

LA LIBERTAD EN TIEMPOS ADVERSOS.
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS ESTADOS
DE EXCEPCIÓN. EXPERIENCIA
DEL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO

Néstor OSUNA PATIÑO*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los estados de excepción.* III. *La patológica historia del estado de sitio en Colombia.* IV. *El régimen colombiano vigente de estados de excepción.* V. *Los límites a la suspensión de los derechos. Integración entre el régimen colombiano y la Convención Americana de Derechos Humanos.* VI. *Las restricciones a la libertad en razón de la lucha contra la criminalidad organizadora y el terrorismo.*

I. INTRODUCCIÓN

En el periodo que es objeto de análisis en este encuentro académico (1978-2008) se presentaron notables avances en toda América Latina, en la proclamación, vigencia y garantías de los derechos y libertades de las personas. Además de las conquistas constitucionales de cada país, ha tenido lugar la progresiva internacionalización del régimen de las libertades, en especial por la creciente importancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se ha venido integrando a la cultura jurídica continental. Sin embargo, también en estos lustros nuestras sociedades han padecido fenómenos de criminalidad organizada que han llegado a tener evidente poder destabilizador, así como sucesivas crisis sociales y, en los años más recientes, actos de terrorismo, fenómenos estos que han traído como respuesta institucional el diseño de políticas públicas

* Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad Externado de Colombia.

que suponen un recorte muy significativo a ese régimen de derechos y libertades que se ha construido en medio de tantas dificultades. En Colombia hemos padecido, además, un conflicto armado interno que aún no ha podido ser conjurado de modo definitivo y que también ha tenido efectos nocivos sobre el espectro de las libertades fundamentales.

Estas circunstancias de la vida contemporánea son una permanente amenaza al régimen constitucional de los derechos y libertades, y frente a ellas se acepta, tal vez sin beneficio de inventario, que es procedente la suspensión o restricción de los derechos fundamentales y sus garantías frente a los fenómenos que afligen a la población, porque se ha propagado con enorme éxito el dilema falso de contraposición entre seguridad y libertad. Ciertamente muchas de las medidas con las que hoy se enfrentan el terrorismo y la delincuencia organizada tienen como efecto difundir en la opinión pública una especie de *cultura del miedo*, que lleva a la población a renunciar a sus derechos con resignación, aunque no se logre el efecto prometido de erradicar los factores perturbadores que se han invocado para restringir las libertades.

Como precaución frente a lo anterior el derecho constitucional y el derecho internacional prevén cada vez con mayor grado de detalle los *estados o regímenes de excepción*, y al respecto se presentan avances que se deben destacar, pero pareciera también que esta figura comienza a resultar inadecuada para proteger las libertades en tiempos de crisis, como quiera que, cada vez con mayor frecuencia, aunque se omite la declaratoria de un estado de excepción, se expiden leyes que formalmente son ordinarias, o se diseñan políticas públicas con vocación de permanencia, cuyo contenido restringe fuertemente algunas libertades, y que se aceptan, aunque sean contrarias a la letra o al espíritu de las Constituciones y de los tratados de derechos humanos, por cuanto vienen presentadas con esa especie de patente de corso en la que se ha convertido el lema de lucha contra el terrorismo.

En ese marco, este escrito analiza los límites que en virtud de las previsiones constitucionales y del derecho internacional tiene la potestad estatal de limitar o suspender los derechos y libertades en las situaciones que se han enunciado. El estudio se hace en perspectiva histórica y con referencias a varios ordenamientos latinoamericanos, aunque su objeto específico es el constitucionalismo colombiano y el régimen interamericano de protección de derechos humanos.

II. LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

Ya desde hace un siglo el constitucionalismo tiene precisadas las premisas básicas de los estados de excepción del siguiente modo: en primer lugar, la defensa del Estado y de la seguridad pública sólo es compatible con el Estado constitucional en la medida en que ello esté previsto en la Constitución y no abandonado a la discrecionalidad de quien tiene atribuciones de mando para enfrentar las crisis; en segundo lugar, se rechaza la idea de una simple suspensión de la Constitución, por los enormes riesgos que ello entraña, pero paradójicamente se ha justificado siempre la posibilidad de restringir, limitar o suspender temporalmente el ejercicio de algunos derechos fundamentales, como medida necesaria para enfrentar las situaciones de anormalidad; por último, no se requiere una regulación pormenorizada del régimen de excepción en la Constitución, pues es válida una remisión a la ley para que allí se establezca el detalle de los casos que ameritan la declaratoria de emergencia y las medidas que se pueden adoptar en tales circunstancias.¹ Cabe agregar que en la segunda mitad del siglo XX, la determinación de los límites de los estados de excepción ha sido también materia de regulación en instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos, en especial en la Convención Americana de Derechos Humanos (1966) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966, aunque entró en vigor en 1976).

La doctrina del derecho constitucional admite, en ese orden de ideas, que es deseable que las Constituciones consagren y definan los presupuestos de los estados de excepción, para evitar que se acuda a principios de necesidad extra o supraconstitucionales, susceptibles de manipulación en favor de una cualquiera razón de estado, de seguridad, o de orden público, invocada por quienes tienen capacidad de mando en el momento de la crisis (la idea clásica de *dictator* se asocia precisamente a situaciones de necesidad), sin ninguna protección constitucional frente a ello para los ciudadanos. En este sentido, se puede acoger la afirmación de Klaus Stern, según la cual cuanto

¹ Gomes Canotilho, J. J., *Dereito constitucional e teoria da constituicao*, 3a ed., Coimbra, Almedina, 1999, pp. 1013-1017. Véase también Cruz Villalón, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984; Zovatto, Daniel, *Los estados de excepción y los derechos humanos en la América Latina*, Caracas/San José, Editorial Jurídica Venezolana-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.

más un Estado se torna constitucional, tanto más se impone la regulación constitucional del derecho de necesidad.

