterios perversos que desconocen puntos de vista minoritarios o discriminados.

Con todo, es preciso insistir en que el desarrollo de nuestra Constitución depende del compromiso que los actores y movimientos sociales asuman en su defensa y control político. La inquietud no es tan lejana como parece. Después de posibles negociaciones de paz y soluciones políticas al conflicto armado, cualquier tipo de acuerdo tendrá alcances constitucionales difíciles de prever. Sin embargo, no pueden ser los vencedores y vencidos —el pacto de interesados— quienes impongan el derrotero constituyente que, desde ya, el pueblo colombiano debiera estar asumiendo con firmeza.

una declaración crítica respecto de los gastos de defensa y tres peticiones: la del reconocimiento público inmediato del derecho a la objeción de conciencia, que el dinero ingresado respecto del pago de impuestos directos e indirectos no sea destinado a la financiación de gastos militares y el deseo de que el Ministerio de Hacienda establezca una partida específica de consignación hacia fines sociales del porcentaje correspondiente al gasto militar. Esta declaración se hace por escrito y se adjunta a la declaración de la renta". *Ibid.*

85. En la primera huelga de Barrancabermeja contra la Tropical Oil Company en 1924, la población y el comercio respondieron

donando toda clase de bienes y artículos a los huelguistas, liderados por el anarcosindicalista Raúl Eduardo Mahecha. Además, durante

los 8 días de huelga se abolieron los impuestos. *Ibid.*
86. "Esta modalidad no conlleva una deducción de ningún tipo, pero contiene

Sin embargo, no es posible olvidar la precariedad de nuestra comunidad política, eventual sustento para la eficacia práctica de ejercicios de DC. Por un lado, encontramos la inexistencia de una verdadera sociedad civil en nuestro país⁸⁷, situación que afecta las posibilidades de persuasión y construcción de opinión pública informada. De allí que fácilmente se estigmatice la DC y se desconozca su valor democrático.

Así mismo, la lógica de exterminio que ha rodeado el tratamiento del disenso en Colombia introduce otra inquietud: ¿se justifica un llamado a la resistencia pacífica cuando involucra un llamado a la muerte? Definitivamente, la DC es uno de los aspectos donde los actores armados deben efectuar una toma de posición en orden a respetar los espacios de resistencia pacífica.

La lucha por fortalecer los espacios de DC se articula entonces con el esfuerzo por asumir la complejidad de la violencia y la guerra. De allí que no pueda ser objeto de facilismos asociados con una exhortación ciega a lo pacífico. Sin embargo, tanto la "no violencia razonable" como la "violencia razonable" pueden convertirse en la mayor fuerza, radical, de la resistencia. La resistencia es el nuevo espacio para el reconocimiento. Resistencia que puede no entenderse y que no se enseña: su fuerza, sin darnos cuenta, permite *encontrarnos* cuando la lucha por la justicia, entendida desde el oprimido y el indefenso, sea el horizonte que demarque aquel camino donde las nuevas luchas por la vida sean la mejor desobediencia posible frente a la muerte.

87. Rubén Jaramillo Vélez, "El naufragio de la sociedad civil", en *Colombia: la modernidad postergada*, Bogotá, Temis, 1994.