



LA EXCEPCIONALIDAD COMO LA REGLA: EL AUGE Y CAÍDA DEL
ESTADO DE SITIO EN COLOMBIA.

TESIS DE GRADO

FEDERICO ANDRÉS RAMÍREZ ARIAS

TUTORA:
LUISA FERNANDA GARCÍA LÓPEZ.

TÍTULO A OBTENER: MAGÍSTER EN DERECHO, CON ÉNFASIS EN
DERECHO CONSTITUCIONAL

MAESTRÍA EN DERECHO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
2025

Índice

RESUMEN.....	3
INTRODUCCIÓN.....	4
<i>Capítulo I: EL SURGIMIENTO DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN, UN ESTUDIO GENEALÓGICO.</i>	14
I. El surgimiento de la excepción y su relación con las dictaduras. El poder despótico en cabeza de los hombres para resolver las crisis	23
II. La distinción entre los tipos de excepcionalidad	44
III. El concepto del poder punitivo del Estado como base para la excepcionalidad.....	48
<i>Capítulo II: DE LA EXCEPCIONALIDAD A LA DICTADURA: ANÁLISIS DE LOS CASOS ALEMÁN Y COLOMBIANO EN UNA RELACIÓN DIALÉCTICA</i>	60
I. La retoma de la excepcionalidad en el siglo XX, el caso del Tercer Reich desde el poder punitivo del Estado.....	66
II. Los comienzos de la excepcionalidad en la modernidad colombiana, antecedentes represivos y violencia institucional.....	75
III. La excepcionalidad en Colombia, un modelo heredado y disfuncional.....	85
<i>Capítulo III: LA SUPERACIÓN DEL ESTADO DE SITIO A TRAVÉS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA</i>	126
I. La esperanza depositada en el proceso constituyente de 1991.	126
II. El control judicial de las declaratorias de excepcionalidad.....	132
III. Conclusiones sobre el control de constitucionalidad en la declaración del estado de conmoción interior.....	173
<i>Conclusiones</i>	192
<i>Bibliografía</i>	204
<i>Anexo Único</i>	208

Declaración de autonomía: Declaro bajo gravedad de juramento, que he escrito la presente tesis de maestría por mi propia cuenta y que, por lo tanto, su contenido es original. Declaro que he indicado clara y precisamente todas las fuentes directas e indirectas de información, y que esta tesis de maestría no ha sido entregada a ninguna otra institución con fines de calificación o publicación.

Declaración de exoneración de responsabilidad: Declaro que la responsabilidad intelectual del presente trabajo es exclusivamente de su autor. La Universidad del Rosario no se hace responsable de contenidos, opiniones o ideologías expresadas total o parcialmente en él.



Federico Andrés Ramírez Arias

RESUMEN.

Los estados de excepción constituyen una de las instituciones jurídicas que mayor relevancia ha cobrado en el Estado Constitucional de Derecho. Sin embargo, los análisis que se han realizado, siguiendo una metodología histórica funcional y estructuralista de los avances en la teoría constitucional, parecen no ser suficientes para comprender la alta frecuencia con la que se utilizó una de sus categorías más conflictivas, el otrora denominado estado de sitio. Por lo anterior, se recurrirá a una visión que parta de la utilización estratégica de la excepcionalidad, la reproducción de un discurso legitimador, indistintamente del ordenamiento jurídico donde se contemple o el modelo de gobierno, para finalizar con la evolución de los estados de excepción en Colombia, analizando su uso estratégico como herramienta de gobernanza y su relación con el poder soberano, el poder punitivo del Estado y la violencia institucional. El estudio se centra en el estado de sitio y su transformación en el estado de conmoción interior, destacando su impacto en la democracia y el orden constitucional, como en los controles que se han previsto para evitar su recurrencia con tanta facilidad.

Palabras clave: estados de excepción; crisis; estado de sitio; poder punitivo del estado; soberanía; violencia; represión; control constitucional; Estado Constitucional de Derecho; análisis dinámico de precedentes; línea jurisprudencial.

INTRODUCCIÓN.

La utilización de los estados de excepción siempre ha suscitado controversia, desde su concepción primaria, como institución jurídico-política que permite solventar situaciones críticas. Sin embargo, una utilización desmedida de sus manifestaciones modernas, como el estado de sitio, exacerba los poderes y prerrogativas que se han encomendado al poder soberano para mantener la normalidad que se ha pactado a través del orden jurídico.

Tradicionalmente, los estudios teórico constitucionales, dentro del derecho como ciencia, observan los aspectos que se consideran relevantes jurídicamente para los estados de excepción. En efecto, la teoría se ha basado solamente en delimitar la discrecionalidad, las causas que parecen motivar y justificar su declaratoria, y la razonabilidad que convalida su utilización, como también, los límites que se pueden definir dentro de un marco constitucional, aludiendo a la necesidad de controlar y aplacar las facultades extraordinarias. Bien sea a través de un enfoque temporal y funcional, comprendido en quién podría ejercer estas funciones, en qué tiempo y hasta cuándo podrían utilizarse las facultades extraordinarias, como también a través de un límite valorativo, que define hasta dónde puedo afectar los principios que componen al ordenamiento jurídico, reducido a la utilización de los derechos humanos como frontera.

Los estados de excepción parecen resistir las mutaciones, evoluciones, avances y desarrollos de las normas que atan a la sociedad; parecieran tener una atracción; una contingencia práctica, que resultará, en la mayoría de los casos, en la necesidad de siempre contemplar su utilización, sin importar el régimen jurídico, el sistema o modelo de gobierno, la ideología imperante y hasta la relatividad de la época en que se implementa.

Por esto mismo, su comprensión no puede derivarse únicamente del marco histórico tradicional. Es decir, no resultaría apropiado aproximarse a los estados de excepción observando su evolución a través del tiempo, donde solamente se encontrarían las diferentes formas en que se ha contemplado, los avances que se han propuesto para sus límites, o en una síntesis de los resultados que se manifiestan en una solución específica, y necesaria, para un período determinado.

Es decir, no es suficiente explicar los estados de excepción como un avance necesario dentro del derecho; tampoco como aquella figura jurídica sin la cual los ordenamientos jurídicos perderían toda validez o suficiencia; no resulta, en todo caso, un elemento imperativo y definitorio sin el cual no se vería completo el ejercicio de planificar un Estado o sus normas fundantes.

De esta misma forma, la excepcionalidad parecería permanecer como una salida de escape, una vía expedita para resolver las situaciones más complejas, un camino alternativo a la funcionalidad normal, de ahí su nombre sugestivo, perfectamente utilizable como remedio, mecanismo de gobernanza o herramienta estratégica, que resalta esa desconfianza, esa intriga e incapacidad de contemplar vías definitivas que dependan de una salida basada en las decisiones colectivas, exaltando vías propias e individuales, donde se delega el ejercicio del poder a una sola persona.

Si una de las consignas de la modernidad correspondía a la razonabilidad, que fue explorada hasta el punto de dotar de predictibilidad a los ordenamientos jurídicos, donde se

garantizase la contemplación, análisis y prospección de los escenarios de la vida en sociedad, los estados de excepción no deberían tener cabida en las constituciones modernas.

Lo anterior, no quiere decir que tengamos la capacidad de prever cada escenario que revista una consideración de tal magnitud para definirla como crítica, como tampoco que la excepcionalidad no tiene una finalidad concreta. Por el contrario, se asume su análisis pensando en las situaciones que parecerían lo bastante evidentes como para que su utilización sea por lo menos reducida, si no bien proscrita, por su misma reiteración, por su reaparición indefinida, como si se tratase de un eterno devenir, de un constante tropiezo.

Por esto, el objetivo no puede ser otro que analizar la utilización de los estados de excepción en escenarios predecibles, que se presentan cada tanto cuando las disputas del poder llegan a su punto álgido; cuando la violencia resulta necesaria, no por ser la salida razonable, sino por la incapacidad que se tiene para resolver las situaciones críticas mediante salidas basadas en la razón, el diálogo y los consensos. Partir de lo anterior, significa partir de la excepcionalidad contemplada dentro del espectro político, a través de una manifestación concreta: el *estado de sitio*.

Primero, porque a través de éste se pueden encontrar elementos no explorados para la subsistencia de los estados de excepción, que no se encuentran en la reproducción de la institución jurídica a través del tiempo, sino que se deben encontrar en los discursos que legitiman la práctica reiterada y exagerada de la excepcionalidad; y, segundo, porque su visión estratégica, permite la confrontación con otros escenarios análogos, que parecerían lo bastante distantes, en el ámbito ideológico y jurídico, como para seguir una comparación basada únicamente en la previsión normativa del estado de sitio.

El objetivo principal corresponderá en una reconceptualización, o en un entendimiento diferente, de la misma excepcionalidad, abordando un enfoque estratégico de su utilización, que empieza por distanciarse de su visión tradicional, donde solamente se analiza como una solución jurídico-política frente a situaciones precisas y previamente establecidas en los distintos ordenamientos jurídicos donde se ha definido su aplicación.

Partiendo de esta base, se buscará contestar una serie de preguntas investigativas que demarcan el uso estratégico de los estados de excepción, donde cobrará mayor relevancia su relación intrínseca con la utilización del poder soberano, independiente del modelo de gobierno donde se sitúe, para lo cual se empieza por un análisis genealógico y arqueológico del concepto.

Es así como, la primera de las preguntas investigativas, corresponderá a si la excepcionalidad como institución jurídica puede entenderse como un instrumento de gobernanza; a renglón seguido, se buscará determinar su relación con la soberanía y con el poder punitivo del Estado, determinando la forma que se ha utilizado, reproduciendo un discurso legitimador que se ha mantenido a pesar de la evolución del derecho como ciencia y metodología racional y los controles que se han diseñado para evitar la proliferación de formas de gobierno autocráticas y despóticas.

Como se pretende delimitar el entendimiento de los estados de excepción, a través de la soberanía y el uso del poder político, solamente se buscará comprender una de sus manifestaciones originarias, más precisamente cuando son empleados para atender crisis o eventos donde se disputa el poder internamente, es decir, cuando los mismos se utilizan

para la preservación del Estado, y de una de sus consignas originarias, el mantenimiento de la paz o la reducción a su mínima expresión de la violencia, cuando ésta se ve amenazada desde su interior. Esto lleva, necesariamente, a reducir el objeto de estudio a la excepcionalidad comprendida como el *iustitum* romano, que después mutó y subsistió en la atribución de facultades extraordinarias a los gobernantes mediante el *estado de sitio*, o como se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico actual el *estado de conmoción interior*.

Por esto mismo, no se analizarán otros escenarios donde los estados de excepción también tienen cabida, como pueden serlo los conflictos con otros Estados, mediante la declaratoria de guerra exterior, toda vez que, en esta situación, el análisis de la violencia empleada va más allá de la utilización del poder institucionalizado, reuniendo todas las capacidades del Estado para enfrentar a otro, u otros, que tiene su misma capacidad. Se busca, ante todo, observar las manifestaciones de arbitrariedad y de poder despótico, donde se presupone una confrontación asimétrica, que pretende justificarse en la misma legalidad.

Igualmente, tampoco se abordará el estudio de las situaciones críticas que no se derivan de la pugna por el poder político y de mantener una hegemonía estatal; es decir, no se indagará sobre aquellas situaciones que confrontan la predictibilidad y la capacidad del Estado para planificar las contingencias derivadas de la azarosa naturaleza, distanciándose así de los estados de emergencia descritos en el artículo 215 de la Constitución Política de 1991.

Teniendo en mente la visión estratégica con la que se abordará la excepcionalidad, como discurso legitimador para desentrañar prácticas específicas de gobierno a través del estado de sitio, podríamos preguntarnos: ¿Existen similitudes entre los gobiernos de Julio César, Adolf Hitler y los Estados latinoamericanos del siglo XX, y en específico, los presidentes colombianos de dicha época? Para contestar esta pregunta, que resalta el estudio histórico y crítico con el que empezará la investigación, resulta menester partir de los poderes desbordados ejercidos en cada uno de estos períodos, y observar una inquietante justificación para éstos, la misma en todos los casos, y que, naturalmente, encontró su sustento en el derecho, y en uno de sus límites más difusos.

Como se observará, la respuesta redundará en los estados de excepción, como esa institución jurídica donde el derecho no encuentra justificación, pero sin éste no estaría legitimada su existencia; como también es una forma de hacer política, derivada de las necesidades y contingencias propias de las crisis, aunque no sepamos diferenciar cuándo estamos en medio de una, o simplemente estemos bajo un constante estado crítico como resultado de la conflictiva naturaleza humana.

Para lo anterior, se partirá de un primer capítulo donde su premisa principal se enfocará en la comprensión del surgimiento de los estados de excepción en la antigua Grecia y en la otrora República de Roma, su relación con el poder soberano y el derecho, analizándose la forma en que se institucionalizó y empezó a tener relevancia como una opción válida y racional para hacerle frente a las crisis. Para lograr el cometido, se partirá de un estudio genealógico y arqueológico, de acuerdo con la metodología planteada por Michel Foucault, frente el análisis crítico de la historia, con la finalidad de extraer el discurso imperante que se verá reproducido y multiplicado a lo largo de la utilización de la excepcionalidad como institución.

En la búsqueda arqueológica y genealógica¹ de la excepcionalidad, se buscará contestar una serie de preguntas investigativas que demarcan su uso estratégico, donde cobrará mayor relevancia la relación intrínseca con la utilización del poder soberano. La primera de las preguntas que se abordará a lo largo del primer y segundo capítulo, con la utilización del método genealógico, corresponde a: ¿puede considerarse la excepcionalidad como un instrumento estratégico para la gobernanza?

A partir de esta pregunta, se desentrañará el tipo de discurso que ha subsistido a lo largo de la historia, permaneciendo casi incólume sobre la utilización de la excepcionalidad, sin importar el modelo estatal, el régimen de gobierno o las condiciones sociales y políticas contingentes de la época. Es decir, la excepcionalidad escapa, en los casos que se someten a análisis en la presente investigación, a la relatividad del contexto o materia social, haciendo que, dentro de una visión que busca comprender su recurrencia a pesar de las diferencias temporales, su utilización deba explicarse únicamente dentro de un ámbito estratégico, que obedece más a la necesidad del gobernante, que a la racionalidad del orden jurídico.

De esta forma, surgirían otras preguntas a contestar en la investigación, la cual solo se comprendería desde la visión crítica propuesta: ¿cómo se han utilizado los estados de excepción en regímenes tan distintos, reproduciendo un mismo discurso basado en la justificación de las situaciones críticas? Y ¿ha logrado este discurso subsistir a pesar de su institucionalización y racionalización a través del derecho?

Toda esta primera parte de la investigación se basará en el estudio teórico de diferentes autores, para así llegar a una definición específica sobre los estados de excepción, que no reproduzca su implementación normativa, sino que extraiga el mencionado discurso legitimador. Se relacionarán diferentes autores, partiendo de Carl Schmitt y Giorgio Agamben, para comprender las instituciones romanas de las cuales se deriva la excepcionalidad.

Igualmente, se traerá a colación lo establecido por Bauman y Bordoní, que permitirán la comprensión de los *estados de crisis*², que para esta investigación resultará crucial el análisis crítico a este concepto, pues su abuso, y la desnaturalización del mismo, han llevado a que se rebajen los estándares racionales para asumir las crisis, pero también nos hemos encontrado con la imposibilidad material de afrontar situaciones de emergencia y encontrar las soluciones que permitan acabar con éstas y no solamente posponerlas. Es decir, dentro de la institucionalización de la excepcionalidad, y su puesta en práctica, no se pueden vislumbrar límites claros a su ejercicio, cuando sus causas tampoco lo son.

Como conclusión del primer capítulo, se abordará la exteriorización del sentir y actuar humano cuando se le da un poder despótico, reuniendo, centralizando y ejecutando todas

¹ La metodología histórica que se utilizará a lo largo de la presente investigación, tomará distancia de una visión estructuralista y consecuencialista, como tradicionalmente se emplea en estudios historiográficos, para dar paso a una visión crítica de la historia basada en la *genealogía* y la *arqueología* propuesta por Michel Foucault a lo largo de sus diferentes escritos, como en *Vigilar y Castigar* o *La historia de la sexualidad*, pero sobre todo, se encuentra descrito en *La arqueología del saber*. La explicación de la metodología histórica seleccionada, se realizará en el primer capítulo de la investigación.

² Para comprender el concepto de crisis se acudirán a distintos autores que pretenden explicarlo. Se comenzará por las definiciones de Zygmunt Bauman y Carlo Bordoní en *Estado de Crisis*, como también se analizará desde la perspectiva de Jared Diamond en *Crisis*. Así mismo, se estudiarán las crisis en la excepcionalidad, a través de Giorgio Agamben en su investigación denominada *Estado de Excepción*, la cual hace parte de su obra *Homo sacer*.

las prerrogativas y poderes atribuidas al Estado, desde una concepción moderna, a través de quien ostenta el poder punitivo, el cual comparte características con la institución de la excepcionalidad, siendo su evolución crucial para entender la reproducción de la visión estratégica que se pretende analizar, recurriéndose al estudio genealógico del poder punitivo a través de Eugenio Zaffaroni.

La discrecionalidad tan amplia con la que se decretan los estados de excepción conduce a una nueva discusión sobre la soberanía, pues cada vez más nos acercamos a la definición de Carl Schmitt sobre quién ejerce el poder soberano, el cual resultaría ser “*aquel que decide sobre el estado de excepción*”³. Esto conduce a situaciones antidemocráticas como se puede evidenciar históricamente, y uno de los ejemplos más relevantes que se debe considerar está en lo sucedido a partir del *Decreto para la Protección del Pueblo y el Estado*, el cual suspendía la *Constitución de Weimar* con respecto a las libertades personales, entregándole carta abierta al Estado Nazi para la instauración del *Tercer Reich* y las consecuencias nefastas de 12 años de excepcionalidad.

Haciendo uso de la metodología crítica anunciada, en el segundo capítulo se realizará un análisis comparado de la utilización estratégica de la excepcionalidad para un período histórico concreto, correspondiente al siglo XX, donde se buscará comparar la declaratoria de los estados de excepción a través de dos regímenes específicos que, en apariencia, pueden resultar lo bastante distantes.

Por un lado, se pormenorizará la utilización de la excepcionalidad en el régimen del *Tercer Reich*, en la Alemania nazi, como un modelo paradigmático del totalitarismo como forma de gobierno; para su contrapartida, se analizará el caso de Colombia, especialmente en la entrada a la segunda mitad del siglo. Con esto, se buscará, a través de una metodología basada en la dialéctica, evidenciar los elementos que subsisten en la utilización estratégica del estado de sitio, a pesar de las diferencias ideológicas y jurídicas que se encontrarán los regímenes sometidos a comparación. Su contraposición, como tesis y antítesis, llevarán a observar las similitudes, o elementos congruentes y asimilables para cada caso, que permiten concluir la utilización estratégica de la excepcionalidad.

En este punto, donde la razón se ha visto mermada, y las crisis correspondían al escenario común, encontramos que la excepcionalidad se ha vuelto la regla. Lo que antes eran medidas singulares, utilizadas bajo un estricto criterio de irregularidad y requiriéndose una exposición pormenorizada de cada una de las actuaciones que se tomarían a partir de ese momento, se convirtió en la forma general de proceder de los Estados sometidos a comparación. Este hecho es un legado de una de las fases más oscuras del constitucionalismo, por lo menos en esta parte del hemisferio sur, que se denominó, por el profesor Bernd Marquardt, como la fase *anticonstitucional*⁴.

El segundo capítulo se verá complementado con la exposición, de forma pormenorizada, de las veces en que se utilizó la excepcionalidad a través del *estado de sitio* en Colombia, explicando su insistente recurrencia por parte del Poder Ejecutivo. Para lo anterior, se fijó una temporalidad específica, donde se abarca desde 1949, con la presidencia de Laureano

³ La obra de Agamben, *Estado de Excepción* (Agamben, 2019), comienza precisamente con las consideraciones acerca del modelo de excepción estudiado por Carl Schmitt y las implicaciones que tiene sobre el poder y la soberanía, lo cual será el punto de partida para así superar la tesis expuesta por Schmitt.

⁴ Marquardt, Bernd, *Historia Constitucional Comparada de Iberoamérica. Las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2016.

Gómez y las consecuencias que se derivaron de la misma, pasándose por Guillermo León Valencia y Julio César Turbay Ayala, hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1991.

Es así como, será pertinente comenzar con la dictadura, que aunque blanda⁵, cimentó las bases de un período oscuro, pues a partir de ésta se recrudeció la violencia bipartidista, se dio origen a las guerrillas de corte comunista, con sus diferencias ideológicas, se instauró la dictadura del General Rojas Pinilla y posteriormente el golpe de la Junta Militar dirigida por el General París, dándole paso así al *Frente Nacional*, que fue la cúspide del *estado-de-sitismo* y la promulgación del famoso, por su arbitrariedad, *Estatuto De Seguridad* del presidente Julio César Turbay Ayala, quien infortunadamente, o afortunadamente para la comparación, es homónimo del más célebre emperador que instauró la dictadura en Roma.

Para lograr que la comparación sea efectiva, como también resulte de ella conclusiones lógicas, será preciso definir el régimen jurídico que permitió la subsistencia de actuaciones que pueden ser consideradas como arbitrarias⁶, entendiéndolas como decisiones irracionales que encuentran su justificación en la excepcionalidad, y legitimadas a través de las facultades brindadas en el terreno de lo atípico, pero que, cuando se miran en retrospectiva, fueron decisiones que produjeron un daño infundado. Por esto, la definición de los estados de excepción, tanto en la *Constitución de Weimar*, como en la Constitución Política de 1886, a través de su artículo 121, serán sometidas a escrutinio, buscándose entender la forma en que se pensaron y justificaron los diferentes decretos de excepcionalidad.

En otras palabras, el remedio previsto fue peor que la enfermedad, y ejemplos de esto abundan a lo largo de la historia del derecho constitucional colombiano, como lo fue la privatización de la seguridad y la cesión del monopolio de la fuerza en cabeza del Estado, es decir, la promoción y sustentabilidad del uso de la fuerza legítima en manos ajenas a la Fuerza Pública, que se dio en distintos períodos, siendo los casos más famosos los impulsados bajo los gobiernos de Guillermo León Valencia y de Carlos Lleras Restrepo, fenómeno que se estandarizó y el cual tuvo una fuerte influencia en la configuración del conflicto armado, a lo largo del *Frente Nacional* y del período posterior a éste, como lo identificó el profesor Francisco Gutiérrez:

Aunque el Frente Nacional nacionalizó la Policía, cumpliendo un viejo programa que en el contexto colombiano era fundamental, rápidamente empezó a crear de nuevo las condiciones para la provisión privada y local de la seguridad, a través

⁵Para categorizar las dictaduras que se dieron en Colombia, comenzando por el mandato de Ospina Pérez y el cierre del Congreso en 1949, se acudirá de nuevo a la obra de Marquardt: *Historia Constitucional Comparada de Iberoamérica. Las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, como también a la ya citada obra de Francisco Gutiérrez, donde abiertamente se habla de este período de la historia de Colombia como dictatorial y donde la democracia sufrió una ruptura sin antecedentes previos.

⁶ Esta idea proviene del estudio realizado por parte del doctrinante mexicano Diego Valadés, en su reciente estudio sobre las consecuencias derivadas de la pandemia del SARS COVID-19 para el derecho constitucional. Estudiar la arbitrariedad a través de los postulados de Eduardo García de Enterría sobre la interdicción, y complementados, a su vez, con la jurisprudencia española sobre los actos considerados como arbitrarios, serán el punto de partida para comprender la responsabilidad, política y jurídica, a la que pueden enfrentarse los mandatarios a la hora de realizar las actuaciones que resulten de la declaratoria de la excepcionalidad. Valadés, Diego, *Constitucionalismo crítico: ideas para la transición constitucional en la era post Covid-19*, Ciudad de México, Siglo XXI Editores, 2021. Pág. 36-37.

de sendos decretos (un análisis sobre la militarización del Frente se encuentra en Gallón, 1983) bajo los gobiernos de Valencia y Lleras Restrepo, respectivamente. Por otra parte, la figura del ‘bandido político’ – un proveedor de seguridad privado articulado a redes partidistas– fue clave en la primera parte del Frente Nacional (...)

El resultado fue una represión no exterminadora pero sí dura, que incluía al homicidio en su repertorio, con el recurso permanente de los estados de excepción, la delegación creciente de atribuciones a los militares para golpear a los movimientos sociales y fuertes sesgos de clase. Más aún, se sembraron las semillas para la reprivatización de la seguridad.⁷ (Gutiérrez, 2014, pág. 159-160)

Ha sido tan frecuente la declaratoria de los estados de excepción en el siglo XX, que se volvió una herramienta estandarizada y generalizada para la gobernanza, arraigada en nuestra forma de hacer política, y la oportunidad perfecta para desconocer los engorrosos trámites derivados del modelo democrático y republicano de corte liberal, basado en la división de poderes y el principio de legalidad, amparándose en la poca regulación que se tenía en la temporalidad de los denominados *estados de sitio*. Para comprender cómo surgió esta forma de gobernar propia del poder ejecutivo en Colombia, se puede recurrir a los datos utilizados por parte de Mauricio García Villegas, en su obra *La eficacia simbólica del derecho* (García Villegas, 2024), que dan un panorama bastante esclarecedor sobre la sobreutilización del estado de sitio:

(...) 1. La excepción era casi permanente. Así, por ejemplo, en los 21 años que pasaron entre 1970 y 1991 Colombia vivió 206 meses bajo estado de excepción, es decir, 17 años, lo cual representa el 82% del tiempo transcurrido; entre 1949 y 1991 Colombia experimentó más de 30 años bajo estado de sitio. (pág. 45)

Como se puede inferir, este fenómeno jurídico de la arbitrariedad no es propio de un solo Gobierno, por el contrario, subsistió durante los varios años de vigencia de la Constitución política de 1886, manteniendo su utilización con la expedición de la Constitución de 1991, donde, a través de sus primeros veinte años de vigencia, se realizaron diecinueve (19) declaratorias de excepcionalidad⁸, casi una por año, y esto sin observar las realizadas a partir del año 2012, y sin contar con las que se han realizado a raíz de la pandemia del SARS COVID-19. La suma total de los días en que estuvimos bajo la excepcionalidad asciende a tres años y casi cuatro meses, en un período de diez años, es decir, en la tercera parte de la vigencia de la Constitución de 1991, para este lapso de tiempo, fue necesario acudir a medidas extraordinarias para que pudiese prevalecer el orden constitucional, lo que denota una debilidad intrínseca en el diseño de las instituciones y una legislación deficiente para prever situaciones que requieren especial atención y que constituyen riesgos previsibles por las mismas condiciones sociales, políticas y económicas del país; como también, pueden dar muestra del abuso de la amplia discrecionalidad con la que

⁷ Gutiérrez, Francisco, *El orangután con sacoleva: cien años de democracia y represión en Colombia (1910-2010)*, Bogotá, IEPRI, Editorial Debate, 2014. Pág. 159-160.

⁸ Las declaratorias de estados de excepción, para este período, se han dividido en siete declaratorias de conmoción interior, con diversas causas; y en doce declaratorias de estado de emergencia económica, social o ecológica, de las cuales, dos pueden considerarse por razones sociales, cinco por razones ecológicas y así mismo cinco por razones económicas, sobre este punto se retornará posteriormente.

cuenta el Presidente de la República para la declaratoria de los estados de excepción, volviéndola una figura de uso recurrente, totalmente exagerado, y en muchas ocasiones, ineficaz e innecesaria.

Estas manifestaciones de arbitrariedad es uno de los síntomas de un poder Ejecutivo desbordado, con unas prerrogativas amplias, y con facultades que van robusteciendo la figura presidencial, tomando preponderancia sobre los demás poderes públicos. No es tan claro si es debido a nuestro sistema de gobierno, heredero de modelos colonialistas e imperialistas, transformado después en Repúblicas liberales con caudillos mitológicos, los cuales se han venido a menos, pero han preservado la figura de un Poder Ejecutivo omnipresente. O sí, por el contrario, corresponde a una situación específica y generalizada en todos los Estados modernos que prevén la excepcionalidad y, por lo tanto, corresponde al trasegar normal de esta institución jurídica, constatándose como una muestra específica de la soberanía, la cual pasa a ser una expresión del poder ejecutivo, más que una expresión de la voluntad general.

Otro de los síntomas son los constantes actos legislativos que se han realizado a nuestra constitución, propuestos todos a través de la iniciativa gubernamental, lo que es muestra de un presidencialismo exacerbado, como lo ha denominado el profesor Manuel Fernando Quinche Ramírez⁹. Estas reformas han sido un mecanismo alterno a los estados de excepción, es uno de los vestigios del *estado-de-sitismo*¹⁰ derivado de la tormentosa segunda mitad del siglo XX. Sin embargo, los actos legislativos requieren de un consenso en el Congreso, muchas veces garantizado para su aprobación, distando un poco, aunque no del todo, con las prerrogativas desprendidas de la excepcionalidad, tesis que se sostendrá a lo largo de la investigación.

Por último, el tercer capítulo buscará comprender el esfuerzo que se ha realizado para superar, delimitar y racionalizar la utilización de los estados de excepción. Para esto, se realizará un *análisis dinámico del precedente constitucional*, donde, a través de esta metodología definida por el profesor Diego López Medina, se encontrará el límite expreso a la discrecionalidad que tiene el poder ejecutivo para la declaratoria del *estado de conmoción interior*, con la finalidad de advertir cómo ha evolucionado el Estado colombiano, pasando de un uso indiscriminado del estado de sitio, a la poca utilización del estado de conmoción interior. La jurisprudencia constitucional, a diferencia del precedente de la Corte Suprema de Justicia, ha tratado de superar la incertidumbre que ronda la institución jurídica de los estados de excepción. Pasar de una revisión simplemente formal de los decretos de excepción, donde se veía una clara injerencia del poder político y una clara asimetría con el Poder Ejecutivo, a una metodología basada en la proporcionalidad de las medidas, aunque implícita, la razonabilidad y la revisión material de las causas que supuestamente justifican la adopción de medidas extraordinarias, es el aporte significativo de la Corte Constitucional.

⁹ Quinche Ramírez, Manuel Fernando, *Las reformas a la Constitución. Presidencialismo, circularidad y regresión*, Revista Universitas, vol. 69, 2020.

¹⁰ Concepto utilizado por el profesor Quinche para continuar con la tesis del hiperpresidencialismo, y sus nuevas manifestaciones a través de las reformas constitucionales, introducido por: Marquardt, Bernd, *Historia Constitucional Comparada de Iberoamérica. Las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI, Capítulo VI La Quinta Fase: El Estado Iberoamericano en la crisis de la transformación a la sociedad industrial y la ola del anticonstitucionalismo dictatorial (Aprox. 1950 - Década de 1980)*. Grupo Editorial Ibáñez, 2016.

Igualmente, se propondrán ciertos aspectos que deben mejorarse en el análisis realizado por parte de la Corte Constitucional, para que su precedente permanezca incólume frente a la declaratoria de la excepcionalidad, siendo este último el bastión donde se resguarda la concepción democrática del Estado, como muestra de la evolución dialéctica pretendida, evitándose así una regresión a la fase *anticonstitucional* en el país.

Para finalizar, en el capítulo correspondiente a las conclusiones, se buscará llegar a comprender como se ha transformado el concepto de la soberanía a través de la utilización desmesurada de la excepcionalidad, las restricciones constitucionales que se han concentrado en la limitación al poder ejecutivo en los regímenes presidencialistas, llegándose a las conclusiones deseadas, donde el modelo de gobernanza a través de la excepcionalidad constituye una verdadera afronta al principio democrático, siendo una fuerte expresión de una soberanía nacional basada en la extrapolación de las funciones encomendadas al Presidente, donde solamente puede explicarse a través de una utilización estratégica, antes que de una utilización racional de la institución.

A pesar de haber pasado históricamente por varias situaciones análogas, o con grandes similitudes o parecidos razonables; aún bajo los esfuerzos por crear teorías políticas y económicas predictivas, que buscan la forma de legislar conforme a los análisis más rigurosos sobre las contingencias de la vida en sociedad; de analizar las implicaciones del poder bajo la lupa de innumerables escuelas filosóficas y de retratar los conflictos éticos que se generan por la misma condición humana en un sinnúmero de obras literarias; parecemos no encontrar las razones que nos llevan a estas situaciones en las que nos encontramos desprovistos de toda razón y en la que nuestro actuar, por lo menos en las esferas del poder estatal, está guiado por una suerte de azar; donde las decisiones pueden tomar matices peligrosos, pudiendo ser correctas y llevar a solucionar los problemas críticos que se dan en la sociedad, como también pudiéndose generar las situaciones más dantescas. Son en estas situaciones donde el derecho encuentra sus mayores frustraciones, pues debe delegar su poder hegemónico y reglamentario a las demás ciencias sociales y es aquí donde se desenvuelven los estados de excepción.

Lamentablemente, para los juristas más idealistas, los estados de excepción constituyen un problema normativo que no encuentra su solución en el mismo derecho. La principal dificultad a la que se enfrenta el jurista, sea un operador jurídico, un legislador, un juez o un doctrinante, es encontrar la fórmula legal para prever las situaciones que rigen a la excepcionalidad, como también de definir los límites claros a las decisiones que se deben tomar en una situación crítica y que se encuentren sustentadas en derecho.

Encontrar la solución dependerá de tantos factores externos al derecho, que se ha venido resolviendo desde una regulación general, de un pronunciamiento tan abierto a la interpretación, que vuelve a presentarse el mismo problema inicial. Estamos ante una verdadera paradoja jurídica pues, si se llegase a regular la excepcionalidad, se perdería en medio de ésta su mismo sentido; pero sí, por el contrario, no se establecen pautas y normas frente a ésta, se entenderá que es un escenario fuera del derecho, un escenario fuera de las convenciones sociales establecidas y, por lo tanto, fuera de toda regulación.

Estaríamos ante una *laguna jurídica* o ante algo parecido a la *zona de penumbras* expuesta por Hart para los jueces, pero que, en este caso particular, estaría situada en la Rama Ejecutiva. Esta situación teórica, es la antesala de un problema mucho más grande, el cual se presenta ante la incapacidad humana de reconocer los excesos de poder cuando se está

ante ellos; de ser laxo ante nuestra propia condición, donde se cede ante las emociones del poder, de los beneficios extraídos de éste, y de no querer reconocernos en nuestros errores.

Capítulo I: EL SURGIMIENTO DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN, UN ESTUDIO GENEALÓGICO.

En este primer capítulo, se realizará un estudio genealógico y arqueológico de los estados de excepción, como institución jurídico-política, partiendo de las bases que se pueden rastrear desde el derecho público romano, haciendo alusión a diferentes conceptos e instituciones jurídicas, como lo son el *senatus consultum ultimus* o el *iustitium*. Este análisis busca hacer una distinción con la dictadura y así entrever una relación poco explorada, como lo es, la utilización estratégica de la excepcionalidad y del derecho, para generar escenarios favorables que fundamenten los modelos de gobierno autocráticos, que distan de los modelos democráticos.

Ahora bien, frente a la metodología pretendida, se tiene que hacer una acotación sobre su selección y su utilización, pues esencialmente, no se pretende realizar una investigación histórica, de tipo estructuralista y tradicional, donde se aborde y describa la génesis concreta de una institución y su evolución continua a través de su uso constante; como tampoco se busca un análisis lineal que permita entrever las reglas, equivalencias, la forma en que se estructuró a través del tiempo y de los cambios relativos a su aplicación en sociedades concretas; asimismo, no se trata de anunciar las reglas de transformación, sus mutaciones necesarias para hacerse campo en los diferentes órdenes jurídicos y políticos en donde ha tenido cabida. Mucho menos, se pretende buscar una respuesta específica sobre cómo la excepcionalidad ha sido la muestra de una evolución racional dentro del derecho, como una institución que permita evidenciar las transformaciones de los sistemas jurídicos.

Por el contrario, se propone un análisis crítico de la historia de los estados de excepción, recurriendo a la arqueología, desde un punto de partida meramente *foucaultiano*, para así superar las conclusiones obvias y unificadoras, donde se tenga como finalidad generar una verdad necesaria sobre la misma institución, producto de una visión estructural, lineal y progresiva de la historia, en este caso, del derecho. Para lograr el cometido, se partirá de la *arqueología de la historia de las ideas*, anunciada en el texto de Michel Foucault, *La Arqueología del saber* (Foucault, 2013), donde se describe con gran precisión la metodología que se pretende utilizar.

Antes de entrar a la descripción de la metodología propuesta, resulta menester detenerse en los métodos que no se utilizarán en la presente investigación, para dar mayor claridad a los objetivos que se persiguen, como también para explicitar los resultados esperados.

a. Sobre las metodologías científica e histórica tradicional y sus problemas para la investigación.

La primera de las metodologías que no se emplearán en la presente investigación corresponde a la utilización del método científico tradicional, utilizable y aplicable a las ciencias naturales y que se quiso implementar en las ciencias sociales, sin que esto presuponga que no se recurrirán a las técnicas y metodologías necesarias para generar un conocimiento con vocación objetiva.

Valdría la pena empezar por enunciar que, dentro de las tradiciones y escuelas del derecho, ha hecho bastante mella la concepción científica y positivista del derecho, ubicándola

dentro de una categoría de *ciencia autónoma*, lo que sugiere, en primera instancia, la aceptación generalizada de la aplicación de un método científico en su proceder, como también en la configuración de los ordenamientos jurídicos y sus instituciones. Este método, se encuentra explicado por el profesor y jurista Luis Armando Rodríguez Ortega (Rodríguez Ortega, 1996), quien en su obra *Curso teórico práctico de metodología de la investigación jurídica*¹¹ expone:

La investigación científica es la actividad de descubrir mediante un método válido y confiable, las leyes que rigen la naturaleza, es decir ciertas relaciones constantes que se cumplen realmente en la naturaleza.

La actividad científica implica, por una parte, un proceso intelectual altamente racional, ordenado y sistemático que describe las estructuras y procesos de la realidad, proporcionando explicaciones razonables, y por otra parte establecer la contrastación con esa misma realidad. (Rodríguez Ortega, 1996, pág. 11)

Esta primera aproximación, resultaría en la aplicación de un método basado en la *observación, descripción, clasificación y generalización* (Rodríguez Ortega, 1996) de los fenómenos e instituciones jurídicas que son objeto de estudio. En principio, esto no supondría un obstáculo para la investigación, pero como el mismo autor lo refiere, solamente la utilización del método científico puede conducir a: “*la presencia de conflictos normativos, interpretaciones inadecuadas de las leyes o simplemente las distorsiones o deformaciones resultantes de vacíos legales o incoherencias entre la realidad social y la normativa vigente.*” (págs. 47 y 48)

Igualmente, se estarían reproduciendo ideas generalizantes, donde se corre el riesgo de una atribución de universalidad y aplicabilidad de principios estáticos a cada contexto, que obedecería a una tradición de tinte racionalista del derecho, que no se pretende adoptar en la investigación. Lo anterior, porque esto haría primar una idea que se considera equivocada y que limitaría el mismo concepto de *uso estratégico del derecho*, que va más anclado a las visiones críticas, donde no se da prevalencia a la idea positivista del mismo, acercando a las ciencias jurídicas con las naturales, visión que resultaría anacrónica y problemática. Una explicación de esto la encontramos de nuevo en Rodríguez Ortega, que define el surgimiento de las ciencias sociales así:

Epistemológicamente hemos de recordar que las ciencias sociales, nacidas en el siglo XIX, se han decantado claramente desde finales de la década de los 60 hacia un modelo inspirado en las ciencias naturales, de claro énfasis positivista y pragmático. El intento estructural-funcional, que tuvo su origen en Emile Durkheim, Wilfredo Pareto y Max Weber, dominó Europa y Estados Unidos por mucho tiempo. Los fenómenos sociales fueron considerados ajenos a este modelo. El principio teórico era la demostración, las funciones socioculturales tenían que ligarse en una interdependencia de las ciencias naturales sin tener sus potencialidades como ciencia autónoma. (Rodríguez Ortega, 1996, pág. 23)

¹¹ Rodríguez Ortega, Julio Armando, *Curso teórico práctico de metodología de la investigación jurídica*, Bogotá, Fundación Universitaria Autónoma de Colombia, 1996.

Mantener una línea investigativa cercana a la certeza que pretenden las ciencias naturales, sería equivalente a buscar principios generales de aplicación inmutable, es decir, sería contradecir el sentido dinámico y cambiante que define las relaciones humanas, y por tanto de sus instituciones, que son creaciones y expresiones de su misma relatividad y contingencia al espacio y temporalidad donde se desarrollan. Esclarecedor resulta la conclusión a la que llega Rodríguez Ortega sobre las dificultades epistemológicas a las que se enfrenta al investigador jurídico:

En el Derecho hay una dificultad inicial a nivel epistemológico, pues en ocasiones no se puede precisar si el dato científico obtenido pertenece a la realidad o es una construcción mental, convencional o arbitraria, respecto al problema que se está manejando. Algunos juristas transforman el tratamiento de sus objetos en concepciones que no son científico positivas, sino más bien de naturaleza cercana a planteamientos filosóficos. Se afirma que algunas veces la objetividad obtenida en la investigación jurídica, no es igual a la que se observa en la investigación de la naturaleza o en otras ramas de la investigación social. (Rodríguez Ortega, 1996, págs. 46 y 47)

Para reducir esas dificultades anunciadas, se debe recurrir a una distinción ampliamente aceptada en el ámbito de los estudios epistemológicos, correspondiente a la diferenciación entre las *ciencias descriptivas*, *explicativas* y las *ciencias de aplicación*, como lo describe Georg Jellinek (Jellinek, 2000):

Las ciencias se dividen en narrativas (descriptivas), explicativas (teoréticas) y de aplicación (prácticas). Las primeras se proponen fijar y ordenar los fenómenos, las segundas determinar las reglas de sus conexiones, las últimas, en fin, utilizar estos hechos y relaciones para los fines prácticos.

Es imposible trazar una línea divisoria entre ciencias descriptivas y explicativas, especialmente cuando se trata de ciencias sociales; aun en las mismas ciencias naturales se ha considerado que la explicación de un fenómeno no es otra cosa que su descripción. A diferencia de lo que ocurre con gran parte de los hechos naturales, sucede con los fenómenos sociales que no tienen un modo constante, sino que más bien son de índole dinámica y cambian conforme a su carácter, a su intensidad, a su duración, sin que sea posible aplicarle leyes fijas acerca de su evolución y regresión, como hacen las ciencias naturales con los fenómenos de la vida.

(...)

Por las razones anteriores se ve claramente cuán a menudo en las disciplinas sociales, descripción y aclaración no pueden ir la una sin la otra; así, por ejemplo, quien escriba la historia de las modificaciones que ha sufrido un fenómeno social en el transcurso de la historia, y haga resaltar las transformaciones que va experimentando su naturaleza interior; habrá de explicar al propio tiempo la relación que ha ido existiendo entre fases diversas, si es que no quiere permanecer en una actitud anticientífica, de mera apreciación de lo exterior y superficial. (Jellinek, 2000, págs. 57, 58 y 59)

Ahora bien, dentro de los trabajos adelantados por Jellinek, para su *Teoría general del Estado*, se deja claro que las instituciones de derecho público, como pueden ser catalogados los estados de excepción, no pueden ser descritos únicamente bajo una *lógica formal*, es decir, no obedecerán a un análisis que solamente resalte los elementos de la observación, descripción, clasificación y generalización, que son los fundamentos del método científico:

Precisamente, los conceptos fundamentales del derecho público, que son los que engendran y sirven de soporte a todos los demás, burlan el ser tratados de un modo puramente lógico. Si se trata de la determinación próxima de la forma del Estado, de las relaciones mutuas entre los órganos supremos del mismo o del influjo de las fuerzas históricas en la modificación de la constitución de aquél, tenemos problemas que sólo pueden resolverse llegando al conocimiento de aquellas fuerzas concretas que han formado precisamente de tales instituciones.

(...)

Con la lógica formal, como se ve, hubiéramos llegado fácilmente a creer en la existencia de un derecho público que no correspondía a la realidad; cuando se trata de fijar los principios fundamentales de tal derecho, no juega la lógica formal el papel que le corresponde según el método constructivo. (Jellinek, 2000, págs. 65-66)

Esta diferenciación, obedece al dinamismo propio de las instituciones del derecho público, pues su movimiento obedece a factores que no pueden explicarse únicamente con la certeza de la definición de las instituciones jurídico-políticas en un período determinado, por el contrario, debe aplicarse una metodología basada en otros criterios, para así observar el dinamismo de las instituciones, para así evitar las *imágenes momentáneas* de las mismas, como así lo describe Jellinek:

En la realidad de los hechos, el Estado se nos ofrece en mudanza constante, y a causa de ello, tanto la doctrina sociológica del Estado como del derecho público sólo nos dan imágenes momentáneas; pero todo el proceso de la vida del Estado, todos los principios de su orden jurídico, fueron antes de nacer objeto de reflexiones políticas; todo acto realizado por el Estado, todo derecho que se afirma, produce efectos políticos. De aquí que si se hace abstracción de la política se llegue a resultados vacíos de sentido o, a lo más, al conocimiento del esqueleto del Estado, al que habría de faltar, naturalmente, todo elemento vital. (Jellinek, 2000, pág. 65)

En conclusión, basarse únicamente en un método que se acerque al científico, donde se busquen conceptos generalizantes, como conclusión del ejercicio investigativo, conllevaría a dar una visión estática de las instituciones que son objeto de estudio. Lo anterior, llevaría a una conclusión que se descartará por no obedecer a la realidad de las instituciones jurídico-políticas del ser humano, y es que las mismas podrían presentarse como inmutables, universales y más cercanas a un tipo ideal y objetivo, ubicadas en un plano ontológico, donde su existencia se da por sentado.

Por esta razón, la visión histórica tradicional de las instituciones resultaría incompleta, si a la misma no se le añadiera un elemento de tipo descriptivo y analítico, que solo podría ser estudiado bajo las ciencias políticas, es decir, con lo que se ha denominado en la investigación como el *uso estratégico del derecho*, para así evaluar, o intentar retratar, la incidencia de las decisiones que se toman sobre la forma en que se emplean las instituciones jurídicas, de acuerdo con el contexto histórico. Un ejemplo de la incidencia de las ciencias políticas, como disciplina que auxilia a la visión histórica, dándole una connotación de forma crítica de análisis, la trae Jellinek a continuación:

La política en cuanto a ciencia práctica es a su vez arte, y está, por tanto, esencialmente orientada hacia el futuro; en tanto la doctrina del Estado, en cuanto a doctrina del ser, se ocupa del pasado y de lo actual; mas también pueden las investigaciones políticas extenderse al pasado y a lo actual y sacar de ellos enseñanzas para el porvenir. Cuando así lo hace, cuando se dirige a lo actual, la política toma el carácter de una doctrina crítica y juzga de lo dado según los resultados que ha alcanzado ella en sus razonamientos teleológicos, siendo éste el criterio de que se sirve para decidir qué se debe transformar y qué conservar. (Jellinek, 2000, págs. 63 y 64)

La utilización de las ciencias políticas, como elemento unificador, es la diferencia sustancial entre una metodología tradicional y estructuralista de la historia, donde solamente se utiliza la observación, descripción, categorización y generalización de los fenómenos sociales, para darle una explicación al surgimiento, mantenimiento y subsistencia de las instituciones sociales. Es a través de un análisis diferenciado y crítico, donde se busquen explicaciones que vayan más allá de una lógica sistémica y de causas y efectos, donde encuentra valor la metodología escogida, pues se busca resaltar elementos de análisis que con la simple observación y descripción pueden pasar inadvertidos.

Ahora bien, frente a la metodología tradicional histórica, que puede considerarse dentro de la escuela del *historicismo de Savigny*, se encuentra una visión estructuralista, de tipo racional, donde se enaltece la visión moderna del desarrollo humano, el cual siempre es lineal y progresivo, es decir, va a tender a evolucionar y “mejorar” las instituciones jurídico-políticas, de acuerdo con valores que están basados en una razón que favorecería al ser humano. Esta concepción histórica del derecho, se encuentra explicada por Rodríguez Ortega de la siguiente forma:

El Derecho es un fenómeno cultural y por tanto se desarrolla en el espacio y en el tiempo, es pensamiento y conducta del hombre para la regulación de su vida social en constante mutación a causa de factores endógenos y exógenos. Savigny es el iniciador del método sociológico, considera que el Derecho evoluciona y se transforma con entera y completa independencia de las voluntades individuales. El Derecho es fruto del desarrollo histórico de los pueblos, en el espacio y en el tiempo y que el derecho al igual que las demás manifestaciones de cultura, constituyen el objeto, y el contenido de la historia. (Rodríguez Ortega, 1996, pág. 66)

Sin embargo, la metodología tradicional de la historia presenta problemas, los cuales han sido expuestos por Hannah Arendt (Arendt, 2008), quien precisamente ataca el concepto de lo “tradicional” en la conformación del pensamiento político, puesto que, siempre que

se hacen las revisiones sobre la historia, o se realiza el intento de construirla, se incurre en un error fundamental consistente en la preservación únicamente de lo que se considera realmente relevante para la conformación de una identidad colectiva, bajo el concepto de la “*grandeza*”. Lo anterior, resulta fundamental para comprender el papel del historiador, como también de la noción de tradición, que nunca puede ir separada de un ejercicio de poder, donde solamente subsistirán los relatos que favorecen al poder hegemónico del momento, los cuales son creados por los mismos individuos que deben preservar la tradición, o que es lo mismo, crear y narrar la historia:

Cuando ellos dictaminaban lo que debía salvarse del olvido para la posteridad porque poseía grandeza no estaban interesados en el cuidado del historiador moderno por explicar y presentar un flujo continuo de los acontecimientos. Como los poetas, contaban sus historias para beneficio de la gloria humana; a respecto de esto la poesía y la historia todavía tienen esencialmente el mismo tema, a saber: las acciones de los hombres, que determinan sus vidas y en las cuales reside su buena o mala fortuna. La percepción de que la grandeza humana no puede revelarse en ninguna otra parte más que en el hacer y en el sufrir se hace todavía evidente en la noción de “grandeza histórica” empleada por Burckhardt, y ha estado siempre presente en la poesía y el drama.¹²

El relato histórico es adaptado al poder hegemónico del momento, sustrayendo de la realidad todo tipo de hechos que puedan generar contradicciones o confrontar ese mismo poder que se sustenta bajo la *tradición*, la cual debe entenderse como una acción política, que refleja un esfuerzo colectivo para la construcción de una identidad política, que subsista a través del tiempo. Por esto, la adopción de un método historiográfico tradicional sería atender la historia contada desde un punto de vista, el cual se construyó basado en el *poder de exclusión*, que explica Arendt de la siguiente forma:

La mera tendencia a excluir todo lo que no era coherente se transformó en un gran poder de exclusión, que mantuvo la tradición intacta frente a todas las experiencias nuevas, contradictorias o conflictivas. Sin duda, la tradición no pudo evitar que estas experiencias tuviesen lugar ni que ejerciesen su influencia formativa sobre la vida espiritual efectiva de la humanidad occidental. En ocasiones, esta influencia fue tanto mayor debido a que no existía un pensamiento articulado correspondiente que sirviese como base para una discusión o reconsideración, con el resultado de que su contenido se daba por sentado. (Arendt, 2008, pág. 84)

Por esta razón, la utilización de una metodología tradicional histórica, donde se acepte una tesis de progresividad y evolución, conforme a la concepción moderna del desarrollo humano, donde la razonabilidad conduce a formas más sofisticadas y justificadas que las concepciones antiguas, impediría rastrear realmente la evolución, si es que la hubo, de la institución de la excepcionalidad, volviendo a darle una connotación o posición ontológica a la institución, es decir, se estudia y analiza únicamente su posición en el mundo por lo que es, y no por lo que debería ser.

¹² Arendt, Hannah, *La promesa de la política*, Barcelona, Espasa Libros S.L.U, 2008. Pág. 83

Igualmente, se acoge una tesis sostenida por Jellinek, sobre la evolución de las instituciones jurídicas, donde los cambios que se generan en éstas no siempre deben ser considerados como evoluciones, es decir, no siempre obedecen a esa visión que se traduce en la razonabilidad de la historiografía tradicional, donde se enaltece el progreso y desarrollo de las instituciones:

Las instituciones cambian sin cesar, pero no todo cambio es una evolución; evolución existe sólo en aquel cambio que conduce de lo más sencillo a los más complicado. Cuando una institución se hace más amplia, más permanente o un fenómeno más intenso, cuando se acentúa su variedad, su poder director o su conformidad, entonces se dice que evoluciona. Las instituciones jurídicas cambian frecuentemente sin evolucionar y hasta, por el contrario, retroceden. Existe mero cambio cuando una institución se limita a modificar sus fines en el curso de la historia. La evolución de un instituto social exige que permanezca el fin antiguo junto a los fines nuevos que se le incorporan; pero cuando simplemente cambian los fines, entonces lo que existe es una conexión puramente externa entre varios fenómenos que suceden al tiempo. (Jellinek, 2000, pág. 86)

Como se justificará a continuación con la metodología empleada, lo que se busca en la investigación es cómo se legitima el discurso en la utilización de los estados de excepción, a pesar de la no variación o evolución de la institución. Es decir, se buscará rastrear la subsistencia de la excepcionalidad, a pesar de los diferentes contextos en que se ha situado, pues no se busca una explicación sobre el *ser* de la institución, la referida posición ontológica que tiene, sino que se busca la legitimación que se le ha dado para su uso, es decir, se busca el *deber ser* que se le ha imprimido, lo cual va acompasado con lo expuesto por Jellinek para justificar el papel crítico de las ciencias políticas en el estudio del Estado:

De esta manera es posible a la política investigar si las acciones de un personaje histórico han alcanzado el fin que se proponían u otro, o si se equivocó, y en cualquiera de estos casos juzgar de él. Lo mismo cuando se investigan los efectos que pudo ejercer la democracia de Pericles en el progreso o decadencia de Atenas, que cuando se trata de fijar qué tanto influyó la dictadura de Sila en la ruina de la república romana (...) Toda investigación pragmática de la historia es al propio tiempo investigación política. Si existe un fin –aun cuando no sea manifiesto– según el cual se hacen las observaciones políticas –por más que sean respecto del pasado–, entonces las observaciones están orientadas hacia el porvenir, se han hecho para sacar reglas que se puedan aplicar a las acciones en casos análogos; por esto no es la política una ciencia de lo que es, sino de lo que debe ser (*Seinsollenden*). (Jellinek, 2000, pág. 64)

b. Sobre la metodología arqueológica o genealógica utilizada en la investigación.

Para comenzar, una visión o metodología arqueológica comprendería una posición crítica y discontinua de la historia, donde se analizarían, en un primer momento, los discursos, pues son estos los que se ven sometidos a un escrutinio constante, relacionándolo a través de diferentes momentos. La finalidad de analizar los discursos, y no las instituciones entendidas de una forma tradicional, es decir de una forma en que se le puede dotar de cierta

posición ontológica¹³, precisamente se utiliza para describir los elementos que subyacen a pesar de los cambios y el incesante devenir histórico.

Por lo tanto, resultará prudente establecer cuál es el discurso que se pretende analizar a través de la excepcionalidad, como punto de partida para comprender la subsistencia misma de la institución jurídico-política. Dicho discurso, podría comprenderse como la necesidad de acudir a una forma normada, reglada, determinada con anterioridad, para ejercer el poder político en un momento crítico, que demanda romper con la institucionalidad y con la racionalidad intrínseca que se predica del sistema normativo vigente, sin que esto implique la pérdida de legitimidad, es decir, se entienda que la utilización de los estados de excepción corresponden con el uso soberano del poder político.

Lo anterior conduce a determinar cuáles serían los elementos constitutivos de dicha metodología, pues embarcarse en la empresa de desentrañar el discurso utilizado a través de la excepcionalidad recaería, necesariamente, en buscar las constantes discursivas que se han empleado, a través de diferentes momentos históricos que se entrelazan en “prácticas que obedecen a unas reglas” (Foucault, 2013).

Es así como, la arqueología como metodología, buscaría determinar diferentes aspectos relevantes de los discursos, que podrían comprenderse dentro de las siguientes categorías: “i) una categoría sobre la asignación de novedad del discurso”; “ii) un análisis de las contradicciones que pueden detectarse del discurso”; “iii) las descripciones comparativas”; y “iv) la localización de las transformaciones.”¹⁴ Esto se verá relacionado a lo largo del primer y segundo capítulo de la presente investigación.

Igualmente, Foucault se esfuerza por distinguir en qué consiste dicha metodología, definiéndola a través de en lo que no consiste, para así comprenderla de manera íntegra y diferencial. Siendo así, la arqueología no busca ser una “disciplina interpretativa”, pues no busca encontrar otro discurso adicional que no se haya anunciado, por lo que se distancia de ser una metodología “alegórica” (Foucault, 2013).

En este sentido, la metodología busca “definir los discursos en su especificidad; mostrar en qué el juego de las reglas que ponen en obra es irreductible a cualquier otro” (Foucault, 2013). Por último, la arqueología busca describir la génesis del discurso, o intentar definir cuál es su origen causal, buscando entrever las necesidades de definir exactamente qué condujo a la utilización del mismo; sin embargo, no “intenta repetir lo que se ha dicho incorporándosele a una misma identidad” (Foucault, 2013), es, en esencia, la enunciación y escritura del discurso como es, una descripción sistemática del mismo, de ahí, que se predique su carácter *multiplicador*, antes que unificador.

¹³ Cuando se hace referencia a una posición ontológica, se busca expresar que, la institución de la excepcionalidad parecería tener unas características específicas y determinables, más allá de sus descripciones en los diferentes sistemas normativos. Por el contrario, se busca identificar el discurso legitimador que se ha utilizado para recurrir a la misma, en diferentes épocas históricas, a pesar de la relatividad contingente de cada sociedad sometida al análisis.

¹⁴ Estas categorías de análisis, propuestas por Foucault, son utilizadas para marcar la distancia con una visión estructuralista y *tradicional* de la historia y, sobre todo, de la historia de las ideas. Lo anterior, queda consignado en la obra citada, en su capítulo tercero sobre *La descripción arqueológica*, pág. 188; como también en el capítulo cuarto, y último, sobre las *Conclusiones*, pág. 268.

Con lo anterior, se busca dotar de propósito un análisis no lineal y causal de la excepcionalidad como institución, permitiéndose la comparación en diferentes niveles y en diferentes épocas históricas que, en apariencia, parecen inconexas, con poca relación o con elementos que parecerían lo bastante distantes a través de un análisis historiográfico tradicional, donde no se puede realizar una comparación análoga entre la transición de la dictadura romana a la constitución del imperio, el surgimiento y consolidación del régimen totalitario del *Tercer Reich* y la época del *estado-de-sitismo* vivida en la segunda mitad del siglo XX en Colombia.

Buscar la consistencia y permanencia del discurso que atraviesa la utilización de la excepcionalidad, donde no se implementa la visión estructuralista y tradicional de la historia, y acudiéndose a la metodología arqueológica propuesta por Foucault, permitirá entrever los elementos estratégicos de una institución que ha perdurado a pesar de una supuesta evolución progresiva y lineal del derecho, pues la prolongación de los discursos justificantes, y explicativos de la excepcionalidad, trascienden cualquier delimitación temporal, situándose en un tipo de reincidencia, como un eterno devenir, que solo podría entenderse en la subsistencia de un discurso justificante, como así lo explica Foucault frente a la temporalidad y su oposición a la visión sucesiva de la historia:

Decir que con una formación discursiva se sustituye otra no es decir que todo un mundo de objetos, enunciados, de conceptos, de elecciones teóricas absolutamente nuevos surja con todas sus armas y totalmente organizado en un texto que lo sitúe en su lugar de una vez para siempre, es decir que se ha producido una transformación general de relaciones, pero que no altera forzosamente todos los elementos, es decir, que los enunciados obedecen a nuevas reglas de formación, no es decir que todo los objetos, conceptos, todas las enunciaciones o todas las elecciones teóricas desaparecen. Por el contrario, a partir de esas nuevas reglas, se pueden describir y analizar unos fenómenos de continuidad, de retorno y repetición: no hay que olvidar, en efecto, que una regla de formación no es ni la determinación de un objeto ni la caracterización de un tipo de multiplicidad y de su dispersión. Uno de estos elementos –o varios de ellos– pueden permanecer idénticos (conservar el mismo corte, los mismos caracteres, las mismas estructuras), pero pertenecer a sistemas diferentes de dispersión y depender de leyes de formación distintas. Puédese, pues, encontrar fenómenos como éstos: unos elementos que se mantienen a lo largo de varias positivities distintas, conservándose inalterables su forma y su contenido, pero siendo heterogéneas sus formaciones (...)” (Foucault, 2013, pág. 233)

Partiendo de lo anteriormente anunciado por Foucault, se pretende demostrar que la excepcionalidad, a través de sus diferentes manifestaciones históricas, sus mutaciones y sus inclusiones diversas a lo largo de diferentes ordenamientos jurídicos, conserva, en su esencia, un discurso que ha permanecido inalterado, a través de unas reglas y unas prácticas que permiten situarla en un espacio de comparación, a pesar de la distancia temporal, ideológica y relativa al contexto social desde donde se le observe, pues reproduce un mismo discurso estratégico y de utilización y legitimación del poder, a partir de fórmulas

legales que la avalan y permiten situarla dentro de lo aceptado normativamente, distinguiéndola de figuras o instituciones políticas como la dictadura, el absolutismo e inclusive la democracia.

Este primer encuentro con los estados de excepción permitirá establecer las bases conceptuales para comprender el por qué se recurre a una institución de antaño para mantener la gobernanza en los posteriores Estados modernos. Sin embargo, los estados de excepción no pueden explicar, por sí mismos, la necesidad de recurrir a formas dictatoriales para el manejo de situaciones críticas, por lo que, para comprender mejor su utilización, también se recurrirá a la génesis de la violencia institucionalizada en el Estado, permitiéndose el uso del poder punitivo del Estado como un elemento central para la excepcionalidad, es decir, la utilización de la violencia que se considera legítima.

I. El surgimiento de la excepción y su relación con las dictaduras. El poder despótico en cabeza de los hombres para resolver las crisis.

En ciertas ocasiones puntuales, comprender la excepción a la regla, o tomar el método inductivo para describir lo general a partir de lo particular, resulta una herramienta de gran utilidad para así concientizarse realmente sobre la importancia de la regla, de la generalidad, del afán humano por establecer situaciones premeditadas y ordenadas. Este es el caso de la *Dictadura* y la *República*. Comprender las implicaciones de la primera nos llevará, necesariamente, a valorar las características de la segunda, apreciarlas a pesar de sus defectos, y, estando inmersos en la primera, añorar y desear la segunda.

Esto fue lo que sucedió en Roma, y será el punto de partida para comprender la excepcionalidad, pues, en su modelo dictatorial se esconden varios de los métodos y modelos políticos que sobreviven hasta hoy, inclusive, la democracia; aunque las luces no estarán apuntando a esta última, tan celebrada por los autores modernos. Por el contrario, estarán enfocadas en su antagonista. Apuntarán a la que ha sido también fuertemente debatida y rechazada a toda costa por los más grandes pensadores de la modernidad, y hasta por nuestros referentes contemporáneos. La *dictadura romana* entrará en escena como la protagonista de estas primeras aproximaciones a la excepcionalidad, revelándonos que no distan mucho las concepciones modernas y las antiguas, a pesar de lo anacrónico que resultaría aplicar el modelo dictatorial romano en nuestros días, o inclusive realizar una comparación de las instituciones jurídicas que se ven comprometidas con ésta, al igual que no son iguales los valores consignados en nuestras constituciones modernas. Será, por lo tanto, una conversación entre lo pasado y el presente, para así desentrañar sus semejanzas, aunque no se pueda vislumbrar el futuro.

Sin embargo, existe algo que difícilmente ha cambiado, que lo llevamos tan arraigado a nuestro ser y se ha vuelto el eje central de nuestras organizaciones políticas, y esto es el poder. La forma en que lo ejercemos, los límites que le imponemos, la forma en que lo legitimamos y las razones que nos sujetan a éste, son las constantes en la tan complicada ecuación de la política. Los romanos entendían bien esta situación, y en una consciente comprensión del problema organizacional que corresponde a la política, crearon diferentes instituciones donde podrían limitar el poder de los individuos que lo ostentaban, oscilando entre la sujeción a egos desproporcionados y despóticos, como los antiguos reyes romanos, de origen etrusco, y la fragmentación del poder, donde se reconoce la multiplicidad de actores que ostentan un poder similar y a los que se les faculta para tomar las decisiones que llevarán a esa organización política determinada a cumplir con los anhelos

de orden y seguridad, como lo fue el *Senado romano* y la división del poder de gobierno en pares, los denominados *cónsules*.¹⁵

Antes de entrar en materia, resulta menester aclarar que el esfuerzo realizado por parte de las diferentes disciplinas y ciencias sociales resultan parciales. Ya sea desde un enfoque jurídico, sociológico o inclusive con los lentes de las ciencias políticas, resulta muy complicado asimilar y comprender las instituciones jurídicas romanas por dos razones: la primera corresponde a la información que se puede extraer de las fuentes escritas y doctrinales de las mismas, pues corresponden a reinterpretaciones de las mismas. Es decir, las conclusiones que se pueden obtener de los períodos históricos que comprenden los antecedentes de la excepcionalidad siempre estarán sujetas a las interpretaciones que realiza el investigador sobre el fenómeno estudiado, y como consecuencia de esta experiencia, se estará ante un sesgo investigativo palpable, pues las instituciones serán observadas a la luz del momento en que se analizan.

Consiente de dicha situación, el constitucionalista mexicano Diego Valadés (Valadés, 2021), realiza un ejercicio de verdadera arqueología jurídica, remontando los inicios de la excepcionalidad a la Grecia antigua:

Hay indicios de que la racionalización del ejercicio del poder en Grecia contempló, desde el periodo arcaico, la posibilidad de una magistratura extraordinaria. La institución griega, por lo general pasa inadvertida. Quien llamó la atención para este hecho en el siglo XIX fue A.H.J Greenidge, al señalar que la institución aisymnesia correspondía a un mediador con poderes especiales para resolver una situación crítica que pusiera la polis en riesgo.¹⁶

La anterior cita recalca el punto al que se quiere llegar, la interpretación de las distintas instituciones jurídicas de antaño, ya sean griegas o romanas, nos permiten ubicar los orígenes de la excepcionalidad de acuerdo con las interpretaciones que nosotros mismos les demos. Podemos encontrar las raíces de la excepcionalidad en las múltiples manifestaciones del poder despótico ejercido en la antigüedad, sin embargo, adecuaremos estas circunstancias de acuerdo con la visión que le queramos dar a este ejercicio del poder. Si consideramos que la excepcionalidad es una institución jurídica necesaria y provista de una racionalidad anterior, premeditada y acorde con una finalidad de preservación de un orden legal, debemos necesariamente acudir a la interpretación institucional de la misma y remontarnos a lo dispuesto por las fuentes que consideremos más próximas a nuestras tradiciones jurídicas.

Por lo anterior, remontarnos a un estudio histórico tradicional, como se ha enunciado desde un principio, resultaría un tanto inocuo, pues podría realizarse un trabajo de no acabar, buscando una causa primaria. Por el contrario, se buscará atender la génesis del discurso preciso, donde la excepcionalidad se vea utilizada de acuerdo a una finalidad específica.

¹⁵ Siles Vallejos, Abraham, *La dictadura en la República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional*, Revista de la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) N° 73, pág. 411-424, 2014.

¹⁶ Valadés, Diego, *Constitucionalismo crítico: ideas para la transición constitucional en la era post Covid-19*, Ciudad de México, Siglo XXI Editores, 2021. Pág. 32.

Este problema metodológico, también es explorado por parte de Carl Schmitt en su famosa obra *La Dictadura* (Schmitt, 1968), donde inicia su estudio sobre la famosa *dictadura romana*, donde el interés por la misma institución no refleja su verdadera naturaleza, sino se aproxima a una extrapolación de la figura histórica, trayéndose a los tiempos en que se estudia. Carl Schmitt comienza su obra observando lo siguiente:

Para los autores humanistas del Renacimiento, la dictadura era un concepto que se encontraba en la historia de Roma y en sus autores clásicos. Los grandes filólogos y conocedores de la antigüedad romana comparaban las distintas exposiciones de Cicerón, Tito Livio, Tácito, Plutarco, Dionisio de Halicarnaso, Suetonio, etc., y se interesaban por la institución como una cuestión de historia de la antigüedad, sin buscar un concepto de significado jurídicoestatal general.¹⁷

Esto nos conduce al segundo problema metodológico que encontraremos al analizar la proveniencia de la excepcionalidad como institución jurídica. Necesariamente tendremos que partir de una tradición política-jurídica aceptada y comprendida como tal. No podemos partir de una visión crítica que no sea hegemónica para estudiar el por qué se afianzó y consolidó como tradición, como una institución que se ha preservado a través del tiempo y que sigue teniendo vigencia. En este punto, el pensamiento de Hannah Arendt (Arendt, *La promesa de la política*, 2008), resulta lo bastante ilustrativo para comprender el sesgo de la interpretación al que se ve enfrentado el investigador.

Para Arendt, la tradición política que sobrevive permea la comprensión de las instituciones político-jurídicas que tratamos de explicar y extrapolar a nuestros tiempos. En otras palabras, en la política siempre prevalecerá la visión de alguna de las partes que pueda ejercer su hegemonía sobre la otra y, normalmente, la visión de la parte que ostenta y sostiene el poder tiene más posibilidades de sobrevivir al paso del tiempo. Lo que nos lleva a concluir que la interpretación que realiza sobre las instituciones a través de las cuales ejercía el poder sean consideradas como las únicas, especialmente en las tradiciones romanas, herederas de las griegas, con una visión específica sobre qué acciones de los seres humanos eran dignas de preservarse, como las acciones “*heroicas*” en la antigua Grecia:

Este pasado prepolis de Grecia es la fuente del vocabulario político griego que aún pervive en todas las lenguas europeas; sin embargo, la tradición de filosofía política, comenzando como comenzó en el momento de la decadencia incipiente en la vida de la polis griega, no pudo más que formular y categorizar estas experiencias tempranas en los términos de la polis, con el resultado de que nuestra misma palabra ‘política’ se deriva de y señala hacia esa forma específica de vida política, confiriéndole una especie de validez universal. Tan solo se preservaron vestigios rudimentarios del significado original de palabras como *archein* y *prattein*, de modo que, lo sepamos o no, cuando hablamos y pensamos de la acción, que después de todo es uno de los conceptos más importantes, quizá el central, de la ciencia política, tenemos en mente un sistema categorial de medios y fines, de gobernar y ser gobernado, de intereses y criterios morales. (Arendt, 2008, pág. 82)

¹⁷ Schmitt, Carl, *La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, Madrid, Revista de Occidente S.A., 1968. Pág. 33.

Sin embargo, para los romanos no era lo “heroico” lo digno a preservarse, y por lo tanto convertirse en tradición, por el contrario, y gracias a sus mitos fundacionales, como *La Eneida*, lo digno a preservarse, el centro de su accionar político era, para Arendt: “la fundación y preservación de una *civitas*” (Arendt, *La promesa de la política*, 2008). Diferencia que no puede pasarse por alto, pues que se le de prevalencia al esfuerzo colectivo, sintetizado en la *civitas*, es un enorme cambio de paradigma sobre las tradiciones griegas. La búsqueda de la unidad y preservación del conglomerado social es una manifestación de la influencia que tendrá el derecho romano sobre la filosofía jurídica que se desarrollará posteriormente, pues el sentido deontológico que se le atribuirá a la ciencia del derecho corresponderá con el deber de preservar el orden legal en una sociedad.

Por consiguiente, la primera aproximación que se tendrá de la excepcionalidad, en la figura de la dictadura, puede ser considerada como una figura necesaria, como una institución relevante pues, a través de la misma, se buscará preservar un valor mayor: el orden de una sociedad que, en condiciones normales, funcionaría lo suficientemente bien como para permitir la convivencia humana, con normas e instituciones definidas, que llevan consigo una finalidad última bastante aceptable y loable, la preservación de la paz en un ambiente conocido y predecible.

Para este punto, la recurrencia a las instituciones de antaño, más que fuentes ideológicas y formales del derecho, pueden considerarse como aproximaciones anacrónicas, que tienen como finalidad denotar la situación dialéctica que puede surgir al momento de analizar el funcionamiento de una sociedad relativa a su espacio y tiempo. Pueden conducir a situaciones “distópicas”, en el caso en que se analice en retrospectiva y se concentre en los errores que pueden surgir al momento de reevaluar lo sucedido y cómo se llegó hasta un punto insostenible donde las instituciones traídas del pasado han fracasado.

Como también puede servir para alimentar “utopías”, donde se trae una institución jurídico-política al presente, queriendo asimilar las condiciones de modo y lugar, o contextualizarlas, ante una necesidad particular, ignorándose el criterio central de las mismas, es decir, su relatividad intrínseca a su entorno social y sus condiciones de vida, en últimas, a su cosmogonía. Lo que se quiere expresar con esto es que por más que se tenga una institución determinada, que provenga de la tradición imperante, la misma se ha desnaturalizado a través del tiempo, por el simple paso del mismo, cambiándose así las condiciones que inicialmente condujeron a su creación, dificultándose así la interpretación que se realizará de la institución objeto de estudio.

Por esto mismo, el estudio genealógico de la excepcionalidad no puede partir únicamente de la institución en sí, por el contrario, deberá buscarse en la justificación que conllevó a su utilización, es decir, en el discurso que se reproduce y multiplica a lo largo del tiempo, permitiendo superar la anacronía de las instituciones y, en consecuencia, su mutación y adaptabilidad al entorno donde se desea aplicar.

Ahora bien, la asimilación de las tradiciones e instituciones jurídicas, y su acoplamiento anacrónico, corresponde a un fenómeno repetitivo, que puede rastrearse a través de cualquier época, teniendo como denominación conceptual la acuñada por Toynbee¹⁸, recuperada por Pierangelo Catalano de la siguiente forma: “Los ‘arcaísmos’ son las ‘tentativas

¹⁸ La cita a Toynbee proviene del texto de Pierangelo Catalano en: *Constitución Romana y pueblos de América Latina*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020. Pág. 53-54.

por escapar de un presente intolerable reconstruyendo una precedente fase de una sociedad en disgregación'. ” (Catalano, 2020).

Teniendo como punto de partida estas dos complicaciones metodológicas de la visión estructuralista y tradicional de la historia, la interpretación y comprensión que se le da a las instituciones, variable de autor en autor, y el apego que se tiene a una valoración tradicionalista de las mismas que existían antiguamente, y que tienen un claro sesgo político, es que se empezará a analizar la genealogía de la excepcionalidad. Y como tiene una clara finalidad, comprendida en la preservación de un poder hegemónico, ya sea en la preservación de una *civitas* o *polis* hasta la continuidad de un modelo de Estado, resultaría correcto comenzar por afirmar que la excepcionalidad está prevista para confrontar las amenazas que atenten contra un orden político-jurídico determinado, a través de la utilización legítima de unas prerrogativas otorgadas a un gobernante.

De acuerdo con la investigación del Profesor Abraham Siles Vallejos, la dictadura fue una institución jurídica que surgió a partir del republicanismo: “La dictadura germinó como una magistratura «extraordinaria» en el marco de las instituciones republicanas y, según parece, muy poco tiempo después de fundado el nuevo régimen político.” (Vallejos, 2014) ¹⁹ Esto da muestra de la dualidad anteriormente anunciada, pues a pesar de haberse superado la fase monocrática e instaurar una república con visos de representación “popular”, reducida a grupos selectos, esto conllevó a la fragmentación del poder, haciendo que la toma de decisiones estuviera en cabeza de muchas personas, diluyendo el poder y permitiendo el surgimiento del disenso, y así una forma de hacer política que necesariamente tenía que valerse de la persuasión y las soluciones dialógicas.

Las implicaciones positivas que trae consigo la democracia temprana ejercida en la época republicana romana no está en discusión, su influencia es la columna vertebral de los estudios políticos desde el Renacimiento, y que han sido las bases de los conceptos de la mayoría de las ideologías modernas sobre lo que se considera una organización política *civilizada* y ordenada, especialmente en el ideólogo y teórico más importante del Estado liberal, Rousseau. Por el contrario, son las implicaciones negativas las que realmente nos interesan para esta investigación. Son las incitaciones al absolutismo, al despotismo, a recurrir a una manifestación unipersonal del poder las que deben evaluarse. Claro está que, estas inclinaciones a la arbitrariedad no surgen de la nada. Debe existir una razón lo suficientemente fuerte para que decidamos, deliberadamente, acudir a éstas, a pesar de tener un sistema que funciona mejor que someterse al poder y capricho de una persona.

Tanto para los antiguos griegos, como para los romanos, cuyas similitudes y cercanías son más que evidentes, existían estos momentos particulares en los que no se podía apelar al consenso, a las soluciones discutidas y analizadas bajo la lupa de una razón intersubjetiva. Por el contrario, se requerían soluciones drásticas, muchas veces tomadas con el ímpetu del momento, sin medir razón más que la propia. Estas situaciones extraordinarias eran conocidas como *crisis*. Realmente el concepto de crisis, de origen griego, significa “sentencia” o “resultado de un juicio”²⁰. El concepto moderno de crisis dista bastante de

¹⁹ Vallejos, A. S. (2014). La dictadura en la República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional. *Revista la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP)* (73), 411-424.

²⁰ Esta definición deviene del estudio realizado por Zygmunt Bauman y Carlo Bordoni, en su obra *Estado de crisis*, Barcelona, Espasa Libros, S.L.U, 2016, pág. 11.

su consideración antigua, pero las situaciones excepcionales siguen siendo el fondo de éste.

La definición de *crisis* ha sido explorada en la obra compartida entre Bauman y Bordoní, donde ambos analizan las diferencias anunciadas anteriormente entre su acepción antigua y moderna. De acuerdo con Carlo Bordoní, las crisis, en un principio, podían considerarse positivamente: “El concepto de crisis evoca la imagen de un momento de transición desde una condición previa a otra nueva; una transición necesaria para poder crecer, el preludio a un estatus diferente y mejor, un decisivo ‘paso adelante’.” (Bauman & Bordoní, 2016, pág. 13)

Sin embargo, el concepto se ha recrudecido en la modernidad debido a la proliferación de problemas que el Estado ya no podía atender de forma satisfactoria. Los problemas a los que se enfrentaban los Estados modernos resultaban de tal magnitud, como las dos guerras mundiales, las crisis económicas o la pandemia de la gripe española, que se empezó a acuñar peyorativamente el término *crisis*. Esto nos acercó, sin duda, al concepto utilizado en la antigüedad para la salvaguarda de la *polis* o del Imperio Romano. Debido a esto, Bauman refiere que, actualmente, cuando utilizamos el término de crisis:

(...) transmitimos en primer lugar una sensación de ‘incertidumbre’, de ‘ignorancia’ en cuanto a la dirección que están a punto de tomar los acontecimientos y, en segundo lugar, la necesidad de intervenir, es decir, de ‘seleccionar’ las medidas correctas y de ‘decidir’ cómo aplicarlas lo antes posible. Cuando diagnosticamos una situación ‘crítica’, es justamente eso a lo que nos referimos: a una conjunción de diagnosis y llamamiento a la acción. (Bauman & Bordoní, 2016, pág. 18)

Igualmente, Bordoní nos da luces sobre cómo se entendía el concepto de *crisis* en las postrimerías del siglo XX, después de haberse transcurrido un sinnúmero de eventos adversos:

La crisis económica es –según los diccionarios– una fase de recesión caracterizada por un freno de las inversiones, una disminución de la producción y un aumento del desempleo; se trata de un término que tiene el significado genérico de un cúmulo de circunstancias desfavorables, vinculadas a menudo con la economía.

Se ‘culpa’ así a ‘la crisis’ de todo suceso adverso, sobre todo si guarda relación con el sector económico. Hablamos, pues, de una atribución de responsabilidad absolutamente despersonalizada, lo que libera a los individuos de toda implicación y remite a un ente abstracto de apariencia vagamente siniestra” (Bauman & Bordoní, 2016, pág. 11)

De lo anterior, resulta menester indicar que toda situación crítica surge de una coyuntura entre un estado anterior, que podría considerarse como una “*normalidad*” deseada, y un evento que atenta contra ésta, que podría ser lo suficientemente grande y peligroso que acabaría con ese orden y seguridad que provee dicha normalidad. Debido a esto, es de suma importancia los primeros elementos que enuncian Bauman y Bordoní, donde se debe partir de la realización de un diagnóstico²¹ de la situación que se considera crítica,

²¹ Bauman también introduce la génesis del concepto crisis en la medicina, partiéndose de una idea positiva del mismo, el cual servirá como un punto de inflexión entre la enfermedad y el tratamiento, donde el diagnóstico del médico resulta crucial para un posterior remedio que conlleve, si se acierta con las medidas, a la recuperación del paciente y un estado “*mejor*” al anterior. *Ibidem*, pág. 18.

para posteriormente llevar a cabo las acciones necesarias para remediar la situación, con la finalidad de mejorarla. Sin embargo, aquí empiezan las situaciones complejas pues, cuando se está ante problemas que abarcan a toda la sociedad, y por lo tanto a la forma de vida que se lleva en la misma, las situaciones críticas muchas veces surgen de problemas estructurales de la misma, siendo por lo menos problemático pensarse que la vuelta a la “normalidad” bastaría para lidiar con las situaciones críticas.

Cuando nos enfrentamos con problemas realmente grandes y decisivos, como lo pueden ser las invasiones bárbaras en la antigua Roma, las guerras entre Estados, el derrumbamiento y colapso del sistema económico o, inclusive, pandemias globales como la recientemente vivida, los diagnósticos se vuelven sumamente complejos, como así también lo son las situaciones críticas, las cuales no tendrán una sola causa y un solo remedio, sino que tendrán múltiples variables que deben entrar a considerarse, con muchos problemas a resolverse al mismo tiempo, siendo urgente la necesidad de acudir a quien realmente pueda atender, aplicar y solventar las medidas necesarias, siendo la única opción de solucionar estos problemas el Estado, entendido desde el punto de vista de la reunión de voluntades, instituciones y recursos, que está dotada de la suficiente fuerza para repeler los peligros que han surgido de las situaciones críticas.

En este punto, Bauman nos anuncia el por qué el Estado es el llamado a afrontar las situaciones críticas, pues en él se reúnen dos características indispensables: el poder y la política, siendo el primero entendido como “la capacidad para conseguir que se hicieran las cosas”, y la segunda como “la capacidad para decidir qué cosas deberían hacerse”²².