El derecho comparado ofrece diversas técnicas de regulación constitucional de los estados de anormalidad, que pueden clasificarse, siguiendo a Gomes Canotilho, en los sistemas de poderes implícitos, la cláusula de plenos poderes, el *Indemnity bill* y los estados de excepción propiamente dichos.

Existen poderes implícitos cuando la Constitución apenas se refiere a las situaciones de excepción, o cuando tan solo señala la competencia para declarar la anormalidad. Ejemplo de ello es el régimen de los Estados Unidos, en donde la mayor parte de las situaciones de emergencia se enfrentan con los llamados *implied and inherent powers*, o en la cláusula general de los poderes de guerra. Por el contrario, existe una cláusula de plenos poderes cuando se autoriza a una autoridad, normalmente el jefe del Estado o del gobierno, para tomar *todas las medidas que se consideren necesarias para enfrentar la crisis*, lo cual, ciertamente, es una forma de dictadura. Esa es, por cierto, la técnica que emplea la Constitución francesa de 1958. El *Indemnity bill*, que puede traducirse como una patente de inmunidad, típico de Inglaterra, consiste en una especie de absolución posterior, en virtud de la cual el parlamento “legaliza” las actuaciones del gobierno consideradas ilícitas en el momento de su práctica, y así exime de responsabilidad penal o civil a los miembros del gobierno cuando, en casos de emergencia, hayan violado las Constituciones o las leyes.²

Los estados de excepción, propiamente dichos, consisten en el mantenimiento del orden constitucional incluso en situaciones de crisis, si bien con la previsión de una serie de competencias extraordinarias, taxativamente enumeradas, que suponen la suspensión algunos de los términos de la propia Constitución. De este modo, la doctrina suele mencionar como elementos integrantes del derecho de excepción:

1. La definición de la situación de emergencia.
2. La determinación de la competencia para apreciar la presencia de dicha situación y, consiguientemente, la facultad para *declarar* el estado excepcional, es decir, para decidir el recurso a las medidas previstas en el derecho de excepción.
3. La determinación de estas mismas medidas, taxativamente enumeradas.
4. Eventualmente, una serie de garantías adicionales previstas frente a la hi-

² Gomes Canotilho, *op. cit.*, pp. 1020 y 1021.

pótesis de una utilización abusiva de las competencias extraordinarias derivadas del derecho de excepción.³

Por lo que se refiere al constitucionalismo latinoamericano, es necesario aceptar que si bien en la actualidad se presenta una tendencia consagración de estados de excepción detallados en las Constituciones, la tradición constitucional indica que también han tenido reconocimiento constitucional en nuestro continente las figuras del estado de sitio y de los poderes o facultades extraordinarios, que apuntarían más hacia los regímenes con cláusulas de poderes implícitos o de plenos poderes. Dentro de esta línea se encuentran las dos Constituciones de más larga data dentro del contexto latinoamericano: la argentina y la mexicana. La primera se limita a consagrar la institución del estado de sitio, mientras que la segunda faculta al presidente para adoptar medidas excepcionales para hacer frente a diversas situaciones originadas por invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquiera otra que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, sin entrar a denominar o calificar estado de excepción algúnum. El constitucionalismo colombiano anterior a la Constitución de 1991 también conoció la figura del estado de sitio, que fue incorporado desde finales del siglo XIX, y al cual se le añadió, desde 1968, otra figura de excepción que aún se conserva, denominada *emergencia económica*.

Sin embargo, los textos constitucionales más recientes establecen, con obvias diferencias nacionales, sistemas genuinos de estados de excepción y, en cierta forma, permiten una gradación entre ellos de acuerdo con la naturaleza de la amenaza. Siete constituciones latinoamericanas consagran más de un estado de excepción. Son las de Brasil, Colombia, Chile, Guatemala, Perú, República Dominicana y Venezuela. Las circunstancias que se reconocen como causantes de la puesta en marcha de las diversas instituciones de excepción están localizadas en problemas de orden bélico, netamente políticos, o en hechos de naturaleza física o económica. Así, de acuerdo a la mayor o menor gravedad de los acontecimientos excepcionales a los que han de enfrentarse, tenemos el llamado estado de guerra (Colombia, Brasil, Guatemala, Chile), que tienen como denominador común activarse en casos de conflicto armado internacional o como respuesta a la invasión del territorio nacional o a una agresión extranjera. Para enfrentar hechos extraordinarios de naturaleza interna tenemos

³ Cruz Villalón, P., *op. cit.*, pp. 32 y 33.

el estado de sitio (Brasil, Chile, Guatemala, Perú, República Dominicana) y el de conmoción interior (Colombia, Venezuela). Para los casos en que catástrofes o calamidades naturales sean las causas detonantes, el estado de defensa en Brasil; de catástrofe en Chile; los de alarma y emergencia en Venezuela; el de calamidad pública en Guatemala; o el de emergencia en Colombia y Perú.⁴ En Colombia y en Venezuela el estado de emergencia se prevé también para coyunturas económicas que no puedan enfrentarse con los mecanismos institucionales ordinarios.

