

PRINCIPIOS RECTORES DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

POSIBILIDADES DE CONTROL JUDICIAL

Juan Carlos Moncada Zapata¹

PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Siempre queda algo por decir acerca de los grandes problemas, siendo esta afirmación particularmente verdadera en tratándose del tema de los *estados de excepción*.² Las instituciones políticas configuradas en una Constitución son pensadas para regir la vida ordinaria de una sociedad y para encauzar el proceso normal en la conformación del poder dentro del marco del Estado. Sin embargo, existen circunstancias imprevisibles de diversa índole y de gran entidad que dificultan la realización de esas pretensiones y que neutralizan la vigencia y la *capacidad normadora* del orden jurídico-constitucional, a las cuales no puede contestarse sino con medidas no regulares, es decir, excepcionales.

Cuando la Constitución es súbitamente confrontada con una situación diferente a la *prevista* en el momento de promulgarse, ésta puede no encontrarse en condiciones de garantizar su propia eficacia,³ ante lo cual habrá que responder, pues, con medidas de excepción. Lo importante de destacar es que esa realidad sobreviniente, desconocida e imprevisible, obliga a tomar decisiones políticas y

1 Estudiante de la Facultad de Derecho. Universidad de Antioquia. X semestre.

2 Estado de necesidad, dictadura temporal, gobierno de crisis, gobierno de emergencia, de urgencia, dictadura constitucional o estado de excepción, etc., son otras formas utilizadas por el derecho comparado para denominar el fenómeno de los estados de excepción.

3 Cruz Villalón, Pedro. *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1984. En la página 17 se lee: "La Constitución parte de una determinada concepción de la realidad social que pretende normar, la cual no es, ni puede ser, una comprensión total, sin lagunas; por el contrario la Constitución configura un determinado proyecto en relación con una situación considerada normal y *previsible*, y a partir de la cual, precisamente, el proyecto justifica su racionalidad. Cuando la Constitución es súbitamente confrontada con una situación distinta, *no prevista*, la Constitución puede no encontrarse en condiciones de garantizar su propia eficacia. Surge así la distinción entre situaciones de normalidad y situaciones de excepción (...), surge así, en una palabra, el concepto de crisis aplicado a la Constitución".

remedios jurídicos consecuentes con esas mismas circunstancias, que conllevan, por principio, nefastas consecuencias para los grandes postulados que legitiman el Estado moderno: el de la desconcentración del poder (postulado político) y el de la legalidad (postulado jurídico).

Para el Estado constitucional de derecho, ambos principios tienen un sentido fundamental: salvaguardar los derechos individuales y de grupo frente a eventuales injerencias coactivas exorbitantes de los detentadores del poder político. Los *estados de excepción* debilitan esas cláusulas de salvaguardia por la contundencia de las atribuciones básicamente coactivas que suelen conferir las constituciones para el mantenimiento del Estado en situaciones de crisis. Es así como tales situaciones de crisis interesan principalmente a los derechos e instituciones liberales y sociales.

Definir en qué consiste tal *estado de excepción*, sus alcances y límites, sus principios rectores y las posibilidades de control judicial de las medidas tomadas a su amparo, constituye un reto preponderante para los juristas que se ocupan de su estudio, pues se trata de un fenómeno que compromete directamente la supervivencia del estado de derecho y la operatividad de los derechos individuales y colectivos.

No obstante, se hace necesario sistematizar los criterios que ofrece el derecho positivo colombiano y comparado sobre lo *excepcional*, con un transfondo de doctrina y filosofía jurídica hermenéutica, en la vía de formular un grupo de *principios rectores que sirvan de patrones para la interpretación y control constitucional* de las medidas de excepción.

CONSTITUCIÓN Y ESTADO DE EXCEPCIÓN

La tarea fundamental del derecho y la teoría constitucional consiste en hallar fórmulas que permitan la *coexistencia entre dos valores nodales de las sociedades políticas: la autoridad y la libertad*. Es muy certero Hauriou cuando define el derecho Constitucional en una apretada fórmula como "técnica de conciliación de la autoridad y la libertad en el marco del Estado".⁴ El constitucionalismo occidental clásico⁵ consiguió teóricamente la pretendida conciliación, de una parte mediante el reconocimiento a los ciudadanos de una *Carta de Derechos* sustraída al poder del Estado, y de otra, mediante la implementación de la idea cumbre del pensamiento montesquieuano: el *principio de separación de poderes*.