Ahora bien, para entender la génesis de la excepcionalidad no basta con comprender el concepto de crisis, al cual se estará recurriendo constantemente, sino que también resultará crucial comprender la relación entre el ejercicio del poder y la política, en los términos anteriormente descritos, que Bauman, en obras anteriores, ha desentrañado explicando que la separación entre estos dos conceptos, en materia estatal, ha generado una suerte de *falta de agencia*²³, es decir, una incapacidad de las entidades estatales para representar, direccionar y ejecutar sus funciones inherentes, como también para resolver los problemas sociales, políticos y económicos, que cada vez más se vuelven más prolíficos y globales:

La confianza en la capacidad del aparato estatal para cumplir con su cometido descansaba en el supuesto de que las dos condiciones necesarias para una administración efectiva de las realidades sociales – el poder y la política– estaban en manos del Estado, que se suponía que era una especie de amo soberano (exclusivo e indivisible) dentro de sus límites territoriales; (...) En la actualidad, sin embargo, el Estado se ha visto expropiado de una parte considerable (y creciente) de su antaño genuino o presunto poder (para hacer cosas), del que se han apropiado fuerzas supraestatales (globales) que operan en un ‘espacio de flujos’ (Manuel Castells dixit) fuera de todo control político, mientras que el alcance efectivo de

²² *Ibidem*, pág. 19

²³ Para ampliar sobre la crisis de agencia de las entidades estatales, se recomienda acudir a la obra de Bauman denominada *En busca de la política*, la cual será tratada más adelante en la presente investigación, especialmente el capítulo denominado como *En busca de agencia*.

las agencias y organismos políticos no ha logrado ir más allá de las fronteras estatales. (Bauman Z. , 2002, pág. 23)

Por lo tanto, la separación entre las dos características esenciales del Estado, entre el poder y la política, conlleva a que dentro del mismo no se encuentren las soluciones necesarias para hacer frente a estas nuevas situaciones que puedan considerarse como críticas. Encontrar las formas de unir estas dos prerrogativas o facultades, que se presumen estatales, es lo que se buscaba, en principio, con la excepcionalidad, pues se buscaba atender las distintas crisis, aun cuando el Estado no podría hacerlo. Para Bauman, este problema de la pérdida de la capacidad estatal para asumir sus funciones y entrar a afrontar las situaciones excepcionales, corresponde, a su vez, en una crisis a nivel estatal, que no tiene una posible solución a la vista en las sociedades contemporáneas:

En resumidas cuentas, la crisis actual difiere de sus precedentes históricos por cuanto la estamos viviendo desde un contexto de 'divorcio entre el poder y la política'. Este divorcio provoca una 'ausencia de agencia o capacidad de acción' necesaria para hacer aquello que toda crisis exige por definición: elegir un modo de proceder y aplicar la terapia indicada para seguir el camino que se ha escogido. Da la sensación de que esa capacidad de acción insuficiente seguirá paralizando la búsqueda de una solución viable hasta que el poder y la política (hoy divorciados) vuelvan a maridarse.²⁴

A pesar de lo anterior, resulta menester robustecer el concepto de crisis, partiéndose de la diferenciación teórica que anuncia Jared Diamond en su obra *Crisis*²⁵ (Diamond, 2019), donde, en una acuciosa exploración sobre el concepto, realiza una comparación entre las crisis de carácter personal, o individual, con las crisis que viven los países, realizándose un estudio comparativo de diferentes naciones a lo largo de la historia, las formas en que se han atendido las situaciones críticas y, lo más relevante para la investigación, nos trae una definición que buscará abordar dos variantes cruciales, a saber, un elemento cualitativo, relacionado con el impacto del suceso que puede considerarse crítico, y otro elemento cuantitativo que puede traducirse en la duración y habitualidad con la que se presentan estos eventos.

Es así como, dentro de la propuesta que trae Diamond, las *crisis* pueden evaluarse y entenderse dentro de un espectro que estará determinado por estas dos variables, entendiéndose que, en ambos lados del espectro, las situaciones críticas ameritarán una intervención mayor o menor, para el caso de las naciones, por parte de sus entidades o instituciones, donde resultará determinante atender y reconocer frente a qué tipo de situación crítica se está. Para comprender lo anterior, se parten de diferentes preguntas que, como el mismo autor lo reconoce, tendrán respuestas distintas de acuerdo con los propósitos y los casos que se busquen analizar:

Ahora ilustremos el siguiente problema práctico: ¿cómo de breve, importante y poco habitual tiene que ser un punto de inflexión para merecer el apelativo de 'crisis'? ¿Con qué frecuencia es útil clasificar los acontecimientos de la vida de

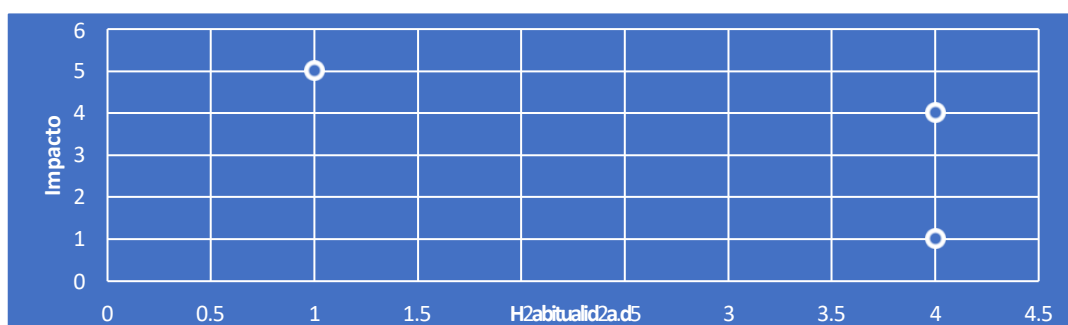
²⁴ *Ibidem*, pág. 24.

²⁵ Diamond, Jared, *Crisis, cómo reaccionan los países en los momentos decisivos*, Penguin Random House Grupo Editorial, S.A.U.

una persona, o de un milenio de historia local, como una ‘crisis’? (Diamond, 2019, pág. 18)

De estas preguntas, el autor busca crear un *espectro* o un campo específico donde se pueden evaluar las situaciones que se consideran como críticas, atendiendo las variables de temporalidad e impacto, y que pueden graficarse de la siguiente forma:

- *Gráfica No. 1: Variables para comprender las situaciones críticas.*



Del anterior gráfico, se pueden empezar a esclarecer los ejemplos que el autor trae consigo en su texto, donde, se empezarán a analizar las variables de *impacto* y *habitualidad*, de las diferentes situaciones críticas, proponiéndose una adicional, que buscará ilustrar una situación hipotética. El primero de los puntos referenciados, donde se tiene un impacto, ubicado en el eje y (o el eje vertical), de cinco puntos, es decir un impacto mayor, y una habitualidad, ubicada en el eje x (o eje horizontal), de un punto, buscarán graficar una situación realmente excepcional y que no se produce con la bastante frecuencia como para ser atendida constantemente. Este punto coincidiría con el siguiente ejemplo del autor:

Una de las respuestas, en un extremo del espectro, limita la aplicación de la del término ‘crisis’ a intervalos largos y a sucesos dramáticos y poco habituales (...) Por ejemplo, un historiador de la antigua Roma podría aplicar la palabra ‘crisis’ únicamente a tres acontecimientos ocurridos después de la fundación de la República de Roma en torno al 509 a.C.: las dos primeras guerras contra Cartago (264-241 a.C. y 218-201 a.C.), el reemplazo del Gobierno de la República por el Imperio (en torno al año 23 a.C.) y las invasiones bárbaras que condujeron a la caída del Imperio romano de Occidente (en torno al 476 d.C.)²⁶

El segundo punto, que se encuentra en un nivel de impacto un punto, y en un nivel de habitualidad de cuatro puntos, coincidiría con un evento que es previsible, por la frecuencia en que se presenta, donde su impacto es menor y permite una toma de decisiones planificada, sin que por esto se desatienda que se trata de una situación crítica, o como lo ha mencionado el autor, un *punto de inflexión*. Para ilustrar lo anterior, Diamond trae el siguiente ejemplo:

En el extremo contrario del espectro, mi colega de la UCLA David Rigby ha publicado, junto con Pierre-Alexander Baland y Ron Boschma, un magnífico estudio

²⁶ Ibidem.

sobre las ‘crisis tecnológicas’ ocurridas en las ciudades estadounidenses. En términos funcionales, caracterizan estas crisis como los períodos en los que se observa una desaceleración sostenida en las solicitudes de patentes y definen la palabra ‘sostenida’ en términos matemáticos. Según esta definición, concluyen que, de media, una ciudad estadounidense sufre una crisis tecnológica cada doce años, que la duración media de estas crisis es de cuatro años y que, cada década, la ciudad estadounidense media atraviesa una crisis tecnológica que dura aproximadamente tres años. (Diamond, 2019, pág. 19)

Por lo tanto, se pueden entrar a categorizar y estudiar los tipos de eventos que pueden ser considerados como críticos y, asimismo, se pueden diferenciar dentro de un espectro que cuente con las dos variables descritas, es decir, de acuerdo con su temporalidad y con su impacto. Esto nos resulta sumamente útil al momento de entender cuándo se deben aplicar las medidas excepcionales y cuándo el poder ejecutivo debe asumir prerrogativas adicionales a las previstas en el ordenamiento jurídico, pues solamente podrán ser utilizadas en momentos donde el punto de inflexión, o el evento catastrófico, tenga un impacto tal que pudiese condicionar la misma vida del Estado y los valores que se pretenden resguardar con éste, y que su presencia sea anómala, es decir, no tenga una frecuencia definida en el tiempo y su carácter de imprevisibilidad sea lo suficientemente ostensible.

Si bien pueden existir situaciones que, en apariencia, pueden ser críticas y se presenten con una habitualidad definida, como los eventos y catástrofes naturales, que están incluidas dentro de las regulaciones de la excepcionalidad, no bastaría con su sola existencia para la determinación y justificación de las medidas extraordinarias, pues, una de las obligaciones que se derivan de la razonabilidad del Estado, corresponde precisamente a la predicción y planeación de las medidas que deben adoptarse en estos momentos.

Antes de continuar, vale la pena mencionar el tercer escenario que se propone en la gráfica, donde se presenta un evento con un alto impacto y una habitualidad considerable. Esto podría ser un punto hipotético que evaluar pero que, desafortunadamente, se puede analizar como una deficiencia estructural del Estado. Estar frente a situaciones críticas constantemente, que tienen un impacto lo suficientemente alto como para recurrir a la excepcionalidad, son las situaciones que interesan a la investigación y que serán analizadas a lo largo del capítulo tercero, cuando nos adentremos en las situaciones que llevaron a la constante utilización del *estado de sitio*, como respuesta a eventos que trascienden la normalidad del Estado y que pueden considerarse como críticos.

El concepto de *crisis* que se ha querido proponer, distorsionado por las experiencias modernas y por la falta de agencia, resulta más cercano a las justificaciones que podían encontrarse en la antigüedad para la recurrencia a los estatutos excepcionales y la instauración de las dictaduras en Roma, cimentando así las bases para la caída de la República. Por esto, resulta necesario detenerse a realizar las siguientes preguntas: ¿La crisis del Estado contemporáneo, o *postwesfaliano*, puede encontrarse en antecedentes históricos? O, como lo anuncia Bauman, es una crisis sin precedentes. Igualmente, cabe preguntarse ¿la excepcionalidad pudo conjurar esta falta de agencia en el Estado, encontrando un remedio para afrontar las crisis en la delegación del poder estatal en cabeza de una sola persona?

Para contestar los anteriores interrogantes, empezaremos por comprender la figura del Dictador romano, la necesidad de recurrir a la delegación del poder soberano de la *civitas* en una sola persona, y las consecuencias que se derivaron de su utilización desproporcionada e irracional. Aunque hay una inmensidad de fuentes sobre lo sucedido en esa época, una de las más acertadas para describir el por qué se llegó a una opción de gobierno autoritaria y militarista corresponde a las grandes riquezas que se obtenían en las conquistas militares. La ambición se apoderó de los gobernantes romanos, y en pocos años se descompuso todo el andamiaje institucional que habían logrado. El ascenso de los dictadores corresponde, en gran medida, a la antelación del interés particular de quienes ostentaban el poder:

Los antiguos romanos fueron leales a los principios morales y éticos de sus ancestros, fieles a todo lo que tuviera sentido de justicia y honestidad. Pero la riqueza obtenida a través de las conquistas les creó el hábito de la vida fácil; las oportunidades de enriquecerse rápidamente corrompieron a esta nueva clase social, hasta tal punto, que las altas magistraturas fueron pretendidas con el propósito de acrecentar sus patrimonios particulares.²⁷

Para explicar el fenómeno de la transición entre una forma de gobierno condensada en la razonabilidad, expresada a través de la República, a una unipersonal y militarista derivada de una situación crítica, se partirá de la comprensión de la “constitución romana”²⁸, pues en esta se encuentran diversas formas de gobierno, como una temprana comprensión de la necesidad de los límites y contrapesos a los poderes públicos que, normalmente, se ejercían por parte de diferentes personas.

Comprender esta amalgama de situaciones y formas de gobierno es una tarea que ocupó a diferentes filósofos de la antigüedad, como también a distintos historiadores clásicos como Polibio, quien retoma la idea aristotélica de la distinción entre las formas de gobierno puras y las corruptas, describiéndolas en la teoría de la *anaciclosis* (*anaklykosis*), contenida en el *Libro VI*, de la *Historia de Polibio* (Polibio, 2018)²⁹.

Sin embargo, antes de describir la importancia de la teoría de Polibio, es necesario realizar una aclaración teórica sobre la misma, pues esta puede considerarse como una teoría política, más no como una teoría jurídica sobre los elementos del Estado o de la unidad de este, por lo que solamente podrían entrecruzarse elementos contextuales, sobre la forma en que se concebía el Estado, mas no de su funcionamiento o de las relaciones de poder que

²⁷ Muñoz López, Luis Alfonso, *Derecho Romano comparado con el derecho colombiano*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2007. Pág 26.

²⁸ Aunque existen diferentes formas de concebir las constituciones, como fenómeno jurídico y político, para este caso en concreto se utilizará la definición que empleaban los filósofos de La Antigüedad, especialmente Platón, Aristóteles y Polibio, quienes la asimilaban a la forma de gobierno. Esta definición, proviene de la tesis sostenida por Georg Jellinek, en su obra *Teoría general del Estado*, donde define los órganos inmediatos del Estado, asimilados por los griegos en la forma de gobierno: “En todo Estado existen necesariamente órganos inmediatos cuya existencia es lo que determina la forma de las asociaciones, y cuya desaparición, o desorganiza completamente al Estado, o lo transforma fundamentalmente. Tales órganos se llaman inmediatos, porque su carácter de órganos es una consecuencia inmediata de la constitución de la asociación misma.” Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pág. 488. (Jellinek, 2000)

²⁹ Esta obra de Polibio, encuentra su traducción al castellano gracias a la tarea de Ambrosio Rui Bamba, retomada por la Biblioteca Clásica Luna, a través de Ignacio Carracedo Justo. Polibio, *Historia de Polibio Tomo II*, Madrid, Biblioteca Clásica Luna, 2018.

podrían derivarse de los usos estratégicos del derecho, como sí podrán encontrarse en Agamben o Schmitt, lo cual será explicado con posterioridad. Por ahora, cabe resaltar la definición que trae Georg Jellinek (Jellinek, 2000) sobre la teoría de las “constituciones mixtas”, cuando hace alusión a la unidad del Estado y la descripción de los órganos inmediatos del mismo, donde trae a colación una definición de Merkel sobre el asunto:

(...) expresa esta misma opinión, pero trata de apoyarla en la doctrina de las formas mixtas del Estado, la cual principia a ser popular en la Antigüedad con Platón, y especialmente mediante Polibio y Cicerón, doctrina que tuvo gran influjo más tarde. Ahora bien, las formas mixtas del Estado expresan una idea política y no jurídica, nacida para representar un Estado concreto como Estado normal. Así es como busca, Polibio en Roma y los nuevos apologistas de estas doctrinas ya en Inglaterra, bien en las monarquías constitucionales en general, la mejor forma de Estado, en una combinación justa de tres elementos políticos: el monárquico, el aristocrático y el democrático. Esta doctrina lleva el sello característico de las especulaciones políticas abstractas, lo que fue ya advertido por Tácito, si bien de un modo deficiente. Toda teoría de una mezcla de tipos implica una concepción superficial de éstos. En la literatura jurídica moderna se distingue entre formas mixtas de Estados, o Estados que tienen varios órganos inmediatos, y los que solo poseen uno. (Jellinek, 2000, pág. 494)

Haciendo esta aclaración conceptual y teórica necesaria, pueden evaluarse las principales aportaciones de esta teoría, las cuales se definen a través de una relación de continuidad entre las formas de gobierno puras que, cuando se corrompen, tienden a cambiar entre sí, volviéndose siempre a la que es considerada por Polibio como la forma natural de gobierno, es decir, la monarquía. A continuación, se presentará una explicación somera de la teoría de Polibio, para introducirnos la respuesta a la que llegó para poner fin a la *anaciclosis*, resultando en una visión particular del Estado en Roma.

Es decir, las formas de gobierno que derivaban en constituciones, en el sentido clásico y antiguo del término, comenzaban por la monarquía, pues se entendía como la forma primigenia de toda asociación humana, donde mediaba la fuerza como elemento diferenciador entre el gobernante y los gobernados, como así lo expresa Polibio:

(...) Pero después que de las semillas que se han salvado, se vuelve a multiplicar con el tiempo la especie humana; entonces sucede a los hombres lo que a los demás animales. Se asocian, se congregan, como es regular a los de una misma especie, y lo dicta la debilidad de su misma naturaleza; y entonces por necesidad el que excede a los otros en fuerzas corporales, espíritu y atrevimiento, se pone a su cabeza y gobierna. (Polibio, 2018, pág. 237)

Las demás formas de gobierno, que se recalca cuentan con la misma base aristotélica contenida en *La Política*, corresponden a la aristocracia y a la democracia, mientras que, sus formas corruptas o impuras, se irán anunciando de forma contraria a estas tres primeras u originarias: la *tiranía* corresponderá con la forma corrupta de la monarquía; la *oligarquía* deviene con la corrupción de la aristocracia; y, por último, la *oclocracia*, en la teoría de Polibio, corresponde a la versión corrupta de la democracia, donde se hace una

distinción, por lo menos teórica, con la versión aristotélica, donde la democracia es la forma imperfecta, mientras la *Politeia*, es la forma que se deberá entender como pura.

Polibio, entonces, encuentra una relación de causalidad, que asume como suficiente y necesaria, en la degeneración de las formas de gobierno, por la misma actuación de los seres humanos. Para el autor, las condiciones naturales del ejercicio de cada una de las formas de gobierno llevan a su misma corrupción. En su *Libro VI*, distingue diferentes situaciones que, según su experiencia, pueden ser los desencadenantes del tránsito entre las distintas formas de gobierno.

Para la monarquía, Polibio establece como condición necesaria para pasar de esa forma primaria y originaria el correcto proceder del gobernante, quien deberá velar por un trato que no se ampare siempre en la fuerza. Con esta idea, Polibio extrae la diferencia entre la monarquía y la tiranía, pues en la primera *“con el transcurso del tiempo se introduce en la sociedad una educación común, y un trato mutuo”* que tendrá como consecuencia para los súbitos o gobernados el *“momento en que el hombre comienza a formar la idea de lo honesto y de lo justo”* (Polibio, 2018, ibidem)

Esta situación, de educación común y de concepciones primigenias sobre lo justo, devienen en una suerte de igualdad entre el gobernante y los gobernados, que pronto se degenerará en una actuación que está descrita mejor en Aristóteles, pues se parte de una distinción a través de un concepto que en Polibio se encuentra solamente implícito, las diferencias entre el interés común o general y el interés particular o individual. Sin embargo, Polibio resume la corrupción que antecede el interés particular, en especial cuando habla del cambio entre aristocracia y oligarquía:

No bien se el pueblo con jefes, cuando les presta su poder contra los Reyes; y abolida hasta la sombra de Reino y Monarquía, pasa a fundar y establecer la Aristocracia. El pueblo reconocido a los que han libertado de los Monarcas se entrega sin detenerse a su conducta, y les fía a sus personas. Estos pagados de tal confianza, al principio reputan por principal obligación el bien de la República, y dan toda su atención y cuidado al manejo de los negocios, tanto particulares como del Estado. Pero suceden sus hijos en las mismas dignidades, gentes poco acostumbradas a trabajos, sin la más mínima noción de igualdad y libertad, constitutivos de una República, criados desde la infancia entre los honores y dignidades de sus padres; y abandonándose unos a la avaricia y torpe deseo de riquezas, otros a las borracheras y comilonas insaciables, otros a los adulterios y amores infames, mudan la Aristocracia a la Oligarquía; pero al mismo tiempo excitan en el pueblo los mismos sentimientos que habían tenido, y vienen a lograr el mismo fin que lograron los Tiranos. (Polibio, 2018, pág. 241)

Por último, refiere Polibio que el tránsito entre democracia y olocracia tiene sustento en la falta de certeza que se tiene sobre la igualdad y libertad lograda en antaño con las anteriores formas de gobierno, pasándose a una idea o anhelo de dominar a los otros. En este punto, cabe recalcar que, para el autor, la democracia tendría justificación en los casos donde quienes fueron llamados a gobernar, como los mejores, solamente lo hacen en favor de su interés particular, dándole cabida a la democracia para que los “otros” o el

pueblo en general, tome las riendas sobre este camino incierto. Y debe recalcarse la incertidumbre, porque, para Polibio:

De aquí adelante arrastrados por esta pasión, como no puede satisfacerla ni por sí propios, no por sus virtudes personales, emplean sus bienes en cohechar y corromper el pueblo de todos modos. Una vez enseñado este a dejarse sobornar y vivir a costa de la loca ambición de honores de sus jefes, desde aquel punto desaparece la Democracia, y sucede en su lugar la fuerza y la violencia. (Polibio, 2018, pág. 242)

En este punto, pueden comprenderse como cada una de estas situaciones que deforman o corrompen las formas de gobierno en situaciones críticas que afrontan en su momento cada uno de los gobernantes, bien sea a través de un gobierno unipersonal, de unos pocos o en la reunión de todos los individuos que se reúnen para gobernarse. Lo que resulta determinante para esta investigación, es que en cada una de las formas corruptas subyace un elemento ya considerado: la falta de agencia, de una representación política que atienda realmente al interés general, que normalmente se ve precedido por una situación crítica.

Por esta misma falta de agencia, es que Polibio recae en la forma primigenia de gobierno como final del ciclo pues, para el autor, retomar la violencia y la fuerza como constante al final de la democracia, solo podrá ser solventada con un liderazgo firme, expresado en las calidades de una sola persona que pueda llevar a cabo una empresa de tal magnitud, como es volver a reunir a cada uno de los individuos que componen al Estado en una asociación política, para así conjurar las crisis que se vienen vivenciando.

Esta aproximación, a través de la *anaciclosis* planteada por Polibio, podría considerarse como una teoría de carácter predictivo, es decir, una teoría que buscaría plantear una serie de respuestas y anteceder las consecuencias de la degeneración de las formas de gobierno, sin que pudiese concebirse como una teoría completa y descriptiva sobre las razones que llevan al cambio de la forma de gobierno, donde se comparte la apreciación realizada por Jellinek, a través de la salvedad que se planteó comenzando con la teoría de Polibio. Faltaría, como se intentará demostrar, un elemento sumamente importante: el elemento estratégico, el cual solo puede entenderse como el discurso que estará escondido, difícil de desentrañar, para justificar el cambio de una forma de gobierno a otra.

Igualmente, la *anaciclosis* de Polibio es rígida en su movimiento, es decir, el cambio que se justifica se da dentro de un ciclo que aparecería como “natural”. Entiéndase que, debido a la proximidad que tenía Polibio únicamente con las relaciones dadas en el espacio del Mediterráneo antiguo, solamente podría conocer sus antecedentes inmediatos, comprendidos en las mismas organizaciones políticas imperantes por entonces, bien sean las congregaciones helénicas, y las diferentes *polis* o Ciudades-Estado, o del Imperio Romano, de donde buscó una explicación para la ruptura de este ciclo connatural a las formas de gobierno propuestas por Aristóteles.

En este punto, se resuelve la primera pregunta planteada, donde se puede afirmar que la falta de agencia dentro del Estado sí encuentra una relación histórica observable, y no resulta ser solamente un problema moderno. Este correspondería al elemento que interesa

de sobremanera a la investigación, un retrato del Estado Romano, donde se puedan desentrañar la forma en que interactuaban las instituciones públicas, para así determinar cómo fue el paso de la República a la época imperial romana, donde la agencia, como elemento determinante para atender las situaciones críticas, son puestas a prueba, llevando a la necesidad de instaurar la dictadura romana.

Esencialmente, de la teoría de Polibio sobre la denominada “*constitución mixta romana*”³⁰, donde confluyen todas las formas de gobierno anteriormente anunciadas, es importante, para la investigación, diferenciar el poder que tenían los **Cónsules** romanos, de donde después se dará la mutación hacia el período imperial. Era tal el poder de éstos, que contaban con un rasgo esencial de la soberanía, la decisión sobre la guerra y la expansión del imperio. Retrata Polibio el poder depositado en los **Cónsules** de la siguiente forma:

Los Cónsules, mientras están en Roma, y antes de salir de campaña, son árbitros de los negocios públicos. Todos los demás magistrados, a excepción de los tribunos, les están sujetos y obedecen. Ellos conducen los embajadores al Senado, proponen los asuntos graves que se han de tratar, y les pertenece todo el derecho de formar Decretos. A su cargo están todos los actos públicos que se han de expedir por el pueblo, convocar asambleas, proponer leyes, y resolver sobre el mayor número de votos. Tienen una autoridad casi soberana en los aparatos de la guerra, y en todo lo perteneciente a una campaña, como mandar en los aliados a su antojo, crear Tribunos militares, levantar ejércitos y escoger tropas. En campaña pueden castigar a su arbitrio, y gastar del dinero público cuanto gusten, para lo cual les acompaña siempre un Cuestos, que ejecuta sin dilación todas sus órdenes. (Polibio, 2018, pág. 246)

Esta definición de los **Cónsules** romanos permite observar una predisposición hacia un ejercicio de la soberanía, en lo que concierne al Estado, de forma unipersonal, lo que permitiría entender que el tránsito entre formas de gobierno, dentro del Imperio Romano, no supondría una dificultad en cuanto a su concepción teórica del Estado.

Sin embargo, que no implique una dificultad en su concepción primaria del Estado y de las formas de gobierno que se emplean, no quiere decir que no existieran situaciones que requieran un sustento razonable para pasar de una forma mixta, donde confluyen las anteriores formas de gobierno descritas, a una particularmente unipersonal y militarista, donde se retorna a una especie de forma originaria o primaria.

Igualmente, ninguna aproximación teórica estaría completa si no se tiene en cuenta la ya citada obra de Carl Schmitt, donde se busca desentrañar, en su totalidad, el concepto de dictadura. Para comenzar, Schmitt recurre a la concepción que se había heredado por

³⁰ Este concepto no es propio de Polibio, pues este consideraba que el auge de Roma se basaba en la utilización de todas las formas de gobierno a la vez, es decir, de la monarquía, vista en la figura de los Cónsules, la aristocracia, contenida en el Senado romano y de la representación del pueblo a través de una democracia restringida expresada en los Tribunos de la Plebe. Acuñar el término de “constitución mixta” es una aproximación moderna, contenida en la investigación realizada por Kurt Von Fritz en: *The theory of the mixed constitution in Antiquity. A critical analysis of Polybius' political ideas*, Nueva York, 1954.

parte de los pensadores políticos del *Renacimiento*, quienes habían estudiado y comprendido al dictador romano en los siguientes términos:

(...) De esta manera fundaron una tradición, que ha permanecido invariable hasta bien entrado el siglo XIX: la dictadura es una sabia invención de la República Romana, el dictador un magistrado romano extraordinario, que fue introducido después de la expulsión de los reyes, para que en tiempos de peligro hubiera un imperium fuerte, que no estuviera obstaculizado, como el poder de los cónsules, por la colegialidad, por el derecho de veto de los tribunos de la plebe y la apelación del pueblo. El dictador, que era nombrado por el cónsul a solicitud del Senado, tiene el cometido de eliminar la situación peligrosa que ha motivado su nombramiento, o sea, hacer la guerra (dictadura rei gerendae) o reprimir la rebelión interna (dictadura seditionis sedandae). (Schmitt, 1968, págs. 33 y 34)

Retomando el estudio genealógico de la excepcionalidad, a través del discurso legitimador que se propone como hilo conductor de su utilización, y conociendo el concepto de crisis y las aplicaciones que se pueden derivar de éste, resulta comprensible utilizarlo como el referente conceptual para referirnos a las situaciones extraordinarias a las que posiblemente se enfrentaban los gobernantes romanos, que representan un peligro inminente para el mantenimiento de un orden legal predeterminado, entendiéndose como una invasión o el sostenimiento de un régimen imperial basado en la conquista y que, por lo tanto, podía afectar a una organización social, sea cual sea su denominación, pues las crisis pueden afectar desde las tribus, los clanes, las entidades pre estatales o hasta a los mismos Estados.

En este punto, resulta menester detenerse en la naturaleza de la excepción, pues resulta difícil situarla en lo netamente jurídico, como también es imposible desconocer el efecto estratégico que cobra la excepcionalidad, si se estudia como fenómeno político, como una solución plausible a las situaciones críticas a las que se pueden enfrentar las sociedades y, por lo tanto, quienes las gobiernan. Esta reflexión es propia de Giorgio Agamben (Agamben, 2019), quien nos sitúa en la génesis de la excepcionalidad, a través de tres conceptos propios del derecho público romano: *senatus consultum ultimum*, *tumultus* y *iustitum*.

Comprender estos tres conceptos no es tarea fácil, pues cada uno representa una situación particular que, en los estudios sobre la práctica del derecho romano, suscitan, por lo menos, problemas para establecer una teoría irrestricta sobre los estados de excepción como institución jurídica o como institución netamente política. Sin embargo, Agamben propone, en el capítulo tercero de su obra *Estado de Excepción*³¹, que resultaría necesario analizarse la utilización de estos tres términos jurídicos, para así comprender cómo operaba la excepcionalidad en Roma, toda vez que no se tenía una institución jurídica única, como correspondería en nuestros tiempos, que tengan los efectos que comprendemos ahora, por ejemplo, para el estado de sitio.

³¹ El título del capítulo corresponde, precisamente, a *Iustitum*, con una finalidad clara, pero de la cual se tomará un poco de distancia, donde se llega a concluir que mediante la excepcionalidad, se buscaba la suspensión total del derecho, de ahí el término *iustitum* que, por el sufijo *titium* se refiere a interrupción, donde Agamben lo relaciona, gramáticamente, con la palabra *solstitium*. Op.. Cit. Pág. 92.

Para comenzar, el *senatus consultum ultimum*, correspondía a una decisión tomada en el senado romano, por lo que supondría una actuación política que pretendía tener efectos jurídicos, la cual consistía en la posibilidad brindada, a todo aquel que pudiese ostentar alguna facultad o competencia real para afrontar una situación crítica³², para que: “*toman cualquier medida que considerase necesaria para la salvación del Estado (...)*” (Agamben, 2019).

Dicha atribución de facultades extraordinarias provenía a su vez de otro acto, esta vez netamente jurídico, consistente en la expedición de un decreto que establecía la configuración de una situación crítica, el *tumultus*, o una acepción gramatical más cercana, el “tumulto”, consistente en: “*(...) el estado de desorden y de agitación (tumultus es en este caso afín a tumor, en el sentido de hinchazón, fermentación) que adviene en Roma luego de aquel acontecimiento*” (Agamben, 2019, pág. 93). Pero estos acontecimientos que refiere Agamben en su definición no corresponden a cualquier situación que pueda considerarse crítica, sino que su utilización se devenía específicamente de situaciones que se generaban en los conflictos bélicos, bien sean guerras externas, como situaciones de insurrección y de guerra civil, siendo entonces un símil perfecto entre la excepcionalidad romana y el estado de sitio.

Por último, Agamben refiere que, normalmente, después de la declaración del *tumultus*, provenía el *iustitum*, es decir, la suspensión de todo el orden jurídico con la finalidad de no atentar contra el mismo, en el afán propio de tomar todas las medidas necesarias de salvar el Estado y el orden social que se considera legítimo. En última instancia, que la utilización de las medidas excepcionales no se convierta en la terminación del orden legal que se ha construido, es decir, no tener que empezar de cero después de haberse recurrido a la excepcionalidad. Aquí es donde Agamben plantea la línea divisoria entre la dictadura y la excepcionalidad:

Ante todo, el *iustitum*, en cuanto implica una interrupción y una suspensión de todo el orden jurídico, no puede ser interpretado a través del paradigma de la dictadura. En la constitución romana, el dictador era una figura específica de magistrado elegido por los cónsules, cuyo imperium, extremadamente amplio, le era conferido a través de una *lex curiata* que definía los objetivos. En el *iustitum*, por el contrario (incluso cuando quien lo declara es un dictador en funciones), no se da la creación de una nueva magistratura; el limitado poder del que gozan de hecho *iusticio indicto* los magistrados existentes resulta no ya de que se les haya conferido un imperium dictatorial, sino de la suspensión de las leyes que vinculaban su accionar. (Agamben, 2019, pág. 101)

La anterior clarificación conceptual, entre cuándo se estaba ante una dictadura y cuándo ante la utilización de la excepcionalidad, resulta esclarecedora sobre la naturaleza que se pretendía fijar para la última y el tipo de discurso que se verá reproducido y multiplicado a lo largo de la historia, en diferentes contextos. Sin embargo, esa línea divisoria no es para nada clara, pues, como en la misma definición se entrevé, de la dictadura puede

³² Agamben trae a colación que el *senatus consultum ultimum* no iba dirigido únicamente a los cónsules romanos, pues podría dirigirse a quienes hicieran sus veces como los *interrex*, al pretor o a los tribunos de la plebe. Ibidem, pág. 91.

provenir la excepcionalidad, como una solución a la que puede acudir el dictador, soberano o gobernante, para así buscar su perpetuación en el poder, como posteriormente lo hicieron los emperadores romanos.

Lo anterior, es el punto central, y de partida, para comprender la utilización estratégica de la excepcionalidad, por lo que resultaría inocuo analizarla únicamente como figura jurídica, donde los límites son claros, y más como figura política que depende, en gran medida, de una utilización racional, y casi planificada, del *iustitum*, para posteriormente generar un orden legal deseado, haciendo que la transición entre la dictadura y el orden legal que deviene de una racionalidad y uso compartido del poder, parezca armónica e inclusive legítima.

Aunque Agamben, en este capítulo, no ahonda en la utilización estratégica de la excepcionalidad, guardándolo para su capítulo donde desarrolla la relación con la soberanía y que será retomado en las conclusiones de la presente investigación, si deja, en una de sus conclusiones preliminares, esta idea que ha retumbado en diferentes autores como Mauricio García Villegas, en su obra *La eficacia simbólica del derecho* (García Villegas, 2024), que tiene un capítulo específico sobre esa utilización estratégica del derecho, como también en autores como Valencia Villa, a través de su obra cumbre *Cartas de Batalla* (Valencia Villa, 2010). La conclusión de Agamben consiste en:

Este espacio vacío de derecho parece ser, por alguna razón, tan esencial al orden jurídico que este debe tratar por todos los medios de asegurarse una relación con aquel; casi como si para fundarse, debiera mantenerse necesariamente en relación con una anomia. Por un lado, el vacío jurídico que está en cuestión en el estado de excepción parece absolutamente impensable para el derecho; por el otro, este impensable reviste sin embargo para el orden jurídico una importancia estratégica tan decisiva que se trata a cualquier costo de dejarla escapar. (Agamben, 2019, pág. 107)

El peligro inminente de encontrarnos ante una situación de caos total, o de reorganización de la sociedad y la amenaza de un cambio en el poder político, llevó a los romanos a idear la institución jurídica, dentro de sus preceptos legales y constitucionales guardando las distancias con el entendimiento de las constituciones modernas, de la *Dictadura*, la cual consistía, citando a Oren Gross y a Fionnuala Ní Aloáin, a través del texto de Silas Vallejo (Vallejos, 2014), en:

(...) el punto esencial de esta institución de emergencia fue su naturaleza constitucional. Operando dentro del marco constitucional republicano, el dictador fue investido con poderes extraordinarios pero constitucionales. Las emergencias fueron enfrentadas con poderes especiales de carácter autoritario, pero el empleo de tales poderes y la autoridad para usarlos fueron regulados por ley.³³

³³ Op. Cit. Vallejos, A. S. (2014). La dictadura en la República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional. *Revista la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP)* (73), 411-424.

Por ende, la *Dictadura* adquiere tres elementos que resultarán determinantes para su utilización, los cuales están ampliamente emparentados con los estados de excepción, y por eso su utilización estratégica resulta crucial. El primero resultará ser la causa que los origina, es decir una *crisis*, pero entendida como un evento de un impacto mayor, traducida en un peligro inminente que amenace con erradicar el orden legal y social existente en ese momento, lo que es igual que las causas que llevan a decretar el *tumultum*. Mientras que el segundo, y que se entrará a analizar a continuación, es la necesidad de resolverlo a través de una sola persona, es decir, el depósito de la esperanza en la monocracia, y no en cualquier persona que pueda ostentar las facultades o capacidades que se confieran con el *senatus consultum ultimum*. La resolución de los problemas derivados de las situaciones de *crisis* curiosamente comparte esta característica, al menos en el aspecto político, pues tanto en las épocas de la República romana, como en las épocas modernas, se ha recurrido a darle una cabeza notoria al poder. Esto no puede resultar ser un detalle menor, o una simple “costumbre” política y constitucional. La vida militar se convirtió en un elemento central de la vida en la República romana, dotando entonces de una legitimidad carismática a quien debería asumir las medidas extraordinarias.

Decididos a crear un Imperio sin igual acudieron a sus dirigentes militares más diestros para que asumieran las riendas del gobierno. Esto llevó a la primera dictadura en Roma, la dictadura de Lucio Cornelio Sila, quien era un general patricio, y quien fue designado por el Senado como el encargado de aplacar una rebelión en una de las provincias romanas en Asia menor. Siendo exitoso en su labor, Sila retornó a Roma, se enfrentó a sus opositores, y se declaró dictador perpetuo, situación nunca antes vista, que marcaría el precedente para sus sucesores, quienes avizoraban que la constitución romana podría ser fácilmente burlada si se contaba con el poderío militar necesario, y por supuesto, con la legitimidad extraída del miedo, que, en circunstancias específicas, podría volverse admiración, como sucedió con Cayo Julio César.³⁴

Esta situación, de tornar la dictadura como una herramienta para acceder al poder, fue también explicada por Carl Schmitt, quien se esforzó por diferenciar entre la *dictadura comisarial* y la *dictadura soberana*, centrándose en las decisiones que toma quien ejerce la dictadura, una vez se encontraba ante la posibilidad de “renunciar” a las facultades extraordinarias que le habían sido conferidas:

El dictador era nombrado por seis meses, pero antes del transcurso de este plazo resignaba su dignidad, al menos con arreglo al loable uso de los viejos tiempos republicanos, si había ejecutado su misión. No estaba ligado a las leyes y era una especie de rey, con poder ilimitado sobre la vida y la muerte. La cuestión de si el por el nombramiento del dictador se extinguía el poder de los restantes magistrados es contestada de diversas maneras. Por lo general, se veía en la dictadura un medio político, en virtud del cual la aristocracia buscaba proteger su dominación frente a las exigencias democráticas de los plebeyos. Como es natural, falta una crítica histórica de las noticias transmitidas. Las dictaduras tardías de Sila y César fueron agrupadas casi siempre con la dictadura de la época antigua, como algo jurídicamente igual, aunque políticamente distinto (in effectus tyrannis, como dice Besold).

³⁴ *Ibidem*.

Precisamente de esta sorprendente diversidad de la antigua dictadura republicana y la dictadura ulterior de Sila y César habría podido sugerir una determinación más inmediata dentro del concepto de dictadura. La contraposición entre la dictadura comisarial y la dictadura soberana, que había de desarrollarse en lo sucesivo como la decisión fundamental, está aquí ya insinuada en el desarrollo político mismo y se apoya propiamente en la naturaleza de las cosas. (Schmitt, 1968, pág. 35)

De la anterior cita se extraen dos conclusiones bastante importantes: la primera, corresponde al reconocimiento de la utilización política, o como se ha denominado en la presente investigación *estratégica*, de la figura del dictador, la cual no siempre resultó como se planeaba en un comienzo, pues al basarse en situaciones críticas, que conducían a la legitimación de un dictador para resolverlas a través de facultades excepcionales, podía conducir a que éste decidiese, *de facto*, conservar las atribuciones que legalmente se le habían dado, eliminándose consigo toda posibilidad de retornar al ordenamiento jurídico anterior. Este fenómeno, según Schmitt (Schmitt, 1968), correspondería a la *dictadura soberana*, pues quien ostenta el poder, y que fue legitimado por la excepción, no pretende desvincularse del mismo, generándose así un nuevo orden legal.³⁵

La segunda conclusión, viene a resaltar el problema metodológico que se explicaba previamente, sobre cómo hemos asumido que las figuras e instituciones jurídicas de antaño pueden entrar a explicar fenómenos contemporáneos, resultando en una innegable desnaturalización, o *arcaísmo*, al no poder entrar a distinguir las aplicaciones reales y los efectos prácticos de las instituciones. Para este punto, y nuevamente parafraseando a Schmitt (Schmitt, 1968), la dictadura romana no puede considerarse como la que se ejerció únicamente en época de Sila o Julio César, por el contrario, su naturaleza jurídica obedecía a la concesión que se brindaba constitucionalmente a una persona, la cual debería renunciar a las facultades extraordinarias una vez se superaba la situación crítica, volviéndose así a la normalidad, siendo ésta la expresión de la *dictadura comisarial*, o modernamente conocida como *dictadura constitucional*.

El caso de Julio de César es un caso particular, que se enmarca en la transición entre la República y la época imperial romana. El perfil que se ha establecido, para el más celebre de las figuras de los emperadores romanos, ha sido reevaluado a través de la historia, sin embargo, una de las reconstrucciones que más luces nos puede dar sobre el gobernante corresponde a la realizada por Mary Beard (Beard, 2021), quien lo describe de la siguiente forma:

Tras una temprana carrera bastante convencional, en la que resultó elegido para la habitual serie de puestos políticos, militares y sacerdotales, a mediados del siglo I a.e.c., César destacó por encima de la mayoría de sus iguales políticos. Había sido un conquistador de gran éxito incluso para los parámetros romanos —tan brutal que sus compatriotas murmuraban en ocasiones sobre sus crímenes de guerra—. Se había granjeado un enorme apoyo de la gente corriente de Roma gracias a una serie de medidas populares llamativas como la distribución de tierras y raciones de trigo

³⁵ Este fenómeno también ha sido denominado como *cesarismo*, en una clara referencia a Cayo Julio César y su proclamación como dictador perpetuo, dándole fin a la República Romana y entrando a la fase Imperial. Ibidem, pág. 185.

gratuitas, que o bien había propuesto o apoyado. En el año 49 a.e.c. ya no estaba dispuesto a seguir las normas de la política convencional y, en una guerra civil contra los tradicionalistas (o ‘reaccionarios intransigentes’ dependiendo del punto de vista), se abrió camino a lo que en efecto era un gobierno unipersonal. Al cabo de pocos años fue nombrado ‘dictador perpetuo’, convirtiendo el antiguo cargo romano de dictator con poderes de emergencia en una dictadura en el sentido moderno del término.³⁶

Para los romanos resultaba más fácil de explicar este fenómeno jurídico-político de delegación de la soberanía en cabeza una sola persona. A partir de las virtudes de la ciudadanía, y de los valores romanos tan elaborados y definidos en las tradiciones bélicas, conducían a que se acudiera a la ley del más fuerte, la cual también es una de las leyes originarias de la excepcionalidad según Jean Jacques Rousseau³⁷; esto condujo a que, el ciudadano más virtuoso, quien a los ojos del Senado representará en su vida pública los valores más apreciados por éstos, sería quien debería asumir la responsabilidad de ostentar el poder para solucionar los problemas derivados de un peligro inminente, es decir, en palabras de Bauman (Bauman Z., 2002), quien pudiese representar el “*poder (capacidad para hacer)*” y “*la política (facultad para hacer)*”³⁸ en una sola persona. Este tipo de elección, aunque con ciertos criterios que llevaban a que no fuera tan abiertamente arbitraria, como la inclusión del Senado en la recomendación de su designación, que en últimas estaba en cabeza de los cónsules, resultaría muy cercana a la legitimación del dictador moderno, quien también debe cumplir con ciertos requisitos, que no necesariamente deben ser virtudes ciudadanas, y muchas veces distando de éstas.

El ejercicio del poder, por lo tanto, se encontraba legitimado en el valor carismático con el que cuenta el individuo en cuestión, riñendo con la legitimación racional por medio de la cual se identificó la crisis en un comienzo, pues, tanto en Roma, como en la actualidad, las situaciones fácticas que determinarán si se consolida o no la situación crítica, ya sea a través de la dictadura o la excepcionalidad, deberá ser evaluada racionalmente y debidamente sustentada, por un agente externo a quien la decretó, en el caso de Roma, el Senado, mientras que en la modernidad, y en específico en Colombia, será la guardiana de la Constitución Política quien deberá observar que las razones cumplan con las exigencias debidas para esto, siendo ésta la tercera característica heredada, evitándose así la proliferación de regímenes unipersonales, donde solamente se busca el poder en sí mismo, siendo un rasgo esencial que lo distingue del absolutismo, distanciándonos así de este fenómeno político.

Llegados a este punto, tanto la *dictadura comisarial* como los estados de excepción no encuentran mayor resistencia, pues son medidas que en su definición están pensadas para un uso muy limitado, con requisitos claros y dentro de un marco legal específico que,

³⁶ Beard, Mary, *Doce Césares. La representación del poder desde el mundo antiguo hasta la actualidad*, Barcelona, Editorial Planeta S.A., 2021. Pág. 66.

³⁷ Rousseau, a través del capítulo denominado “de la ley del más fuerte”, el cual hace parte de su obra cumbre *El Contrato Social*, establece la relación entre la ley del más fuerte y el “derecho a la conquista”, donde ambos provienen de situaciones que involucran a la necesidad o la urgencia, al igual que la excepcionalidad, o las mismas *crisis*. Estas situaciones conllevan como tal “condiciones irremediables” a las que se ven sometidas las personas dentro de una organización social determinada, y donde no les queda más remedio que obedecer a quien esté ejerciendo el poder en ese momento a través de la ley del más fuerte. Rousseau, Jean Jaques, *El Contrato Social*, Madrid, Ediciones-Distribuciones S.A. SARPE, 1983. Pág. 31.

³⁸ Óp. Cit. Pág. 23.

aunque atiende a situaciones no contempladas dentro del ámbito jurídico, sus efectos están encaminados a preservar un orden y una vida en sociedad preestablecida.

Pero el problema viene en la aplicación de la ley, porque las leyes que creamos los humanos, son precisamente para humanos. La figura de la *Dictadura*, hacia los finales de la época republicana romana, en el siglo I a.C. fue distorsionada a tal punto que se volvió un reflejo de la ambición humana. Las instituciones jurídicas, que están pensadas para ser empleadas por humanos, pueden tener el carácter de perdurabilidad en el tiempo, lo que no significa que la persona deba perpetuarse en la institución. Este no fue el caso de Julio César, como tampoco el de Sila, o los emperadores que los sucedieron, dentro de los cuales encuentran un lugar especial en el abuso del poder Nerón y Calígula. La figura de la *Dictadura* encontró su mutación más prolífica en los emperadores romanos, retornando a la ostentación del poder despótico y monolítico, que, como se ha pretendido distinguir, obedecen a otros fenómenos políticos como la tiranía o el absolutismo, que no pueden entrar a considerarse dentro de la excepcionalidad.

Sin embargo, su ascenso al poder no podría entenderse sin la utilización estratégica de la excepcionalidad, y del discurso que se encuentra sujeto a la misma, entendida como la manipulación de un orden jurídico que permite asumir facultades extraordinarias, en tiempos de crisis, para después buscar la forma de perpetuarse en el poder. Desconocer que lo jurídico tiene una relación intrínseca con el mantenimiento del poder político sería pretender que los estados de excepción, sobre todo aquellos que se instituyen para darle frente a situaciones bélicas y amenazantes del orden legal, no tienen una finalidad estratégica, dejándose de plano la subsistencia de aporías o de anomías. En últimas, el carácter estratégico del uso del derecho, es el enfoque necesario para superar las dificultades que se han pretendido perpetuar para explicar la excepcionalidad.

II. La distinción entre los tipos de excepcionalidad.

En principio, se ha comprendido el discurso legitimador de la excepcionalidad dentro de un poder despótico e irracional en cabeza de la figura del soberano. Sin embargo, existen escenarios, dentro de la evolución histórica del constitucionalismo, donde se ha pretendido *racionalizar* la utilización de la excepcionalidad, buscando la legitimación de su ejercicio bajo la premisa de entender imposible regular, y controlar, todas las situaciones y acontecimientos sociales conforme se va desarrollando el Estado. De igual forma, la existencia de conflictos sociales parece ser inevitable, pues las disputas por el poder son inacabadas, pareciendo que renacen, se recrean o se mimetizan en las diferentes épocas y circunstancias que deben atravesar los humanos cuando se organizan en sociedad.

Hasta ahora, solo se ha visto la “*cara mala*” de la excepcionalidad, y no se ha desarrollado su expresión soberana, como tampoco la utilización que se ha dado en los Estados modernos. La mutación que principalmente adquiere la excepcionalidad proviene de su legalización y constitucionalización, pasando de ser una figura *extrajurídica*, a encontrarse como una de las herramientas recurrentes en el constitucionalismo moderno, inclusive siendo indispensable para el cuerpo normativo de las cartas políticas.

El cambio o mutación que adquiere esta institución de antaño, tiene como principal razón la vocación de perpetuidad, o de persistencia generacional³⁹, que tienen las constituciones modernas, comprendidas dentro del período de las revoluciones liberales, que dan inicio al constitucionalismo clásico o moderno, producto también de la heredada racionalidad de la modernidad. Al momento de redactarse los textos constitucionales, como pactos sociales primigenios, que contienen una declaración de voluntades para vivir en sociedad de forma pacífica, se busca que sean normas longevas que prevengan la utilización de la violencia, entendiendo que, al pasarse por estas situaciones para llegar al punto de partida que comprende una constitución, lo más prolífico sería optar por principios de común acuerdo que puedan ser aplicados por las generaciones venideras.

Esta impronta, de longevidad y perpetuidad, quedó consignada en las distintas constituciones modernas, las cuales partían de consagrar la excepcionalidad como herramienta, incluyéndola en su cuerpo normativo, siendo la antítesis de la forma en que se concibió en principio en la antigua Roma, como se ha visto anteriormente, pero también es diferente a la forma en que se implementaba en los Estados absolutistas europeos, así lo ha referido el investigador Héctor Fix-Zamudio (Fix-Zamudio, 2004), en su estudio sobre la excepcionalidad en los Estados latinoamericanos⁴⁰, cuando realiza el respectivo recuento histórico de la excepcionalidad, y el carácter extrajurídico que se predicaba de la misma:

Durante la etapa que se ha calificado como Antiguo Régimen, es decir durante la existencia de los regímenes absolutistas de Europa continental, y en cierta medida también en Inglaterra, las situaciones de emergencia no se regulaban de manera precisa, y especialmente tratándose de los conflictos internos en los cuales predominaban los motines, es decir las insurrecciones populares, especialmente en momentos de escasez de alimentos, estos disturbios se reprimían de manera pragmática, castigar duramente a los más conspicuos y perdonar a los demás. De acuerdo con la doctrina, las situaciones de emergencia tenían un carácter predominantemente preventivo más que represivo, ya que se tomaban medidas, como el suministro de alimentos cuando los mismos escaseaban, para evitar hasta donde era posible las revueltas.

Con el surgimiento del constitucionalismo clásico, que se inicia con la lucha de independencia en los Estados Unidos de América y la revolución francesa en el

³⁹ Este aspecto, sobre las relaciones intergeneracionales en las constituciones y por tanto en la soberanía, será explorado en los acápites subsiguientes, donde se realizará una reconceptualización de la soberanía. Por ahora, basta con anunciar que la relación intergeneracional corresponde a aquella que busca una relación congruente y correlacional entre las generaciones pasadas y futuras, entendiendo que, en algún punto y de algún modo, están atadas, compartiendo un espacio común y teniendo que convivir por un tiempo determinado.

⁴⁰ A través de su publicación *Los estados de excepción y la defensa de la constitución*, publicado en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVII, núm. 111, septiembre-diciembre de 2004, pp. 801-860, el autor realiza una breve, pero completa, explicación historiográfica sobre el avance de la excepcionalidad a través del tiempo, revisándose el uso que se ha dado a esta institución jurídico-política y la forma en que ha evolucionado, constitucionalizándola y dejándose de lado la creencia de ser una institución únicamente fuera del derecho.

continente, se desmantelan los procedimientos preventivos del antiguo régimen y comienza una nueva etapa con el establecimiento del concepto del orden público constitucional como opuesto al del sistema absolutista del antiguo régimen, ya que esta nueva regulación se caracterizaba por ser esencialmente represiva frente a las prácticas preventivas anteriores.

(...)

Además, en esos primeros textos fundamentales modernos, se introdujeron los lineamientos de las facultades de emergencia, así fueran escuetas, con lo cual principió la constitucionalización de las declaraciones de los estados de excepción, que posteriormente se desarrollaron en la legislación, para hacer frente a las insurrecciones internas y a las amenazas externas. (Fix-Zamudio, 2004, págs. 803-804)

Teniéndose en cuenta el cambio sustancial en la concepción de la excepcionalidad, y su inclusión dentro de las constituciones nacionales, se parte de una concepción positivizada de la misma, pues ya no será una medida surgida de la exclusiva vocación política del mandatario de turno, sino que, por el contrario, será reglada previamente, incluyéndose como una expresión de la soberanía del pueblo para precaver las situaciones que condujeron a la situación causal de un pacto social primigenio, que, como dicta la experiencia moderna, proviene de las revoluciones o de las confrontaciones sin tregua de los grupos sociales que buscan la hegemonía del poder.

Para la protección de las normas constitucionales, y del mismo Estado, se ha optado por dos caminos distintos, a saber: la *irreformabilidad* de sus disposiciones normativas, a través de constituciones de carácter rígido y la reducción del poder de reforma que detentan los organismos constituidos en virtud del poder soberano; y, para el interés de este estudio, la inclusión de fórmulas excepcionales, que dotan a los poderes públicos, y a sus representantes, de atribuciones especiales que deben ser ejercidas única y exclusivamente ante una situación crítica, que tenga el impacto suficiente para poner en riesgo la perdurabilidad del orden social consensuado.

En un afán por categorizar los problemas y situaciones críticas a las que se puede enfrentar un Estado, se han propuesto diferentes categorías donde la excepcionalidad tendría cabida, racionalmente, dentro de los ordenamientos jurídicos, como la *guerra*, entendida como un fenómeno exterior cuando el enfrentamiento es con otro Estado; la *rebelión o sedición*, que es la situación de insurrección de una parte del pueblo, que en algunas constituciones puede ser considerado un derecho que puede ostentar la ciudadanía cuando el soberano falla en sus funciones, pero que tiene el carácter inminente de ser un conflicto interior que amenaza la continuidad del régimen legal y constitucional debidamente constituido; y las *catástrofes* o *calamidades* de carácter natural, es decir, las condiciones imprevisibles que, por la sola acción y previsión del ser humano, no pueden ser controladas.

Todas estas circunstancias, de difícil previsión, buscaron ser mitigadas a través de la actuación preventiva del legislador o del constituyente primario, pero, dejándose como salvedad, por no tenerse las herramientas para desarrollar una regulación frente a cada aspecto de éstas, que el régimen de excepcionalidad deberá ser de carácter general, atinente

a atender las funciones que tendrá el régimen constituido para darle solución a estas crisis, buscando la preservación de sí mismo.

La inclusión de esta distinción resulta vital para comprender el ejercicio de la soberanía en los Estados modernos, pues nos trae de presente una situación que debe ser estudiada con detenimiento y es que, la excepcionalidad, no puede pensarse únicamente como una expresión del soberano en procura de sí mismo y exclusiva de sí mismo. Por el contrario, y acudiendo a los desarrollos frente a la legitimidad, la soberanía reside en el pueblo, siendo una expresión de la racionalidad intersubjetiva que se ejerce al momento de constituir un pacto social con la vocación de organizar un Estado.

Por ende, es dable concluir que, mediante la excepcionalidad pueden estudiarse, por lo menos, dos tipos de soberanías: la ejercida por cuenta propia, por parte de quien accedió al poder en un Estado y que es producto de una utilización indebida de las prerrogativas que se derivan de su posición, que es el objeto de la presente investigación y que tendrá un carácter de *patológica*; como también de la excepcionalidad considerada como la *dictadura constitucional*⁴¹, que comprende el respeto por el ordenamiento jurídico constituido, pero que, para solucionar y afrontar las situaciones críticas que pueden devenir, inviste con poderes excepcionales a quienes detentan el poder soberano.

Partiendo de la diferenciación entre *sectores de aplicación*, propuesta por el jurista Héctor Gros Espiell⁴², y retomado en el trabajo realizado por parte del precitado autor Fix-Zamudio, se empezará a decantar el punto de partida necesario para comprender la excepcionalidad denominada como *patológica*, que ha tenido una incidencia demarcada en los siglos XIX y XX al interior de los Estados latinoamericanos, que han recurrido a una sobreutilización de la excepcionalidad para bien sea combatir, mantener o perpetuar la institucionalidad y ejercer un poder soberano, que, como se verá a continuación, puede adquirir tonos represivos contrarios a las promesas modernas, a los estándares de aplicación y respeto de los derechos humanos predicados por una racionalidad internacional, expresada en la comunidad de Estados soberanos y contrarias a sus mismas constituciones nacionales, haciendo las cláusulas constitucionales inaplicables.

En palabras de Fix-Zamudio (Fix-Zamudio, 2004), la característica distintiva entre los sectores de aplicación de la excepcionalidad, corresponderá a la finalidad que se tenga por parte de quien tiene la prerrogativa para declararla, volviéndose *patológica* cuando se busca: “*el objeto totalmente contrario, es decir la destrucción del orden constitucional, el que se sustitúa por legislación violatoria de los principios y valores fundamentales, expedida directamente por el Ejecutivo.*” (pág. 807.)

Para concluir, la forma en que se ha introducido la excepcionalidad en los ordenamientos jurídicos corresponde a la forma en que se comprendía la *dictadura comisarial*, previamente explicada a través de Carl Schmitt, donde las atribuciones o facultades extraordinarias se circunscriben, y están atadas, a una constitución u ordenamiento jurídico específico. Sin embargo, la utilización estratégica de la excepcionalidad hace que debamos volver la mirada hacia las formas patológicas que justificaron la proliferación del *estado-*

⁴¹ El término dictadura constitucional ha sido acuñado por varios autores, como Carl Schmitt o Karl Lowenstein, sin embargo, y como base metodológica para la distinción entre una excepcionalidad de carácter jurídico y otra de carácter personal y político, se partirá del estudio que realizó Fix-Zamudio sobre la teoría de los sectores de aplicación de la excepcionalidad de Gros Espiell.

⁴² Ibidem. Pág. 807-808.

de-sitismo, buscándose así justificar, a través de la misma excepcionalidad, la destrucción del orden legal, llegándose a la posibilidad de enfrentarnos a la *dictadura soberana*, como se verá en el caso del *Tercer Reich* y la modernidad colombiana.

A continuación, se recurrirá a la última distinción teórica sobre la excepcionalidad y su uso estratégico, donde se pretende incluir el elemento aglomerante para la comprensión del discurso legitimador que se reproduce a lo largo del tiempo, permitiendo que la excepcionalidad perdure y sea aplicada, casi de forma idéntica, en diferentes épocas y regímenes, a pesar de sus diferencias estructurales normativas. Para esto, se realizará un análisis descriptivo del surgimiento del poder punitivo del Estado, que también puede entenderse como una de las claves para la excepcionalidad.

III. El concepto del poder punitivo del Estado como base para la excepcionalidad.

Partir de las formas de violencia institucionalizada, bien sea como costumbre y como práctica generalizada, será el punto de enlace que permitirá analizar las perspectivas historiográficas más relevantes, con la finalidad de ubicar a la excepcionalidad como una de las herramientas recurrentes para mantener las disputas por el poder político dentro del ámbito del derecho. Es por esta razón que se busca explorar las expresiones de violencia, y de poder represivo, legitimadas a través del derecho y de su impacto en la sociedad, donde las formas en que se ha manifestado la violencia permiten llegar a una conclusión: las herramientas e instituciones jurídicas permitieron la proliferación de la excepcionalidad como forma de gobernanza, naturalizando el hecho de utilizar todo el poder del Estado para conformar una identidad nacional de corte conservador y represivo.

Sin embargo, la primera de las preguntas a realizarse corresponde a ¿cómo surge la concepción de la violencia institucionalizada? Para llegar a contestarla, es menester traer a colación uno de los conceptos más estudiados a la hora de comprender el poder estatal y la violencia legítima que se puede desprender del mismo, es decir, el *poder punitivo del Estado*. Como base, se tendrá el estudio realizado por parte de Eugenio Raúl Zaffaroni, en su libro denominado *La palabra de los muertos* (Zaffaroni, 2015), donde se recopilan varias de las conferencias que ha impartido frente al nacimiento de la criminología, como ciencia autónoma del derecho y su injerencia en la creación del concepto del poder punitivo.

Antes de entrar de lleno al poder punitivo del Estado, se debe acudir a las definiciones mismas de la soberanía, las razones por las cuales nos reunimos a través de un contrato social, herencia directa de las ideas modernas de los teóricos políticos más relevantes como Hobbes y Webber, y la relación intrínseca que existe entre esa voluntad que expresamos al crear constituciones y el control de la violencia, permitiéndose así que ésta última no quede en manos de todos, sino que, por el contrario, esté bien definido su uso.

Adentrarnos en las formas en que se comprende el Estado moderno, comprende la tarea, bastante compleja, de definir con qué finalidad se instituyen los mismos, lo que necesariamente lleva a preguntarse para qué sirve la política. Esencialmente, la política comprende la forma en que los seres humanos nos relacionamos en escenarios de disputas de poder, las cuales conducen a definir la forma en que quisiéramos y deberíamos vivir. Para

este punto, el texto de David Runciman *Política* (Runciman, 2014), trae definiciones bastante ilustrativas para adentrarnos en conceptos complejos, donde uno de estos corresponde a la utilidad de la política.

Para comprender mejor las razones por las cuales hemos encontrado las formas para evitar una utilización continúa y discriminada de la violencia, como podría pasar en un *estado de naturaleza* hobbesiano, la política encarna dos finalidades últimas según Runciman: la utilización de la violencia como mecanismo de control social mediante la política, que en este punto sería represiva; pero también el control de la violencia a través de la política, encontrándonos en un escenario ideal o deontológico (Runciman, 2014). Ambas definiciones, parten de dos elementos sumamente necesarios para todo ejercicio humano, el consenso y la coacción que, para los fines de la política, se desenvuelven en cuándo resulta necesario utilizar la violencia y cuándo es prescindible acudir a ésta, bastando porernos de acuerdo sobre su no utilización:

La particularidad de la política radica en la relación duradera que se establece entre consenso y coacción. La política presupone un pacto colectivo sobre el empleo de la fuerza. La existencia del pacto hace que la fuerza no siempre resulte necesaria, pero la existencia de la fuerza hace que el pacto no siempre baste. (Runciman, 2014, pág. 21)

Por ahora, la idea es bastante simple, nos reunimos en entes abstractos como los Estados con la finalidad de evitar el uso sistemático de la violencia, evitando favorecer siempre a quien, o quienes, puedan ostentar un poder mayor, representado en el empleo de recursos, medios y capacidades mejores para la utilización de la violencia.

Ahora bien, si algo se puede aprender de la historia de la humanidad es la fragilidad que tenemos para generar espacios pacíficos y de convivencia, sin la necesidad de recurrir a la coacción, es decir, no puede existir un consenso lo suficientemente fuerte, y duradero, como para no recurrir a medidas de confrontación bélica. Por esto, Runciman enaltece la teoría hobbesiana para comprender el surgimiento del Estado moderno. Explica el autor que, para Hobbes, el estado de naturaleza supondría la “*susplicacia*” y la “*desconfianza*” (Runciman, 2014) natural que tiene el ser humano sobre sus congéneres, siendo que, cuando no podemos superar ninguna de estas dos condiciones, es cuando nos adentramos en los conflictos. Para este punto, lo que Runciman nos trata de aclarar, sobre el pensamiento hobbesiano, es que la violencia es el medio al que se recurre cuando las personas no pueden confiar las unas en las otras:

Los seres humanos, pensaba Hobbes, son competitivos por naturaleza: quieren parecer mejores, más fuertes, más poderosos que los demás. También son vulnerables por naturaleza: hasta el más fuerte de los individuos puede sucumbir a manos del más débil con solo darle la espalda. Por eso, la condición natural de la humanidad es el estado de guerra. Los seres humanos, competitivos y vulnerables, siempre acaban intentando matarse.

Esto no se debe a que las personas sean despiadadas por naturaleza o a que disfruten con la violencia (aunque algunas tal vez sí). Se debe a que no pueden confiar las unas en las otras: son susplicaces por naturaleza. (Runciman, 2014, pág. 27)

En consecuencia, resultaba imperativo pensarse en una forma de controlar la violencia indiscriminada, como ese paso necesario para superar las fases más básicas de la organización social y poder pensarse en sociedades más compenetradas y tendientes a la protección de todas las personas, sin tener que recurrir a la *ley del más fuerte*. Esta solución, se pensó desde Hobbes a través de un *contrato social*, de ahí la denominación de teorías contractualistas del Estado, donde todos nos reunimos en sociedad para ponernos de acuerdo sobre las necesidades básicas que debemos atender, entre ellas, la seguridad y vida de cada una de las personas que se adhieren al mismo.

En este punto, Hobbes resalta que esa sería la labor del *soberano*, quien en última instancia decidirá sobre el empleo de la violencia. Una vez acordamos la forma en que nos reuniremos, deberemos decidir en qué forma trataremos la violencia, si resultará necesaria su empleo rutinario, o si por el contrario optaremos por la paz:

Todos queremos la paz, pero no logramos vivir en paz porque nunca nos ponemos de acuerdo sobre quién representa la peor amenaza para nuestra seguridad. La labor del soberano consiste en tomar esa decisión en nuestro nombre: en decidir, de hecho, quién o qué amenaza la paz. Si todos nos avenimos a ello, el soberano tendrá la potestad de salvaguardar la paz, porque nadie podrá cuestionar la decisión que haya tomado.⁴³

Por lo tanto, una primera aproximación a la institucionalización de la violencia proviene de la misma teoría moderna del Estado, donde buscamos un control específico a la misma, para lo cual debemos recurrir, preferiblemente, a la política, o como se ha mencionado, al consenso y a la coacción. Un correcto balance entre estos últimos, conduce a que la violencia sea minimizada y utilizada solamente en circunstancias específicas, las cuales deberán ser decididas, como lo refiere Hobbes, por el soberano.

Ahora, para reforzar que la utilización y control de la violencia es uno de los fines últimos del Estado, Runciman nos propone volver la vista hacia Max Webber, quien trae consigo la definición del Estado moderno más completa cuando se circunscribe al concepto de violencia, la cual vale la pena traer en su integridad:

A él le debemos la definición del estado moderno más célebre: «aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio, reclama (con éxito) para sí el monopolio de la violencia física legítima». Aunque las palabras que destacan son «monopolio» y «violencia», no son éstas las más importantes. Lo que el estado reclama es el monopolio de la violencia «legítima»; esto es, la violencia sin réplica. Es más, que la reclame no significa que el derecho sea objetivo. Lo esencial es que la reclamación se salde «con éxito», es decir, que el pueblo la acepte.⁴⁴

Esta definición, por lo tanto, reviste la importancia sustancial, y el punto de anclaje, para comprender el papel del poder punitivo del estado, pues, como se resalta, el ejercicio de la violencia, reclamado por el Estado, debe ser legítimo o, en otras palabras, aceptada como la única forma en que puede ejercerse la violencia; mientras que, cuando Runciman

⁴³ *Ibidem*, pág. 29.

⁴⁴ *Ibidem*, págs. 56-57.

resalta el aspecto “*con éxito*”, busca presuponer que, dentro del mismo Estado, no existirá una fuerza legitimada, aceptada, válida, que le pueda hacer oposición. De aquí es donde se debe partir, de la relación de aceptación, y de alguna forma de resignación, sobre la facultad que se le concibe al Estado como único ente que puede ejercer la violencia.

Entonces, como *causa primera de la excepcionalidad*, y más específico para el posteriormente denominado *estado de sitio*, se debe comprender que la violencia sí y solo sí será una herramienta que estará autorizada al Estado que, en ejercicio de su poder punitivo, puede contener toda manifestación de insurrección o de confrontación a su poder hegemónico. En conclusión, el poder punitivo del Estado presupone la institucionalización de la violencia, bien sea para castigar al disidente, como también para contener y controlar a la población social, lo que explicaría, a grandes rasgos y sin entrar en detalles, el por qué la sedición y la rebelión son actos considerados como delictivos, pudiéndose perseguir por el Estado.

Realizada esa primera aproximación teórica, definir el concepto de poder punitivo es una tarea ardua, pues existen diferentes concepciones teóricas sobre el mismo, como el mismo Zaffaroni reconoce, pero que han llegado a un consenso generalizado sobre su genealogía y evolución, la cual resulta lo suficientemente ilustrativa como para establecer cuáles son las características esenciales del concepto y sus avances y mutaciones hasta lo que hoy conocemos como una expresión del poder estatal y de la violencia institucional que puede ser ejercida por el mismo.

Desde un comienzo, en un análisis historiográfico y genealógico del concepto, el poder punitivo surge de una relación de agravio en un contexto social, es decir, una persona, o grupo de personas, ejerce contra otra/s una actuación que puede ser considerada como ofensiva. En principio, y antes de que el ser humano se aglomerara en la organización estatal, bastaría con el ejercicio del poder social para que el causante de la ofensa fuese obligado a responder por la misma, lo que constituiría las primeras aproximaciones al concepto de justicia y a sus diferentes modelos, ya sea a través de una justicia vindicativa o bajo condiciones reparadoras o restaurativas. A pesar de la existencia de este sistema precario de justicia, para Zaffaroni solo puede hablarse de poder punitivo cuando:

(...) el señor, el dominus, el soberano (o quien sea que ejercía la autoridad), decidió usurpar el lugar del lesionado, lo eliminó del escenario y se proclamó como único ofendido con derecho a reprimir. Esto que llamamos confiscación de la víctima -otros lo llaman expropiación- es precisamente lo que caracteriza al poder punitivo. (Zaffaroni, 2015, pág. 21)

Este resulta ser el punto de partida del poder punitivo, lo que Zaffaroni ha anunciado como la confiscación de la víctima por parte del poder soberano, para considerar que la ofensa o agravio ya no le ocupa únicamente a ésta sino que, por el contrario, es un tema de interés público que requiere la atención de las entidades que gobiernan al conglomerado social, bien sean instituciones definidas dentro de un Estado o formas acordadas y definidas previamente que controlen la violencia y la justicia.

En consecuencia, el poder punitivo, propiamente dicho, se diferencia de las expresiones de justicia social o personal, como la venganza, por su carácter externo al conflicto, donde se decide la pena, la forma de resarcir el agravio u ofensa y las consecuencias de quien la

realiza por parte de un tercero que ejerce un poder mayor, es decir, se busca la institucionalización sobre quién puede determinar las consecuencias a un agravio, como también se institucionaliza la forma, casi siempre violenta, en que se determinará la respuesta a la misma.

De esta forma, de acuerdo al autor precitado, se estaría “*verticalizando*” la sociedad, pues se estarían definiendo roles y prerrogativas frente a las ofensas, acercándose a una concepción de sociedad jerarquizada, donde toma tintes militaristas explicadas de la siguiente forma:

(...) el poder punitivo verticaliza fuertemente a la sociedad, la corporativiza, o sea que le otorga una forma de ente con funciones jerarquizadas.

(...) el poder punitivo del que proviene directamente el de nuestros días surgió en Roma y se reforzó al máximo en la Roma imperial, verticalizó la sociedad romana de modo ejércitoforme, lo que la impulsó a una acción de conquista que se extendió a casi toda Europa.

(...)

En algún sentido, esa estructura hace que todos los habitantes devengan en funcionarios o soldados, pues el poder punitivo ejerce una función disciplinaria, análoga a las corporativas o militares. (Zaffaroni, 2015, pág. 22)

Aunque Zaffaroni continúa con una explicación detallada del surgimiento del poder punitivo, donde pasa de sus comienzos en la Roma imperial y vuelve a instaurarse en la Edad Media con los glosadores y los estudios demonológicos, resultaría inocuo quedarse haciendo una disección total de la evolución del concepto, por lo que conviene adelantarse a los elementos que más trascendencia tuvieron. La primera de estas características, que ha sobrevivido y se ha adaptado a lo largo del tiempo, es la concepción de “*amigo o enemigo*”, que se estandarizó por primera vez, de acuerdo con Zaffaroni, por parte de la cosmovisión generada por San Agustín:

De este modo, el mundo agustiniano era compacto, no había lugar neutral, se estaba en una u otra de las dos ciudades, con Dios o con Satán, y Satán en hebreo significa enemigo, o sea, que se estaba con Dios o con el enemigo. (Zaffaroni, 2015, pág. 26)

Esta visión permitió la proliferación de instituciones como la Inquisición, como también alimentó y sustentó tesis posteriores como la conocida teoría de Carl Schmitt de la dualidad de amigo-enemigo, de la cual bebieron los regímenes totalitarios y la posterior biopolítica del siglo XX, donde se ha estandarizado el término *terrorista* para dividir a la sociedad en una concepción maniqueísta sobre el bien y el mal. De esta forma, se logró homogenizar y justificar la *confiscación de la víctima*, pues ya no se estaba ante ofensas que atentaban únicamente contra las personas que las recibían, sino que se extrapolaba a una razón de aglomeración y cohesión social, la religión; tornando estas ofensas en una batalla que iba más allá de cualquier víctima y dejándola en una situación de agravio

general a toda la sociedad que debía ser castigada por parte de quienes ostentaban y representaban el poder divino.

Es así como la institución de la Inquisición trascendió en la conformación del poder punitivo, pues era claro que se tenía una fuente definida para su ejercicio, la cual estaba situada en la Iglesia, la cual empezó su injerencia y poder sobre los asuntos públicos, determinándolos y haciendo que se forjará una alianza difícil de superar.

A su turno, explica Marquardt, en otra de sus obras cumbres denominada *Ius Contra Bellum* (Marquardt, 2017), el derecho penal sirvió para la relativa pacificación de la Edad Media en Europa, resaltándose el cambio de paradigma en el sistema de justicia, donde se superaba la justicia vindicativa, reemplazándola por una autoridad externa que garantizase que no se tomará la “*justicia por mano propia*”, dejándose en cabeza de las entidades jurídico-políticas de la época el poder punitivo:

En otras palabras, actos de violencia como el homicidio perdieron su carácter interfamiliar y ‘privado’, típico en sociedades pre-estatales con sus lógicas predominantes de mediación y compensación, declarando dichos comportamientos violaciones del orden de paz garantizado por parte del Estado que ahora, mediante la muerte pública, buscó curar el delito reprochable específico, intimidar a los imitadores potenciales y representar plásticamente la autoridad del poder público.

En particular, se pretendía suprimir la venganza de sangre heredada de la era pre-estatal y de su modelo penal compensatorio. No se puede desconocer que la contención de la misma sólo funcionaba cuando el vengador de un asesinato era complacido con una substitución estatal adecuada y si, simultáneamente, era disuadido de vengarse por la amenaza estatal de ser ejecutado de modo igual como asesino.⁴⁵

Sin embargo, y para el mismo Marquardt, las paces territoriales en la Edad Media no resultaban del todo fiables, en cuanto a la utilización del poder punitivo del Estado, pues aún carecían de los elementos más importantes para su consolidación que, en palabras del autor corresponden a los siguientes:

De igual forma, todas las paces territoriales mostraron enormes problemas de eficacia, pues todavía no fue reconocido el poder legislativo del Estado. Predominó la visión del origen celestial y divino del derecho, fuera de la disposición de la institucionalidad humana. De tal manera, el texto normativo no era válido por la soberanía estatal, sino que funcionaba más como un [sic] autovínculo de los nobles presentes que hacían el juramento a la norma. (Marquardt, 2017, pág. 27)

Para poder armonizar este poder punitivo institucionalizado, con el surgimiento de los Estados nacionales, se dio una vuelta de tuerca a la concepción sobre las personas en las que recaía el castigo, tomándose como punto de partida a quienes eran consideradas como *brujas*. Zaffaroni explica este cambio bajo las teorías de Johann Wier, un médico de los Países Bajos que no abandonó la concepción agustiniana, como tampoco racionalizó el

⁴⁵ Marquardt, Bernd, *Ius Contra Bellum. La promoción del potencial humano a la paz mediante el derecho público, recorrido del último milenio*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2017, pág. 25.

uso del poder punitivo, sino que sustrajo la competencia que tenía la Iglesia para castigar a las brujas, donde, en palabras de Zaffaroni “*las psiquiatrizaba*” (Zaffaroni, 2015, pág. 37).

Las consecuencias derivadas de esta nueva concepción, donde el problema ya no era su relación con el enemigo como herejes, sino un problema que debía resolverse fuera de la Iglesia, pretendía situar al poder soberano nuevamente en el Estado, para que así el poder que ejerció la Iglesia, a través del Papa, mermara su influencia en los incipientes Estados nacionales. Sin embargo, esto no sucedió de buenas a primeras, por el contrario, esta distinción realizada por Wier condujo a la nacionalización de las iglesias cristianas dentro de esta nueva forma de organización política denominada Estado-nación, como lo explica Zaffaroni a continuación:

En realidad, la inquisición eclesiástica o romana sólo pudo funcionar como tal mientras los estados fueron débiles o no existían, pues cuando éstos se fortalecieron no podía ser tolerada por los monarcas absolutos. Esto comenzó en España y Portugal, donde la inquisición respondió siempre más al rey que al Papa, siendo un instrumento de la política interior. De allí las particularidades de la inquisición ibérica, que tiene una historia separada y que fue la última en desaparecer.

A medida que fueron apareciendo otros estados nacionales -y con ellos la idea de soberanía- se operó la nacionalización de las iglesias cristianas y se reafirmó su poder arrebatándole al Papa el juzgamiento de los delitos sexuales y de la brujería. Por eso la brujería se secularizó y pasó a ser materia de los jueces estatales. (Zaffaroni, 2015, pág. 38)

Por consiguiente, se puede extraer la segunda característica esencial del poder punitivo, la cual corresponde a que ya no bastará con que sea ejercido por parte de una institución o un ente externo, o ajeno a quien produce y a quien padece la ofensa, sino que, poco a poco, se fue sintetizando en una figura específica: el Estado. El poder punitivo ya no sería el ejercicio de la facultad de castigar a quienes han cometido agravios a otros, por el contrario, será la expresión de un poder político constituido, el cual buscará la protección de la forma en que se ha concebido, bajo preceptos normativos, que encapsulan toda una cohesión social que lo determina, buscando castigar a quienes atenten contra un orden preestablecido, contra sus principios, sus creencias y convicciones, sus formas de ver la vida y la ardua tarea de mantener las condiciones que se han generado alrededor de su establecimiento.

El siguiente cambio considerable, propone el autor, consiste en una concepción distinta del poder punitivo del Estado pues, con la forma inquisitorial, se tenía a un Estado que fungía como un “*administrador de la muerte*”:

En rigor, los inquisidores y sus émulos estatales (los príncipes) eran los operadores de grandes agencias punitivas, que decidían la vida o la muerte de las personas. Fueron el tronco común, del que se irían separando posteriormente todas las demás agencias especializadas, que ejercen el poder de control social punitivo.

El poder punitivo se ejerció por el papado y luego por el estado con método inquisitorial, atribuyéndose el derecho de vida o muerte sobre las personas. Pero derecho de vida o muerte -por obvios límites naturales- solo significaba la posibilidad de matar o dejar vivir, es decir, de hacer morir o dejar vivir a alguien o a cualquiera. Por ello que -hasta donde era posible- se penaba el suicidio, porque hacer morir era un privilegio divino o real: el suicida era un usurpador del poder de Dios o del señor. (Zaffaroni, 2015, pág. 56)

Ahora, el cambio lógico siguiente, y que permitirá ejercer un poder punitivo más cercano al que conocemos y aplicamos en nuestros días, corresponde a la concepción del Estado como un “*administrador de la vida*”. Para Zaffaroni, volcar al Estado con esta prerrogativa, de decidir sobre la vida de los individuos, generó dos consecuencias concretas, a saber: primero, la posibilidad de ejercer un poder disciplinario, desprendido del poder punitivo, donde se instruía a los súbditos del poder soberano la forma en que debían comportarse, a través de un método de premios y castigos; y segundo, la especialización de las personas o colaboradores del soberano para el ejercicio del poder punitivo, pues resultaba mucho más complejo *administrar la vida que administrar la muerte*:

Esta idea del estado como administrador de la muerte fue cambiando paulatinamente por la del estado como administrador de la vida.

Foucault sitúa este cambio en el siglo XVIII; quizá pueda señalarse algo antes, pero lo cierto es que, en algún momento, de la potestad de hacer morir o dejar vivir se pasó a la de hacer vivir o dejar morir. El estado pasó de ocuparse preferentemente de la vida de sus súbditos, no de cada vida en particular no de las vidas individuales, sino de la vida de un. Nuevo sujeto colectivo constituido por los súbditos como sujeto público.

El estado comenzó a administrar los distintos aspectos de la vida de ese sujeto colectivo en toda su complejidad, planificando conforme a reglas de grandes números y produciendo efectos masivos sobre su trabajo, salubridad, instrucción, disciplina social, crianza, moralidad.

(...)

Hasta ese momento la inquisición o las agencias represivas del soberano podían asumirlas todas, porque es mucho más sencillo administrar la muerte que la vida. Matar o no matar es algo que puede decidirlo y ejecutarlo una única agencia, puesto que no requiere mayor complejidad, pero cuando se trata de organizar la vida del público la cuestión se complica en extremo y, cuanto más quiere regular el señor la vida de sus súbditos, mayor especialización requiere en sus colaboradores para atender todos los detalles que pretende controlar. (Zaffaroni, 2015, *Ibidem*)

Lo anterior, nos lleva necesariamente a las teorías contractualistas del Estado, donde, en el recuento genealógico e histórico propuesto por Zaffaroni, donde se comparten las metodologías implementadas por Foucault, se llega a la primera culminación del poder punitivo, dotando de una estructura definida de cómo será ejercido y por quién será ejercido este poder. Esto último, concatena los objetivos de la investigación, pues se entrará a estudiar un nuevo concepto que, hasta el momento en la historia de la criminología, solo había sido referenciado más no estudiado, el cual corresponde al ejercicio de la soberanía.

En este punto, Zaffaroni parte de la base de la modernidad, la Ilustración, donde se centró la mirada en el hombre y se devinieron las teorías antropocentristas, enalteciendo un rasgo peculiar que determinará las subsiguientes teorías del Estado, jurídicas, sociológicas, políticas y, por supuesto, criminológicas: el racionalismo. Partir de la base del ser humano como ente racional, permitía que el análisis del castigo pasara de ser *contra* el hombre a ser *para* el hombre.

Debido a esto, ya no eran tan aceptadas las concepciones del Estado *organicistas*, es decir, ya no se le concebía como un ente dotado de sentido en sí mismo, que devenía de una creación más allá de lo humano, sino que, por el contrario, se pasó a una concepción *contractualista*, donde el ser humano, dotado por la razón, decidía en conjunto la forma en que se organizaría políticamente, crearía sus instituciones y, por ende, podría suprimirlas, modificarlas y reestructúralas a su antojo. De este modo, para el autor se consolidaron dos corrientes específicas para el entendimiento del poder punitivo entendidas desde el *disciplinarismo* y el *contractualismo*:

Para la primera el humano era racional porque en condiciones de salud elegiría siempre la felicidad al dolor. Para la segunda lo era porque tenía la libertad de elegir conforme a su propia conciencia moral.

Son ideas muy diferentes, porque de cada una se derivan distintos conceptos del delito, del delincuente y de la función y el alcance del poder punitivo. (Zaffaroni, 2015, págs. 68 y 69)

La diferencia entre ambas posturas, según el autor, radicaba en la concepción que se tenía del sujeto donde, aunque se partía la razonabilidad del ser humano, para el *disciplinarismo* quien cometía el delito, o la ofensa o agravio, correspondía a un *desordenado*⁴⁶, al que se debería aplicar un castigo con la finalidad de reestablecer el orden que se había establecido para la sociedad, regulándose así la forma de conducta aceptable en la misma. Por otra parte, el *contractualismo*, partía de la base de la libertad de los hombres, idea que proliferó bastante en la modernidad, y quien cometía la ofensa o agravio lo hacía desde esa misma condición, es decir, se presuponía que quien cometía el delito lo hacía de forma libre por lo que, dentro de la concepción del contrato social, se estaba ante la violación del contrato.

⁴⁶ Zaffaroni explica que, para esta corriente, el delito era algo “anormal”, por lo tanto, se privilegiaba el orden de la sociedad donde el sujeto que incurría en una actuación lesiva rompía con el orden establecido y era merecedor de un castigo, mientras que, quien cumplía con este orden, recibiría un “premio” acorde con lo establecido normativamente.