III. LA PATOLÓGICA HISTORIA DEL ESTADO DE SITIO EN COLOMBIA

Tal como acaba de enunciarse, en el constitucionalismo tradicional colombiano, y con ello me refiero al régimen vigente desde finales del siglo XIX hasta el 1991, dos hechos tan disímiles como la guerra exterior y la “conmoción interna” recibían igual tratamiento por la Constitución, el cual se denominaba “estado de sitio”, y podía ser declarado por el presidente de la República, si estimaba que existían circunstancias que lo ameritaban. La Constitución otorgaba un enorme margen de discrecionalidad al presidente para determinar los hechos que ameritaban la declaratoria del “estado de sitio”, el cual, por lo demás, regía hasta cuando el propio presidente considerara que se había restablecido la normalidad.

Ello condujo a que la noción de conmoción interior fuese entendida en un sentido extremadamente amplio, lo que llevó a una expansión abusiva de las competencias del Ejecutivo bajo estados de excepción. En efecto, Colombia vivió en el siglo XX una situación de utilización permanente del estado de sitio, a tal punto que, al menos en la segunda mitad del siglo, fueron más los años de excepción que los de normalidad (37 de 50 años bajo estado de sitio), y para constreñirnos al lapso que es objeto de análisis en este congreso académico, es decir, entre 1978 y 2008, si se hace un corte al momento de la expedición de la Constitución de 1991, se tiene que en los trece años que van de 1978 a 1991 el estado de sitio

⁴ Delfino, Ma. de los Ángeles, “El desarrollo de los estados de excepción en las Constituciones de América Latina”, *Constitución y constitucionalismo hoy: cincuentenario del derecho constitucional comparado de Manuel García Pelayo*, Caracas, Fundación García Pelayo, 2000, pp. 515-517.

rigió durante más de doce,⁵ es decir, prácticamente de modo permanente, lo cual significa que en Colombia se vivió una suspensión permanente de los derechos fundamentales, que quedaban supeditados a las decisiones presidenciales, en especial ante la inocuidad de los controles previstos y los excesos autoritarios en los que siempre incurrió el ejecutivo cuando invocaba esas facultades de excepción. No en vano el ilustre constitucionalista colombiano Carlos Restrepo Piedrahita calificó al estado de sitio como un genuino foco de necrosis constitucional.⁶

Es cierto que la Constitución establecía un mecanismo de control parlamentario en estos casos, pero ello se limitó siempre, en la práctica, a un visto bueno otorgado *a posteriori* por las cámaras, frente a la actuación del ejecutivo. En cuanto al control judicial de constitucionalidad de los decretos de estado de sitio, que le correspondía a la Corte Suprema de Justicia, el mismo se restringió también, con unas pocas excepciones, a una mera comprobación del cumplimiento de las formalidades propias de tales decretos.

Así pues, con el propósito manifiesto de conjurar leves o incluso hipotéticas amenazas al orden público interno, los sucesivos gobiernos recurrieron al expediente de las facultades extraordinarias que les acordaba la Constitución para tiempos de anormalidad, lo que condujo a que de modo paulatino pero cierto se desdibujaran las diferencias entre regla y excepción, normalidad y anormalidad, temporalidad y permanencia.⁷

Tales medidas autoritarias de excepción, que crearon un ambiente de minusvaloración y hasta de demonización de las reivindicaciones de derechos humanos, nunca fueron útiles, sin embargo, para frenar el progresivo proceso de deterioro de las instituciones políticas y de las pautas más elementales de convivencia que operó en el último medio siglo, y

⁵ Cfr. García Villegas, Mauricio, “Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997”, en Sousa Santos, Boaventura de, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis socio-jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre editores, 2001, t. I, pp. 327-329.

⁶ Restrepo Piedrahita, Carlos, *Las facultades extraordinarias, historia de una transfiguración*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1974.

⁷ Ramelli, Alejandro, capítulo VII, titulado “La calificación jurídico-política de una situación de violencia interna por los órganos políticos del Estado”, de su obra *La Constitución colombiana y el derecho internacional humanitario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 419-473.

que a partir de mediados de los años ochenta significaron una afrenta a la supervivencia misma de la sociedad y de las instituciones.

Así pues, no es de extrañar que existan diversos estudios y clasificaciones sobre las perversidades del estado de sitio. Entre ellas, debe resaltarse la elaborada por el sociólogo del derecho Mauricio García Villegas, quien propone, para la segunda mitad del siglo veinte, tres periodos diferenciados sobre las finalidades y estrategias del estado de sitio. El primero de ellos se inicia en 1957 y va hasta 1978. Durante este tiempo aumentaron progresivamente las protestas ciudadanas y creció la apatía política en amplios sectores de la población. Inicialmente el estado de sitio fue utilizado en las ciudades para reprimir las manifestaciones de descontento, así como para resolver problemas derivados de la crisis económica heredada de la época denominada “de la Violencia”. En el campo se vivía una situación de guerra contra la subversión guerrillera naciente y contra los pocos reductos de esa “violencia”. Mientras en las ciudades se restringían los derechos ciudadanos con el fin de contrarrestar las manifestaciones políticas, en las zonas rurales se utilizaban las facultades para reprimir a la subversión. De otra parte, la intervención de los entes encargados del control —tanto constitucional como político— fue prácticamente nula.