4 Hauriou, André y otros. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Editorial Ariel, Barcelona, 1980, p. 47. Traducción castellana, adaptación y apéndice a cargo de José Antonio González Casanova.

5 Nos referimos al período histórico caracterizado por el reconocimiento escrito de una Constitución, es decir, de las Revoluciones americana y francesa, hasta nuestros días.

Durante el siglo XIX, sin embargo, el rasgo característico de las constituciones fue su total ineficacia para vincular los *factores reales de poder* al proyecto democrático individualista con las consiguientes derogaciones y cambios constitucionales;⁶ en el siglo XX, se percibe una mayor estabilidad constitucional, pero al mismo tiempo se afirma la figura del *estado de excepción*, una suerte de fórmula constitucional alternativa, que sirvió de escotilla de escape para salvar las crisis del Estado sin por ello prescindir de la norma fundamental. Algunos factores que pueden mencionarse para explicar este fenómeno son:

a. El acelerado proceso de industrialización, el crecimiento desenfrenado y la concentración demográfica incidieron insospechadamente en la aparición de circunstancias que cambiaron de manera importante las condiciones empíricas en que se había levantado el constructo teórico del Estado clásico liberal.

La relación gobernantes-gobernados se hizo más estrecha por la exigencia cada vez mayor de una organización estatal en consonancia con las necesidades de un Estado prestatario de servicios públicos. Este fenómeno provocó sensibles variaciones en la estructura y en las funciones del Estado nacido con la Revolución francesa, cuyas cualidades más conocidas se revelaban en el imperativo de reducir el aparato burocrático y en el abstencionismo económico. De este último aspecto se ocupó León Duguit, quien resaltó la aparición de las nuevas funciones públicas en el Estado del siglo XX.⁷

Un estado prestatario de servicios públicos exige ensanchar su radio de acción administrativo y funcional e incide en forma determinante en el curso de los acontecimientos económicos para efectos de planificación. Implica, como es obvio, el crecimiento desmedido de la rama ejecutiva, el monopolio del gasto con

6 En Colombia, es pertinente recordarlo, hubo tantas constituciones a lo largo del siglo XIX que no es posible enumerarlas todas en un comentario incidental. A título de ejemplo, la de Cundinamarca en 1811, "primera real Constitución de la antigua América española", según dijo Leopoldo Uprimny; la de Antioquia y la de Cartagena en 1812; la de Mariquita de 1815; la de la República de Colombia en 1821; la de 1830; la del Estado de la Nueva Granada de 1832; la de 1843; la liberal de 1853; la de la Confederación Granadina de 1858; la federal de los Estados Unidos de Colombia de 1863, y la de 1886. Este solo dato de historia constitucional da una idea de la frágil estabilidad de nuestro país en el siglo pasado.

7 Duguit, León. *Las transformaciones del derecho*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1975, p. 27 y ss. Traducido del francés por Adolfo Posada y Ramón Jaén. Lo radicalmente importante en esta obra, además de su famosa noción del servicio público como criterio de lo administrativo, es su aguda percepción del profundo cambio experimentado en la estructura y tareas estatales. Percibe que el Estado, protector de vida, honra y bienes de los ciudadanos, según la óptica francesa tradicional no intervencionista, pasa a encargarse de la prestación de servicios públicos y de la promoción social de los ciudadanos. Esa, que hoy nos parece una tarea estatal común, en aquel tiempo se consideraba como una gran transformación de la vida pública y de la relación gobernantes-gobernados.

la subsiguiente centralización del poder de decisión política y normativa y, en últimas, un desbalance en el principio de separación de poderes en favor del ejecutivo. En ese contexto tiene mayor cabida el *estado de excepción*, que es un instrumento ejecutivo y para el ejecutivo.