En este punto, la prevalencia de una concepción, o corriente, sobre la otra no resulta determinante, aunque sí resultó útil para el surgimiento de teorías filosóficas como el utilitarismo de Jeremy Bentham⁴⁷. Lo que sí resulta crucial observar es la sujeción que tendrá el poder punitivo a la figura del soberano, toda vez que, dependiendo de la teoría contractualista que se analice, la responsabilidad de quien ejerce el poder punitivo estará más o menos clara. De lo anterior, se desprende la última característica esencial del poder punitivo, correspondiente a la sujeción que tiene el soberano al contrato social primigenio. Zaffaroni explica esta característica con dos de los autores más renombrados de las teorías contractualistas: Hobbes y Locke.

Aunque entrar a revisar el concepto de soberanía bajo los dos autores anteriores resulte necesario, por el momento, nos quedaremos con las implicaciones que se tenía para la configuración de este pacto social primigenio, el contrato social, y las atribuciones que tenía el soberano sobre el mismo, con relación al poder punitivo. Es así como, de acuerdo con lo expuesto por Zaffaroni, en la teoría contractualista de Hobbes se partía de una *concepción negativa*⁴⁸ de la condición humana, siendo necesario el establecimiento de un tipo de organización social que permita al ser humano superar el *estado de naturaleza*, pues se tiene que debido a éste, se viviría en una confrontación permanente por adquirir el poder. Para superar lo anterior, el contrato social debía prever que el soberano, en quien se delegaría la facultad de regular la violencia e institucionalizarla, no estaría sujeto al mismo, por lo que estaría en una instancia superior:

El soberano era omnipotente y los ciudadanos no se reservaban ningún derecho frente a él, porque si así fuera podían reclamarle o resistirle y eso introduciría nuevamente la guerra de todos contra todos, por lo cual Hobbes rechazaba el derecho de resistencia a la opresión.

La idea del humano de Hobbes era bastante determinista y la pena era el precio por la violación del contrato. Pero había otros habitantes que directamente rechazaban el contrato: estos eran los enemigos (volvía Satán, el enemigo en hebreo). Estos -seguramente los que querían derrocar al soberano o no le reconocían ese carácter- debían ser reprimidos como enemigos, no penados sino eliminados o contenidos. (Zaffaroni, 2015, pág. 74)

Bajo este criterio, el contrato social solamente era vinculante en primera instancia, resultando ajeno a quienes, con posterioridad, quisieran modificarlo o derogarlo, pues el soberano, en uso de su poder, podía perseguirlos mediante cualquier medio que tuviese a su alcance, teniendo como base legítima el mismo contrato social. Esta teoría podría alimentar, o alinearse, con el uso *patológico* de la excepcionalidad, donde el poder soberano puede recurrir a dicha figura jurídica para hacer prevalecer los valores y principios que,

⁴⁷ En este sentido, explica Zaffaroni, el utilitarismo de Bentham reñía con el contractualismo pues, en su forma de ver el estado y para la imposición de su “máquina disciplinar”, el panóptico, no se podía reconocer una teoría jurídica que estaba floreciendo en ese momento, el *iusnaturalismo*, pues el reconocimiento de derechos previos y naturales al contrato social resultaría inocuo para el tipo de sociedad disciplinaria que pretendía establecer, como también sobre sus concepciones de utilidad natural del hombre.

⁴⁸ La concepción negativa resulta ser sumamente cuestionable pues se parte de un presupuesto descontextualizado y un tanto arbitrario sobre la teoría de Hobbes, como así lo explica David Runciman en su libro *Política*, lo cual será explicado con posterioridad, cuando se realice el respectivo análisis sobre el concepto de la *soberanía*.

en primera instancia, se configuraron y dotaron de sentido a la sociedad. En los acápites posteriores podremos revisar cómo se aplicó esta concepción en la época denominada como el *estado-de-sitismo* y la fase *anticonstitucional*⁴⁹.

Por ahora, bastará con recalcar, a su vez, que la teoría hobbesiana, en una revisión anacrónica y con el paso del tiempo a favor, tendría un defecto sustancial correspondiente a la forma en que se llegaría al pacto social primigenio o al contrato social, pues si se parte de reconocer el estado de naturaleza, y sus implicaciones con un enfrentamiento y conflicto perpetuo sin éste, el ser humano no estaría acudiendo al mismo de forma libre y espontánea sino que, por el contrario, lo haría movido por la coacción y el miedo que podría surgir por la confrontación y no poseer los medios necesarios para afrontarla.

Por otra parte, y como contrarreferencia a este punto de partida, existieron tendencias liberales contractualistas más amables con la condición humana, donde se partía del elemento esencial de la razón del ser humano, el cual lo dotaba de un derecho natural innegable y previo a cualquier tipo de organización política: la libertad. En ejercicio de la razón, y de forma libre, el ser humano decidía reunirse en una forma determinada de gobierno, celebrando un tipo de contrato primigenio, para que su convivencia tendiera hacia un valor superior, la paz, donde se pudiesen garantizar los derechos que por su sola condición de humano le eran reconocidos⁵⁰.

En suma, para Zaffaroni, Locke tendría una teoría que resultaría más acorde con la racionalidad y con los valores que se venían predicando en la modernidad, donde el soberano sí estaba sometido al contrato social, pues era parte del mismo, y el ejercicio del poder punitivo quedaba supeditado a éste, teniéndose como consecuencia que, si llegase a sobrepasar los límites del poder que se la había otorgado, los súbditos podrían llegar a sublevarse:

Ante todo no había un estado de guerra permanente sino una convivencia en la que los derechos no estaban suficientemente garantizados, lo que sin duda tiene más fundamento antropológico verificable.

El contrato se celebraba entre los ciudadanos y el soberano, que quedaba sujeto a éste. Si el soberano incumplía el contrato (no garantizaba los derechos de los súbditos re-introduciendo el estado anterior), éstos podían resistirse (reconocía el derecho de resistencia a la opresión).⁵¹

Hasta este punto, el esfuerzo genealógico e historiográfico de Zaffaroni sobre la criminología y el poder punitivo concurre con las teorías del Estado moderno, pues posteriormente se dedica a explicar la criminología como ciencia autónoma. Sin embargo, resulta

⁴⁹ Ambos conceptos, que definen fases o temporalidades definidas en el constitucionalismo latinoamericano del siglo XX, fueron propuestas por Bernd Marquardt, en su obra anteriormente citada sobre la historia del constitucionalismo.

⁵⁰ Aunque ahora resulte obvio, esta teoría fue la que más asidero tuvo para el pensamiento occidental, donde autores tan relevantes como Immanuel Kant, en la *paz perpetua*, buscaba darle sentido a los derechos naturales y el papel que tendría el estado para su reconocimiento. Igualmente, a través de la teoría de los imperativos categóricos, se dio la primera definición de la dignidad humana, donde toda persona era un fin en sí mismo y, por lo tanto, nadie podría ser tratado como un medio para llegar a un fin.

⁵¹ Ibidem. Pág. 76.

suficiente para explicar los elementos esenciales del concepto y la relación con la violencia institucionalizada del Estado, para así entrelazarla con el discurso legitimador de la excepcionalidad.

Como hemos visto, el Estado, desde su concepción, ha reconocido el poder punitivo como propio, pero esto ha sido una lucha constante para poder institucionalizarlo y emplearlo de forma “legítima”. En resumen, se pueden proponer como elementos sustanciales, y conclusiones, del poder punitivo los siguientes:

1. Parte de la *confiscación de la víctima*, donde se busca hacer pública la ofensa cometida por parte de una persona, contra otra, para que un poder externo y superior pueda dictaminar de qué forma se compensará o dirimirá la ofensa cometida. Lo anterior lleva a la jerarquización y verticalización del orden político y social donde, quienes ostentan el poder punitivo, se encuentran en la cúspide pues pueden decidir sobre la vida o muerte de las demás personas.
2. El ejercicio del poder punitivo determina y define el tipo de autoridad que lo ejercerá, la cual puede ser más o menos represiva al momento de hacerlo, pero siempre tendrá que partirse de una caracterización específica de quién lo ostentará.
3. De acuerdo con lo anterior, los avances en la concepción del poder punitivo condujeron a un cambio de paradigma sobre el mismo. La autoridad o el soberano que lo ejerce, puede decidir si será un *administrador de la muerte* o un *administrador de la vida*, donde, si opta por esta última, engendrará un nuevo poder derivado, el *poder disciplinario*, mediante el cual determinará la forma en que deberán comportarse las personas en sociedad. Esta característica es esencial para definir las políticas y la legislación sobre el uso del poder punitivo, permitiendo o negando conductas sociales que le sean adversas, lo que podría definir también cuándo puede utilizarse el poder punitivo del Estado y la violencia institucionalizada.
4. La forma en que se determine el contrato social primigenio resulta crucial para el ejercicio del poder soberano, toda vez que, si quien lo ejerce está sujeto al mismo contrato encontrará delimitado su poder. Es decir, el soberano, en uso del poder punitivo, encontrará límites claros para el ejercicio de sus prerrogativas, pues siempre contará con unos mínimos que deberá respetar, los cuales son la base que legitiman el poder que le fue otorgado. Por el contrario, si los límites al poder punitivo del Estado no son claros, y el soberano es consciente de esto, su utilización puede conllevar a la configuración de un Estado altamente represivo, que buscará dotar de sentido la violencia institucionalizada, a través de la promulgación de leyes y decretos que encaminen el poder ejecutivo hacia una utilización sin límites del poder punitivo del Estado.
5. Los discursos que se reproducen y multiplican a lo largo de la historia, que buscan dotar de legitimidad y racionalidad al ejercicio del poder punitivo del estado, encuentran semejanzas más que claras frente al uso de la excepcionalidad, que podría entenderse dentro de una de las categorías de uso y práctica reglada del mismo poder punitivo del estado, es decir, puede considerarse que, las explicaciones y justificaciones, para ambos casos, son sumamente parecidas, lo que lleva a la reproducción del discurso que se ha definido en el primer acápite del presente capítulo.

Capítulo II: DE LA EXCEPCIONALIDAD A LA DICTADURA: ANÁLISIS DE LOS CASOS ALEMÁN Y COLOMBIANO EN UNA RELACIÓN DIALÉCTICA.

Habiéndose establecido las bases teóricas del poder punitivo, como sustento de la violencia institucionalizada, la cual a su turno permite la utilización de los estados de excepción que contemplan el uso de la fuerza, como el estado de sitio, resulta menester poner en contexto la utilización de esta figura jurídica en un contexto específico. Para lograr observar las conclusiones deseadas, es indispensable tomar un campo o un objeto de estudio determinado, en este caso, la época en la que más proliferó la utilización de la excepcionalidad como método para la gobernanza, como también un espacio específico, el cual corresponderá a Colombia, como entidad estatal que la utilizó de forma habitual, debido a los impactos que generaban los sucesos, o momentos críticos, a los que debía enfrentarse.

Para lograr lo anterior, se empezará por abordar el nacimiento de la excepcionalidad que posteriormente será aplicada en Colombia, a través del ejemplo del *Tercer Reich*, y así observar los elementos que se derivan, como constantes, de la utilización del poder punitivo del estado y su exacerbación a través del *estado de sitio*. Este ejercicio comparativo, partirá de la base metodológica propuesta para el primer capítulo, resumida en el estudio genealógico y arqueológico, pero agregándose un elemento vital para la comparación: la metodología de análisis dialéctica, que, para su ejercicio, comprenderá el análisis de dos situaciones y contextos sociales sumamente distintos, como el contexto alemán del período entre guerras, siendo un escenario que podría considerarse como negativo o adverso, frente a un escenario colombiano anterior a la segunda mitad del siglo XX, donde, aunque no sea el contexto ideal que represente a todas luces la ideología liberal, republicana y democrática, si puede servir de contrapartida al régimen instaurado en Alemania.

El esfuerzo dialéctico, por lo tanto, consistirá en analizar las situaciones concretas que llevaron a la utilización de la excepcionalidad, en contextos que parecen distintos, para así extraer los elementos comunes en ambos regímenes, con la finalidad de reconocer el discurso que se encuentra inmerso en la excepcionalidad y que, para efectos de la investigación, permanecerá casi que intacto. Es decir, para el caso de la excepcionalidad analizada a través del estado de sitio, y la exacerbación del poder punitivo del estado, resultarán identificables unas reglas y prácticas comunes, por más distantes que sean las sociedades objeto de estudio.

Debe aclararse que, en la medida que se vaya realizando la comparación, el caso de Colombia debe ser analizado de acuerdo a sus particularidades propias, tomándose como punto de partida los constantes conflictos armados y la violencia que ha definido la vida política y que ha moldeado definitivamente a nuestra sociedad. A pesar de haberse presentado una cantidad considerable de confrontaciones violentas a lo largo del siglo XIX, y prolongándose hasta nuestros días, en el país se ha presentado una situación bastante particular que es descrita como una “*anomalía*” por el profesor Francisco Gutiérrez a lo largo de su precitada obra. La descripción y caracterización que se ha realizado de dicha “*anomalía*” presenta dos fenómenos que, en un principio, parecen ser contradictorios y no deberían concurrir en un mismo período, inclusive, y para las visiones más tradicionalistas sobre la teoría del Estado y las ciencias políticas, son excluyentes entre sí.

Estos fenómenos corresponden a la democratización y la represión, entendiendo la primera como el proceso, material y sustancial, de adecuación de un Estado de acuerdo con los parámetros de una sociedad moderna, donde el ejercicio del poder está basado en condiciones racionales, con normas que determinarán el cómo se debe organizar y dirigir la vida en sociedad, y en consecuencia, la política se mostrará como un ejercicio organizado donde se le garantice, a quienes participen de éste, unas condiciones básicas de convivencia y donde puedan acceder al poder político en condiciones iguales. Mientras que la segunda corresponde al escenario contrario, donde, a través de las condiciones y ventajas que le permite el ejercicio del poder y las herramientas que le brinda una posición hegemónica en el Estado, se busca la eliminación, o la no inclusión, del opositor político por cualquier medio. En este punto, se encuentra el puente, o punto de partida compartido, entre la investigación realizada por parte de Francisco Gutiérrez y Hernando Valencia Villa, quien, nos anuncia la anomalía colombiana de la siguiente forma:

En otras palabras, ¿cuáles son los principales aspectos del proceso constitucional de Colombia desde el punto de vista de una perspectiva crítica que consulte tanto las complejidades de la historia como las astucias del derecho?

Al plantear tales interrogantes, el sentimiento que abrumba al intelecto es la extrañeza que produce la arraigada y contradictoria historia constitucional del país. De una parte, Colombia es el único Estado hispanoamericano controlado por los mismos partidos políticos desde 1849. En ninguna otra nación de la región ha habido tantas codificaciones y enmiendas, ni un discurso republicano tan proliferante. Más aún, a pesar de la ley de hierro del pretorianismo que ha hecho de América Latina la tierra del golpe de estado permanente, Colombia ha tenido más funcionarios electos, gobiernos civiles y estabilidad institucional que cualquier otro país dentro del subcontinente.

De otra parte, y en contraste con los pocos y breves golpes de estado (cinco cuartelazos o pronunciamientos entre 1830 y 1986, que abracan seis años en total), Colombia ha tenido once guerras civiles nacionales de 1811 a 1958, sin contar con la interminable batalla constitucional que es el tema de este trabajo. Y ha habido una elevada y crónica abstención electoral, largos períodos de legalidad marcial desde 1944 y un movimiento guerrillero fragmentado pero no derrotado que desafía al sistema político desde hace casi cuarenta años. Éstos y otros peculiares fenómenos y procesos requieren explicación en el contexto de un régimen que aparece todavía como abierto y civil. (Valencia Villa, 2010, págs. 29 y 30)

La cita de Valencia Villa, aunque escrita en un principio en el año 1987⁵², y que a la luz de nuestros días resulta anacrónica, puede considerarse como altamente atinada, pues es una radiografía del Estado colombiano y de su evolución a lo largo de poco más de dos siglos. Los elementos que presenta Valencia Villa son casi fantasmagóricos, pues pare-

⁵² Esta cita surge de la *Introducción* al libro *Cartas de Batalla*, que terminó siendo publicado en el año 2010. Sin embargo, la introducción, como lo acota el autor, fue escrita en dos momentos: en 1985, en New Haven; y en 1987, en Bogotá.

ciera que, para este momento, y con los acontecimientos políticos que se han venido desarrollando, como el Acuerdo de Paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – FARC-, o la elección del primer gobierno de izquierda en el país, se haya superado esta larga confrontación y convivencia entre democracia y represión. Pero más alejados de esta realidad no se podría estar, por eso pareciera que los fantasmas del estado anterior a la Constitución Política de 1991 parecieran no alejarse, ser presencias constantes y que, de vez en cuando, se manifiestan con la suficiente fuerza para recordarnos su existencia.

La concurrencia de estos fenómenos en Colombia han generado una situación particular, donde se tiene una profunda convicción en cuanto a los valores e ideales democráticos, queriéndose establecer un Estado que desarrolle y garantice cada una de las promesas de la modernidad⁵³. Sin embargo, las disputas del poder político, y la conservación del mismo a manos de quienes lo ostentan, han estado marcadas por la intolerancia hacia la oposición, y las confrontaciones se han desarrollado utilizando los medios más violentos que van desde la “*represión exterminadora*” (Gutiérrez, 2014), donde se pretende aniquilar por completo a quienes están abiertamente en oposición al régimen político, hasta la utilización de las instituciones democráticas, ya sea para impedir el acceso a la democracia, como para fraguar actuaciones fraudulentas, que en últimas tienen como finalidad darle una apariencia de legitimidad a las contiendas electorales.

La democratización debería apaciguar y controlar a la represión, pues siendo el fenómeno contrario, su finalidad última es la institucionalización y racionalización de la política, partiendo de la teoría de la paz democrática interna que explica Gutiérrez a continuación:

(...) la democracia tiene un efecto civilizador sobre el disenso, el conflicto, y el trámite de demandas contradictorias. En particular, debería domesticar las dinámicas represivas, y en el límite eliminar sus consecuencias letales. Dichos efectos podrían ser debilitados por diferentes condiciones y factores –estar en guerra civil, por ejemplo, o tener altos niveles de desigualdad– pero solo porque ellos, las condiciones y factores, también socavan a la democracia. La anomalía consiste pues en que:

- A) La democracia colombiana exhibe un persistente ‘déficit civilizatorio’. No solo no ha domesticado la represión, sino que ha convivido sistemáticamente con ella, y con sus manifestaciones extremas (llámese terrorismo de Estado o represión exterminadora).
- B) Pero esas manifestaciones extremas no parecen haber socavado sustancialmente la democracia (formal), o lo han hecho solo de manera muy, muy gradual. (Gutiérrez, 2014, pág. 46)

La presentación de esta “*anomalía*” tiene una razón de ser específica, la cual corresponde a sustentar que, a pesar de sus fallas estructurales y las constantes manifestaciones de violencia, Colombia no puede considerarse como tal un *estado fallido*. Es decir, el Estado colombiano cuenta con todos los elementos básicos y necesarios para ser reconocido como tal, por lo que sería inocuo, y hasta contra fáctico, llegar a catalogar al país como una entidad que no ha logrado consolidarse como Estado. Desde su misma concepción,

⁵³ Para una mejor comprensión de la totalidad de las promesas que dejó la modernidad, y la caída e “infravaloración” de las mismas se recomienda acudir a la obra citada de Bauman y Bordonni, específicamente en su segundo capítulo: *La modernidad en crisis*.

hasta nuestros días, se ha luchado para que la nación pueda prevalecer, solo que, como lo veremos a continuación, pareciera existir una aceptada cohabitación entre la democratización y la represión. Por esta razón, la comparación entre regímenes opuestos, partirá como base de la metodología dialéctica propuesta, siendo Colombia un Estado que representaba, desde su forma particular, los ideales republicanos y liberales clásicos, en contraposición a la Alemania Nazi, que en esencia correspondió a un Estado Totalitario.

Sin perjuicio de lo anterior, Gutiérrez no ha sido el único en exponer la situación anómala que se vive en Colombia. Otros autores la han presentado como una auténtica paradoja, pues dentro de nuestra forma violenta de pensar y ejercer el ejercicio político convive, y pervive, una concepción arraigada al derecho como elemento ordenador de nuestra sociedad, y por ende, de la forma en que resolveremos los conflictos. Julieta Lemaitre (Lemaitre Ripoll, 2009) describe de la siguiente forma la paradójica situación colombiana, y en general de los considerados estados periféricos:

Se parte aquí de la premisa de que en la medida en que el derecho produce significados sociales, como tal es parte de las luchas políticas que se dan en torno a dichos significados. A esta premisa básica se agrega otra: la violencia física también es parte de la red de significados compartidos, es decir, crea y destruye realidades sociales y sus significados, y forma parte de las luchas que se dan en ese campo.

(...) el derecho es parte de un campo político en el cual las luchas entre facciones se hacen también con las armas y con la amenaza física –violencia material y no simbólica o violencia material que también le dan sentido a la simbólica–. Esta situación complica el rol jugado por el derecho: no se pueden comprender sus dinámicas a partir de tan sólo de lo que sucede en el campo ‘puramente jurídico’, es decir, en el campo delimitado por las relaciones entre los actores de las instituciones y los rituales del derecho.⁵⁴

De igual forma, Hernando Valencia Villa, nos introduce la definición dada inmediatamente anterior. A través del análisis realizado de dos autores, Foucault y Fernando de Trazegnies, nos conducirá a una reflexión sobre cómo concebimos el derecho:

El derecho no es una ‘cosa’ sino un ‘espacio’ donde suceden cosas, no es una transcripción estática del Gran Poder sino un lugar donde se definen los poderes a través de múltiples escaramuzas. En otras palabras, el Derecho no es el resultado del poder sino una etapa de formación del poder y de su permanente cuestionamiento a través de luchas microscópicas y de guerras mayores. (Valencia Villa, 2010, pág. 48)

Esta forma de concebir el derecho, como un escenario bélico y conflictivo, resulta el primer elemento para comprender la utilización de la excepcionalidad como herramienta o institución legitimadora del poder represivo del Estado, llevándonos a una suerte de “gra-

⁵⁴ Lemaitre Ripoll, Julieta, *El derecho como conjuro: Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Bogotá, Siglo XXI Editores y Universidad de los Andes, 2010. Pág. 28-29.

mática de la guerra”, como lo anuncia Valencia Villa, llegándose a la siguiente conclusión: “*El Derecho como sistema institucional de solución de conflictos no excluye la violencia, ni garantiza la equidad.*” (Valencia Villa, 2010, pág. 49)

Después de esta definición, el autor trae consigo tres hipótesis que deben considerarse sobre el derecho como campo de batalla, de las cuales vale la pena traer a colación las siguientes:

Si el aparato jurídico funciona entonces como una forma ritual de la guerra entre individuos, clases, sexos, ideologías, generaciones, regiones, partidos y otras provincias, ello se debe a que hay una manera correcta, una ortodoxia tanto como una ortopraxis, de librar el combate. Dicho de otro modo, el conflicto que instaura las relaciones y las estructuras de la vida comunitaria no puede plantearse de cualquier manera y no debe rebasar cierto umbral que constituye el límite crítico del sistema. Cuando tal cosa sucede, el régimen político se torna ilegítimo en la medida en que las contradicciones sociales no pueden ser procesadas adecuadamente por la máquina de justicia y la energía bélica de los distintos enfrentamientos de fuerzas y discursos amenazan con hacer saltar la organización misma (...)

Si lo jurídico, por fin, es casi por entero un saber polémico, el discurso del combate perpetuo que estructura, desestructura y reestructura el orden entre los hombres, vale la pena conceder más atención reflexiva e investigativa a los análisis de contenido ideológico, las historias intelectuales, las arqueologías y genealogías y otras metodologías de idéntica estirpe que esclarezcan el lugar y el carácter de las luchas legales en el contexto socioeconómico y político en que nos ha tocado vivir, lo mismo que la función moral y cultural que dichos dueles cumplen en el hacerse de nuestra vida cotidiana. (Valencia Villa, 2010, pág. 50)

Del apartado inmediatamente precitado, se pueden extraer dos conclusiones fundamentales para la presente investigación:

1. Los conflictos sociales y la violencia representada en el derecho deben tener una institución jurídica que permita su legitimización y uso, es decir, el espacio en donde se desenvuelva la violencia que se le permite ejercer al estado, o *ius bellum*, necesariamente debe estar predefinido y claramente expresado en el pacto social primigenio, entendido en este punto como las constituciones nacionales. Los estados de excepción, y especialmente el otrora estado de sitio, hace parte de esa expresión del poder soberano, de la violencia institucionalizada. Su utilización, por ende, encuentra justificación dentro del mismo estado, y a través del derecho. Sin embargo, cualquier muestra de arbitrariedad, o de desborde sobre este poder previamente definido, ya no se consideraría legítimo y permitiría la presencia de otros fenómenos fuera del derecho, pero igualmente políticos y violentos, que no son objeto de la presente investigación y que se han mencionado anteriormente, como lo son los regímenes absolutistas, totalitarios y tiránicos. Lo que nos interesa, por lo tanto, es el ejercicio de una violencia institucionalizada, que riñe con las concepciones racionales e ideológicas de los estados democráticos modernos.

2. Es necesario, y casi imperativo, reconocer que detrás del derecho coexisten, y alimentan al discurso jurídico, otros tipos de discursos, bien sean políticos, económicos o ideológicos, los cuales deben ser analizados con rigurosidad para comprender las disposiciones normativas que los enmascaran. La relación del derecho, como un instrumento para dotar de sentido y de efecto simbólico a cada una de sus disposiciones normativas, con las demás ciencias humanas y con los sucesos y eventos históricos, únicamente pueden ser comprendidos a través de la explicación de estas relaciones complejas, en otras palabras, estudiar la norma sin contexto, o a través de su literalidad, solamente conducirá a reflexiones falaces, que reproducen una forma de *fetichismo* legal, donde solo lo que está escrito en la norma tiene validez para el derecho.

Por consiguiente, ya sea que se le denomine como *anomalía* o como paradoja, la relación entre la violencia y el derecho es la base que se tomará para analizar la excepcionalidad, pues su ejercicio solamente puede darse dentro del marco de la institucionalidad, es decir, dentro de la legalidad que presupone el Estado.

Dicha relación debe analizarse a la luz de dos consideraciones: la primera corresponde a cuándo se considera que la violencia es legitimada, es decir, cuando se institucionaliza su uso y, así, se considera como una herramienta provista de una racionalidad, amparada en que quienes disponen de ésta previamente han sido autorizados por la sociedad para ejercerla, como es el caso de las Fuerzas Armadas a través del poder delegado por los estados, o los mismos estados de excepción que aumentan las prerrogativas y usos de la misma; y la segunda consideración que se debe comprender, consiste en que esta violencia no debe ser aplicada en todo momento y bajo cualquier criterio, por lo tanto, su legitimación o racionalización dependerá estrictamente de situaciones anómalas o que comprometan algún elemento del Estado moderno, que se ve amenazado por alguna situación externa a su propia, y preconcebida, racionalidad. Bauman, citando a Max Weber, describe el uso de la violencia legítima por parte del Estado, que nos servirá para explicar mejor la convivencia de ésta y de las instituciones democráticas:

El Leviatán contemporáneo, el Estado moderno, fue definido por Max Weber en referencia a su monopolio sobre los medios de coerción y sobre el uso de estos. En la práctica, ese monopolio se condensa en la potestad de los órganos gobernantes del Estado –comoquiera que estos se seleccionen, se afiancen y legitimen su derecho a imponer disciplina a sus súbditos– para trazar la línea que separa la coerción (la violencia legítima) de la violencia sin más (la coerción ilegítima). La primera se aplica en nombre del ‘mantenimiento de la ley y el orden’, una labor que incluye principalmente la eliminación de la segunda, cuyas manifestaciones concretas se clasifican como actos de violencia. Estos últimos son ilegales, y, por ese mismo motivo, se presupone que alteran y minan el orden. El derecho a trazar la línea delimitadora, que divide el ejercicio de la violencia entre actos de coerción legítima y actos meramente violentos, es (y ha sido a lo largo de toda la historia) el principal elemento en juego en la pugna por el poder (político), amén de atributo primordial (indivisible e inalienable en su esencia) de quienes ejercen el poder (político); por esa razón, generalmente acostumbra a estar ‘esencialmente en disputa’. (Bauman & Bordoni, 2016, pág. 64)

La distinción entre la legalidad e ilegalidad de los fenómenos violentos, que pueden surgir a través de acciones determinadas y realizadas por el Estado, son los límites a los que se apuntan cuando se está en la excepcionalidad, la cual, en últimas, pretende legitimar precisamente dichas actuaciones, especialmente en los casos de confrontación bélica con otro grupo que quiera acceder al poder político. Aquí resulta menester realizar una distinción que puede considerarse como fundamental: los actos violentos y desproporcionados, porque el grupo en oposición o confrontación no cuenta con los mismos medios para la contienda, normalmente acudirán a la denominación de represivos; mientras que los actos violentos ejercidos contra grupos armados, y que por ende pueden reñir con el Estado en unas condiciones iguales, o por lo menos más favorables o menos desproporcionadas, caerán en la categoría de conflicto armado interno.

Esta clasificación está basada en los tratados ratificados por Colombia, especialmente el *Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra* de 1996. Como resulta lógico, antes de la ratificación de dicho tratado, la línea divisoria sobre el conflicto armado en el país era bastante difusa, debido a esto se produjeron bastantes excesos en el uso legítimo de la violencia estatal, amparándose en la excepcionalidad y en una situación crítica. La distinción de qué tipo de violencia se utilizó en su momento es el análisis que se realizará a continuación, para comprender el por qué se tiene tanto recelo al momento de hablar de los estados de excepción, y más cuando se trata del antiguo *estado de sitio* o de su denominación a partir de la Constitución Política de 1991: *estado de conmoción interna*⁵⁵.

I. La retoma de la excepcionalidad en el siglo XX, el caso del Tercer Reich desde el poder punitivo del Estado.

Para abordar el concepto de *estados de excepción* en la modernidad, resulta necesario acudir a los eventos que se dieron en el período entre guerras en Europa y la injerencia definitiva que tuvieron en la posterior aplicación de la excepcionalidad en Colombia, y en general en el hemisferio sur del continente americano. La principal influencia fue el tratamiento que se le permitió a la figura de la excepcionalidad en la República de Weimar. Giorgio Agamben (Agamben, 2019) ha realizado un análisis sobre la situación que se vivió en ese momento, y que permitió el ascenso al poder de Adolf Hitler y la posterior instauración del denominado *Tercer Reich*:

En el curso del siglo XX, se ha podido asistir así a un fenómeno paradójico, que ha sido eficazmente definido como una ‘guerra civil legal’ (Schnur, 1983). Tómese el caso del Estado nazi. No bien Hitler toma el poder (o, como se debería decir acaso más exactamente, no bien el poder le es entregado), proclama el 28 de febrero el Decreto para la protección del pueblo y del Estado, que suspende los artículos de la Constitución de Weimar concernientes a las libertades personales. El decreto no fue revocado, de modo que todo el Tercer Reich puede ser considerado, desde el punto de vista jurídico, como un estado de excepción que duró doce años. El totalitarismo moderno puede ser definido, en este sentido, como la instauración, a través del estado de excepción, de una guerra civil legal, que permite

⁵⁵ Como es posible inferir, el objeto central de la investigación recae sobre solamente un uso específico de la excepcionalidad, el cual se contrasta con los demás pues sus justificaciones provienen casi exclusivamente de la confrontación del poder estatal con un poder que busca competir con éste y, por lo tanto, hacer cambiar el orden social definido.

la eliminación física no sólo de los adversarios políticos sino de categorías enteras de ciudadanos que por cualquier razón resultan no integrables en el sistema político. Desde entonces, la creación voluntaria de un estado de emergencia permanente (aunque eventualmente no declarado en sentido técnico) devino una de las prácticas esenciales de los Estados contemporáneos, aun de aquellos así llamados democráticos. (Agamben, 2019, pág. 29)

Igualmente, es indispensable retomar la obra de Bernd Marquardt, *Ius Contra Bellum*, en la cual realiza una descripción pormenorizada de las primeras repúblicas constitucionales de Berlín y Viena, o del Imperio Alemán y de la Austria posterior a la Primera Guerra Mundial, donde explica el por qué se llegó al fracaso de dichas repúblicas, permitiéndose así el avance hacia el estado totalitario nazi. Si embargo, antes de entrar a realizar y analizar el recuento propuesto por Marquardt, que de por sí es bastante completo, se entrará a comparar los elementos expuestos en el capítulo anterior, sobre el poder punitivo, a la luz de lo narrado para el surgimiento del estado nazi, con la finalidad de observar las características esenciales del discurso subsistente y legitimador de la excepcionalidad, que se han propuesto y, así, ponerlos a prueba.

En principio, se debe observar una de las primeras causas, y tal vez la más referida y aceptada, del surgimiento del totalitarismo alemán: el *rompimiento de las paces reconciliadoras*⁵⁶, lo cual conllevó la concepción generalizada, del pueblo alemán y del pueblo austriaco, de haberse rendido ante las potencias vencedoras de la Primera Guerra Mundial. Esto trae consigo, como lo explica Marquardt, la extrapolación del conflicto político en dichas naciones, donde los bandos confrontados ya no tendrán una simple visión de contradictorio, sino que, por el contrario, conducirá a observar a los políticos republicanos como: “*los políticos sirvientes a los enemigos de la nación.*” (Marquardt, 2017, pág. 321)

Lo anterior, condujo a la polarización de la población en ambas naciones, acentuándose a su vez la ya mencionada concepción de *amigo-enemigo*, donde se le daba al Estado la herramienta necesaria para remarcar el primero de los elementos esenciales que se veían con el poder punitivo, la *confiscación de la víctima* por parte de éste, donde, los enemigos del Estado, o los republicanos que favorecían a las potencias vencedoras, debían ser castigados y enjuiciados por traicionar a su patria⁵⁷, de lo cual se aprovechó el espectro político que posteriormente sería el nazismo: “*(...) la derecha nacionalista difundió la leyenda de la puñalada por la espalda según la cual la rebelión de los republicanos había*

⁵⁶ Este término es recurrente en la obra de Marquardt, quien sostiene que, para Europa, los conflictos bélicos tradicionalmente concluían con una suerte de paz reconciliadora, donde se superaban las situaciones del conflicto y se llegaba realmente a superar los conflictos. Dicha tradición se ve terminada por los *Tratados de Versalles* y el *Saint-Germain-en-Laye* de 1919. Op. Cit. Pág. 321.

⁵⁷ Sobre este punto, Marquardt nos trae un ejemplo esclarecedor sobre el delito de traición a la patria, el cual se anunciará textualmente a continuación: “*Incluso los jueces alemanes confirmaron esta perspectiva destructiva: cuando en 1924, el Presidente socialdemócrata FRIEDERICH EBERT pretendió defenderse jurídicamente contra una calumnia de este tipo por un periodista de la derecha, el tribunal regional de Magdeburgo juzgó que EBERT había cometido, objetivamente, en 1919, el delito de la tradición a la patria. En resumen, la humillación de Versalles y Saint-Germain entregó a la derecha centroeuropea el aspecto clave para deslegitimar el constitucionalismo republicano y exigir políticas de la restauración del orgullo nacional, mientras las fuerzas pro-sistémicas no lograron defenderse eficazmente frente a las estigmatizaciones colectivas profundas.*” Ibidem.

asesinado, supuestamente, por la espalda a las fuerzas armadas no vencidas.” (Marquardt, 2017, pág. 322)

Por lo tanto, es dable aceptar, y considerar, que el asunto de la pérdida de la Primera Guerra Mundial iba más allá de las víctimas alemanas, siendo una cuestión del Estado, un asunto público que ameritaba un castigo por parte del mismo, el cual no debería rendirse ante las condiciones y prohibiciones expuestas por los vencedores. Todo aquel que promulgase la idea de sumisión o aceptación al *Tratado de Versalles*, y que promulgase el republicanismo y liberalismo de las potencias vencedoras, debería ser perseguido por el poder punitivo del Estado, o lo que quedase del mismo, lo que conllevó a la proliferación de la violencia política:

De las frustraciones acumuladas, resultó un enorme grado de violencia política con las dos olas principales de 1918 a 1923 y de 1929 a 1933 en Alemania. Aparecieron nuevos actores violentos, en particular paramilitares de derecha, que reclamaron defender lo que -en su interpretación- era el verdadero Estado nación (...)⁵⁸

Con todo lo anterior, aún no surgía la violencia institucionalizada del Estado, como elemento característico, pero estaba en gestación, pues las estrategias populistas de la ultra derecha alemana conducían, necesariamente, a la toma del poder estatal. La confrontación entre los grupos paramilitares de la derecha y de los grupos, también paramilitares, del comunismo alemán, condujo a la *militarización de la sociedad alemana*, en términos de Marquardt, que permitió que el Estado reaccionara con la fuerza de la excepcionalidad:

De modo simultáneo, pudo observarse una violentización del poder estatal mismo: la república llamada Imperio Alemán no solo promulgó numerosos decretos del derecho excepcional en nombre de la seguridad interna, sino que la federación activó también tres ejecuciones imperiales según el artículo 48 número 1 de la Constitución de Weimar contra gobiernos de la izquierda acentuada en Estados federados, enviando el ejército imperial en 1923 contra Sajonia, contra la izquierda moderada en Prusia, mientras que la ejecución imperial planeada en 1923 contra la dictadura de derecha en Baviera, fracasó por la desobediencia de los militares simpatizantes.

De tal manera, en once de sus 15 años de existencia, la primera república alemana mostró síntomas fuertes de un Estado fallido con una capacidad limitada de pacificación. No obstante, se trató precisamente de un Estado que fue, de modo paralelo, una potencia mundial renaciente en términos militares, industriales, tecnológicos, organizacionales e intelectuales -una combinación explosiva-.⁵⁹

El siguiente punto a tratar, para poder comprender el ejercicio del poder punitivo del estado, a través de la excepcionalidad, corresponderá a la sujeción que tenía el soberano, en ese momento encarnado en la figura del *Führer*, al contrato social o a la constitución vigente para la época. En principio, la *Constitución de Weimar* había heredado todas las

⁵⁸ Ibidem. Pág. 322.

⁵⁹ Ibidem. Pág. 323.

fuentes ideológicas liberales extraídas de la modernidad europea, sin embargo, adolecía de dos *problemas estructurales*, como los ha denominado Marquardt, que permitieron el ascenso vertiginoso al poder por parte de la extrema derecha alemana:

Revisando la constitución alemana de 1919, se detectan dos problemas estructurales. El primero de estos puede resumirse en la constitución sin guardián, es decir, no se retomó la propuesta de la constitución fracasada de Fráncfort de 1849 a instaurar una justicia constitucional fuerte con facultades del amparo isufundamental, sino que el Tribunal del Estado, previsto en el artículo 108, no fue competente para ni para los recursos de amparo ni para el control de constitucionalidad de las leyes. Por lo tanto, los derechos fundamentales liberales y sociales quedaron muy débiles y fuera de la atención prioritaria de la teoría y práctica jurídica. Consecuentemente, para un futuro caudillo, fue fácil eliminarlos por completo.

Como la segunda debilidad estructural, se indica el derecho excepcional del Estado de la paz interna, en particular según el artículo 48 de la Constitución de Weimar, que autorizó al Presidente de la República tanto a ejecuciones federales contra Estados federados desobedientes, como a todas las demás medidas declaradas necesarias para superar amenazas a la seguridad interna y el orden público, inclusive el uso interno de las fuerzas armadas y la suspensión de los derechos fundamentales (...) ⁶⁰

La forma en que estaba redactado el artículo 48 de la *Constitución de Weimar*, dotaba de unos poderes excepcionales al soberano lo bastante amplios, como para no considerarlo como “sujeto” u obligado a la misma. Esto lleva, indefectiblemente, a que retomemos el punto que se había dejado con la teoría contractualista de Hobbes, donde el soberano estaba por encima del mismo contrato social primigenio, pudiendo ejercer un poder desbordado cuando así fuese necesario, con la finalidad de preservar la integridad del texto constitucional. Por esta razón, la *Constitución de Weimar* no fue derogada bajo el régimen nazi y, por el contrario, durante toda la vigencia del *Tercer Reich*, se vivió bajo la excepcionalidad del artículo 48, dotando de una supuesta legitimidad al poder desbordado del soberano, lo que posteriormente alimentaría la multicitada premisa de Carl Schmitt sobre el poder soberano.

Este elemento del poder punitivo, aunque exacerbado en el régimen nazi, nos permite confirmar la tesis planteada en el capítulo anterior, es decir, el poder punitivo debe contemplar la sujeción, o no, del soberano al contrato social, bien sea para conferirle la capacidad de ejercerlo sin límites algunos, a través de las prerrogativas derivadas de la excepcionalidad, como para limitar su ejercicio en el marco de una ley fundamental. Sumado a esto, Marquardt explica que la ausencia de controles para el ejercicio de la excepcionalidad provenía de la misma redacción del artículo 48, donde:

No existió el requisito de la autorización previa del parlamento, sino que el Presidente estuvo en plena libertad de diagnosticar la perturbación de la seguridad interna y de tomar las medidas consideradas como adecuadas. Aunque no se trató

⁶⁰ Ibidem. Pág. 324.

de la intención de la asamblea constituyente, el artículo 48 permitió un estado-de-sitismo excesivo, hasta vaciar completamente la carta bajo la apariencia de lo legal.⁶¹

Otra de las características esenciales del poder punitivo propuestas a través de la obra de Zaffaroni, y que se mantendrá en la revisión del régimen del *Tercer Reich*, corresponde al surgimiento del poder disciplinario, derivado del cambio de concepción sobre el uso del poder punitivo por parte de un *estado administrador de la vida*, el cual permitió la delimitación de las conductas que eran considerables como reprochables y, por lo tanto, objeto de la persecución del Estado por ser consideradas como ofensivas. Para la consolidación del régimen, resultó necesario ampliar y robustecer aquellas conductas que pudiesen ser objeto del poder punitivo del estado, teniéndose una finalidad específica: homogeneizar la sociedad alemana para no encontrar opositores.

Por esto mismo, se persiguió al disidente, al heterodoxo, al que no cumpliera con las características que el régimen quería imponer, lo que permitió, como se anunció anteriormente, la violencia política. Sin embargo, el Estado nazi también persiguió todo tipo de conductas que consideró como censurables a la luz de un régimen basado en teorías de eugenesia social, determinadas por una interpretación racista de las teorías darwinianas, la persecución religiosa y la libertad sexual:

De hecho, todo derecho fundamental de tipo liberal fue revocado y entregado a la violencia estatal, por ejemplo, la libertad de prensa mediante una ley de 1933 que declaró el trabajo del periodista una función pública, subordinada al deber de publicar en beneficio del poder imperial, de la voluntad colectiva del pueblo y del honor del alemán, bajo el control del ministerio de propaganda y amenazas penales, así como resultó revocado el derecho de reunión. Un eufemismo de la época pretendió decretar la disolución de la separación artificial entre Estado y sociedad. El Decreto-ley para la restauración del servicio público profesional de 1933, permitió el despido de todos los funcionarios, jueces, profesores, y diplomáticos que fueron sospechosos de la deslealtad al Estado nacional debido a su orientación política o por su pertenencia a la fe judía. Por ejemplo, de los 378 profesores de las ciencias jurídicas en las universidades alemanas, 120 perdieron su profesión, abriendo los respectivos puestos para jóvenes docentes habilitados con una orientación pro-sistémica.⁶²

La importancia del poder disciplinario del Estado empezó a jugar un papel determinante para la vida de las personas que estaban sujetas a la *Constitución de Weimar*, pues, o se estaba con el régimen, o simplemente se era enemigo del mismo, lo que permitía al Estado ejercer un poder represivo e institucionalizado, derivado del poder punitivo y concentrado en la legislación penal y la política criminal que se estaba imponiendo, a través de la legalidad y legitimidad extraída de la excepcionalidad del artículo 48.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Ibidem. Pág. 327.

Por lo tanto, el poder disciplinario adquiere una especial connotación en el uso de la excepcionalidad, siendo la base jurídico-racional de las conductas que deberían ser castigadas por el Estado, bien sea mediante la persecución y detención, como también desde un aspecto teleológico o finalista, donde se debía *reformar* a todos aquellos que cumplieren con las características biológicas, e inclusive familiares o genealógicas, para ser considerados como alemanes.

Para finalizar, se analizará el elemento restante que se ha propuesto del poder punitivo del Estado, es decir, la definición de la autoridad que ejercerá dicho poder y la forma en que lo realizará. Como se ha anunciado, la sociedad alemana del período de entre guerras se definió en la unificación y jerarquización del poder estatal en la figura del *Führer*, al mejor estilo del ejército imperial alemán. Esto condujo, irremediablemente, a la supresión de la teoría de la separación de poderes, donde se vería exacerbada la capacidad del poder ejecutivo, consiguiendo gobernar a sus anchas, sin tener límites claros en los demás poderes públicos.

El paso definitivo que condujo a la consolidación del *Tercer Reich*, se dio desde el ámbito legal e institucional, para así dotar de legitimidad a un nuevo régimen extremista, que basaría su existencia en el uso del poder punitivo. Sin embargo, vale la pena detenerse en cómo se llegó al poder por parte de Hitler, para así comprender que la excepcionalidad se basa en un manejo estratégico del derecho, entendido como ese espacio en donde se deberían librar las batallas más importantes, para consolidar su propia posición de poder, para después ejercerla sin límites, confirmándose una reproducción del discurso originario que se propone a través de la revisión de la excepcionalidad romana, subsistiendo, multiplicándose y aplicándose a pesar de la distancia temporal y la diferencia del contexto social.

A través de la figura de Paul Von Hindenburg, Marquardt nos explica cómo terminó la fase de democracia constitucional en 1930, donde éste gobernó a través de la excepcionalidad del artículo 48, y se hizo prolífico el uso de decretos excepcionales para mantener su poderío, inclusive promoviendo el *golpe de Estado prusiano*, a través de la cual:

(...) Hindenburg eliminó el último bastión de la oposición socialdemócrata, destruyendo, con base de reproches manipulados, al gobierno del Estado federado más grande para unificar el mismo y sus facultades policiales con el gobierno imperial. En el subsiguiente enfrentamiento jurídico ante el Tribunal del Estado, los jueces subrayaron su no disposición a defender la Constitución de Weimar y el respectivo principio federal. Como cuarto canciller de esta dictadura presidencial Hindenburg nombró, en 1933, al líder del partido más fuerte en el parlamento, el nacionalsocialista de origen austríaco ADOLF HITLER. (Marquardt, 2017, págs. 325 y 326)

Varios aspectos claves surgen de la anterior cita, pues a través de la misma se comprende hacia donde se dirige Zaffaroni cuando anuncia que el poder punitivo del estado debe estar bien definido a través de las instituciones del Estado. Para poder lograr su empresa represiva y exterminadora, el régimen nazi debería cooptar toda la capacidad estatal para perseguir, investigar y castigar a todos los ciudadanos alemanes. Para conseguirlo, debería, en primera medida, eliminar a sus contendientes democráticos, a través de la violencia

estatal de censurar y suprimir a la oposición. Posteriormente, el régimen debería asegurarse que la aplicación de su régimen disciplinario y punitivo tuviera una apariencia de legalidad, por lo que se introdujeron una serie de reformas al derecho penal, donde se acentuó una concepción de represión política, basándose en teorías del derecho penal de autor, fijando las bases para un Estado que perseguía a sus enemigos bajo la categorización de terroristas:

(...) el juez penal dispuso de normas escritas detalladas que generaron la impresión de actuar dentro del marco acostumbrado de la normatividad positivizada de un Estado legislador. Sin embargo, los contenidos de las reformas penales no fueron iuspositivistas en el sentido de la predeterminación exacta del juez por el legislador, sino por el contrario: ocurrió una desestructuración y flexibilización del derecho penal que abrió amplios espacios para tomar casi cualquier decisión según evaluaciones políticas y, a veces, meramente sádicas. Por ejemplo, es evidente que el derecho penal político fue aplicado de modo selectivo para perseguir a los oponentes en el lado de la izquierda, especialmente a los ex miembros del Partido Socialdemócrata Alemán y del Partido Comunista, aunque ninguna ley formal estipuló que las respectivas opiniones políticas – que habían sido legales en todos los años de la República de Weimar- eran el núcleo de la alta traición terrorista.⁶³

Posteriormente, y con el fortalecimiento del *Führer*, se presentó un fenómeno que puede considerarse como la acentuación del derecho penal y policivo, basándose en la concepción de *amigo-enemigo*, y en una creciente influencia del poder punitivo, organizado, ahora, en instituciones de corte militar, de carácter estatal y privadas, que fungían como las fuerzas especiales nazis, que tenían facultades extraordinarias para acusar, perseguir y castigar, inclusive con la vida, a todos los enemigos del régimen totalitario, como así lo explica Marquardt:

Entre otros, la Gestapo fue declarada competente para ordenar la llamada detención de protección, un instrumento policial proveniente del derecho de la seguridad estatal del Reino de Prusia que había sido introducido originalmente para contener la revolución liberal de 1848 mediante arrestos preventivos sin sospecha concreta y fuera del control de los jueces. De tal manera, la policía de la dictadura pudo dirigir sus enemigos públicos a campos de internamiento – llamados campos de concentración – más allá del sistema republicano de prisiones y con el estatus de distritos de un derecho propio – prácticamente extraterritorial-, bajo un régimen disciplinario duro que previó ejecuciones por meros discursos, gritos o el rechazo del trabajo forzoso.⁶⁴

Para finalizar, y como última medida para que el poder estatal estuviese concentrado enteramente en cabeza del régimen, y por ende del *Führer*, se dispuso la creación de tribunales especiales, los cuales servían exclusivamente a éste y donde se concentraba todo el poder punitivo del estado, en el ámbito legal, institucionalizando la violencia y avalando

⁶³ *Ibidem*. Págs. 332 y 333.

⁶⁴ *Ibidem*. Pág. 334.

las medidas que se habían tomado gracias a la excepcionalidad perpetuada, como un modelo de gobernanza que ya contaba con todos los elementos necesarios para ser considerado como dictatorial, pero que aún buscaba enmascararse a través de la legitimidad que aparentaba a través de las instituciones jurídicas estatales:

Para sancionar los delitos políticos serios, la reforma penal de 1934 estableció una corte especial, llamada Tribunal del pueblo, en manos de nuevos jueces nombrados por parte del gobierno. Cuando el jurista ROLAND FREISLER subió a la presidencia, el mismo declaró al dictador: ‘El Tribunal del pueblo siempre procurará decidir como él piensa que usted mismo, mi caudillo, evaluaría el caso’, firmando explícitamente como ‘su soldado político’. En el promedio, FREISLER alcanzó tres penas de muerte por día, sin olvidar que absoluciones ocasionales promovieron la autoridad de la corte.

Conforme a esta politización e instrumentalización del derecho penal, ningún órgano judicial se dedicó a las 90 a 200 ejecuciones extralegales de la llamada Noche de los cuchillos largos de 1934. Fue aceptada enteramente la auto-amnistía prevista en el Decreto-ley sobre las medidas de autodefensa del Estado de 1934 que declaró dichos asesinatos legales. El anti-constitucionalista CARL SCHMITT resumió la lógica, cuando ostentó en su escrito *El caudillo protege al derecho* de 1934 que el dictador había actuado como el señor supremo de la justicia que aplicó, supuestamente, un derecho natural ético superior al derecho positivo vacío del Estado liberal. Existió un decreto-ley, pero su esencia fue otra vez iusnaturalista-ideológica y no positivista. Desde entonces, la autodefensa del Estado sirvió como justificación para cualquier ejecución cometida por agentes del poder público y, de tal manera, para la impunidad absoluta de ellos.⁶⁵

Por lo tanto, se pueden resumir los elementos del poder punitivo del estado nazi en los siguientes aspectos:

1. Extensión de los comportamientos o acciones sociales vistos como reprochables u ofensivos a la luz del poder disciplinario, dándole la connotación de crímenes contra el régimen a las acciones políticas legítimas en contra del régimen nazi, como también a las simples expresiones individuales de los seres humanos que eran vistos como heterodoxos o diferentes.
2. Control penal sobre las opiniones y convicciones de las personas, haciendo del régimen nazi un estado totalitario, que definía hasta las más profundas expresiones individuales de los seres humanos, buscando la uniformidad y reduciendo la capacidad de pensamiento racional y crítico, atentando contra la libertad individual.
3. Extensión y desproporción de la pena de muerte, siendo el régimen nazi categorizado como exterminador e inclusive genocida, como se vio con posterioridad. Esto conduce a la exacerbación del poder punitivo del estado, que ahora también administraba la muerte de cada una de las personas dentro del Estado, además de

⁶⁵ *Ibidem*. Pág. 333.

- delimitar su vida a través del poder disciplinario, bajo un sentido de eugenesia social y determinismo social y evolutivo.
4. Ampliación de las facultades de la fiscalía y de la policía del régimen, como también la creación de tribunales especiales para sancionar y castigar a los opositores, lo que dejó en manos de quienes ejecutaban las políticas punitivas del régimen un enorme poder discrecional.
 5. Reducción de todas las garantías individuales y colectivas, especialmente las del debido proceso, impidiéndose una defensa por parte de la ciudadanía dentro del *campo de batalla* que es el derecho, es decir, no se contaba con las mismas condiciones al momento de poder hacer justiciable sus derechos, como tampoco se había establecido una suerte de “*igualdad de armas*”, que permitiese a las personas combatir con el régimen nazi dentro del espectro del derecho.
 6. Reproducción del discurso legitimador del derecho, a través de la excepcionalidad, donde se podría comprender como la necesidad de acudir a una forma normada, reglada, determinada con anterioridad, para ejercer el poder político en un momento crítico, que demanda romper con la institucionalidad y con la racionalidad intrínseca que se predica del sistema normativo vigente.

En conclusión, las características que se han propuesto para rastrear el origen de la excepcionalidad moderna, y de su utilización en el poder punitivo del estado, se cumplen con el ejemplo del *Tercer Reich*, donde la exacerbación del poder ejecutivo, y la permisividad en la misma por parte de las demás instituciones del Estado y de la sociedad alemana, si es que tenía alternativa, condujeron a que la excepcionalidad fuera la piedra angular del régimen nazi, llevándose hasta tal punto que, en toda su duración, permaneciese en vigencia la Constitución de Weimar, como también el régimen excepcional del artículo 48.

Como se ha intentado explicar, la excepcionalidad en la modernidad va a contar con características definidas, a través de las cuales se desnaturalizará las instituciones que componen a los Estados modernos, llevándose inclusive a la legitimación de regímenes totalitarios, donde se cooptaron, por parte de un partido político, todos los poderes públicos. Igualmente, a través de la racionalidad del derecho, entendido como elemento organizador de las sociedades, se justificaron cada una de las actuaciones derivadas de la excepcionalidad, conduciendo a la desfiguración de las instituciones otrora democráticas, con una justificación que partía del mismo ordenamiento, como así sucedió con la República Romana, justo antes de entrarse al período imperial.

Entendiendo los avances realizados, en cuanto a la forma de concebir el modelo político y jurídico, se debe analizar cuáles son las consecuencias de acudir a la excepcionalidad, cómo se transforman las instituciones en su vigencia y los efectos que tienen las medidas tomadas en los Estados que históricamente han abanderado los preceptos democráticos y modernos. A continuación, se verán las similitudes que tuvo la excepcionalidad en Colombia, proliferando a través del estado de sitio, con el régimen nazi, y como se puede rastrear el poder punitivo del estado como una expresión de la violencia institucionalizada y legitimada a través de todos los órganos estatales, en un Estado que procuró mantener las condiciones democráticas, siendo la antítesis del *Tercer Reich*, por lo menos en cuanto las consecuencias que se derivaron de la excepcionalidad, es decir, no se tornó nunca en un régimen totalitario.

Para esto, resultará necesario detenerse, primero, en la génesis del ejercicio del poder institucionalizado en Colombia, para así rastrear los antecedentes represivos de su uso, con la finalidad de comprender el contexto nacional, la consolidación de una forma de dominación hegemónica y el discurso que se encuentra detrás de la violencia institucionalizada, para así lograr avizorar las diferencias para la comparación dialéctica que se pretende.

II. Los comienzos de la excepcionalidad en la modernidad colombiana, antecedentes represivos y violencia institucional.

El Estado constitucional colombiano ha sido construido bajo parámetros y criterios fácilmente observables. La influencia liberal europea y su tendencia modernizadora fueron las grandes banderas que se izaron durante la fundación de nuestro país, riñendo con las viejas formas de gobierno y cosmovisiones existentes desde la conquista y colonización española. Sin embargo, muchas de las instituciones y costumbres de aquella época sobrevivieron a esa ola independentista que se generó en la región.

Estas instituciones y costumbres, entrelazadas con la ideología liberal determinada por una fuerte tendencia al antropocentrismo y al humanismo, exacerbando el papel del individuo como ser racional, llevaron a la generación de una “*identidad nacional*”, como así lo refiere Valencia Villa (Valencia Villa, 2010), que podría considerarse como contradictoria en su base constitutiva, pues cuenta con elementos tan disímiles como lo son un fuerte arraigo a la religión católica y, a su vez, una clara prevalencia por las ideas republicanas y democráticas para la configuración del Estado.

Esta amalgama, que en principio parecería infructífera, es el objeto de estudio del presente acápite. Se abordará el papel que ha tenido la Iglesia Católica como una de las instituciones que más valor, y vocación de permanencia, ha tenido en nuestra historia nacional, analizando si se trata de un poder determinante para las instituciones que componen nuestro Estado, pero también observándose el papel preponderante que ha ejercido sobre nuestra sociedad y la forma como se ha concebido, desarrollando un modelo de comportamiento y valores compartidos, es decir, inculcando una forma de deontológica de cómo se debe vivir la vida en sociedad, para desentrañar un discurso que ha subsistido y se vuelve la base para la utilización estratégica de la excepcionalidad como institución jurídica.

Comprender esto último resulta determinante para realizar un análisis objetivo sobre las pugnas resultantes de dos modelos que sobreviven dentro de nuestro Estado. Pero el papel que ha jugado la Iglesia no se limita a una propagación dialógica de su doctrina, por el contrario, parecería que se han utilizado medios violentos y represivos, en algunos momentos con más vehemencia que otros, para la preservación de su papel como actor principal dentro, y por encima, del mismo Estado. Debido a estas características, se dividirá en dos el estudio del presente acápite, empezándose por definir el papel determinante que ha tenido la Iglesia, como poder represivo y constante estructural del Estado colombiano para, posteriormente, analizar las formas de violencia institucionalizada y la utilización de la excepcionalidad como herramienta o institución jurídica que, sistemáticamente, se ha utilizado como medio para legitimar el uso de la violencia como poder represivo.

En primera medida, se observarán las formas represivas por medio de las cuales las instituciones de gobierno han querido perpetuar la ideología conservadora, con tintes de querer implementar un Estado confesional que, aun así, no riñe con las ideas liberales, y que busca tener su legitimación a través de una idea restringida de la libertad religiosa, donde se proclama que mayoritariamente Colombia es un país católico. Posteriormente, se analizará si de esta imposición religiosa resulta razonable, y plausible, afirmar que es una de las constantes estructurales de nuestro Estado y, por ende, de nuestras constituciones.

Para esto, se establecerá una época determinada donde resulte realmente visible esa sinergia existente entre Iglesia y Estado, dando un breve repaso a la historia constitucional de Colombia, para después analizar lo sucedido en el período comprendido entre el comienzo del siglo XX, y hasta el denominado Frente Nacional, para así terminar con la influencia que se tiene de la violencia represiva y la utilización de la excepcionalidad como herramienta jurídica para perpetuar un poder hegemónico.

Desde los comienzos del proceso colonialista por parte de las potencias europeas hegemónicas del siglo XVI, y específicamente el Reino de España, la religión católica ha ejercido una gran influencia en la consolidación de los diferentes virreinos que existieron en América. A partir de las *Bulas Alejandrinas*, se le concedió a la corona española el derecho a conquistar y evangelizar la totalidad del continente americano. Durante los siglos posteriores, la campaña evangelizadora fue una de las herramientas más poderosas para la constitución de los incipientes virreinos como entidades territoriales que contaban con cierta autonomía, y que serían las precursoras de los posteriores Estados nacionales que surgirían a lo largo del siglo XIX.

Tzvetan Todorov (Todorov, 2010) retrató consistentemente, y a través de varias de las experiencias de los personajes más relevantes de la conquista de América, las formas en qué se realizó la conquista, mostrándonos las concepciones que se tenían de la evangelización y los medios que debían utilizarse. A través del ejemplo de Fray Bartolomé de Las Casas nos mostrará que, a pesar de sus intentos pacíficos para evangelizar la región, siempre fue más efectivo la utilización de la violencia y la represión:

Después de su “*conversión*”, en la cual renuncia a los indios que posee, Las Casas se lanza a una nueva empresa, que es la colonización pacífica de la región de Cumaná, en lo que actualmente es Venezuela: en lugar de soldados debe haber religiosos, dominicos y franciscanos, y campesinos-colonos, traídos de España; se trata efectivamente de una colonización, tanto en el plano espiritual como en el material, pero se debe llevar a cabo con suavidad. La expedición es un fracaso: Las Casas se ve obligado a hacer cada vez más concesiones a los españoles que lo acompañan, y por otra parte los indios no se muestran tan dóciles como esperaba; el asunto termina en forma sangrienta.”⁶⁶

Ejemplos como este abundan en el texto de Todorov, y son un reflejo de la herencia represiva que se vivirá a lo largo de los siglos, y que desafortunadamente se propagó hasta bien entrado el siglo XX. Sin embargo, la evangelización fue un éxito en cuestiones de

⁶⁶ Todorov, Tzvetan. *La conquista de América: el problema del otro*. Traducción por Flora Botton Burlá, Siglo XXI editores, México D.F 2010. Pág. 409-410.

adeptos y de aceptación. Latinoamérica se puede catalogar como la región donde el catolicismo encuentra su mayor recepción y aceptación. Pero el proceso de la conquista no ha sido el único evento donde se han producido violencias y represiones dignas de reñir con las guerras religiosas, por el contrario, se volvió una de las formas más representativas de expandir el dogma católico, y las guerras civiles en Colombia tendrán un principio religioso bastante relevante para considerarlo como una variable más.

Sin perjuicio de lo anterior, y haciendo referencia precisamente a la alta recepción de la religión católica, en Colombia se llegó al acuerdo, desde un comienzo, que lo sagrado debería estar dentro de las categorías que deberían regularse por el constitucionalismo, teniendo como acuerdo fundamental, en un principio, que la identidad religiosa del país estaría en manos del catolicismo. Para entender la importancia acerca de lo sagrado, y su aterrizaje en el ámbito del derecho constitucional, se recurrirá a lo escrito por Mauricio García Villegas (García Villegas, 2020):

Los regímenes constitucionales también reservan un espacio para lo sagrado; sin embargo, para ellos lo sagrado no se encarna en voluntades concretas, como ocurría antes con el rey y con la junta revolucionaria, sino en las instituciones, es decir en las reglas del juego político (Estado de derecho). Cuando las voluntades políticas detentan el poder de decir lo sagrado y lo inadmisibles, una lógica emocional maximalista se impone. Cuando lo sagrado está dicho en una Constitución, en cambio, una lógica fría, predecible y racional se adopta.⁶⁷

La anterior cita nos permite deslumbrar dos características del constitucionalismo: la función de cohesión que tiene, similar a la de la religión, sobre lo fundamental, y su carácter impersonal y de legitimidad racional, es decir, acude a una abstracción en cuanto a las instituciones y a las normas que las crean, donde no se le puede atribuir un autor concreto al texto constitucional, intentándose así tener una visión objetiva sobre estos acuerdos fundamentales.

Como herencia cultural, religiosa, y de ordenamiento territorial y político, los virreinos de la mano de las instituciones que los componían fueron un elemento esencial para los comienzos de las primeras repúblicas latinoamericanas. Su funcionamiento a partir del siglo XIX, con las revoluciones liberales que condujeron a los movimientos independentistas, basaron su legitimación en dos vertientes que en apariencia eran disímiles, pero que, sumándolas, componían los elementos estructurales de los Estados americanos. Estos elementos estructurales, o *constantes estructurales* (Valencia Villa, 2010) como las denomina Valencia Villa, en su libro *Cartas de Batalla*, son los principios ideológicos que determinarán la suerte de las constituciones escritas que se darán a lo largo de este período.

Las constantes estructurales, que organizarán los ordenamientos jurídicos futuros, corresponden a estas cuatro categorías: El republicanismo, el cual se alimentará de los aportes a las ciencias políticas de Rousseau, estableciendo la democracia representativa y la soberanía nacional e indivisible, siendo una de las fuentes más aceptadas de la teoría contractualista del estado; el centralismo, como herencia del período colonial, buscando la

⁶⁷ García Villegas, M. *El país de las emociones tristes*, Editorial Planeta Colombiana S.A., Bogotá, 2020. Pág. 166-167.

unificación del territorio nacional sometiendo a las distintas entidades territoriales, ya sean departamentos o provincias, a un régimen de sujeción al gobierno central, donde las políticas públicas y el ejercicio del poder se ejercen desde las denominadas *metrópolis*; el presidencialismo, que puede observarse como una de las influencias de la revolución norteamericana, pero que también corresponde con la fuerte imagen de líderes carismáticos que se tenían de nuestros *libertadores*⁶⁸, generándose la prolífica imagen del caudillo como la persona que deberá ostentar la soberanía; y por último, el confesionalismo y las incipientes libertades públicas, dejándose así matices y fuertes influencias para la legitimación del poder. A propósito de esto, (Valencia Villa, 2010) escribe sobre el presidencialismo en Colombia lo siguiente:

De acuerdo con el paradigmático ejemplo de los Estados Unidos tanto como la propia y precoz tradición hispanoamericana de liderazgo carismático. Colombia diseña una poderosa presidencia como institución axial de la república centralista. Y si bien el país no ha tenido tantos golpes de Estado y dictaduras como las restantes naciones en la región, y la extendida tendencia hacia la jefatura autocrática y populista ha sido transformado en un bipartidismo disciplinario pero abierto, el omnipotente jefe de Estado y de Gobierno es con mucho la autoridad central. (pág. 54)

Sin embargo, las referencias a la influencia de la Iglesia Católica en la conformación del incipiente Estado colombiano, y entiéndase colombiano como la reunión de las naciones norandinas de acuerdo con la denominación de Marquardt⁶⁹, han sido plasmadas en las constituciones escritas que se sucedieron en la época de los movimientos y revoluciones independentistas comprendido entre 1810 y 1816. Además de las cuatro constantes estructurales, descritas por Valencia Villa, sería pertinente agregar una más, que surge del análisis de carácter sistemático que debe realizarse con la totalidad de constituciones y declaraciones que se realizaron en este momento crucial para el constitucionalismo ilustrado. El elemento que puede sugerirse como nuevo es la inclusión del derecho natural, o de una tendencia *iusnaturalista* en esta etapa, donde cobró gran importancia la traducción realizada por Antonio Nariño sobre los *Derechos del Hombre*.

Comprendiendo la importancia de esta traducción, que permitía un mayor alcance de las tendencias ilustradas liberales de la época, se fortaleció la idea sobre el descubrimiento de los derechos por encima de la idea del consenso social como originador de éstos y la contingencia a las condiciones culturales y sociales. Por otro lado, no resultaría extraño

⁶⁸ De acuerdo con Valencia Villa, la pugna entre los dos icónicos precursores de nuestra patria, Santander y Bolívar correspondía a dos interpretaciones del liberalismo que encontraban diferencias sustanciales en la composición del Estado. Estas dos posiciones correspondían al liberalismo derivado de la revolución norteamericana, tendiente más hacia el liberalismo económico y al federalismo, en contraposición con el liberalismo francés, que enalteció los valores de un liberalismo político, pero con una tradición hacia el centralismo como una forma de gobierno más eficiente, y que se correspondía con las ideas imperantes en Europa, pues poco después de la Revolución Francesa se retomó el ancian régimen Valencia Villa, Hernando (2010). *Cartas de Batalla*, Bogotá, Panamericana Editorial Ltda.

⁶⁹ Para profundizar sobre las etapas constitucionales establecidas en este ensayo, y de las categorizaciones que se realizan por regiones, se debe acudir al texto de Bernd Marquardt: Marquardt, B. *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*, Grupo Editorial Ibañez Bogotá D.C. 2016.

pensar que la vertiente naturalista de la teoría del derecho compaginara con la alta influencia teológica que predominó en la época en Iberoamérica, muestra de la anterior afirmación es la consigna realizada por la Asamblea Constituyente de Antioquia en 1811 (Marquardt, 2016):

Declaran igualmente, que desde el instante en que el señor D. Fernando VII, el consentimiento de la nación abdicó a la Corona en una extranjera Dinastía, y fue cautivado por el emperador de los Francés; los Pueblos, y entre ellos el de Antioquia, reasumieron la soberanía, y los sagrados, imprescindibles derechos concedidos al hombre por el autor supremo de la naturaleza [...] Durante el cautiverio del Rey, y entre tanto se realizan las mencionadas condiciones de soberanía de la Prov.^a de Antioquia reside en la totalidad de los ciudadanos libres. (pág. 74)

De la anterior cita de la obra de Marquardt pueden realizarse dos afirmaciones concluyentes: la primera corresponde a la alta influencia del pensamiento liberal, sin observar las dos posiciones ideológicas que posteriormente entrarían en pugna⁷⁰, enalteciendo la soberanía popular, aunque aún no se podría hablar de una legitimación racional en términos weberianos; y asimismo, sin que haya mediación entre las ideas *iusnaturalistas* del derecho con las tradiciones heredadas del colonialismo, un reconocimiento de los derechos del hombre, que fueron *concedidos por el autor supremo de la naturaleza*.

Pero la Asamblea Constituyente de Antioquia no es el único ejemplo que ilustra la influencia de la Iglesia en la conformación de un nuevo poder político, y no tan distante del anterior modelo colonial, para nuestras repúblicas de facto. La *Constitución de la República de Tunja*, también de 1811, invocó la potestad de Dios como quien concedió a los hombres los derechos naturales que se reconocieron posteriormente en ésta:

⁷⁰ De acuerdo con Valencia Villa, la pugna entre los dos icónicos precursores de nuestra patria, Santander y Bolívar correspondía a dos interpretaciones del liberalismo que encontraban diferencias sustanciales en la composición del Estado. Estas dos posiciones correspondían al liberalismo derivado de la revolución norteamericana, tendiente más hacia el liberalismo económico y al federalismo, en contraposición con el liberalismo francés, que enaltecía los valores de un liberalismo político, pero con una tradición hacia el centralismo como una forma de gobierno más eficiente, y que se correspondía con las ideas imperantes en Europa, pues poco después de la Revolución Francesa se retomó el *ancien régime* con la ya citada Convención de Viena.

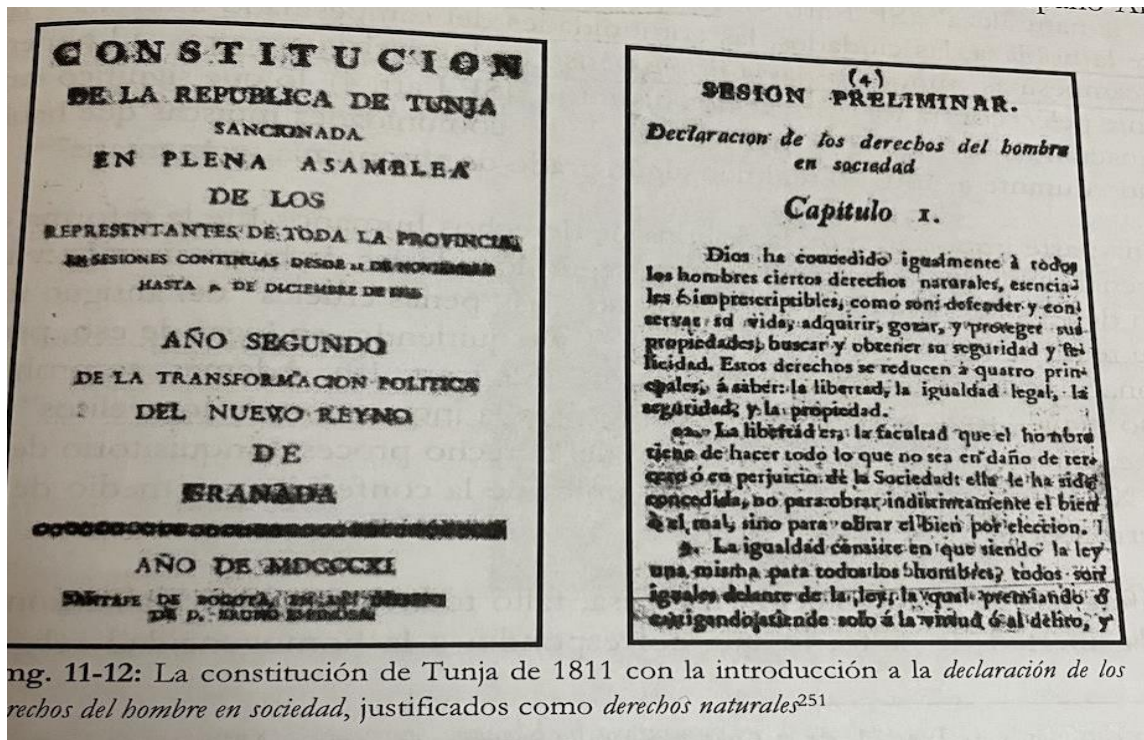
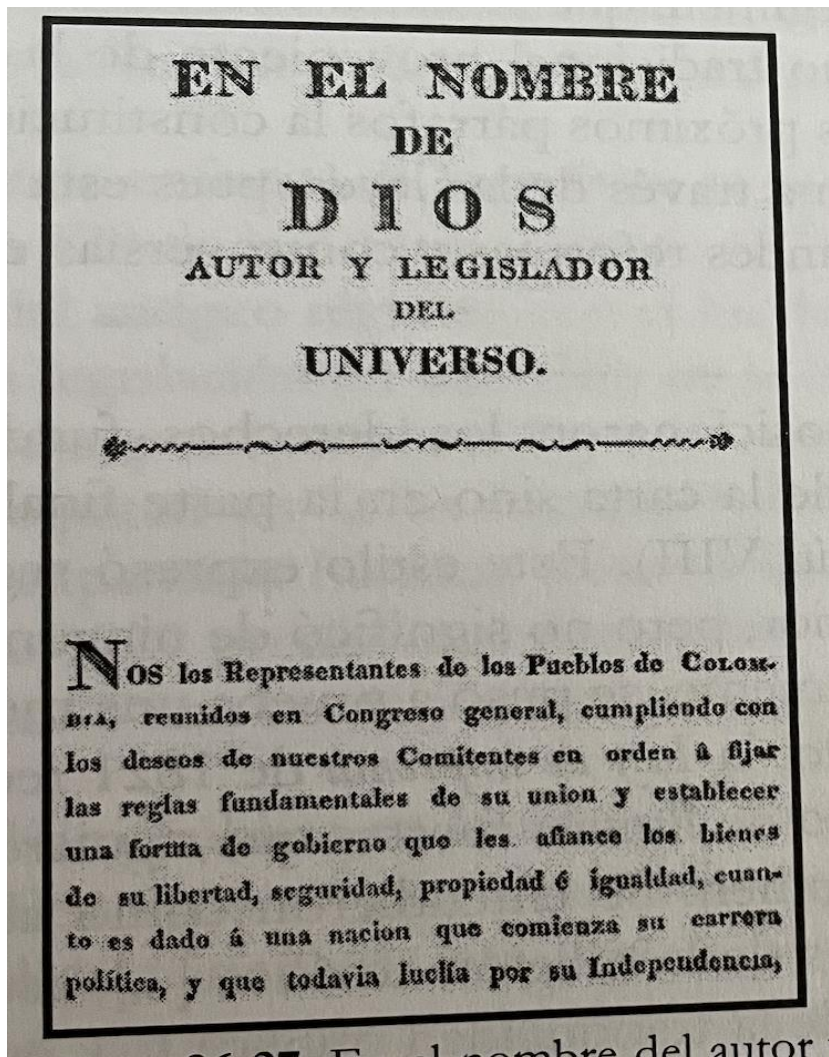


Fig. 11-12: La constitución de Tunja de 1811 con la introducción a la *declaración de los derechos del hombre en sociedad*, justificados como *derechos naturales*.²⁵¹

Asimismo, Marquardt nos señala el punto que se ha propuesto en los siguientes términos: “Con esto, el poder constituyente andino retomó la perspectiva *iusnaturalista* de la Ilustración política de una normatividad universal por encima del Estado, no creada por la soberanía estatal, sino descubierta por ésta y transformada en derecho positivo.” (Marquardt, 2016, pág. 77)

Otras constituciones que se dieron en la época, como la de Cartagena o la del Socorro, siendo esta última considerada como la primera Constitución en propiedad de Hispanoamericana, resaltaron valores de corte más liberal y con altas influencias rousseauianas, sin olvidar tampoco la influencia de la religión católica, pero sin que esta sea el núcleo central de la existencia de los derechos liberales.

Dejando de lado el período de las revoluciones independentistas, y pasando a la consolidación de los Estados americanos como repúblicas independientes, resulta menester evaluar la primera constitución en rigor de Colombia de 1821, donde en su primera página deja muy claro el posicionamiento ideológico de nuestra Nación con respecto a sus ideas jurídicas y teológicas:



Las siguientes constituciones, y en especial la Constitución de 1886, producto de la victoria del movimiento de *La Regeneración*, son muestra de las constantes estructurales que se han venido analizando, inclusive de la propuesta en este acápite, y mediante ésta se consolidó el poder eclesiástico como uno de los determinadores de la vida nacional, influyente tanto en la vida privada como en la vida pública de cada una de las personas que componen a nuestro país.

En el séptimo capítulo de *Cartas de Batalla*, se nos presenta la Constitución de 1886 como la reacción, no como la creación, del sector más conservador del país, vencedor de la Guerra Civil comprendida entre 1884 y 1885, y como producto de su victoria emprendieron la ardua tarea de “regenerar” al país, y así derogar la constitución liberal de 1863, donde el movimiento regeneracionista se encargó de: “[...] restaurar la estructura original del régimen construido por Bolívar: el edificio del centralismo, la religión oficial, el proteccionismo económico y el autoritarismo en materia de libertades públicas.” (Valencia Villa, 2010, pág. 166)

Pero en este punto resulta necesario aclarar que en Colombia no se tiene esa coherencia sobre lo pactado constitucionalmente y, de alguna manera, se ha llegado a la disputa por

⁷¹ Nuevamente se acude a Marquardt para la imagen de la Constitución de 1821, donde se debe hacer hincapié en su declaración inicial: *En el nombre de Dios. Autor y legislador del Universo.* (pág. 101)

lo considerado sagrado o religioso, a pesar de estar definido, en varias ocasiones, la prevalencia de la religión católica como la religión oficial del Estado. La violencia endémica de la región, y especialmente la colombiana, tendrá tintes religiosos, teniendo como protagonistas a varios sectores políticos que encausarán sus intereses a través de las pasiones que pueden despertar las dispuestas religiosas, dándole matices sagrados a las disputas por el poder⁷².

El período que sucedió a la Constitución de 1886 fue un período de alta influencia conservadora, y determinado por las relaciones del partido conservador y la Iglesia, con una necesidad evidente de retomar el poder que tenía esta última en las decisiones del Estado e imponer una visión confesional del derecho constitucional. La *Hegemonía Conservadora*, entendida como el período posterior a la Guerra de los Mil Días, y hasta la irrupción del liberalismo al poder nuevamente en 1934, trajo consigo el período donde más se insistió en la prevalencia del catolicismo, y la religión, dentro del Estado como elemento fundamental, como también fundó las bases de la persecución violenta a los opositores de una visión “integral” del catolicismo, insistiendo en el conflicto religioso como uno de los aspectos más relevantes en la política colombiana, y apreciándose que no se había resuelto nada con el punto final que se le dio a la época de las guerras civiles, sino, por el contrario, empezaba una nueva época de violencia y de represión, según el profesor Ricardo Arias (Arias, 2000):

(...) la “*hegemonía conservadora*” se encargó de devolverle a la Iglesia todo su poder. La Constitución de 1886 y el concordato firmado un año después pusieron punto final a los esfuerzos desplegados por los radicales liberales y establecieron unas reglas de juego acordes con los intereses del catolicismo integral. Como consecuencia de ello, la participación de la Iglesia en los asuntos más variados de la sociedad se hizo, gracias a esa nueva legitimidad, mucho más evidente y la vieja alianza clero-partido conservador se fortaleció de manera considerable.”⁷³

Asimismo, Arias también nos trae distintos ejemplos de la injerencia de las ideas del catolicismo integral dentro del Estado colombiano, intentando moldearlo a sus concepciones fundantes, que pueden considerarse como regresivas o “antimodernistas”, como se han considerado en las mismas peticiones y declaraciones realizadas por la Conferencia Episcopal Colombiana en su momento, que después se verían reflejadas en las concepciones de un sector radical “*lefebrista*” (Arias, 2000) de la Iglesia, yendo en contra de lo dispuesto en el Concilio Vaticano II:

Dentro de un contexto cada vez más polarizado, que servía de marco a una violencia desenfrenada, la sociedad siguió presenciando la intervención del clero en los asuntos más diversos. Buen ejemplo de ello son las reivindicaciones hechas por el episcopado ante las cámaras legislativas en 1951, en las que los obispos pedían la derogación de medidas perjudiciales para la sociedad adoptadas durante

⁷² Esta idea es explorada también por Mauricio García Villegas, donde nos trae una definición de lo sagrado y las emociones que esto genera: “*Lo sagrado engendra emociones muy fuertes, de admiración y devoción cuando se trata de quienes lo defienden, y de odio y venganza cuando se trata de quienes lo vulneran.*” Op.cit. Pág. 165.

⁷³ Arias, R. *Estado laico y catolicismo integral en Colombia. La reforma religiosa de López Pumarejo*. Artículo publicado en la revista: *Historia Crítica*, Universidad de los Andes, 2000. Pág. 69-70.

la república liberal; en particular, el clero se oponía al reconocimiento jurídico de las Logias Masónicas y de la Asociación Israelítica de Montefiore, “*sociedad judaica declarada lesiva del orden social*”; a la disposición del Código del Trabajo sobre prestaciones sociales, que ‘no distingue entre mujer legítima e ilegítima’; al Código Penal, que no califica como delitos ni el concubinato público ni el adulterio; a la ley 32 de 1936, que “*prohíbe a toda institución docente negarse a admitir alumnos por razones de ‘nacimiento ilegítimo’*”, diferencias sociales, raciales o religiosas (CEC, 1951, pp. 228-230). En estas peticiones se aprecia claramente el carácter globalizante de la Iglesia. (pág. 82)

En el análisis realizado de la época de “*La Violencia*” en Colombia, en texto homónimo, Guzmán, Fals Borda y Umaña (Fals Borda, Germán, & Umaña Luna, 2005), retratan el creciente fervor represivo del régimen conservador del Estado, persiguiendo no solo a sus opositores naturales, los pertenecientes al partido liberal y las distintas facciones derivadas del mismo, sino también a otras agrupaciones religiosas que no estuviesen en sintonía y concordancia con una visión más radical del catolicismo:

En cuanto a la persecución protestante, señala el escritor Martz que ella fue un síntoma del ‘cerrado antagonismo intolerante entre católicos y protestantes... la agitación campesina y la creciente lucha civil entre los liberales y los conservadores inevitablemente avivaron las llamas de la intolerancia religiosa... En los fuertes tradicionales del conservatismo, empezó a aparecer la violencia en nombre de la religión. (...) Pero desgraciadamente no fue siempre así y la diabólica confusión de la religión con la política –una de las características más siniestras de la situación– gradualmente fue aumentando las pasiones imperantes ambos bandos... La lucha civil en los campos realizada con base en el antagonismo entre liberales y conservadores apareció frecuentemente como entre protestantes y católicos. Así aunque políticamente se quiso confundir a liberales y protestantes, la persecución por motivos religiosos no se puede ocultar.⁷⁴

La herencia represiva de la época de la conquista, la posterior formación de repúblicas liberales con un presidencialismo exacerbado y la utilización de la violencia como un medio “legítimo”, o mejor, como una práctica institucionalizada y generalizada, son las primeras influencias del Estado colombiano, que debió encontrar mejores formas para seguir ejecutando una forma violenta y represiva de control del poder político, su conservación hegemónica en esferas oligárquicas, pero distanciándose de los ya gastados conflictos religiosos, que sirven como antecedente pero que fueron mutando hacia la violencia institucionalizada a través de figuras contempladas en las mismas constituciones, como lo es la excepcionalidad.