El segundo periodo se inicia en 1978 y termina en 1990. En estos años la excepción perdió fuerza como instrumento de control social —en parte por la disminución de las manifestaciones políticas de estudiantes y obreros— y ganó importancia como instrumento de represión de las actividades ilegales del narcotráfico y la subversión. En esta época se introdujeron algunos límites, por vía jurisprudencial, a las facultades policivas y judiciales del ejecutivo, como lo fue la prohibición de juzgamiento de civiles por tribunales militares. En esta época, en general, se hizo visible la ineficacia creciente del aparato represivo para controlar al narcotráfico y a la subversión.

El tercer periodo se inicia con la promulgación de la Constitución de 1991 y se extiende hasta la actualidad, (en el escrito de García Villegas, al menos hasta la fecha de su publicación). Desde los últimos años de la década de los ochenta los movimientos populares se debilitaron y disminuyeron las protestas organizadas por los sindicatos y los movimientos estudiantiles. El *estado de conmoción* —nuevo nombre del antiguo esta-

do de sitio— perdió su carácter permanente debido a la restricción temporal contenida en el artículo 213 de la nueva Constitución.⁸

Otra señal patológica del estado de sitio colombiano se encuentra en las varias leyes ordinarias mediante las cuales se han incorporado de modo permanente al ordenamiento jurídico las normas expedidas con carácter “transitorio” por los decretos de estado de sitio. Debe resaltarse que partir del año 1991 la situación varió notablemente con la expedición de la actual Constitución, pese a lo cual, el balance general del período es inocultablemente negativo, y así mismo, es fundada la preocupación por la restricción de las libertades para enfrentar a la delincuencia organizada y al terrorismo mediante medidas que ya no se sirven de los estados de excepción, sino que se proponen con carácter permanente y ordinario. Dentro de ellas, cabe mencionar el desafortunado episodio jurídico que tuvo lugar en Colombia entre los años 2003 y 2004, consistente en la aprobación por el Congreso de la República, a iniciativa gubernamental, de nada menos que una enmienda constitucional que restringía de modo notable los derechos a la libertad física, a la intimidad y a la locomoción de todos los colombianos con el pretexto de enfrentar la criminalidad organizada.⁹ Tal reforma alcanzó a regir por algunos meses, pero fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional en el año 2004, y así se volvió al texto original de la Constitución en estas materias.¹⁰

IV. EL RÉGIMEN COLOMBIANO VIGENTE DE ESTADOS DE EXCEPCIÓN

La Constitución colombiana actual contiene una verdadera réplica al estado de cosas que se acaba de describir. Establece tres tipos de estados de excepción, denominados “guerra exterior”, “conmoción interior” y “emergencia” (esta última puede ser económica, ecológica, social u ocasionada por una calamidad pública), con alto grado de detalle en su regulación y con límites sustantivos y temporales al uso de las facultades excepcionales del Ejecutivo. Además, establece el control automático de constitucionalidad

⁸ García Villegas, Mauricio, *op. cit.*, pp. 328 y 329.

⁹ Acto Legislativo 2 de 2003, publicado en el *Diario Oficial*, 45.406, del 19 de diciembre de 2003.

¹⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-816 de 2004, del 30 de agosto de 2004.

dad, ante la Corte Constitucional, de todos los decretos que expida el gobierno nacional en uso de estas atribuciones.

La siguiente es una descripción del marco normativo de los actuales estados de excepción:

a) El presidente de la República, en exclusiva, tiene la potestad constitucional de declarar la ocurrencia de cualquiera de los estados de excepción, pero debe contar siempre con la firma de todos los ministros, quienes son responsables, junto con el jefe de Estado, por cualquier abuso en el ejercicio de estas atribuciones.

b) Salvo para el caso de guerra exterior, la Constitución establece límites temporales precisos al empleo de los estados de excepción: en el caso de la conmoción interior ese plazo es de noventa días, prorrogable hasta por dos ocasiones, pero para la segunda prórroga se requiere permiso previo del Senado de la República, y en el caso de la emergencia, sólo se puede decretar tal estado por plazos máximos de treinta días, y nunca por más de noventa días en un año calendario. Las consecuencias de esta restricción temporal son evidentes: en los dieciocho años de vigencia de la Constitución los estados de excepción, por fin, han sido excepcionales. El estado de conmoción interior se ha declarado en cinco ocasiones y prorrogado en cuatro, por periodos que, sumados, no llegan a un año.¹¹ De esos decretos, cuatro han sido declarados inconstitucionales por la Corte Constitucional (dos decretos de declaratoria, dos de prórroga en los cuales el decreto inicial sí había superado el examen de constitucionalidad).¹² En cuanto al estado de emergencia, se ha empleado en ocho ocasiones, contadas tanto las declaratorias como las prórrogas,¹³ y en una de ellas la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de esa emergencia.¹⁴

c) En los estados de guerra y conmoción el presidente de la República puede suspender las leyes que considere contrarias a la situación anormal y en el de emergencia puede proferir decretos con fuerza de ley, lo cual

¹¹ Decretos 1155 de 1992, 1793 de 1992, 874 de 1994, 1370 de 1995, 1900 de 1995, 1837 de 2002, 2555 de 2002, 195 de 2003 y 3929 de 2008.

¹² Sentencias de la Corte Constitucional C-300 de 1994, C-466 de 199, C-327 de 2003, C-70 de 2009.

¹³ Decretos 333 de 1992, 680 de 1992, 1178 de 1994, 80 de 1997, 2330 de 1998, 195 de 1999, 4333 de 2008 y 4704 de 2008.