Asimismo, también la época de la Violencia es considerada como una época de “*violencia exterminadora*” por el profesor Francisco Gutiérrez (Gutiérrez, 2014), quien ha utilizado el término para hacer una relación entre la represión existente en Colombia con su régimen democrático e institucional, y comprender la coexistencia de ambos. Para este autor,

⁷⁴ Guzmán Campos, G; Fals Borda, O; Umaña Luna, E. *La Violencia en Colombia. Tomo I*. Penguin Random House Grupo Editorial S.A.S., Bogotá, 2005. Pág. 294-295.

aunque se puede hablar de ciclos de “*violencia exterminadora*”, no pueden atribuírsele características de continuidad o de ser una política utilizada permanentemente por las élites hegemónicas que ostentan el poder, y su caracterización de la *Hegemonía Conservadora*, y su papel en *La Violencia*, no constituyeron un ataque exclusivamente fundado en razones religiosas:

Mientras que en la República Liberal –siguiendo las líneas trazadas durante la Hegemonía, que partían de las reformas fundacionales de 1910– intentó un esfuerzo de asimilación y de integración del conservatismo al régimen, durante la Violencia se produjo una brusca exclusión política desde arriba, junto con la demonización del adversario. (Gutiérrez, 2014, pág. 142)

Observar la época de la Violencia, y los conflictos que se derivaron de ésta, como un ciclo de *violencia exterminadora* nos permite concluir que las razones que la motivaron no fueron únicamente religiosas. Por el contrario, existen elementos determinadores distintos y que pueden tener la misma relevancia, o inclusive una mayor, como lo son el elemento político y el acercamiento a las divisiones geopolíticas que estaban surgiendo para mediados del siglo XX, imperando una dicotomía entre quienes apoyaban el modelo capitalista e imperialista norteamericano y quienes estarían del lado del régimen totalitario soviético. Estos elementos le darían una nueva connotación al conflicto en Colombia, dándole una nueva denominación al “*enemigo público*” o “*enemigo interno*”, que ahora sería encarnada en el partido comunista. Es así como, la violencia seguía siendo una fuente importante para la prevalencia de un régimen estatal, donde debía, necesariamente, encontrarse la forma idónea de legitimarse su uso.

Aunque se han observado varios ejemplos de la opinión radical de la Iglesia, y del intento de constreñir varias de las libertades individuales que se habían logrado a través de la *República Liberal*, estos esfuerzos no son conclusivos, o por lo menos no encuentran una eficacia total en su esfuerzo por volver a Colombia en un Estado confesional propiamente dicho. La irrupción de la dictadura militar de Rojas Pinilla, y la posterior alianza política del Frente Nacional, aunado a la creciente tendencia globalizante de la modernidad con una influencia creciente del consumismo y de las políticas liberales más extremas, llevaron a la sociedad a una distancia de los viejos problemas del siglo inmediatamente pasado. Nuevamente Marquardt (Marquardt, 2016) realiza una descripción del modelo ideológico imperante durante el Frente Nacional:

Representó especialmente los intereses de la burguesía empresarial, propietaria, jurídica y administrativa, aunque sin cerrarse frente al creciente consenso sobre la necesidad de ciertas políticas sociales para acompañar la transformación a la sociedad industrial. La fundición de los dos partidos tradicionales en el Frente Nacional, fue facilitada por la erosión de las diferencias ideológicas del siglo XIX, pues la cuestión laica-confesional y la tensión federal-unitaria parecían solucionadas o anacrónicas. (pág. 470)

En conclusión, y a pesar del importante papel que ha tenido la religión en el derecho colombiano para brindarle una identidad única a sus mismos procesos constitucionalistas, se ha ido avanzando hacia las concepciones más liberales que determinaban, desde un principio las fuentes ideológicas de nuestras constituciones. El papel de la religión ha sido

más como una fuente de cohesión y de identidad social, e inclusive nacional, pero esto no puede conducir a la configuración de un Estado confesional como se había evidenciado en las primeras constituciones del siglo XIX.

Comprender que la violencia hace parte del escenario nacional, indistinto sea su origen, permite vislumbrar que la excepcionalidad en Colombia no es el resultado de un ejercicio aislado de un poder hegemónico que se enquistaba y busca perpetuarse; por el contrario, es la evolución de toda una suerte de forma de hacer política, que es bastante violenta en términos materiales, pero que también puede estudiarse, comprenderse y explicarse a partir del derecho, pues su utilización estratégica, y muchas veces simbólica, conlleva una forma analítica que no ha sido explorada en su totalidad. De lo anterior, radica la importancia de comprender el “*estado-de-sitismo*” (Marquardt, 2016) como una fase constitucional que no está aislada, sino que corresponde al contexto político-social de una nación que se ha fraguado en sus interminables guerras civiles, donde se busca dotar de legitimidad, a través del derecho y la excepcionalidad, a un discurso de confrontación bélica para mantener el poder político.

III. La excepcionalidad en Colombia, un modelo heredado y disfuncional.

Como se ha anunciado, la principal razón para acudir a las medidas extraordinarias corresponde a la amenaza que surge, en un momento crítico, sobre la preservación y continuidad de un modelo específico de Estado. En un principio, las razones correspondían a la defensa y seguridad, pues la excepcionalidad se pensaba como una medida que atendería esta amenaza que históricamente se ha configurado a través de los conflictos bélicos que pudiesen surgir y que desestabilizarían la *normalidad*, o el correcto trasegar de la vida en sociedad. En su recuento por la historia de la excepcionalidad, Agamben (Agamben, 2019) también nos sitúa dentro de la sociedad francesa y cómo afrontaron a las amenazas de una guerra que se desarrollaría con el *Tercer Reich*:

El 30 de junio de 1937, los poderes que habían sido rechazados a Léon Blum fueron acordados al gobierno de Chautemps, en el cual algunos ministerios clave les habían sido confiados a no socialistas. Y el 10 de abril de 1938, Édouard Daladier pidió y obtuvo del parlamento poderes excepcionales para legislar por decreto para afrontar tanto la amenaza de la Alemania Nazi como la crisis económica, de modo que se puede decir que hasta el final de la Tercera República “*los procedimientos normales de la democracia parlamentaria permanecieron en suspenso*”. Es importante no olvidar este proceso contemporáneo de transformación de las constituciones democráticas entre las dos guerras mundiales cuando se estudia el nacimiento de los así llamados regímenes dictatoriales en Italia y en Alemania. Bajo la presión del paradigma del estado de excepción, es la totalidad de la vida político-constitucional de las sociedades occidentales la que comienza progresivamente a asumir una nueva forma, que quizá sólo hoy ha alcanzado su pleno desarrollo. (pág. 47)

La anterior afirmación lleva implícita una condición que debe comprenderse para avanzar sobre el mismo argumento. Los Estados, en su denominación moderna, tienen como finalidad la preservación de un orden pacífico y *civilizado*⁷⁵, que tendrá su sustento a través de las instituciones jurídicas planificadas y establecidas con anterioridad, donde se da un tratamiento especial al ejercicio del poder político, disgregándolo y dividiéndolo en órganos específicos que tendrán funciones determinadas en las constituciones, que verán al derecho como un elemento ordenador de la sociedad, pero también como el espacio predeterminado donde se darán las posibles confrontaciones sociales, siendo el lugar donde se dirimen los conflictos de forma preestablecida y de acuerdo con las normas pautadas. Aquí resultará de vital importancia la separación de poderes como el modelo paradigmático sobre el funcionamiento del Estado y un correcto ejercicio del poder.

Encausados en el caso colombiano, se debe comenzar por una premisa fácilmente comprobable en la historiografía nacional y la cual corresponde a que las disputas por el poder político, y por tanto del acceso al gobierno en todas sus manifestaciones, han estado presentes en todo momento, y, peor aún, se ha acudido a los medios más violentos en este confrontación. Es decir, a las anteriormente citadas *constantes estructurales* de Valencia Villa, le podríamos agregar una más para la definición del “*estilo nacional*” para la conformación de nuestro Estado.

Dicha constante podría denominarse como la introducción de la violencia como práctica institucionalizada, la cual no distingue de ideologías de partido, se resiste a las contingencias y a la relatividad de los momentos históricos, y, por lo tanto, se aplica indiscriminadamente, teniendo múltiples causas, como la disputa entre conservadores y liberales, las disputas por la hegemonía y la influencia del catolicismo como fuerza determinante en el país, o, como se observará más adelante, la confrontación entre las ideologías dominantes en el siglo XX: el capitalismo y el comunismo, que condujo a la eliminación de todo un partido político.

La herencia represiva de la conquista, las guerras civiles posteriores, los conflictos entre facciones bipartidistas, el establecimiento de un Estado que abiertamente discriminaba y perseguía a sus opositores y las pugnas con los distintos actores armados del conflicto, nos permiten observar que la violencia es la metodología paradigmática para el ejercicio del poder político, el cual incluye la confrontación y la alternancia en las instancias de gobierno. Sin embargo, se delimitará este estudio a lo sucedido a lo largo del siglo XX en Colombia, con la finalidad de observar la convivencia entre la represión y la institucionalidad, y como, muchas veces, esta última permitió el uso de la primera para mantener el poder político en las manos deseadas, o como se ha sostenido, con los ánimos de preservar hegemoníamente el poder por parte de un sector determinado, comprendiéndose como sector de aplicación de la excepcionalidad su uso patológico, tal como se describió anteriormente.

Sumado a lo anterior, es necesario evaluar la preponderancia que obtuvo el poder ejecutivo a costas del descrédito del poder legislativo, que refuerza la hipótesis de Valencia Villa sobre una de sus *constantes estructurales* (Valencia Villa, 2010), correspondiente a la de un poder ejecutivo fuerte y centralizado. Dicha situación es descrita por Vargas del

⁷⁵ Aunque el término *civilizado* es un tanto controversial, pues en su misma definición se puede observar una visión hegemónica sobre cómo debe ser una sociedad, basándose exclusivamente en un paradigma heredado de la experiencia de occidente y específicamente europea, determinada por los avances que se han realizado en la teoría del estado, las ciencias políticas y económicas, y, por supuesto, en el derecho.

Campo al momento de estudiar la injerencia y preponderancia que tiene el Gobierno en el proceso de formación de la ley:

El descrédito del poder legislativo era permanente en los inicios de la República; la gente no confiaba en su facultad para hacer la ley, de allí la existencia de un total aprecio y respaldo a la figura del Ejecutivo. Comienza a surgir la figura del caudillo con uniforme e insignia de mando, en algunos casos denominado protector, director supremo, oficialmente denominado presidente en la gran cantidad de naciones latinoamericanas. (Vargas del Campo, 2021, pág. 33)

Como es posible evidenciar, a través del recuento histórico realizado, resultaría equivocado afirmar que la violencia ejercida a través de todo el comienzo del siglo XX en Colombia estuvo legitimada a través de la excepcionalidad. Sin perjuicio de lo anterior, sí es correcto afirmar que se trató de una violencia proveniente de las altas esferas del gobierno, y se utilizó como una práctica de barbarie indiscriminada. Las justificaciones a través de la excepcionalidad serán una herramienta que determinarán el período que a continuación se analizará, el Frente Nacional y el *estado-de-sitismo*, donde sí es posible situar al poder punitivo del estado, y la excepcionalidad, como una herramienta legitimadora de la violencia institucionalizada.

No es coincidencia que las nuevas prácticas de gobierno europeas, que ya se han anunciado, encontrarán asidero en los Estados latinoamericanos. Colombia es el ejemplo paradigmático de la adopción de la práctica de la excepcionalidad, como modelo de gobierno eficaz y contundente, exacerbando las prerrogativas del poder ejecutivo, practicada a lo largo del período de entre guerras y la Segunda Guerra Mundial. La creciente división del mundo occidental y la interpretación del opositor como un enemigo del régimen constitucional, sean cual sean sus influencias ideológicas, condujeron a la radicalización de los conflictos y el recrudescimiento de las medidas que deberían tomarse en los Estados.

Aunado a lo anterior, la Constitución de 1886 trajo consigo una *contrarreforma* que permitía elevar las prerrogativas de las que ya gozaba el poder ejecutivo, fortaleciendo su posición de poder frente al Congreso, dejándolo sin una oposición clara, que, aunque manifestada en el principio de la separación de poderes, la realidad material, y política, dictaba una distancia insalvable. Acudiéndose nuevamente a Vargas del Campo (Vargas del Campo, 2021), con la finalidad de ilustrar el poder ostentado por el poder ejecutivo, y sobre todo el presidente de la República, se ha reconocido que durante la centena de vigencia de la Constitución de 1886:

El poder del cual se dotaba con la Constitución de 1886 al presidente era inequívoco. Restrepo Piedrahíta denominó dicho régimen como un `presidencialismo autoritario cuasi-monárquico núcleo central de una pseudodemocracia distrófica. Por su parte, Vázquez Carriosa lo denominó presidencia imperial. (Ibidem, pág. 33)

Para Bernd Marquardt (Marquardt, 2016), existe un claro cambio en la forma en que se venía estructurando y posicionando el Estado, especialmente en Colombia, a partir de la segunda mitad del siglo XX, y comenzando por el año de 1949. La ruptura se da a través de las diferentes dictaduras que se dan en el continente, pero específicamente, el régimen conservador de Mariano Ospina Pérez, y posteriormente de Laureano Gómez, los cuales

marcan el comienzo de la *fase anticonstitucional*⁷⁶. Las dictaduras, que algunos autores atribuyen únicamente a la del General Rojas Pinilla y que para Marquardt comienzan con los dos presidentes anunciados, son el punto de partida para el ejercicio discrecional del poder estatal en cabeza del poder ejecutivo y, por tanto, de la utilización de la *violencia legítima* del Estado para la preservación de su posición hegemónica.

El comienzo de esta fase sí se desarrolló a través de la excepcionalidad provista en el artículo 121 de la Constitución Política de 1886, siendo una muestra el clima político que se vivía en el país, el cual constaba de confrontaciones violentas de tal magnitud como lo fue *El Bogotazo*, que desencadenó en una contienda bipartidista que tenía a los conservadores dispuestos a retomar su modelo de país y “*acabar*” (Marquardt, 2016) con una hegemonía liberal que había comenzado con la reforma constitucional de 1936:

En este ámbito de un nuevo proyecto ideológico ambicioso del conservadurismo sin grandes opciones de realizarse en la institucionalidad formal, inició la persecución de los líderes del social-liberalismo en el nivel local. La emocionalidad negativa fue incitada adicionalmente por la constelación internacional e ideológica de la Guerra Fría (desde 1946) con su tendencia a damnificar toda la izquierda, inclusive la moderada, bajo la afirmación de que prepararía supuestamente un régimen comunista diabólico. Sin duda, se activó un acelerador de escalamiento por el asesinato político del candidato popular de la izquierda para las elecciones presidenciales de 1950, el abogado JORGE ELIÉCER GAITÁN, pues las mortales balas del 9 de abril de 1948 pararon en la forma menos constitucional posible la previsible caída del proyecto conservador, provocando de tal manera la sublevación popular del bogotazo y un clima de absoluta desconfianza. (pág. 460)

Pero, Marquardt no es el único en reconocer que con la Constitución de 1886 se establecieron todas las pautas normativas para que el poder ejecutivo asumiera un poder desproporcionado y prevalente. A través de la cita realizada por Vargas del Campo (Vargas del Campo, 2021) a Restrepo Piedrahíta y de López Michelsen, se puede vislumbrar cómo se ejercía el poder despótico a manos del Gobierno de turno. La descripción de la Ley 61 de 1888, denominada por Fidel Cano como la “*Ley de los Caballos*”⁷⁷, es solamente un abre bocas de lo que posteriormente sería la utilización de la excepcionalidad como un escenario favorable para la gobernabilidad:

No cabe duda de que lo que se pretendía con la Constitución de 1886 era reducir el Congreso a su mínima expresión, como lo precisa Restrepo Piedrahíta. La figura del estado de sitio era muestra del ejercicio omnipotente del jefe del Ejecutivo.

⁷⁶ Término empujado por Marquardt, Bernd. *Historia constitucional comparada de Iberoamérica. Las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2010.

⁷⁷ Vargas del Campo cita a Restrepo Piedrahíta y a López Michelsen para abordar el tema de la excepcionalidad, quienes, magistralmente, describieron los hechos que llevaron a que la denominada “*Ley de los Caballos*” fuera un ejemplo del ejercicio del poder desproporcionado en cabeza del ejecutivo que, a través de la excepcionalidad, censuró la libertad de prensa, se eliminaron las garantías procesales para la imposición de sanciones, y se utilizó el exilio como herramienta de censura, aún sin ser prevista en la Constitución de 1886. La cita original corresponde a la siguiente: López Michelsen y Restrepo Piedrahíta, *El presidencialismo excesivo. La superstición codificada*, pp. 12 y 13.

Estas medidas, que deberían ser excepcionales y de carácter policivo con el fin de conjurar una rebelión o para aplacar la subversión, terminaron siendo la sunción de poderes legislativos en cabeza del presidente. (Vargas del Campo, 2021, págs. 37 y 38)

Teniéndose en cuenta la situación a la que se enfrentaba el Gobierno en esa época, considerándose que había razones de sobra para asimilarla como una situación crítica, se decidió recurrir a la excepcionalidad, aunque surgen serias dudas sobre la justificación empleada para dicha decisión, pues nunca se ha esclarecido que el asesinato del líder popular Jorge Eliécer Gaitán proviniera de las altas esferas del poder político, como tampoco se ha desestimado la idea acerca de una conspiración a manos del Estado, y contextualizándolo con la violencia endémica de nuestro país, no se estaría tan lejos de esto. La declaratoria de excepcionalidad, sin embargo, no se dio por esta situación crítica, por el contrario, encontró sus razones en una vía de escape a la que acudió Ospina Pérez, resaltando el tinte o carácter estratégico que empezaría a cobrar la excepcionalidad, como herramienta de gobernanza:

En el clima político tenso de 1949, la oposición anunció un juicio de la Cámara de Representantes para acusar al Presidente OSPINA PÉREZ ante el Senado por delitos políticos –el impeachment según el artículo 102 número 4 de la Constitución de 1945– pero el mandatario se defendió de modo inconstitucional, clausurando el Congreso mediante la declaración del estado de sitio en todo el país según el artículo 121 de la carta, a través del Decreto número 3.518 y su concreción antiparlamentaria en el Decreto número 3.520, ambos de 1949. El Decreto número 2.207 de 1950 prolongó esta revolución del poder ejecutivo por un período indefinido, de modo que durante nueve años el poder legislativo democrático nunca abrió de nuevo sus puertas. (Marquardt, 2016, pág. 461)

Este es el comienzo del *estado-de-sitismo* (Marquardt, 2016), donde existirá una prevalencia, o una preferencia, por una práctica de gobierno, y que será utilizada a lo largo de dos períodos altamente controversiales: las dictaduras y el *Frente Nacional*. Las características del *estado-de-sitismo*, además de su utilización excesiva, e inclusive generalizada e institucionalizada, corresponden al “*carácter sistemático, ideológico y exagerado de la instrumentalización al estilo de un patrón consolidado para gobernar sin los límites constitucionales.*”⁷⁸ Aunado a lo anterior, se entiende el *estado-de-sitismo*, por parte de Marquardt, como la “*falta de habilidad de la clase política, para manejar un sistema republicano bajo el estrés de la gran transformación de la sociedad agraria a la sociedad industrial (...)*”⁷⁹

La aceptación, forzada en todo caso por la excesiva represión y violencia que caracterizó a esta fase, se expandió durante todo el *Frente Nacional*. Aunque hay un pequeño disenso en cuanto a la duración de la práctica general de la excepcionalidad, sí existen datos para determinar cuál fue su duración, y durante cuánto tiempo el país estuvo bajo una auténtica

⁷⁸ *Ibidem*. Pág. 474.

⁷⁹ *Ibidem*. Pág. 477.

utilización patológica de la excepcionalidad. Siguiendo a Marquardt, la excepcionalidad y el *estado-de-sitismo* se prolongó hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1991:

El elemento más llamativo de la historia constitucional de Colombia entre 1949 y 1990, fue el uso excesivo y desproporcional del estado de sitio según el artículo 121 de la Constitución de 1945. Durante cuatro decenios, los doce Presidentes de la República usaron con frecuencia su facultad unilateral e incontrolada para diagnosticar una conmoción interior y declarar el estado de excepción, suspendiendo normas constitucionales y emitiendo decretos ejecutivos en sustitución del poder legislativo según el fin de superar una crisis con la eficiencia del mando unido. Sin embargo, en muchos casos las ‘crisis’ de las justificaciones oficiales, no fueron nada más que rutinas poco llamativas de un Estado moderno del siglo XX: incluso se señaló paros laborales (1963, 1976) y manifestaciones estudiantiles (1965, 1971, 1975), es decir, comportamientos de la comunicación democrática en la esfera protectora de los derechos fundamentales. (págs. 473 y 474)

Igualmente, y acudiendo nuevamente a la obra de Francisco Gutiérrez, a través de las cuentas de Enrique Santos Calderón: “*de los 192 meses del Frente Nacional (1958-1974), 126, o sea 2 de cada 3, fueron bajo el siniestro imperio del Decreto 121*” (Gutiérrez, 2014, pág. 158). Aunque reduce considerablemente el tiempo bajo el modelo del *estado-de-sitismo*, no llega a una conclusión distinta a la de Marquardt: se estandarizó la práctica para la gobernabilidad de la excepcionalidad, como respuesta a una creciente confrontación por el poder político que debería ser aplacada de la forma más contundente posible, y únicamente estaría legitimada por la excepcionalidad, en un ejercicio del poder punitivo del estado, el cual se vio completamente desfigurado; igualmente, su utilización como medio para la gobernanza se dio por la incapacidad de los dirigentes para mediar entre las necesidades de una sociedad en cambio, pasándose de una Colombia rural e incomunicada entre sus regiones, a una sociedad industrializada, que buscaba su lugar en el mundo moderno.

Esta proliferación y consagración de las declaratorias de excepcionalidad condujo a lo que Gutiérrez ha denominado como el *primer ciclo exterminador*, donde se recrudeció y se sistematizó la represión violenta y aniquiladora del opositor político:

Turbay Ayala (1978-1982) inició una oleada represiva en gran escala, que comienza formalmente el primer ciclo exterminador. Proclamó el Estatuto de Seguridad, una pieza de legislación que atentaba contra la libertad de expresión y de movilización, y daba amplio margen a las autoridades para retener sin controles y durante períodos relativamente largos a los ciudadanos, lo que significaba en la práctica la masificación de la tortura, por entonces ya bastante extendida. Dio rienda libre al ministro de Defensa, Camacho Leyva, quien llamó a la población a armarse en contra la subversión y criminalidad (El Tiempo, 18 de abril de 1991). Si la legislación del Frente Nacional había creado la posibilidad de las autodefensas, este gesto da una clara señal de asentimiento desde las alturas del poder. (Gutiérrez, 2014, pág. 161)

Ahora bien, en un ejercicio similar al que se realizó con el caso del *Tercer Reich*, se analizarán los elementos jurídicos que permitieron la proliferación de la excepcionalidad, en una relación directa del uso del poder punitivo del estado, pero, esta vez, desde el análisis de los decretos de la excepcionalidad, el papel que tuvo el Congreso de la República para legitimar la utilización de la misma a través de volverla legislación permanente, y la forma en que se ejercían los límites a través de la Corte Suprema de Justicia, los cuales fueron lo bastante laxos y difusos, permitiéndose la proliferación de decretos excepcionales, que superaban cualquier control aparente que se realizaba.

A. Los decretos de la excepcionalidad como expresiones del poder soberano en Colombia.

Por ahora, se han visto las características generales de un período de la historia constitucional colombiana, el cual ha causado una suerte de práctica institucionalizada para legitimar la violencia y la represión, siempre con tintes políticos y de control del territorio, pero no se ha entrado a explicar, a fondo, la figura jurídica que permitió la proliferación de la violencia como herramienta para la gobernanza. Por consiguiente, los acápites anteriores se centraron en fijar una descripción netamente teórica del escenario de la excepcionalidad como herramienta estratégica, que basa su legitimidad en un discurso específico, que ha subsistido desde su génesis como institución jurídica para conjurar las crisis.

Sin embargo, a partir de este acápite se buscará probar, a través de elementos jurídicos y materiales, la utilización indiscriminada de la excepcionalidad, para recalcar la teoría que se ha propuesto en la presente investigación. Para entender cómo se utilizó la excepcionalidad en la segunda mitad del siglo XX, resultará necesario detenerse en algunos decretos que se profirieron en su momento, con la finalidad de crear una narración jurídica que dé cuenta del poder ejecutivo, las prerrogativas que se desprendían de la utilización del artículo 121 constitucional, y los alcances que tuvo la figura presidencial para el desarrollo normativo altamente represivo. Es así como, para una mayor comprensión y también para mantener una lectura prolífica y coherente, se incluirán los decretos de excepcionalidad en el *Anexo Único*⁸⁰, que podrá ser consultado al final de la presente investigación, como también de forma independiente.

Aunque se ha hecho referencia al *estado-de-sitismo*, y de sus elementos generales e implicaciones sociales, no se han determinado los alcances y efectos jurídicos del estado de sitio como expresión de los estados de excepción y como institución jurídica. Para comenzar, dentro de la Constitución Política de 1886 se dejó consagrado, dentro del título correspondiente al Presidente y Vicepresidente de Colombia y justo después de las funciones que se le asignaban al primero, la figura del estado de sitio, como si fuese una expresión de dichas facultades o funciones. El artículo 121, que por su importancia se translitera en su integridad, estableció:

“Artículo 121.- En los casos de guerra exterior, o de conmoción interior, podrá el Presidente, previa audiencia del Consejo de Estado y con la firma de todos los

⁸⁰ Este documento será presentado con la investigación, de forma independiente, aunque debe ser considerado como parte íntegra de la misma. Sin embargo, algunos de los artículos más importantes de los decretos de excepcionalidad serán transcritos en su literalidad, para así comprender su connotación.

Ministros, **declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella.**

Mediante tal declaración quedará el Presidente investido de las facultades que le confieran las leyes, y, en su defecto, de las que le da el Derecho de gentes, para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento. Las medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional legislativo que, dentro de dichos límites, dicte el Presidente, **serán obligatorios siempre que lleven la firma de todos los Ministros.**

El Gobierno declarará restablecido el orden público luego que haya cesado la perturbación o el peligro exterior; y pasará al Congreso una exposición motivada de sus providencias. Serán responsables cualesquiera autoridades por los abusos que hubieren cometido en el ejercicio de facultades extraordinarias.”
(Énfasis fuera de texto.)

Del artículo precitado se pueden deducir varias implicaciones sobre la misma figura del *estado de sitio*, empezándose por la competencia que tendrá el Presidente para la declaratoria del mismo, la cual estará supeditada a una suerte de control previo a través del Consejo de Estado, siempre y cuando se considere “*turbado el orden público*”, lo cual, en esencia, es una cláusula o fórmula lo bastante abierta, y general, como para permitir la interpretación del poder ejecutivo.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 121 establece las facultades que tendrá el Presidente de la República, donde se debe resaltar que únicamente se hace alusión a las mismas, es decir, no se tiene un marco claro sobre qué medidas podrá proferir el Poder Ejecutivo, pero sí se deja definido que son medidas legislativas, dándose una supremacía, o elevándose en jerarquía, los decretos que puedan proferirse. Especial atención debe dársele a las funciones que se mencionan en la primera parte del inciso, donde se refiere que “*quedará el Presidente investido de las facultades que le confieran las leyes, y, en su defecto, de las que le da el Derecho de gentes*”, las cuales pueden encontrarse en el artículo inmediatamente anterior y pueden entenderse como las siguientes:

“Conservar en todo el territorio el orden público, y restablecerlo donde fuere turbado; Dirigir, cuando lo estime conveniente, las operaciones de la guerra como jefe de los Ejércitos de la República. Si ejerciere el mando militar fuera de la capital, quedará el Vicepresidente encargado de los otros ramos de administración; Proveer a la seguridad exterior de la República, defendiendo la independencia y la honra de la Nación y la inviolabilidad del Territorio; Declarar la guerra con permiso del Senado, o hacerla sin tal autorización cuando urgiere repeler una agresión extranjera; y ajustar y ratificar el tratado de paz, habiendo de dar después cuenta documentada a la próxima legislatura; Permitir, en receso del Senado, y previo dictamen del Consejo de Estado, el tránsito de tropas extranjeras; Permitir, con el dictamen del Consejo de Estado, la estación de buques extranjeros de guerra en aguas”⁸¹

Como se puede observar, las funciones de defensa del Estado estaban prefijadas, sin embargo, con la excepcionalidad se expandía dicha competencia y se hacía una remisión

⁸¹ Todas las anteriores, corresponden a las funciones que establecía el artículo 120 de la Constitución Política de 1886.

expresa al derecho internacional público, en lo que puede ser una temprana interpelación a la utilización del mismo y sus incidencias en el derecho nacional, relacionadas con el principio de la defensa de la soberanía estatal y la autodeterminación del Estado.

Por último, el inciso final del artículo 121 establecía la competencia que tenía el poder ejecutivo para declarar cuándo se terminaba el estado de sitio, lo que después sería reevaluado por el constituyente primario en la Constitución Política de 1991, en el entendido que las facultades extraordinarias del Presidente deberían tener una temporalidad definida, para así precaver toda utilización indiscriminada de la excepcionalidad, como así sucedió en la segunda mitad del siglo XX. Igualmente, se estableció un régimen de responsabilidad de tipo subjetiva, o política, donde el Presidente debía rendir un informe al Congreso de la República, donde sería responsable, el o cualquier autoridad administrativa “*por los abusos que hubieren cometido en el ejercicio de facultades extraordinarias*”, sin embargo, este régimen de responsabilidad se vería atado al artículo subsiguiente, el cual establecía que:

“Artículo 122.- El Presidente de la República o el que en su lugar ejerza el Poder Ejecutivo, es responsable únicamente en los casos siguientes, que definirá la ley:

- 1. Por actos de violencia o coacción en elecciones;*
- 2. Por actos que impidan la reunión constitucional de las Cámaras Legislativas, o estorben a éstas o a las demás Corporaciones o autoridades públicas que establece esta Constitución, el ejercicio de sus funciones; y,*
- 3. Por delitos de alta traición.*

En los dos primeros casos la pena no podrá ser otra que la de destitución, y, si hubiere cesado en el ejercicio de sus funciones el Presidente; la de inhabilitación para ejercer nuevamente la Presidencia.

Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento o remoción de Ministros, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea refrendado y comunicado por el Ministro del ramo respectivo, quien por el mismo hecho se constituye responsable.”

Lo anterior, permite llegar a la conclusión que, aunque amplias, las facultades derivadas de la excepcionalidad sí encontraban límites, en un incipiente régimen de responsabilidad, por tener las conductas predefinidas en la ley, aunque esta definición resultase anacrónica para una constitución que fue pensada en las postrimerías del siglo XIX. Sin perjuicio de lo anterior, y como se verá a lo largo del presente acápite, dichos límites o controles nunca fueron efectivos, permitiéndose la utilización indiscriminada del estado de sitio.

Ahora bien, para observar la excepcionalidad en el período *anticonstitucional* colombiano, Marquardt (Marquardt, 2016) parte de la diferenciación entre tres etapas distintas, haciéndose la salvedad que, en cada una de las mismas, la utilización de la excepcionalidad se vio aumentada o tuvo sus “*picos*”. Dichas etapas se entienden comprendidas por las siguientes: i) la dictadura civil y militar entre el año 1949 y 1958, que ya ha sido explicada anteriormente recurriendo al mismo autor; ii) la persecución campesina que

realizó el Presidente Guillermo León Valencia, durante su mandato⁸² desde 1962 hasta 1966; iii) lo que ha denominado Marquardt como un “*fenómeno paralelo*” a las dictaduras del cono sur, situándolo como dos períodos concretos de alta proliferación de la excepcionalidad entre el gobierno de Turbay Ayala, desde 1976 y extendiendo el estado de sitio por seis años, y un segundo período que se da desde el 1984, en el gobierno de Belisario Betancur, con un estado de sitio que duró siete años⁸³.

Por lo tanto, se entrarán a explorar estos *picos* donde se sobre utilizó la excepcionalidad, y en especial el estado de sitio, a través de dos momentos específicos, la dictadura civil encabezada por Laureano Gómez, pero orquestada por Mariano Ospina Pérez. Como también se verán dos ejemplos significativos de la implementación de los *estatutos de seguridad*, encabezados por el de Guillermo León Valencia, por ser quien lo implementó desde un principio, y el de Julio César Turbay Ayala, por la especificidad que este tuvo y la forma en que la Corte Suprema de Justicia actuó en su momento.

B. De las dictaduras: desde la dictadura civil de Mariano Ospina Pérez y Laureano Gómez hasta la dictadura del General Gustavo Rojas Pinilla.

Siguiendo esta temporalidad definida a través de etapas, se debe comenzar por la expedición de tres decretos de excepcionalidad que están relacionados entre sí, y por medio de los cuales el presidente Mariano Ospina Pérez permitió el ejercicio de un poder desproporcionado a través de la excepcionalidad, procurando la concentración de dos de las ramas del poder público, la ejecutiva y la legislativa, en cabeza de las funciones del Presidente y de las prerrogativas extraordinarias que le concedía el artículo 121 de la Constitución Política de 1886, así no lo hiciera en cuerpo propio, por lo menos no de forma prolongada, dándole paso a la que puede ser considerada la primera dictadura en Colombia, la presidencia de Laureano Gómez Castro.

Para comenzar con el andamiaje de las facultades extraordinarias, Ospina Pérez comenzó por proferir el Decreto 3518 del nueve (09) de noviembre de 1949, dieciocho (18) días antes de la elección como presidente de Laureano Gómez Castro, basándose en la escalada del conflicto que se venía originando desde la década de 1930, y que resultó en la época de *La Violencia*. Aunque el 9 de abril de 1948 puede tomarse como la fecha de referencia, los sucesos posteriores, y que se dieron durante todo el resto del año, empañándose con una violencia sin límites en 1949, son el marco que expone Ospina Pérez en la parte motiva del precitado Decreto:

“CONSIDERANDO

1º. Que según informaciones oficiales recibidas por el Gobierno, procedentes de varias regiones del país, se están consumando graves atentados contra el orden público, que han llegado en algunas de ellas al ataque a las autoridades legítimamente constituidas.

⁸² En este punto vale la pena detenerse sobre una característica que anuncia Marquardt sobre el *estado-de-sitismo* colombiano, y es que, en palabras del mismo autor: “*Los presidentes que declararon el estado de sitio, se auto-percibieron como guardianes de la constitución y, por lo menos después de la 1958, nunca intentaron perpetuar su gobierno personal.*” Op. Cit. Pág. 474. Esto nos permite inferir por qué no existió un dictador en Colombia, después de Rojas Pinilla, como también refuerza la concepción que se tenía de validez del pacto derivado del Frente Nacional.

⁸³ *Ibidem*. Pág. 476.

2°. *Que los hechos aludidos constituyen seria amenaza para las personas y los bienes de los asociados, que la autoridad está obligada proteger.*

3°. *Que los hechos enumerados en los considerandos anteriores han creado grave conmoción interior.*

4°. *Que el gobierno ha tomado las medidas a su alcance para el manteniendo del orden, pero, dada la magnitud y gravedad de los hechos, se hace necesario declarar turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, a fin de cumplir debidamente los deberes que en las presentes circunstancias le señala la constitución, y*

5°. *Que el Consejo de Estado fue oído por el Gobierno, de conformidad con el artículo 122 de la Constitución, (...)*⁸⁴

Basta con observar las escuetas líneas del Decreto 3518 de 1949 para comprender la forma en que funcionaba la excepcionalidad a partir de la Constitución Política de 1886, pues más que una institución jurídica para la defensa del orden jurídico y social, se concebía, tal vez erróneamente, que la excepcionalidad eran facultades y prerrogativas que se asumían desde el poder ejecutivo en virtud del mismo, es decir, el poder del presidente se veía completamente exacerbado con la existencia de situaciones que podrían presentarse como críticas o excepcionales.

Resultaría entonces anacrónico pensarse en la excepcionalidad tal como está concebida en nuestros días, pues esta institución jurídica hasta apenas estaría retomándose como una posibilidad, desde el constitucionalismo, para el ejercicio de la gobernanza y gobernabilidad (entendidas tanto en la facultad de hacerlo como en los medios necesarios para hacerlo). Ahora bien, es necesario contextualizar cuáles fueron los hechos que fueron considerados por el poder ejecutivo como “*graves atentados contra el orden público*”, para lo cual se utilizará como fuente el precitado texto de *La Violencia* (Guzmán Campos, Fals Borda, & Umaña Luna, 2005), con la finalidad de extraer la racionalidad detrás del Decreto 3518 de 1949. Como preludeo, la situación del conflicto, con connotación de guerra civil, se explica a través de las siguientes observaciones que se realizan por parte de los autores de la investigación más prolífica que se dio sobre esta época oscura del país:

Caldeada la pasión multitudinaria por fogosas campañas políticas en que la emoción predomina sobre la sensatez, necesariamente se desemboca en situaciones de violencia, porque llega un momento en que el odio, el fanatismo, la intransigencia, la ambición de dominio, la perspectiva de cierta fácil holgura económica, el paroxismo, se convierten en canales de la dinámica de masas. Las empresas montadas sobre consignas de odio al enemigo y muerte al contendor implican, de hecho, la hecatombe de nuestro ambiente.

⁸⁴ Parte considerativa del Decreto 3518 de 1949, recuperado en línea a través del siguiente enlace: <https://www.suinjuriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1877878#:~:text=DE-CRETO%203518%20DE%201949&text=1%C2%BA.,a%20las%20autoridades%20leg%C3%ADtamente%20constituidas.>

(...)

Derrocar al gobierno, prevenir la retaliación inevitable, vindicar la sangre derramada en la Cámara de Representantes, recabar las libertades yuguladas, tutelar la democracia, paralizar el país, todo se alega con creciente pasión. En el campo opuesto se habla de sostener el gobierno, salvar la patria, unir voluntades, reorganizar la fuerza armada, crear cuadros de total confianza, diezmar al enemigo, asegurar futuras mayorías electorales. (Guzmán Campos, Fals Borda, & Umaña Luna, 2005, págs. 39 y 40)

Sin lugar a duda, el ánimo en el que se veía envuelto el país era de una profunda desconfianza en el contendiente político, quien ya no sería visto simplemente como rival, sino como enemigo, alimentando el ya conocido paradigma del *enemigo interno*, que, para la época, era la doctrina de odio que se estaba adentrando en todo el subcontinente latinoamericano y que, como ya se ha visto, es el escenario perfecto para que el discurso derivado de la excepcionalidad, la cual correspondería simplemente a una utilización estratégica, se convierta en el legitimante para una posterior dictadura.

Como condición necesaria, y anterior a la utilización del estado de sitio, debe configurarse un odio profundo en la sociedad, el cual no puede verse apaciguado a través de la institucionalidad democrática, sino que, de forma casi imperativa, debe ser tratado a través de la violencia. Entender que las causas tienen el mismo valor que los efectos, es decir, que no es remedio alguno tratar la violencia con más violencia, es un deber pendiente, el cual no fue acatado y tampoco razonado en su momento, prefiriéndose actuar en desmedro de la sociedad republicana que se pretendía instituida con la Constitución Política de 1886, la cual se debe recordar como el texto fundamental que dio fin a la guerra civil.

Sin embargo, los hechos de violencia fueron escalando, haciéndose insalvable la distancia entre las autoridades y dirigentes con el mismo pueblo. Como elemento catalizador, y tal vez como hecho en el que se apoyó el gobierno de Ospina Pérez para decretar el estado de sitio en 1949, se tuvo el ataque a la Cámara de Representantes del 8 de septiembre del mismo año. Sin embargo, la situación ya estaba definida, el conflicto ya estaba pactado y la violencia ya se pensaba como la única solución. La estrategia de Ospina Pérez no estaba destinada a salvaguardar el régimen constitucional, más bien estaba pensada en términos estratégicos, para dejar sentada la forma en que se llevarían a cabo las acciones del gobierno. Esta situación, por lo tanto, tomaba el tinte irreversible que le imprimiría el Gobierno Nacional, correspondiente a la actuación a través de la fuerza y violencia institucionalizada:

Los 30 proyectiles de revólver y 10 de pistola disparados en el recinto de la Cámara el 8 de septiembre de 1949, y la sangre vertida ominosamente allí mismo; las transmisiones de los discursos, aun los casi infantiles desórdenes suscitados, todo es una detonante incitación al odio. Olvidaron los conductores políticos que no se desatan impunemente las pasiones del pueblo. La lucha entre partidos acrecida por la pugnacidad de los jefes, se centra en una puja de imputaciones y contraimputaciones por sucesos de sangre que implican gravísimas situaciones de conflicto.

La tensión popular desembocó en la lucha armada. El campesino fue arrastrado a ella, obligado, coaccionando, sin que los condotieros de turno se percataran de cuán peligroso es jugar en Colombia a la revolución con labriegos.⁸⁵

Bajo este escenario cobran sentido los numerales del “*considerando*” del Decreto 3518 de 1949, el cual, dentro de una mirada sin ningún tipo de sesgo y tratándose de hacerse un ejercicio lejos del anacronismo, resulta estar debidamente motivado a través de la flagrante situación de violencia, como también obedecía a lo que la Carta Política le permitía en su momento al Presidente de la República, utilizando sus poderes extraordinarios “*para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento*”.

Sin embargo, el Decreto 3520 del mismo nueve (09) de noviembre de 1949, dista bastante de la racionalidad que supuestamente se le habría dado a su predecesor, pues con este se dio la “clausura” del Congreso de la República, bajo unas razones que evocaban al anterior Decreto, es decir, se tomaba como causa primera que el Decreto 3518 había declarado el estado de sitio, sin siquiera darse un espacio temporal para observar si bastaba con la asunción de facultades extraordinarias por parte del poder ejecutivo para afrontar la situación crítica. La exposición de los considerandos se realizó en los siguientes términos:

“Que por Decreto número 3518, de 9 de noviembre de 1949, se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional;

Que en las presentes circunstancias el Gobierno considera incompatible con el estado de sitio la continuación de las actuales sesiones ordinarias del Congreso;

Que tal suspensión es indispensable para lograr el pronto restablecimiento del orden público;

Que igualmente no se compecede con el estado de sitio en las presentes circunstancias el funcionamiento de las Asambleas Departamentales actualmente reunidas;

Que asimismo la reunión de los Concejos Municipales constituye en la generalidad de los Municipios motivos de perturbación (...)”⁸⁶

El afán que demostró el poder ejecutivo, en cabeza de Ospina Pérez, quedó tildado en la historiografía nacional, como se pudo observar con la cita de Marquardt, de un intento de evadir el control político que podía realizar el Congreso de la República, a través de la Cámara de Representantes, la cual ostentaba la facultad descrita en el numeral cuarto, del artículo 102 de la Constitución Política de 1886:

“Artículo 102. Son atribuciones de la Cámara de Representantes:

1. Examinar y fenecer definitivamente la cuenta general del Tesoro;

⁸⁵ *Ibidem*. Pág. 42-43.

⁸⁶ Parte considerativa del Decreto 3520 de 1949, recuperado en línea a través del siguiente enlace: <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1529917>

2. *Iniciar la formación de las leyes que establezcan contribuciones u organicen el Ministerio público;*

3. *Nombrar dos Consejeros de Estado;*

4. Acusar ante el Senado, cuando hubiere justa causa, al Presidente y al Vicepresidente de la República, a los Ministros del Despacho, a los Consejeros de Estado, al Procurador general de la Nación y a los Magistrados de la Corte Suprema;

5. *Conocer de los denuncios y quejas que ante ella se presenten por el Procurador de la Nación o por particulares, contra los expresados funcionarios, excepto el Presidente y Vicepresidente, y si prestaren mérito, fundar en ellas acusación ante el Senado.” (Énfasis fuera de texto)*

Igualmente, Antonio Caballero (Caballero, 2016), ha definido la “clausura” del Congreso a través de las siguientes disertaciones sobre la historia de Colombia:

Rota de nuevo la recién remendada Unión Nacional, los liberales pretendieron llevar a juicio político al presidente Ospina, y este replicó cerrando el Congreso y decretando el estado de sitio. Las demás instituciones —Corte Suprema, Consejo de Estado, Tribunal Electoral— fueron purgadas de magistrados liberales y convertidas en hegemónicamente conservadoras. Simultáneamente la fundación de la Organización de Estados Americanos (OEA) en la Conferencia Panamericana del mes de abril había consagrado el anticomunismo como doctrina política y militar oficial de todos los países americanos, llevados de cabestro por los Estados Unidos. Y en Colombia el jefe único del Partido Conservador, Laureano Gómez, a su regreso de España había identificado al comunismo con el liberalismo en su famosa teoría del Basilisco: un aterrador monstruo mitológico, una multiforme quimera compuesta de fragmentos de varias bestias malignas y terribles. Según él, el basilisco colombiano, que era el Partido Liberal, “camina con pies de confusión y de ingenuidad, con piernas de atropello y de violencia, con un inmenso estómago oligárquico, con pecho de ira, con brazos masónicos y con una pequeña, diminuta cabeza comunista, pero que es la cabeza”. Por lo cual era necesario aplastar no sólo a la cabeza sino a todos los demás miembros.⁸⁷

La connotación estratégica de la utilización de las facultades extraordinarias derivadas del artículo 121 de la Constitución Política de 1886, fueron expuestas por Francisco Gutiérrez (Gutiérrez, 2014), explicando que la disolución de la entonces llamada *Unidad Nacional*, condujo a que Ospina Pérez tomara acciones de tinte represivo contra los liberales, después de no aceptarse las propuestas que éste mismo tenía para afrontar la violencia, y que quedan expuestas en el Decreto 3520 de 1949, como en la modificación posterior del poder judicial y del Consejo de Estado:

⁸⁷ Caballero, Antonio, *Historia de Colombia y sus oligarquías (1498-2017)*, Bogotá, Ministerio de Cultura - Biblioteca Nacional de Colombia, 2016.

Al producirse la ruptura entre conservadores y liberales, y optar estos por enjuiciar al presidente en el Congreso, Ospina se decantó por una vía abiertamente represiva. Cerró al Congreso, y eventualmente cambió por decreto la composición tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado en donde también temía quedar en desventaja. Técnicamente, 1949 debe ser considerado el año del quiebre de la democracia en Colombia; solo se retorna a ella casi una década después, con la fórmula del Frente Nacional.

Clausurada la separación de poderes, los Gobiernos de la Violencia pudieron legislar por decreto. Lo hicieron de hecho usando la prerrogativa para tomar decisiones que iban mucho más allá del ámbito de la seguridad (durante el Frente Nacional se calcularía que durante el período dictatorial se emitieron cerca de 9.000 decretos, Perdomo, 2010). (Gutiérrez, 2014, pág. 80)

Las consecuencias de la arbitrariedad evidente del Decreto 3520 de 1949 también fueron descritas por Valencia Villa (Valencia Villa, 2010), quien anuncia el comienzo de una segunda guerra civil, que tendría unos tintes diferentes a la vivida a finales del siglo XIX:

Un año y medio después, el 9 de noviembre de 1949, el presidente Ospina Pérez clausuró manu militari el Congreso y el Partido Liberal apeló entonces a la oposición extraparlamentaria y favoreció la formación de las primeras guerrillas rurales. Una guerra civil interpartidista empezó a convertirse así en un proceso indiscriminado de lucha clasista y bandidismo popular que duraría más de una década y cambiaría por entero el mapa político de la Colombia contemporánea. (pág. 186)

El último golpe que dio Ospina Pérez, un mes antes de que su jefe político⁸⁸ asumiera el poder de la Presidencia de la República, fue el Decreto 2207 del 7 de julio de 1950, por medio del cual se continuó con la decisión arbitraria y represiva de cerrar el Congreso de la República, como así lo estableció su artículo primero:

“Artículo primero. Continuará aplazada la reunión del Congreso Nacional hasta la fecha que el Gobierno fije cuando la situación del país lo permita, a juicio del mismo Gobierno.”⁸⁹

Especial atención debe darse a este suceso, pues a través de la excepcionalidad fácilmente pudo verse omitida una de las cláusulas de responsabilidad del Presidente, contenida en el numeral segundo del artículo 122, de la Constitución Política de 1886, la cual, literalmente, proscribía la injerencia del poder ejecutivo en el derecho de reunión que tenía el Congreso de la República, derecho que obedecía a la independencia y autonomía que se debía predicar del poder legislativo: “2. Por actos que impidan la reunión constitucional de las Cámaras Legislativas, o estorben a éstas o a las demás Corporaciones o autoridades públicas que establece esta Constitución, el ejercicio de sus funciones (...)”.

⁸⁸ Es menesteroso recordar que Laureano Gómez fungió como jefe del Partido Conservador para la fecha en que Ospina Pérez ejercía la presidencia.

⁸⁹ Decreto 2207 del 7 de julio de 1950.

Este escenario, condujo al recrudecimiento del conflicto, pues ya no se veía al Estado como la fuente legítima del poder y la política, en los términos de ser el agente para poder hacerle frente a las situaciones críticas de violencia, sino simplemente se veía como un fortín donde los partidos políticos podían ostentar un poder hegemónico, con la finalidad de imponer su visión de país, a costa de la eliminación de su contendiente. Es así como, para las elecciones realizadas en 1949, donde resultó electo Laureano Gómez, se estableció una estrategia de gobierno basada en la excepcionalidad que nunca fue levantada de acuerdo con lo establecido en el inciso tercero del artículo 121, permitiéndose un régimen cercano a una *dictadura blanda*⁹⁰, donde la agenda del partido conservador, en el poder, se ve explicada por Umaña, Guzmán y Fals Borda en los siguientes términos:

Una equivocada estrategia política enfrentó ferozmente los partidos tradicionales al prospectar la campaña electoral de 1949 basándola en tres factores determinantes:

- a) Estabilización del grupo conservador en el poder, con exclusión violenta del contendor liberal.
- b) Utilización de la policía en una campaña de persecución, innegablemente pensada y planeada desde altas esferas del gobierno.
- c) Declaración de resistencia civil por el partido liberal perseguido, la que pronto se tradujo en acción de grupos armados.

Gestado así el conflicto, la afloración lógica, inevitable era el choque, la violencia. ¿El pueblo, en este caso el campesinado, inició la violencia? No pudo ser.

¿Gobierno y dirigentes se confabularon involuntariamente por un raro fenómeno de tangencia para victimar al pueblo?

El morbo abarca todo el país que ve desfavorido la comisión progresiva de delitos no solamente atroces sino inimaginables. (Guzmán Campos, Fals Borda, & Umaña Luna, 2005, pág. 43)

Bajo estas circunstancias, la presidencia de Laureano Gómez se vio interrumpida por dos circunstancias específicas: su estado de salud, que condujo a que asumiera la presidencia su ministro de guerra, Roberto Urdaneta; y el golpe de estado por parte del General Gustavo Rojas Pinilla, el cual continuó con la misma idea de gobierno excepcional, pues no vio la necesidad de terminar con el estado de sitio configurado a través del Decreto 3518 de 1949.

Sin embargo, vale la pena revisar, antes de entrar en detalle sobre la dictadura de Rojas Pinilla, las causas que condujeron al golpe, especialmente, la Asamblea Nacional Cons-

⁹⁰ Como así la ha denominado Bernd Marquardt en la obra que se ha utilizado como referente histórico.

tituyente (ANAC), donde se planteaban reformas constitucionales supremamente regresivas y represivas, que han sido expresadas por Valencia Villa (Valencia Villa, 2010) en los siguientes términos:

El nuevo jefe del Estado, que tenía simpatías fascistas, siguió el precedente del Quinquenio de Reyes y convocó una Asamblea Constituyente, la tristemente célebre ANAC, para reformar la carta de tal modo que el gobierno pudiese lidiar con la Violencia. En diciembre 9 de 1952, el Congreso aprobó el Acto Legislativo No. 1 que autorizaba la reunión de la Asamblea. Y a comienzos del año siguiente, la administración Gómez presentó una propuesta de enmienda basada en el Estado corporativo de la Italia de Mussolini, la España de Franco y especialmente el Portugal de Oliveira Salazar. Dicho proyecto, preparado por una comisión conservadora, incluía restricciones al sufragio, censura previa de prensa, proscripción del comunismo, supresión de la acción pública de inexecutable, nuevos privilegios a la iglesia católica y un Senado integrado por delegados de los gremios patronales y de los grupos de presión. (pág. 187)

De la anterior cita, se debe extraer una consideración de suma importancia y que parecería contradictoria con la historiografía planteada por Marquardt, la cual consiste en la aprobación de la Asamblea Nacional Constituyente – ANAC-, por parte del Congreso de la República, pues este, en realidad, sí permaneció clausurado hasta la promulgación del Decreto 247 de 1957, por parte de la Junta Militar presidida por el General París, por medio del cual se convocó a un plebiscito para reformar, nuevamente, la Constitución Política, llamándose al pueblo para el primer domingo del mes de diciembre de 1957, para llevar a cabo la validación plebiscitaria de la reforma a la Constitución, y posteriormente, la elección de nuevos congresistas, dándose así apertura al denominado *Frente Nacional*.

Por consiguiente, el Acto Legislativo No. 01 de 1952, solamente permitía que el Congreso aprobara, por presiones del poder ejecutivo, la creación de dicha Asamblea Nacional Constituyente, donde el poder de reforma, por iniciativa presidencial, se vería sumamente amplificado. El proyecto de reforma de Laureano Gómez ha sido explicado por el docente Diego Nicolás Pardo Motta (Pardo Motta, 2008), en su obra denominada como *Laureano Gómez Castro y su proyecto de reforma constitucional (1951-1953)*, la cual servirá para comprender el contexto que llevó al golpe de estado, propiciado por el peligro que suponía el poder exacerbado en cabeza del ejecutivo, el cual se vería reforzado con dicha reforma constitucional. De acuerdo con el autor, este proyecto de reforma tendría una clara influencia ideológica desde las ideas más conservadoras, congruentes con el fascismo imperante de la época en Europa:

El rasgo más importante del pensamiento de derecha dentro del proyecto lo constituyó la institución del senado corporativo, aunque los comisionados se hayan esforzado por criticar a Mussolini. igualmente, se aprobaron otras figuras jurídicas representativas de la época de Franco, Mussolini y Hitler, como las restricciones al sindicalismo, la censura de prensa y el papel rimbombante que se le quería dar a la labor educativa. se discutió además una norma tendiente a prohibir el comunismo y la masonería, y aunque no fue aprobada finalmente, la animadversión por este tipo de expresiones era clara.

Desde el punto de vista católico, las reformas laborales, tanto en lo que respecta a lo individual como a lo colectivo, estuvieron impregnadas por la doctrina social de la iglesia, constituida en ese momento por las encíclicas *Rerum Novarum* de León XIII y *Quadragesimo anno* de Pío XI. Por otra parte, se le quería dar participación a los arzobispos y obispos en el senado corporativo. De hecho, el proyecto tenía un alto componente de culto de la autoridad civil y de la eclesiástica. Finalmente, la vuelta al estado confesional absoluto implicaba la existencia de beneficios para lo católico, como restricciones para lo proveniente de otros credos.⁹¹

Igualmente, y frente al objeto específico de la presente investigación, la excepcionalidad también tendría una reforma, donde el poder que podría ejercer el ejecutivo para su declaratoria se encontraría sin límite alguno, bien fuera por el Congreso de la República o el Consejo de Estado, en una clara muestra de la preponderancia que quería dársele a la figura presidencial:

La reforma al artículo dedicado a la declaratoria de estado de sitio es clave para poder observar cómo se enaltece la figura del presidente. En primer lugar, se suprimió la previa audiencia del consejo de estado para emitir dicha declaratoria, y así la decisión quedó en el criterio subjetivo del mandatario, al cual, formalmente, respaldarían sus ministros. Ello, se puede concluir, debido al clima político que ya se explicó, y debido también a las ideas del mismo Laureano Gómez, quien en su mensaje tomado como base para la reforma se había pronunciado a favor del fortalecimiento del ejecutivo como algo indispensable en ese tiempo. En todo caso, el mismo pensamiento de la comisión reflejaba un camino dirigido hacia una posible autonomía del primer magistrado, en torno a la conducción de los estados de sitio, incluido el económico.

La sola situación fáctica y la valoración —incluso arbitraria— del ocupante del solio de Bolívar serían suficientes para conjurar un estado de excepción, en virtud del cual el presidente adquiriría las facultades necesarias sin solicitárselas al congreso y sin tener control por parte de este. Tal fue la propuesta de Araújo Grau, con el pretexto de que las condiciones de la época requerían que el mandatario pudiera afrontar las dificultades de inmediato, sin acudir a los trámites de rigor y ni padecer la lentitud de los mismos.⁹²

Como antecedente del golpe de estado, el proyecto de reforma nunca vio la luz y la dictadura de Rojas Pinilla era vista, de acuerdo con Marquardt, como la solución necesaria para *terminar tanto con el experimento del franquismo clerical, como con el terror estatal y la guerra civil de la Violencia*⁹³. Sin embargo, se continuó bajo el yugo del estado de

⁹¹Pardo Motta, Diego Nicolás, *Laureano Gómez Castro y su proyecto de reforma constitucional (1951-1953)*, 1.ª ed. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008. <https://editorial.urosario.edu.co/gpd-laureano-gomez-castro-y-su-proyecto-de-reforma-constitucional-1951-1953.html>. Pág. 70.

⁹² *Ibidem*. Pág. 98-99.

⁹³ Cita extraída de la obra de Marquardt, donde el autor hace alusión a las supuestas motivaciones que se tenían por parte del General Gustavo Rojas Pinilla, y la percepción generalizada de la época sobre la necesidad del golpe de estado. *Op. Cit.* Pág. 466.

sitio, donde se produjeron bastantes hechos represivos, en virtud de las facultades extraordinarias que todavía ostentaba el Presidente:

Para una evaluación equilibrada, no puede ignorarse que la presidencia de ROJAS PINILLA mostró un déficit frente al núcleo cualitativo de la tradición del constitucionalismo liberal proveniente del siglo XIX, al censurar, multar y clausurar los grandes periódicos del país como El Espectador, El Tiempo y El Siglo; además, al formar una Junta Nacional de Censura para velar por la moralidad del cine y al prohibir en el año 1954 – según una moda transnacional de la Guerra Fría- las actividades del Partido comunista. Asimismo, el régimen fue responsable de una masacre militar de diez jóvenes intelectuales, ocurrida en 1954 durante una manifestación pacífica de estudiantes de la Universidad Nacional en Bogotá. Otro elemento problemático puede reconocerse en la militarización de la policía, al ser incluida en la organización de las Fuerzas Armadas, mediante los Decretos 1.814 de 1953 y 1.426 de 1954, con lo que se construyó una exención de la justicia ordinaria en el reconocimiento de la competencia de la justicia excepcional militar. A fin de cuentas, la calidad constitucional no fue tan mala como en la anterior dictadura civil, pero tampoco salió de los patrones del anticonstitucionalismo. (Marquardt, 2016, págs. 467 y 468)

Por lo tanto, el *estado-de-sitismo* sí basó su fuerza en la exacerbación del poder presidencial, borrando, o por lo menos suprimiendo transitoriamente, la institucionalidad basada en la separación de poderes, dejándose funciones legislativas, que solo podrían ser ejercidas por el Congreso de la República, en cabeza del poder ejecutivo, y en específico del Presidente Laureano Gómez, las cuales se pueden observar en los siguientes ejemplos: el Decreto 3485 del 23 de noviembre de 1950, por medio del cual se creó un régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que duró vigente hasta el año 1958; y el Decreto 2663 del 5 de agosto de 1950, por medio del cual se expidió el Código Sustantivo del Trabajo, en una clara expresión de unas facultades extraordinarias sin límites, donde se le quitaba la competencia constitucional al Congreso de la República, para la expedición de códigos, de acuerdo con el numeral segundo del artículo 76 de la Constitución Política de 1886.

C. Los estatutos de seguridad como la exacerbación del poder punitivo del estado.

Ahora bien, se debe dar un salto en el tiempo considerable, hasta 1965, para poder rastrear una utilización desbordada de la excepcionalidad. En un principio, el *Frente Nacional* constituiría un proyecto bipartidista que buscaría acabar con la época sombría del anticonstitucionalismo derivado de las dictaduras civiles y militares. Mediante un acuerdo entre las dos máximas figuras representativas de los partidos tradicionales, Alberto Lleras Camargo y el exiliado Laureano Gómez, se llegó a concluir la necesidad de establecer una forma de gobierno presidencialista, que se basaría en la alternancia del poder político, desde todas las ramas que componen al poder público, entre los liberales y conservadores, aun cuando esto sería deslegitimar la existencia de otras fuerzas políticas⁹⁴.

⁹⁴ El desconocimiento de otras fuerzas políticas es el argumento que tradicionalmente se ha utilizado para restarle legitimidad al *Frente Nacional*, desconociéndose y restringiéndose así las libertades ciudadanas de

A través de dos pactos sucesivos, la *Declaración de Benidorm* y el *Pacto de Sitges*⁹⁵, y del precitado Decreto 247 de 1957, se llegó a la presidencia de Lleras Camargo, dándole paso a este proyecto bipartidista que ha sido denominado, por Valencia Villa, como:

(...) un dispositivo monopolístico por el cual las dos fuerzas políticas comparten las posiciones y responsabilidades gubernamentales mediante tres mecanismos: alternación presidencial, paridad burocrática y cooptación judicial. Así, todos los cargos públicos de las tres ramas del Estado deben ser provistos con militantes conservadores y liberales y en cada elección durante los siguientes dieciséis años los votantes no pueden elegir sino a aquellos candidatos en turno para la presidencia y la coalición bipartidista para las corporaciones públicas. (Valencia Villa, 2010, pág. 190)

Para comprender el período intermedio, en pleno *Frente Nacional*, de la no utilización de la excepcionalidad, a su uso constante para emitir estatutos de seguridad sumamente restrictivos, es menester observar la reforma constitucional que se realizó en el gobierno de Lleras Camargo, consciente de la utilización desbordada del estado de sitio. El Acto Legislativo No. 1 de 1960, condicionó la competencia que tenía el poder ejecutivo para ejercer las facultades extraordinarias derivadas del artículo 121 constitucional, supeditándola a la reunión o convocatoria del Congreso de la República:

“Artículo 1°. El Presidente de la República no podrá ejercer las facultades de que trata el Artículo 121 sino previa convocatoria del Congreso en el mismo decreto en que declare turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella, ya sea por causa de guerra exterior o de conmoción interna. Esta convocación se hará para dentro de los diez (10) días siguientes a la expedición de tal decreto. Si el Presidente no lo convocare, el Congreso se reunirá por derecho propio. En todo caso permanecerá reunido mientras dure el estado de sitio.

El Congreso, por medio de proposición aprobada por Mayoría absoluta de una y otra Cámara, podrá decidir que cualquiera de los decretos que dicte el gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias del estado de sitio, pase a la Corte Suprema de Justicia para que decida sobre su constitucionalidad. La Corte fallará dentro del término de seis (6) días, y si así no lo hiciere, el Decreto quedará suspendido.

*La demora de los Magistrados en pronunciar el fallo es causal de mala conducta.”*⁹⁶

De este Acto Legislativo se pueden concluir dos aspectos importantes: i) se volvía a instaurar una clara separación de poderes, restándole discrecionalidad al poder ejecutivo y precaviendo la posibilidad de encontrarse con un escenario similar al Decreto 3518 de 1949; ii) se le otorgaba al Congreso de la República, y posteriormente a la Corte Suprema

conformar partidos políticos, o inclusive militar en partidos ya reconocidos, como sería el partido comunista. Igualmente, el General Rojas Pinilla intentó, sin lograr consolidarlo, un partido político denominado como la *Tercera Fuerza*, que después sería representado en la Alianza Nacional Popular – ANAPO.

⁹⁵ Ambos disponibles en el sitio web de la Comisión de la Verdad: <https://www.comisiondelaverdad.co/frente-nacional>.

⁹⁶ Artículo primero del Acto Legislativo No. 1 de 1960.

de Justicia, la facultad para revisar las medidas extraordinarias que pudiese adoptar el poder ejecutivo en virtud de la excepcionalidad, siendo el antecedente directo del control previo y automático que se implementará en la Constitución Política de 1991. Sin embargo, este inciso segundo del artículo primero, constituye un verdadero sistema de control político, donde se reúnen las características de un régimen más parecido al parlamentario, donde se puede establecer una suerte de responsabilidad política del presidente y de controlar sus actos discrecionales, en colaboración con la Corte Suprema de Justicia.

A pesar de esto, la excepcionalidad consiguió abrirse paso a través de un sistema que no encontraba como implementar estos controles de forma efectiva pues, como lo afirma Marquardt (Marquardt, 2016) : “*lo anterior no tuvo grandes efectos limitadores en un sistema en el cual la presidencia, el Congreso y la Corte Suprema estuvieron en manos de la misma rama política, el Frente Nacional.*”⁹⁷

Lo anterior se debe a la poca independencia que podría predicarse de los miembros de las corporaciones públicas, pues con un sistema de alternancia, que suponía la representación paritaria de ambas facciones políticas en el poder, no existía realmente una vocación de realizar el control político, máxime si se tiene en cuenta que la mayoría necesaria para que prosperase la revisión por la Corte Suprema de Justicia era de una mayoría absoluta, lo que implicaba, por lo menos en el papel, tener que convencer a una parte importante de la facción política del presidente de turno, representada en el Congreso de la República, además de saberse que la facción contraria tenía el beneplácito de encontrarse ahí representada por el pacto del *Frente Nacional*.

Ahora bien, entrada la presidencia de Guillermo León Valencia, las restricciones a la declaración del estado de sitio empezaron a verse superadas por el afán del poder ejecutivo de controlar las situaciones de violencia, pero también, y conscientes de la fuerza que empezaban a tomar, se reprimieron las protestas sociales, bajo una idea de estigmatización, la cual fue heredada de los ciclos represivos que se estaban viviendo en Estados Unidos, por el miedo a la ideología comunista y su expansión en el continente americano. En su precitada obra, Francisco Gutiérrez (Gutiérrez, 2014), refiere la utilización de la excepcionalidad, y en específico el estado de sitio, para reprimir la protesta social, durante todo el *Frente Nacional*, en los siguientes términos:

Guillermo León Valencia (1962-1966) lo convirtió en un recurso contra la movilización social. Según relata Perdomo (2010) el evento más importante bajo Valencia ocurrió el 21 de mayo de 1965 (Decreto 1288) con motivo a las manifestaciones estudiantiles en Medellín y la amenaza de huelgas por parte de la CTC y la UTC. Bajo el estado de excepción, Valencia amplió sustancialmente la jurisdicción militar sobre los civiles.

Durante el gobierno de Carlos Lleras (1966-1967) se produjeron también numerosas declaratorias de estado de sitio, se desarrollaron actividades para criminalizar la protesta social, y se pusieron obstáculos a la libertad de expresión, sobre todo en la coyuntura de las elecciones de 1970 (Decreto 1134 del 19 de julio de

⁹⁷ Óp. Cit. Pág. 475.

1970) Misael Pastrana declaró el estado de sitio el 21 de febrero de 1971 y lo utilizó activamente para golpear la protesta social. (pág. 159)

A propósito del período represivo que se vivió bajo el gobierno de León Valencia, se deben entrar a estudiar tres decretos de excepción específicos, donde se ven de nuevo las características represivas del estado de sitio como método de gobernanza, más que como un método racional para conjurar las crisis. El primero de éstos, corresponderá al Decreto 1288 del 21 de mayo de 1965, donde la exposición de motivos ya empezó a tomar un tinte más técnico, en el ámbito jurídico, pero que seguía guardando una discrecionalidad propia del régimen de la Constitución Política de 1886:

“1°. Que en diversos lugares del país han venido ocurriendo graves perturbaciones del orden público y atentados contra la libertad, la vida y los bienes de las personas;

2°. Que con ocasión del conflicto estudiantil originado en la ciudad de Medellín, se han producido desórdenes, tumultos y choques que han alterado la paz pública y la normalidad de la vida ciudadana;

3°. Que todos estos hechos, unidos a la inseguridad social y a los problemas económicos que afectan a la Nación, han determinado una creciente conmoción interna agravada con la aparición de alarmantes formas de delincuencia, como el secuestro, lo cual constituye una seria amenaza para los asociados que la autoridad está obligada a proteger;

4°. Que de conformidad con el numeral 7° del artículo 120 de la Constitución, corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, conservar en todo el territorio el orden público, y restablecerlo donde fuere turbado;

5°. Que a pesar de que el Gobierno ha adoptado todas las providencias adecuadas dentro de sus atribuciones normales, la magnitud y gravedad de los acontecimientos exigen la aplicación de medidas de carácter extraordinario para restablecer el orden público y social;

6°. Que el honorable Consejo de Estado fue oído previamente y emitió concepto favorable a la declaración del estado de sitio, (...)”⁹⁸

Exponer la parte motiva de este Decreto, en su integridad, resulta importante, pues constituirá la base jurídica para la posterior promulgación de los Decreto 1289 y 3398 de 1965, siendo el primero una clara expresión represiva a las libertades y derechos civiles y políticos, específicamente al derecho de reunión y libre circulación y a la libertad de prensa, instituyéndose un modelo de censura previa sobre los medios de comunicación y la difusión de la información:

“Artículo segundo. Mientras permanezca turbado el orden público en todo el territorio nacional, los Gobernadores, Intendentes, Comisarios y el Alcalde Mayor

⁹⁸ Decreto 1288 del 21 de mayo de 1965

de Bogotá, D.E., podrán tomar las medidas que estimen de absoluta necesidad para restablecer o mantener la tranquilidad pública en relación con;

1° Circulación de las personas por las vías y lugares públicos, la cual podrá ser vigilada y restringida y, llegado el caso, sujeta al toque de queda, en cuanto ello tienda a prevenir desórdenes o a procurar el restablecimiento de la normalidad;

2° Difusión de noticias, informaciones y propaganda radiales o escritas, que podrán someterse a previa revisión y prohibirse cuando sean susceptibles de crear alarma, afectar la tranquilidad pública o dificultar el pleno restablecimiento del orden, y

3° Expendio de bebidas alcohólicas en establecimientos y lugares públicos, el cual podrá limitarse o suspenderse en cuanto sea indispensable para impedir alteraciones del orden.”⁹⁹

Por su parte, el Decreto 3398 de 1965 fue una expresión del poder excepcional de carácter legislativo que adquiriría el Presidente de la República, en virtud del artículo 121, y que fue una de las herramientas más utilizadas en la fase dictatorial, y que ahora volvía con la intensión de “organizar la defensa nacional”¹⁰⁰. En una suerte de codificación de la acción y función militar, y a modo de *estatuto de seguridad*, el poder ejecutivo creó toda una instancia paralela al Ejército Nacional, a través de los artículos 21 al 26 del Decreto, y contó con varias disposiciones que fueron explicadas por Marquardt en los siguientes términos:

Uno de los decretos ejecutivos más oscuros fue promulgado en 1965 por GUILLERMO LEÓN VALENCIA, el 3.398 por el cual se organiza la defensa nacional, que autorizaba – al lado de otros excesos como la justicia castrense frente a civiles – a formar tropas paramilitares para combatir, con los métodos del partisano prosistémico, la así llamada subversión, estableciendo organizaciones clandestinas del terror estatal privatizado. La adopción de una variación latina de la escuela del positivismo jurídico soberanista, formalista, descapitado [sic] y desjerarquizado, apoyó a entender cualquier norma creada por un órgano estatal como válida, sin retroalimentación limitadora en un núcleo intocable de garantías constitucionales, posibilitando la prioridad de la norma más concreta del nivel más bajo según una lógica desfigurada de *lex specialis derogat legi generali*. De tal manera, el Estado constitucional con sus garantías y equilibrios fue superpuesto por un derecho represivo, cuyos contenidos contradijeron arbitrariamente a los valores de la supuesta norma de normas. (Marquardt, 2016, págs. 476 y 477)

Bajo esta óptica, es necesario entrar a observar y analizar los artículos más significativos del Decreto 3398 de 1965, empezándose por los Títulos III y IV del mismo, donde se

⁹⁹ Artículo segundo del Decreto 1289 del 21 de mayo de 1965.

¹⁰⁰ Ese fue el título que se le dio al Decreto 3398 del 24 de diciembre de 1965.

establece lo que se denominó por Marquardt como “*tropas paramilitares*”¹⁰¹, a continuación, se hace una transcripción de ambos títulos:

“TÍTULO III.

MOVILIZACIÓN.

ARTÍCULO 21. La movilización de la Nación puede ser total o parcial, de acuerdo a las necesidades de la defensa nacional.

ARTÍCULO 22. Para la defensa nacional del país y la preparación de los planes pertinentes, el Gobierno podrá establecer, desde tiempo de paz, la prioridad de la utilización de las personas y recursos de acuerdo con las necesidades que se deriven de los planes de la defensa nacional.

ARTÍCULO 23. Todos los colombianos, hombres y mujeres están sometidos a la movilización.

TÍTULO IV.

DEFENSA CIVIL.

ARTÍCULO 24. La participación en la defensa civil es permanente y obligatoria para todos los habitantes del país.

ARTÍCULO 25. Todos los colombianos, hombres y mujeres no comprendidos en el llamamiento al servicio militar obligatorio, podrán ser utilizados por el Gobierno en actividades y trabajos con los cuales contribuyan al restablecimiento de la normalidad.

ARTÍCULO 26. Para los fines de la defensa civil el Gobierno contará con una Dirección Nacional de Defensa civil. El Director Nacional de la Defensa Civil será de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República.”¹⁰²

Esclarecedores resultan, entonces, los artículos 22, 23 y 24 del Decreto 3398, pues en estos se estaba preparando al país a una verdadera guerra, como si se tratase de un conflicto de tales dimensiones que requiriera de la utilización del reclutamiento forzado de todos los hombres y mujeres del país, como así lo supuso el artículo 23. No hay que olvidar que la base jurídica de este Decreto era el 1288, que tenía como motivos de la perturbación del orden público el *conflicto estudiantil originado en la ciudad de Medellín*.

Si estas disposiciones resultaban desproporcionadas, y bastante arbitrarias, las siguientes sobre el régimen de delitos, contravenciones y sanciones resultaban lo bastante represivo, teniéndose una condición que lo tornaba contrario a toda aplicación razonable de la excepcionalidad, a través del inciso final del artículo 34, que facultaba a los tribunales militares el juzgamiento de civiles, cuando fuese decretado el estado de sitio:

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² Decreto 3398 del 24 de diciembre de 1965.

“ARTÍCULO 34. De las infracciones de que tratan los artículos 28, 30, 32 y 33 del presente Decreto, cometidas por particulares, conocerán en tiempo de paz los Jueces Superiores del Distrito Judicial correspondiente.

De la infracción señalada en el artículo 31 de este Decreto conocerá en tiempo de paz, la autoridad de Policía correspondiente.

En tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público, conocerá de todas las infracciones contempladas en este Título la Justicia Penal Militar, por el procedimiento de los consejos de Guerra Verbales.¹⁰³ (Énfasis fuera de texto)

Especial atención debe dársele también al título VI del Decreto, donde se establecía la militarización de la Policía (artículos 18 al 20); la capacidad de expropiar sin un procedimiento definido, a través de la *requisición y ocupación* (artículo 27); y el acceso a toda clase de información que el Gobierno Nacional considerase como necesaria y atinente a la “seguridad nacional”, afectando tanto a personas naturales, personas jurídicas de carácter privado y público, e inclusive a los extranjeros que residían en el país, imponiéndose una multa bastante significativa si se llegase a hacer caso omiso a la petición del gobierno en este aspecto (artículos 35 al 37).

Además de estas manifestaciones de un poder ejecutivo exacerbado, que podía utilizar la excepcionalidad para modificar todo el andamiaje institucional y constitucional, el período de León Valencia también se caracterizó por tornar los decretos de la excepcionalidad, promulgados en la época de la dictadura civil, como legislación permanente, a través de un Congreso de la República cómplice y complaciente, como así lo ha referido Marquardt:

Más allá del poder ejecutivo, participó también el Congreso en el desmonte de la calidad constitucional, pues en varias ocasiones los parlamentarios transformaron ex post los decretos de emergencia en legislación permanente: así se adoptó, en 1961, por una cláusula general toda la normatividad excepcional de la década dictatorial a partir de 1949, y en 1968, un total de 20 decretos ejecutivos desde 1965. De igual forma, hay que mencionar una variedad de leyes habilitantes con las cuales el Congreso delegó facultades extraordinarias al poder ejecutivo, por ejemplo en 1963 a través de la Ley 27 a GUILLERMO LEÓN VALENCIA. (Marquardt, 2016, pág. 477)

Resulta importante darle contexto a la cita de Marquardt, en lo referente a las leyes que incorporaron los decretos de excepción, siendo la primera de éstas la Ley 141 de 1961, la cual solo constaba de dos artículos, siendo el artículo primero el objeto de debate y de crítica, pues directamente establecía que:

“Adóptanse como leyes los decretos legislativos dictados con invocación del artículo 121 de la Constitución, desde el nueve (9) de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) hasta el veinte (20) de julio de mil novecientos cincuenta

¹⁰³ Ibidem.

y ocho (1958), en cuanto sus normas no hayan sido abolidas o modificadas por leyes posteriores.”¹⁰⁴

De esta misma forma, a través de la actuación del Congreso, en 1968 se expidió la Ley 48, que trae consigo la lista de decretos excepcionales que se convertirían en legislación permanente, dentro de los cuales varios consistían en legislación laboral, donde no hay que perder de vista que el Código Sustantivo del Trabajo se expidió como un Decreto presidencial de Laureano Gómez, adoptado como legislación permanente con la Ley 141 de 1961, y otros tantos consistían en leyes sobre impuestos. Sin embargo, la Ley 27 de 1963 corresponde a la más significativa de todas, pues a través de la misma, el Congreso de la República delegó toda su función legislativa en cabeza del Presidente de la República para reorganizar la rama judicial, siendo un elemento que es sumamente similar a la reforma penal de 1934 en el Estado Nazi, a la que ya se ha hecho referencia, en especial con las siguientes atribuciones del Presidente:

“Artículo 1º De conformidad con el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias hasta el 20 de julio de 1964, para los efectos siguientes:

Primero. Para reorganizar la Rama Jurisdiccional del Poder Público y el Ministerio Público. En tal virtud, el Presidente de la República podrá:

(...)

e) Modificar las normas sobre competencia de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos;

f) Reorganizar las Salas de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial;

g) Reformar las normas sobre recurso de casación, en materia civil, penal y laboral;

i) Modificar las disposiciones sobre el cambio de radicación de los procesos penales;

j) Modificar las normas sobre impedimentos y recusaciones;

(...)

n) Modificar las disposiciones sobre vigilancia judicial y sobre sanciones disciplinarias; crear la Policía Judicial, reorganizar el servicio de Medicina Legal y demás servicios auxiliares de la rama jurisdiccional;

(...)

Segundo Para regular la aplicación de las penas en el concurso de delitos, en concordancia con los artículos 31 y 33 del Código Penal, y para modificar los artículos 168 y 208 del Código Penal a fin de hacerlos operantes. Para modificar

¹⁰⁴ Artículo primero de la Ley 141 de 1961.

el Código de Procedimiento Penal, en cuanto a notificaciones, términos, recurso ordinarios contra los autos y sentencias, nulidades, ejercicio de la acción civil, formación del sumario, detención y libertad del procesado, formalidades para la calificación del sumario y adelantamiento del juicio y ejecución de las sanciones, conciliando el interés social con las garantías individuales del procesado. Para modificar el Código de Justicia Penal Militar, la legislación aduanera, el régimen carcelario, la legislación sobre conductas antisociales y la legislación de menores.

Tercero. Para crear organismos administrativos bajo la directa dependencia del Gobierno Nacional, en zonas afectadas por la violencia, y por el tiempo indispensable para su pacificación, sin incluir cabeceras de Municipio y sin que el ejercicio de esa facultad implique segregación territorial, y para crear, reglamentar y dotar patrimonialmente corporaciones de desarrollo en las mismas zonas, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 135 de 1961, sin utilizar los recursos del Fondo Nacional Agrario, salvo en aquellos casos en los cuales el Incora, para la mejor realización de sus fines, decida vincularse económicamente a dichos organismos.

Cuarto. Para crear y organizar establecimientos correccionales y de 'Detención, penas y medidas de seguridad'. ”¹⁰⁵

Tal como se pudo observar, el retorno a la excepcionalidad, tras un breve período de descanso, se realizó por todo lo alto, dejándose claro que, aunque existieran nuevos controles a la misma, seguía siendo un poder lo bastante discrecional como para aumentar exponencialmente las funciones que constitucionalmente le habían sido atribuidas al poder ejecutivo, y especialmente al Presidente de la República, el cual ya había empezado a cooptar las funciones legislativas y también intentaría moldear el poder judicial, y restringir su independencia, a través de la promulgación de leyes y reformas. Pero, lo que sería aún más grave, se estaba aumentando el poder punitivo del estado, permitiéndose que las funciones investigativas, sancionatorias y policivas cobraran una dimensión de poder represivo.

Como muestra de lo anterior, se tiene el máximo referente del *estado-de-sitismo* en el país, el estatuto de seguridad del Presidente Turbay Ayala, el cual fue establecido a través del Decreto 1923 del 6 de septiembre de 1978, es decir, un mes después de haberse posesionado como Presidente de la República. Sin embargo, vale la pena detenerse en comprender cuál era la situación política, económica y social que se venía viviendo en la Colombia de finales de la década de los setenta, pues, a través de su entendimiento, se podrá evidenciar la magnitud del estatuto de seguridad de Turbay Ayala.

Para el año 1977, el Presidente Alfonso López Michelsen se encontraba con una situación compleja que desembocaría en el par cívico nacional, que venía a sumarse a las protestas y manifestaciones sociales que se venían materializando a lo largo de todo el año 1976, las cuales habían sido objeto del Decreto 2131 del 6 de octubre del mismo año, estableciéndose el estado de sitio en los siguientes términos esbozados en su parte considerativa:

¹⁰⁵ Artículo 1° de la Ley 27 de 1963. Vale la pena mencionar que, quien fungía como Presidente del Senado para ese momento correspondía a Julio César Turbay Ayala, célebre por su estatuto de seguridad que se analizará a continuación.

“Que la Constitución ordena al Estado proteger la vida humana y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales suyos y de los particulares.

(...)

Que desde hace más de un mes existe en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales un paro inconstitucional que afecta sus servicios médicos, paramédicos y complementarios.

Que, por solidaridad, el paro se ha extendido a otras entidades oficiales pertenecientes al Sistema Nacional de Salud, con tildo lo cual no solo se ha perjudicado a los trabajadores afiliados a dicho instituto sino a la parte más desvalida y numerosa de la población, que solo puede recurrir a los centros hospitalarios de asistencia pública.

Que, dentro de los fines del paro está el de coaccionar a las autoridades para que. Por las vías de hecho, se abstengan de aplicar disposiciones legales, delito contemplado en el artículo 184 del Código Penal.

Que diversos sindicatos de entidades estatales y descentralizadas han hecho pública su decisión de llevar a cabo paros de solidaridad con. el que ilegalmente se realiza en el Sistema Nacional de Salud.

Que, además, junto con los hechos anteriores han ocurrido otro, como frecuentes asesinatos, secuestros, colocación de explosivos e incendios, característicos de prácticas terroristas dirigidas a producir efectos políticos que desvertebran el régimen republicano vigente, hechos que atentan contra derechos ciudadanos reconocidos por la Constitución y por las leyes y que son esenciales para el funcionamiento y preservación del orden democrático, propio del Estado de derecho.