¹⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C-122 de 2007.

parecería enmarcar estas figuras en el tipo de “cláusulas de plenos poderes”, de estrecha cercanía con la dictadura constitucional, por cuanto las facultades extraordinarias no aparecen detalladas y porque la competencia para declarar la excepción corresponde de modo exclusivo al presidente de la República. Sin embargo, la aceptación por Colombia del régimen establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, así como varias normas constitucionales que son comunes a los estados de guerra exterior y de conmoción interior, a lo cual se agregan los límites establecidos legalmente (ley 137 de 1994) y la jurisprudencia interna con la que se cuenta en materia de constitucionalidad de los regímenes de excepción, permiten catalogar la figura como de genuinos estados de excepción.

En efecto, la propia Constitución establece los principios de subsidiariedad, necesidad y proporcionalidad en los regímenes de excepción, y prohíbe la suspensión de los derechos humanos, a la vez que impone, en todo caso, el respeto de las reglas del derecho internacional humanitario.

De igual modo, la Constitución establece que los estados de excepción no interrumpen el normal funcionamiento de las ramas del poder público, que tan pronto como hayan cesado la guerra exterior o las causas que dieron lugar al estado de conmoción interior, el gobierno declarará restablecido el orden público y levantará el estado de excepción.

La dinámica de los estados de excepción en estos 18 años de vigencia de la Constitución indica que el presidente de la República sigue siendo efectivamente quien tiene, en exclusiva, la facultad para apreciar los hechos y circunstancias de anormalidad que se presenten y para decidir si ello amerita la declaratoria de alguno de los estados de excepción. Esa facultad de apreciación de los hechos por parte del Ejecutivo lleva en sí misma una dosis de discrecionalidad, máxime cuando la Constitución utiliza conceptos indeterminados en su descripción de los estados de excepción. Sin embargo, como expresa una sentencia de la Corte Constitucional colombiana, el ejecutivo no puede “ignorar la existencia real de los hechos que dan base a sus calificaciones, ni sustraerse al escrutinio 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 proclama”.

Así mismo, el control judicial sobre los decretos que el presidente expide en el curso de los estados de excepción y que compete examinar a la Corte Constitucional, representa otro límite a la discrecionalidad presi-

dencial.¹⁵ Según lo ha afirmado la Corte en diversas sentencias, el gobierno no puede arbitrariamente definir cualquier circunstancia como sobreviniente y gravemente perturbadora del orden. La inclusión en la Constitución de una cláusula general, o de un concepto jurídico indeterminado, o de una fórmula abierta, no inhibe a la Corte Constitucional para efectuar el correspondiente juicio sobre la adecuación del acto bajo su control con respecto a los parámetros constitucionales.¹⁶

En efecto, la Corte Constitucional tiene en cuenta 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, o amenaza, debe necesariamente representar un margen de discreta apreciación por parte del presidente que, de todas maneras, no es en todo discrecional, pues no puede ignorar la existencia real de los hechos que dan base a sus calificaciones, ni sustraerse a un escrutinio 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. Se deduce de lo anterior, la necesidad perentoria de motivar adecuadamente los decretos que declaren la emergencia y acreditar, por parte del presidente, la efectiva ocurrencia de las causales que se alegan para la misma. La Corte, por su parte, acudirá a todos los medios a su alcance para ilustrar su juicio sobre la efectiva ocurrencia de las causales y motivos aducidos por el gobierno para declarar cualquier estado de excepción.¹⁷

En otros términos, la Corte Constitucional ha entendido que la Constitución establece exigencias materiales para que pueda ser declarado un estado de excepción. La valoración de las mismas es dejada a la apreciación razonable del Ejecutivo pero sujeta a la verificación de la Corte Constitucional —para efectos del control material de la declaratoria— y del Congreso de la República —para efectos del control político—. ¹⁸ Esa consideración le ha permitido en cinco ocasiones, declarar la inconstitu-

¹⁵ Véase Reales Gutiérrez, Clara, “El control de los decretos declaratorios de los estados de excepción”, *Teoría constitucional y políticas públicas: bases críticas para una discusión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 615-713.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-004 de 1992.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 1994.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-366 de 1994.

cionalidad de decretos que declaraban la conmoción interior o la emergencia económica, o sus prórrogas. La declaración de inconstitucionalidad se motivó en que los hechos señalados por el presidente no tenían las características de intempestivos o suficientemente graves como para justificar las medidas de excepción, aunque ciertamente los hechos aducidos por el gobierno sí eran ciertos.

Al respecto, también debe hacerse mención de que la Corte Constitucional ha entendido que de la Constitución y de la ley surge la regla de la subsidiariedad, en virtud de la cual la utilización de los estados de excepción se supedita a la imposibilidad o insuperable insuficiencia de las instituciones de la normalidad para resolver los problemas y crisis que afecten o amenacen a la sociedad. Así, por ejemplo, en alguna ocasión, en el año 1997, la Corte declaró la inconstitucionalidad de una declaratoria de emergencia económica por cuanto consideró que:

un hecho puede parecer a una sociedad extraordinario y sorprenderla sin conocimientos o instrumentos adecuados para evitar, corregir o morigerar sus efectos perniciosos. Sin embargo, si en su interior su riqueza institucional le brinda mecanismos para captar y adaptarse a la novedad, ésta difícilmente podrá considerarse en sí misma extraordinaria.