*Que, oído previamente el Consejo de Estado, dio dictamen favorable para que el Gobierno utilizara las facultades establecidas en el artículo 121 de la Constitución, (...)*¹⁰⁶

El Decreto referido, será la base de la excepcionalidad tan pronunciada que se viviría a partir de 1978, haciéndose una muestra del poder represivo que puede ostentar el Estado en contra de la protesta social, la cual se veía avocada a diferentes razones, encontrándose éstas explicadas en el documento institucional más importante, de acuerdo con la opinión del investigador, que se ha proferido a la fecha, el Informe Final de la Comisión de la Verdad. En su documento denominado como “No Matarás” (Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, 2022), además de realizarse avances significativos sobre la situación del conflicto armado en Colombia, se realiza un retrato histórico de las diferentes épocas del mismo, incluyéndose una mirada sobre lo sucedido en el año de 1977, y la forma en que la excepcionalidad fue utilizada como instrumento predilecto del Gobierno para afrontar las protestas sociales:

¹⁰⁶ Parte considerativa del Decreto 2131 del 6 de octubre de 1976.

La emergencia económica decretada por el Gobierno, el déficit de servicios públicos y vivienda, los precios del transporte público, así como la reducción de subsidios, crearon un inconformismo social que explotó el 14 de septiembre de 1977 con el paro cívico nacional. Este aglutinaba el clamor de los movimientos sociales y hacía eco con el sentimiento de frustración que se contrastaba con la respuesta represiva del Gobierno para apaciguar la movilización social. La convocatoria del paro tuvo un éxito inmediato. Aunque lo anunciaron las cuatro centrales obreras, se sumaron docentes y estudiantes, empleados independientes, campesinos, partidos políticos de izquierda, intelectuales y hasta el sector [sic] ospinista del Partido Conservador.¹⁰⁷

Esta situación, de descontento social y de paro cívico, materializadas en actos concretos como la declaratoria de huelgas y protestas, y ante la ineficacia de las acciones del Gobierno, llevó a que se vieran intensificadas las medidas extraordinarias derivadas del estado de sitio. A través del Decreto 2195 del 18 de octubre de 1976, se delegó en cabeza de la Policía Nacional la imposición de sanciones las cuales, en todos los casos, consistían en arrestos decretados por las mismas autoridades de policía, obviándose así la labor que tendrían los jueces, conduciendo inexorablemente al recrudecimiento de la acción represiva de las autoridades, que ahora podrían perseguir y sancionar de forma libre, sin tener un intermediario parcial. Lo anterior se ve reflejado en los artículos primero y tercero del mentado decreto:

“Artículo 1º. Quienes reunidos perturben el pacífico desarrollo de las actividades sociales; realicen reuniones públicas sin el cumplimiento de los requisitos legales; obstaculicen el tránsito de personas o vehículos, en vías públicas; ejecuten o coloquen escritos ó dibujos ultrajantes en lugar público o abierto al público inciten a quebrantar la ley o a desobedecer a la autoridad pública; desobedezcan orden legítima de autoridad pública; omitan sin justa causa prestar el auxilio que se les solicite; tengan sin causa justificada objetos utilizables para cometer infracciones contra la vida e integridad de las personas, tales como hondas, caucheras, palos, piedras y sustancias químicas; o sin derecho exijan pagos en dinero o en especie para permitir el tránsito de las personas o los bienes, incurrirán en arresto inmutable hasta de ciento ochenta días.

En la misma pena incurrirán quienes usen máscaras, mallas, antifaces u otros elementos destinados a ocultar la identidad, en la comisión de infracciones penales o de policía.

(...)

Artículo 3º. Las sanciones establecidas en los artículos precedentes serán impuestas, mediante resolución escrita y motivada, por los comandantes de estación de la Policía Nacional, con grado no inferior al de Capitán, quienes conocerán a

¹⁰⁷ Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, *No Matarás, Relato histórico del conflicto armado interno en Colombia*, Bogotá: Comisión de la Verdad, 2022. Pág. 144. Disponible en línea en el sitio web de la página de la Comisión de la Verdad: <https://www.comisiondelaverdad.co/etiquetas/archivo-pdf>

prevención. En los lugares donde no existan dichos comandantes serán competentes los Alcaldes o los Inspectores de Policía, respectivamente. .”¹⁰⁸

De este último artículo, como también el artículo cuarto¹⁰⁹ del mismo Decreto, la Corte Suprema de Justicia se pronunció a través de la Sentencia datada del 2 de diciembre de 1976, donde fungieron como Magistrados ponentes los doctores José Gabriel de la Vega y Álvaro Luna Gómez, quienes decidieron declarar como inexecutable dichos artículos, por ser violatorios del derecho al debido proceso, expresado conforme al artículo 26 de la Constitución Política de 1886¹¹⁰:

“No ocurre lo mismo en relación con las prescripciones de los artículos 3° y 4° porque ellos adoptan determinaciones claramente contrarias al 26 de la Constitución. En efecto, el 3° dispone que las sanciones establecidas por los artículos 1° y 2° del Decreto 2195 de 18 de octubre de 1976 serán impuestas por los Comandantes de Estación de la Policía Nacional, con grado no inferior al de Capitán, mediante resolución escrita y motivada, o por los alcaldes y los inspectores de policía, en los lugares donde no existan dichos Comandantes, sin que tales funcionarios estén obligados a cumplir ninguna clase de procedimientos.

El artículo 4° se limita a conceder un recurso de reposición contra las resoluciones sancionatorias adoptadas de manera tan irregular. Como todo proceso debe conducir a las decisiones, ello significa que debe ser previo a las determinaciones de ese orden que tomen los funcionarios. Tal es el mandato del artículo 26 de la Carta en cuanto dispone que nadie podrá ser juzgado sino observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. Y como el artículo 6° del Decreto 1195 "suspende las disposiciones que le sean contrarias", es lógico concluir que las normas procesales han quedado suspendidas, en cuanto se refiere a las sanciones establecidas por el Decreto 2195, porque sus artículos 3° y 4° ni se remiten a tales procedimientos, ni consagran uno especial.”¹¹¹

Como se puede observar, la Corte Suprema de Justicia no siempre permaneció inalterada frente a las declaratorias de excepcionalidad del poder ejecutivo, por el contrario, empezaría a realizar un ejercicio de control y de límites a los mismos, pero de forma muy discreta, pues, como se dejó fijado en la parte resolutive de la sentencia, las sanciones que se proponían a través de los artículos primero y segundo sí fueron declaradas executable, por lo que, a pesar de no tener que enfrentarse a la imposición de facto de las mismas, por parte de las autoridades de policía, sí se dejó un régimen sancionatorio lo bastante fuerte.

¹⁰⁸ Artículos primero y tercero del Decreto 2195 de 1976.

¹⁰⁹ El artículo cuarto establecía que, frente a la sanción proferida por la autoridad administrativa, procedía únicamente el recurso de reposición, lo que suponía que sería la misma autoridad que imponía la sanción la llamada a resolver el recurso, artículo que puede consultarse en el *Anexo Único*.

¹¹⁰ El artículo 26 de la Constitución Política de 1886 describía el derecho al debido proceso de la siguiente forma:

“Artículo 26.- Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.”

¹¹¹ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia del 2 de diciembre de 1976, Magistrados Ponentes doctores José Gabriel de la Vega y Álvaro Luna Gómez.

Sin embargo, el Presidente de la República le encontró la vuelta a la interpretación que realizó la Corte Suprema de Justicia, llevando estas competencias de juzgamiento e imposición de la sanción de arresto nuevamente mediante el Decreto 329 del 18 de febrero de 1977, el cual vuelve a traer los artículos tercero y cuarto, pero con modificaciones que, para la Corte Suprema de Justicia, cumplieran con las garantías mínimas del artículo 26 constitucional. El texto adicionado mediante los artículos primero, segundo y tercero obedece al siguiente:

“Artículo 1°. Las sanciones de que tratan los artículos 1° y 2° del Decreto 2195 de 18 de octubre de 1976, serán aplicadas por los Comandantes de Estación de la Policía Nacional, con grado no inferior al de Capitán, quienes conocerán a prevención. En los lugares donde no existan dichos Comandantes, conocerán los Alcaldes o Inspectores de Policía, respectivamente.

Artículo 2°. En la investigación de las contravenciones a que se refiere el Decreto 2195 de 18 de octubre de 1976, se observará el siguiente procedimiento:

a) Se oirá en descargos al contraventor dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al conocimiento de los hechos.

A partir del día siguiente al de esta diligencia, empezará a correr un término de cuatro (4) días para practicar las pruebas que hubieren sido solicitadas por el imputado u ordenadas por el funcionario;

b) Si dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al conocimiento de los hechos no hubiere sido posible oír en descargos al contraventor por no haber comparecido, se le emplazará por edicto que permanecerá fijado durante dos (2) días en la Ayudantía del Comando de Estación de la Policía, o Secretaría de la Alcaldía o Inspección de Policía, según el caso.

Si vencido este plazo no compareciere, se le declarará contraventor ausente y se le nombrará defensor de oficio para que actúe hasta la terminación de la investigación.

c) Transcurridos los anteriores términos, se dictará la correspondiente resolución escrita y motivada, en la cual se harán constar la identificación del contraventor, el hecho que se le imputa, la sanción que se le impone y el lugar donde deba cumplirla, si se le declara responsable, o se le exonerará del cargo imputado, en cuyo caso, si estuviese capturado, será puesto inmediatamente en libertad.

Los términos fijados en este artículo se ampliarán hasta el doble, si los contraventores fueren cinco o más.

Artículo 3°. La resolución a que se refiere el artículo anterior será notificada personalmente al contraventor o al defensor de oficio, según el caso, y contra ella solamente procederá el recurso de reposición, el cual debe ser interpuesto dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la notificación, y resuelto dentro del subsiguiente día.

Cuando las circunstancias de orden público lo permitan, el funcionario que impuso la sanción podrá, en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, revocar la medida adoptada.”¹¹²

Como se puede observar, el texto agregado por el Gobierno Nacional fue un precario y poco garantista frente al proceso de imposición a la sanción de arresto, sin que así se modificara la competencia que se le estaba dando a la Policía Nacional para la realización de detenciones que, a todas luces, podrían ser arbitrarias. El control que realizó la Corte Suprema de Justicia, esta vez, dejó mucho que desear, dejándose una sentencia lo bastante escueta y sin razonamientos propios de la rigurosidad de los altos magistrados de un tribunal de cierre, y más parecidos al trámite que le da un funcionario administrativo complaciente con la voluntad del Presidente de la República:

“3. Como es fácil comprobarlo, el decreto adicional atiende las objeciones de la Corte, y las resuelve en armonía con el artículo 26 de la Carta, que en conjunto, garantiza el "debido proceso". Con efecto:

a) Establece juzgamiento conforme a la ley preexistente al acto que se imputa, o sea las normas del Decreto legislativo 2195 de 1976, artículos 1 y 2;

b) Tal evento se cumple ante tribunal competente, o sea el funcionario designado en el artículo 1° del Decreto legislativo 329 de 1977;

c) Y se observan, plenamente, las formas propias de cada juicio; que son las indicadas en el artículo 2° del dicho Decreto 329, que al establecer un procedimiento de investigación y sanción, permite oír en descargos al contraventor y practicar las pruebas que éste hubiere solicitado.

4. El artículo 3°, acentúa la garantía al ordenar que la resolución que impone una sanción sea notificada personalmente al contraventor. El recurso de reposición, es el propio de casos como los contemplados en estas medidas de carácter extraordinario, adecuadas o conducentes para el restablecimiento del orden público; y además, es el mismo que el legislador ordinario consagra en relación con otros actos administrativos de distinta índole o naturaleza, en época de normalidad.

5. El artículo 4° fija la fecha de vigencia del decreto, a la vez que suspende las disposiciones que le sean contrarias, lo cual se amolda al régimen del artículo 121 que se invoca.

6. En estas condiciones, el Decreto 329 de 18 de febrero de 1977 se aviene con la Constitución y, por lo tanto, es exequible. Así lo estima, de igual modo, el Procurador General de la Nación.”¹¹³

Estas sanciones represivas, se verían aunadas con la expedición del Decreto 2004 del 26 de agosto de 1977, donde la competencia para la imposición de las sanciones de arresto

¹¹² Decreto 329 del 18 de febrero de 1977.

¹¹³ Corte Suprema de Justicia de Colombia – Sala Constitucional, Sentencia del 17 de marzo de 1977, Magistrado Ponente: doctor Eustorgio Sarria.

ahora también estaría en cabeza de las autoridades administrativas de las entidades territoriales, incluyéndose gobernadores y alcaldes; igualmente, y como si no fueran suficientes estas medidas para menguar las protestas sociales, se incluyó, dentro de este mismo decreto y como medida en contra de los trabajadores que habían propiciado el paro cívico, una sanción atinente a incluir como una causal de justa terminación del contrato de trabajo haber sido sancionado bajo las conductas que se habían tipificado en los Decretos 2195 y en el mismo que establecía la sanción:

“Artículo 1° Mientras subsista el actual estado de sitio, quienes organicen, dirijan, promuevan, fomento estimulen en cualquier forma el cese total o parcial, continuo o escalonado, de las actividades normales de carácter laboral o de cualquier otro orden, incurrirán en arresto inmutable de treinta (30) a ciento ochenta (180) días, que impondrán los gobernadores, intendentes, comisarios y el Alcalde del Distrito Especial de Bogotá, por medio de resolución motivada.

Artículo 2° Las sanciones que trata el presente Decreto, se aplicarán mediante el procedimiento señalado en los artículos 2° y 3° del Decreto legislativo 329 de 1977.

Artículo 3° constituirá justa causa de terminación de los contratos de trabajo el haber sido sancionado conforme al presente Decreto o el haber participado en los ceses de actividades en él previstos.”¹¹⁴

Por consiguiente, la excepcionalidad ya se estaba gestando como un poder sumamente represivo, que no solo atentaba contra la seguridad y libertad de las personas que abiertamente se encontraban en desacuerdo con el Gobierno Nacional, como también ya estaba tomando tintes de ir más allá del enemigo político y de las guerrillas o grupos armados beligerantes. Ya no era un escenario de confrontación directa con el “enemigo”, bajo una mirada *schmittiana*, sino ahora era una abierta guerra contra la sociedad y la población civil. Nuevamente, el informe de la Comisión de la Verdad (Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, 2022) da luces sobre lo sucedido en la época previa al estatuto de seguridad de Turbay Ayala, donde la situación ya se volvía insostenible, sobre todo por las actuaciones y medidas tomadas por el Gobierno Nacional:

En informes entregados a la Comisión de la Verdad, organizaciones sindicales evidenciaron que estas medidas llevaron a múltiples arrestos y a la suspensión de personerías jurídicas, bajo el argumento del mantenimiento del orden público y en la «lógica de identificar posturas de oposición como posturas subversivas que debían ser controladas». En contribución pública para la Comisión de la Verdad, Clara López evocó la posición del Gobierno: «*la movilización sí, pero con peticiones respetuosas, nunca con una vía de hecho. Pensaban que la movilización, porque paraba una carretera, al igual que hoy, era un acto subversivo*». El presidente López llamó al paro «*un pequeño 9 de abril*». Bogotá y otras ciudades se paralizaron. Hubo batallas campales con barricadas, pedreas, tachuelas que saquearon el transporte público. Disparos, heridos y muertos.

¹¹⁴ Artículos primero, segundo y tercero del Decreto 2004 del 26 de agosto de 1977, para observar el Decreto en su integralidad remitirse al *Anexo Único*.

En cuanto al número de víctimas, son diversas las fuentes y los datos. En testimonios se ha planteado un promedio de entre 19 y 35 muertos en Bogotá, sin registrar los posibles muertos en otros lugares del país, y 3.500 detenidos. Mientras que en algunos análisis historiográficos se reportan aproximadamente 25 muertos en Bogotá y entre 3.450 y 3.500 detenidos. La Revista Alternativa planteó en ese momento el siguiente saldo de los hechos:

El número de heridos es difícil de calcular, hay que tener en cuenta la violencia de los enfrentamientos, la falta de recursos de muchas personas que no tienen a dónde acudir por la parálisis de numerosos hospitales llamados de caridad y otros que no fueron a los centros de salud por temor a las represalias [...]. Los detenidos llegaron en Bogotá a cerca de 3.800, distribuidos en el velódromo, el coliseo del Campín, la plaza de toros y las comisarías [...]. Sobre despidos en las empresas, las centrales aún no han procedido a establecer cifras terminales a la espera de asambleas locales y nacionales. Pero se ha informado que la cifra va en aumento. La CGT informó de 70 en lo que a ella toca y de 700 trabajadores aproximadamente en el país.

(...)

Luego del paro, el movimiento sindical salió fortalecido. Sin embargo, el país quedó en el filo del abismo. Para algunos historiadores, como Medófilo Medina, el paro fue el hito que le dio un quiebre al conflicto armado interno en Colombia. Antes de este paro, la guerrilla operaba bajo la premisa de «acumular fuerzas» que, en la estrategia de la guerra popular prolongada, consistía en un trabajo clandestino de convencimiento a los diferentes pobladores mientras ganaba territorio en el campo. Pero este paro creó la ficción de que la insurrección popular y, por ende, el triunfo de la revolución estaban cerca. Los militares pensaban lo mismo: que el riesgo de una insurrección era real. En diciembre de 1977, apenas tres meses después del paro, los 33 altos mandos militares encabezados por el general Luis Carlos Camacho Leyva, comandante general de las Fuerzas Militares, y el ministro de Defensa, le llevaron un borrador del Estatuto de Seguridad al presidente López, pero este se negó a adoptarlo. Su argumento era que así parecieran engorrosos, los controles y fiscalizaciones eran necesarios, por lo que las medidas excepcionales representaban un riesgo para la democracia. (págs. 145-147)

Bajo esta misma lógica represiva surgió el Decreto 1923 del 6 de septiembre de 1978, el cual recogía todas las medidas extraordinarias de los decretos excepcionales de López Michelsen, inclusive agravándose las sanciones a imponer e incluyéndose también un catálogo más amplio de las conductas que se consideraban como atentatorias contra el orden público (artículos primero al séptimo); de igual forma, se intensificó la persecución y atribuciones de las autoridades administrativas, restringiéndose el derecho de reunión y de libre circulación por el territorio nacional (artículo octavo); y, de forma más restrictiva que su antecesor, el *estatuto de seguridad* de Turbay Ayala permitió que la justicia penal

militar tuviera competencia sobre el conocimiento de las conductas que se describían en el Decreto, y así mismo juzgar a los civiles que las cometieran:

“Artículo 9°. La justicia penal militar, mediante el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, además de la competencia que le esta atribuida por disposiciones legales vigentes, conocerá de los delitos a que se refiere los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, y 6° y, además de los que se cometan contra la vida e integridad personal de los miembros de las Fuerzas Armadas y contra civiles al servicio de las mismas y contra miembros del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), encuéntrense o no en actos del servicio, y contra los funcionarios públicos en razón de la investidura o por causa del ejercicio de sus funciones.”¹¹⁵

Igualmente, el Decreto volvía a suspender la libertad de prensa y el derecho al acceso a la información, coartando así las posibilidades de los medios de comunicación de ejercer todo tipo de control al poder político:

“Artículo 13. Mientras subsista la perturbación del orden público no podrán transmitirse por las estaciones de radiodifusión y por los canales de televisión informaciones, declaraciones, comunicados o comentarios relativos al orden público, al cese de actividades o a paros o huelgas ilegales o noticias que inciten al delito o hagan su apología.

El Ministerio de Comunicaciones mediante resolución motivada, contra la cual solo procede el recurso de reposición sancionará las infracciones a que se refiere este artículo, de conformidad con las normas pertinentes de la Ley 74 de 1966 y el Decreto 2085 de 1975.

Artículo 14. Facultase al Ministerio de Comunicaciones para que de conformidad con el artículo 5° del Decreto 3418 de 1954, recobre transitoriamente, en favor del Estado, el dominio pleno de algunas o de todas las frecuencias o canales de radiodifusión explotadas por particulares, en la medida que sea necesario para conjurar la perturbación del orden público y restablecer la normalidad.

Las licencias para la prestación de los servicios de radiodifusión que recobre el Estado colombiano se entenderán suspendidas temporalmente.”¹¹⁶

Para este Decreto, la Corte Suprema de Justicia también realizó un pronunciamiento en ejercicio del control constitucional que debía realizarse, a través de la sentencia del 30 de octubre de 1978, sin embargo, el mismo resultó inocuo, permitiéndose que el estatuto, casi en su integridad y por contadas excepciones, resultase exequible, sobre todo en su articulado más represivo. Aun así, resultan interesantes algunos elementos que la Corte Suprema empezaba a distinguir en su jurisprudencia, como la inalterabilidad de algunas disposiciones constitucionales en el estado de sitio, la no sustitución de la Constitución Política a través de esta institución jurídica y la suspensión de derechos de forma transitoria:

¹¹⁵ Decreto 1923 del 6 de septiembre de 1978, *estatuto de seguridad* del Gobierno de Julio César Turbay Ayala.

¹¹⁶ *Ibidem*.

"2. La institución "estado de sitio" es un régimen especial y transitorio previsto en la Constitución. Por eso mismo, no puede implicar la sustitución de sus preceptos. En estado de sitio rige la Constitución, con las restricciones en ella establecidas de manera expresa. Esa es la razón del control de constitucionalidad que compete a la Corte sobre el ejercicio de los poderes propios de aquel régimen.

Para este efecto, se han distinguido en la preceptiva constitucional tres grupos de normas: las que rigen plenamente tanto en tiempo de normalidad como de turbación; las que prevén limitaciones temporales por razón del estado de sitio, y aquellas que permiten suspender el ejercicio de algunos derechos y libertades por igual causa. Las dos clases mencionadas últimamente, es obvio, son excepcionales y de aplicación restrictiva y temporal.

Resumiendo: Los criterios determinantes de este juicio de constitucionalidad son la conexidad directa entre el contenido de los decretos que se juzgan con las causas que fundaron la declaración de turbación del orden público, y el carácter sustitutivo, transitorio y restrictivo de esas disposiciones frente al régimen legal de tiempo de paz."¹¹⁷

Sin perjuicio de lo anterior, resultaba realmente preocupante la interpretación que daba la Corte Suprema para la competencia que se les estaba atribuyendo a los tribunales militares, dentro de las cuales vale la pena resaltar las siguientes:

"En efecto, si bien es evidente que los poderes del artículo 121 permiten, bajo determinadas reglas y limitaciones, restringir o afectar el ejercicio de ciertos derechos o garantías individuales y sociales es no menos claro que en ningún caso puede el Gobierno alterar la estructura constitucional del Estado, que comprende no solo la existencia, intangible en su origen y organización, de las distintas Ramas del Poder Público, y el mantenimiento de sus propias competencias, salvo por este aspecto algunas excepciones expresas, como las de los artículos 33, 43, y 61 de la Carta, sino también la división territorial y la organización administrativa y jurisdiccional que, acorde con ella, ha trazado el Constituyente". (Sentencia de mayo 14 de 1970, G. J. No. 2338 bis, pág. 158).

Precisamente, el Decreto 1923 no ha hecho en este aspecto sino aplicar la excepción del artículo 61 que autoriza para tiempos anormales la acumulación y, por tanto, el traslado transitorio de competencias, y expresamente las de 'naturaleza jurisdiccional' en órganos distintos a los que las ejercen ordinariamente, lo cual legitima la adscripción a la justicia penal militar, y a las autoridades militares y de policía que aquel decreto determina, el conocimiento y sanción de ciertos delitos y contravenciones.

El decreto en estudio no crea organismos ad hoc, ni cambia el origen ni la composición de los existentes. Simplemente, faculta a ciertas autoridades el ejercicio simultáneo de las atribuciones que ordinariamente les compete, con las que les son adscritas transitoriamente, según la autorización constitucional del artículo 61.

En igual sentido, además, la Corte ha entendido que:

¹¹⁷ Corte Suprema de Justicia de Colombia – Sala Plena, Sentencia del 30 de octubre de 1978, Magistrado Ponente: doctor Luis Carlos SÁCHICA.

"c) El artículo 170 de la Carta crea las Cortes Marciales y los Tribunales Militares para el fuero penal militar como parte integrante de la Rama del Poder Público encargada de administrar justicia; el artículo 58, por su parte, incluye dentro de la Rama Jurisdiccional los demás tribunales y juzgados que establezca la ley; dentro de éstos están los Consejos de Guerra Verbales, creados por el Decreto 250 de 1958 y la Ley 141 de 1961. Finalmente el artículo 61 de la Carta permite, en estado de sitio, ampliar la jurisdicción penal militar al conocimiento de los delitos comunes cuando, tienen conexidad con la turbación del orden o con las causas que han originado la anormalidad.

"Siendo los Tribunales Militares también creación de la Carta como los jueces ordinarios, el simple tránsito de competencia de éstos a aquéllos para el juzgamiento de ciertos delitos comunes en tiempo de estado de sitio con los procedimientos de la justicia castrense, no implica la creación de tribunales ad hoc, ni el sometimiento de los sindicados a normas procesales formalmente nuevas en el tiempo, pues están consagradas en ley preexistente.

"La justicia militar amplía su competencia para juzgar los delitos comunes por autorización de la misma Carta". (Sentencia de agosto 13 de 1970, G. J. No. 2338 bis, 1970, pág. 314).

De lo cual se deduce que no se presenta infracción de los artículos 2.º, 55, 58, 61 y 170 de la Constitución, porque no se ha roto la estructura orgánica del Estado."¹¹⁸

Como se puede observar, la Corte Suprema se empeñó en declarar la exequibilidad del estatuto de seguridad del Presidente Turbay Ayala, haciendo que los límites o controles judiciales no tuvieran la eficacia esperada. Dentro de las consecuencias que pueden advertirse, resulta la más obvia, que el poder ejecutivo había encontrado un escenario jurídico plausible para ejecutar sus actos extraordinarios, que terminaron rigiendo hasta el final del mandato del Presidente, es decir, hasta 1982, consecuencias que también resultaron plasmadas en el Informe de la Comisión de la Verdad:

Mientras en las instalaciones militares seguían las torturas, el 30 de octubre de 1978 la Corte Suprema de Justicia declaró constitucional el Estatuto de Seguridad. Dos de los cinco magistrados que votaron en contra llamaron el Estatuto una «dictadura disfrazada de democracia». El historiador y constitucionalista Mario Alberto Cajas recordó ante la Comisión de la Verdad recordó que desde finales de los setenta había un sector importante de la Corte que empezaba a plantear que no podía ser posible que la justicia penal militar juzgara civiles, sin importar el delito. La justicia militar había mordido una parte importante de las competencias de la justicia ordinaria. (Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, 2022, pág.152)

Igualmente, las consecuencias nefastas de la aplicación del estatuto de seguridad de Turbay Ayala se encuentran explicadas en el precitado informe, trayéndose a colación las conclusiones a las que se llegaron, y que mayor impacto tienen frente a la comprensión del *estado-de-sitismo* como forma de gobierno:

¹¹⁸ Ibidem.

En la práctica, el Estatuto convirtió en potencial enemigo interno a los disidentes políticos, intelectuales críticos, líderes sociales, sindicales, campesinos e integrantes de los nuevos movimientos urbanos. Los organismos de inteligencia persiguieron y relacionaron con la insurgencia a quienes eran críticos del sistema.

Cuando se expidió el Estatuto de Seguridad, trece de los diecinueve países de América Latina estaban bajo dictaduras militares. Colombia, en teoría, se mantenía en democracia. Sin embargo, las prácticas y restricciones del Estatuto de Seguridad fueron idénticas, y en algunos casos peores que las de esas dictaduras. Las violaciones a los derechos humanos fueron múltiples. Entre las más frecuentes se pueden mencionar la desaparición forzada, tortura, ejecuciones extrajudiciales, detenciones y juicios arbitrarios, persecución y hostigamiento a las personas, a tal punto que durante este periodo se presentó el primer gran pico de exilio de colombianos al exterior, muchos de los cuales jamás regresaron al país. Las víctimas fueron especialmente militantes de organizaciones de izquierda armadas y no armadas, así como líderes sociales, intelectuales y, principalmente, aunque más invisibles, habitantes de zonas rurales. (Ibidem, pág. 150)

Igualmente, por su carácter ilustrador, se deben tomar los datos que se obtuvieron por la Comisión de la Verdad, en conjunto con la Justicia Especial para la Paz – JEP-, en cuanto a la violación de derechos humanos durante la vigencia del estatuto de seguridad, reflejados en la cantidad de desapariciones, torturas y homicidios, discriminados por años, empezándose por 1977 donde, como se pudo ver, se empezó a configurar el estado de sitio con los decretos excepcionales de López Michelsen, siguiéndose durante todo el período presidencial de Turbay Ayala, donde los números empezaban a crecer exponencialmente, hasta el año 1983, donde el número de desapariciones obtuvo su segunda cifra más alta, solo superado por el año de 1980, y los homicidios tuvieron su punto más alto:

Tabla 2. Número de desapariciones, torturas y homicidios por año (1977-1983)

Año	Cantidad de:		
	Desapariciones	Torturas	Homicidios
1977	75	34	269
1978	95	70	342
1979	169	77	399
1980	576	39	867
1981	293	20	855
1982	478	2	1.132
1983	537	9	1.423

Fuente: JEP-CEV-HRDAG, «Proyecto conjunto de integración de datos y estimaciones estadísticas».

119

¹¹⁹ Ibidem.

Sin lugar a dudas, y retomando el análisis sobre el poder punitivo del estado como fundamento primero de la excepcionalidad expresada a través del estado de sitio, podemos encontrar similitudes más que evidentes en los elementos que permitieron el ascenso del Estado totalitario nazi, aunque con ciertas distancias sobre el manejo del poder político en cabeza de un solo gobernante pues, como se ha advertido, la estrategia en el país consistió más en la alternancia del poder, aunque con un claro sesgo sobre quiénes podían acceder al mismo, y la configuración de una anomalía consistente en la convivencia entre un sistema democrático y una represión violenta y exterminadora. Sin embargo, el discurso legitimador de la excepcionalidad persiste, resultando clave su utilización para mantener el poder político, a través de una institución específica que contiene reglas y prácticas similares en ambos casos.

Los elementos específicos del *estado-de-sitismo* han sido explicados por Marquardt, a través de seis dimensiones específicas que son la base para explicar el *anti-constitucionalismo*, en contraposición a las ideas modernas y los avances realizados en el constitucionalismo del siglo XX. Para esta evaluación, el autor procura hacer una evaluación a través del concepto de “*constitucionalismo perverso*”, el cual se le atribuye a Mauricio García Villegas, explicando lo sucedido a lo largo del largo período donde proliferó el estado de sitio (1949-1991):

Con exactitud, el constitucionalista MAURICIO GARCÍA VILLEGAS ha clasificado la república del dogma de la seguridad interna como un sistema del ‘constitucionalismo perverso’. Se comparte esta evaluación bajo la conceptualización del anti-constitucionalismo, ilustrándola en seis dimensiones: primero, el constitucionalismo moderno cree en la separación funcional-tridimensional de poderes, pero el estado-de-sitismo promovió una predominancia excesiva del Presidente. Segundo, el constitucionalismo moderno cree en el pluralismo competitivo, pero el estado-de-sitismo siguió la lógica excluyente del amigo y enemigo público. Tercero, el constitucionalismo moderno cree en derechos fundamentales intocables, pero el estado-de-sitismo restringió fuertemente reuniones políticas, manifestaciones públicas y la libre circulación de personas, censuró los medios de comunicación, limitó la autonomía universitaria y combatió las actividades sindicales. Cuarto, el constitucionalismo moderno cree en la dignidad humana, pero el estado-de-sitismo combatió según postulados de eficiencia contra fines militares, lo que llevó a un “*desborde de la autonomía*” militar y paramilitar al estilo de una “*guerra sucia*” con masacres, ejecuciones extralegales, desapariciones forzadas, torturas y violaciones sexuales.

Quinto, el constitucionalismo moderno cree en la seguridad del ciudadano frente al poder punitivo del Estado por medio de garantías procesales, pero el estado-de-sitismo legitimó un ‘derecho penal del enemigo’ y la “*perversión del proceso penal*”.

(...)

En sexto lugar, el constitucionalismo moderno cree en la responsabilidad de los funcionarios públicos, pero el estado-de-sitismo garantizó, por lo menos de facto, la impunidad de los delincuentes uniformados que fueron bien protegidos por medio del

privilegio de una amplia justicia militar. Las seis dimensiones aludidas fueron las manifestaciones de las mismas tendencias represivas que caracterizaron a las dictaduras de la seguridad interna, difundidas en ese entonces en toda América Latina, pero se distinguieron de los valores centrales del constitucionalismo moderno. (Marquardt, 2016, págs. 479 y 480)

Estos elementos, pueden verse aunados a los que ya se habían definido con la caracterización del poder punitivo del estado como fuente jurídica y política de la excepcionalidad. Al igual que con el régimen totalitario en Alemania, el *estado-de-sitismo*, permitió que el poder soberano del Estado se viera reducido a la expresión de un poder punitivo desbordado y represivo, mediante el cual, la figura del Presidente de la República, encontró múltiples prerrogativas y facultades para “eliminar” a sus contendores políticos, heterodoxos y en general, a cualquier persona que desafiara el poder estatal.

La violencia institucionalizada, reforzada y ampliada a través del estado de sitio, hizo del régimen colombiano de la segunda mitad del siglo XX una verdadera dictadura, la cual se vivió en diferentes dimensiones represivas, pero con una particularidad en concreto: la dictadura no sería expresada ni asumida por una sola persona, por el contrario, se vería materializada a través de una institución definida, la Presidencia de la República. Con todos los elementos que se han descrito, con todas las evidencias existentes sobre el poder desbordado que se ejercía en el *solio de Bolívar*, únicamente se puede llegar a esta conclusión.

Muchas veces, el poder desbordado que se permitía a través del artículo 121 de la Constitución Política de 1886, el cual se vio totalmente desfigurado, acercó a los diferentes presidentes a actuaciones más cercanas a las que realizaría un Estado totalitarista, que las propias de una democracia republicana. En este punto, se permite disentir del profesor Francisco Gutiérrez sobre la anomalía colombiana, sobre todo en su segunda hipótesis consistente en que las manifestaciones extremas de represión “no parecen haber socavado sustancialmente la democracia (formal), o lo han hecho solo de manera muy, muy gradual”, pues resulta evidente que, durante toda la segunda mitad del siglo XX, y hasta el surgimiento del proceso constituyente de 1991, y la vigente Constitución Política, las instituciones democráticas se vieron mermadas y desnaturalizadas a tal punto, que resultaría un verdadero eufemismo catalogar de democrático el Estado colombiano.

Resulta menesteroso cambiar el discurso sobre las épocas de *La Violencia*, como también de la fase que, atinadamente, Marquardt ha denominado como la *fase anticonstitucional*, pues debe superarse ese viejo mito que enaltece al país como el único Estado que vivió en democracia durante el período de dictaduras que aquejaron a los países del denominado “cono sur”, pues las actuaciones de los dirigentes, que habían firmado un pacto de alternancia de poder, solo pueden ser consideradas como profundamente represivas y violentas, llegando a puntos de exterminio y genocidio, como el reconocido *baile rojo*.

Los elementos teóricos que se describieron, a través del poder punitivo del estado, y el símil que se realizó con el surgimiento del estado totalitario nazi, tiene como finalidad generar la suficiente conciencia sobre la utilización sin límites de la excepcionalidad, que puede conducir, o ser precursora, de las dictaduras. Con lo anterior se busca significar que, la excepcionalidad mal utilizada, es el primer paso para la arbitrariedad, situando un poder tan grande y abstracto en cabeza de una sola persona, que puede conducir a una

expresión soberana totalmente dissociada y sin controles, que es justificada a través de un régimen legal. Por consiguiente, las conclusiones que se derivan de la metodología inicialmente propuesta para el capítulo, en un ejercicio dialéctico entre dos regímenes que en apariencia se presentan distintos, se puede afirmar que:

1. La exacerbación del poder punitivo del estado, en su uso a través del poder ejecutivo, tuvo las mismas consecuencias, en cuanto a violencia y desconocimiento de la razonabilidad del ordenamiento jurídico, en los dos casos analizados y sometidos a comparación.
2. Aunque distaban en sus modelos de gobierno, tanto el Estado alemán del período entre guerras, como el Estado colombiano de mitad del siglo XX, recurrieron a la excepcionalidad como una herramienta estratégica de gobernanza, buscando a través de las facultades extraordinarias concedidas al poder ejecutivo, mermar el control político que podría esperarse tanto del poder legislativo como del poder judicial, llegándose inclusive a cooptarlo a través de estrategias jurídicas, contenidas en una interpretación amplia del régimen constitucional de los estados de excepción y la posterior utilización de decretos presidenciales, que obtenían el título de legalidad a través de la misma.
3. Por consiguiente, detrás de la excepcionalidad subsiste un discurso que permanece incólume a pesar de las distancias temporales, del contexto social e inclusive de las tradiciones jurídicas y la ideología persistente en los ordenamientos jurídicos. La excepcionalidad se torna en el elemento legitimador para aumentar las potestades y poderes derivados de la Rama Ejecutiva, que se utiliza en momentos concretos, para evitar así la disolución del Estado, como también para el sostenimiento de un poder hegemónico específico, amparándose en la legalidad prevista en una constitución en específico.
4. Concebir la institución jurídico-política de la excepcionalidad de forma tradicional, es decir observando solamente su consignación en un texto normativo, como también su uso de acuerdo con las situaciones y los contextos sociales, sería perder de vista elementos cruciales para entender los discursos y justificaciones que se buscan con la excepcionalidad. Por lo mismo, vale la pena realizar un ejercicio crítico, que no busque reproducir una historiografía tradicional, sino que, por el contrario, someta a prueba las similitudes existentes, y evidentes, entre la utilización de la excepcionalidad a lo largo de la historia.
5. Para que las conclusiones se sigan, se debe insistir en la delimitación de la excepcionalidad estudiada, pues solamente pueden verse sus usos estratégicos cuando se utiliza para la preservación del poder hegemónico del Estado, bien sea a través del estado de sitio, o cuando se insita su utilización para confrontar un poder que riñe con el poder estatal.

Capítulo III: LA SUPERACIÓN DEL ESTADO DE SITIO A TRAVÉS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA.

Este último capítulo, como preludio a las conclusiones, buscará evaluar el cambio drástico que se dio en las postrimerías del siglo XX, como si hubiese sido posible avizorar la insostenibilidad teórica de mantener un régimen que clamaba ser democrático, con una excepcionalidad tan prolífica y poco controlada. En este punto, la aporía o anomía de los estados de excepción se ve superada, por el trabajo consciente y propositivo de una Corte Constitucional que, aunque en un principio recatada, encontró la forma de controlar, racionalizar y darle el sitio previsto por el constituyente primario a una institución jurídica que, cada vez más, empieza perder sus tintes políticos.

Comprender la forma en que la Corte Constitucional de Colombia entró a evaluar los decretos sobre la excepcionalidad será el primero de los pasos, donde se verá el papel que juega el juez constitucional, como un verdadero guardián de la Constitución Política de 1991. El precedente jurisprudencial será puesto a prueba, con la finalidad de comprender hacia donde giró el constitucionalismo, como también para comprender en qué medida se desincentivó la utilización del otrora estado de sitio, limitándose fuertemente en su nueva denominación como *estado de conmoción interior*.

El análisis dinámico de precedentes será la metodología específica a emplearse, para así llegar a trazar una línea jurisprudencial que de cuenta del avance realizado. Sin embargo, también se adoptará una posición crítica, pero prospectiva, sobre la forma en que podría ampliarse el abanico de argumentos que podría emplear el máximo órgano de interpretación constitucional, con la finalidad de proponer nuevas formas, desde la teoría, para conservar impolutos los valores constitucionales que con tanto ahínco plasmaron las generaciones precursoras de nuestra *Carta Magna* vigente.

Gracias a esta última afirmación, nos adentraremos, posteriormente, en las conclusiones sobre la necesidad de reevaluar el concepto de soberanía, evidenciándose el papel que empiezan a tener los jueces dentro del Estado Constitucional de Derecho, donde los logros y avances en materia de libertades y garantías fundamentales parecen no verse sometidos al paso del tiempo y al olvido. Pero, antes de empezar a decantar el trabajo realizado por el tribunal constitucional, se dejará una breve reseña sobre el proceso de cambio vivido en la década de los noventa, pues este contexto nos servirá para comprender, de mejor forma, como fue el paso del *estado-de-sitismo* al constitucionalismo garantista y protector del Estado.

I. La esperanza depositada en el proceso constituyente de 1991.

El final del siglo XX en Colombia fue una apuesta por el cambio. Como si se intuyera el final de una época, la década de las noventa trajo consigo grandes sacudones en lo político, las cuales se derivaron de múltiples y dolorosos sucesos, como la toma y *retoma* del Palacio de Justicia, evento que también es digno de estudiar por sus decretos de excepción y la injerencia que tuvo el uso de la fuerza legítima del Estado, pero que por su naturaleza abarcaría toda una investigación paralela; como también los recurrentes ataques terroristas dados por los capos del narcotráfico; la consolidación de las fuerzas paramilitares y su control en los territorios, que se aunaban a las fuerzas revolucionarias guerrilleras en una guerra que ya tomaba matices más complejos, haciendo de la violencia política el pan

de cada día; las continuas crisis económicas que se sucedían como interminables y los desastres naturales, como el que se derivó de la *Tragedia de Armero*.

Tal vez, la amalgama de todos estos sucesos fue la *campanada final* que necesitaba el país para despertarse de su letargo, para sacudirse de su inacción. La confianza que se había depositado en el Estado, entendida también en la reverencia que se hacía a sus instituciones jurídicas, encontró un punto de quiebre, como si resultasen insuficientes las leyes existentes para abordar todos los problemas sociales. La única salida razonable, y compartida por todos los sectores ideológicos y políticos, se materializó en un proceso constituyente. No por nada, este país tiene una impronta legalista, un *fetichismo jurídico*, como lo denomina Julieta Lemaitre en *El derecho como conjuro* (Lemaitre Ripoll, 2009), o ese *estilo santanderista* que Valencia Villa ha rescatado en *Cartas de Batalla* (Valencia Villa, 2010).

Pretendía, la generación de mis padres y de tantos otros, cambiar la concepción de su nación, el aspecto del país, su interminable ciclo de violencia y la asociación directa que se hacía constantemente con la ilegalidad, la inseguridad y con la desesperanza. Como si estuviésemos condenados a vivir en el olvido, el dolor y la insuficiencia, el papel que jugó el derecho como herramienta emancipadora¹²⁰ fue realmente importante, porque a través del mismo se canalizaron todas las demandas sociales, por más multiformes y distintas que fueran, creándose un deseo colectivo de avanzar en un contrato social primigenio, que realmente fuera incluyente, desprovisto de inclinaciones políticas específicas, como así sucedía con las anteriores constituciones y de ahí el nombre de la obra de Valencia Villa. Esta forma de concebir el texto constitucional, como depositario de las esperanzas colectivas para una mejor relación entre el Estado y la ciudadanía, fue explicada en *Cartas de Batalla* como un suceso disruptivo, en todo el sentido de la palabra, promocionado por una Asamblea Nacional Constituyente heterogénea y heterodoxa, que logró aunar las fuerzas políticas para la construcción de un texto constitucional:

Con este gesto inédito se rompió por primera vez la tradición centenaria de constituciones y reformas de partido o de coalición, surgidas de guerras civiles, golpes de Estado o cambios de régimen y predeterminadas o teledirigidas por el establecimiento bipartidista, y se abrió paso a una experiencia excepcional de autoconvocación del constituyente primario, que entrañaría la intervención de sectores marginales y fuerzas no tradicionales en la formación de un estatuto que empezó como la reforma número sesenta y ocho a la Constitución del 86 y terminó como la Norma Fundamental número dieciséis de nuestra historia republicana. (Valencia Villa, 2010, pág. 206)

¹²⁰ La idea del derecho como herramienta emancipadora proviene del efecto simbólico que éste mismo puede tener. En *La eficacia simbólica del derecho*, García Villegas apunta a que el derecho puede tener estos efectos, siempre y cuando se canalice y se aprenda a utilizar de esta forma. Dentro de su prolífica tesis, el autor propone que el efecto emancipador surge de la necesidad de crear significados colectivos a través del derecho, alimentándose de teorías críticas como la marxista, desde un punto ideológico más reservado, y desde la teoría de los movimientos sociales, donde se puede rastrear la forma en que se utiliza el derecho para crear escenarios favorables para distintos conglomerados sociales. Idea que también es retomada por Julieta Lemaitre, cuando hace todo su análisis sobre el litigio sobre el aborto, en *El derecho como conjuro*.

Todos estos cambios, requerían el consenso, pero también requerían que el mensaje fuera plasmado en los canales correctos, porque, muchas veces, *el medio es el mensaje*, como así lo enseña el efecto simbólico del derecho. Por consiguiente, la Constitución Política a crear ya no era un simple texto con las generalidades del Estado, o con un catálogo de garantías mínimas. Por el contrario, ahora este texto fundacional pasaría de ser una declaración de principios abstractos y sin una exigencia directa de materialización, a ser el documento constitutivo, y piedra angular, de todo el ordenamiento jurídico, donde cada ley, tanto posterior como anterior, en algunos casos, debería someterse a los preceptos constitucionales. Se buscaba, en últimas, un *constitucionalismo aspiracional*, mediante el cual se creaban, y recreaban, los significados más preponderantes sobre la cosmovisión del Estado colombiano. Nos nutríamos de preguntas como: ¿cuál es la organización y modelo político que queremos los colombianos? ¿Qué tan extenso debe ser el capítulo sobre nuestros derechos fundamentales y cuáles serán éstos? ¿Cómo se verá organizado el Estado y qué herramientas se le darán para atender las diferentes demandas sociales?, entre tantas otras.

Para comprender lo que se ha denominado como *constitucionalismo aspiracional*, resulta menester empezar por su definición, la cual puede encontrarse en *La eficacia simbólica del derecho* (García Villegas, 2024), que nos dará luces sobre la importancia de los textos constitucionales en Latinoamérica, como también de su alta carga simbólica y axiológica, redefiniendo cuál es su naturaleza y la injerencia que tienen en el imaginario colectivo:

En el constitucionalismo aspiracional el uso simbólico obedece al propósito de reactivar la esperanza colectiva de una nación. Sus constituciones buscan remodelar o incluso recomponer el mito de unidad nacional o crear lo que algunos llaman un nuevo contrato social: una nueva hoja de ruta, unos ideales nuevos a través de los cuales la sociedad se encamine de manera consensuada hacia el mejoramiento de la situación de sus asociados. (pág. 59)

Por lo tanto, todo el esfuerzo colectivo que significó la promulgación de una nueva constitución, se reflejó en una vuelta a la esperanza, un nuevo punto de partida, una comprensión de la visión colectiva del país en el que se vive y se quiere vivir. Como lo dejó consignado Gabriel García Márquez, la voluntad que se cernió sobre la volátil vida social de Colombia, tenía como finalidad crear:

*“Una nueva y arrasadora utopía de la vida, donde nadie pueda decidir por otros hasta la forma de morir, donde de veras sea cierto el amor y sea posible la felicidad, y donde las estirpes condenadas a cien años de soledad tengan por fin y para siempre una segunda oportunidad sobre la tierra.”*¹²¹

Igualmente, el movimiento por la creación de una nueva Constitución, tenía una consigna propia, como si fuese un objetivo último que solo podría constatarse con el paso del tiempo, pues por la proximidad de los eventos, tal vez, no se tenía la suficiente conciencia

¹²¹ Extracto del discurso dado por *Gabo*, en la ceremonia de aceptación del Premio Nobel en 1982. Recuperado en línea en: https://cvc.cervantes.es/actcult/garcia_marquez/audios/gm_nobel.htm#:~:text=Una%20nueva%20y%20arrasadora%20utopía,segunda%20oportunidad%20so-bre%20la%20tierra.

sobre el mismo. Lo que se buscaba, con tanta premura, era la superación de la fase *anti-constitucional*, la cual se ve reflejada en el texto que se ha venido utilizando como referencia jurídico-histórica, donde Marquardt define una *sexta fase* del constitucionalismo iberoamericano, que también resulta ser la última que estamos viviendo, que viene marcada por cambios sustanciales en la forma en que se conciben las nuevas Constituciones latinas, sin que, para el autor, deba dársele el rótulo de *neoconstitucionalismo*:

La perspectiva inducida de un renacimiento es plausible en cuanto a la experiencia de volver al republicanismo constitucional después de la interrupción por la ola de anti-constitucionalismo entre aproximadamente 1946 y la década de 1980 con sus dictaduras bajo un *estado-de-sitismo anti-iusfundamental* notorio. Sin embargo, ocurrió más que un simple renacimiento de las ideas del siglo xix, pues apareció también algo novedoso en términos cualitativos, especialmente el pluralismo tridimensional de valores y la activación de la justicia constitucional a un verdadero actor significativo del poder estatal. (Marquardt, 2016, pág. 523)

De este nuevo “*aire*” que tuvo el constitucionalismo en Latinoamérica, y esencialmente en Colombia, se han destacado múltiples características como: la instauración de nuevos catálogos de derechos fundamentales, mucho más robustos y enriquecidos con las teorías del garantismo jurídico de autores como Luigi Ferrajoli; una visión más incluyente y pluralista sobre las cosmovisiones y la aceptación de ser naciones pluriétnicas, con una riqueza cultural enorme; una nueva relación entre el derecho y el territorio, haciéndose especial énfasis en el medio ambiente y el rol de protector que ahora adquiere el Estado sobre el mismo, cambiándose también la forma en que se concebía el desarrollo humano; y, tal vez la característica más relevante, la creación de instancias específicas de protección, interpretación y judicialización de los derechos fundamentales, impulsándose así la creación de tribunales constitucionales sumamente fuertes, que actuarán como verdaderos *guardianes de la constitución*.

Esta última característica, se puede explorar desde dos perspectivas, las cuales comparten en recalcar el avance de una justicia constitucional independiente y con facultades que han sido disruptivas para la concepción tradicional que se tenía del derecho en esta parte del mundo. Estas dos perspectivas, parten de un elemento esencial que se encontrará en su misma concepción: el papel del juez constitucional. Por un lado, García Villegas comparte con Marquardt una misma conclusión sobre el papel de la Corte Constitucional, consistente en que, el surgimiento de esta nueva etapa del constitucionalismo, se ve enmarcada en las amplias prerrogativas que tiene el juez constitucional en procura de la defensa de los derechos fundamentales. Para García Villegas, un elemento diferenciador del constitucionalismo colombiano, y en general del constitucionalismo latinoamericano, consiste en que:

Si bien todas estas constituciones tienen una fuerte vocación normativa, es decir, hacen lo posible porque sus aspiraciones no sean meros deseos sino normas con capacidad para imponerse, en el caso colombiano esa fuerza normativa proviene, como ya lo dije, del poder otorgado a los jueces y, en particular, a la Corte Constitucional, que tiene la posibilidad de hacer valer los derechos de manera directa, sin pasar por el legislativo (...) (García Villegas, 2024, pág. 60)

Por su parte, Marquardt va más allá, describiendo el papel que han tenido los tribunales constitucionales dentro del nuevo siglo, como también anticipándose a las críticas que puedan surgir en contra del activismo judicial o del *garantismo profundo*, viendo con buenos ojos el nuevo papel que determinó el constitucionalismo para los jueces:

En general, los tribunales constitucionales del siglo XXI obligan a las dos otras ramas del poder a anticipar en sus decisiones la probable interpretación de los derechos fundamentales por parte de los jueces. Por dicha amenaza persistente con la última palabra, se juridifica la esfera política. A fin de cuentas, no es falso advertir que el Estado del siglo XXI confía varias de sus decisiones más políticas a una especie de consejo de los sabios, lo que significa un elemento aristocrático dentro del modelo de la democracia representativa. La legitimidad democrática del guardián de la constitución es solamente indirecta, otorgada por el poder constituyente, por el procedimiento de nombramiento y por la confianza general que el pueblo expresa a los jueces más altos, pues la percepción de su moderación profesional sin intereses partidarios ni enriquecimientos corruptivos, los deja aparecer como los verdaderos sucesores del mito milenario de los buenos Reyes-jueces por encima del mar revuelto de lo banal y la cotidianidad.

(...)

Según la experiencia, las cortes constitucionales se ha perfilado como las instituciones estatales menos propensas a someterse a dinámicas de poder e intereses particulares, pues los procedimientos, la ponderación cuidadosa, el racionalismo de argumentación y la ética profesional se integran a un estilo consistente que protege eficazmente a los valores consagrados en la norma de normas. (Marquardt, 2016, págs. 554 y 555)

Para concluir esta primera consideración, el elemento que más injerencia ha tenido en la formulación de una nueva Constitución, y que más esperanzas ha generado para el derecho y la ciudadanía en general, consiste en la creación de un tribunal constitucional digno de respeto y admiración, donde se deposita toda la fe, y en muchas ocasiones la esperanza, para ver materializado el efecto emancipador que puede tener el derecho, sobre todo cuando se habla de constituir los cimientos de cambios sociales necesarios y de la protección de los valores axiológicos, de los derechos fundamentales y de la estructura orgánica del Estado pensado y planeado por el constituyente primario del noventa y uno.

Esta nueva labor del juez constitucional y su importancia, se comparte también en Valencia Villa (Valencia Villa, 2010) quien, citando a Bruce Ackerman y a John Rawls, anuncia su injerencia directa en la democracia constitucional:

La misión del tribunal constitucional consiste entonces en preservar la voluntad de Nosotros el Pueblo contra los actos de Ustedes los Políticos por manera que los avances logrados en los momentos de política constitucional no se deterioren durante los períodos de política legal. Las instituciones democráticas y en primer lugar el defensor de la Carta, deben traducir la retórica exaltada de la política constitucional en la decisión racional del derecho constitucional.

(...) en una democracia constitucional con judicial o control de constitucionalidad el tribunal supremo es la razón pública puesto que solo los jueces, a diferencia de los legisladores y los gobernantes, deben justificar razonablemente sus decisiones con fundamento en una interpretación también razonable de la ley suprema. Y la razón pública es el idioma de la democracia. (pág. 208)

Ahora bien, el segundo y último elemento a recalcar, que da paso directo al estudio propuesto para este capítulo, proviene de una característica que solamente entrevió Marquardt, pero que en su obra se repasa de forma rápida y sin detenerse en sus implicaciones, o en la forma en que se consiguió. Se trata, por tanto, de la forma en que el constitucionalismo de la *sexta fase* se presenta como *anti-estado-de-sitismo* (Marquardt, 2016), para utilizar la misma terminología del autor.

Para Marquardt, la forma en que se combatió la utilización indiscriminada de la excepcionalidad consistió en dos niveles: i) desde un nivel puramente constitucional y formal, con una inclusión exclusiva dentro del texto fundamental a través del capítulo sexto sobre la Rama Ejecutiva, delimitando y diferenciando la excepcionalidad en tres formas distintas: el *Estado de Guerra Exterior*; el *Estado de Conmoción Interior*; y el *Estado de Emergencia*. Donde, el segundo de estos tendrá una fuerte delimitación con respecto a su antecesor, el *estado de sitio*; ii) desde un punto de vista material y judicial, a través del control inmediato de constitucionalidad, efectuado por obvias razones por la Corte Constitucional. Los cambios sustanciales que explica escuetamente el autor se traducen en la siguiente cita:

(...) la Constitución Política de la República de Colombia de 1991 combatió enérgicamente la lógica de la excepción, limitando el estado de conmoción interior a un término de 90 días con la posibilidad de prorrogarlo por dos períodos iguales, vinculando los decretos ejecutivos a la superación de la crisis concreta, prohibiendo la suspensión de los derechos fundamentales, eliminando la justicia penal militar frente a civiles, garantizando el funcionamiento normal de las demás ramas del poder público, e introduciendo el control inmediato de los decretos ejecutivos por parte de la Corte Constitucional. (Marquardt, 2016, pág. 545)

Sin embargo, y lastimosamente porque la visión del autor resultaría sumamente útil para la comprensión sobre la forma en que se avanzó del *estado-de-sitismo* a un Estado Constitucional, el acápite sobre el *anti-estado-de-sitismo* concluye únicamente con una breve reseña sobre el papel de la Corte Constitucional con respecto a la declaración del Estado de Conmoción Interior:

En la fase inicial de la transformación, la Corte se mostró reservada, pero anuló por primera vez un estado de sitio en el año 1995. De manera aún más decisiva, la Corte Constitucional declaró inexecutable el decreto legislativo que buscaba una segunda prórroga del estado de conmoción interior durante el período presidencial de ÁLVARO URIBE en el año 2003, así como al año siguiente el Estatuto antiterrorista del

mismo mandatario -eliminando de tal manera un intento oscuro de reanimar el *ius barbarum* represivo de la anterior Guerra Fría.¹²²

Con la finalidad de comprender mejor cómo se logró desincentivar el uso *patológico* de la excepcionalidad, y en específico del *estado de sitio*, así se cambiase su denominación, se entrará a revisar la jurisprudencia constitucional existente sobre las declaratorias del *estado de conmoción interior*, pormenorizándose el papel que tuvo la Corte Constitucional, como guardiana del orden legal que se forjó y se busca mantener con tanto empeño, intentando superar el discurso legitimador que tenía la excepcionalidad, como uso estratégico para la gobernanza. El papel del tribunal constitucional, por lo tanto, será el último bastión de la democracia y el límite concreto a una interpretación irracional de las facultades extraordinarias contempladas en la Constitución Política de 1991, que pasarán de ser la posibilidad de asumir prerrogativas que rompen con la lógica de la separación de poderes, a ser una institución jurídica determinada, para afrontar situaciones excepcionales y particulares, que se han considerado como críticas.

II. El control judicial de las declaratorias de excepcionalidad.

En observancia del sistema de frenos y contrapesos, existente en la mayoría de los Estados que encuentran su fundamento orgánico en la separación de los poderes públicos, entendidos dentro de una concepción tradicional (poder ejecutivo, legislativo y judicial), se han venido organizado diferentes modalidades o acciones que buscan precaver situaciones de desborde institucional o ejercicio arbitrario de las medidas propias de cada poder constituido.

La institución jurídico-política de la excepcionalidad no se escapa a esta fórmula, pues, para que pueda ser decretada por parte del poder ejecutivo, se tiene un estricto control por parte de los dos estamentos restantes. En este acápite, se hará referencia a la forma en que, el poder judicial, ejerce el control sobre la excepcionalidad, las pautas y criterios aplicables para la prevalencia de éste y la metodología que se ha desarrollado para que las medidas que se deben adoptar en la excepcionalidad cumplan con los criterios de respeto por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, los derechos fundamentales garantizados en la parte dogmática de la Constitución Política y su intangibilidad, como también el respeto por el mismo Estado de Derecho, bajo una concepción racionalista del mismo y con una premisa clave derivada del principio de motivación de los actos administrativos, teniéndose límites definidos para el ejercicio de dicho poder discrecional, por lo menos desde la sujeción al derecho, sin que signifique que en la práctica sea siempre así.

Como se ha venido distinguiendo, la excepcionalidad tiene dos sectores de aplicación. Proscribir o prescindir de esta institución jurídica no solamente parece apresurado, sino que, en la práctica, resultaría altamente peligroso, pues, hasta en los intentos más complejos y completos de extender la visión positivista del derecho, buscándose así la regulación de todas las instancias de la vida en sociedad, pueden surgir variables no contempladas, situaciones de hecho no previstas o la simple imposibilidad material de atender las situaciones críticas al pie de la letra de la legislación sobre el asunto, sin que medie un daño colateral que pueda comprometer al Estado y su soberanía.

¹²² Ibidem, pág. 545-546.

En este punto, cobran mayor relevancia las variables analizadas en el primer capítulo, sobre el impacto y habitualidad de las situaciones críticas, como elementos que reducen la aplicación patológica de la excepcionalidad. Medir el impacto, y observar su habitualidad, son dos condiciones necesarias para decretar la excepcionalidad. Cuando estamos ante una correcta implementación y análisis de ambas variables, la motivación del acto administrativo, entendido en el decreto de excepcionalidad, resulta mucho más fácil y su legitimación cobra sentido a través de la racionalización de las causas y medidas a adoptar.

Sí, por el contrario, existe un precario análisis de estas variables, y las motivaciones se tornan difusas, tomando tintes políticos más que jurídicos, es decir obedecen a razones derivadas de la conveniencia y su razón se encuentra en la estrategia, como forma de gobernanza, es muy probable que ese acto administrativo carezca de las razones suficientes para pasar el examen de constitucionalidad que debe realizar la Corte Constitucional, yendo en contra del principio de motivación de los actos administrativos, como también de la finalidad de la excepcionalidad, restringida constitucionalmente, según el caso, por el Capítulo VI del Título VIII de nuestra Carta Magna.

Las soluciones previstas para controlar la latente discrecionalidad para la declaratoria de la excepcionalidad, ha sido explorada desde el constitucionalismo contemporáneo y el neoconstitucionalismo latinoamericano, y proviene de los paradigmas ya establecidos para el Estado Social de Derecho. Sin embargo, dentro de los controles realizados por la vía judicial, se exploró la posibilidad de exigir la utilización de una de sus metodologías más apropiadas, cuando de verificar las medidas adoptadas que pueden incidir en los derechos fundamentales se trata, correspondiendo a la aplicación del *test* o *juicio de razonabilidad*. La utilización de esta herramienta metodológica, como un requisito exigible para la declaratoria de las distintas modalidades de excepción, correspondería a cumplir, a cabalidad, con uno de los presupuestos de esta institución jurídica correspondiente a la *proporcionalidad* de las medidas adoptadas.

Sin embargo, los criterios constitucionales e interpretativos utilizados por la Corte Constitucional no fueron siempre tan claros. En esta primera parte del capítulo, nos adentraremos en un repaso de la jurisprudencia constitucional más relevante, con la finalidad de evidenciar el cambio sustantivo que se dio a partir de la Constitución Política de 1991, y del trabajo realizado por la Corte Constitucional, tratándose de explicar el porque ya no proliferan, tanto como antes, los decretos de excepcionalidad, por lo menos desde la dimensión de la utilización de la violencia institucionalizada del Estado, manifestada a través del *estado de conmoción interior*, que vino a reemplazar a la desgastada figura del *estado de sitio*.

II.1. Control automático de constitucionalidad.

Aunque, a través de la Ley 137 de 1994 se buscó la regulación de la declaratoria de los estados de excepción, incorporándose los principios y subprincipios de la ponderación y del juicio de razonabilidad, no se dejó especificado que se aplicase la metodología prevista y desarrollada en la jurisprudencia constitucional que, por demás, tuvo significativos avances posteriores a la promulgación de la ley y su entrada en vigor. Sin embargo, cabe resaltar que la Corte Constitucional deberá realizar, en control automático de constitucionalidad, la pertinencia de las medidas a adoptarse en la declaratoria de excepcionalidad y

los decretos que así la establezcan, como también que ésta misma declaratoria esté fundamentada en situaciones fácticas efectivamente críticas o excepcionales.

Para los efectos de la presente investigación, el análisis sobre el control previo y automático realizado por parte de la Corte Constitucional, sobre los estados de excepción, solamente se centrará en uno de los tipos de excepcionalidad, el *estado de conmoción interior*, con la finalidad de mantener la coherencia argumentativa y el objeto de estudio, que deberá comprenderse dentro de la facultad del poder soberano para mantener sus condiciones específicas, es decir, solamente se entrará a estudiar los presupuestos fácticos, más relevantes, donde el poder ejecutivo utilizó las facultades extraordinarias para afrontar una situación que, a su entender, constituía una situación crítica que amenazaría la existencia del modelo de Estado reconocido en la Constitución Política de 1991, tratándose de amenazas eminentemente políticas, o derivadas del accionar de un grupo humano específico, que busca tener una incidencia, o impacto, que supere los medios constitucionales normales y que amerite la utilización de medidas extraordinarias para su control.

Como primera muestra del control automático de la Corte Constitucional, se analizará la Sentencia C-179 de 1994¹²³, mediante la cual se analizó la exequibilidad de los artículos que componían el proyecto de Ley Estatutaria, que terminaría siendo la Ley 137 de 1994. Dentro del análisis realizado por la Alta Corte, enalteciéndose la presencia de su Magistrado Ponente, Carlos Gaviria Díaz, se pueden extraer varias conclusiones frente a la inclusión de la excepcionalidad en la Constitución de 1991. Sin perjuicio de lo anterior, se debe indicar que ésta no es la primera sentencia que analiza la declaratoria de excepcionalidad, sin embargo, resulta ser la sentencia de mayor relevancia, para este período constitucional, que nos servirá como punto de partida.

Después de un largo recuento de las intervenciones ciudadanas, y de las autoridades públicas que fueron vinculadas para rendir concepto e informe sobre el proyecto de ley, la Corte Constitucional comienza su respectivo análisis por cada uno de los artículos, empezándose por la necesidad de formular el régimen de excepción a través de una Ley Estatutaria, donde se tenía como finalidad proveerlo de mayor estabilidad y jerarquía en el ordenamiento jurídico, aunado a que desarrollaba aspectos críticos sobre los derechos fundamentales y su aplicación en un contexto específico, obedeciéndose el mandato constitucional contenido en el artículo 214-2¹²⁴.

Asimismo, dentro de las consideraciones sobre el artículo segundo, cabe resaltar los momentos en que puede, y debe, proclamarse la declaratoria de excepcionalidad, siendo la *ultima ratio* o el último recurso al que debe acudir el poder ejecutivo, cuando ve agotados todos los medios ordinarios contemplados en la ley y en la Constitución Política, para el manejo de situaciones críticas, lo que constituye, como un preámbulo de la excepcionalidad y en coherencia con las principales finalidades del positivismo jurídico, la existencia de medios distintos de los estados de excepción para resolver las situaciones críticas e imprevisibles:

¹²³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-179 del 13 de abril de 1994, MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

¹²⁴El numeral segundo del artículo 214, de la Constitución Política de 1991, establece: “2. *No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.*”

“En consecuencia, la declaración de los estados de excepción sólo puede tener ocurrencia, cuando se presenten una o varias de las circunstancias que consagra la Constitución, y como último recurso del Estado, frente a situaciones graves e inminentes que pongan en peligro la estabilidad institucional, la seguridad y soberanía del Estado, la convivencia ciudadana, o la perturbación o amenaza igualmente grave e inminente del orden económico, social o ecológico del país, o la grave calamidad pública, las cuales no pueden ser controladas mediante las medidas que consagra la Constitución y la ley para periodos de normalidad, o éstas resultan ciertamente insuficientes.”¹²⁵

A esta consideración jurídica se llega después de haberse estudiado el precedente jurisprudencial contenido en la Sentencia C-004 de 1992¹²⁶, donde se analizó la constitucionalidad del Decreto 333 de 1992, mediante el cual se declaraba la **emergencia social**, en el gobierno de César Gaviria Trujillo, por la grave crisis que se estaba presentado en materia laboral al interior de la Fuerza Pública, y la renuencia del Congreso para emitir una Ley que pudiese contrarrestar esta situación. Dentro de lo expresado en la Corte Constitucional, en el precedente precitado, se encuentra el criterio de aplicación de los estados de excepcional, reservándolo para situaciones realmente anómalas y críticas:

"El ámbito de las instituciones de la anormalidad se reserva para aquellas perturbaciones que pueden poner en peligro elementos y condiciones esenciales del sistema económico, político, social o del medio ambiente, más allá de lo que resulte ser en un momento dado su rango normal de existencia o funcionamiento y que tengan la posibilidad de amenazar con superar un límite crítico. La función de los gobernantes es la de crear condiciones para vivir en la normalidad y controlar que las tensiones no rebasen los márgenes normales, actuando en todo caso cuando todavía se dispone de una capacidad de respuesta antes de que una de ellas llegue al punto crítico y la sociedad y sus instituciones se expongan al colapso"

Del anterior precedente se pueden extraer tres conclusiones: i) la facultad para la revisión de la declaratoria de la excepcionalidad es inclusive anterior a la Ley Estatutaria definida para tal fin, por lo que la Corte Constitucional tiene esta prerrogativa de forma ininterrumpida por mandato del constituyente primario; ii) desde su concepción, a través de la Constitución Política de 1991, la Corte Constitucional ha tenido que lidiar con las declaratorias de excepcionalidad y, en muchos casos, las ha avalado, lo que muestra que, la utilización de la misma, es una constante para la gobernabilidad del estado colombiano, así en su jurisprudencia predique que es una institución jurídica sumamente excepcional; iii) y, a pesar de la existencia de un mandato constitucional específico, todavía era precario el análisis constitucional que se realizaba sobre la excepcionalidad, pues no se contaba con una metodología específica que delimitará dicho poder, teniéndose como única herramienta el análisis de las causas y el impacto de las mismas, es decir, todavía no se contaba con un precedente constitucional lo bastante fuerte para evitar la utilización indiscriminada de la excepcionalidad.

¹²⁵ Op. Cit. Sentencia C-179 de 1994.

¹²⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-004 del 7 de mayo de 1992 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Continuando con la revisión de constitucionalidad realizada en la Sentencia C-179 de 1994, el artículo cuarto de la Ley 137 de 1994 fue declarado exequible, frente a la intangibilidad de los derechos humanos y fundamentales que componen la Constitución Política, desarrollándose, inclusive, la misma excepción existente en el texto fundamental, sobre los derechos de reunión, libre asociación y libertad de circulación, dándose un ejemplo que vale la pena traer a colación, para comprender el por qué se establece la excepción frente a estos derechos fundamentales, en un claro ejemplo del ejercicio argumentativo que conlleva la suspensión de las garantías fundamentales:

“En lo que respecta al párrafo primero, en el cual se garantiza la libre y pacífica actividad política, conviene aclarar que bien puede el Gobierno durante los estados de excepción, suspender algunos eventos electorales en razón de la grave situación de alteración del orden público, que impide su realización; sin que ello signifique la violación del derecho que tiene todo ciudadano de elegir y ser elegido. Por el contrario, considera la Corte que es precisamente en defensa de ese derecho que se permite la suspensión de los debates de carácter electoral, en épocas de turbación del orden público, como sería el caso, de guerra exterior, conmoción interior o emergencia económica, social o ecológica, pues de llevarse a cabo una elección en tales circunstancias, podrían presentarse situaciones distorsionantes del libre ejercicio del sufragio.”¹²⁷

Asimismo, para el mismo artículo, se hace un análisis sobre la facultad que pretendía brindársele al ejecutivo para poder decretar indultos y amnistías, siendo esta una prerrogativa exclusiva del Congreso de la República, por lo que la misma fue declarada inexecutable, pues se entiende que ésta tiene una concepción eminentemente política, la cual debe ser estudiada y aprobada en la rama del poder público correcta, es decir, a través del poder legislativo, materializándose así uno de los límites que se dejaron consagrados judicialmente, respetándose la separación de poderes y el ya mencionado sistema de frenos y contrapesos, siendo este el ejemplo perfecto para comprender el funcionamiento de éste último, y las facultades y prerrogativas que no puede asumir el poder ejecutivo en virtud de la excepcionalidad, como así lo explicó la Corte Constitucional:

“Conceder amnistías o indultos generales, por delitos políticos, es una medida eminentemente política, que implica interpretar la voluntad de la nación. Si el Congreso, con el voto de la mayoría exigida por la Constitución, dicta esta medida, será porque interpreta el sentimiento de la inmensa mayoría de los ciudadanos y si la niega, será porque no existe ese sentimiento.

Por todo lo anterior, no tendría sentido sostener que lo que solamente puede hacer el Congreso de la República con esa mayoría especial, pueda decretarlo el Presidente de la República por su sola voluntad.

De otra parte, es apenas lógico que el Congreso, primer actor en la vida política de la nación, sea el único llamado a adoptar las medidas de que se trata, políticas en el más alto grado.”¹²⁸

Ahora bien, para los artículos subsiguientes, la Corte Constitucional hace un análisis conjunto de los artículos quinto, sexto y séptimo, donde se reitera el carácter intangible de

¹²⁷ Op.Cit. Sentencia C-179 de 1994

¹²⁸ Ibidem.

los derechos fundamentales, pero con el condicionamiento de su *suspensión provisional* en los estados de excepción, donde la norma contempla que:

*“Las limitaciones a los derechos no podrán ser tan gravosas que impliquen la negación de la dignidad humana, de la intimidad, de la libertad de asociación, del derecho al trabajo, del derecho a la educación, de la libertad de expresión y de los demás derechos humanos y libertades fundamentales que no pueden ser suspendidos en ningún estado de excepción.”*¹²⁹

Por otro lado, los artículos sexto y séptimo preceptúan que la ausencia de regulación, o positivización, de los derechos fundamentales no podrá ser óbice para respetar su núcleo esencial, como también la prevalencia y vigencia del Estado de Derecho mientras se está en la situación de excepcionalidad, respectivamente. La Corte Constitucional es enfática en proclamar la razón última de la excepcionalidad, la cual corresponde a preservar el estado anterior a la situación crítica a la que tiene que hacerle frente el poder ejecutivo, es decir, se está ante uno de los sectores de aplicación que se anunció en el capítulo anterior, a saber, se está ante la concepción de la excepcionalidad entendida como la *dictadura constitucional*:

*“Las consideraciones hechas en la parte introductoria del presente fallo, permiten entender a cabalidad las normas de la Carta que fijan un límite a la limitación de los derechos fundamentales bajo el régimen de excepción: que, ni siquiera en aquéllos cuya restricción está permitida, se vulnere su núcleo esencial. Porque aún en situaciones de emergencia, el Estado de derecho tiene que dejarse discernir del Estado autoritario y tiene que orientar su acción política hacia la consecución de los fines que lo signan y de los que no puede abdicar bajo ninguna circunstancia, so pena de desnaturalizarse.”*¹³⁰

Por último, frente a este precedente jurisprudencial que servirá, de ahí en más, como base metodológica para el respectivo control de constitucionalidad automático realizado por la Corte Constitucional, corresponde observar los principios que se incluyeron en virtud de la Ley 137 de 1994 para la declaratoria de los estados de excepción, que, como se anunció, son los mismos subprincipios que componen el *juicio de razonabilidad*, los cuales corresponden a la *idoneidad* de la medida, la cual tuvo una denominación distinta en la ley, contemplándola como la finalidad; la *necesidad* de la medida y, por último; la *proporcionalidad* de la misma, término que será analizado a la luz de la jurisprudencia constitucional y el desarrollo único que se le ha dado, pues el juicio de razonabilidad en la jurisprudencia constitucional ha tenido como principales fuentes lo descrito por Robert Alexy, pero también, a modo de complemento y de impronta propia de la Corte Constitucional, se han adoptado disposiciones propias del derecho norteamericano¹³¹.

El principio de proporcionalidad comprende una herramienta interpretativa y argumentativa antes que un mandato de optimización en sentido estricto, pues este no fue incluido

¹²⁹ Artículo quinto de la Ley 137 de 1994.

¹³⁰ Op.Cit. Sentencia C-179 de 1994.

¹³¹ La introducción de los elementos de un test de proporcionalidad o razonabilidad, de corte norteamericano, proviene de la misma educación de los Magistrados de la Corte Constitucional, siendo sus principales exponentes Manuel José Cepeda Espinosa, Alejandro Martínez Caballero, Carlos Gaviria Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz, los cuales realizaron un trabajo notable para poder establecer una línea jurisprudencial férrea y coherente con respecto a los principios y subprincipios que componen el test de razonabilidad.

en nuestro ordenamiento jurídico para llenar vacíos o lagunas normativas, como tampoco impone pautas de comportamiento a las personas e instituciones a las que se les aplica. Por lo tanto, puede afirmarse que, la aplicación del principio de proporcionalidad está encaminado a la resolución de tensiones o conflictos entre principios consagrados constitucionalmente, o también, para dirimir las controversias surgidas a la hora de analizar las interpretaciones realizadas de disposiciones que contienen derechos fundamentales.

De acuerdo con esta definición, podemos encontrar lo dispuesto por la Corte Constitucional, la cual en múltiples ocasiones ha aplicado el principio de proporcionalidad, para la ejecución del **test de razonabilidad**, a la hora de definir qué principio o derecho constitucional prevalecerá sobre otro, cuando la aplicación de una medida concreta los ponga en tensión:

“El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.”¹³²

Con respecto a la idoneidad, o finalidad, que deben observar las medidas en los estados de excepción, la Corte Constitucional ha expresado que éstas deben tener una relación de conexidad evidente con las causas que originaron la excepcionalidad, es decir, se debe procurar que con la medida adoptada se atienda realmente la crisis, haciendo que su uso deba ser restringido a la observancia de las causas.

Este nexo causal, entre la medida y la situación que origina la excepcionalidad, genera para el poder ejecutivo **el deber de razonabilidad de la medida**, lo que impediría, *prima facie*, que se expidan medidas de corte autoritario o sin sustento razonable:

“La debida relación de conexidad que deben guardar las medidas que se dictan durante los estados de excepción con las causas que originaron la declaración del mismo, es un requisito constitucional de ineludible cumplimiento. Por tanto, las normas que se expidan deben estar dirigidas, en forma expresa y directa, a combatir los acontecimientos perturbadores de la paz, el sosiego y la tranquilidad ciudadana, eventos que dieron origen a la legalidad extraordinaria, y con el fin exclusivo de restablecer el orden perturbado.

Sobre este requisito constitucional existe múltiple jurisprudencia, tanto de esta Corte como de la Corte Suprema de Justicia cuando tenía la misión de ejercer el control constitucional, la cual no es necesario transcribir, dada su reiteración y amplio conocimiento. Basta agregar simplemente, que si los decretos legislativos que expida el Presidente de la República durante los estados excepcionales, no guardan ninguna relación con las causas que llevaron a su implantación, ni están destinados a conjurar la crisis que los motivó, ni a contrarrestar el orden perturbado, con el fin de restablecer la normalidad,

¹³² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-022 del 23 de enero de 1996, MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

que es el permanente deber del Gobierno, dichos decretos serán declarados inexecutable por exceder los límites constitucionales”¹³³

Con respecto a la necesidad de las medidas a adoptar en la declaratoria de excepcionalidad, se debe comprender este principio como una regla constitucional que pretende recalcar el sentido excepcional de éstas, es decir, con la necesidad se busca que, el poder ejecutivo, tenga que argumentar el por qué es indispensable la utilización de estas medidas por encima de las herramientas o mecanismos ya existentes en el ordenamiento jurídico, lo que se ve como complemento de la idoneidad de la medida, pues, si no existe una medida que pueda surtir los devenires de la situación crítica y excepcional, podrán utilizarse las medidas extraordinarias por considerarse como las últimas medidas para aplicar:

*“La necesidad de las medidas de excepción, se puede deducir de dos maneras: ya sea demostrando que las normas que regulan situaciones similares en tiempo de normalidad son insuficientes para conjurar la situación anómala; o que las medidas adoptadas para lograr el restablecimiento del orden perturbado están exclusivamente destinadas a ese fin. Este requisito es de trascendental importancia, pues de allí se deriva la posibilidad de impedir que se cometan abusos o extralimitaciones en la adopción de las medidas que, en todo caso, deben ser las estrictamente indispensables para retornar a la normalidad.”*¹³⁴

Por último, la proporcionalidad debe comprenderse como el último paso del **test de razonabilidad**, donde se analizan cada uno de los elementos anteriores, sumándolos y observándose el resultado de los mismos, es decir, mediante la proporcionalidad se busca analizar, en un concepto amplio, que las medidas adoptadas sean razonables y tengan una correlación y coherencia con las situaciones críticas que lo conjuraron, en este punto, para el precedente judicial que se viene utilizando, la Corte Constitucional no es muy explícita, y solamente define la proporcionalidad de la siguiente forma:

*“La proporcionalidad hace relación a la justa medida que debe existir entre los distintos instrumentos que se dicten para contrarrestar el orden perturbado y las situaciones o circunstancias de crisis que se pretende conjurar. Lo que equivale a decir que la proporcionalidad ‘es la razonabilidad que debe mediar entre la medida de excepción y la gravedad de los hechos’.”*¹³⁵

En conclusión, para que la declaratoria de excepcionalidad prospere, y puedan entrar a utilizarse las medidas que el poder ejecutivo a considerado como idóneas, necesarias y proporcionales, resulta necesario que argumente la utilización de la institución jurídica de la excepcionalidad, sobre el desarrollo de cada uno de éstos subprincipios que compo-

¹³³ Op. Cit. Sentencia C-179 de 1994.

¹³⁴ Op. Cit.

¹³⁵ Debido a que la Corte Constitucional hace remisión expresa a su jurisprudencia para comprender el concepto de la proporcionalidad, como en esta ocasión que cita la Sentencia C-33 de 1993 del M.P. Alejandro Martínez Caballero, resulta menester explicar, brevemente, qué significa la proporcionalidad para este precedente jurisprudencial, pues no se distingue de la proporcionalidad, como principio rector, y de la proporcionalidad en sentido estricto, como subprincipio del test que se aplicará. La proporcionalidad en sentido estricto obedece a la identificación de las ventajas o desventajas de la aplicación de la medida y el contexto en donde puede verse afectado el derecho fundamental, analizándose, en conjunto, los elementos anteriores del test de razonabilidad, para concluirse si es aplicable o no la medida en virtud de la excepcionalidad.

nen el *test de razonabilidad*, haciéndose extensiva su utilización por parte de los respectivos operadores jurídicos que componen el poder ejecutivo, y no siendo exclusivo de la Corte Constitucional, que también deberá, al momento de realizar su control de constitucionalidad, hacer un uso adecuado del mismo, siendo la metodología predispuesta jurisprudencial y legalmente, correspondiendo al primer límite evidente a la discrecionalidad del poder ejecutivo, enunciado en la Sentencia C-179 de 1994.

Ejemplos del control de constitucionalidad ejercido por parte de la Corte Constitucional proliferan al igual que las declaratorias de excepcionalidad, debido a esto, se presentarán únicamente a modo de ejemplo, algunos de estos, con la finalidad de avizorar los argumentos recurrentes de la Corte Constitucional y cómo se evalúa la excepcionalidad, con la finalidad de establecer qué sector de aplicación de la excepcionalidad prevalece, si una excepcionalidad basada en la dictadura constitucional, o una excepcionalidad de carácter patológico, respetándose el objeto de estudio propuesto al comienzo de éste acápite, es decir, solo se tendrán en cuenta las sentencias que analicen los *estados de conmoción interior*, para así poder observar la evolución de la Corte Constitucional en su jurisprudencia.

Antes de entrar al análisis jurisprudencial, es necesario observar la investigación llevada a cabo por dos de los investigadores jurídicos con mayor reputación en el país, a saber, es de obligatoria consulta los resultados de la investigación llevada por el centro de pensamiento *DeJusticia*, que, a través de Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny (Villegas & Uprimny, 2005) donde se llegan a conclusiones que acompañan la labor realizada por parte de la Corte Constitucional, aunque se trate de una labor en construcción e inacabada, pero con grandes avances en el control sobre la excepcionalidad y las facultades discrecionales del poder ejecutivo.

Tal como se ha anunciado, con la irrupción de la Corte Constitucional en el ámbito jurídico colombiano, y más con el control de constitucionalidad ejercido frente a los decretos de excepcionalidad, decreció, considerablemente, la utilización de esta figura jurídica, o más precisamente, la permitividad que se tenía frente a las declaratorias de excepcionalidad:

El tercer período comienza con la expedición de la Constitución de 1991 y la entrada en funcionamiento de la nueva Corte Constitucional. El control se torna más estricto no sólo por el efecto de las propias regulaciones constitucionales que limitan los estados de excepción, sino también por la jurisprudencia desarrollada por el nuevo juez constitucional. Por ejemplo, sólo el 9% de los decretos de estado de sitio fueron anulados entre 1984 y 1991, mientras que el 34% de los decretos de conmoción interior fueron declarados inconstitucionales entre 1992 y 1996.¹³⁶

En el artículo precitado, se pormenoriza la labor realizada por parte de la Corte Constitucional en su primer período, es decir, entre los años 1992 y 1998, donde se avanzó, aunque de forma discreta, en la consolidación de un límite racional contenido en la declaración de exequibilidad de los principios contenidos en la Ley 137 de 1994, como herramientas interpretativas para analizar las razones que exponía el poder ejecutivo para decretar la

¹³⁶ Aunque el artículo publicado no cuenta con numeración, se puede consultar en el siguiente enlace: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2005/12/Controlando-la-excepcionalidad.pdf>

excepcionalidad, en principio, y en palabras de los investigadores, el control de constitucionalidad se ejercía de forma *retórica*, pues se habían establecido todas las pautas necesarias en la observancia a través de las Sentencias C-004 de 1992¹³⁷ y C-179 de 1994, pero la Corte Constitucional y el poder ejecutivo mantenían un *consenso ambiguo* que se volvía permisivo con la declaratoria de la excepcionalidad.