Y en otra ocasión, entre las motivaciones para declarar la inconstitucionalidad de una declaratoria de conmoción interior, en 1995, consideró lo siguiente:

No le queda duda a la Corte de que la existencia de fenómenos delincuenciales de ocurrencia diaria, tales como los atracos callejeros, el hurto de vehículos, la piratería terrestre, los abusos sexuales; o de ocurrencia frecuente como las “masacres”, los ataques de grupos subversivos y paramilitares contra personal civil y la fuerza pública, la toma de poblaciones, el secuestro, el narcotráfico, etc., son hechos notorios que vienen azotando a la sociedad, desde tiempo atrás, causando intranquilidad, zozobra y desconcierto entre la ciudadanía, sin que hasta la fecha estos acontecimientos se hayan podido contrarrestar con acciones eficaces, ni el gobierno haya hecho uso de los mecanismos ordinarios de que dispone, para atender al progresivo deterioro de la situación de orden público, como si su actitud debiera consistir en esperar que la acumulación de males se hiciera insostenible, para tratarlos con medidas de excepción, bajo la vigencia de un régimen restrictivo de libertades. Los hechos narrados no tienen el carácter

de coyunturales, transitorios ni excepcionales, que deban ser conjurados mediante medidas de excepción, sino que constituyen patologías arraigadas que merecen tratamiento distinto por medio de los mecanismos ordinarios con que cuenta el Estado para sortear problemas funcionales y estructurales normales.¹⁹

En la actualidad la Corte Constitucional colombiana controla la constitucionalidad, tanto de los decretos que declaran el estado de excepción, como de las medidas que se toman en desarrollo de tales estados excepcionales. Este control tiene carácter automático, es decir, no se requiere de ninguna demanda para que la Corte asuma el juzgamiento del decreto. Se prevé la posibilidad de participación de cualquier ciudadano en el trámite ante la Corte, para defender o impugnar la constitucionalidad de los decretos de excepción.

El control de constitucionalidad de los estados de excepción se ha fortalecido significativamente desde que entró en vigencia la Constitución de 1991. Cinco declaratorias de excepción o de prórroga han sido declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional. Ciertamente, la presencia de estos límites jurídico-racionales a los poderes de excepción es tanto más necesaria en cuanto aumenta la intensidad del factor perturbador, ya que aquellos constituyen, a no dudarlo, verdaderos y necesarios contrapesos que aseguran la supervivencia misma del sistema. En palabras de la propia Corte Constitucional: “la razón de ser de estos mecanismos de control estriba en conciliar la necesaria eficacia de las instituciones de excepción con la máxima preservación posible, en circunstancias excepcionales, de los principios esenciales del ordenamiento amenazado”.

Así pues, en la panorámica de los últimos treinta años (1978-2008) cabe apreciar un notable avance en el diseño constitucional colombiano en materia de los estados de excepción, con incidencia directa en una mejor protección de los derechos fundamentales, que antes de la Constitución de 1991 se suspendían con enorme facilidad al decretar la ocurrencia del “estado de sitio”, pero que, a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución, sólo son limitados en los términos estrictos que ella establece, con el agregado de la plena incorporación, al derecho interno, del régimen internacional de protección de los derechos humanos estableci-

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-466 de 1995.

do en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

V. LOS LÍMITES A LA SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS.
INTEGRACIÓN ENTRE EL RÉGIMEN COLOMBIANO
Y LA CONVENCION AMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS

Puede afirmarse que la utilidad de la suspensión de los derechos fundamentales para superar las crisis es un dogma del derecho constitucional, esto es, una afirmación que no se controvierte pero que tampoco soporta ningún rigor probatorio. Precisamente por ello, los estados de excepción siguen siendo un talón de Aquiles del constitucionalismo contemporáneo. Ante ello, el derecho internacional se ha erigido como última garantía de protección de los derechos humanos en los estados de excepción. La Convención Americana de Derechos Humanos establece que los estados parte, entre los que se encuentra Colombia, pueden suspender los derechos que se han comprometido a respetar por encontrarse en estado de excepción, pero siempre que esta suspensión no traiga consigo ninguna discriminación fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Además, este tratado internacional prohíbe de modo explícito (artículo 27), la suspensión de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, al nombre, a la nacionalidad, así como la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, el principio de legalidad y de retroactividad, las libertades de conciencia y de religión, la protección de la familia, el derecho al nombre, los derechos de los niños, el derecho a la nacionalidad, los derechos políticos y las garantías judiciales indispensables para la protección de todos los anteriores. En armonía con ello, la ley 137 de 1994 establece un catálogo de derechos que no pueden ser suspendidos, así como unos límites para la suspensión de aquellos que sí pueden serlo. Estos derechos constituyen entonces los *derechos absolutos o intangibles*,²⁰ en el entendido de que, a diferencia

²⁰ O'Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, p. 1004.

de los demás, su ejercicio no puede ser suspendido en ningún caso, por grave que sea la situación que se presente en el Estado parte.