Por consiguiente, hablar de una metodología específica, sentada en el precedente constitucional, resultaría apresurado y desconocería la realidad de la utilización que todavía se daba a la excepcionalidad. Este consenso, se rompió con el tiempo y el posicionamiento de la Corte Constitucional, ejerciendo su labor de forma más rigurosa, empezó a tomar mayor relevancia, como así quedó consignado en la investigación realizada por *Dejusticia*:

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

Es importante subrayar que —como se puede constatar al analizar la citada tabla del Anexo— las razones presentadas por los gobiernos para justificar esas declaratorias fueron semejantes a aquellas aducidas en las dos declaraciones de 1992, las cuales fueron avaladas por la Corte. Así, el Decreto 115 de 1992, declarado constitucional por la sentencia C-556 de 1992, hablaba de los riesgos de una liberación masiva de prisioneros peligrosos. El mismo hecho fue invocado por el Decreto 874 de 1994 que, no obstante, fue anulado por la sentencia C-300 de 1994. Igualmente, el Decreto 1793 de 1992 justificó la declaración de un estado de conmoción interior con la existencia de ataques guerrilleros y con un incremento general de la violencia. La sentencia C-031 de 1993 aceptó esta justificación, pero una motivación semejante fue rechazada por la sentencia C-466 de 1995, que declaró inexecutable el Decreto 1370 de 1995.¹³⁸

Teniendo como base las sentencias referenciadas por el artículo precitado, se procederá a evaluar el cambio de paradigma en la Corte Constitucional, pasándose de un sector de aplicación patológico de la excepción, a una sector más parecido a la dictadura constitucional y la prevalencia de la misma, donde la Corte Constitucional fungió como principal defensora de la Constitución, empecinándose por robustecer la metodología para ejercer el control constitucional frente a la declaratoria de excepcionalidad.

¹³⁷ Se debe realizar una precisión para la Sentencia C-004 de 1992, pues a través de ésta, como se verá en el acápite sobre las conclusiones del control previo y automático de la Corte Constitucional, se funda la línea jurisprudencial de los estados de excepción en forma general, más no corresponde a la sentencia que pueda considerarse como la primera decisión que abordó el estado de conmoción interior, lugar que está reservado para la Sentencia C-556 de 1992.

¹³⁸ *Ibidem*.

El primero de los controles de constitucionalidad que se analizará corresponderá al contenido en la Sentencia C-556 de 1992¹³⁹, mediante el cual se analizaba la exequibilidad del Decreto 1152 del mismo año, donde se declaraba el estado de conmoción interior¹⁴⁰, aduciéndose, por parte del Presidente César Gaviria Trujillo, como razones principales los graves acontecimientos de violencia que se vivían en el país a raíz de las acciones “terroristas y criminales”, como también el acontecimiento de “magnicidios”¹⁴¹; asimismo, dentro de las razones que invoca el Gobierno Nacional, contenidas por demás en la parte motiva del Decreto, se encuentra una misiva remitida por parte del Fiscal General de la Nación, donde se refería una preocupación frente a las numerosas solicitudes de libertad provisional y de recursos de *Habeas Corpus*, que podría llevar a la liberación masiva de personas privadas de la libertad.

Cabe destacar, dentro de las motivaciones invocadas por el Gobierno Nacional, que se amparaba en la existencia de un régimen jurídico de carácter penal, conocido como la **jurisdicción de orden público**, creada a partir del **estado de sitio** previo a la promulgación de la Constitución Política de 1991, que, como lo describe el Decreto 1152 de 1992, era un régimen excepcional con normas especiales, donde se buscaba la tipificación de distintos delitos y el sometimiento a esta nueva jurisdicción:

¹³⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-556 del 15 de octubre de 1992. En principio, el proyecto de sentencia estaba a cargo del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, donde se decidía la inexecutable del Decreto 1152 de 1992, como así lo refiere en su salvamento de voto, el cual fue coadyuvado por el Magistrado Ciro Angarita Barón. Sin embargo, la Sala Plena de la Corte Constitucional no aprobó la sentencia, y cambió al Magistrado Ponente, sin que se haga referencia al mismo dentro del texto de la sentencia, hecho que condujo al descontento de los magistrados Martínez Caballero y Angarita Barón, donde declararon, en su momento y a través del salvamento de voto, lo siguiente:

“Como consecuencia del fracaso del proyecto inicial se nombró un nuevo redactor para recoger los argumentos de la parte mayoritaria y de allí proviene la sentencia de la Corte que ha llegado a nuestras manos con el objeto de que podamos manifestar nuestro disenso.”

Al conocer el texto de la sentencia, las razones de nuestro desacuerdo se vieron fortalecidas no sólo por el hecho de encontrar una argumentación empobrecida e insulsa, en relación con lo dicho al momento del examen en Sala Plena, sino también por haber sido sorprendidos por errores inexcusables en la estructura y forma del texto finalmente aprobado. A continuación se explica nuestra posición a partir de estos dos tipos de razones.”

Resulta menester entrar en detalle sobre el salvamento de voto y las razones que llevaron al disenso de los Magistrados anunciados anteriormente, lo cual se realizará al final de la explicación del contenido de la sentencia.

¹⁴⁰ La Constitución Política de 1991, distingue entre tres tipos de estados de excepción, empezándose por el *Estado de Guerra Exterior*, consagrado en el artículo 212; el *Estado de Conmoción Interior*, desarrollado en el artículo 213; y, por último, el *Estado de Emergencia*, que puede ser de carácter económico, social o ambiental, como también pueden concurrir cada una de estas características como en la Pandemia del SARS COVID-19. Frente al *Estado de Conmoción Interior*, este debe comprenderse como una: “grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía”, como así lo establece el artículo constitucional precitado.

¹⁴¹ Los términos referenciados, fueron los empleados en la parte motiva del Decreto 1152 de 1992, donde el gobierno calificó las actuaciones de diferentes actores del conflicto armado como terroristas; asimismo, no puede desconocerse la creciente influencia del narcotráfico y de sus estructuras criminales para la perpetuación de la violencia en el país, a las cuales no se hace referencia en dicha exposición de motivos, de manera explícita y específica, sino que, mediante la expresión *terrorismo*, se reúnen cada una de las actuaciones surtidas por parte de diferentes actores violentos. Sobre este punto, se retornará al momento de analizarse la constitucionalidad del Decreto.

“Que para hacer frente a dichos factores de perturbación se dictaron disposiciones excepcionales al amparo de la figura del Estado de Sitio, en virtud de las cuales se tipificaron hechos punibles y se sometió su conocimiento a la jurisdicción de orden público, creada y regulada por normas especiales.

Que la jurisdicción de orden público ha venido conociendo de hechos delictivos que causaron profunda conmoción social y grave perturbación del orden público.

Que la eficaz aplicación del régimen especial de la jurisdicción de orden público fortalece la administración de justicia en su acción contra la impunidad, y contribuye así a asegurar la convivencia ciudadana.”¹⁴²

Partiéndose de lo anterior, le correspondía a la Corte Constitucional evaluar los presupuestos de **forma** y de **fondo** que llevaron al Gobierno Nacional para la utilización de la excepcionalidad. Resulta necesario advertir que, la Sentencia C-556 de 1992, es posterior a la Sentencia C-004 del mismo año, pues la primera está datada del quince (15) de octubre, mientras que la segunda es del veinticuatro (24) de febrero. Esta distinción resulta crucial para el posterior salvamento de voto de los magistrados Martínez Caballero y Angarita Barón, pues el precedente existente distaba mucho de la argumentación que se realizó en este caso, donde se vio un criterio más laxo, aun cuando la declaratoria de conmoción interior, por sus características conaturales, resulte mucho más gravosa y su incidencia sea mayor que la declaratoria del estado de emergencia.

Asimismo, es menester traer de presente que aún no se consolidaba una metodología exhaustiva a través del **test de razonabilidad**, lo cual pudo obedecer a dos razones: i) no se había expedido la Ley 137 de 1994, por lo que no se habían incluido los principios normativos que regirían la declaratoria de la excepcionalidad, teniéndose que realizar el análisis con los elementos presentes para ese momento, es decir, acudir al criterio jurisprudencial y al precedente que apenas estaba empezando a forjarse y; ii) todavía no calaba la idea de un constitucionalismo fuerte, y por ende de un control de constitucionalidad robusto, donde la Corte Constitucional pudiese poner límites claros al poder ejecutivo, sumándose el alto nivel de violencia y de represión que se vivía en la época, como se ha explicado anteriormente, lo que condujo a que la sentencia fuese mucho más moderada, dejando un espacio indeterminado y abierto para que no se viera comprometida la gobernanza, entendida como las facultades del Gobierno Nacional para hacerle frente a las situaciones de violencia, aunque fuera por la vía de medidas excepcionales, que parecían conllevar a las soluciones necesarias.

Entrando en el núcleo de las motivaciones expuestas por la Corte Constitucional en este precedente, y una vez surtidos los argumentos que esgrimió ésta para la competencia que se tenía para ejercer el control de constitucionalidad, se decidió examinar los motivos que condujeron al poder ejecutivo para la declaratoria del estado de excepción. Estos dos elementos, constituyen, en principio, el grueso del análisis realizado, pues con la observancia de la competencia de la Corte Constitucional se buscaba revisar, a su turno, la parte **formal** de la expedición del Decreto 1152 de 1992; por otro lado, observar los motivos esgrimidos por el poder ejecutivo, y complementado por parte de diferentes autoridades administrativas, correspondía al análisis de **fondo**, que se estimó como necesario en su momento.

¹⁴² Cita extraída de la parte considerativa del Decreto 1152 de 1992.

Sin perjuicio de lo anterior, ya empezaba a anunciarse una posición distinta de la Corte Constitucional, donde se podía inferir un repudio por la situación de sobre utilización y explotación de la figura de la excepcionalidad, más que todo del *estado de sitio* que fue tan prolífico en el marco de la Constitución Política de 1886, pudiéndose evidenciar en varios apartes de la sentencia:

“Los estados de excepción son excepcionales, y sólo se conciben como mecanismo transitorio e inevitable. Recurrir al Estado de Excepción con el propósito de solucionar problemas de crisis menores o de crisis meramente gubernamentales, no significa otra cosa que un abuso del derecho constitucional que pone en tela de juicio el Estado de derecho. La noción de abuso del derecho hace alusión a ciertas situaciones en las cuales las normas jurídicas son aplicadas de tal manera que se desvirtúa el objetivo jurídico que persigue la norma, y esto es justamente lo que sucede cuando la norma del estado de excepción es aplicada estratégicamente para solucionar problemas sociales menores o problemas políticos. El Decreto 1155 de 1992 es exequible por dos motivos: primero, porque se reunieron los presupuestos formales que se requieren para su declaratoria; segundo, porque las facultades de la declaratoria de la conmoción interior eran idóneas para conjurar la crisis.”¹⁴³(Subrayado fuera de texto)

Asimismo, la Corte realizó una fuerte crítica a la utilización de la excepcionalidad como un ***mecanismo o herramienta para la gobernanza***, lo que no solamente constituiría una interpretación errónea de la figura de la excepcionalidad, sino que también volvería las situaciones de normalidad como objetivos de la excepcionalidad, pudiéndose actuar con las facultades derivadas de ésta en cualquier situación, convirtiéndola en una herramienta política, que desconoce el análisis profundo de las dos variables que se han propuesto para las situaciones críticas, la habitualidad de la situación crítica y su impacto:

“Justificar semejante práctica con el argumento jurídico formal de que se trata de una figura prevista en la Constitución y que por lo tanto se trata de un instrumento de Gobierno tal como los otros, es desconocer el verdadero sentido histórico de dicha institución, es dejar de lado la voluntad del constituyente colombiano y, sobre todo, significa mediatizar el principio democrático en beneficio del principio institucional.

Ahora bien, en Colombia la utilización permanente del Estado de excepción durante la vigencia de la Constitución de 1886, desvirtuó el carácter excepcional de esta figura e hizo de ella un instrumento estratégico de defensa del poder institucional por encima de los derechos individuales, que se acercó a los propósitos derivados de la ética utilitarista del estado absolutista.

Al borrar los límites semánticos que separan lo normal de lo anormal, se desvanecen las fronteras jurídicas que separan la regla de la excepción a la regla. La opción entre lo uno y lo otro queda en manos de la voluntad política y, entonces, la norma constitucional que define la excepción se convierte en una norma política que define la regla. La excepción a la regla se convierte en un mecanismo de acción gubernamental.”¹⁴⁴(Subrayado fuera de texto.)

¹⁴³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-556 del 15 de octubre de 1992.

¹⁴⁴ Ibidem.

En la parte subrayada de la cita, se encuentra la metodología anunciada anteriormente, lo cual permite evidenciar que, aunque el máximo tribunal de cierre era consciente de los precedentes y evidencias sobre la utilización del estado de sitio, no encontró los argumentos suficientes para denegar la posibilidad al poder ejecutivo para que pudiese ejercer las facultades extraordinarias, aun cuando dejaba explícitamente consignados los peligros que se advertían a partir de las experiencias pasadas, que no bastaron para que se pudiese consolidar un nuevo precedente que se apartara de la permisividad y del advertido *consenso ambiguo* existente con el poder ejecutivo.

Para llegar al convencimiento sobre la necesidad de decretar la excepcionalidad, se utilizaron los siguientes argumentos, tendientes a justificar y explicar los elementos de fondo, dando una explicación a partir de los que se denominaron como *presupuestos objetivos*¹⁴⁵, a través de los cuales se analizaron dos circunstancias en concreto, a saber:

1. La ausencia de una Ley Estatutaria que regulase las facultades del ejecutivo durante los estados de excepción no corresponden a un límite para el ejercicio y declaración del estado de conmoción interior, pues la existencia de esta ley solo supondría un control para su ejercicio, mas no para su declaratoria, la cual encontrará los límites en la misma Constitución Política, entendiéndose también extensiva a los tratados internacionales ratificados por Colombia, en un ejercicio insipiente del bloque de constitucionalidad y del control de convencionalidad.
 - 1.1. Bajo esta interpretación, la Corte Constitucional afirma que los límites a la excepcionalidad se encuentran definidos bajo dos aspectos: uno de carácter *teleológico*, donde no se detiene mucho la Corte, citándose únicamente el inciso segundo del artículo 213 de la Constitución Política de 1991.¹⁴⁶ Por otro lado, se expone el límite formal que tienen los decretos legislativos, pues estos solo podrían suspender las leyes que no guarden correspondencia con el que decreta la excepcionalidad, por ende, no podrían verse suspendidos los derechos humanos ni las libertades fundamentales; no se podrá interrumpir el funcionamiento de las ramas del poder público; y tampoco podría investigarse o juzgarse a los civiles por parte de la justicia penal militar. Lo anterior, en una clara interpretación del *principio de la supremacía de la constitución*.
2. La relación existente entre los derechos fundamentales, y su prevalencia y protección, junto con las atribuciones normales de policía que ostenta el Estado, junto con el poder punitivo, y la supuesta ausencia de medidas ordinarias para mitigar la situación crítica a la que se veía enfrentado. Este argumento parte de distintas concepciones, que buscarán reforzar la posición de la Corte Constitucional para que pudiese sobrevivir la heredada *jurisdicción del orden público*:
 - 2.1. Se parte de la no suspensión de los derechos fundamentales de los investigados y sindicados, dentro de la redacción y el marco jurídico del Decreto 1152 de 1992. Haciéndose una interpretación sistemática de la Constitución Política de 1991, ante una clara ausencia del precedente constitucional sobre el bloque de

¹⁴⁵ Así denominó la Corte Constitucional, a través de su consideración 2.6, donde analizó los presupuestos materiales que condujeron a la expedición del Decreto 1152 de 1992.

¹⁴⁶ El inciso segundo del artículo 213, que establece el estado de conmoción interior, corresponde al siguiente: "*Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para con- jurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos*"

constitucionalidad, se analiza la congruencia existente entre el numeral segundo del artículo 214¹⁴⁷, con el artículo 93 constitucional, sobre la fuerza vinculante de los tratados internacionales ratificados por Colombia, especialmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el *Pacto de San José de Costa Rica*, en lo que podría considerarse uno de los precedentes iniciales que reconoce el control de convencionalidad que debe realizarse por parte de la Corte Constitucional, máxime cuando se tratan de garantías fundamentales reconocidas en derechos humanos, con una relación causal en la dignidad humana. Esta interpretación, correspondería al límite que, según la Corte Constitucional, se respetó por parte del poder ejecutivo al momento de decretar la excepcionalidad.

- 2.2. Se acude al artículo octavo transitorio de la Constitución Política de 1991, donde se avaló, por parte del constituyente primario, que se incorporara, como legislación permanente, todo el marco jurídico que se creó en su momento para la *jurisdicción del orden público*, resaltándose que no fue “*improbada*” por la Comisión Especial Legislativa, que en su momento había sido conformada para regular y expedir los decretos necesarios para afrontar esta situación crítica, a través de la misma figura del estado de sitio. Lo anterior, trae de por sí un problema de construcción e ingeniería institucional pues, tratándose de una regulación y un marco jurídico creado bajo la figura de estado de sitio, lo normal sería que perdiesen su vigencia una vez consolidada la vigencia de la Constitución Política de 1991, que en sí traería su propia reglamentación sobre la excepcionalidad, en otras palabras, se estaba trayendo y extrapolando las normas que se expidieron en virtud del estado de sitio, decretado bajo la Constitución de 1886.
- 2.3. Dentro de las condiciones materiales que se analizaron, se recurrió a describir la impotencia institucional que se seguía observando, a pesar de la existencia del régimen excepcional contemplado para la *jurisdicción del orden público*, advirtiéndose que las situaciones que condujeron a decretar el estado de sitio, aún se mantenían y seguían siendo un riesgo latente, a pesar de haberse expedido una nueva Constitución. Esto demuestra que, bajo el estado de sitio, no se lograron mitigar los impactos que se generaron por las situaciones de violencia, lo que podría restarle legitimidad a una nueva declaratoria de excepcionalidad por no demostrarse la mitigación de las situaciones anormales o críticas, y más bien podría estarse ante un defecto institucional y una constante estructural del Estado colombiano. Es decir, este punto refleja la ineficacia que tendrían las medidas extraordinarias que se adoptaron a través de la excepcionalidad, restándole credibilidad y legitimación a la utilización de esta figura jurídica.
- 2.4. Por último, la Corte Constitucional se basa en un argumento aspiracional, o simplemente en una promesa, que se deriva del sentir del pueblo colombiano y del constituyente primario, expresando que:

“Las formulaciones constitucionales presentan anhelos que debe realizar la Sociedad colombiana en muchos puntos, que aun requieren grandes esfuerzos de todas las personas y del Estado para convertirlos en una realidad cotidiana, un aparato judicial fuerte y eficiente, con los recursos necesarios para someter a la delincuencia al imperio de la ley, y evitar que los

¹⁴⁷ El numeral segundo corresponde a una de las disposiciones constitucionales que regularán los estados de excepción, estableciendo que: “(...) 2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales.”

inocentes sean injustamente conducidos procesalmente. Este es uno de los anhelos de mejoramiento en la actual Carta Política, que se ve traicionado en buena parte, por una delincuencia dispuesta no sólo a subvertir el orden público, sino de manera específica a impedir la recta aplicación de la ley. La intimidación y el asesinato de jueces de distinta categoría, el uso del gran capital como recurso corruptor, y el terrorismo en sus formas más extremas, a más del gran volumen y complejidad de las conductas delictivas, están en el origen de las dificultades de un aparato judicial para impartir una justicia en la cual todos estamos comprometidos. Esfuerzos en distintos sentidos se han hecho a fin de dar solución a estos problemas, y en especial a la criminalidad específica a la que nos venimos refiriendo, con lo que ha dado en llamarse la política de sometimiento a la justicia, que contiene la legislación penal especial que les es aplicable. La decisión adoptada por la Sala Plena de la Corporación, de elaborar ponencia conjunta, busca justamente guardar la identidad de los Magistrados Ponentes, lo que es otra medida tendiente a lograr independencia y seguridad de la justicia frente a la delincuencia organizada.”¹⁴⁸

Como se puede observar, los argumentos expuestos parecen convalidar y guardar coherencia frente a la apropiación de un régimen excepcional que estaba constituido bajo la Constitución Política de 1886, donde se buscaba extrapolar el marco jurídico que se había creado bajo el estado de sitio y que desentonaba con las nuevas normas constitucionales para los estados de excepción. Además de esto, resultan insuficientes las consideraciones sobre una verdadera perturbación de tal magnitud, que conlleve a la declaratoria del estado de conmoción interior pues, en todo el cuerpo de la sentencia, no se encuentran datos o cifras que puedan demostrar, fehacientemente, la existencia de estas condiciones materiales.

En este sentido, no se analizó realmente la incidencia e impacto de la situación crítica, sino que, por el contrario, se avaló su utilización en la normalidad y concurrencia de la situación, es decir, solo se tuvo en cuenta la variable de la habitualidad que, por sí misma, no puede avalar la utilización de la excepcionalidad.

Lo anterior, busca significar que, para este caso, la Corte Constitucional basó su argumentación en un supuesto, en una situación que hipotéticamente podría darse, para así justificar la extensión del estado de sitio, lo cual quedó consignado en el salvamento de voto realizado por los magistrados Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero:

“El Gobierno declaró la conmoción interior como resultado de una supuesta perturbación del orden público producida por una interpretación judicial. Al hacerlo, partió de un supuesto inexistente para declarar la conmoción, esto es de una grave perturbación del orden público por causa de una interpretación judicial. El cumplimiento de una función legítima del Estado, en este caso el ejercicio de la función judicial, no puede ser la causa de la perturbación. El gobierno incurre en un grave error lógico al suponer una perturbación que no existe, que no puede existir, puesto que el derecho no puede suponer una perturbación por el hecho de su misma realización. El cumplimiento de la Constitución y de la ley no puede perturbar el orden que ella misma se encuentra llamada a establecer.

¹⁴⁸ Ibidem.

Así por ejemplo, una cosa es decretar el estado de excepción por amenaza de grave perturbación del orden público en época de elecciones y otra cosa bien diferente es decretar el estado de excepción para suspender las elecciones arguyendo la perturbación que se pueda derivar de su realización. En el caso presente, el gobierno no declara el Estado de excepción por la existencia de una perturbación que pudiera afectar la labor judicial, sino que declara la conmoción por la perturbación que supuestamente se deriva del ejercicio de la labor judicial. No es una perturbación que afecta el derecho, es, según el gobierno, un derecho que causa perturbación. Y peor aún: es el gobierno el que define cuando el derecho perturba y cuando no. De un plumazo se borra la separación de los poderes.

El gobierno en lugar de invocar el régimen constitucional normal para hacer uso del estado de excepción, invoca el estado de excepción para hacer uso del régimen constitucional normal. En lugar de utilizar la regla para acceder a la excepción, se utiliza la excepción para manipular la regla.”¹⁴⁹

En conclusión, el control constitucionalidad ejercido por parte de la Corte Constitucional, en esta primera sentencia, resulta ser un control laxo, que buscaba no disentir con el poder ejecutivo, permitiéndole la extensión de un régimen propio del estado de sitio decretado bajo la Constitución anterior, que solamente atentaba contra el fin último de una nueva constituyente, el cual correspondía a un nuevo pacto social primigenio donde se pudiesen crear instituciones fuertes, para que no proliferaran las situaciones de anormalidad y críticas que conducen a la sobre explotación de un modelo *hiperpresidencialista* con tintes dictatoriales.

Fue tan evidente el descontento de los magistrados que salvaron voto, que eran los ponentes iniciales, que decidieron dejar en evidencia las falencias que se tuvieron al momento de construir la sentencia, la cual, en su texto final, pareció acceder a las presiones del poder ejecutivo, donde se corrobora la no existencia de presupuestos fácticos lo suficientemente fuertes para ejercer un control de constitucionalidad que pudiese hacer frente a un poder desbordado. Para corroborar lo anterior, se dejará la siguiente cita del salvamento de voto:

“La sentencia desconoce la regla que condena la utilización, en un escrito, de textos ajenos como propios. Es así como la mayor parte de sus consideraciones proviene de la ponencia inicial, en la cual el texto original se utilizaba justamente para afirmar lo que la sentencia quiere negar. Además no se pusieron comillas ni se citó al autor.

El nuevo ponente no se preocupó por organizar un esquema argumentativo, un hilo conductor de ideas para responder a las razones expuestas, no sólo por los magistrados que salvamos el voto, sino también, y sobre todo, por los ciudadanos preocupados ante la utilización que el gobierno ha hecho de los estados de excepción. Ni el más leve asomo de esta preocupación aparece en el texto de la sentencia. La falta de razones habría tenido una manifestación más digna en el silencio; con la apropiación de argumentos ajenos la sentencia presenta unas consideraciones insustanciales.

¹⁴⁹ Ibidem.

Lo dicho hasta el momento explica el hecho de que entre la ponencia inicial y la sentencia final se encuentren párrafos idénticos. Un lector cuidadoso encontrará la diferencia entre ellos: mientras en la sentencia éstos aparecen como palabras muertas, como razones irrelevantes, en el salvamento retoman el sentido y alcance para el cual fueron concebidos; regresan así al ámbito discursivo del cual fueron indebidamente extraídos."¹⁵⁰

Esta sentencia, aunque fuerte en su salvamento de voto, trae consigo lecciones por aprender para la Corte Constitucional, las cuales se podrán evidenciar en los siguientes precedentes a observar, donde la Corte Constitucional, a pesar de la entrada en vigor de la Ley 137 de 1994, y del precedente jurisprudencial sentado en la Sentencia C-179 de 1994, todavía no lograba consolidar una línea jurisprudencial férrea, que mostrara el consenso necesario entre los magistrados, resultándose en dos precedentes que podrían ser considerados como opuestos, dentro de un lapso no mayor a seis (6) meses, tratándose de las sentencias C-466 del 16 de agosto de 1995 y la C-027 del 29 de enero de 1996.

Sin embargo, en medio de estos dos precedentes, surgió la Sentencia C-300 del primero de julio 1994¹⁵¹, la cual resulta fundamental para la comprensión de la incipiente línea jurisprudencial, y los cambios que empezarían a producirse en el precedente de la Corte Constitucional. Si la Sentencia C-179 de 1994 resulta crucial, por ser la que analizó la exequibilidad de la Ley 137 de 1994, la Sentencia C-300 de 1994 resulta igual de importante pues, a través de ésta, entró en aplicación los principios que se consolidaron con la exequibilidad que sentenció la Corte Constitucional, permitiéndole a los magistrados tener un fundamento legal al cual acudir, tendiendo a la aplicación de éstos, como metodología a observarse para decidir sobre el decreto de la excepcionalidad.

Para comenzar, a través de la precitada sentencia, se analizó la exequibilidad del Decreto 874 del primero de mayo de 1994, es decir, un mes antes de la entrada en vigencia de la Ley 137 de 1994, lo que, en la práctica, podría ser considerado como un impedimento para la aplicación de los principios contenidos en la misma. Sin embargo, la Corte Constitucional encontró la fórmula para evitar dotar de efectos retroactivos a la Ley 137 de 1994, como se puede evidenciar en su misma argumentación:

“Cabe anotar que la referencia que en esta sentencia se hace a ésta última ley, expedida con posterioridad al decreto examinado, no pretende otorgarle efecto retroactivo, sino simplemente corroborar e ilustrar la violación que se advierte frente a las normas constitucionales y a las disposiciones de los tratados públicos, en las que aquélla justamente se inspira.”¹⁵²

Lo anterior, aunque parezca ser un detalle menor y que busca solo impedir la retroactividad de una ley, encuentra sentido en las mismas justificaciones de la Corte Constitucional, donde se da por sentado que su labor interpretativa no está restringida al control de legalidad, entendido como la correcta aplicación de la ley frente a las disposiciones constitucionales, o al control constitucional, con respecto al precedente que ésta misma ha establecido, sino que, en los análisis que realiza, se debe aplicar el **control convencional**, como una manera de hacer aplicables las fuentes del derecho que se han prefijado en la

¹⁵⁰ Ibidem.

¹⁵¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-300 del 1 de julio de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁵² Ibidem, consideración jurídica 6.3.4.

Constitución Política, materializándose, en una instancia todavía precaria, el bloque de constitucionalidad y la importancia de comprender la carta política dentro de unos escenarios que van más allá de la literalidad de la misma.

Dentro de las razones que se esbozaron en el Decreto 874 del primero de mayo de 1994, se pueden encontrar dos argumentos que exponía el Presidente de la República para decretar el estado de conmoción interior, a saber:

1. En material de administración de justicia, y específicamente lo concerniente a las labores de investigación, judicialización y posterior sanción, se estaba ante un **“régimen de transición”**, como así lo denominó el poder ejecutivo, entre un sistema procesal inquisitorial hacia un sistema procesal de corte adversarial. Lo anterior, aunque insuficiente para decretar la excepcionalidad, tendría consecuencias graves para diferentes valores constitucionales:
 - 1.1. La primera de las circunstancias que atentaría contra el Estado colombiano correspondería a la liberación de setecientos veinticuatro (724) personas que estaban siendo sindicadas por delitos graves, tales como secuestro, terrorismo, extorsión, narcotráfico etc.¹⁵³
 - 1.2. Igualmente, y teniendo como justificación el cambio que se dio con la Constitución Política de 1991, la Fiscalía General de la Nación, a pesar de sus esfuerzos, no logró: *“calificar un importante número de procesos de competencia de los jueces regionales”*¹⁵⁴, lo que resultaría, de acuerdo con el Gobierno Nacional, en la afectación de los derechos fundamentales de las personas investigadas, pero que, a su vez, atentaría con la obligación del Estado de preservar el orden público y la convivencia ciudadana¹⁵⁵, debido a la imperiosa necesidad de *adaptar* el sistema procesal penal colombiano, contándose ahora con múltiples recursos legales que entorpecen la labor de la Fiscalía General de la Nación, en desarrollo de los derechos fundamentales reconocidos.

¹⁵³ Nótese como las razones, o la causa primera de la situación crítica expuesta por el Gobierno Nacional, guarda total relación con la expuesta en la parte motiva del Decreto 1152 de 1992, donde la Corte Constitucional avaló la utilización del estado de conmoción interior a través de la Sentencia C-556 de 1992.

¹⁵⁴ Esta justificación, con las demás expuestas por el Gobierno Nacional, se encuentra en la parte motiva del Decreto No. 874 de 1994.

¹⁵⁵ La parte motiva del Decreto precitado resulta bastante esclarecedora frente a este punto, la cual resulta pertinente citar:

“(…) Que el importante número de procesos en los que las circunstancias anteriores han impedido la calificación en el término establecido, comporta una situación imprevista derivada de la transición institucional y legal, que generan inseguridad social, intranquilidad pública, desconfianza en la administración de justicia y robustecimiento de las organizaciones criminales y guerrilleras, empeñadas en alterar el orden público y desestabilizar las Instituciones del Estado.

(…)

Que por lo anterior y sin menoscabo del desarrollo que ha tenido el país en materia de garantías a los derechos fundamentales, particularmente en lo que se refiere a la libertad individual y al derecho de los sindicados y procesados a un juicio sin dilaciones injustificadas, es necesario adoptar medidas que impidan que las dificultades que se presentan con ocasión de la puesta en vigencia de las nuevas instituciones, afecten la estabilidad institucional, la seguridad del Estado y la convivencia ciudadana, y constituyan un obstáculo para lograr un orden justo.”

2. El Gobierno Nacional basó su argumentación en el precedente dispuesto en la Sentencia C-556 de 1992, lo que es una concepción que contraría la misma naturaleza de la excepcionalidad, lo cual quedará plasmado en el precedente constitucional que se está analizando. Sin perjuicio de lo anterior, los apartados citados en el Decreto 874 de 1994 permiten deducir las pretensiones que tenía el poder ejecutivo, los cuales se pueden resumir en los siguientes:
 - 2.1. Se buscaba justificar, a partir de una interpretación extendida del precedente constitucional, que la congestión judicial, por el cambio axiológico y sustancial en el sistema procesal penal, conducía a una grave vulneración de los derechos fundamentales de las personas, como también impedían el correcto funcionamiento de la rama judicial, pues no se estaba preparado, institucionalmente, el estado colombiano para afrontar las garantías constitucionales y las reformas que había introducido el constituyente primario.
 - 2.2. Adicionalmente, el Gobierno Nacional vuelve a realizar una interpretación que podría considerarse restrictiva de los derechos fundamentales, donde toma las palabras textuales de la Corte Constitucional, tergiversándolas para mencionar que, a partir de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política de 1991, en especial lo concernientes al debido proceso, se estaba ante la proliferación de acciones legales que impedían el correcto funcionamiento de la rama judicial, en cuanto a investigación y juzgamiento de personas acusadas de delitos graves¹⁵⁶.

A partir de estas razones, la Corte Constitucional empieza a realizar su labor, teniéndose como elemento diferenciador la inclusión de un acápite que no había sido utilizado hasta este momento pues, además de revisarse los aspectos de forma y materiales, se describieron los *antecedentes normativos*, donde se buscó contextualizar la aplicación de la normativa vigente sobre la detención preventiva, como medida de seguridad que no podía considerarse como una sentencia anticipada y que, a su turno, tenía unas condiciones específicas a las que podía acceder la persona que estaba siendo investigada, con la finalidad de no estar sometida indefinidamente al poder punitivo del estado.

Haciéndose esa salvedad, la Corte Constitucional empieza a analizar los aspectos materiales para el ejercicio de la excepcionalidad, donde comienza por deshacer el argumento que presenta el Gobierno Nacional, en conjunto con la Fiscalía General de la Nación, con respecto a la posibilidad que existiría de generarse un peligro inminente con la liberación masiva de personas que habían sido sindicadas de delitos como terrorismo o rebelión, lo que a su vez se aleja del precedente sentado en la Sentencia C-556 de 1992:

“La Corte analizará la posición del Presidente y del Fiscal. Antes, sin embargo, es importante puntualizar que la ecuación "sindicación de un hecho punible grave del pasado = capacidad de alteración del orden público del futuro", se convierte en el tema de la actual reflexión, pues, ni el Gobierno ni el Fiscal, suministraron ninguna prueba material de la capacidad concreta de alteración del

¹⁵⁶ Ambas citaciones realizadas, o apartes contenidos en la parte motiva del Decreto 874 de 1994, pueden consultarse en el mismo cuerpo de la sentencia. Esta citación por parte del Gobierno Nacional corresponde a una utilización indebida del precedente de la Corte Constitucional, donde se extraen y descontextualizan consideraciones jurídicas, con la finalidad de hacerlas pasar como argumentos que refuercen la declaratoria de excepcionalidad.

orden público que se predica de los detenidos distinta del hecho mismo de la sindicación. Las tesis del Presidente y del Fiscal no están llamadas a prosperar, por las siguientes razones.

La sindicación o imputación de la posible comisión de un delito a una persona, aún en el evento de ser condenada, lo que no ha ocurrido en ninguno de los 864 casos aducidos en el decreto de Conmoción, se refiere a un hecho acaecido en el pasado. La perturbación del orden público no podría reputarse simple efecto de dicha acción ilícita pretérita, sino que requeriría de un nuevo hecho que la causare. La declaratoria de Conmoción Interior sólo se mantiene si hay elementos materiales - que no se acreditaron - para asociar la liberación de los sindicados a la comisión de nuevos ilícitos. La perpetración de nuevos delitos y por parte de los detenidos en uso de su libertad, son dos hipótesis que teóricamente describen una determinada capacidad de alteración del orden público, pero que, por fuera de elementos empíricos susceptibles de demostración, no pueden desprenderse de la simple sindicación de un hecho delictivo pasado, en sí mismo distinto y autónomo.

La vinculación de la sindicación de un delito cometido en el pasado con la capacidad de alteración del orden público futuro, según una relación objetiva de ciega conexidad causal, ignora la capacidad de autodeterminación de la persona humana e instituye una suerte de responsabilidad objetiva. La sindicación - ni siquiera se da espera a la condena penal -, recibe el tratamiento de estado peligroso predelictual, como quiera que las personas beneficiadas con la libertad provisional se diagnostican como aptas o predisuestas para perturbar el orden público. El decreto revisado supone que al adquirir la libertad, los sujetos detenidos no obrarán de modo distinto que atentando contra la paz y las instituciones. ”¹⁵⁷

Importante resaltar para este punto que la excepcionalidad requiere de causales verificables, es decir, requiere que los actos que conducen a una situación crítica sean material y objetivamente apreciables, donde le corresponde al poder ejecutivo realizar el análisis necesario, y posteriormente presentar las pruebas pertinentes, que permita llegar a la utilización de las medidas extraordinarias. En otras palabras, la excepcionalidad no está permitida para atender escenarios futuros o plausibles, pues se estaría atentando con la razonabilidad como criterio orientador de la actuación estatal. Suponer que se presentará una situación crítica por la simple razón de su previsión resulta contrario ante la naturaleza jurídica de los estados de excepción, como también es un contrasentido de la misma necesidad del Estado, como institución rectora que planifica la convivencia pacífica en la sociedad. Esta misma base es la aplicada frente a las garantías fundamentales derivadas del debido proceso, como lo es la presunción de inocencia¹⁵⁸, y que en las justificaciones del Decreto 874 de 1994 se encuentran obviadas, o reducidas hasta su mínima expresión, retomándose la vieja costumbre del *estado-de-sitismo* de catalogar a las personas bajo la concepción de “*amigo-enemigo*”, como así también lo reconoce la Corte Constitucional:

¹⁵⁷ *Ibidem*, consideración jurídica 6.3.

¹⁵⁸ En este punto, la Corte Constitucional es enfática, donde por el solo hecho de una persona estar siendo procesada, o sindicada, de un delito grave, no significa que la misma sea culpable, debiéndose guardar coherencia con las garantías del derecho fundamental al debido proceso durante todo el proceso y recayendo la carga de la prueba en quien acusa, es decir, en las labores de la Fiscalía General de la Nación.

“A la luz de la Constitución y de los principios de dignidad y de libertad, en los que se informa, no es posible anticipar ni presuponer la responsabilidad futura y eventual de una persona sólo por el hecho de estar sindicada y aún condenada por la comisión de un pasado hecho delictivo. La reprochabilidad de una conducta antijurídica se plantea cuando dicho comportamiento se verifica y no antes y, de configurarse, el fundamento y el límite de la responsabilidad se determina con base en la culpabilidad, esto es, debe demostrarse que en el caso concreto el sujeto podía obrar de otro modo, o sea conforme a las exigencias establecidas en el ordenamiento jurídico. El decreto, por el contrario, se edifica sobre la presunción de que el sindicado, una vez goce de la libertad, contribuirá inexorablemente a alterar el orden público y lo hará.”¹⁵⁹ (Subrayado fuera de texto)

Para este punto, la Corte Constitucional realiza una interpretación del artículo cuarto de la Ley 137 de 1994, pero con el condicionante de remitirse a las normas de derecho internacional que el mismo artículo cita expresamente, para la prevalencia de los derechos considerados como “intangibles”. Lo anterior, con la finalidad de establecer el límite que tendría el Gobierno Nacional con respecto a los derechos fundamentales; como también para evitar que se sustrajera una interpretación equivocada en su jurisprudencia, dotando de efectos retroactivos a la Ley Estatutaria de Estados de Excepción. Aunque en su argumentación la Corte Constitucional recurre siempre al artículo cuarto de la precitada ley, ésta es cuidadosa en señalar que las fuentes del derecho aplicables, para el caso objeto de análisis, corresponderán a los instrumentos internacionales, antes que la aplicación directa de la Ley.

Por consiguiente, dentro de los argumentos que entrará a evaluar la Corte Constitucional, de ahí en más, se agregará el artículo cuarto de la Ley 137 de 1994, que viene a reforzar lo anunciado en la Sentencia C-556 de 1992, es decir, al análisis del numeral segundo del artículo 214, y su relación con el artículo 93 ya no será fruto de una interpretación sistemática de la Constitución Política, sino que se deberá realizar una interpretación literal del artículo precitado, que anuncia:

“Artículo 4°. Derechos intangibles. De conformidad con el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los demás tratados sobre la materia ratificados por Colombia, durante los estados de excepción serán intangibles: el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño, a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles; el derecho al habeas corpus y el derecho de los colombianos por nacimiento a no ser extraditados.

¹⁵⁹ *Ibidem*, consideración jurídica 6.3.2.

Tampoco podrán ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

De conformidad con el literal b) del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de estos Estados.”

Culmina la Corte Constitucional con su argumentación anunciando que no existe una situación crítica o excepcional comprobada por el Gobierno Nacional, sino que, por el contrario, se está ante una situación que resultó previsible y anunciada por la misma Fiscalía General de la Nación, donde no se adelantaron las acciones necesarias, desde el poder ejecutivo, como tampoco desde los demás poderes públicos, para hacer frente a la situación a través de los mecanismos jurídicos y las atribuciones ordinarias de policía:

“Inicialmente, las normas que se han dictado para conservar vigentes los términos de investigación y reclusión de los sindicatos, a la luz de las circunstancias, han podido tener suficiente fundamento y ello explica que la Corte haya, en algunos casos, encontrado exequibles las medidas. Sin embargo, la prosecución, sin asidero jurídico y fáctico, de la práctica - que arriesga convertirse en hábito - de perpetuar la privación de la libertad de los sindicatos sin que se obtenga la calificación de sus sumarios, en las actuales condiciones, carece de razonabilidad y se revela desproporcionada y arbitraria en cuanto afecta el núcleo esencial de sus derechos fundamentales.

Por lo demás, la situación sometida a la consideración del Presidente, no era imprevisible, pues, desde la adopción de la ley, el alto funcionario que informó sobre la misma era consciente de la aparente brevedad de los términos legales y, de otra parte, en varias oportunidades y con suficiente antelación previo a las autoridades competentes sobre su próximo vencimiento y la necesidad de acelerar las diligencias.”¹⁶⁰

A modo de conclusión, para el precedente que dejó la Sentencia C-300 de 1994, se tiene que todavía no se acoplaba la metodología que debería observar la Corte Constitucional para analizar los decretos de excepción. Sin embargo, se empezó a cimentar que estas sentencias deberían aplicar con rigurosidad varias herramientas interpretativas que ha desarrollado la Corte Constitucional, como el control de convencionalidad y el bloque de constitucionalidad.

En este punto, resulta menester advertir el papel que juegan los magistrados ponentes, para la exposición de motivos para declarar la exequibilidad o inexequibilidad de los decretos de excepción, donde resulta fundamental la posición o ideología política de éstos, pues, como se observará en los dos precedentes que se analizarán a continuación, las razones para confirmar o apartarse del precedente existente pasan por este tipo de razones, más que por razones jurídicas, mezclándose argumentos de corte teórico-políticos, socio-lógicos y de teoría del estado¹⁶¹.

¹⁶⁰ *Ibidem*, consideraciones finales.

¹⁶¹ Para la Sentencia C-466 de 1995, el Magistrado Ponente, y encargado de la sustentación y presentación ante la Sala Plena, fue el doctor Carlos Gaviria Díaz, quien siempre se encargó de proyectar sentencias con

Para comenzar, en la Sentencia C-466 de 1995¹⁶², se analizó la constitucionalidad del Decreto No. 1370 del 16 de agosto de 1995, que pretendía la declaración del estado de conmoción interior, basado en la existencia de hechos de violentos que se propagaban por todo el territorio nacional, donde los principales actores correspondían a grupos subversivos y a *fuerzas privadas*, haciéndose alusión al fenómeno del paramilitarismo, quienes ejercían actos indiscriminados en contra de las fuerzas militares y de los civiles, sin distinción ni consideración alguna, atentando a su vez contra el régimen normativo del Derecho Internacional Humanitario. Las justificaciones del Decreto No. 1370 de 1995 correspondían a las siguientes:

“(...) Que como lo afirma la Corte Constitucional en su sentencia C-031 de 1993, la existencia de formidables aparatos de fuerza privados “... no deja de ser patológico en el plano constitucional y amenazante y desestabilizador en el campo social e institucional ...”;

Que los delincuentes en general y las organizaciones criminales en particular, nutren sus arcas con dineros provenientes de actividades ilícitas que implican tanto enriquecimiento ilícito como grave deterioro de la moral social, en el entendido de que como lo afirma la Corte Constitucional en su sentencia C-031 de 1993, “la única riqueza y poder social derivado de ésta que garantiza la Constitución, es el originado en el trabajo honrado. (C.P. Arts. 1, 34, 58)”;

Que los grupos subversivos han ejecutado en las últimas semanas acciones de violencia indiscriminada contra los miembros de la fuerza pública sin ninguna consideración respecto de la población civil, en violación directa del Derecho Internacional humanitario, asolando poblaciones de las cuales han tenido que huir hombres, mujeres y niños;

Que la delincuencia común ha incrementado su actividad en las ciudades, amedrentando a la población con la ejecución permanente de delitos en especial contra la vida, la integridad personal la libertad y el pudor sexual y la propiedad;

Que los delincuentes en general se aprovechan de medios de comunicación para entorpecer el desarrollo de las actividades de las autoridades, hacer apología de la violencia y aumentar la confusión entre la población;

claras ideas progresistas y que podrían considerarse de *izquierda*, aunque con un tono moderado y más inclinado hacia la filosofía jurídica, la sociología y las demás ciencias sociales que consideraba indispensables para la comprensión del derecho. Por otro lado, en la Sentencia C-027 de 1996, estaba el doctor Hernando Herrera Vergara, quien también resulta ser un jurista de avanzada, pero con una clara tendencia hacia la institucionalidad y la importancia del derecho como herramienta suficiente para el análisis de los casos que se resuelven a través de esta misma ciencia. Lo anterior, podrá constatarse en el precedente que se está utilizando como ejemplo, donde, ambos magistrados, ante situaciones de hecho muy parecidas, llegan a decisiones distintas, pues, el Magistrado Gaviria Díaz optó por que se declara la inexequibilidad del Decreto de excepción, mientras que, el Magistrado Herrera Vergara, optó por apoyar al poder ejecutivo, convalidando la declaratoria de excepcionalidad, a través de la exequibilidad del Decreto 1900 de 1995.

¹⁶² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-466 del 16 de agosto de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Que las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía, no resultan suficientes para conjurar los graves efectos de la situación descrita (...). ”¹⁶³

Aunque en su parte motiva, el Decreto No. 1370 de 1995, cita textualmente la Sentencia C-031 de 1993, por medio de la cual se declaró la exequibilidad del Decreto 1793 del 8 de noviembre de 1992¹⁶⁴, esto no bastaba para “pasar” el examen que se realizaba en el control de constitucionalidad de la Corte Constitucional, toda vez que, en sus características esenciales, la excepcionalidad se decreta por razones concretas, sustentadas en su misma condición de ser críticas y anómalas, por lo que no se permite la analogía o la extrapolación de situaciones anteriores, por más parecidas que sean, para que pueda ser declarado exequible, es decir, cada situación crítica que se proponga por parte del poder ejecutivo, para la utilización de las medidas extraordinarias, serán analizadas en su integridad e individualidad.

Lo anterior, es el punto de partida que utiliza la Corte Constitucional, donde empieza por recordar, e interpretar, los alcances que tendrá el poder ejecutivo, en cabeza del Presidente de la República, para decretar la excepcionalidad, definiendo cuál es la competencia que se ostenta frente a la excepcionalidad:

“La evaluación de los factores determinantes de la situación irregular compete, en principio, al Presidente de la República como responsable del mantenimiento del orden. Es él quien, verificando la existencia de ciertas condiciones de hecho, decreta, con la firma de todos los Ministros, la vigencia del correspondiente estado de excepción.

Tal declaración tiene como consecuencia, un trastorno temporal en el funcionamiento del Estado de Derecho. v.gr., se desdibuja la separación de las ramas del poder puesto que el Gobierno va a hacer las veces de legislador en aquellos ámbitos afectados por los factores generadores del desorden y, precisamente, para contrarrestarlos. Es ésa la finalidad de los decretos extraordinarios y es ella la que justifica su contenido.

¹⁶³ Para este punto, cabe resaltar que, en las consideraciones realizadas por parte del Gobierno Nacional, se empiezan a utilizar otros elementos de juicio adicionales, como lo son las disposiciones del derecho internacional, para la justificación de la utilización de la excepcionalidad. Sin embargo, invocar las disposiciones internacionales no es suficiente, como se verá a lo largo del precedente jurisprudencial objeto de escrutinio, pues se dejan de lado las variables que se analizaban en su momento, es decir, no se cumplía con una argumentación que demostrará, con datos específicos, el requisito que se exigía por parte de la Corte Constitucional, es decir, no se cumplía con un análisis de fondo sobre la situación que avalaría las medidas extraordinarias. Los decretos de excepción, en su momento, compartían una estructura general, donde solamente se anunciaba la situación y se le remitían ciertos anexos probatorios, contenidos en pruebas documentales, sin que se encontrara una relación entre el acto administrativo, en su parte motiva, con lo la situación que se exponía como crítica.

¹⁶⁴ Este precedente constitucional, traído en la Sentencia C-466 de 1995, donde el Magistrado Ponente fue Eduardo Cifuentes Muñoz, aplica el precedente directo que se tenía en la Sentencia C-556 de 1992, donde solo se analizaban los elementos de forma y de fondo del Decreto que establecía la excepcionalidad, donde no se buscaba realizar un análisis metódico sobre el contenido del Decreto, por el contrario, y como se adujo en su momento en la sentencia, se estaba ante una situación *patológica* que impedía el correcto desarrollo del estado de derecho en el país, que se veía amenazado por el crecimiento económico, político y militar de los grupos subversivos. Empero, no se busca realizar un juicio de valor sobre los motivos que llevaron a la Corte Constitucional para declarar la exequibilidad del Decreto 1793 de 1992, solamente se resalta que la argumentación de los magistrados ponentes era variable y no se encontraba aún la aplicación de un riguroso examen de constitucionalidad.

Ahora bien: es apenas lógico que, tratándose de disposiciones de emergencia, en materia de orden público, sean más severas que las que rigen en tiempo de normalidad y pospongan la vocación garantista que debe signar la normatividad de un Estado Social de Derecho, en aras de un propósito tan imposter-gable como temporario: el restablecimiento de la normalidad fáctica y consecuencialmente jurídica.

Compete al Presidente de la República como responsable de la conservación y mantenimiento del orden público, determinar ante cuáles circunstancias perturbadoras del mismo es pertinente acudir a la medida de excepción contenida en el artículo 213 del Estatuto Supremo -estado de conmoción interior-, como también dictar aquellas normas destinadas a lograr su restablecimiento o impedir la extensión de sus efectos.”¹⁶⁵

Por lo tanto, la Corte Constitucional interpreta la competencia del Presidente para la declaratoria de la excepcionalidad, donde la primera de las funciones que se derivan de ésta corresponde a la **verificación de la existencia de las condiciones de hecho**, lo que conlleva a que, en principio, compete al ejecutivo realizar un análisis objetivo sobre la situación que se pretenderá considerar como crítica y, por ende, tendrá la facultad para examinarla y considerarla como tal, es decir, fungirá como juez y parte para la excepcionalidad, así sea solamente en un primer momento, pues con el control previo y automático de constitucionalidad, quien fungirá como juez, naturalmente, será la Corte Constitucional. Esta postura, deberá ser reevaluado con posterioridad, cuando se traten las propuestas democráticas y políticas como límites a la declaratoria de excepcionalidad, las cuales se argumentarán en el acápite tercero del presente capítulo.

Por ahora, la misma Corte Constitucional, avanza en su precedente, y en las reglas que se empezarán a consolidar para la excepcionalidad, rescatándose que, a través de esta sentencia, se pone un límite claro y expreso a la competencia del Presidente de la República para decretar la excepcionalidad, definiéndola como un poder que, bajo ninguna circunstancia, debe ser considerado como discrecional:

“En desarrollo de dichas atribuciones el Presidente de la República no goza de una discrecionalidad absoluta, pues en tratándose de la implantación de tal estado excepcional, ‘la libertad del Presidente se reduce a tomar la decisión de efectuar dicha declaración determinando el momento para hacerlo y señalando los hechos que la justifican, pero en lo que concierne a la efectiva configuración del presupuesto objetivo de la misma, no dispone de discrecionalidad alguna y no hay alternativas distintas a su existencia o inexistencia’.

Así, la Corte considera que ‘un juicio de existencia sobre el presupuesto objetivo de una eventual declaratoria, en cuanto está ligado a conceptos complejos que envuelven criterios de valoración no estrictamente técnicos -como gravedad, inminencia, amenaza, etc.- debe necesariamente comportar un margen de discreta apreciación por parte del Presidente que, de todas maneras, no es en modo alguno discrecional, no puede ignorar la existencia real de los hechos que dan base a sus calificaciones, ni sustraerse a un escrutinio

¹⁶⁵ Ibidem.

lógico y racional del nexo de probabilidad que pueda enlazarse a sus manifestaciones y previsiones, así como de la misma congruencia de su argumentación a la luz de las circunstancias cuya existencia se proclama. '(...)'¹⁶⁶

En conclusión, la competencia del poder ejecutivo, para estos primeros precedentes jurisprudenciales, se delimita en el adecuado juicio de existencia de la situación crítica. De esto, se surte el precario control que pueda tener, de forma posterior, la utilización de medidas extraordinarias, pues sí solo le compete al Presidente realizar un examen sobre la existencia de las situaciones críticas, se estaría quedando a medio camino, pues deberían realizarse, también, los análisis prospectivos de las medidas que se buscarán tomar, con la finalidad de no estarse ante la posibilidad de desacertar en la utilización de las medidas, en una suerte de prueba y error, basada en las amplias facultades que se le darán al poder ejecutivo.

Continuando con lo discurrido por la Corte Constitucional, se tiene que, en esta ocasión, y aprendiendo de las experiencias pasadas sobre las declaratorias de inexecutable, el Gobierno Nacional se apoyó en la remisión de datos estadísticos proporcionados por la Fiscalía General de la Nación y el Centro de Investigación y Educación Popular – CINEP -, lo cual significó que la Corte tuviera que entrar a realizar un análisis cualitativo sobre estos. Este elemento, resultará crucial para declarar la inexecutable del Decreto No. 1370 de 1995, pues, en el análisis de datos, se concluyó:

“Sobre el total de delitos cometidos en el país durante 1995 (fol. 66 y 67 exp.), el índice de crecimiento de los mismos, tomando como punto de referencia el mes de enero, es tan sólo del 1% en marzo y mayo, y del 2% durante junio. Nótese que en los meses de febrero y abril se presentó un crecimiento negativo del 3% y del 2%, respectivamente.

A igual conclusión se llega en los delitos contra la vida, que con relación al mes de enero de 1995, presenta un incremento negativo del 10% en febrero y del 7% en junio. En los delitos contra el patrimonio económico, se advierte un incremento del 7% en el mes de junio, con relación a enero.

En relación con los homicidios (fol. 68 exp), el aumento entre diciembre de 1994 y julio de 1995 fue del 3%, y el promedio diario en abril de 1995 fue de 80.93, en julio del mismo año de 109.33, y bajó en agosto llegando a 99.73

La diferencia entre las tasas de crecimiento más altas en materia de secuestros que era de 39% en 1994, y de 40% en mayo de 1995, es del 1%. Y en cuanto a hurto de vehículos, los índices de aumento más altos, noviembre de 1994 (11%) y junio de 1995 (18%) es del 5%. En cuanto a homicidios, secuestros, y hurtos de vehículos durante 1995 se han presentado índices de crecimiento más altos que los de 1994, pero escasamente superiores.

En cuanto a hurtos simples, hurtos a entidades financieras, delitos contra el pudor sexual, terrorismo, lesiones personales y acciones de la guerrilla, hubo disminución de los índices de crecimiento, como se verá en seguida.

¹⁶⁶ *Ibidem.*

El hurto en diciembre de 1994 era de 14%, mientras que la tasa más alta presentada en 1995 es del 11% durante los meses de mayo y junio. Por tanto, el nivel más alto de crecimiento de 1995 está por debajo del índice de crecimiento más alto de 1994 en un 3%

En los delitos contra el pudor sexual, el índice más alto fue el del mes de octubre de 1994 que era del 19% y comparado con el más alto de 1995 que fue del 4% en enero y mayo, se observa una diferencia entre los índices, del 15%, presentándose un crecimiento negativo.

El terrorismo presenta un índice de crecimiento negativo del 47% si se compara con el del mes de agosto de 1994, siendo el mes de julio de 1995 el de crecimiento más alto.

Lesiones personales, si se comparan los índices de crecimiento más altos de 1994 y 1995, los meses de diciembre de 1994 con 18% y mayo de 1995 con 7%, se observa un crecimiento negativo del 11%

Las acciones armadas de la guerrilla presentan un índice de crecimiento negativo del 32% si se compara agosto de 1994 y mayo de 1995 que fue el más alto.

La piratería terrestre ha tenido un aumento considerable del 86%, si se compara el mes de agosto de 1994 (100) con el nivel de crecimiento más alto de 1995, que fue el mes de enero con 186. No sucede lo mismo con el narcotráfico, pues hay tendencia a la disminución en los meses de marzo a junio de 1995 de un 34%.

*De acuerdo con estas cifras, advierte la Corte que el índice de criminalidad en el país en los meses de enero a junio de 1995 presentó mínimas variaciones, pues si bien en algunos meses hubo incrementos, en otros hubo descensos, sin que en ninguno de los dos casos tales diferencias sean notoriamente significativas y, por el contrario, lo que se demuestra es que la situación en materia criminal ha sido endémica, crónica, permanente y estable.*¹⁶⁷ (Subrayado fuera de texto.)

Este análisis resultará crucial, bajo el entendido de las dos variables propuestas en la presente investigación, pues se tiene que el impacto que estaban generando los hechos de violencia y criminalidad, para este momento en específico, no permitían a la Corte Constitucional avalar la utilización de la excepcionalidad, por el contrario, se mantenía la concepción de estar ante una constante estructural del Estado colombiano, es decir, se consideraban situaciones que debían ser combatidas desde la institucionalidad predefinida, pues, en el desarrollo y planificación de la misma, se contaba ya con la misma apreciación del conflicto armado que se vivía, como también de la ascendente criminalidad, sin que existieran hechos con el impacto suficiente que permitiera pensar que el Estado no pudiese funcionar como lo venía haciendo.

¹⁶⁷ *Ibidem.*

En este punto, la Corte Constitucional se aleja del precedente sentado en la Sentencia C-031 de 1993, donde bastaba con la preexistencia de una *patología social* que afectaba, y afecta hasta nuestros días, al país para decretar la excepcionalidad. De forma sutil, pero inequívoca, la Corte se pronuncia en contra del precitado precedente, estableciendo que:

*“Para la Corporación es claro que los hechos invocados por el Gobierno son, ciertamente, ‘graves’ y perturbadores del orden público, que es presupuesto de la convivencia pacífica y de la vigencia de un orden justo, fin esencial del Estado Colombiano. Pero si son, como las propias cifras aportadas por el Gobierno lo corroboran, **las manifestaciones reiteradas de la vieja y arraigada patología social que aqueja al país, no es para su tratamiento que se han dispuesto los estados de excepción.** La persistencia obstinada de la citada patología, demanda medidas permanentes, como ella, dirigidas a atacar su génesis y no la erupción epidérmica. **No puede el gobernante desentenderse del problema esencial, dirigiendo su acción a la morigeración del epifenómeno, máxime si ese camino conduce a un régimen restrictivo de los derechos fundamentales que el propio orden constitucional ha dispuesto que sea siempre temporario.**”*

*Desde luego, la Corte no es adversa, por principio, al instituto de la conmoción; reconoce en él un instrumento útil para atender a situaciones excepcionales, pero, justamente por eso, **considera que el uso que de él debe hacerse ha de ser rigurosamente ceñido a las exigencias del artículo 213, para no incurrir en los desbordamientos que determinaron la abolición del antiguo estado de sitio.** En consecuencia, no vacilará esta Corporación en avalarlo, cuando ocurran las situaciones que no sólo lo justifican sino que lo hacen necesario.*

*(...) Si para combatir las manifestaciones endémicas, a las que por desventura ya está habituado el país -sin duda atentatorias de la seguridad ciudadana-, se precisan especiales medidas policivas o castrenses, ellas son compatibles con el régimen de libertades plenas, que el constituyente quiso que fuera la regla y no la excepción. **Un ejemplo elocuente de esta aseveración, lo constituye el hecho de que la más brillante operación de inteligencia y de policía, que dio al traste con una poderosa organización delictiva, tuvo lugar en situación de normalidad constitucional, sin que ninguna de las libertades de que deben disfrutar los ciudadanos de bien, fuera sacrificada.**”¹⁶⁸ (Énfasis fuera de texto.)*

Importantísima resulta entonces la conclusión del Magistrado Ponente, donde se identifica una posición constitucional férrea con respecto a los anteriores precedentes: las medidas para atender las circunstancias que el poder ejecutivo venía considerando como críticas, pueden y deben ser implementadas sin que se llegue a afectar el régimen de libertades fundamentales de la Constitución Política de 1991. Esto conlleva a una posición de prevalencia de los derechos fundamentales, o de la parte dogmática de la Constitución Política, por sobre cualquier otra manifestación del poder público que pretenda limitarlos. Esta idea, de la intangibilidad de los derechos fundamentales, es la base del *neoconstitucionalismo latinoamericano*, como también es la base del liberalismo progresista que

¹⁶⁸ Ibidem

ejercía Carlos Gaviria Díaz, donde la institucionalidad se justificaba únicamente en la materialización de los derechos fundamentales, y no al contrario, es decir, los derechos fundamentales y su respeto y garantía, son la finalidad última del Estado.

Aunque esta posición no hace parte de la sentencia, sí queda implícita en la misma, pues se está ante un cambio de paradigma frente a la vieja concepción, derivada de un positivismo jurídico exacerbado, donde los derechos fundamentales están supeditados al funcionamiento de las instituciones o, mejor, sin las instituciones, los derechos fundamentales pierden toda vigencia, pues no hay quien los reconozca y aplique.

Por otra parte, se tiene la Sentencia C-027 del 29 de enero de 1996¹⁶⁹, la cual analizaba la exequibilidad del Decreto No. 1900 del 2 de noviembre de 1995, el cual, en su base justificativa, encontraba idénticos motivos con respecto a los del Decreto No. 1370 de 1995, pero teniéndose una razón poderosa para que fuese declarado exequible, que no se distanciaba de los hechos violentos vividos, pero que sí significaron un cambio en la posición de la Corte Constitucional: el magnicidio de Álvaro Gómez Hurtado.

Difícilmente pueda encontrarse una razón mayor para decretar la excepcionalidad. La existencia de un magnicidio no puede justificarse ni explicarse en el entorno de la normalidad y de la legalidad. Atinada estuvo la Corte Constitucional en decidir la exequibilidad de dicho acto administrativo, como muestra de solidaridad, pero también como muestra de rechazo a la violencia endémica en el país. Algunas de las justificaciones del Decreto No. 1900 del 2 de noviembre de 1995, corresponden a las siguientes:

“Que, como última manifestación de tales hechos, en el día de hoy ha sido asesinado el connotado dirigente político, exdesignado y expresidente de la Asamblea Nacional Constituyente, doctor ALVARO GOMEZ HURTADO.

Que lo ocurrido en esta oportunidad ha hecho evidente el peligro que entrañan las amenazas que se han proferido contra diversas personalidades de la vida pública nacional, con el propósito de coaccionar a las autoridades.

Que estos hechos son expresión inequívoca, tanto de la existencia como de los propósitos de distintos aparatos de fuerza, cuya inmensa capacidad de desestabilización atenta -por sí misma y de manera inminente- contra la seguridad del Estado, la estabilidad de las instituciones legítimamente constituidas y la convivencia ciudadana.

Que las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía no resultan suficientes para prevenir la ocurrencia de nuevos hechos criminales y terroristas y para conjurar la situación de grave perturbación mencionada, por lo cual se hace indispensable adoptar medidas de excepción.”¹⁷⁰

Resulta evidente que, para este precedente en específico, la Corte Constitucional no habría de detenerse en la creación de una sentencia lo suficientemente robusta como para crear una nueva línea jurisprudencial que modificara la utilización de la excepcionalidad. Por el contrario, con este precedente se quiere dejar por sentado que, al igual que en las

¹⁶⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-027 del 29 de enero de 1996, M. P. Hernando Herrera Vergara.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

demás ramas del poder público, los jueces y magistrados se ven influenciados por las situaciones políticas. En este punto, y bajo la gravedad del magnicidio, la Corte Constitucional se vio movida más por las emociones políticas que por la razonabilidad, lo cual está enteramente justificado, pero no deja de ser llamativo.

Obviar u olvidar esta connotación puede ser un error crucial para comprender la excepcionalidad, la cual se desenvuelve precisamente en estas condiciones, de situaciones que, por su impacto, pueden llegar a nublar todo juicio. Exigir la racionalidad en todo momento, llevarla como bandera y hacer que sea la insignia distintiva del ser humano es perderse en la inmensidad del mismo; los seres humanos no solo nos componemos por esta característica distintiva, a nivel biológico, sino que también somos el fruto de nuestras emociones que, a veces, juegan un papel determinante para nuestras acciones, ya sean políticas o jurídicas, las cuales tratamos de justificar, dotarlas de sentido, con la única intención de hacerlas duraderas y dignas de recordar. Esto quedó consignado en la Sentencia de la Corte Constitucional que, antes de ser una sentencia centrada en la razonabilidad, fue una sentencia basada en el sentimiento de indignación, como una clara muestra de la posición política que tomaba la Corte en ese momento:

“A lo anterior deben agregarse desde luego, las amenazas que se cernían contra personalidades del país que fueron consignadas en el mismo día en que se produjo el horrendo crimen perpetrado intempestivamente en la persona del doctor Álvaro Gómez Hurtado, y para la fecha en que se declaró la conmoción interior por parte del Gobierno Nacional, que obran como elementos probatorios, los cuales en forma complementaria a juicio de la Corte, implican una situación que atenta de manera inminente y grave contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado y la misma convivencia ciudadana.

De lo anterior se desprende que para la fecha en que se declaró la conmoción interior en el país -2 de noviembre de 1995-, se vivía, como se ha expuesto, además de la situación crónica ya conocida, una singularmente crítica, derivada de los hechos sobrevinientes descritos, con respecto a los cuales los poderes ordinarios de policía elevados a la categoría de permanente no le daban al Gobierno Nacional la suficiente eficacia y seguridad para conjurar la misma, dados los factores de grave perturbación reinante, con brotes de terrorismo creciente.

En este orden de ideas, estima la Corporación que los nuevos hechos narrados en este acápite sí tienen el carácter de sobrevinientes, coyunturales y transitorios, los cuales ameritaban la declaratoria de conmoción interior, por lo que es procedente y razonable permitir que el Gobierno pueda hacer uso en forma responsable, de los instrumentos excepcionales requeridos y estrictamente necesarios para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos, por tratarse de una situación completamente diferente a la contemplada en la pasada conmoción interior, declarada inexecutable por esta Corte, ante la ausencia de los elementos configurativos del estado de excepción.”¹⁷¹

Para estos dos precedentes, se tienen las siguientes conclusiones que ya se venían intuendo: i) como órgano colegiado, compuesto por personas de variada trayectoria académica y política, con diferencias sustanciales, con encuentros y desencuentros en posturas

¹⁷¹ *Ibidem.*

y en las formas de concebir el Estado, la Corte Constitucional no es ajena a los acontecimientos políticos del país, resultando que, no siempre, su precedente será constante con los cambios enérgicos que se esperan en cada fallo. La cautela y comprensión del entorno político y social resulta crucial para la comprensión del precedente jurisprudencial; ii) necesariamente, lo anterior, nos conduce a pensar que el precedente de la Corte Constitucional no debe analizarse como un desarrollo lineal y progresivo, donde poco a poco se va construyendo una razonabilidad y metodología específica. Por el contrario, podemos encontrarnos con retrocesos, cambios de paradigmas, confirmaciones y hasta transformaciones de las líneas jurisprudenciales. Entender la riqueza de los precedentes está en estos pequeños detalles, donde se explican las posturas de la Corte, que pueden variar por pequeñas circunstancias, o tan grandes como un magnicidio, y que permiten concluir que, como todas las instancias del derecho, estamos ante una institución puramente humana, donde la razón no es la única protagonista.

Por último, se dará un salto en el tiempo lo bastante amplio, para así observar en que avanzó la Corte Constitucional, frente a la línea jurisprudencial de la excepcionalidad, cuando se trata del *estado de conmoción interior*. Es así como, en la sentencia C-070 de 2009, que tuvo como Magistrados Ponentes a Humberto Sierra Porto y Clara Elena Reales Gutiérrez, donde, con muchas más herramientas, se puede encontrar un tribunal de cierre fuerte, con análisis más profundos y sin la indulgencia al poder ejecutivo. A través de esta sentencia, la Corte Constitucional analizó la exequibilidad del Decreto 3929 del 9 de octubre de 2008, por medio del cual se declaraba el estado de conmoción interior, por parte del gobierno del ex presidente Álvaro Uribe Vélez.

Los antecedentes que condujeron a que se adelantara la declaratoria del estado de conmoción interior correspondieron a una anomalía en el funcionamiento de la rama judicial, donde se decía que era inminente la puesta en libertad de varias personas que habían sido sindicadas por varios delitos de gravedad considerable, tales como homicidio, hurto agravado, tráfico de estupefacientes y lesiones personales, entre otros, y que el funcionamiento de la rama judicial resultaba inocuo e inoperante. Aunado a lo anterior, se decía que la huelga de los trabajadores de la rama judicial entorpecían la correcta prestación del servicio público a la administración de justicia, lo que atentaba de forma directa con el orden público y con los fines esenciales del Estado¹⁷². Por lo anterior, se debía acudir a las medidas excepcionales para que pudiese hacerse frente a esta problemática, dotando de facultades excepcionales al poder ejecutivo.

¹⁷² Los datos presentados por el Gobierno Nacional, en su momento, venían acompañados de las siguientes cifras: se habían dejado en libertad a más de 2720 personas por los delitos de homicidio, lesiones personales, hurto y tráfico de estupefacientes entre otros; además, se le añadieron tintes políticos a la descripción realizada por el Gobierno, afirmándose que:

“el Fiscal General de la Nación informó que es inminente la salida de las cárceles, por vencimiento de términos en la definición de procesos penales que se adelantan contra personas sindicadas de delitos relacionados con los trágicos hechos de la toma del palacio de justicia, secuestro y otros graves delitos, lo que constituye factor de perturbación y alteración del orden público, dando lugar a configurar situaciones de impunidad que propician la desprotección de derechos fundamentales, con una inminente desestabilización institucional, que afecta el Estado social de derecho consagrado en la carta política”; adicionalmente, frente a la huelga en la rama judicial, se proporcionaron las siguientes cifras: *“Que de acuerdo al documento suministrado por la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico del Consejo Superior de la Judicatura, la administración de justicia presenta más de 120.751 procesos que se han dejado de fallar así como 36.986 decisiones de tutela, la no realización de 25.284 audiencias, incluidas 15.983 audiencias de Control de Garantías”*.

Después de realizarse una referencia a la regulación del estado de conmoción interior, de acuerdo con lo presupuestado en la Constitución Política y en la Ley 137 de 1994, la Corte Constitucional comienza con su análisis a través de la competencia que le fue asignada por el constituyente primario para ejercer el control de constitucionalidad de los decretos de excepción, pues el Gobierno Nacional había expedido el Decreto 021 del 8 de enero de 2009, donde se levantaba el estado de conmoción interna, en un claro intento de evadir el control constitucional que debía realizarse por parte del Alto Tribunal, dándole pie a los Magistrados Ponentes para especificar la procedencia de dicho control:

“Antes de abordar el examen de constitucionalidad del Decreto 3929 de 2008 es preciso señalar que el estado de conmoción interior declarado por el anormal funcionamiento de la administración de justicia fue levantado mediante el Decreto 021 de ocho (08) de enero de 2009. Empero, lo anterior no tiene como consecuencia que esta Corporación haya perdido competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad del decreto mediante el cual se declaró la conmoción interior o sobre los decretos legislativos mediante los cuales se adoptaron medidas para conjurar las circunstancias extraordinarias.

En efecto, si bien la jurisprudencia constitucional ha defendido como regla general que el examen de constitucionalidad sólo puede recaer sobre disposiciones que están surtiendo efectos jurídicos, aun cuando hayan sido derogadas, dicha regla no es aplicable en el caso de los decretos expedidos en virtud de los estados de excepción por dos razones, en primer lugar por las características del control que ejerce la Corte sobre este tipo de disposiciones, el cual como antes se dijo es un control automático, integral y definitivo. De manera tal que una vez se avoca conocimiento de este tipo de decretos se conserva la competencia hasta que se produce un fallo de fondo sobre su constitucionalidad, se trata en este caso de una modalidad especial de perpetuatio jurisdictionis, el cual ya ha sido reconocido por esta Corporación en otras oportunidades para pronunciarse de fondo sobre disposiciones que han perdido su vigencia durante el trámite de la acción pública de inconstitucionalidad.”¹⁷³ (Énfasis fuera de texto)

Realizada esta precisión, se inicia el examen de constitucionalidad, aunque no bajo el esquema de *test de razonabilidad* como tal, pero sí aludiendo a los principios y subprincipios que lo componen, a pesar de las denominaciones distintas en los términos empleados por los Magistrados, en una aplicación que no correspondía propiamente con los pasos del test, pero que sí aplicaba y citaba los principios que fueron descritos en la Ley Estatutaria que regula la excepcionalidad. Lo primero que resalta la Corte Constitucional, corresponde al deber que tenía el Gobierno Nacional, el cual se resume en la necesidad de demostrar racionalmente la procedencia de la excepcionalidad y la necesidad de adoptar medidas excepcionales.

Para lo anterior, se debían acreditar los elementos fácticos que llevaron a la excepcionalidad, a través de los presupuestos fácticos y la valoración de los hechos en cabeza del Gobierno Nacional, aportándose las pruebas necesarias; y, asimismo, debía acreditarse un presupuesto valorativo, es decir, se debían evaluar las razones que se esgrimieron por

¹⁷³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-070 del 12 de febrero de 2009, MP. Humberto Sierra Porto y Clara Elena Reales Gutiérrez.

parte del ejecutivo, contrastadas con los hechos acaecidos y las conclusiones a las que se llegaron para determinar la existencia de una situación crítica o anómala.

Estos elementos precitados, corresponden a los dos subprincipios contenidos en el *test de razonabilidad*, a saber, se realiza el mismo ejercicio cuando se evalúa la *idoneidad* de la medida y la *necesidad* de la misma. En este punto, la Corte Constitucional destaca que el Gobierno Nacional sí referencia los hechos, o presupuestos fácticos, de forma correcta y aporta las pruebas necesarias para describir una presunta anomalía en el funcionamiento de la rama judicial. Sin embargo, el aspecto valorativo no cumplió con los presupuestos mínimos de razonabilidad, es decir, no se acreditó el por qué esta situación anómala correspondía con una situación crítica que condujera a la aplicación de medidas excepcionales o, en otras palabras, no se acreditó, con una argumentación lo bastante fuerte y contundente, que la situación descrita correspondía a una situación excepcional que atenta contra el Estado Social de Derecho, poniendo en riesgo toda la institucionalidad establecida en la Constitución Política de 1991:

“Como punto de partida la Corte Constitucional encuentra que el Gobierno no cumplió con la carga mínima de apreciación exigida por la Constitución y por la Ley Estatutaria de Estados de Excepción respecto del carácter grave y extraordinario de los hechos invocados, así como de su vocación para alterar el orden público. En efecto, si bien la parte motiva de un decreto mediante el cual se declara un estado de conmoción interior no debe contener una valoración exhaustiva de los supuestos fácticos invocados, en todo caso debe consignar una apreciación suficiente sobre su gravedad y su naturaleza excepcional que permita al juez constitucional realizar su labor de control, pues no corresponde al órgano encargado del control judicial llenar con su propia valoración las lagunas argumentativas del ejecutivo. Como antes se dijo, la ausencia de valoración convierte en arbitraria la declaración de un estado de emergencia pues significa una elusión de las cargas argumentativas mínimas a cargo del gobierno impuestas por la Constitución y por la LEEE, a la vez que impide el ejercicio del control constitucional.

En efecto, un presupuesto del examen que realiza la Corte Constitucional sobre el juicio valorativo del Presidente para determinar si al apreciar la gravedad de los hechos, su inminencia para amenazar la estabilidad institucional, la seguridad del Estado y la convivencia ciudadana, al igual que su carácter excepcional, éste incurrió en un error manifiesto de apreciación, lo constituye precisamente que en la parte motiva del decreto mediante el cual se declara el estado de conmoción interior se realice una valoración de los hechos invocados y que tal valoración no se circunscriba a una serie de aseveraciones no fundamentadas.”¹⁷⁴

No cumplir con la carga argumentativa para la declaratoria de excepcionalidad, contraría los principios mínimos expuestos en la Ley 137 de 1994, como también con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que para este punto empezaba a resultar más prolífica sobre el control de constitucionalidad. La falta de racionalidad en la declaratoria de excepcionalidad, confirma el límite que se ha propuesto a la excepcionalidad, es decir, el poder ejecutivo deberá acoplarse a la metodología propuesta por la Corte Constitucional para así obtener las prerrogativas derivadas de los estados de excepción, confirmándose,

¹⁷⁴ Ibidem.

por el momento, que se está bajo un sector de aplicación correspondiente a la dictadura constitucional, que, aunque su nombre cause escozor, no corresponde a una connotación negativa, sino que, por el contrario, muestra la superioridad jerárquica de las disposiciones constitucionales.

Al igual que en los precedentes anteriormente analizados, la Corte Constitucional, en la parte motiva de la sentencia, empieza con los requisitos formales y los requisitos materiales, equiparados a los requisitos de fondo por su objeto de análisis en las situaciones fácticas que llevan a la excepcionalidad, como punto de partida para abordar la constitucionalidad del decreto proferido por el poder ejecutivo. En este punto, no se aleja lo suficiente del precedente jurisprudencial, retomando como límite formal a la excepcionalidad lo establecido en el artículo 214 constitucional, impidiéndose la suspensión de los derechos humanos y de las garantías fundamentales, haciendo referencia, nuevamente, a todas las disposiciones internacionales sobre la protección de los derechos humanos, lo que conduce, como en la sentencia C-556 de 1992, a la aplicación del artículo 93, como criterio interpretativo.

Sin embargo, en este punto, la Corte Constitucional añade un elemento distinto, el cual corresponde al principio de la intangibilidad de los derechos, el cual también está consagrado en la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, donde se recogen ciertas garantías fundamentales, tanto del ordenamiento interno como de los múltiples instrumentos internacionales, que no pueden ser suspendidas ni restringidas en la excepcionalidad, es decir, deben permanecer incólumes en todo momento, añadiendo una restricción al poder ejecutivo que va más allá de la literalidad del artículo 214, que solo hace referencia a la suspensión, más no a la restricción de los derechos fundamentales, lo cual entrará a distar del análisis realizado en la C-556 de 1992, donde se anunciaba que la Constitución Política, a través de una lectura sistemática, era suficiente para entender las restricciones a la excepcionalidad.

Este punto, acerca a la Corte al precedente producido en la Sentencia C-466 de 1995, donde se deja sentado el valor axiológico de la Constitución Política y la importancia que tienen los derechos y garantías fundamentales. Aunque parezca una distinción que no se aleja mucho del precedente jurisprudencial, la realidad corresponde a un nuevo límite que tendrá ahora una causa distinta, contenida en la aplicación de una Ley Estatutaria, dotando de sentido las disposiciones constitucionales que resultaban insuficientes para una interpretación más garantista, en cuanto a la protección de los derechos fundamentales.

Ahora bien, dentro del precedente jurisprudencial objeto de análisis, se añaden principios más robustos, los cuales se ven desarrollados y dotados de sentido a través de la labor interpretativa de la Corte Constitucional. Estos *principios rectores de los estados de excepción*, como así fueron definidos en esta providencia, son los elementos que permiten establecer, y corroborar, la distancia que se tomó frente al precedente contenido en la sentencia C-556 de 1992, y que rescata el análisis basado en principios de la Sentencia C-179 de 1994. Estos principios corresponden a los siguientes:

1. **Principio de necesidad:** Como se anunció, la Corte Constitucional en este precedente no hace uso del principio de necesidad de acuerdo con lo establecido para el test de razonabilidad o proporcionalidad, por el contrario, este principio se deriva de la aplicación de los tratados internacionales, específicamente del artículo cuarto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – PIDCP, donde se especifica

que la necesidad debe entenderse como la situación que motiva al Estado para no cumplir con las obligaciones convencionales, pues la gravedad de la misma reviste en una posibilidad inequívoca que afecte directamente la independencia o seguridad de la Nación, o en palabras de la Corte Constitucional: “*sólo se entiende legítima la proclamación de un estado de excepción cuando se encuentra motivada en una situación de grave peligro de la vida de la Nación*”¹⁷⁵. Por lo tanto, el principio de necesidad se ve mucho más estricto, donde la excepcionalidad solamente podrá proclamarse cuando la situación crítica conduzca al peligro en la integridad del estado.

2. **Principio de proporcionalidad:** En este punto, el principio de proporcionalidad resulta idéntico al principio de idoneidad que se ha establecido en la jurisprudencia constitucional para el test de razonabilidad. Al igual que el principio de necesidad, la Corte Constitucional se basa en el precitado artículo del PIDCP, donde se consagra que las acciones o medidas que se tomen en virtud de la excepcionalidad, deben ser las estrictamente necesarias y suficientes, o en otras palabras, deben ser las idóneas, lo que constituye que éstas deben ser: i) congruentes con los demás principios constitucionales que buscan preservarse a través de la excepcionalidad, añadiéndose el respeto a las garantías fundamentales y los derechos humanos como condiciones que no pueden ser desconocidas en ningún momento; ii) las medidas o acciones, deben ser las únicas que puedan tomarse, es decir, no puede encontrarse en el ordenamiento jurídico una medida que resulte menos restrictiva y lesiva frente a los principios constitucionales, pues, si llegase a existir una medida con estas condiciones de menor lesividad, la declaratoria de excepcionalidad, y por lo tanto las medidas que se pretenden tomar, carecerían de legitimidad y de idoneidad.

3. **Principio de temporalidad:** Este principio, recoge las disposiciones constitucionales e internacionales sobre los estados de excepción, donde las medidas y acciones a tomar deben tener una temporalidad definida, la cual no solo estará condicionada a un límite temporal definido¹⁷⁶, sino que también tendrá una condición resolutoria, consistente en la cesación de las circunstancias excepcionales, lo que conduce a dos escenarios que deben tenerse en cuenta frente a este principio: la cesación de la amenaza o de la situación crítica debe ser corroborable materialmente, por lo que la declaratoria de la excepcionalidad no puede finalizar, ni alargarse indefinidamente, sin antes haberse hecho el respectivo estudio de las situaciones fácticas y materiales que condujeron a la misma, agregándose así un criterio de razonabilidad para que finalice, o se prorrogue, la situación excepcional, la cual deberá ser motivada igualmente por

¹⁷⁵ Ibidem.

¹⁷⁶ Dentro de las disposiciones constitucionales, específicamente el artículo 213, se tiene que, para el estado de conmoción interior, su temporalidad estará restringido a noventa (90) días, prorrogable únicamente por dos períodos iguales. Asimismo, frente al estado de emergencia social, económica o ambiental, el artículo 215 constitucional trae consigo sus propias reglas, las cuales circunscriben una temporalidad definida de treinta (30) días, que no podrán superar los noventa (90) días calendario, en un período de un año que, sin embargo, encuentra situaciones donde el estado de emergencia podrá ser prorrogado, como lo fue en el marco de la Pandemia del SARS – COVID-19, donde el ejercicio del control político resultó clave, ejercido por parte del Congreso de la República, en una clara distinción de la aplicación de la excepcionalidad en una situación realmente crítica y anómala.

parte del poder ejecutivo, y de la cual también deberá hacerse uso del control constitucional sobre el Decreto que decida sobre la excepcionalidad, como así se analiza en el precedente objeto de debate. Por otro lado, la Corte Constitucional hace énfasis en una interpretación que se desprende de esta condición resolutoria, la cual corresponde a que sí las condiciones materiales o fácticas que condujeron a decretar la excepcionalidad han disminuido, o se han atenuado de tal forma que pueda manejarse a través de las facultades ordinarias, se debe decretar la cesación del estado de excepción, lo cual es una clara muestra de la correspondencia que se tiene entre los principios de necesidad, proporcionalidad y temporalidad.