No está claro el criterio que tuvieron los Estados negociadores a la hora de elegir éstos derechos para darles el carácter de *absolutos*.²¹ Sin embargo, la doctrina indica que las razones de su elección parecen ser dos: en primer lugar, “aquellos derechos que son muy básicos, como el derecho a la vida y el derecho a no ser torturado, que son, además, normas imperativas del derecho internacional”.²² En segundo lugar, “los derechos cuya restricción no podría, en principio, tener relevancia en el tratamiento efectivo de la situación de emergencia, como, por ejemplo, el derecho al nombre que se estipula en el artículo 18 de la Convención”.²³ Asimismo, por su cercanía histórica, no se puede descartar la influencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en este tema, pues aunque no son idénticos, ambos instrumentos incluyen en esta categoría el derecho a la vida, a la integridad personal, la prohibición de la esclavitud y servidumbre, el principio de legalidad y retroactividad y la libertad de conciencia y de religión.

La inclusión en ésta lista de los derechos políticos (artículo 23), parece tener como base la experiencia regional. Según la doctrina se debe a

la larga historia de amenazas a la participación política en el continente americano, donde la suspensión de las garantías constitucionales bajo situaciones de emergencia ha resultado frecuentemente en la suspensión de todos los derechos políticos por largos periodos de tiempo.²⁴

El derecho que más ha ocupado la atención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la imposibilidad de suspenderlo es la prohibición de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes, como parte del derecho a la integridad personal. La Corte Interamericana ha sostenido que esta norma tiene carácter de *ius cogens*²⁵ y que

²¹ Medina Quiroga, Cecilia, “Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 263.

²² *Idem*.

²³ *Idem*.

²⁴ Medina Quiroga, *op. cit.*, p. 263.

²⁵ Corte IDH. Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C núm. 123, párrafo 100.

todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana en violación del artículo 5 de la Convención Americana. Las necesidades de la investigación y las dificultades innegables del combate al terrorismo no deben acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona.²⁶

Específicamente, respecto de la proscripción de la tortura, ha indicado:

que está estrictamente prohibida por el derecho internacional de los derechos humanos. La prohibición de la tortura es absoluta e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, “lucha contra el terrorismo” y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas. Se ha conformado un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, régimen que pertenece hoy día al dominio de *ius cogens* internacional.²⁷

Respecto de los derechos políticos (artículo 23), se ha indicado que la imposibilidad de su suspensión puede ser difícil de observar en la práctica, especialmente en el caso de guerra.²⁸ Sin embargo, otra parte de la doctrina ha señalado que:

Sólo la sección b [del artículo 23], que consagra el derecho a votar y a ser elegido, podría plantear un problema, ya que se podría decir que hay muchas circunstancias en la vida de una nación en las que la organiza-

²⁶ Cfr. Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 30 de mayo de 1999, Serie C Núm. 52, párrafos 196 y 197. En el mismo sentido, Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C núm. 112, párrafo. 157; Corte IDH, Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C núm. 33, párrafos 57 y 58.

²⁷ Cfr. Corte IDH, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 8 de julio de 2004, Serie C núm. 110, párrafo 111. En el mismo sentido, Corte IDH, Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de noviembre de 2003, Serie C núm. 103, párrafo 89; Corte IDH, Caso Cantoral Benavides vs. Perú, Fondo, Sentencia del 18 de agosto de 2000, Serie C núm. 69, párrafo 95.

²⁸ Buergenthal, “The American Convention on Human Rights: Illusion and Hopes”, *Buffalo Law Review*, vol. XXI, 1971-72, pp. 121-136.

ción de una elección puede ser difícil e incluso imposible. Se puede pensar en una catástrofe natural o en una guerra. Para analizar el punto, habría que considerar que se habla de suspensión temporal de un derecho cuando existe la decisión de suspender un derecho que, de no ser por la suspensión, podría materialmente ser ejercido. Podría argumentarse que, en caso de una catástrofe natural o una guerra, existe una imposibilidad de ejercer el derecho a voto causada por eventos más allá del control de las autoridades, y no una suspensión.

Además de los asuntos interpretativos que se acaban de relacionar, sobre el artículo 27.2 de la Convención, existe un importante acervo conceptual y jurisprudencial sobre la prohibición de suspender las garantías de esos derechos, como quiera que allí, más incluso en en la suspensión del derecho sustancial, puede vulnerarse la exigencia del tratado internacional. En este orden de ideas, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha concentrado en mayor medida en determinar cuáles son las garantías que no son susceptibles de suspensión.

El numeral segundo del artículo 27 de la Convención Americana amplía la prohibición a todas aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos que no son susceptibles de suspensión. Así ha quedado dicho en la Opinión Consultiva núm. 8 de 1987:

En condiciones de grave emergencia es lícito suspender temporalmente ciertos derechos y libertades cuyo ejercicio pleno, en condiciones de normalidad, debe ser respetados y garantizados por el Estado pero, como no todos ellos admiten esa suspensión transitoria, es necesario que también subsistan las garantías judiciales indispensables para [su] protección.²⁹

La Convención no señaló, específicamente, cuáles son las *garantías judiciales indispensables* que no se pueden suspender. Por ello, el gobierno de Uruguay sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de opinión consultiva sobre “el alcance de la prohibición de suspender las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos mencionados en el artículo 27.2 de la Convención”,³⁰ con el objetivo de que ésta diera su opinión en cuanto la determinación de esas *garantías judiciales*

²⁹ Cfr. *ibidem*; párrafo 27.