4. **Principio de legalidad:** Aunque con una referencia escueta, la Corte Constitucional incluye el principio de legalidad en las declaratorias de excepcionalidad, con la finalidad de advertir los límites que tendrán las facultades que se le otorga al poder ejecutivo, partiéndose de una base constitucional, a través del numeral tercero del artículo 214, el cual dispone: “3. *No se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado.*”, como también del respeto por las obligaciones internacionales contraídas por parte del Estado colombiano, que no podrán ser suspendidas ni reducidas en materia de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario o del Derecho Penal Internacional, lo que significa la proscripción de ciertas conductas tipificadas como delitos o crímenes de guerra, como también la observancia de los principios internacionales que rigen la materia.

Igualmente, en este punto cobra mayor relevancia el precedente constitucional, el cual tendrá la misma jerarquía constitucional que la Ley, lo que conduce a que, el principio de legalidad se haga extensivo a lo que la Corte Constitucional ya ha definido como límites al ejercicio de la excepcionalidad, como lo es la competencia sobre la misma, la reducida discrecionalidad del poder ejecutivo sobre el decreto de excepcionalidad y la intangibilidad de los derechos fundamentales.

5. **Principio de declaración o proclamación pública:** Este principio, desarrollado a través de una cláusula de publicidad y transparencia de las acciones del estado, corresponde a uno de los principios más importantes, pues todas las actuaciones que se surtan a través de las facultades extraordinarias deben ser conocidas con antelación, pues es un deber de la autoridad pública la comunicación y notificación de cada uno de los aspectos que comprenden la excepcionalidad, a saber: deben ser públicas las condiciones o situaciones críticas que conducen a la excepcionalidad, expresando los motivos, y justificándolos racionalmente, que llevan a la utilización de esta institución jurídica; asimismo, deben ser publicadas oportunamente, y notificadas mediante los medios más idóneos, todas las medidas y acciones que se tomarán para hacer frente a la situación crítica, máxime si se tiene en cuenta que pueden tratarse de medidas que contengan restricciones a derechos y garantías fundamentales. Este principio, está altamente relacionado con el principio de motivación de los actos administrativos, a saber, sí no son publicados todos los motivos de la excepcionalidad, el acto administrativo adolecerá de un vicio de forma que la Corte Constitucional deberá atender en su control previo y automático.

6. **Proscripción de investigación y juzgamiento de civiles por la justicia penal militar.** Para este principio, la Corte Constitucional recurre a lo dispuesto por el constituyente primario, frente a la prohibición del juzgamiento por parte de la justicia penal militar de los civiles, teniéndose en cuenta los antecedentes que se derivaron del *estado-de-sitismo* como se ha visto en el primer capítulo de la presente investigación. Asimismo, se confirma que la jurisdicción penal militar no hace parte de la rama judicial y, por el contrario, es un “*ámbito funcional especializado de la Fuerza Pública*”.

7. **Sistema de control:** Como último de los principios que regirán los estados de excepción, la Corte Constitucional anuncia, y desarrolla, el sistema de control que se aplicará para los estados de excepción, el cual se subdivide en dos tipos de control, a saber:

7.1. **Control jurídico:** Correspondiente al control realizado por parte de la Corte Constitucional frente a los decretos que declaran la excepcionalidad, y que son plasmados a través de las sentencias de constitucionalidad, como se puede evidenciar en los precedentes que se han traído en gracia de discusión. Este control busca ser de *carácter objetivo*, donde se analicen los aspectos de forma y de fondo de los decretos legislativos que expide el poder ejecutivo en razón de la excepcionalidad; dentro de estas consideraciones objetivas, la Corte Constitucional ha avanzado en la definición de una metodología que obedezca a los criterios y exigencias racionales que se esperan por parte de un tribunal de cierre, avanzando en cuanto a la rigurosidad argumentativa que denota la declaratoria de excepcionalidad. Los elementos constitutivos de este tipo de control fueron explicados con claridad en esta sentencia, dejándose como regla constitucional que, el control jurídico realizado por parte del Alto Tribunal constitucional, obedecerá los siguientes criterios:

“De esta manera los rasgos distintivos del control jurídico también han sido definidos por la Constitución: (i) el objeto de control son el decreto mediante el cual se declara el estado de excepción, los decretos legislativos mediante los cuales se adoptan medidas para conjurar la situación extraordinaria y los decretos de prórroga y levantamiento de los estados de excepción; (ii) se trata de un control automático y el Gobierno tiene el deber de enviar a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos declaratorios y los decretos legislativos de desarrollo que dicte en uso de las facultades extraordinarias para que ésta decida definitivamente sobre su constitucionalidad. En caso de incumplimiento del deber de remisión del Gobierno, la Corte oficiosamente aprehenderá su conocimiento de manera inmediata; (iii) es un control integral porque se verifica que los decretos examinados reúnan los requisitos formales y materiales señalados por los preceptos constitucionales; (iv) es un control definitivo pues una vez la Corte se pronuncia sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos éstos no pueden ser objeto de un posterior examen vía acción pública de inconstitucionalidad, (v) es un control participativo pues los ciudadanos podrán intervenir defendiendo o ata-

cando la constitucionalidad de los decretos objeto de control; (vi) el Procurador General de la Nación deberá rendir concepto (Arts. 214.6, 241.7 y 242 constitucionales).’’¹⁷⁷

7.2. Control político: Por otra parte, está el control político que deberá ser ejercido por parte del Congreso de la República, como la forma institucionalizada del poder legislativo que, en palabras de la misma Corte Constitucional, se constituye como la instancia: *“de representación que encarna la soberanía popular, es la sede adecuada para emprender el debate público sobre las razones políticas de oportunidad que subyacen a la declaratoria del estado de excepción y a las facultades ejercidas con base en ella’’¹⁷⁸*. La finalidad de este tipo de control corresponde a determinar la responsabilidad política que tendría eventualmente el Presidente de la República, junto con sus ministros, por las actuaciones que se llevaron a cabo en virtud de la excepcionalidad. Este control, como lo referencia la Corte Constitucional, corresponde a un control de *carácter subjetivo*, en contraposición del control jurídico, pues, aunque se parte de un control institucionalizado y jurídicamente regulado, depende exclusivamente de la voluntad del Congreso para su iniciación, trámite y la decisión sobre la imposición de una sanción o no.

Cada uno de los anteriores principios tienen una finalidad última, explicada en el principio del sistema de control, correspondiente a establecer una metodología específica y clara para la realización de un análisis sobre la declaratoria de los estados de excepción, cualquiera sea su denominación. Que la Corte Constitucional se haya detenido en la explicación de cada uno de estos principios, resultando evidente la insuficiencia que se presentaba antes de la consolidación de este precedente y de la expedición de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, denotan el interés que tenía la corporación por hacer respetar la Constitución Política y su integridad, buscándose materializar los postulados básicos sobre la división de poderes y el sistema de frenos y contrapesos.

Se toma como referente a este precedente por el mismo desarrollo que presentó en cuanto a la institución de principios claros que regirían la labor interpretativa de la Corte Constitucional, pero también por las conclusiones a las que se llegaron para declarar inexecutable el Decreto 3929 de 2008, donde, después de realizarse toda la valoración de los aspectos formales y de fondo sobre el decreto, acatando los principios anunciados, la Corte Constitucional decide realizar un juicio de ponderación entre el poder de policía en cabeza de la Presidencia, y la necesidad de adoptar medidas excepcionales, teniéndose en cuenta las pruebas y justificaciones presentadas en su momento.

¹⁷⁷ Op. Cit.

¹⁷⁸ Para este punto, la Corte Constitucional cita el precedente contenido en la Sentencia C-802 de 2002, que tuvo como Magistrado Ponente al doctor Jaime Córdoba Triviño, mediante la cual se analizó la declaratoria del estado de conmoción interior mediante el Decreto 1837 del 11 de agosto de 2002, es decir, recién iniciada la presidencia de Álvaro Uribe Vélez, donde fue declarado executable el decreto legislativo, salvo el artículo tercero del mismo, el cual pretendía excluir del control de constitucionalidad al mismo decreto que buscaba declarar el estado de conmoción interior, el cual se surtió de todas formas.

Para mayor claridad sobre la metodología empleada por la Corte Constitucional, se citará, directamente, la forma en que se realizó este incipiente *test de razonabilidad*, como también las conclusiones a las que se llegaron, mostrándose así el argumento utilizado en esta instancia. Para empezar, la Corte Constitucional plantea el test en las siguientes premisas, que fueron desarrolladas a lo largo de toda la sentencia:

“En la parte considerativa del Decreto 3929 de 2008 se consignan las siguientes manifestaciones acerca de la insuficiencia de los poderes ordinarios de Policía del Presidente para conjurar la crisis ocasionada por la parálisis en la administración de justicia:

- 1. Las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía son insuficientes para prevenir la salida de las cárceles de delincuentes y para conjurar la situación de grave perturbación creada por la parálisis judicial.*
- 2. Necesidad de incorporar al Presupuesto General de la Nación nuevos gastos y adoptar los mecanismos presupuestales y legales adecuados para financiar las erogaciones requeridas para conjurar la crisis.*
- 3. Necesidad de garantizar el normal y adecuado funcionamiento de la administración de justicia, afectado y agravado por la parálisis en la administración de justicia*

Para efectos del control que le incumbe a la Corte, estas referencias al juicio de suficiencia sobre las medidas ordinarias de policía pueden reformularse de la siguiente manera:

- 1. Insuficiencia de las atribuciones ordinarias del Presidente de la República para conjurar la grave perturbación del orden público (considerando 12).*
- 2. Insuficiencia de medios económicos disponibles para sufragar los gastos necesarios para superar la grave perturbación del orden público (considerando 13).*
- 3. Necesidad de medidas extraordinarias para garantizar el normal y adecuado funcionamiento de la administración de justicia (considerando 14). ”¹⁷⁹*

Si bien la Corte pudo recurrir a su mismo precedente para la realización del test de razonabilidad, y más específicamente encausó su actuación en los principios fijados en la Sentencia C-022 del 23 de enero de 1996, también pudo acudir, y no lo hizo, al precedente que ya definía los pasos del test y que, a su vez, dotaba de mayores herramientas argumentativas a los Magistrados Ponentes, para no dejar dudas sobre la aplicación que se pretendía fijar en el precedente¹⁸⁰. Aun así, dentro de las justificaciones posteriores, para

¹⁷⁹ Op. Cit. Consideración jurídica 6.2.3. **Juicio sobre la suficiencia de los poderes ordinarios de policía**

¹⁸⁰ Para lo anterior, pudieron aplicar la metodología descrita por parte del entonces Magistrado Ponente, Manuel José Cepeda Espinosa, en la Sentencia C-673 del 28 de julio de 2001, así fuera para determinar los elementos del test de razonabilidad, como también para indicar el tipo y la intensidad del test realizado, máxime si se tiene en cuenta que la precitada sentencia es considerada como una de las sentencias hito, en cuanto a la aplicabilidad del test de razonabilidad.

decretar la inexecutable, abundan elementos que pueden llevar a conclusiones y puntos de partida para entender la metodología aplicada:

“Puesto que el Presidente sólo puede ejercer las atribuciones extraordinarias que le concede el estado de conmoción interior ante la insuficiencia de las facultades ordinarias de policía para superar la grave perturbación del orden público, él tiene la atribución de realizar un juicio sobre la suficiencia de tales facultades ordinarias. Pero como esa atribución no es absoluta sino limitada, la Corte, a través de un juicio objetivo de ponderación, debe determinar la razonabilidad de esa apreciación, esto es, debe establecer si incurrió en una apreciación arbitraria o en error manifiesto.

Empero, el punto de partida del examen que realiza la Corte Constitucional lo constituye precisamente la apreciación presidencial sobre la insuficiencia de los poderes de policía para conjurar la situación crítica, por lo tanto aquí también se requiere que la parte motiva del decreto mediante el cual se declara el estado de conmoción interior contenga un elemento inicial: una valoración por parte del Gobierno nacional sobre los poderes de policía a su disposición y la precariedad de éstos para afrontar las graves y extraordinarias circunstancias que motivaron la declaratoria. El incumplimiento de esta carga se traduce en la ausencia de uno de los requisitos materiales de la declaratoria del estado de conmoción interior, falencia que a su vez transforma en arbitrario el ejercicio de la poderes excepcionales del Presidente ante la ausencia de elementos de juicio que permitan el control judicial de la declaratoria por parte del órgano competente.

Ahora bien, en la parte motiva del Decreto 3929 de 2008 sólo se hace alusión a que las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía son insuficientes para prevenir la salida de las cárceles de delincuentes y para conjurar la situación de grave perturbación creada por la parálisis judicial, al igual que a la necesidad de incorporar al Presupuesto General de la Nación nuevos gastos y adoptar los mecanismos presupuestales y legales adecuados para financiar las erogaciones requeridas para conjurar la crisis. Estas aseveraciones no constituyen una valoración sobre la insuficiencia de los poderes de policía en cabeza del Presidente de la República para sortear la situación crítica originada por el cese de actividades judiciales, sino una simple afirmación de la insuficiencia de tales poderes.

Al omitir tal apreciación, la declaratoria del estado de conmoción interior se convierte en un acto arbitrario que contraviene la Constitución, a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario ratificados por Colombia y a la Ley Estatutaria sobre los Estados de Excepción, pues el Decreto 3929 de 2008 carece de uno de los requisitos materiales de la declaratoria, el cual a su vez es uno de los elementos básicos que permiten la realización del control judicial en cabeza de la Corte Constitucional.”¹⁸¹ (Énfasis fuera de texto.)

¹⁸¹ Op. Cit. Consideración jurídica 8: *Test aplicable al análisis de la norma demandada.*

Como se pudo observar, la Corte Constitucional saca adelante el *test de razonabilidad*, a través de la aplicación de uno de los principios que prefijó en sus consideraciones jurídicas anteriores, correspondiente a que, en la declaratoria de excepcionalidad, siempre debería fijarse, y explicarse, el motivo por el cual las medidas ordinarias existentes se consideran como insuficientes, por parte del poder ejecutivo, para afrontar la situación crítica. Este elemento es un avance significativo en el precedente jurisprudencial y es el elemento distintivo de la Sentencia C-070 de 2009.

Para concluir, el test realizado se resuelve bajo la aplicación lógica de la “*substracción de materia*”, donde, al adolecer el Decreto 3929 de 2008 del elemento explicado por la Corte Constitucional, es decir, de no encontrarse un sustento lógico por el cual las medidas ordinarias de policía resultaban insuficientes y eran necesarias las medidas extraordinarias, contenido expresamente en la parte motiva del acto administrativo, se entendía que éste no podría declararse exequible y, en palabras de la Corte Constitucional: “(...) *la declaratoria del estado de conmoción interior se convierte en un acto arbitrario que contraviene la Constitución, a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario (...)*”

Aunque, como se anunció desde un principio, el juicio de ponderación realizado no obedecía a la rigurosidad que en este momento se espera de la Corte Constitucional, sí es un primer escenario de exploración, donde se está empezando a moldear la metodología que será utilizada de ahí en más, para evaluar las situaciones que pretenden ser pasadas como críticas o excepcionales, por parte del poder ejecutivo, para que le sean atribuidas las facultades extraordinarias que le permitan una gobernanza a la medida de sus intereses políticos. Este tipo de actuaciones, tendientes a cortar la posibilidad de prever la institución jurídica de la excepcionalidad como una herramienta para la gobernanza, diferencian las posturas de la misma Corte Constitucional, donde se ha avanzado hacia criterios racionales, impidiéndose la sobreutilización de los estados de excepción.

III. Conclusiones sobre el control de constitucionalidad en la declaración del estado de conmoción interior.

Del análisis jurisprudencial realizado, caben resaltar varias conclusiones a las que pueden llegarse, más allá de las referidas en el mismo acápite. En primera instancia, se observará una línea jurisprudencial sobre el desarrollo del precedente de la Corte Constitucional, con respecto a la exequibilidad de los decretos que buscaban establecer el estado de conmoción interior, donde se observará la metodología de análisis que empleó la Alta Corte, antes de la decisión de exequibilidad o inexequibilidad, pues vale más, para el resultado de la investigación, la forma que el resultado.

Posteriormente, se plantearán algunas observaciones sobre la metodología que empleó la Corte Constitucional, donde se resaltarán algunas propuestas que, inclusive, se encontraban en el estudio realizado del precedente, con la finalidad de sintetizarlos y llegar a una conclusión específica: a pesar de que el precedente más reciente de la Corte Constitucional establece una metodología que adopta el *test de razonabilidad*, como herramienta interpretativa, todavía falta consolidar ciertos aspectos procedimentales del test, para dotarlo de una identidad propia, digna de la institución jurídica que se pone en escrutinio con el control previo de constitucionalidad.

A. *Línea Jurisprudencial:*

A continuación, se expondrá una línea jurisprudencial con la finalidad de graficar el avance del precedente constitucional con respecto a la declaratoria del estado de conmoción interior. Este ejercicio tiene como objetivo: i) evidenciar los cambios en el precedente, como también ubicarlos en un espectro o campo de estudio que permita analizar las variaciones en las decisiones de la Corte Constitucional, evidenciándose que estos cambios no obedecen siempre a una progresión de carácter “racional”, entendida en una metodología definida; ii) asimismo, se buscará comprender las posturas que ha tomado la Corte Constitucional frente a la declaratoria de excepcionalidad, realizándose un recuento de las decisiones y los argumentos que conducen a la exequibilidad o inexecuibilidad de los decretos de excepción.

Para mayor comprensión de la línea jurisprudencial, se abordarán los precedentes analizados a través del *análisis dinámico de precedentes*, la cual es una metodología de interpretación aplicable a las decisiones judiciales, expuesta por el profesor Diego Eduardo López Medina (López Medina, 2006), en lo que ha sido, tal vez, su obra más significativa: *El derecho de los jueces*.

Es así como, siguiendo las enseñanzas de López Medina, resulta necesario comenzar por definir qué es una línea jurisprudencial y para qué utilizamos esta metodología específica. Atendiendo la primera pregunta, nos encontramos con la siguiente definición, la cual se tomará como punto de partida del análisis: “Una línea jurisprudencial es una idea abstracta. Para ayudar a ‘ver’ la línea jurisprudencial resulta conveniente graficarla.” (López Medina, 2006, pág. 141).

Pero esta idea abstracta, que se busca materializar a través de graficar y situar los precedentes jurisprudenciales ordenadamente obedece a una finalidad específica, la cual también es explicada por el autor precitado en los siguientes términos:

Puesta sobre un gráfico, una línea jurisprudencial es una pregunta o un problema jurídico bien definido, bajo el cual se abre un espacio abierto de posibles respuestas. Este espacio abierto, con todas las posibles respuestas a la pregunta planteada, es una estrategia conveniente para graficar las soluciones que la jurisprudencia ha dado al problema y para reconocer, si existe, un patrón de desarrollo decisional. El campo abierto que genera las dos respuestas extremas posibles hace que la línea sea, en sus extremos, bipolar.¹⁸²

Es decir, la línea jurisprudencial nos permite, como metodología específica, abordar un problema jurídico específico, como en este caso el uso excesivo de la excepcionalidad y del estado de conmoción interior, para comprender cómo se ha resuelto éste a través de las decisiones judiciales, para lo cual, se plantean dos posibles respuestas, que tienen que ser contrarias o extremas entre sí, o *bipolares*, para así determinar el espectro entre el cual se “mueve” la decisión judicial. Pero antes de entrar de lleno en los elementos del análisis dinámico de precedentes, es necesario acudir a otra de las razones por las cuales esta metodología resulta pertinente, la cual consiste en la idea que:

¹⁸² *Ibidem*.

La interpretación de sentencias aisladas no da una buena idea del desarrollo sistemático de la jurisprudencia y esto resulta crucial para entender el aporte del derecho de origen judicial a todas las ramas del derecho.

(...)

La lectura de sentencias individuales, sin sentido de orientación o agrupación, puede llevar al analista a una dispersión radical, con la consecuente incompreensión de los mensajes normativos emanados del derecho judicial. (López Medina, 2006, pág. 139)

Dicho de otra forma, el precedente judicial no puede entenderse como decisiones proferidas de forma aislada, sino que, por el contrario, cada decisión debe tener en cuenta los pronunciamientos anteriores, con la finalidad de guardar coherencia sobre el asunto a tratar, cuando se trata de casos análogos, como también para realizar ejercicios argumentativos completos, cuando el juez considera necesario alejarse, o distanciarse, del precedente sentado, obedeciendo las dinámicas cambiantes del derecho y de la sociedad.

Sí se tomase el precedente jurisprudencial de forma aislada, o individualizada, el análisis quedaría sin contexto, lo que llevaría a que las reglas identificables que ha producido el poder judicial, en este caso la Corte Constitucional, se entiendan como aplicables únicamente a contextos específicos y sin trascendencia futura. En cambio, sí se sigue con la metodología de análisis dinámico de precedentes, es posible identificar elementos estructurales, reglas y sub reglas, problemas de interpretación, como también la injerencia e influencia de las dinámicas sociales, la evolución de las demandas sociales y de las necesidades que se extraen de las mismas y el papel que juega el derecho para racionalizar y tratar de mediar, o de ser el *campo de batalla*, donde se resuelven los problemas de la sociedad.

Ahora bien, para comenzar con la realización de la línea jurisprudencial, es menester indicar cuáles son sus elementos intrínsecos, como también los pasos a seguir, de acuerdo con la metodología del análisis dinámico de precedentes. Para comenzar, la metodología propuesta se compone de tres pasos a seguir, a saber:

- i) Se debe crear un *patrón decisional*¹⁸³(López Medina, 2006), para lo cual se debe definir el período específico que se va evaluar que, en este caso y por la utilización del estado de conmoción a partir de la Constitución de 1991, será desde el año 1992 hasta el 2009. Igualmente, en este paso, se deberá definir cuál es el conflicto de intereses y los derechos que le sean relevantes, los cuales están enmarcados en el derecho que tiene el soberano, en cabeza del poder ejecutivo, de declarar el estado de conmoción interior y los controles a los que se ve sometido.
- ii) Posteriormente, es necesario *identificar las sentencias más relevantes dentro de la línea jurisprudencial*¹⁸⁴, dentro de las cuales se deberá hacer la distinción entre el tipo de sentencias, con la finalidad de establecer cuáles poseen un *peso*

¹⁸³ Para López Medina, este paso se describe como: “*acotar el patrón fáctico concreto (con el correlativo conflicto de intereses y derechos que le sea propio) que la jurisprudencia ha venido definiendo como ‘escenario constitucional’ relevante*”. Ibidem, pág 140.

¹⁸⁴ Ibidem.

*estructural fundamental*¹⁸⁵, es decir, cuáles sentencias se consideran como importantes para el análisis, categorizándolas en *sentencias hito*¹⁸⁶, que a su vez puede diferenciarse en *sentencias dominantes*¹⁸⁷, *sentencias fundadoras y consolidadoras de línea* y en *sentencias modificadoras o reconceptualizadoras de línea*¹⁸⁸.

- iii) Por último, se debe: *construir teorías estructurales que permitan establecer la relación entre esos varios pronunciamientos judiciales* (López Medina, 2006). Es decir, se deben crear, de acuerdo con el autor, *narraciones jurídicas sólidas y comprensivas*¹⁸⁹, expresadas en estudios rigurosos sobre el precedente, donde se identifiquen las reglas de interpretación que ha establecido la Corte Constitucional para el escenario objeto de análisis, para finalizar así con un *balance constitucional*, que permita *aplicar el derecho jurisprudencial a casos futuros*.¹⁹⁰ Este último paso, será la conclusión a la que se quiere llegar mediante esta metodología específica, explicándose cómo se ha venido consolidando el precedente jurisprudencial, llegando hasta su última expresión en la Sentencia C-079 de 2009.

Ahora bien, para explicar cuáles son los elementos estructurales de la línea jurisprudencial, como también para explicar el por qué se utilizaron y definieron de esta manera, se expondrá la misma, con los resultados propuestos, enumerando en *color rojo* estos mismos elementos, para mayor comprensión, para posteriormente definirlos:

- *Gráfica No. 2: Línea jurisprudencial sobre la declaratoria de los estados de conmoción interior.*

<p>1. ¿Existe una metodología específica, adoptada por la Corte Constitucional, para examinar los decretos que establecen el estado de conmoción interior, donde se limite el derecho que tienen el poder ejecutivo para decretar la excepcionalidad por estado de conmoción interna?</p>		
<p>2.</p> <ul style="list-style-type: none"> • La Corte Constitucional no aplica una metodología es- 	<ul style="list-style-type: none"> • C-004 de 1992*. • C-556 de 1992 	<ul style="list-style-type: none"> • La Corte Constitucional ha desarrollado una metodología específica, basada en el test de razonabilidad, para entrar a

¹⁸⁵ Ibidem, pág. 161.

¹⁸⁶ Definidas por el autor como aquellas que han: “*tenido consecuencias conceptuales profundas y duraderas en la configuración de una o varias líneas jurisprudenciales.*” Dentro de esta definición, se acepta el hecho que existan varias sentencias de este tipo, las cuales encuentran su analogía en los *leading case*. Ibidem, pág. 162.

¹⁸⁷ La cual corresponde a una subclasificación de las sentencias hito, donde, a través de la interpretación del investigador, se encuentra en ésta la: “*respuesta correcta y vigente para un problema determinado*”. Para este subtipo, solamente se acepta la existencia de una sentencia que se considera dominante. Ibidem.

¹⁸⁸ Aunque cada tipo de sentencia tiene una definición específica, a medida que se vayan abordando los precedentes jurisprudenciales propuestos en la línea, se irán explicando sus posiciones y el tipo de sentencia en que se puede clasificar.

¹⁸⁹ Ibidem. Pág 140.

¹⁹⁰ Ibidem.

<p>pecífica, basándose únicamente en la corroboración de los requisitos de forma y materiales, determinados por las pruebas aportadas por el poder ejecutivo, conduciendo a éste a una utilización del derecho a decretar la excepcionalidad que no está limitada objetivamente.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • C-031 de 1993. <li style="text-align: right;">• C-179 de 1994. <li style="text-align: center;">• C-300 de 1994. <li style="text-align: center;">• C-466 de 1995. • C-027 de 1996*. <li style="text-align: right;">• C-070 de 2009. <p style="color: red; font-weight: bold;">3.</p>	<p>examinar los decretos de excepción, junto con los principios constitucionales, la Ley y los tratados internacionales ratificados por Colombia. Por consiguiente, el poder ejecutivo se encuentra con un derecho limitado para decretar la excepcionalidad de manera objetiva.</p>
--	--	--

* Las sentencias marcadas con el asterisco corresponden a los fallos que pueden ser considerados como *no importantes*, pero que merecen un análisis independiente que se realizará en su debido momento.

Teniéndose en cuenta la *Gráfica No. 2*, se pueden entrar a considerar tres elementos necesarios para comprender el análisis dinámico de precedentes y la forma en que se ha graficado el resultado. Es así como, en el numeral primero, nos encontramos con la definición del problema jurídico, el cual corresponde a: *¿Existe una metodología específica, adoptada por la Corte Constitucional, para examinar los decretos que establecen el estado de conmoción interior, donde se limite el derecho que tienen el poder ejecutivo para decretar la excepcionalidad por estado de conmoción interna?*

Esta definición del problema jurídico enmarca los elementos descritos en el primer paso de la metodología, pues en su literalidad se enmarca el conflicto de intereses y los derechos que se ven enfrentados, haciéndose una relación directa entre ambos elementos, es decir, se contraponen, en la misma pregunta, el derecho que ostenta el soberano, encarnado en el poder ejecutivo, para decretar la excepcionalidad cuando se está ante una situación crítica, con la facultad que tiene la Corte Constitucional para limitar el ejercicio discrecional y arbitrario en el que podría caer el soberano.

Asimismo, López Medina ha definido el problema jurídico como: *“la pregunta que encabeza la línea de jurisprudencia y que el investigador intenta resolver mediante la identificación y la interpretación dinámica de varios pronunciamientos judiciales.”* (López Medina, 2006). Por lo tanto, también se buscará contestar a la misma pregunta o problema jurídico, más allá de establecer cuál es la interpretación y la regla jurídica que ha establecido la Corte Constitucional.

De esta misma forma, el numeral segundo, obedece a las *respuestas polares* que propone López Medina, las cuales, como se reitera, tienen como finalidad establecer el espectro donde el precedente se puede situar. Por esto mismo, se han definido dos respuestas, las cuales se ubican en cada uno de los espectros, a saber: en el lado derecho, se encontrará una postura más conservadora, donde se puede denotar menos injerencia del poder judicial, ofreciéndose como respuesta la siguiente: “*La Corte Constitucional no aplica una metodología específica, basándose únicamente en la corroboración de los requisitos de forma y materiales, determinados por las pruebas aportadas por el poder ejecutivo, conduciendo a éste a una utilización del derecho decretar la excepcionalidad que no está limitada objetivamente.*”.

Por otra parte, en el extremo izquierdo, se propone una respuesta que deviene de una concepción más inclinada al activismo judicial, donde se le da mayor relevancia a la labor del juez constitucional, donde se ofrece la siguiente respuesta: “*La Corte Constitucional ha desarrollado una metodología específica, basada en el test de razonabilidad, para entrar a examinar los decretos de excepción, junto con los principios constitucionales, la Ley y los tratados internacionales ratificados por Colombia. Por consiguiente, el poder ejecutivo se encuentra con un derecho limitado para decretar la excepcionalidad de manera objetiva.*”.

Situar el precedente entre estas dos preguntas, que en principio parecen distar de la forma en que ha procedido la Corte Constitucional para resolver las declaratorias de excepcionalidad por estado de conmoción interior, nos permitirán, posteriormente, comprender cómo ha ido evolucionando el precedente hacia una intervención más activa del juez constitucional, proponiendo elementos de análisis, como los principios derivados del test de razonabilidad, para poner límites específicos al ejercicio del poder discrecional en cabeza del poder ejecutivo.

Por último, en el numeral tercero, nos encontramos con el *espacio medio*¹⁹¹ entre las respuestas polares, el cual debe comprenderse como el espectro, campo o espacio definido en el que se moverán y ubicarán las decisiones judiciales. Siguiendo la descripción de la metodología propuesta por López Medina:

El espacio medio entre las respuestas polares permite identificar el lugar relativo de la jurisprudencia. Permite, por tanto, ubicar si la respuesta está situada en uno de los polos o cerca de ellos. Cada • representa la ubicación del precedente judicial.¹⁹²

Definidos los elementos de la línea de jurisprudencia, se comenzará el análisis relativo a la misma, definiendo, en primera medida, cuál es la *sentencia hito*, como también qué otro tipo de sentencias podemos encontrar en la misma, de acuerdo con la denominación y categorización propuesta en *El derecho de los jueces*.

Es así como, y después de todo lo discurrido en el acápite inmediatamente anterior, se tiene como resultado que la *sentencia hito* correspondería a la C-179 de 1994, no solo

¹⁹¹ Aunque, para este punto, López Medina no ha denominado de una forma específica a este *espacio medio*, situado entre las respuestas polares, puede comprenderse como el espectro decisional en el que se moverán los precedentes jurisprudenciales. La utilización del término “espectro” es un recurso narrativo que se utiliza en la presente investigación, haciéndose una analogía a la utilización que se le ha dado al concepto en la física, para describir la distribución de fenómenos naturales en un espacio determinado.

¹⁹² Ibidem. Pag. 142.

por la importancia que tuvo en su momento, al ser la sentencia por medio de la cual se analizaba la exequibilidad de la Ley Estatutaria de Estados de Excepción, sino también porque definió las primeras reglas que limitaban la discrecionalidad que tenía el poder ejecutivo, frente a la declaratoria de excepcionalidad.

Mediante este fallo, la Corte Constitucional explicó, a fondo, los principios orientadores que debían utilizarse al momento de decidir si un decreto de excepcionalidad cumplía, o no, con los requisitos formales y materiales exigidos por la Constitución Política. También, y de forma concurrente con el desarrollo de estos principios, se acercó la Alta Corte a una definición sobre la metodología a emplearse cuando se trataba de analizar la excepcionalidad, incluyéndose elementos del test de razonabilidad, que también quedaron explícitos en los principios orientadores de la Ley 137 de 1994.

Igualmente, la Corte Constitucional propuso, a través de este fallo, una aproximación más cercana al control de convencionalidad, cuando analizó la intangibilidad de los derechos humanos durante la excepcionalidad, proscribiéndose la posibilidad de suspenderlos mientras dure la situación crítica, lo cual sería validado con la declaratoria de exequibilidad del artículo cuarto de la Ley Estatutaria de Estados de Excepción.

Todas estas características, aunque resumidas, son las que conducen a establecer este precedente como el más relevante, siendo paradigmático y estableciendo la base conceptual que deberá observar de ahí en más. Además de esto, mediante este precedente se pretendió distanciarse del precedente constitucional que solamente verificaba, a modo de recuento, las pruebas aportadas por parte del poder ejecutivo para definir que se estaba ante una situación crítica, sin tener más elementos de análisis que una revisión material sobre las condiciones fácticas y su relación con dichas pruebas.

Ahora bien, dentro de los subtipos de sentencias hito, resulta más sencillo encontrar y categorizar como *sentencia fundadora de línea* a la Sentencia C-556 de 1992, por ser la primera de su tipo a la que se enfrentaba la Corte Constitucional, en materia de la declaratoria del estado de conmoción interior, pero también porque con ésta se empezaron a cimentar las bases metodológicas que emplearía esta corporación para limitar el poder discrecional que ostentaba el poder ejecutivo en ejercicio del poder excepcional.

Lo primero que abordó la Corte Constitucional, correspondió a la competencia que se tenía para analizar los elementos formales y materiales de los decretos de excepción, superando así la concepción que se había mantenido por parte de la Corte Suprema de Justicia, en el período del *estado-de-sitismo*, donde solo se entraban a analizar los elementos formales del decreto, lo que permitió la proliferación de la excepcionalidad. Esta postura, reiteró la posición que se había adoptado en la Sentencia C-004 de 1992, donde ya se había abordado este problema de competencia, donde la Corte Constitucional estableció:

*“Para el Procurador, no es de recibo la jurisprudencia de la Corte sobre la constitucionalidad de los Decretos 1970 de 1974, 2919 y 3748 de 1982 y 3405 de 1986, según la cual el análisis debe contraerse a los requisitos estrictamente formales. Estima que respecto del decreto que declara la emergencia, no es posible ni la inhibición (como lo sostenía el Ministerio Público), ni el control meramente formal (como lo sostuvo reiteradamente la Corte Suprema de Justicia). **En conse-***

cuencia, el control constitucional debe ser tanto material como formal recorriendo así la tesis que en ese sentido sostuvo desde 1974 el magistrado Luis Sarmiento Buitrago. Fundamenta su posición en los siguientes razonamientos:

1. **La tesis del control meramente formal, a más de contravenir los artículos 4, 215 y 241 de la nueva Carta, conduciría a una limitación que reduciría el papel de la Corte Constitucional al de una simple actuación notarial que además resultaría contraria a la prevalencia de lo material sobre lo formal, que manda el art. 228 de la Constitución.**

(...)

4. **Porque en tratándose de una atribución exceptiva como la que autoriza el artículo 215, atribución que, en el caso particular del Decreto 333 objeto de examen le permite al Ejecutivo convertirse constitucionalmente en legislador, asumiendo también de modo constitucional una competencia que de ordinario debería estar precedida de una ley marco expedida por el Congreso de la República en ejercicio de la atribución a que se refiere el literal e) del ordinal 19 del artículo 150 de la Carta, hace ineludible el control jurídico de la Corte Constitucional, tanto en el fondo como en la forma, no solo por la naturaleza exceptiva de la habilitación, sino también por el hecho de que es al Congreso al que, a voces del artículo 114 le corresponde, "hacer las leyes". Si en tiempos de paz económica, social o ecológica, la Corte ha de ser exigente en el análisis de las medidas dictadas al amparo de la Carta, con más razón en épocas de turbación del orden que dichos conceptos representan, no pudiendo restringir su función a lo meramente formal. Como se ha dicho con razón sobre este punto, el control debe ser integral o no tiene razón de ser. La competencia es sobre el fondo y la forma, para que la Constitución sea norma de normas y el control integral de constitucionalidad que la Carta postula, sea, en verdad, efectivo."¹⁹³ (Énfasis fuera de texto.)**

Después de definir esa competencia, y como elemento adicional, la Corte Constitucional realizó una crítica a la utilización del poder derivado de la excepcionalidad, y de su uso reiterado e histórico, como mecanismo o herramienta de gobernanza, como se vio en el acápite anterior. Sin embargo, en esta sentencia se llegó a la exequibilidad del decreto de excepción.

Una de las características, que aduce López Medina sobre las sentencias fundadoras de línea, corresponde a que estas: “estén plagadas de dicta y que, debido a su resolución reformista, expresen balances constitucionales sin vocación de permanencia dentro de la jurisprudencia” (López Medina, 2006, pág. 164). Como se ha visto en el acápite anterior, el precedente jurisprudencial efectivamente cambió de posición sustancialmente con el paso de los años, lo que confirma la característica anunciada por el doctrinante, que también específica que estas sentencias fundadoras de línea rara vez “sea una sentencia dominante o principal”.

Igualmente, con este precedente, se confirma otra característica de las sentencias hito, la cual consiste en que son: “fallos ampliamente debatidos al interior de la Corte; su im-

¹⁹³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-004 del 7 de mayo de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Cita extraída de dos partes de la sentencia, en principio, se cita las consideraciones del Procurador General de la Nación y, posteriormente para cerrar la cita, se trae a colación la primera consideración jurídica de la Corte Constitucional, sobre la competencia de la misma.

portancia estructural hace que sea más probable que susciten salvamentos o aclaraciones de voto por magistrados disidentes."¹⁹⁴, como así se ilustró con el salvamento de votom de los magistrados Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero, al que ya se hizo alusión.

Ahora bien, encontradas las sentencias hito, tanto en su sentido amplio como la correspondiente fundadora de línea, corresponde mencionar cuál o cuáles podrían ser las sentencias *dominantes*, las *reconceptualizadoras* y las sentencias que sean *consolidadoras de línea*.

Para comenzar, con la *sentencia dominante*, se propone que, en un primer momento del análisis, ésta debe corresponder con la Sentencia C-179 de 1994, por las razones que se expusieron anteriormente, como también por el peso específico que tiene este precedente en la consolidación de los principios que contiene la Ley 137 de 1994. Sin embargo, la sentencia dominante puede, de acuerdo con López Medina, concurrir con otra de las denominaciones de las sentencias contenidas en una línea jurisprudencial, lo que nos conduce, necesariamente, a observar en dónde estarían situadas las demás decisiones judiciales, qué categoría se les daría y, así, descubrir cuál sería la sentencia que mejor se acople a la definición que trae el autor para las sentencias dominantes, la cual corresponde a: "*Se trata de aquella sentencia que, según el analista, contiene los criterios vigentes y dominantes, por medio de los cuales la Corte Constitucional resuelve un conflicto de intereses dentro de determinado escenario constitucional.*" (López Medina, 2006).¹⁹⁵

Por consiguiente, situar a la Sentencia C-300 de 1994, dentro de la línea jurisprudencial, resulta ser una tarea un tanto controversial, toda vez que no es un precedente que constituya un retroceso frente a las respuestas polares que se proponen, pero tampoco significa un avance con respecto a la metodología y la aplicación de un análisis basado en principios constitucionales, similar o semejante al test de razonabilidad o proporcionalidad.

Debido a lo anterior, este precedente debe ubicarse en medio de las dos respuestas polares, pues éste consigue avanzar en la consolidación del precedente inmediatamente anterior, es decir afianza la interpretación que realiza la Corte Constitucional en la Sentencia C-179 de 1994, frente a la aplicación normativa de los principios de la Ley 137 de 1994, recurriéndose al control de convencionalidad que puede derivarse de la aplicación de su artículo cuarto, sin embargo, no tiene la suficiente fuerza argumentativa que permita confirmar los principios que se anuncian en el precedente anterior. Esta sentencia, por sus aportes en cuanto a la aplicación interpretativa a través de la Ley Estatutaria de Estados de Excepción, podría ser considerada como una *sentencia reconceptualizadora de línea*, por medio de la cual la Corte Constitucional adiciona un nuevo criterio interpretativo, esta vez normativo, que definirá la forma en que se realizará el análisis de ahí en más, pero que reitera la posición de la corporación con respecto a su precedente¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Ibidem. Pág. 165.

¹⁹⁵ Ibidem.

¹⁹⁶ Las sentencias reconceptualizadoras pueden comprenderse como aquellas en que "*la Corte revisa una línea jurisprudencial en su conjunto y la afirma, aunque introduce una nueva teoría o interpretación que explica mejor, a los ojos de la Corte, el sentido general que ha mantenido la línea a lo largo del tiempo. Se trata, por tanto, de esfuerzos de construcción conceptual que hacen parte de un poder que tiene la Corte de 'redefinir' la ratio decidendi de fallos anteriores.*" Ibidem.

De igual forma, la Sentencia C-466 de 1995, puede comprenderse y catalogarse como una sentencia **consolidadora de línea**, pues, a través de la misma, la Corte Constitucional confirma su interpretación sobre la competencia que tiene el poder ejecutivo para decretar la excepcionalidad, pero restringiendo este mismo y diferenciándolo de un poder netamente discrecional, para así soportar su tesis sobre la necesidad de decretar los estados de excepción por medio de circunstancias realmente críticas, las cuales deben ser presentadas ante dicha corporación con todos los elementos probatorios materiales, para que éstos puedan ser analizados en el control previo y automático. Este precedente, confirma la posición que tenía la Corte en las sentencias C-179 y C-300 de 1994, sin entrar a realizar un análisis de fondo de los principios, aun cuando el Magistrado Ponente era el mismo Carlos Gaviria Díaz, que fue ponente en la primera de las sentencias precitadas.

Para este punto, la jurisprudencia constitucional se encontraba claramente decantada en un punto medio, entre la utilización de una metodología propia basada en un tipo de test, donde se integraban los principios de la Ley 137 de 1994, y el análisis que históricamente venía realizando sobre las condiciones de forma y materiales sobre el decreto de excepcionalidad, lo que no permitiría decantarse por solamente una de las respuestas polares, hasta tanto no surgió la Sentencia C-070 de 2009.

Este último precedente, puede definirse a través de dos categorías ya analizadas, pues se trata de una sentencia que puede ser **reconceptualizadora de línea**, por todo el análisis de principios que trae consigo, como la inclusión de nuevos principios, donde se establece como tal una nueva metodología, pero, a su vez, reafirma el precedente constitucional que se venía intentando implementar desde la Sentencia C-179 de 1994, a través de la inclusión de los subprincipios de la razonabilidad o proporcionalidad, expuestos en la ley estatutaria.

Por la forma en que la Corte Constitucional desarrolla la sentencia, y siendo éste el último precedente identificable, que trae consigo una fuerte definición de los principios aplicables para la declaratoria del estado de conmoción interior, la Sentencia C-070 de 2009 debe compartir el lugar de **sentencia dominante**, junto con la C-179 de 1994. Sin embargo, y a falta de más precedentes, y de acuerdo con la definición para identificar a las sentencias dominantes, donde cobra importancia la vigencia y aplicación de las reglas jurisprudenciales que busca consolidar la Corte Constitucional, en un ejercicio analítico para la línea jurisprudencial, se debe decantarse por la sentencia C-179 de 1994, como sentencia dominante, por ser el precedente por medio del cual se puede derivar toda la interpretación que permitió al máximo tribunal de cierre constitucional presentar los principios que de ahí en más buscaría definir para los decretos de excepción.

Ahora bien, antes de cerrar con las conclusiones sobre la línea jurisprudencial, se debe pasar, someramente, sobre las sentencias que se han considerado como **sentencias no importantes**, únicamente con la finalidad de explicar el por qué se les da este tratamiento, pero aun así se incluyen dentro de la misma, por razones meramente académicas.

Tanto la Sentencia C-004 de 1992, como la C-027 de 1996, han caído dentro de la denominación de **sentencias no importantes**, para la presente investigación, obedeciéndose una definición conceptual que se deriva de la necesidad que se tiene, al momento de realizarse este tipo de ejercicios analíticos de seleccionar el precedente constitucional que tenga un peso específico dentro de la línea.

Aunque López Medina trae consigo una categorización específica para éstas¹⁹⁷, se debe disentir en la necesidad de ubicar a la Sentencia C-027 de 1996 en alguna de las categorías pues, como se ha reseñado en el acápite anterior, ésta sentencia tiene una clara connotación política por parte de la Corte Constitucional, donde ésta reafirmó su apoyo al poder ejecutivo, permitiéndose la declaratoria de excepcionalidad teniéndose como base el magnicidio de Álvaro Gómez Hurtado. Tratar de explicar racionalmente este precedente constituiría un error de apreciación frente a uno de los usos del derecho, conduciéndolo, necesariamente, a su reducción como una ciencia dura, donde no convergen diferentes argumentos sino únicamente los racionales, cuando este fallo puede ser un claro ejemplo del *efecto simbólico del derecho* (García Villegas, 2024), que describe Mauricio García Villegas, como también de la forma en que en éste se reúnen sentimientos políticos, que conducen a la concepción del derecho como un *campo de batalla* (Valencia Villa, 2010), como se anunció anteriormente por medio de Valencia Villa, donde pueden confluir pugnas de poder que no siempre pueden explicarse por medio de la razón.

Por esta razón, la Sentencia C-027 de 1996 merecería un análisis aparte, pues no se puede considerar como aquellas que permitan situarla dentro de las preguntas polares, a pesar que, dentro del mismo texto de la sentencia, se hace el respectivo análisis de forma y material, pero de forma escueta y con una clara intención de acompañar al Gobierno Nacional en un mensaje de rechazo a la violencia, pero que no distaba lo suficiente de otros magnicidios que habían sucedido, como tampoco de la violencia política como un elemento estructural del Estado colombiano.

Por otra parte, surge la misma dificultad de ubicar la Sentencia C-004 de 1992, pues, a través de ésta, la Corte Constitucional analizó, por primera vez, la competencia que ostentaba para revisar, tanto de fondo como de forma, la exequibilidad de los decretos de excepcionalidad. Sin embargo, la Sentencia C-004 de 1992 no versaba sobre un decreto de *estado de conmoción interior*, por el contrario, se trataba de la primera utilización de la excepcionalidad en vigencia de la Constitución Política de 1991, por la declaratoria del *estado de emergencia social y económica*. Esta dificultad metodológica, por la misma definición del campo de estudio hacía solamente los estados de conmoción interior, hace que este precedente resulte excluido, pero que, sin su presencia, no podría confirmarse una de las primeras reglas de competencia definidas por la Corte Constitucional.

Por lo anterior, aunque para la línea jurisprudencial no resulte, en estricto sentido, un precedente aplicable que verse sobre el mismo asunto, sí resulta un precedente útil que permite delimitar una regla constitucional, sin la necesidad de entrar a realizarse un análisis estático del precedente¹⁹⁸, pues su aplicación se deriva directamente de la Constitución Política de 1991, en sus artículos 214, 215 y 228. Aun así, su presencia está justificada en las mismas citas que realiza la Corte Constitucional, cuando en los precedentes subsiguientes a la Sentencia C-004 de 1992, se busca confirmar la competencia que se tiene frente a los decretos de excepción, como así lo confirma a través de la Sentencia C-070 de 2009.

¹⁹⁷ La diferencia entre los tipos de sentencias no importantes obedece a su categorización en tres tipos, a saber: *sentencias meramente confirmadoras de principio*; *sentencias argumentativamente confusas o inconcluyentes*; y *sentencias en exceso abstractas*.

¹⁹⁸ Para profundizar sobre esta metodología de análisis del precedente, se recomienda recurrir al mismo autor, López Medina, en su capítulo sexto del *Derecho de los Jueces*, comprendido desde la pág. 193 hasta la 264.

En conclusión, la línea jurisprudencial expuesta nos permite, de forma gráfica, comprender el precedente de la Corte Constitucional en materia del estado de conmoción interior, permitiéndose concluir que:

1. Aunque en un principio la jurisprudencia de la Corte fue prolífica, por la misma utilización de la declaratoria del estado de conmoción interior, no se estableció una metodología concreta para analizar dichos decretos. Por el contrario, el máximo órgano de cierre constitucional deambuló entre la imposición de una metodología basada en principios constitucionales y en el test de razonabilidad, y entre el análisis que históricamente se había realizado con respecto de los elementos formales y materiales del decreto que establecía la conmoción interior.
2. Sin perjuicio de lo anterior, el precedente constitucional ha sido lo suficientemente claro para avanzar en la restricción del poder que ostenta el Gobierno Nacional para decretar la excepcionalidad, fijando reglas constitucionales claras como puede ser la competencia que se tiene para analizar los elementos de forma y materiales, la rigurosidad argumentativa que debe tener el poder ejecutivo cuando se trate de fijar cuándo se está ante una situación crítica y, asimismo, establecer cuándo se estaría ante la imposibilidad de utilizar los medios ordinarios prefijados en el ordenamiento jurídico.
3. Lo anterior, nos conduce a la siguiente afirmación: a pesar de no existir una metodología clara y concisa, bastó con la negativa, en la mayoría de los casos, por parte de la Corte Constitucional, declarando la inexecutable de los decretos que buscaban situar la conmoción interior, para que esta figura cayera casi en desuso, siendo su último antecedente el intento realizado en el año 2009, a través del Gobierno de Álvaro Uribe Vélez.
4. Gracias a la labor de control judicial atribuida a través de la Constitución Política de 1991, la Corte Constitucional también avanzó en la identificación del discurso legitimador de la excepcionalidad. Al encontrar y definir el discurso que se había reproducido con la utilización del estado de sitio, se logró evitar su reproducción y multiplicación en el nuevo contexto normativo. Es decir, se intentó, con grandes aciertos, evitar que la excepcionalidad fuese utilizada como una herramienta estratégica para la gobernanza, llevando a la imposición de nuevas reglas y principios, basados en la argumentación y motivación racional de los decretos excepcionales, reduciendo la discrecionalidad con la que contaba el poder ejecutivo.

A pesar de estas conclusiones, que en principio puede ser positivas, pues se ha desincentivado el uso del estado de conmoción interior como herramienta para la gobernanza, la Corte Constitucional aún debe continuar con su papel activo, buscando que, en una próxima situación análoga, se respete el precedente jurisprudencial que se ha establecido y que tan buenos frutos ha dado para evitar que el poder ejecutivo adquiera prerrogativas o facultades extraordinarias, que excedan los límites razonables que se le han conferido con la Constitución Política de 1991.

B. Propuestas para mejorar la metodología de la Corte Constitucional para analizar el decreto de estado de conmoción interior.

Después de analizar la línea jurisprudencial que se propone para la observancia del precedente constitucional, frente a la declaratoria del estado de conmoción interior, surgen

ciertos cuestionamientos que pueden abordarse a manera de propuestas. La inclusión de los siguientes puntos, en el análisis que se realiza constitucionalmente, se plantea desde un punto de vista académico y de forma posterior a los casos que ya se han presentado, es decir, tiene una vocación prospectiva, teniéndose en cuenta que la jurisprudencia constitucional ha sido prolífica desde la última sentencia que analizó la constitucionalidad del decreto que pretendía la declaratoria del estado de conmoción interior¹⁹⁹.

Con lo anterior, se busca sentar una base predictiva sobre qué aspectos podría tomar en cuenta la Corte Constitucional, dado el caso en que el Gobierno Nacional, a través del Presidente de la República, pretenda utilizar la excepcionalidad para afrontar una situación crítica. Por ende, se proponen, a continuación, cuatro puntos que robustecerían el análisis constitucional, como también permitirían que el control previo y automático que realiza la Alta Corte tenga una base metodológica y analítica fuerte. Debe reiterarse que, para el objeto de la investigación, solo se propondrán elementos para el escenario de la declaratoria de conmoción interior.

1. “Individualizar” el test a aplicar.

Si bien se ha insistido en el avance que la Corte Constitucional ha tenido en su jurisprudencia, para el análisis de la constitucionalidad de los decretos de excepción, ha sido determinado por la Ley 137 de 1994 y sus principios orientadores, que están íntimamente relacionados con el test de razonabilidad o proporcionalidad, que la misma corporación ha desarrollado con tanto ahínco, resulta menester avanzar hacia una metodología específica para la excepcionalidad.

Lo anterior se fundamenta en la misma especificidad que tiene la institución jurídica de la excepcionalidad. Se debe partir de una base concreta donde se comprenda que la excepcionalidad, más que la facultad de otorgarle al Presidente poderes extraordinarios para asumir situaciones críticas, corresponde a una institución jurídica y política, por lo que utilizar la misma herramienta metodológica para dirimir los conflictos entre principios, como lo es el test de razonabilidad, sería atender solamente a una de las partes que la componen, es decir, con el test de razonabilidad solo se abordarían las medidas que se tomarían a través de la excepcionalidad, buscándose realizar un escrutinio sobre la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de las mismas, confrontadas con los derechos fundamentales con los que podría entrar en pugna.

Esto conduciría, en casi todas las instancias, a que la excepcionalidad no pueda, ni deba, ser decretada, pues dentro del test que ha propuesto la Corte Constitucional siempre se debe hacer referencia a la rigurosidad o *intensidad*²⁰⁰ del test a aplicar, siendo el nivel

¹⁹⁹ Téngase como último precedente en la materia la sentencia C-070 de 2009.

²⁰⁰ En la adopción de la metodología del test de proporcionalidad, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-673 de 2001, ha creado un sistema que podría denominarse como híbrido, el cual acopla diferentes herramientas traídas de la jurisprudencia extranjera, dentro de las cuales se encuentra la *intensidad* del test que debería aplicarse, distinguiendo entre tres niveles: i) leve, el cual se aplica como punto de partida, donde solo se analiza la legitimidad de la medida a adoptar y de la finalidad que se busca; ii) intermedio, el cual se utiliza cuando esté en entredicho el goce efectivo de un derecho que no tiene la categoría de fundamental y pueda verse afectado por una medida, la cual tendrá un indicio de ser arbitraria; y iii) estricto, el cual se aplica bajo diferentes condiciones de hecho como podría serlo la creación de un privilegio para una persona o un grupo de personas, cuando la medida a tomar afecte directamente los derechos fundamentales y, especialmente, cuando la medida se va aplicar en grupos que son objeto de especial protección constitucional, por encontrarse en categorías sospechosas de discriminación.

aplicable para la excepcionalidad el *test estricto*, esto porque a través de la excepcionalidad se busca dotar de un poder extraordinario al Presidente de la República, así sea transitoriamente, lo que significa otorgarle un privilegio al poder ejecutivo, para actuar de forma no prevista en el ordenamiento jurídico, lo cual es una de las causales o criterios para la aplicación del test estricto de proporcionalidad:

“Es así como la Corte ha aplicado un test estricto de razonabilidad en ciertos casos, como por ejemplo 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1° del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos prima facie afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio.”²⁰¹

Igualmente, y como se puede observar en el precitado apartado de la Sentencia C-673 de 2001, siempre que se adoptan medidas que puede afectar los derechos fundamentales, la Corte Constitucional debe aplicar un test estricto de proporcionalidad, con la finalidad de determinar que éstas generen la menor incidencia y tengan el menor impacto sobre los derechos reconocidos constitucionalmente. Para esto, se deberán analizar los siguientes elementos objetivos:

“Con respecto al test estricto de razonabilidad, los elementos de análisis de la constitucionalidad son los más exigentes. El fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, el test estricto es el único que incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto es el cuarto paso del test estricto de razonabilidad. Este exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida.”²⁰²

Debido a esto, resultan mayoritarios los precedentes donde la Corte Constitucional ha declarado la inexecutable del decreto que conlleva al estado de conmoción interior que, aunque no se cite de forma directa el precedente, o se utilice explícitamente el test de proporcionalidad en sentido estricto, siempre se hace alusión a la necesidad de la medida y su relación con los poderes que ya están reconocidos constitucionalmente.

Por consiguiente, decretar la excepcionalidad encontrará un límite claro, pero que puede resultar un argumento tautológico, toda vez que dentro de las mismas disposiciones constitucionales, en especial el numeral tercero del artículo 214, se proscriben la suspensión de los derechos fundamentales y todo intento de afectación de los mismos, en situaciones críticas, llevarían a la misma conclusión de la Corte Constitucional, la prohibición de decretar la excepcionalidad.

²⁰¹ Sentencia C-673 del 28 de junio de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica 7.2.

²⁰² *Ibidem*.

En conclusión, la institución jurídica de la excepcionalidad, se vería proscrita del ordenamiento jurídico, por los mismos valores y principios constitucionales ya reconocidos e interpretados por la Corte Constitucional. Si este fuese el resultado, por lo menos el *estado de conmoción interior*, debería ser reevaluado y eliminado de la Constitución Política, lo que solo podría hacerse a través de un Acto Legislativo concreto, el cual tendría, en un sentido natural, una oposición abierta y discutible en el Congreso de la República, como también por parte del poder ejecutivo, que se vería mermado en sus facultades.

2. Añadir elementos de análisis a través de las variables de impacto y habitualidad.

Para evitar juicios que conduzcan a la abolición de la figura de la excepcionalidad, o por lo menos en lo concerniente al estado de conmoción interior, porque se debe sostener el argumento que la institución como tal no es antidemocrática, pero su uso indiscriminado sí lo es, se deberán añadir nuevos elementos de análisis al test de proporcionalidad en sentido estricto, siempre que se utilice para analizar el decreto del estado de conmoción interior.

Estos elementos, que han sido ampliamente descritos en la presente investigación corresponden a las variables que deberían ser parte del ejercicio que realice cualquier autoridad para determinar si una situación es realmente crítica o no, haciéndose especial énfasis en el poder ejecutivo, el cual debería empezar a observar las situaciones críticas a partir del análisis, objetivo, sobre el *impacto* y la *habitualidad* de la situación crítica que conduce a la utilización del estado de conmoción interior.

Para lograr ese análisis objetivo, se deberán incluir, dentro de dichos análisis, elementos como estudios historiográficos, antropológicos e inclusive sociológicos sobre las situaciones que se buscan conjurar con la excepcionalidad. Solo con una vista realmente científica y holística sobre el impacto y la habitualidad del suceso considerado como crítico, se podría avanzar a un análisis de causas verdaderas.

Con esto, se busca distanciar los elementos que pueden resultar en una declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional, como podrían serlo traer una situación que históricamente ha sido un problema estatal, tratando de pasarla como crítica o excepcional, tal como podría serlo la violencia endémica de nuestro Estado. Igualmente, el debate ya no se centraría en la utilización de medidas excepcionales para conjurar estos elementos estructurales del Estado, sino que, por el contrario, deberían pensarse como facultades para atender problemas específicos, que pueden desprenderse de estos elementos estructurales.

Un ejemplo de lo anterior, podría encontrarse en la creciente adherencia o resurgimiento de las disidencias de las otrora denominadas Fuerzas Revolucionarias de Colombia – FARC-, donde sin duda se está ante una situación con un potencial impacto negativo, pero que su habitualidad permitiría concluir que no es una situación crítica, sino un incumplimiento sistemático de los Acuerdos de la Habana, tanto del Gobierno Nacional, como de los sujetos firmantes del acuerdo que se consideran como insurgentes.

Sin embargo, en una escalada del conflicto armado, que tenga como objeto de estudio una situación anómala, como un ataque terrorista de gran magnitud o la toma de una porción del territorio nacional sin precedente, conduciría a una eventual declaratoria del estado de conmoción interior. Todo lo anterior, debería ser visto a través de estas variables, donde

el Gobierno Nacional tendría que hacer un esfuerzo argumentativo lo bastante significativo, tendiente a explicar el por qué esa situación hipotética es diferente a la realidad que se vive en el país.

En conclusión, añadir elementos objetivos de análisis, que recaigan directamente como obligaciones para el poder ejecutivo, evitaría la proliferación de los discursos legitimadores que existen detrás de las declaratorias de la excepcionalidad, restándose la posibilidad de entenderla bajo su uso estratégico.

3. Exigir la inclusión de las medidas extraordinarias a utilizarse en los decretos que declaran la excepcionalidad.

Dentro de la razonabilidad que se desprende del deber de motivación de los actos administrativos, como principio rector del derecho administrativo y que debería aplicarse a los decretos de excepcionalidad, debería incluirse, además de los motivos y pruebas de la situación crítica, una propuesta de medidas extraordinarias que utilizará el poder ejecutivo.

A través de esta inclusión, el poder ejecutivo estaría evitando que la Corte Constitucional falle en abstracto con respecto únicamente a las causas de la excepcionalidad, añadiéndole una etapa más para la declaratoria de excepcionalidad. Esto también conduciría a la obtención de un marco jurídico delimitado sobre la actuación del Gobierno Nacional, donde se defina, con anterioridad, la forma en que se desarrollarían las prerrogativas extraordinarias, permitiéndose un mayor seguimiento, por parte de la ciudadanía y de la sociedad en general, sobre el poder que se ejerce en la excepcionalidad.

Por consiguiente, el control que se puede realizar sobre las actuaciones del poder ejecutivo, dejarían de tener esa condición inherente de ser un control subjetivo y posterior, que solamente puede ser ejercido a través de la moción de censura ante el Congreso de la República, para así obtener tintes de un control objetivo y justiciable, que permita ejercer un control judicial al momento de no cumplirse con las medidas que previamente se han definido, permitiéndose también la utilización de las acciones constitucionales, como podría ser la misma acción de cumplimiento.

A modo de propuesta, y de análisis prospectivo, el decreto de excepcionalidad serviría como un decreto marco, donde se definen las medidas que con posterioridad ejecutaría el poder ejecutivo, el cual deberá ser acatado bajo el principio de legalidad, incluyéndose y armonizándose otro principio constitucional que funge como límite a los poderes discrecionales. Igualmente, haría que el control judicial de estas medidas se vuelva extensivo sobre los medios ordinarios de defensa que ya tiene la ciudadanía, permitiéndose también la utilización de los medios de control, como podría serlo el medio de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho.

Añadir estos elementos, sobre la excepcionalidad, confirmarían su sujeción como institución jurídica, zanjándose las dificultades sobre su ubicuidad en el ordenamiento jurídico, permitiéndole reducir su capacidad como institución extrajurídica que encuentra su razón de ser en la utilización de un poder que tiene tintes políticos, pero que produce efectos jurídicos directos.

Igualmente, se recalcaría sobre el postulado de la soberanía en cabeza del pueblo, limitando el poder ejecutivo con controles efectivos, por medio de los cuales se reevaluaría

la vieja y anacrónica concepción *schmittiana* que sitúa al poder soberano únicamente en quien decide sobre la excepcionalidad.

4. Prever instancias de control institucional, de carácter objetivo, para el seguimiento de las medidas excepcionales.

De la mano de la anterior propuesta, el control sobre las medidas de excepcionalidad ya no estaría situado exclusivamente en un juicio de carácter subjetivo, sino que se avanzaría en la concepción de un control objetivo, derivado de la necesidad de congruencia y coherencia de las medidas, frente a la situación crítica que propone el poder ejecutivo y las formas en que presuntamente actuaría por medio de sus medidas previamente definidas.

Para este punto, cabe resaltar la situación en que las medidas adoptadas previamente no sean suficientes para conjurar la crisis, lo que resultaría no solo en un control sobre las mismas variables que utilizó el poder ejecutivo para decretar la situación excepcional, sino también en la capacidad y efectividad de las medidas que se adoptaron, lo que conduciría a confrontar uno de los elementos que poco se han explorado en la excepcionalidad, es decir, se buscaría confrontar las medidas con su resultado, como una clara muestra de la responsabilidad objetiva que tendría que empezar a evaluarse cuando se asumen facultades extraordinarias.

Todas las anteriores propuestas, también contarían con un elemento disuasivo, buscándose que la excepcionalidad no sea decretada con tanta facilidad, pues las consecuencias y responsabilidad sobre la misma ya no sería solamente en el ámbito político, del cual se puede escapar fácilmente, sino que podrían ser controladas en el ámbito jurídico, previniéndose la forma en que los gobernantes asuman responsabilidad por el ejercicio de un poder que no sería, a la larga, discrecional.

De esta forma, la inclusión de una fase previa para la declaratoria de la excepcionalidad en el poder legislativo no se vería como la única fórmula constitucional existente para la expresión de la soberanía popular en contra de las medidas y facultades extraordinarias que pueden desprenderse de la declaratoria de excepcionalidad, como así lo establece el tenor literal de los artículos 213 y 215 constitucionales.

Especial atención debe dársele al artículo 215, donde se prefijó una potestad que recaerá directamente en el Congreso de la República, y que únicamente se circunscribe al estado de emergencia, más no al estado de conmoción interior, la cual consiste en que:

“El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas.

El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno. En relación con

aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo.”²⁰³

Esta facultad, en un estricto sentido de la aplicación de la soberanía popular y del principio de representación democrática, debería ser ampliado para el estado de conmoción interior, pues el artículo 213 solamente se centró en delimitar la obligación que tiene el poder ejecutivo de remitir un informe motivado sobre las razones que condujeron a decretar la excepcionalidad. Con la ampliación de las facultades del Congreso en dicha materia, el poder ejecutivo tendría que analizar, de forma detallada y con mayor responsabilidad, las medidas extraordinarias que pretendiese emplear para hacer frente a una situación que genere la grave perturbación del orden público.

Igualmente, resultaría apropiado dotar al Congreso de la República de un control objetivo que ya existía en la Constitución Política de 1886 donde, a través del Acto Legislativo No. 1 de 1960, se condicionó la facultad que tenía el Presidente de la República para decretar el estado de sitio. En este sentido, el control de los decretos excepcionales se veía aumentado a través del segundo inciso del artículo primero de dicho Acto Legislativo:

“Artículo 1º. El Presidente de la República no podrá ejercer las facultades de que trata el Artículo 121 sino previa convocatoria del Congreso en el mismo decreto en que declare turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella, ya sea por causa de guerra exterior o de conmoción interna. Esta convocación se hará para dentro de los diez (10) días siguientes a la expedición de tal decreto. Si el Presidente no lo convocare, el Congreso se reunirá por derecho propio. En todo caso permanecerá reunido mientras dure el estado de sitio.

El Congreso, por medio de proposición aprobada por Mayoría absoluta de una y otra Cámara, podrá decidir que cualquiera de los decretos que dicte el gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias del estado de sitio, pase a la Corte Suprema de Justicia para que decida sobre su constitucionalidad. La Corte fallará dentro del término de seis (6) días, y si así no lo hiciera, el Decreto quedará suspendido.

La demora de los Magistrados en pronunciar el fallo es causal de mala conducta.”²⁰⁴(Énfasis fuera de texto)

Ahora bien, dentro del diseño institucional existente, se podría decir que se estaría replicando funciones que la Corte Constitucional ya ejerce a través del control previo y automático. Sin embargo, incluir nuevamente esta prerrogativa, dentro de las funciones del Congreso de la República, cuando sea decretado el estado de conmoción interior, podría generar un efecto positivo, en cuanto a ser un elemento que puede ser considerado como incentivo negativo para el Gobierno, y en especial para el Presidente de la República, que deberá pasar por todas las instancias del poder público, a través de las corporaciones más significativas, cada uno de los decretos que se pretendan hacer valer y que traigan consigo medidas represivas.

²⁰³ Artículo 215 de la Constitución Política de 1991.

²⁰⁴ Artículo primero del Acto Legislativo No. 1 de 1960.

Conclusiones.

Este recorrido genealógico y arqueológico, por la historia de la excepcionalidad, conduce a una mirada recrudescida de la misma institución que en un principio fue ideada para solventar momentos de crisis, extrayéndose los discursos legitimadores que se han empleado para justificar su uso estratégico, en detrimento de las mismas instituciones jurídicas que le dan cabida dentro de los Estados. Igualmente, permite encontrar unas reglas definidas para su utilización, resaltándose que, en la práctica de la excepcionalidad, muchas veces no se atiende el sentido literal consignado en el ordenamiento jurídico, sino que se busca atender la génesis del discurso por medio del cual se instituyó en primera instancia, a pesar de las diferencias contextuales, los avances jurídicos y la razonabilidad como elemento condicionador del derecho.

Se han traído a colación varios momentos históricos que nos permiten observar uno de los escenarios donde la excepcionalidad ha encontrado vigencia, el cual corresponde a la amenaza a la que se tiene que enfrentar quien ostenta un poder hegemónico. El enfrentamiento por el poder político está atado, casi de forma irrestricta, a la violencia, ya sea simbólica y dentro de los márgenes de instituciones racionales, como el derecho, o bien sea material, acudiendo a medios ilegítimos que solo pueden tratarse como represivos debido a la posición favorable de quien ostenta el poder del Estado.

La excepcionalidad ha sido una institución jurídico-política que ha desafiado el tiempo, teniendo como principal elemento de sostenimiento, desde sus inicios, brindar la posibilidad de una salida a las situaciones que las instituciones democráticas no pueden resolver por sí solas. Desde un comienzo se entendió esta institución como la vía de acceso al poder despótico y autoritario contenido en la figura de un gobernante, al que se le atribuyen unas prerrogativas especiales que le permiten realizar actuaciones que, en otras circunstancias, no podría imaginar; cobra mayor sentido el tránsito entre la concesión de unas medidas excepcionales a la consolidación de una dictadura, si se analiza bajo los lentes de la utilización estratégica del derecho. Por esto, la recurrencia a la historiografía tradicional, basada en un análisis estructuralista y consecuencialista, impediría observar la vigencia de los discursos legitimantes, que parecen escapar a las contingencias sociales, reproduciendo su significado en los distintos ordenamientos jurídicos, a pesar de sus diferencias ideológicas.

Más como un preludeo, como un paso previo, que como un requisito *sine qua non*, la excepcionalidad se tornó, en la modernidad, como la respuesta institucionalizada para permitir a las dictaduras, bien sean abiertamente declaradas o disfrazadas en un Estado endeble, acceder al poder hegemónico que, por medios democráticos, hubiese sido muy difícil de consolidar y sostener. Con lo anterior se quiere significar que, sin la injerencia de Paul Von Hindenburg, o de Mariano Ospina Pérez, y su utilización indiscriminada de la excepcionalidad, no se hubiese dado el ascenso de dos figuras que denotaron un poder despótico y dictatorial

Aunque los controles sobre estas situaciones son mínimos, cuando siquiera los hay, y eso permiten una alta tasa de represión y violencia, sin que puedan existir responsabilidades futuras frente a dichos actos, pero si consecuencias notorias, las decisiones tomadas bajo los modelos de excepcionalidad analizados conllevan a un mismo resultado: la exacerbación de las causas que produjeron en un primer momento la crisis. Si se analiza detenidamente cuáles fueron las consecuencias que siguieron a cada uno de los períodos donde se

produjo la declaratoria de excepcionalidad, se encontrarán resultados nefastos, donde solamente se amplió el poder discrecional que se tenía para supuestamente atender la situación crítica, generándose más violencia, más represión y modelos de gobierno cercanos, o directamente constituidos, como dictaduras.

Julio César acabó con los vestigios de la República Romana y empezó con la época imperial, la cual estuvo marcada por escenarios bélicos sin precedentes y con una variedad de gobernantes asesinados, incluyéndolo a él mismo, generándose una utilización del poder punitivo lo bastante alta para pensar que se estaba ante un imperio pacífico. Hitler condujo a Alemania, y junto a ella a toda Europa, a la guerra, donde no sólo perdió todos sus esfuerzos por establecer un régimen hegemónico con pretensiones de perpetuidad, sino que también acabo cometiendo cualquier cantidad de atrocidades, crímenes de guerra, y terminó por hundir a todo el continente, y a varias partes del mundo, en una miseria total debido a una guerra insostenible que causó millones de muertes, dejándose como legado la peor de las atrocidades de humanidad: *El Holocausto judío*.

Y por último, cada Presidente colombiano que utilizó la excepcionalidad prolongó el conflicto armado interno, haciendo transitar a todo un país por un sinfín de penas, por un tortuoso camino de guerra, masacres, ataques y represión a la población civil, exterminación de la oposición política y muchas otras consecuencias, que nos permiten concluir que la excepcionalidad, a pesar de pensarse como una herramienta para legitimar el uso de la violencia en escenarios controlados por la racionalidad y la legalidad, únicamente conducen a la misma naturaleza de ésta, más violencia e inestabilidad.

Lo anterior, nos conduce a preguntarnos dónde reside realmente la soberanía, como también a adelantar una conclusión sobre la precariedad que se observa en cuanto a la implementación de la máxima sobre la soberanía popular, la cual ha sido replicada en varias constituciones nacionales, llegándose a referir que la misma *reside en el pueblo*.

A partir de lo anterior, se presentarán las conclusiones investigativas a las que se apuntó desde la introducción, separándolas en dos aspectos fundamentales, que se pudieron enunciar a lo largo de todo lo discurredo: i) la excepcionalidad, cuando fue entendida como la regla para la gobernanza de un Estado específico, condujo necesariamente a la instauración de un régimen despótico y dictatorial, aun cuando se presente de forma solapada, distorsionada o inclusive enmascarada, en una utilización estratégica del derecho y del poder punitivo del Estado. Para esto, la excepcionalidad perduró gracias a la reproducción y multiplicación de su discurso fundante, a pesar de no encontrarse consignado explícitamente en las diferentes expresiones del derecho, bien sea una constitución que la avale, o en la decisión de un Senado que la legitime.

Asimismo, el ejercicio de la soberanía, como lo significó y conceptualizó en su momento Carl Schmitt (Schmitt, 1968), para referir que es soberano solo aquel que decide sobre la excepcionalidad, es una concepción que se ha venido superando con el trabajo en conjunto de la humanidad, desde lo jurídico, lo político y en general todas las ciencias humanas, para evitar recaer en la proliferación de Estados totalitarios. Estos esfuerzos, se ven traducidos en lo que se ha denominado, por el investigador, como una *soberanía intergeneracional*.

Por consiguiente, los estados de excepción han sido sumamente tergiversados, siendo esta una de las complicaciones anunciadas en el primer capítulo sobre el anacronismo de las

instituciones jurídico-políticas de antaño, llevándose a un punto que refleja más su uso estratégico, que su finalidad última. Basar los estudios sobre la misma en el avance de su formulación jurídica y, a partir de esto, compararlos simplemente en un desarrollo racional y progresivo, sería desatender su verdadera utilización y las estratagemas normativas que se pueden encontrar en los diferentes casos analizados, donde la excepcionalidad se convirtió en la regla para la gobernanza.

Pensar la excepcionalidad, dentro del marco teleológico por el cual fue pensada, y traída nuevamente en las constituciones modernas, no supone un reto difícil de comprender, pues bastaría con limitarse a enunciar y enlistar los regímenes en los que existe la figura, como también en replicar las investigaciones que se han realizado para delimitar las prerrogativas extraordinarias que pueden concebirse a los gobernantes, donde las conclusiones, por lo menos en los estudios sobre el derecho constitucional reciente advierte, serán siempre las mismas: los derechos humanos.

Y, en una mirada ingenua, está bien pensarse en ese límite y replicarlo, enseñarlo, analizarlo e inclusive comulgarlo. Pero la explicación se queda corta, más si se tiene en cuenta la regresión a la que se ha visto avocado el constitucionalismo, por la creciente y preocupante proliferación de regímenes extremistas, o que en el papel se muestran como detractores de las bases que se han creado con tanto ahínco para la preservación de los derechos humanos. Se tienen como ejemplo los casos de El Salvador, Estados Unidos y Argentina, donde se ha instrumentalizado la democracia para el acceso al poder de personas que representan los *antivalores liberales*, como si se estuviera en una especie de regresión al comienzo del siglo XX, pero esta vez situándonos en el primer cuarto del siglo XXI.

Por esto mismo, se deben realizar todos los esfuerzos posibles, desde la academia, para hacer una conceptualización mucho más clara de los eventos del pasado, con la finalidad última de no permitir el avance de concepciones retardatarias y abiertamente contrarias al esfuerzo realizado para evitar la vuelta de dictadores, o de personas que abiertamente actúan en contra de la dignidad humana, en busca de soluciones rápidas, que permitan la gobernanza de sus países, a costa de vidas humanas.

Como se ha visto, la excepcionalidad puede transformarse muy rápidamente en dictadura, y para esto se debe evaluar el papel que tiene el derecho, como un campo estratégico, donde se dan las luchas más intensas para encontrar los significados que nos permitan establecer un alto a la discrecionalidad de quienes han accedido al poder. Pensar el derecho de forma estratégica, teniéndose muy en cuenta los efectos simbólicos que se pueden desprender del mismo, nos permite reevaluar las acciones que, como ciudadanía, pueden llevarse a cabo.

El papel de los jueces se vería incompleto, o tal vez intrascendente, si no se llegase a concientizar a la ciudadanía sobre los límites claros que tienen sus gobernantes. No bastaría con preguntarse ¿esto lo puede hacer el Presidente? O ¿Quién puede controlar al poder ejecutivo una vez se expidió un Decreto con fuerza de Ley? Por el contrario, ya es tiempo de comprender el poder emancipador que puede predicarse del derecho, donde, a través de todas las acciones constitucionales disponibles, la movilización social y la utilización de los medios digitales para la masificación de las comunidades, se ataca directamente a la arbitrariedad. Pero, todo lo anterior, solo es posible si se conoce, comprende y estudia la historia de nuestro Estado, de nuestras penurias, de los límites a los que se

llegaron por la utilización indebida del derecho, al que se le dio una connotación de *herramienta de los poderosos*.

Dentro de la teoría constitucional y del Estado, siempre se hace referencia a uno de los conceptos que más trasegar y mutaciones ha tenido. La soberanía, como concepto abstracto, difícil de definir y con pretensiones de universalidad, corresponde a un término que constantemente se va construyendo, reconfigurando, negándose a sí mismo. Es cambiante, no depende de una fórmula exacta donde podamos cuantificarlo, determinarlo, expresarlo e inclusive simularlo. Es la expresión jurídica y política para denotar una idea. Es la herramienta lingüística que nos permite comunicar el fenómeno que tanto conocemos, que tanto estudiamos, que tantas preocupaciones nos genera. Es, por lo tanto, la forma en la que conceptualizamos el poder, más allá de sus propias expresiones y de su mismo concepto, es la forma en que nos alejamos de las definiciones filosóficas sobre el mismo, y lo circunscribimos a nuestras instituciones sociales, sin la necesidad de entrar en cavilaciones, en exposiciones complejas sobre teorías del poder, es, en última instancia, la forma en la que acoplamos el poder a nuestras concepciones jurídicas cotidianas.

La expresión *soberanía* es recurrente en las constituciones nacionales y en los instrumentos internacionales, con el fin de determinar el poder de los Estados-nación, como también de todas sus huestes y proles, en función de determinar hasta qué punto pueden ejercer sus capacidades y prerrogativas. También es la expresión para determinar el límite de los demás, hasta qué punto está permitido determinar la suerte de las personas que se han reunido, en una abstracción simbólica donde comparten sus expectativas de vida y los proyectos de una sociedad que materialice los valores que se quieren preservar, y que, al momento de constituirse y declararse como autónoma, o en su expresión moderna declararse como Estado, entrará necesariamente en conflicto con otras aglomeraciones sociales con igual vocación.

De esta forma, el papel del soberano no consiste únicamente en la decisión de emplear la violencia como mecanismo legitimado por un régimen jurídico para salvaguardar el orden social que se ha predefinido por la reunión de las voluntades de todos los que han decidido vivir en sociedad, como así lo ha definido Max Weber cuando habla del Estado soberano, entendido como: “*aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio reclama (con éxito) para sí el monopolio de la violencia física legítima*”²⁰⁵; sino que también es la expresión de quienes han tomado esta decisión para conservar lo que los une, tratando de resolver de forma pacífica sus disputas. Esto lo explica, de forma simple y a través de su obra *Política*, David Runciman (Runciman, 2014):

La labor del soberano consiste en tomar esa decisión en nuestro nombre: en decidir, de hecho, quién o qué amenaza la paz. Si todos nos avenimos a ello, el soberano tendrá la potestad de salvaguardar la paz, porque nadie podrá cuestionar la decisión que haya tomado. La soberanía es, por tanto, una especie de monopolio. No se trata estrictamente de un monopolio de la violencia, pues siempre habrá bolsas de violencia doméstica y criminal, incluso en las sociedades más pacíficas. La soberanía es, más bien, un monopolio del derecho a emplear la coacción de la fuerza como solución al conflicto humano. Es la potestad de legislar y de hacer

²⁰⁵ Max Weber citado a través de David Runciman en: *Política*, Madrid, Turner Publicaciones S.L., 2014. Pág. 50.

cumplir las leyes. Los soberanos son los únicos que pueden infligir daño a la gente sin tener que enfrentarse a represalias. (Runciman, 2014, pág. 29)

Asimismo, es la justificación de la acción política colectiva sobre las decisiones que toma quien, o quienes, ejercen dicha facultad. Es, realmente, el principio y el fin del poder. Principio, en el sentido orientador y determinante, pues quien es soberano cuenta con la aprobación de los demás para así serlo, teniendo que convencerlos a través de un poder pre-jurídico que, asimismo, será legitimado de forma precedente por el derecho y confirmado por esta vía, como ejemplo, las constituciones; y fin, porque, a través de esta aprobación, planifica y ejecuta, acorde a sus capacidades, intereses y recursos, un poder determinable y determinante, en un espacio definido. Esta definición está inspirada en la concepción que tiene Bauman (Bauman Z. , 2002) de la soberanía, que se resume en la capacidad que tienen los pueblos, como abstracciones de la conglomeración de cada uno de sus miembros, de:

(...) pronunciar juicios racionales y comportarse según los preceptos de la razón. Se pretendía que la libertad individual –la libertad de seguir el camino de la razón– encontrara un cimiento sólido en la capacidad de actuar de la especie, en la capacidad colectiva de la humanidad de corregir los errores y los descuidos de la naturaleza, así como los propios. El individuo nada más podía ser realmente libre – es decir, no un esclavo de sus pasiones y deseos prehumanos o inhumanos– dentro de la todopoderosa colectividad humana. (pág. 80)

Esto nos lleva a la idea de un poder existente pre-jurídico, existe una fórmula anterior al derecho que determinará quién ostentará la soberanía, para que, posteriormente, se escoja, a fuerza de legitimación, sí se tienen las facultades para ejercer el poder y materializarlo a través del derecho. Lo anterior busca significar que la soberanía puede expresarse, a su vez, dentro del principio de representación política, en el entendido que es la condición necesaria para que los pactos políticos tengan trascendencia y aplicabilidad. Esta idea, y recurriendo de nuevo a Runciman, se ve explicada a través de la teoría representativa que tuvo su génesis en el pensamiento *hobbesiano*:

(...) la idea de Hobbes de que la política se basa en un pacto entre individuos para que el soberano tome decisiones en su nombre se expresó mediante una de las palabras claves de la política moderna: ‘representación’ (...)

Pensar que el gobierno representativo podría dar paso a formas políticas más consensuadas e interactivas, como las que tenemos hoy, concuerda a la perfección con las ideas de Hobbes. Él no quería que olvidáramos que, para que exista un buen gobierno, primero debemos dar nuestro consentimiento para que nos gobiernen; el orden nunca puede invertirse. (Runciman, 2014, págs. 44-45)

Pero la soberanía no corresponde únicamente a una expresión del poder, es también, una institución jurídica, compuesta por diversos conceptos que, algunas veces, pasamos por alto al momento de definirla. Conceptos tan básicos como la estructura y funcionalidad de la sociedad, expresado bajo la pregunta de en qué sociedad queremos vivir y cómo funcionaría ésta. Por lo tanto, al preguntarnos sobre la soberanía, necesariamente nos preguntamos acerca de lo político y de los principios que lo rigen; nos preguntamos acerca

de la legitimidad, como fuente racional del poder, o pretende ser un concepto anterior a la misma soberanía y nos preguntamos sobre el principio de legalidad, expresado de diversas formas: en la ley divina, en las costumbres o en las mismas leyes creadas por nosotros mismos. De acuerdo con Bauman (Bauman & Bordoni, 2016), la soberanía debe comprenderse como:

(...) esa capacidad del soberano para no estar limitado por la norma de su propia creación y para establecer excepciones –y es en ese derecho y capacidad suyos para vincular o desvincular, para imponer tanto una norma como una excepción a la norma– donde reside la sustancia de la soberanía. (pág. 51)

Teniendo como preámbulo la dificultad intrínseca existente para definir a la soberanía, debemos partir de sus orígenes, de la construcción histórica entorno a ésta, donde se exponen distintos puntos de vista y nos lleva, necesariamente, a rastrear lo contingente en la evolución del concepto complejo con el que nos encontramos. Su significado ha tendido a evolucionar junto con las teorías políticas y del Estado, y por lo tanto con el constitucionalismo, variando en repetidas ocasiones, transformando las justificaciones que se han argumentado para el ejercicio del poder.