³⁰ Cfr. Opinión Consultiva OC-9/87; “Garantías judiciales en estados de emergencia”, párrafo 1.

indispensables. La Corte Interamericana dio respuesta a esa solicitud mediante la Opinión Consultiva núm. 9 de 1987. Allí sostuvo que:

deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el artículo 27.2 de la Convención, el hábeas corpus (artículo 7.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (artí o tribunales competentes 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención.³¹

En cuanto a los procesos tipo amparo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “la garantía consagrada en el artículo 25 [...] es aplicable a los derechos no susceptibles de suspensión en estado de emergencia”,³² dado que “el artículo 27.2 no vincula esas garantías judiciales a ninguna disposición individualizada de la convención”, siendo lo único importante es que dichos procedimientos judiciales sean indispensables para garantizar esos derechos. Para que una garantía sea indispensable, se requiere que “sea realmente idónea para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”.³³ En este sentido, en palabras de esta Corte, “es violatoria de la Convención toda disposición adoptada por virtud del estado de emergencia, que redunde en la supresión de esas garantías”.³⁴

El *habeas corpus* (numeral 6 del artículo 7 de la Convención), en su sentido clásico, tutela de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad.³⁵ En este sentido, a primera vista parecería que el *habeas corpus* sería de aquellas garantías que podrían ser susceptibles de suspensión por parte de los Estados, puesto que la libertad personal, derecho protegido con ella, no es uno de aquellos derechos que no se puede suspender al tenor del numeral 2 del artículo 27 de la Convención.

³¹ Cfr. *ibidem*, párrafo 42.

³² Cfr. *op. cit.*, OC-8/87, párrafo 25.

³³ Cfr. *op. cit.*, OC-9/87, párrafo 24.

³⁴ Cfr. *ibidem*, párrafo 26.

³⁵ Cfr. *op. cit.*, OC-8/87, párrafo 33.

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el *habeas corpus*, al exigir la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada:

Sirve como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.³⁶

Derechos que no son susceptibles de suspensión según el numeral 2 del artículo 27 de la Convención. Por ello, el *habeas corpus* no es susceptible de ser suspendido en ningún caso.

La Corte fundamenta ésta conclusión en la experiencia sufrida por varias poblaciones del hemisferio americano en décadas recientes, particularmente por desapariciones, torturas y asesinatos cometidos o tolerados por algunos gobiernos. En palabras de la Corte, “esa realidad ha demostrado una y otra vez que el derecho a la vida y a la integridad personal son amenazados cuando el *habeas corpus* es parcial o totalmente suspendido”.³⁷

Asimismo, a pesar de que el derecho al debido proceso (artículo 8 de la Convención) no está mencionado en el artículo 27.2 como uno de los que no puede ser suspendido, la Corte ha establecido que todas las garantías deberán adecuarse a los requerimientos exigidos por ese derecho. En la Opinión Consultiva núm. 9 de 1987, lo indicó en los siguientes términos:

Relacionado el artículo 8 con los artículos 7.6, 25 y 27.2 de la Convención, se concluye que los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales.³⁸

³⁶ *Cfr. op. cit.*, OC-9/87, párrafo 35.

³⁷ *Ibidem*, párrafo 36.

³⁸ *Cfr. op. cit.*, OC-9/87, párrafo 30.

VI. LAS RESTRICCIONES A LA LIBERTAD EN RAZÓN DE LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y EL TERRORISMO

Desde los espantosos atentados a las torres gemelas de 2001, el mundo entero vive una época de restricción generalizada a las libertades que se sustenta en la necesidad de protegerse contra el terrorismo. Las restricciones impuestas van más allá de lo que prudentemente podría justificarse, al punto que, tal y como recientemente lo ha manifestado la Comisión Internacional de Juristas,³⁹ numerosos Estados han caído en la trampa de responder al terrorismo con medidas que desconocen los valores humanistas y los marcos legales en que se funda el orden mundial contemporáneo, con medidas efectistas de corto plazo que ocasionan, sin embargo, graves resquebrajamientos institucionales y sociales a mediano y largo plazo.

Muchas de las medidas que se vienen tomando para enfrentar el terrorismo resultan absolutamente contrarias a la legalidad internacional, y en ese sentido, el análisis precedente sobre la prohibición de suspensión de derechos en el marco del sistema interamericano de derechos humanos adquiere nueva importancia, ya que lo que se ha afirmado en referencia a los estados de excepción, igualmente resulta aplicable a estos fenómenos de restricción de derechos por causas de criminalidad organizada y terrorismo. Nada justifica la tortura, ni la supresión de la intimidad, ni los tratos crueles, inhumanos o degradantes, y en ese sentido, es pertinente dar todo el relieve institucional posible a la jurisprudencia internacional analizada.

Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que las normas internacionales de derechos humanos hoy vigentes surgieron, precisamente, para regular el comportamiento de los Estados en tiempos de crisis, y que la terrible experiencia de la Segunda Guerra Mundial fue una fuente de inspiración, precisamente, de ese orden internacional basado en el respeto y protección de los derechos humanos. Así pues, las normas internacionales y constitucionales sobre derechos y libertades no pueden considerarse obstáculos para la lucha contra la criminalidad organizada y el terrorismo, pues por el contrario, son las mejores herramientas con las que cuenta el

³⁹ International Commission of Jurists, *Assessing damage, urging action*, report of the eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-Terrorism and Human Rights, Geneva, 2009. www.icj.org.

Estado para enfrentar con legitimidad a tan poderosos enemigos, quienes precisamente pueden señalar como triunfos los recortes que en virtud de sus actuaciones sobrevienen en la vigencia y protección de los derechos humanos. La difusión de la *cultura del miedo* desde ámbitos estatales constituye, en ese orden de ideas, una desafortunada regresión para la vigencia y goce de los derechos humanos.