El repaso teórico que se expuso encontrará su justificación en unas de las máximas expuestas por Carl Schmidt para describir a la excepcionalidad: “*el soberano es quien decide sobre la excepcionalidad*”, siendo los estados de excepción la máxima expresión jurídica del poder en cabeza de una sola persona, claramente determinado por las relaciones derivadas del Estado como expresión política de una sociedad. Lo anterior puesto que, para las dictaduras o las formas de gobierno totalitarias, los actos que produzca su soberano, si sigue bajo la lógica de la legitimidad racional y de la soberanía en cabeza del pueblo, estarían desligados de todo derecho, pues obedecerían únicamente a su voluntad, contrariando así el acto que legitimó su ascenso al poder: un contrato social vinculante. La excepcionalidad sería, por lo tanto, ese tránsito entre la subsistencia de un sistema jurídico democrático y la imposición de una dictadura.

Por otro lado, resultó menester preguntarnos por la autoridad ejercida en la excepcionalidad, los cambios profundos que tuvo la soberanía expresada en las constituciones modernas, en una pugna no resuelta entre el por qué se permiten, aún, las manifestaciones anacrónicas, que debían ser resueltas al momento de expresar a través de formas jurídicas la racionalización del poder, y el cómo permanece la excepcionalidad con la última conceptualización sobre la fuente de la que proviene el poder estatal, es decir, la soberanía popular. El cambio que se propondrá, en la conceptualización de la soberanía, corresponderá a la existencia de una **soberanía residual** o **intergeneracional**, por medio de la cual se intentará explicar el fenómeno de la proliferación y sobreutilización de los estados de excepción, a pesar de contarse con todas las herramientas y mecanismos, al interior de los ordenamientos jurídicos, para enfrentar situaciones **críticas**.

Contrario a los capítulos anteriores, comprender la soberanía no corresponderá a un ejercicio histórico-analítico, donde se redunde en la evolución del Estado a través de distintas tradiciones políticas e ideológicas, partiéndose de una base concreta, la soberanía explicada desde la modernidad, pues a partir de Rousseau, se reevalúa el concepto y su importancia, teniendo ligeros cambios que estarán encaminados únicamente en definir en quién reside la soberanía, cambiando las formas por las cuales puede expresarse el poder del

soberano, sus fuentes de legitimidad, y los principios que lo atan a un ejercicio controlado y congruente con los valores sociales que buscamos preservar.

La tesis central que se quiso comprobar, a través de la misma excepcionalidad, corresponde a que la soberanía no siempre se expresa conforme a las formas legales que la definen y las ficciones jurídicas que la atan, por el contrario, busca el camino conforme encuentra un receptor adecuado, para ser ejercida libremente, sin que la vieja fórmula del principio de legalidad pueda contener el poder del soberano, bien sea en cabeza de una sola persona como en el caso de las dictaduras, o a través de la permisividad de una institución diseñada legalmente a la que se le dieron prerrogativas bastante amplias, como en el caso del Estado colombiano.

Lo anterior nos lleva a complementar lo sostenido en el primer capítulo, la excepcionalidad es la herramienta necesaria para dismantelar al Estado, para que puedan eliminarse de tajo los límites racionales a través de una institución jurídica que expresa la irracionalidad del poder, y que, lamentablemente, está contenida bajo proposiciones lógico-racionales que buscan justificarla, en una utilización netamente estratégica del derecho como discurso legitimador.

Partiendo de esta base, se intentó explicar, y analizar, las instituciones jurídicas que acompañan a la soberanía, inclusive antes de entrar a reconceptualizarla, para así comprender las implicaciones que tienen las expresiones soberanas a través de la excepcionalidad, comenzándose por el principio de legalidad y la legitimidad, hasta llegar al punto de la soberanía popular y la racionalidad moderna.

Reconceptualizar el concepto de soberanía corresponde a una tarea ardua que se escapa del objeto de estudio de la presente investigación. Sin embargo, sí es posible evidenciar que ésta ha cambiado, que no nos encontramos con el mismo concepto que fundó los Estados-nación modernos y, por el contrario, estamos ante una nueva soberanía, una que está supeditada al derecho positivo, a las experiencias pasadas con los totalitarismos, con los flagelos desprendidos de las guerras vividas en el siglo XX, a las crisis globales como el cambio climático, el aumento desproporcionado en la desigualdad y en las condiciones materiales de vida que reproducen pobreza, y se ven expresadas en problemas y necesidades sociales que se han extendido a largo de nuestros días.

Debido a esto, surge la necesidad de comprender el papel de la soberanía en escenarios de rigidez constitucional, donde las expresiones soberanas de los pueblos se delimitan en procesos constitucionales predeterminados y la autodeterminación de los pueblos resulta problemática y lejana debido a la razonabilidad impuesta por los sistemas internacionales, donde resulta imperioso observar las reglas creadas para categorizar qué es, o no es, un Estado, generándose, a su turno, la necesidad de los mismos, para obtener el reconocimiento de la comunidad internacional como sujetos del derecho internacional público, donde deberán acatar la racionalidad intersubjetiva desprendida de la comprensión, atención e interiorización de los sistemas y normas que se desprenden de los paradigmas del derecho internacional de los derechos humanos, participando en un proceso de globalización del derecho.

Ahora, se entrará a construir un nuevo concepto para la soberanía, entendida como la expresión de un pueblo para la determinación de una forma de vida derivada del consenso

racional de unas personas aglomeradas en una sociedad determinada, que crean, precisamente, una abstracción de carácter jurídico-política que denominarán Estado, y al que le entregarán el monopolio de la creación jurídica, es decir, entregarán parte de la soberanía que reside en sí mismos, como pueblo, para que esta entidad cree las leyes que serán aplicables a todos. Sin embargo, esta ficción denominada Estado, no podrá obviar los acontecimientos y procesos históricos que determinaron su creación y utilización, siendo éstas las razones primigenias para la creación de un pacto social que le dé vida, por lo que su expresión soberana se verá reducida y podrá estar predeterminada por los resultados de ejercicios similares, que ya surtieron toda esta etapa de formación del Estado, y que han establecido valores y principios con vocación de universalidad.

Cabe aclarar que, los procesos de creación y expresión de la soberanía, no pueden considerarse positivos ni negativos, pues no se está abogando por algún tipo de soberanía ni por las expresiones que se deriven para esto; por el contrario, se está ante un ejercicio de simple comprensión y descripción de un fenómeno jurídico relevante, que estará encaminado a explicar la sobreutilización de los estados de excepción como expresión soberana, en circunstancias donde poco se puede hacer uso de la capacidad de autodeterminación de los pueblos, teniéndose bases jurídicas, históricas, éticas, morales o axiológicas, sociológicas e inclusive políticas, que determinan la forma en que el Estado constitucional se desempeñará, a partir de una revisión de los sucesos históricos que cambiaron el paradigma del Estado, a partir de la segunda mitad del siglo XX.

Este tipo de soberanía podría expresarse en términos de *soberanía residual*, *soberanía de remembranza* o, como se preferirá denominar de ahora en adelante, como *soberanía intergeneracional*, la cual se comprenderá como el proceso mediante el cual el poder soberano se expresa teniendo en cuenta las lecciones aprendidas de las generaciones pasadas que vivieron el dolor de la guerra y los totalitarismos, el fascismo, el declive de la modernidad y el auge del capitalismo voraz y salvaje, que devino en la preferencia, ideológica y jurídica, del modelo neoliberal. Estas generaciones fundaron principios garantistas, en la búsqueda de evitar los flagelos vividos. Por lo tanto, la soberanía, como se ha venido estudiando, muta, pues pasa de ser la expresión de un pueblo para autogobernarse, bajo los preceptos que desee y creando a su voluntad las condiciones de vida en su territorio, para pasar a ser una expresión del conocimiento de generaciones conectadas por el dolor, el cual condicionará la forma en que se expresará la soberanía, pues la generación sucesora no podrá ignorar las bases racionales que se han establecido, impidiéndole que se aleje del primer pacto o contrato social, expresado en una constitución, que reivindica los valores y anhelos de justicia que se han conquistado después de luchas y revoluciones, queriendo eliminarse los “*sufrimientos indecibles de la humanidad*”²⁰⁶.

²⁰⁶ Esta expresión corresponde a la utilizada en el Preámbulo de la *Carta de las Naciones Unidas*, signada el 26 de julio de 1945 en la ciudad de San Francisco, el cual dispone lo siguiente:

“Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad, y con tales finalidades a practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos, a unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, a asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará; la fuerza armada sino en servicio del interés común, y a emplear un mecanismo internacional

Resulta, por lo menos gratificante y edificador que, desde el estudio del derecho, específicamente desde el derecho internacional público y el derecho ambiental, ya se ha avanzado en la construcción de una definición de *soberanía intergeneracional*, así sea expresada únicamente a través de un principio constitutivo de la *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, celebrada en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992. A través de este instrumento internacional, que describe perfectamente la razonabilidad intersubjetiva del ser humano, se fijó, como el tercero de sus principios rectores, que: “*El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.*”²⁰⁷

Pensarse en las generaciones futuras, no es solamente una tarea que recaiga en el derecho ambiental y en el análisis del desarrollo sostenible. Por el contrario, debería ser extensivo este principio a todas las expresiones de la soberanía, pues con este se busca enaltecer el compromiso ético que se desprende de todo ejercicio de creación del derecho, como también del valor axiológico que tendrían nuestras instituciones de gobierno.

Para acompañar lo anteriormente descrito, entre los flagelos vividos por la humanidad y su relación con el papel del derecho, se hace necesario partir de una teoría expuesta por Salvatore Natoli, explicada y resumida en el ensayo denominado como *Derecho y Dolor* (Ferrajoli, 2007)²⁰⁸. A pesar de presentarse como una teoría justificante para el derecho penal mínimo, y de carácter garantista del cual Ferrajoli es uno de los principales exponentes, dentro del ensayo se extiende la base teórica de la prevención del dolor a todo el derecho en general, teniéndose una vocación explicativa, donde se parte de la relación entre el *dolor infringido* y el *dolor sufrido*, para encontrarse la razón de ser o “*justificación del derecho*”. El dolor infringido, por una parte, corresponde al dolor que es producto de los hombres, de sus actuaciones tendientes a provocar el mal y de la violencia de la que es capaz, mientras que, su contraparte, el dolor sufrido, corresponde a las contingencias de tipo “*naturales*” que se derivan de la existencia y supervivencia de la especie que no son provocadas por actuaciones premeditadas por parte de sus congéneres.

Sí se parte de esta distinción, comprendiéndose y relacionándose históricamente con los sucesos vividos en el siglo XX, y que sus consecuencias se extienden hasta nuestros días, podría darse una explicación lógica para el desarrollo del Estado constitucional postmoderno, que buscaría, en última instancia, reducir a su mínima expresión tanto el dolor infringido como el dolor sufrido, como lo explica Ferrajoli a continuación:

para promover el progreso económico y social de todos los pueblos, hemos decidido unir nuestros esfuerzos para realizar designios.

Por lo tanto, nuestros respectivos Gobiernos, por medio de representantes reunidos en la ciudad de San Francisco que han exhibido sus plenos poderes, encontrados en buena y debida forma, han convenido en la presente Carta de las Naciones Unidas, y por este acto establecen una organización internacional que se denominará las Naciones Unidas.” (Recuperado vía internet a través de: <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/preamble>)

²⁰⁷ Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, disponible en: <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>

²⁰⁸ Ensayo de Luigi Ferrajoli, publicado en la revista *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 27 (octubre 2007), México: Instituto Tecnológico Autónomo de México. Pp. 195-204.

Estas dos figuras del dolor ofrecen una adecuada clave de lectura de las formas o de las líneas de desarrollo del moderno Estado constitucional de derecho. Podemos afirmar, de hecho, que todos los derechos fundamentales son configurables como derechos a la exclusión o a la reducción del dolor. Precisamente, los derechos de libertad, junto con el derecho a la vida y a la integridad personal –consistentes todos en expectativas negativas o en inmunidades de lesión– son interpretables como derechos dirigidos a prevenir el dolor infringido, o sea el mal provocado por los hombres, a través del derecho penal y la regulación y minimización de la reacción punitiva al delito. Por otro lado, todos los derechos sociales –a la subsistencia y a la supervivencia– pueden ser concebidos como expectativas positivas, o sea a prestaciones públicas dirigidas a reducir el dolor sufrido, en un sentido amplio natural, como las enfermedades, la indigencia, la ignorancia, la falta de medios de subsistencia. (Ferrajoli, 2007, pág. 195)

Ahora bien, la relación que existe entre la prevención, o mitigación, de estos dos tipos de *dolores* encuentran una relación con el concepto de soberanía, explicado desde la *limitación* de la misma, a partir de la *rigidez constitucional* que Ferrajoli explica como el resultado de las transgresiones permitidas, y perpetuadas, por parte de los Estados modernos y la instauración de los Estados totalitarios y el acontecimiento de los conflictos bélicos con repercusiones globales. Para superar las crisis derivadas de los conflictos entre los estos, la comunidad internacional, que se puede comprender como la reunión de Estados vencedores de la Segunda Guerra Mundial, que poco a poco fue adjudicando cada vez más simpatizantes, se propuso la utilización de un modelo jurídico de carácter positivista, donde se implementó una fórmula parecida a un gran contrato social entre Estados, que derivó en la creación de mínimos básicos a respetarse y reconocerse, es decir, se implementó una racionalidad común a partir de los derechos humanos:

Gracias al constitucionalismo rígido, de hecho, la mayoría, y por tanto la democracia política, dejan de ser soberanas y omnipotentes y encuentran límites y vínculos de derecho positivo en la forma rígida con que todos los derechos fundamentales –de los derechos de libertad a los derechos sociales– son estipulados y puestos a resguardo de su arbitrio.²⁰⁹

El respeto por estos mínimos básicos, la creación de una comunidad internacional dispuesta a respetarlos, con la implementación de distintos instrumentos internacionales para la creación de instancias judiciales y de organizaciones que velan para la protección de los derechos humanos, son la base para la ya mencionada racionalidad imperante e intersubjetiva que definirá la relación existente entre el derecho y la voluntad política de los Estados para la no repetición de escenarios que pongan en riesgo los principios y promesas de la modernidad, volcadas hacia una convivencia pacífica, donde se mitigue la violencia que puede generarse a partir del poder estatal. La soberanía, por tanto, se ve limitada o reducida a un campo de acción respetuoso de unos principios mínimos, que Ferrajoli únicamente expresa como límites a éstos desde una perspectiva que puede comprenderse como racional o *positiva*, en el sentido axiológica, pues se está procurando el respeto por la vida, buscándose, en última instancia, la erradicación del *dolor infringido*.

²⁰⁹ Ibidem, pág. 201.

Es así como se justifica la concepción de *soberanía intergeneracional*, entendiendo las limitaciones que se impusieron a la soberanía de los Estados modernos a la que Ferrajoli ha hecho referencia, donde se deberá entrar a explicar qué aspectos esenciales, o características distintivas que tendría, pues resulta crucial hacerse la diferenciación entre ésta y la soberanía contemplada en cada una de las constituciones nacionales, la cual proliferó bajo la concepción del Estado constitucional, social y de derecho, y donde se aboga por una soberanía popular, que no dista mucho del concepto moderno, en teoría, pero que, en la práctica, se aleja bastante, mutando a tal punto que sin comprenderse los límites a los poderes soberanos a partir de la proliferación de los derechos humanos, no es posible comprender cómo se ejerce el poder soberano en los Estados actuales. Se tiene que, las características de la *soberanía intergeneracional*, o residual, serían las siguientes:

1. Sería una soberanía condicionada: no solo por la rigidez de las constituciones contemporáneas, sino también por las experiencias y sucesos pasados, moldeada por lo ocurrido en el declive de la modernidad y de sus promesas incumplidas, siendo el producto de la deconstrucción del mismo concepto, resultándose una visión, si se quiere, *postmoderna* de la soberanía, aunque conservando los valores modernos como la racionalidad absoluta del ser humano, la idea de un progreso lineal de la historia y del desarrollo humano, la confianza total en el sistema democrático, participativo y representativo e inclusive en los preceptos del Estado social de derecho.
2. Correspondería a una soberanía eminentemente historicista: tendría una alta carga histórica, donde deberán prevalecer los estudios relativos a la historia y a la comprensión de la misma, dando como resultado que las expresiones soberanas deben ser producto de un análisis dialéctico del contexto social en el que se desarrollarán, junto con una comprensión reflexiva sobre los acontecimientos pasados en el siglo XX, donde no pueden dejar de observarse las condiciones que llevaron a los totalitarismos y al estado de violencia indiscriminada vivida en las guerras mundiales.
3. Será una soberanía relativa: en conexidad con el punto anterior, la soberanía intergeneracional será relativa al contexto social en que se desenvuelve, donde deberán observarse las condiciones materiales (posiblemente a través del materialismo histórico) que lo han determinado, pero también se deberán tener en cuenta los valores axiológicos y, por lo tanto deontológicos, que surgieron a partir de estas condiciones, como por ejemplo, el surgimiento de los derechos humanos, la capacidad de los Estados para defender estos postulados y el respeto que se tiene por el sistema internacional de protección de los mismos. Únicamente analizándose el contexto de respeto y protección de los derechos humanos será comprensible el nivel de soberanía residual o intergeneracional en el que se desenvuelve el Estado, generándose una paradoja jurídica y conceptual, pues, entre más respete el Estado el sistema internacional de los derechos humanos, menos capacidad tendrá para ejercer la soberanía nacional; mientras que, si el Estado se aleja de éste sistema, podrá ejercer una soberanía nacional sin límites predispuestos, pero que está en total contravía frente a un sistema de valores con vocación universal, como se verá en el ejercicio de derecho comparado que se propondrá en el siguiente capítulo.
4. Se basaría en la rigidez y determinismo del constitucionalismo contemporáneo: expresado a través del constitucionalismo interno, es decir de las constituciones

nacionales, como también del externo, en una clara expresión de la globalización del derecho constitucional, donde las expresiones de dicha soberanía se fundarán en la primacía de derechos mínimos a proteger, reconocidos en instrumentos del derecho positivo internacional y de un modelo constitucional predeterminado con *cláusulas democráticas rígidas* que no podrán no estar en las constituciones nacionales, basándose también en el *neoconstitucionalismo* que propugna por el reconocimiento del sentido ético del derecho, reivindicando, a su vez, el carácter eminentemente moral del mismo, lo cual puede encontrarse con visiones del poder disciplinario del derecho, siguiendo ideas foucoltianas. El fenómeno de la internacionalización del derecho constitucional, y de su contraparte la constitucionalización del derecho internacional será analizado en este punto, pues son expresiones de la vocación universal que se tiene de los derechos humanos, que podría entenderse en desmedro de la soberanía nacional de cada Estado.

5. Sería residual en sentido estricto: en el sentido en que no podría expresarse fuera del derecho y, por el contrario, deberá expresarse a través de los mecanismos jurídicos pactados inicialmente, en un contrato o pacto social primigenio, esperando que los cambios y demandas sociales, ante las inminentes necesidades generacionales, se efectúen a través de un mecanismo que solo expresa residualmente la soberanía, y que se ve predertimando por el respeto a unos valores expresados internacional e internamente.

Por último, la comprensión de la soberanía intergeneracional deberá propender por la proscripción, o por lo menos reducción a su mínima expresión, del estado de sitio o de cualquier manifestación que sea parecida, pues el marco legal internacional no permitiría la convivencia entre las medidas excepcionales, y totalmente arbitrarias y desproporcionales, que puede tomar el poder ejecutivo, con la única finalidad de “*combatir*” o, como se ha visto, “*eliminar*” al opositor político.

Cada vez más, se acercan las instancias internacionales a condenar este tipo de actuaciones. Sin embargo, y en contadas excepciones como el caso de El Salvador, la excepcionalidad sigue encontrando espacio, modos y justificaciones, donde no prima la racionalidad y comprensión de la intangibilidad de los derechos humanos, de todas y cada una de las personas, sino que se enaltece la gobernabilidad, a modo de justificación a través de unos fines que no distinguen los medios que se emplean.

Buscar explicar las razones de la excepcionalidad, a través de la soberanía, nos han permitido concluir que la misma se convirtió en la regla, a pesar de contemplarse jurídica y políticamente como la excepción. Su existencia, recurrencia y empleabilidad hacen que los gobernantes la prefieran, cuando se ven desbordados conforme a sus funciones inherentes, o cuando la capacidad institucional del Estado se ve acorralada, olvidándose, por un momento, que el mismo se ha creado para evitar la violencia y resolver de forma pacífica los problemas.

Este estudio genealógico tuvo como finalidad dejar expuesta esta falencia de los Estados modernos, con la simple vocación de aprender sobre el pasado, para así no replicar y justificar los modelos antidemocráticos. Aunque falta mucho por construir y analizar, esta investigación resulta el preámbulo de un problema mucho más grande, sobre el cual de-

berá volverse, para así comprender cuáles comprenderán las herramientas que, en un futuro, intentaremos emplear para hacerle frente a las manifestaciones de la arbitrariedad y del poder autoritario.

Bibliografía

- Agamben, G. (2019). *Estado de excepción*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora S.A.
- Arendt, H. (2008). *La promesa de la política*. Barcelona: Espasa Libros, S.L.U.
- Arias, R. (2000). Estado laico y catolicismo integral en Colombia. La reforma religiosa de López Pumarejo. *Historia Crítica. Universidad de los Andes*.
- Bauman, Z. (2002). *En busca de la política*. México D.F: Fondo de Cultura Económica.
- Bauman, Z., & Bordoni, C. (2016). *Estado de Crisis*. Barcelona: Espasa Libros, S.L.U.
- Beard, M. (2021). *Doce césares. La representación del poder desde el mundo antiguo hasta la actualidad*. Barcelona: Editorial Planeta S.A. .
- Brown, W. (2015). *El pueblo sin atributos*. Barcelona: Malpaso Ediciones S.L.U.
- Caballero, A. (2016). *Historia de Colombia y sus oligarquías (1498 - 2017)*. Bogotá : Ministerio de Cultura - Biblioteca Nacional de Colombia.
- Catalano, P. (2020). *Constitución Romana y pueblos de América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, I. C. (2022). *NO MATARÁS Relato histórico del conflicto armado interno en Colombia*. Bogotá: Comisión de la Verdad.
- Diamond, J. (2019). *Crisis, cómo reaccionan los países en momentos decisivos*. Barcelona: Penguin Random House Editorial, S.A.U.
- Fals Borda, O., Germán, G., & Umaña Luna, E. (2005). *La Violencia en Colombia. Tomo I*. Bogotá : Penguin Random House S.A.S.
- Ferrajoli, L. (2007). Derecho y Dolor. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 195-204.
- Ferrajoli, L. (2019). *Manifiesto por la igualdad*. Madrid: Editorial Trotta S.A.
- Fix-Zamudio, H. (2004). Los estados de excepción y la defensa de la constitución. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 801-860.
- Foucault, M. (2013). *La arqueología del saber*. Ciudad de México: Siglo XXI Editores S.A. .
- García Villegas, M. (2020). *El país de las emociones tristes*. Bogotá: Editorial Planeta S.A.

- García Villegas, M. (2024). *La eficacia simbólica del derecho*. Bogotá: Editorial Planeta Colombiana S.A.
- Gutiérrez, F. (2014). *El orangután con sacoleva: cien años de democracia y represión en Colombia (1910-2010)*. Bogotá: IEPRI: Debate.
- Jellinek, G. (2000). *Teoría general del Estado*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Hobsbawn, E. (1994). *Historia del siglo XX*. Barcelona: CRÍTICA Grijalbo Mondadori S.A.
- Lemaitre Ripoll, J. (2009). *El derecho como conjuro: Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- López Medina, D. E. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis Editores S.A.
- Marquardt, B. (2016). *Historia constitucional comparada de Iberoamérica. Las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Marquardt, B. (2017). *Ius Contra Bellum: la promoción del potencial humano a la paz mediante el derecho público recorrido del último milenio*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Pardo Motta, D. N. (2008). *Laureano Gómez Castro y su proyecto de reforma constitucional (1951-1953)*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Polibio. (2018). *Historia de Polibio, Tomo II*. Madrid: Biblioteca Clásica Luna.
- Rodríguez Ortega, J. A. (1996). *Curso teórico práctico de metodología de la investigación jurídica*. Bogotá: Fundación Universidad Autónoma de Colombia.
- Runciman, D. (2014). *Política*. Madrid: Turner Publicaciones S.L.
- Schmitt, C. (1968). *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Revista de Occidente, S.A.
- Todorov, T. (2010). *La conquista de América: el problema del otro*. México D.F.: Siglo XXI Editores.
- Valadés, D. (2021). *Constitucionalismo crítico: ideas para la transición constitucional en la era post COVID-19*. Ciudad de México: Siglo XXI Editores.
- Valencia Villa, H. (2010). *Cartas de Batalla. Una crítica al constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Panamericana Editorial.
- Vallejos, A. S. (2014). La dictadura en la República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional. *Revista la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP)* (73), 411-424.
- Vargas del Campo, J. R. (2021). *Mecanismos de intervención del Gobierno en el proceso de formación de la ley. Una constante en el constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Villegas, M. G., & Uprimny, R. (2005). ¿CONTROLANDO LA EXCEPCIONALIDAD PERMANENTE EN COLOMBIA? UNA DEFENSA PRUDENTE DEL CONTROL JUDICIAL DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN. En M. Carraud, & M.-J. Bernard, *Justice et démocratie en Amérique latine*. Grenoble: Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble. Obtenido de

<https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2005/12/Controlando-la-excepcionalidad.pdf>

Zaffaroni, E. R. (2015). *Las palabras de los muertos: conferencias de criminología cautelar*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

Fuentes legales utilizadas por orden de aparición:

Declaración de la Asamblea Constituyente de Antioquia en 1811.

Constitución de la República de Tunja de 1811.

Constitución de la República de Colombia de 1821.

Constitución Política de Colombia de 1886.

Constitución Política de la República de Alemania de 1919 – Constitución de Weimar.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Decreto 3518 del 9 de noviembre de 1949.

Decreto 3520 del 9 de noviembre de 1949.

Decreto 2207 del 7 de julio de 1950.

Decreto 247 del 4 de octubre de 1957.

Decreto 3485 del 23 de noviembre de 1950.

Decreto 2663 del 5 de agosto de 1950.

Acto Legislativo No. 1 de 1960.

Decreto 1288 del 21 de mayo de 1965.

Decreto 1289 del 21 de mayo de 1965.

Decreto 3398 del 24 de diciembre de 1965.

Ley 141 de 1961.

Ley 27 de 1963.

Decreto 2131 del 6 de octubre de 1976.

Decreto 2195 del 18 de octubre de 1976.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia del 2 de diciembre de 1976, Magistrados Ponentes doctores José Gabriel de la Vega y Álvaro Luna Gómez.

Decreto 329 del 18 de febrero de 1977.

Corte Suprema de Justicia de Colombia – Sala Constitucional, Sentencia del 17 de marzo de 1977, Magistrado Ponente: doctor Eustorgio Sarria.

Decreto 2004 del 26 de agosto de 1977.

Decreto 1923 del 6 de septiembre de 1978.

Corte Suprema de Justicia de Colombia – Sala Plena, Sentencia del 30 de octubre de 1978, Magistrado Ponente: doctor Luis Carlos SÁCHICA.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-179 del 13 de abril de 1994, MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-004 del 7 de mayo de 1992 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Ley 137 de 1994.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-022 del 23 de enero de 1996, MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-556 del 15 de octubre de 1992. (Sala Plena Corte Constitucional).

Decreto 1152 de 1992.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-300 del 1 de julio de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Decreto 874 del 1 de mayo de 1994.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-466 del 16 de agosto de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Decreto No. 1370 de 1995

Decreto 1793 del 8 de noviembre de 1992

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-027 del 29 de enero de 1996, M. P. Hernando Herrera Vergara.

Decreto No. 1900 del 2 de noviembre de 1995

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-070 del 12 de febrero de 2009, MP. Humberto Sierra Porto y Clara Elena Reales Gutiérrez.

Decreto 3929 del 9 de octubre de 2008.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-673 del 28 de junio de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Decreto 333 del 6 de abril de 2021.

Decreto 2591 del 19 de noviembre 1991.

Carta de las Naciones Unidas, signada el 26 de julio de 1945 en la ciudad de San Francisco

Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Rio de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992

Anexo Único.

Dentro de la tesis de investigación denominada “*EL PODER EJECUTIVO Y LA SOBERANÍA: EL ESTADO DE SITIO COMO MODELO DE GOBERNANZA EN EL SISTEMA PRESIDENCIALISTA COLOMBIANO DEL SIGLO XX.*”, se presentan el siguiente documento denominado como *Anexo Único*, el cual compila los Decretos proferidos por el poder ejecutivo, a lo largo del siglo XX, en el marco de la utilización de las facultades extraordinarias derivadas del estado de sitio, que fueron citados y utilizados como referencia en la investigación. Su presentación se realizará de acuerdo con el orden de aparición.

Cabe aclarar, antes de empezar con la referenciación necesaria a cada uno de los decretos, que éstos se encuentran recopilados dentro del Sistema Único de Información Normativa – SUIN- el cual es un aplicativo web que hace parte del portal del Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia, siendo esta la fuente de consulta de cada uno de los mismos.

1. Decreto 3518 del 9 de noviembre de 1949:

“El Presidente de la República de Colombia,

en uso de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, y en cumplimiento del mandato del artículo 120, ordinal 7° de la misma Constitución, y

CONSIDERANDO

1°. Que según informaciones oficiales recibidas por el Gobierno, procedentes de varias regiones del país, se están consumando graves atentados contra el orden público, que han llegado en algunas de ellas al ataque a las autoridades legítimamente constituidas.

2°. *Que los hechos aludidos constituyen seria amenaza para las personas y los bienes de los asociados, que la autoridad está obligada proteger.*

3°. *Que los hechos enumerados en los considerandos anteriores han creado grave conmoción interior.*

4°. *Que el gobierno ha tomado las medidas a su alcance para el manteniendo del orden, pero, dada la magnitud y gravedad de los hechos, se hace necesario declarar turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, a fin de cumplir debidamente los deberes que en las presentes circunstancias le señala la constitución, y*

5°. *Que el Consejo de Estado fue oído por el Gobierno, de conformidad con el artículo 122 de la Constitución,*

DECRETA

Artículo primero. *Declarase turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional.*

Artículo segundo. *Este Decreto rige desde su expedición.*

Dado en Bogotá a 9 de noviembre de 1949.

Comuníquese y Publíquese:

MARIANO OSPINA PEREZ ”

2. Decreto 3520 del 9 de noviembre de 1949:

“El Presidente de la República de Colombia,

en uso de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional y el numeral 7° del artículo 120 de la misma, y

CONSIDERANDO:

Que por Decreto número 3518, de 9 de noviembre de 1949, se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional;

Que en las presentes circunstancias el Gobierno considera incompatible con el estado de sitio la continuación de las actuales sesiones ordinarias del Congreso;

Que tal suspensión es indispensable para lograr el pronto restablecimiento del orden público;

Que igualmente no se compadece con el estado de sitio en las presentes circunstancias el funcionamiento de las Asambleas Departamentales actualmente reunidas;

Que asimismo la reunión de los Concejos Municipales constituye en la generalidad de los Municipios motivos de perturbación,

DECRETA:

Artículo primero. *Suspéndense [sic] las sesiones ordinarias del Congreso Nacional hasta la fecha que el Gobierno fijara cuando la situación del país lo permita.*

Artículo segundo. *Igualmente suspéndanse las sesiones de las Asambleas Departamentales y las de los Concejos Municipales, hasta la fecha que determine el Gobierno.*

Artículo tercero. *Este Decreto rige desde su expedición.*

Comuníquese y publíquese.

Dado en Bogotá a 9 de noviembre de 1949.

MARIANO OSPINA PEREZ.”

3. Decreto 2207 del 7 de julio de 1950:

“El Presidente de la República de Colombia,

en uso de las facultades que le confieren el artículo 121 de la Constitución Nacional y el numeral 7° del artículo 120 de la misma, y

CONSIDERANDO:

Que por Decreto número 3518 de 9 de noviembre de 1949 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional; y

Que no han desaparecido las causas que impusieron la suspensión de las sesiones del Congreso Nacional, ordenada por Decreto número 3520, de 9 de noviembre de 1949,

DECRETA:

Artículo primero. *Continuará aplazada la reunión del Congreso Nacional hasta la fecha que el Gobierno fije cuando la situación del país lo permita, a juicio del mismo Gobierno.*

Artículo segundo. Este Decreto rige desde la fecha de su expedición.

Comuníquese y publíquese.

Dado en Bogotá a siete de julio de mil novecientos cincuenta.

MARIANO OSPINA PEREZ”

4. Decreto 3485 del 23 de noviembre de 1950:

“El Presidente de la Republica Colombia,

en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 121 de la constitución Nacional, y

CONSIDERANDO

Que por Decreto número 3518 de 9 de noviembre de 1949 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la Republica;

Que uno de los peores males, así por su influjo en las costumbres políticas como por el desprestigio que para la autoridad acarrea, es el que procede de la promiscua representación del interés nacional o regional y la de meros intereses particulares;

Que el necesario imperio de la rectitud moral en los que tienen el cuidado de la comunidad se opone a toda actividad que no mire el interés general;

Que para el establecimiento del orden público es impone la necesidad de dar vigencia a los primordiales dictados de la ética administrativa,

DECRETA:

Artículo 1º. Los Senadores y Representantes principales, desde el momento de su elección y hasta cuando pierdan la investidura, no podrán hacer por si ni por interpuesta persona, contrato alguno con la administración, ni gestionar en nombre ajeno negocios que tengan relación con el gobierno de la Nación, de los Departamentos o de los Municipios.

Tampoco podrán, durante el lapso indicado, tener asociación profesional ni comunidad de oficina con personas que se ocupen en dichos contratos o gestiones.

Las prohibiciones anteriores comprenden a los Diputados en relación con el respectivo Departamento y Municipios que lo integren, y a los Concejales en relación con el respectivo Municipio.

A los suplentes de los Senadores, Representantes, Diputados y Concejales se aplicara lo dicho en este artículo, desde que entren a ejercer el cargo.

Artículo 2º. Los Senadores, Representantes y Diputados principales, durante las sesiones ordinarias y extraordinarias de las respectivas corporaciones, no podrán servir en ningún caso de apoderados o gestores ante las entidades y funcionarios oficiales y semioficiales del orden administrativo, ni ante las entidades y funcionarios de la Rama Jurisdiccional, incluyendo las jurisdicciones especiales de lo Contencioso - Administrativo y del Trabajo, aunque sean abogados inscritos, ni tampoco podrán realizar gestión alguna en nombre propio ante dichos funcionarios y entidades, sino que para ello deberán constituir apoderado.

Esta disposición se aplicara a los suplentes mientras ejerzan el cargo.

Artículo 3º. La contravención a lo dispuesto en los artículos anteriores producirá la vacante del cargo.

A solicitud de cualquier ciudadano, el Consejo de Estado, en Sala Plena, hará la declaración de vacancia cuando se trate de Senadores o de Representantes, y el respectivo Tribunal Administrativo, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 2046 de 1950, hará dicha declaración cuando se trate de Diputados o de Concejales.

Artículo 4º. Para los efectos del artículo anterior, el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos procederán conforme a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1204 de la Ley 105 de 1931, y el fallo que se dicte se comunicara a quien corresponda llamar al suplente, cuando sea el caso.

Artículo 5º. ningún empleado de entidades oficiales o semioficiales, que devengue sueldo y este obligado por razón de sus funciones a prestar servicio continuo durante las horas ordinarias de trabajo, podrá gestionar en nombre propio o terceros distintos de las entidades oficiales o semioficiales a que pertenezca, ante los funcionarios de la Rama Jurisdiccional, de lo Contencioso - Administrativo o del Trabajo, ni ante las entidades o funcionarios oficiales o semioficiales del orden puramente administrativo, sin perjuicio de que pueda constituir apoderado cuando tenga que gestionar en asunto propio.

La violación de este artículo producirá la vacante del cargo, si el infractor fuere empleado inamovible durante determinado periodo, y en los demás casos constituirá causal de destitución por mala conducta.

Artículo 6º. Ninguna persona podrá gestionar en nombre propio o ajeno ante el Ministerio o ante la entidad oficial o semioficial donde haya servido como funcionario o empleado, dentro del año siguiente a la fecha en que hizo dejación del cargo, salvo en lo relativo a prestaciones provenientes del mismo cargo desempeñado.

El que infringiere este precepto quedara inhabilitado durante dos años para desempeñar empleos públicos o cargos en instituciones semioficiales.

Artículo 7º. *Quedan suspendidas las disposiciones legales que sean contrarias al presente Decreto, el cual entrara a regir el día primero (1º) de enero de 1951.*

Comuníquese y publíquese.

Dado en Bogotá, a 23 de Noviembre de 1950.

LAUREANO GOMEZ”

5. Decreto 2663 del 5 de agosto de 1950²¹⁰:

“El Presidente de la República de Colombia,

en ejercicio de las facultades que le confiere el Artículo 121 de la Constitución Nacional, y

CONSIDERANDO:

Que según Decreto número 3518 de 1949, se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República;

Que según el Artículo 153 del Decreto 2158 de 1948, se autorizó al Gobierno para organizar una Comisión que elaborará una codificación de las disposiciones sustantivas del trabajo o que formulara un proyecto de Código sobre la materia;

Que por Decretos números 693 y 1934 de 1950, se creó la Comisión Redactora del Código Sustantivo del Trabajo y se amplió su término de duración, Comisión que ha presentado al Gobierno el proyecto de Código que se adopta en el presente Decreto;

Que es una necesidad inaplazable tener la República un estatuto orgánico de las disposiciones sustantivas del trabajo, que se encuentran en la actualidad dispersas en numerosas Leyes y decretos, lo que hace difícil su interpretación y cabal cumplimiento, porque muchos de esos preceptos son en veces contradictorios e inconexos;

Que es deber del Gobierno atender a la regulación normal de las relaciones laborales para mejor estar de las clases trabajadoras, con el fin de lograr la justicia social y el desarrollo de la economía nacional, a lo cual contribuye una acertada y completa legislación social, por cuanto el Derecho del Trabajo influye notablemente en el mantenimiento del orden público (...)”

6. Decreto 247 del 4 de octubre de 1957²¹¹:

²¹⁰ Debido a que el Decreto 2663 del 5 de septiembre de 1950 contiene el Código Sustantivo del Trabajo, y por su misma naturaleza jurídica corresponde a un texto sumamente extenso, no se realizará la transcripción total del mismo, dejándose solamente la parte considerativa, la cual es la que interesa directamente para la investigación.

²¹¹ Aunque no se ahondó en la investigación en el presente Decreto, el cual convocaba a un plebiscito para reformar la Constitución Política de 1886, por parte de la Junta Militar presidida por el General París, sí resulta útil y necesaria su lectura, para comprender las posteriores implicaciones del Frente Nacional.

“La Junta Militar de Gobierno de la República Colombia,

Interpretando la opinión nacional expresada en los acuerdos suscritos por los partidos políticos,

DECRETA:

Artículo único. *Convócase, para el primer domingo del mes de diciembre de 1957, a los varones y mujeres colombianos, mayores de 21 años que no estén privados del voto por sentencia judicial, el para que expresen su aprobación o improbación al siguiente texto indivisible:*

"En nombre de Dios, fuente suprema de toda autoridad, y con el fin de afianzar la unidad nacional, una de cuyas bases es el reconocimiento hecho por los partidos políticos de que la Religión Católica, Apostólica, y Romana es la de la Nación, y que como tal, los poderes públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social y para asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz, el pueblo colombiano, en plebiscito nacional,

DECRETA:

La Constitución Política de Colombia es la 1886, con las reformas de carácter permanente, introducidas hasta el Acto legislativo número 1 de 1947 inclusive, y con las siguientes modificaciones:

Artículo 1º. *Las mujeres tendrán los mismos derechos políticos que los varones.*

Artículo 2º. *En las elecciones populares que se efectúen para elegir corporaciones públicas hasta el año 1968 inclusive, los puestos correspondientes a cada circunscripción electoral se adjudicarán por mitad a los partidos tradicionales, el conservador y el liberal. Si hubiere dos o más listas de un mismo partido, y los puestos que a éste correspondieren fuesen más de dos, se aplicará para adjudicarlos el sistema del cociente [sic] electoral pero teniendo en cuenta únicamente los votos emitidos por las listas de tal partido. En las elecciones que se hagan durante el periodo a que se refiere este artículo, en todas las circunscripciones electorales, se elegirá un número par de miembros en las corporaciones públicas. Para obtener ese resultado, se observarán las normas constitucionales que fijan el número de miembros de tales entidades, pero aumentando un puesto cuando quiera que él sea impar. Ningún departamento con más de un millón de habitantes podrá tener menos de seis senadores ni menos de doce representantes.*

Artículo 3º. *En las corporaciones públicas a que se refiere el artículo anterior, la mayoría, para todos los efectos legales, será de dos tercios de los votos; pero el Congreso, por medio de ley votada por las dos terceras partes de los miembros de una y otra cámara, podrá señalar, para periodos no mayores de dos años, las materias*

respecto de las cuales bastará la aprobación de la simple mayoría absoluta.

Artículo 4°. *Los Ministros del Despacho serán de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, quien, sin embargo, estará obligado a dar participación en el en el Ministerio a los partidos políticos en la misma proporción en que estén representados en las Cámaras Legislativas.*

Como el objeto de la presente reforma constitucional es el que los dos partidos políticos, el conservador y el liberal, colocados en un pie de igualdad, dentro de un amplio y permanente acuerdo, tengan conjuntamente la responsabilidad del Gobierno, y que éste se ejerza a nombre de los dos, la designación de los funcionarios y empleados que no pertenezcan a la carrera administrativa, se hará de manera tal que las distintas esferas de la rama ejecutiva reflejen equilibradamente la composición política del Congreso.

Lo anterior no obsta para que los miembros de las Fuerzas Armadas puedan ser llamados a desempeñar cargos en la administración pública.

Artículo 5°. *El Presidente de la República, los Gobernadores, los Alcaldes, y en general todos los funcionarios que tengan facultad de nombrar y remover empleados administrativos, no podrán ejercerla, sino dentro de las normas que expida el Congreso, para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito, y antigüedad, y de jubilación, retiro o, despido.*

Artículo 6°. *A los empleados y funcionarios públicos de la carrera administrativa les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho de sufragio. El quebrantamiento de esta prohibición constituye causal de mala conducta.*

Artículo 7°. *En ningún caso la filiación política de los ciudadanos, podrá determinar su nombramiento para un empleo o cargo público de carrera administrativa, o su destitución o promoción.*

Artículo 8°. *Los miembros del Congreso y de las Asambleas Departamentales no tendrán sueldo permanente, sino asignaciones diarias durante el término de las sesiones.*

Artículo 9°. *Las primeras elecciones bajo estas normas para Presidente de la República, Congreso, Asambleas Departamentales y Concejos Municipales, se realizarán durante el primer semestre de 1958.*

Artículo 10. *El Presidente de la República, tomará posesión de su cargo el 7 de agosto de 1958, y hasta esa fecha continuará ejerciendo la Presidencia de la República, la Junta de Gobierno integrada por el Mayor General Gabriel París, el Mayor General Deogracias Fonseca, el Contraalmirante Rubén Piedrahíta, el Brigadier General Rafael Navas Pardo, y el Brigadier General Luis E. Ordoñez.*

El periodo del Congreso iniciará el 20 de julio de 1958 y los de las Asambleas y Concejos, cuando lo determine el Congreso.

Artículo 11. *A partir del primero de enero de 1958, el Gobierno Nacional invertirá no menos del diez por ciento (10%) de su presupuesto general de gastos, en la educación pública.*

Artículo 12. *La Corte Suprema de Justicia estará integrada por el número de magistrados que determine la ley y los cargos serán distribuidos entre los partidos políticos en la misma proporción en que estén representados en las Cámaras Legislativas.*

Los Magistrados de la Corte serán inamovibles a menos que ocurra destitución por causa legal o retiro por Jubilación.

La ley determinará las causas de destitución y organizará la carrera judicial.

Artículo 13. *En adelante las reformas constitucionales sólo podrán hacerse por el Congreso, en la forma establecida por el artículo 218 de la Constitución.*

Artículo 14. *Esta reforma empezará a regir inmediatamente después de conocido el resultado oficial de la votación".*

Parágrafo del artículo único. *Las votaciones a que se refiere el artículo único de este Decreto se reglamentará por decreto separado.*

Este Decreto rige desde la fecha de su expedición.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá a 4 de octubre de 1957.

Mayor General, Gabriel París,

Presidente de la Junta."

7. Decreto 1288 del 21 de mayo de 1965:

"El Presidente de la Republica de Colombia,

en uso de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, y en cumplimiento del mandato de los artículos 120, numeral 7° de la misma y 1° del Acto Legislativo número 1 de 1960, y

CONSIDERANDO:

1°. Que en diversos lugares del país han venido ocurriendo graves perturbaciones del orden público y atentados contra la libertad, la vida y los bienes de las personas;

2°. Que con ocasión del conflicto estudiantil originado en la ciudad de Medellín, se han producido desórdenes, tumultos y choques que han alterado la paz pública y la normalidad de la vida ciudadana;

3°. Que todos estos hechos, unidos a la inseguridad social y a los problemas económicos que afectan a la Nación, han determinado una creciente conmoción interna agravada con la aparición de alarmantes formas de delincuencia, como el secuestro, lo cual constituye una seria amenaza para los asociados que la autoridad está obligada a proteger;

4°. Que de conformidad con el numeral 7° del artículo 120 de la Constitución, corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, conservar en todo el territorio el orden público, y restablecerlo donde fuere turbado;

5°. Que a pesar de que el Gobierno ha adoptado todas las providencias adecuadas dentro de sus atribuciones normales, la magnitud y gravedad de los acontecimientos exigen la aplicación de medidas de carácter extraordinario para restablecer el orden público y social;

6°. Que el honorable Consejo de Estado fue oído previamente y emitió concepto favorable a la declaración del estado de sitio,

DECRETA

Artículo primero. *Declárase turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional.*

Artículo segundo. *El Congreso Nacional convocado por el Decreto número 868 de Abril 12 de 1965, continuará reunido además para los efectos del artículo 1° del Acto legislativo número 1 de 1960.*

Artículo tercero. *Este Decreto rige desde su expedición.*

Comuníquese y publíquese.

Dado en Bogotá, D.E., a 21 de mayo de mil novecientos sesenta y cinco (1965).

GUILLERMO LEON VALENCIA”

8. Decreto 1289 del 21 de mayo de 1965:

“El Presidente de la República de Colombia,

en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional,
y

CONSIDERANDO

que por Decreto número 1288 del 21 de mayo de 1965, el Gobierno declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional,

DECRETA:

Artículo primero. *Mientras subsista turbado el orden público en todo el territorio nacional, quedan prohibidas las manifestaciones públicas.*

Artículo segundo. *Mientras permanezca turbado el orden público en todo el territorio nacional, los Gobernadores, Intendentes, Comisarios y el Alcalde Mayor de Bogotá, D.E., podrán tomar las medidas que estimen de absoluta necesidad para restablecer o mantener la tranquilidad pública en relación con;*

1° Circulación de las personas por las vías y lugares públicos, la cual podrá ser vigilada y restringida y, llegado el caso, sujeta al toque de queda, en cuanto ello tienda a prevenir desórdenes o a procurar el restablecimiento de la normalidad;

2° Difusión de noticias, informaciones y propaganda radiales o escritas, que podrán someterse a previa revisión y prohibirse cuando sean susceptibles de crear alarma, afectar la tranquilidad pública o dificultar el pleno restablecimiento del orden, y

3° Expendio de bebidas alcohólicas en establecimientos y lugares públicos, el cual podrá limitarse o suspenderse en cuanto sea indispensable para impedir alteraciones del orden.

Parágrafo. *Es entendido que los funcionarios a que se refiere este artículo conservan las atribuciones ordinarias que les otorgan la Constitución y las leyes.*

Artículo tercero. *Este Decreto rige desde su expedición.*

Comuníquese y publíquese.

Dado en Bogotá, D. E., a 21 de mayo de mil novecientos sesenta y cinco.

GUILLERMO LEON VALENCIA”

9. Decreto 3398 del 24 de diciembre de 1965²¹²:

“DECRETO 3398 DE 1965

(Diciembre 24)

“Por el cual se organiza la defensa nacional”

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

En ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional y

CONSIDERANDO:

Que por Decreto número 1288 de 21 de mayo de 1965 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional.

Que la República de Colombia carece de un instrumento legal reglamentario de su defensa nacional y que es necesario estructurar los planes de seguridad interior y exterior de la Nación, mediante la expedición de un estatuto que defina los alcances de dicha política

Que es perentoria obligación del Estado velar por el bienestar y la protección de los asociados brindándoles el clima de confianza que emana del cumplimiento de las medidas de seguridad nacional;

Que los deberes que la Constitución Nacional fija al ejecutivo, a las Fuerzas Armadas y a los colombianos en general, en lo que concierne a la defensa nacional, deben ser puntualizados en forma concreta y detallada;

Que los compromisos que el país tiene contraídos en el campo internacional requieren la adopción y ejecución de medidas que fortalezcan su seguridad interior y exterior;

Que la acción subversiva que propugnan los grupos extremistas para alterar el orden jurídico, requiere un esfuerzo coordinado de todos los órganos del poder público y de las fuerzas vivas de la Nación;

Que la movilización y la defensa civil, por su importancia y trascendencia, deben ser ampliamente conocidas por la población colombiana, ya que tales aspectos competen a la Nación entera, y no son de incumbencia exclusiva de las Fuerzas Armadas;

Que la carencia de un instrumento legal que organice la defensa nacional conlleva grave peligro para la estabilidad del Estado, por lo cual es necesario prever las medidas con que debe responderse a cualquier emergencia.

²¹² Este decreto en específico corresponde a uno de los más extensos dentro del recuento normativo, pues se trata del *estatuto de seguridad* promulgado en la presidencia de Guillermo León Valencia que, como se explica en la investigación, corresponde a uno de los decretos más “oscuros” y peligrosos jamás proferidos por un Presidente de la República. Por lo mismo, vale la pena anexarlo en su totalidad.

Que las particulares circunstancias de orden público que actualmente vive el país, hacen necesaria la adopción inmediata de medidas que permitan la aflicción de la organización de la defensa nacional, mientras se expide el correspondiente estatuto legal.

DECRETA:

TÍTULO I.

DEFINICIONES.

ARTÍCULO 1º. *"Defensa nacional es la organización y previsión del empleo de todos los habitantes y recursos del país, desde tiempo de paz, para garantizar la independencia nacional y la estabilidad de las instituciones".*

ARTÍCULO 2º. *La defensa nacional comprende el conjunto de disposiciones, medidas y órdenes tendientes a obtener el empleo del potencial nacional en forma oportuna y en la magnitud necesaria ante cualquier clase de agresión exterior, conmoción interior o calamidad pública.*

ARTÍCULO 3º. *Todos los colombianos están obligados a participar activamente en la defensa nacional, cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones patrias.*

ARTÍCULO 4º. *Todas las personas naturales y jurídicas del país están obligadas a cooperar en la defensa nacional y sus actividades estarán supeditadas a los fines de ella.*

ARTÍCULO 5º. *Movilización es el conjunto de medidas para adecuar el potencial nacional a las necesidades de la defensa nacional y comprende todas las actividades de la Nación.*

ARTÍCULO 6º. *Defensa civil es la parte de la defensa nacional que comprende el conjunto de medidas, disposiciones y órdenes no agresivas, tendientes a evitar, anular o disminuir los efectos que la acción del enemigo o de la naturaleza puedan provocar sobre la vida, la moral y bienes del conglomerado social.*

ARTÍCULO 7º. *Requisición es la utilización de bienes muebles y servicios de propiedad privada con destino a satisfacer necesidades de defensa nacional, ordenada por autoridad competente y sujeta a indemnización.*

La ocupación de bienes inmuebles solo podrá ser temporal.

TÍTULO II.

CAPÍTULO I.

ORGANIZACIÓN PARA LA DEFENSA NACIONAL.

ARTÍCULO 8º. *El Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, es responsable de la defensa nacional.*

ARTÍCULO 9º. *Para la preparación y ejecución de la defensa nacional el Presidente de la República contará con los siguientes funcionarios y organismos:*

a) En el Gobierno:

El Ministro de Defensa Nacional

El Consejo Superior de la Defensa Nacional

b) En el escalón bélico:

El Comandante General de las Fuerzas Militares con:

El Ejército

La Armada

La Fuerza Aérea

La Policía Nacional y

Los demás organismos que determine el Presidente de la República.

CAPÍTULO II.

DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA.

ARTÍCULO 10º. *Son atribuciones del Presidente de la República, en relación con la defensa nacional:*

a) Dirigir, cuando lo estime conveniente, las operaciones de la guerra, como Jefe de las Fuerzas Armadas de la República;

b) Dictar las disposiciones necesarias para la realización de estudios, planes y medidas que requiera la defensa nacional;

c) Decretar la movilización y sus alcances en los casos requeridos por la defensa nacional;

d) Decretar la desmovilización tan pronto cesen las causas que originaron la movilización;

e) Asignar a las entidades públicas, centralizadas o descentralizadas, lo mismo que a los particulares, las misiones y funciones necesarias para la ejecución de los planes de la defensa nacional.

CAPÍTULO III.

DEL MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL.

ARTÍCULO 11. *A partir de la vigencia del presente Decreto, el Ministerio de Guerra se denominará Ministerio de Defensa Nacional.*

ARTÍCULO 12. *Las disposiciones legales que regulan la estructura y el funcionamiento del Ministerio de Guerra seguirán rigiendo la marcha del Ministerio de Defensa Nacional.*

ARTÍCULO 13. *El Ministro de Defensa Nacional tiene a su cargo la Dirección de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en su aspecto técnico militar y en su parte administrativa, con el objeto de hacer efectivo el servicio público de defensa nacional.*

ARTÍCULO 14. *Es atribución del Ministro de Defensa Nacional, en relación con la defensa nacional, asesorar al Presidente de la República en la conducción de la política militar y en el estudio y solución de los problemas de la defensa nacional.*

CAPÍTULO IV.

DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA DEFENSA NACIONAL.

ARTÍCULO 15. *El Consejo Superior de la Defensa Nacional estará integrado por los Ministros de Defensa Nacional, Gobierno, Relaciones Exteriores, Justicia, Hacienda y Crédito Público, Trabajo, Comunicaciones y Obras Públicas, por el Comandante General de las Fuerzas Militares y por el Jefe del Estado Mayor Conjunto.*

PARÁGRAFO 1º. *El Presidente de la República presidirá el Consejo Superior de la Defensa Nacional, por derecho propio, cuando lo estime conveniente. En su ausencia será presidido por el Ministro de Defensa Nacional.*

PARÁGRAFO 2º. *El Consejo podrá solicitar la concurrencia, con voz pero sin voto, de cualquier funcionario.*

PARÁGRAFO 3º. *El Consejo Superior de la Defensa Nacional deberá reunirse en lo posible una vez al mes y cada vez que sea necesario.*

ARTÍCULO 16. *Es función del Consejo Superior de la Defensa Nacional asesorar al Gobierno y colaborar en el estudio y preparación de las medidas que requiera la defensa y seguridad de la Nación. Para tales fines le corresponde:*

- a). Coordinar las actividades militares y civiles;*
- b). Evaluar la inteligencia estratégica relativa a la defensa nacional;*
- c). Presentar recomendaciones sobre defensa nacional y elaborar los informes que el Presidente de la República necesite sobre la materia;*

d). *Supervigilar el cumplimiento de las medidas dictadas por el Gobierno, relativas a la defensa nacional.*

e). *Dictar su propio reglamento.*

CAPÍTULO V.

DEL COMANDANTE GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES.

ARTÍCULO 17. *Son funciones del Comandante General de las Fuerzas Militares, en relación con la defensa nacional:*

a). *Asesorar al Presidente de la República y al Ministro de Defensa Nacional en asuntos militares;*

b). *Preparar la apreciación estratégica, el plan de guerra de las Fuerzas Militares y el plan de defensa y seguridad interior;*

c). *Preparar los planes necesarios para el desarrollo de las orientaciones guías emanadas del Consejo Superior de la Defensa Nacional;*

d). *Ejercer la conducción de las operaciones militares como órgano de mando del Gobierno, cuando así lo disponga el Presidente de la República.*

CAPÍTULO VI.

DE LAS FUERZAS MILITARES Y DE LA POLICÍA NACIONAL.

ARTÍCULO 18. *Son funciones de los Comandos de las Fuerzas Militares y de la Dirección General de la Policía Nacional, en relación con la defensa nacional:*

Preparar y ejecutar los planes particulares que en desarrollo de los planes de defensa nacional, emitidos por el Comando General de las Fuerzas Militares, les correspondan.

ARTÍCULO 19. *Asimismo, a los Comandos de las Fuerzas Militares, les corresponde dirigir y coordinar el empleo de la Policía Nacional, los Resguardos de cualquier naturaleza que sean, el Departamento Administrativo de Seguridad y cualquier organismo armado que exista en el país, en el cumplimiento de sus misiones en relación con la defensa nacional.*

PARÁGRAFO . *La Policía Nacional actuará a órdenes de los Comandos Militares, ante cualquier tipo de agresión exterior, conmoción interior o calamidad pública.*

ARTÍCULO 20. *Las Fuerzas Armadas tienen como misión en relación con la defensa nacional garantizar la independencia nacional, las instituciones patrias y el orden interior.*

PARÁGRAFO . *Las Fuerzas Armadas cooperan en la medida de sus capacidades, sin perjuicio de sus misiones principales, en caso de calamidad pública.*

TÍTULO III.

MOVILIZACIÓN.

ARTÍCULO 21. *La movilización de la Nación puede ser total o parcial, de acuerdo a las necesidades de la defensa nacional.*

ARTÍCULO 22. *Para la defensa nacional del país y la preparación de los planes pertinentes, el Gobierno podrá establecer, desde tiempo de paz, la prioridad de la utilización de las personas y recursos de acuerdo con las necesidades que se deriven de los planes de la defensa nacional.*

ARTÍCULO 23. *Todos los colombianos, hombres y mujeres están sometidos a la movilización.*

TÍTULO IV.

DEFENSA CIVIL.

ARTÍCULO 24. *La participación en la defensa civil es permanente y obligatoria para todos los habitantes del país.*

ARTÍCULO 25. *Todos los colombianos, hombres y mujeres no comprendidos en el llamamiento al servicio militar obligatorio, podrán ser utilizados por el Gobierno en actividades y trabajos con los cuales contribuyan al restablecimiento de la normalidad.*

ARTÍCULO 26. *Para los fines de la defensa civil el Gobierno contará con una Dirección Nacional de Defensa civil. El Director Nacional de la Defensa Civil será de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República.*

TÍTULO V.

REQUISICIÓN Y OCUPACIÓN.

ARTÍCULO 27. *Para los fines de la defensa nacional las autoridades competentes podrán disponer la requisición o la ocupación, según el caso de bienes y servicios, salvo los protegidos por inmunidad diplomática.*

PARÁGRAFO . *Toda requisición y ocupación dan derecho a indemnización. Terminada la emergencia se restituirán los bienes ocupados.*

TÍTULO VI.

DELITOS Y CONTRAVENCIONES. SANCIONES.

ARTÍCULO 28. *Para efectos de este Decreto adiciónase el artículo 248 del Código de Justicia Penal Militar, en la siguiente forma:*

Quien destruya o dañe cualquier clase de bienes necesarios para la defensa nacional, incurrirá en la pena señalada en el inciso 2o de dicho artículo.

ARTÍCULO 29. *Quien desobedezca las órdenes de requisición u ocupación dictadas por autoridad competente, para la defensa nacional, o niegue servicios indispensables a la misma, será sancionado con arresto de seis (6) meses a cinco (5) años.*

ARTÍCULO 30. *Los artículos 95 del Código de Justicia Penal Militar y 121 y 122 del código Penal quedan incorporados dentro de las disposiciones referentes a la defensa nacional.*

ARTÍCULO 31. *El que no diere cumplimiento a las órdenes impartidas por autoridad competente, sobre defensa civil, incurrirá en arresto de tres (3) meses a tres (3) años.*

ARTÍCULO 32. *El particular comprendido dentro de la movilización, que no cumpliera el llamamiento en el lugar o tiempo ordenados, será sancionado como desertor.*

ARTÍCULO 33. *Los artículos 29, 30, 31, 32, 33 y 34 del Decreto-ley 1699 de 1964, quedan incorporados dentro de las disposiciones referentes a la defensa nacional.*

Cuando los hechos a que se refieren los citados artículos del Decreto-ley 1699 de 1964, fueren cometidos por militares, las penas se aumentarán hasta el doble.

PARÁGRAFO 1º. *Podrá prescindirse de aplicar las sanciones establecidas en este artículo cuando aparezca comprobado que el infractor es persona de reconocida honorabilidad, y sus antecedentes, forma de vida y hábitos de trabajo, den al Juez la convicción de que no ha tenido propósito de violar las normas del presente Decreto, o cuando espontáneamente haya entregado a la autoridad los elementos de que trata este artículo.*

PARÁGRAFO 2º. *El Gobierno determinará las armas que son de uso privativo de las Fuerzas Armadas.*

PARÁGRAFO 3º. *El Ministerio de Defensa Nacional, por conducto de los Comandos autorizados podrá amparar, cuando lo estime conveniente, como de propiedad particular, armas que estén consideradas como de uso privativo de las Fuerzas Armadas.*

ARTÍCULO 34. *De las infracciones de que tratan los artículos 28, 30, 32 y 33 del presente Decreto, cometidas por particulares, conocerán en tiempo de paz los Jueces Superiores del Distrito Judicial correspondiente.*

De la infracción señalada en el artículo 31 de este Decreto conocerá en tiempo de paz, la autoridad de Policía correspondiente.

En tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público, conocerá de todas las infracciones contempladas en este Título la Justicia Penal Militar, por el procedimiento de los consejos de Guerra Verbales.

TÍTULO VII.

DISPOSICIONES VARIAS.

ARTÍCULO 35. *Las personas naturales y las personas jurídicas de derecho público o de derecho privado, sin excepción alguna, están obligadas a proporcionar al Consejo Superior de la Defensa Nacional las informaciones que les fueren solicitadas, las cuales tendrán el carácter de documentación clasificada y solo podrán ser utilizadas para los fines de este Decreto.*

PARÁGRAFO . *Quien no cumpliera lo dispuesto en este artículo será sancionado con multa de \$ 1.000.00 a \$ 20.000.00, convertibles en arresto.*

ARTÍCULO 36. *Para los fines de la defensa nacional, el Gobierno fijará las condiciones en las cuales los extranjeros podrán prestar servicios en la Administración Pública y en empresas privadas.*

ARTÍCULO 37. *El presente Decreto rige a partir del primero (1o) de enero de mil novecientos sesenta y seis (1966), y suspende las disposiciones legales que le sean contrarias.*

PUBLÍQUESE Y EJECÚTESE.

Dado en Bogotá, D. E., a los 24 días del mes de 1965.

GUILLERMO LEON VALENCIA”

10. Decreto 2131 del 6 de octubre de 1976:

“El Presidente de la República de Colombia,

en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, y

CONSIDERANDO:

Que la Constitución ordena al Estado proteger la vida humana y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales suyos y de los particulares.

Que la protección a la vida supone el cuidado de la salud y que dentro de los deberes sociales del Estado se incluye el de prestar el servicio público correspondiente.

Que es deber primordial del Gobierno preservar la seguridad colectiva y restablecer el orden cuando estuviere quebrantado, mediante el empleo de los medios previstos en la Carta para mantener la vigencia de las instituciones que ella misma consagra.

Que desde hace más de un mes existe en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales un paro inconstitucional que afecta sus servicios médicos, paramédicos y complementarios.

Que, por solidaridad, el paro se ha extendido a otras entidades oficiales pertenecientes al Sistema Nacional de Salud, con tildo lo cual no solo se ha perjudicado a los trabajadores afiliados a dicho instituto sino a la parte más desvalida y numerosa de la población, que solo puede recurrir a los centros hospitalarios de asistencia pública.

Que, dentro de los fines del paro está el de coaccionar a las autoridades para que. Por las vías de hecho, se abstengan de aplicar disposiciones legales, delito contemplado en el artículo 184 del Código Penal.

Que diversos sindicatos de entidades estatales y descentralizadas han hecho pública su decisión de llevar a cabo paros de solidaridad con. el que ilegalmente se realiza en el Sistema Nacional de Salud.

Que, además, junto con los hechos anteriores han ocurrido otro, como frecuentes asesinatos, secuestros, colocación de explosivos e incendios, característicos de prácticas terroristas dirigidas a producir efectos políticos que desvertebran el régimen republicano vigente, hechos que atentan contra derechos ciudadanos reconocidos por la Constitución y por las leyes y que son esenciales para el funcionamiento y preservación del orden democrático, propio del Estado de derecho.

Que, oído previamente el Consejo de Estado, dio dictamen favorable para que el Gobierno utilizara las facultades establecidas en el artículo 121 de la Constitución,

DECRETA:

Artículo 1º Declárense la turbación del orden público y el estado de sitio en todo. el territorio nacional.

Artículo 2º Este Decreto rige desde su expedición.

Comuníquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, a octubre 7 de 1976.

ALFONSO LOPEZ MICHELSEN”

11. Decreto 2195 del 18 de octubre de 1976:

“El Presidente de la República de Colombia

en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución y en desarrollo del Decreto legislativo número 2131 de 1976,

DECRETA:

Artículo 1º. Quienes reunidos perturben el pacífico desarrollo de las actividades sociales; realicen reuniones públicas sin el cumplimiento de los requisitos legales; obstaculicen el tránsito de personas o vehículos, en vías públicas; ejecuten o coloquen

escritos ó [sic] dibujos ultrajantes en lugar público o abierto al público inciten a quebrantar la ley o a desobeder [sic] a la autoridad pública; desobedezcan orden legítima de autoridad pública; omitan sin justa causa prestar el auxilio que se les solicite; tengan sin causa justificada objetos utilizables para cometer infracciones contra la vida e integridad de las personas, tales como hondas, caucheras, palos, piedras y sustancias químicas; o sin derecho exijan pagos en dinero o en especie para permitir el tránsito de las personas o los bienes, incurrirán en arresto inconmutable hasta de ciento ochenta días.

En la misma pena incurrirán quienes usen máscaras, mallas, antifaces u otros elementos destinados a ocultar la identidad, en la comisión de infracciones penales o de policía.

Artículo 2º. *A quienes promuevan, dirijan u organicen cualquiera de las actividades a que se refiere el artículo anterior, se les aumentará hasta en el doble la sanción allí prevista.*

Artículo 3º. *Las sanciones establecidas en los artículos precedentes serán impuestas, mediante resolución escrita y motivada, por los comandantes de estación de la Policía Nacional, con grado no inferior al de Capitán, quienes conocerán a prevención. En los lugares donde no existan dichos comandantes serán competentes los Alcaldes o los Inspectores de Policía, respectivamente.*

Artículo 4º. *Contra las resoluciones dictadas en desarrollo de este decreto sólo podrá interponerse el recurso de reposición. Cuando las circunstancias de orden público lo permitan, el funcionario que impuso la sanción podrá, en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, revocar la medida adoptada.*

Artículo 5º. *Las sanciones previstas en este Decreto se aplicarán sin perjuicio de las que correspondan por la comisión de infracciones determinadas en el Código Penal.*

Artículo 6º. *El presente Decreto rige desde su expedición y suspende las disposiciones que le sean contrarias.*

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, a 18 de octubre de 1976.

ALFONSO LOPEZ MICHELSEN”

12. Decreto 329 del 18 de febrero de 1977:

“El Presidente de la República de Colombia,

en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Política y en desarrollo del Decreto 2131 de 1976 y,

CONSIDERANDO:

Que por el Decreto 2131 de 1976 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio toda la Nación;

Que mediante el Decreto 2195 de 18 de octubre de 1976, se dictaron medidas conducentes al restablecimiento del orden público;

Que los artículos 3° y 4° del mencionado Decreto fueron declarados inexequibles por la Corte Suprema de Justicia, con base en que no se contempló procedimiento previo para la aplicación de las sanciones previstas en dicho Decreto,

DECRETA:

Artículo 1°. Las sanciones de que tratan los artículos 1° y 2° del Decreto 2195 de 18 de octubre de 1976, serán aplicadas por los Comandantes de Estación de la Policía Nacional, con grado no inferior al de Capitán, quienes conocerán a prevención. En los lugares donde no existan dichos Comandantes, conocerán los Alcaldes o Inspectores de Policía, respectivamente.

Artículo 2°. En la investigación de las contravenciones a que se refiere el Decreto 2195 de 18 de octubre de 1976, se observará el siguiente procedimiento:

a) Se oirá en descargos al contraventor dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al conocimiento de los hechos.

A partir del día siguiente al de esta diligencia, empezará a correr un término de cuatro (4) días para practicar las pruebas que hubieren sido solicitadas por el imputado u ordenadas por el funcionario;

b) Si dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al conocimiento de los hechos no hubiere sido posible oír en descargos al contraventor por no haber comparecido, se le emplazará por edicto que permanecerá fijado durante dos (2) días en la Ayudantía del Comando de Estación de la Policía, o Secretaría de la Alcaldía o Inspección de Policía, según el caso.

Si vencido este plazo no compareciere, se le declarará contraventor ausente y se le nombrará defensor de oficio para que actúe hasta la terminación de la investigación.

c) Transcurridos los anteriores términos, se dictará la correspondiente resolución escrita y motivada, en la cual se harán constar la identificación del contraventor, el hecho que se le imputa, la sanción que se le impone y el lugar donde deba cumplirla, si se le declara responsable, o se le exonerará del cargo imputado, en cuyo caso, si estuviese capturado, será puesto inmediatamente en libertad.

Los términos fijados en este artículo se ampliarán hasta el doble, si los contraventores fueren cinco o más.

Artículo 3º. *La resolución a que se refiere el artículo anterior será notificada personalmente al contraventor o al defensor de oficio, según el caso, y contra ella solamente procederá el recurso de reposición, el cual debe ser interpuesto dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la notificación, y resuelto dentro del subsiguiente día.*

Cuando las circunstancias de orden público lo permitan, el funcionario que impuso la sanción podrá, en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, revocar la medida adoptada.

Artículo 4º. *Este Decreto rige desde la fecha de su expedición y suspende las normas que le sean contrarias.*

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá D.E., a 18 de febrero de 1977.

ALFONSO LOPEZ MICHELSEN”

13. Decreto 2004 del 26 de agosto de 1977:

“El Presidente de la República de Colombia,

en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional y en desarrollo del Decreto legislativo 2131 de 1976, y

considerando

que la declaratoria de paros cívicos nacionales, la realización de paros ilegales y la amenaza de persistir en huelgas cuyo levanta miento ha sido ordenado de conformidad con la ley, son hechos susceptibles de producir la desvertebración del régimen republicano vigente, además de que son atentatorios contra derechos esenciales para el funcionamiento y preservación riel orden democrático propio del estado de derecho,

decreta:

Artículo 1º *Mientras subsista el actual estado de sitio, quienes organicen, dirijan, promuevan, fomento estimulen en cualquier forma el cese total o parcial, continuo o escalonado, de las actividades normales de carácter laboral o de cualquier otro orden, incurrirán en arresto inmutable de treinta (30) a ciento ochenta (180) días, que impondrán los gobernadores, intendentes, comisarios y el Alcalde del Distrito Especial de Bogotá, por medio de resolución motivada.*

Artículo 2º *Las sanciones cie que trata el presente Decreto, se aplicarán mediante el procedimiento señalado en los artículos 2º y 3º del Decreto legislativo 329 de 1977.*

Artículo 3º constituirá .vista causa de terminación de los contratos de trabajo el haber sido sancionado conforme al presente Decreto o el haber participado en los ceses de actividades en él previstos.

Artículo 4º Este Decreto rige desde su expedición y suspende las disposiciones que le sean contrarias.

Comuníquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 26 de agosto de 1977.

ALFONSO LOPEZ MICHELSEN”

14. Decreto 1923 del 6 de septiembre de 1978²¹³:

El Presidente de la República de Colombia,

en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y especialmente de las que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, y

CONSIDERANDO:

Que por medio del Decreto número 2131 de 1976 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional:

Que corresponde al Presidente de la República, en relación con la administración de justicia, velar porque en toda la República se administre pronta y cumplidamente, debiendo prestar a los funcionarios judiciales, con arreglo a las leyes, los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias;

Que igualmente corresponde al Presidente de la República conservar en todo el territorio de la Nación el orden público, restablecerlo donde fuere turbado y defender el trabajo que es una obligación social que merece la especial protección del Estado;

Que periódicamente se han venido reiterando y agudizando las causas de perturbación del orden público, que crean un estado de inseguridad general y degeneran en homicidios, secuestros, sedición, motín o asonada, o en prácticas terroristas dirigidas a producir efectos políticos encaminados a desvirtuar el régimen republicano vigente o en la apología del delito, actos estos que atentan contra los derechos ciudadanos reconocidos por la Constitución y por las leyes que son esenciales para el funcionamiento y preservación del orden público:

Que es indispensable adoptar medidas de seguridad para mantener el orden social y la paz en el territorio de la República, y

²¹³ Decreto que corresponde al denominado *estatuto de seguridad* del presidente Turbay Ayala.

Que de acuerdo con el artículo 16 de la Constitución, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las persona en sus vidas, honra y bienes,

DECRETA:

Artículo 1º. *Al que con el propósito de obtener para si o para otro un provecho o utilidad ilícitos, o con fines puramente políticos o de publicidad, prive a otro de su libertad, planee, organice o coordine tales actos, se le impondrá pena de presidio de ocho a doce años.*

Quien o quienes secuestren a las personas y para realizar el delito, o en curso de su ejecución o consumación, le causen lesiones o las sometan a torturas, o las obliguen a actuar contra su voluntad y exijan dinero u otras condiciones para darles libertad, incurrirán en presidio de diez a veinte años.

Si por causa o con ocasión del secuestro se produce la muerte de la persona secuestrada o de terceros, la pena de presidio será de veinte a treinta años.

A los sindicados o condenados por el delito de secuestro no les será aplicable, en ningún caso, la suspensión de la detención preventiva o de pena.

Artículo 2º. *Los que promuevan, encabecen o dirijan un alzamiento en armas para derrocar al Gobierno Nacional, legalmente constituido, o para cambiar o suspender en todo o en parte el régimen constitucional existente, en lo que se refiere a la formación, funcionamiento o renovación de los poderes públicos u órganos de la soberanía, quedaran sujetos a presidio de ocho a catorce años y a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo.*

Los que simplemente tomen parte en la rebelión, como empleados de ella con mando o jurisdicción militar, política o judicial, quedarán sujetos a las dos terceras partes de las sanciones indicadas en el inciso anterior. Los demás individuos comprometidos en la rebelión incurrirán en las mismas sanciones, disminuidas en dos terceras partes.

Artículo 3º. *Los que integren bandas, cuadrillas o grupos armados de tres o más personas e invadan o asalten poblaciones, predios, haciendas, carreteras o vías públicas causando muertes, incendios o daños en los bienes, o por medio de violencia a las personas o a las cosas cometan otros delitos contra la seguridad e integridad colectivas, o mediante amenazas se apoderen de semovientes, valores o de cualquier otra cosa mueble ajena u obliguen a sus propietarios, poseedores o administradores a entregarlos o establezcan contribuciones con el pretexto de garantizar, respetar o defender la vida o los derechos de las personas, incurrirán en prisión de diez a quince años.*

Artículo 4º. *Los que en los centros o lugares urbanos causen o participen en perturbaciones del orden público, o alteren el pacífico desarrollo de las actividades sociales, o provoquen incendios, y en tales circunstancias supriman la vida de las personas, incurrirán en prisión de veinte a veinticuatro años. Si solo ocasionan lesiones a la integridad de las personas, la pena será de uno a diez años.*

Cuando los hechos previstos en este artículo no atenten contra la vida e integridad de las personas, la sanción será de uno a cinco años de prisión.

Artículo 5º. *Los que provoquen daños en los bienes mediante la utilización de bombas, detonantes, explosivos, sustancias químicas o inflamables incurrirán en prisión de dos a seis años.*

Si como consecuencia de los hechos descritos en el inciso primero del presente artículo se ocasionare la muerte de una o más personas, la pena será de veinte a veinticuatro años de presidio.

Si sólo causaren daño a la integridad personal, la pena será de cuatro a diez años.

Las penas de que trata el presente artículo se aumentaran en una tercera parte si los autores ocultaren su identidad mediante el uso de máscaras, antifaces, mallas u otros elementos destinados a ocultar su identidad o en tales circunstancias utilizaren armas de fuego.

Artículo 6º. *Quien o quienes por medio de amenazas o violencia, o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, y con el fin de obtener para si o para un tercero provecho ilícito, obliguen a otro a entregar, enviar, depositar, o poner a su disposición cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos, incurrirán en presidio de cuatro a diez años. En igual sanción incurrirá el que por los mismos medios obligue a otro a suscribir documentos de obligación o de crédito.*

Artículo 7º. *Se impondrá arresto inmutable hasta por un año, a quien o quienes:*

a) Ocupen transitoriamente lugares públicos o abiertos al público, u oficinas de entidades públicas o privadas con el fin de presionar una decisión de las autoridades legítimas, o de distribuir en ellas propaganda subversiva o de fijar en tales lugares escritos o dibujos ultrajantes o subversivos o exhortar a la ciudadanía a la rebelión;

b) Inciten a quebrantar la ley o a desobedecer a las autoridades o desatiendan orden legítima de autoridad competente;

c) Usen injustificadamente máscaras, mallas, antifaces u otros elementos destinados a ocultar la identidad o alteren, destruyan u oculten las placas de identificación de los vehículos;

d) Omitan sin justa causa prestar los servicios públicos a que estén obligados, o el auxilio que se les solicite por autoridad o por quien amenazado en su vida o sus bienes lo requiera;

e) Porten injustificadamente objetos utilizables para cometer infracciones contra la vida e integridad de las personas, tales como armas de fuego, puñales, cuchillos machetes, varillas, tacos, piedras, botellas con gasolina, mechas, sustancias químicas o explosivos;

f) Impriman, almacenen, porten, distribuyan o transporten propaganda subversiva;

g) *Exijan dinero o especies con destino a actividades ilegales, para permitir el tránsito de personas, bienes o vehículos e impidan la libre circulación de unos y otros.*

Artículo 8º. *Mientras subsista la perturbación del orden público el Alcalde del Distrito Especial de Bogotá, los Gobernadores, Intendentes y Comisarios en las capitales de las respectivas secciones y los Alcaldes Municipales podrán decretar el toque de queda, prohibir o regular el expendio y consumo de bebidas embriagantes y las manifestaciones, desfiles y reuniones públicas.*

Los Alcaldes Municipales darán inmediato aviso del hecho al Gobernador, Intendente o Comisario.

Artículo 9º. *La justicia penal militar, mediante el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, además de la competencia que le esta atribuida por disposiciones legales vigentes, conocerá de los delitos a que se refiere los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, y 6º y, además de los que se cometan contra la vida e integridad personal de los miembros de las Fuerzas Armadas y contra civiles al servicio de las mismas y contra miembros del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), encuéntrense o no en actos del servicio, y contra los funcionarios públicos en razón de la investidura o por causa del ejercicio de sus funciones.*

Artículo 10. *El que sin permiso de autoridad competente fabrique, almacene, distribuya, venda, suministre, transporte, adquiera o porte armas de fuego, municiones o explosivos, incurrirá en arresto hasta por un año y en el decomiso de dichos elementos.*

Si el arma de fuego o las municiones fuere del uso privativo de las fuerzas militares, el arresto será de uno a tres años, sin perjuicio del correspondiente decomiso.

Artículo 11. *Las sanciones de que tratan los apartes a) y b) del artículo 7º y el 10 serán aplicadas por los Comandantes de Brigadas, Fuerza Naval o Base Aérea de conformidad con el siguiente procedimiento:*

Se oirá en descargos al contraventor dentro de las veinticuatro horas siguientes al conocimiento de los hechos, diligencia para la cual deberá estar asistido por un apoderado.

A Partir del día siguiente al de esta diligencia, empezará a correr un término de cuatro días para practicar las pruebas que hubieren sido solicitadas por el inculcado o su apoderado u ordenadas por el funcionario.

Si dentro de las veinticuatro horas siguientes al conocimiento de los hechos no hubiere sido posible oír en descargos al contraventor por no haber comparecido se le emplazará por edicto que permanecerá fijado durante dos días en la Ayudantía del Comando de Brigada, Fuerza Naval o Base Aérea, según el caso.

Si vencido este plazo no compareciere, se le declarará contraventor ausente y se le nombrará defensor de oficio a un abogado para que actúe hasta la terminación de la investigación.

Transcurridos los anteriores términos se dictará la correspondiente resolución escrita y motivada, en la cual se harán constar la identificación del contraventor, el hecho que se le imputa, la sanción que se le impone y el lugar donde deba cumplirla, si se le declara responsable, y si se le exonera del cargo y estuviese capturado, será puesto inmediatamente en libertad:

Los términos fijados en este artículo se ampliarán hasta el doble, si los contraventores fueren cinco o más personas.

La resolución a que se refieren las anteriores disposiciones de este artículo será notificada personalmente al contraventor o al defensor de oficio, según el caso, y contra ella solamente procederá el recurso de reposición, el cual debe ser interpuesto dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación y resuelto dentro del siguiente día.

Artículo 12. *Las sanciones de que tratan los apartes c), d), e), f) y g) del artículo 7° serán impuestas por los Comandantes de Estación de Policía con grado no inferior al de Capitán, quienes conocerán a prevención, mediante el procedimiento señalado en el artículo anterior. En los lugares donde no exista dichos Comandantes conocerán los Alcaldes o Inspectores de Policía, respectivamente.*

Artículo 13. *Mientras subsista la perturbación del orden público no podrán transmitirse por las estaciones de radiodifusión y por los canales de televisión informaciones, declaraciones, comunicados o comentarios relativos al orden público, al cese de actividades o a paros o huelgas ilegales o noticias que inciten al delito o hagan su apología.*

El Ministerio de Comunicaciones mediante resolución motivada, contra la cual solo procede el recurso de reposición sancionará las infracciones a que se refiere este artículo, de conformidad con las normas pertinentes de la Ley 74 de 1966 y el Decreto 2085 de 1975.

Artículo 14. *Facultase al Ministerio de Comunicaciones para que de conformidad con el artículo 5° del Decreto 3418 de 1954, recobre transitoriamente, en favor del Estado, el dominio pleno de algunas o de todas las frecuencias o canales de radiodifusión explotadas por particulares, en la medida que sea necesario para conjurar la perturbación del orden público y restablecer la normalidad.*

Las licencias para la prestación de los servicios de radiodifusión que recobre el Estado colombiano se entenderán suspendidas temporalmente.

Artículo 15. *Las penas de que tratan los artículos 209, 210, 211, 212, y 213 del Título V del libro 2° del Código Penal sobre Asociación e Investigación para delinquir, serán de o uno a ocho años de prisión.*

Artículo 16. *Este Decreto rige desde su expedición y suspende las disposiciones legales que le sean contrarias.*

Comuníquese y cúmplase

Dado en Bogotá, D. E., a 6 de septiembre de 1978.

JULIO CESAR TURBAY AYALA”