b. El advenimiento de las guerras mundiales en la primera mitad del siglo alteró sustancialmente el curso de los acontecimientos políticos nacionales y mundiales y obligó a la centralización definitiva del poder militar en manos del ejecutivo. Esta penosa circunstancia de nuestro tiempo afianzó la idea de un *estado de excepción* para casos de guerra exterior y puede decirse que casi ninguna constitución del mundo pudo resistir la prueba de mantenerse permanente y estable en el interregno de la conflagración. La impotencia del estado de derecho y la desalentadora eficacia normativa de su constitución nunca fue más evidente.

c. Debe señalarse también como un factor propiciatorio del *estado de excepción* el decaimiento de la actividad deliberativa, esencia del modelo de producción normativo parlamentario, en un mundo acosado por la rapidez propia de la industrialización y necesitado de centros de decisión eficientes e inmediatos. Tal circunstancia produjo como contrapartida los regímenes presidencial y presidencialista, a despecho del régimen parlamentario. En el plano jurídico, la ley pierde su carácter clásico de impersonalidad, abstracción y generalidad, para dar paso a las que Carl Schmitt llamó *leyes medida*, leyes propias del Estado administrativo pensadas para resolver problemas concretos y singulares y no para planear un orden con vocación de permanencia. Es la época del reglamento y del acto administrativo.

En este contexto, el ejecutivo aparece como *primera instancia de decisión política y como principal fuente del derecho*, ejerciendo con naturalidad las funciones legislativas, por medio del reglamento administrativo y de facultades parlamentarias delegadas, recuperando para sí, dentro del marco del estado de derecho, viejas técnicas del absolutismo monárquico: los poderes regios.

A la larga, el constitucionalismo tuvo que reconocer estos hechos que cuestionaban el ensayo liberal de la separación de poderes. Es así, continuando con la idea de Hauriou, como la balanza autoridad-libertad se inclina ante el peso del primer extremo y se configura, con autorización constitucional o sin ella, el fenómeno llamado *estado de excepción* o *estado de necesidad* (Notrecht en el lenguaje alemán).

Para justificar en concreto el *estado de excepción* corrientemente se habla de *alteraciones extraordinarias de la normalidad*, desórdenes sociales o eco-

nómicos, parálisis política del devenir institucional o de amenazas de guerras externas o civiles internas.⁸

El contenido de esos conceptos depende de cada constitución y en buena medida, de los tribunales encargados de revisar las medidas que se toman al amparo de situaciones excepcionales. Tal vez pueda decirse de una forma más aproximada que el *estado de excepción* se explica y justifica cuando se pone en tela de juicio *la existencia misma de la sociedad estatal*. Este es, por lo demás,⁹ el criterio acogido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Cualitativamente los *estados de excepción* se distinguen según que la estabilidad constitucional se vea amenazada por factores externos o internos a la Constitución de un Estado. Es decir, según que las alteraciones de la normalidad tengan por fundamento una agresión bélica extranjera o una catástrofe económica, social o ecológica que amenace el mantenimiento de la integridad social-estatal y que, por su entidad, no permita ser neutralizada mediante soluciones ordinarias (estos son los factores externos a la Constitución); o según que el motivo de la alteración extraordinaria finque sus raíces en el régimen constitucional mismo, sus instituciones políticas, el modelo de Estado o de Gobierno, o las políticas específicas de un gobierno de turno (factores internos a la Constitución).

Cuantitativamente, cabe hablar de circunstancias de alteración de mayor o de menor entidad. En este caso la diferencia no es conceptual sino de grado. Vedel explica mediante un retruécano que las circunstancias excepcionales dan lugar,

8 Vedel, Georges. Derecho Administrativo. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar, primera edición española, 1980. Traducción del francés de Juan Rincón Jurado. De acuerdo con el autor, la noción de circunstancias excepcionales puede ser definida hasta cierto punto: 1) suponen una situación de crisis; 2) sólo tienen efecto jurídico cuando existe la imposibilidad de la administración de actuar legalmente; 3) sólo dispensan del respeto a la legalidad normal en la medida en que un interés público actual lo exija. Ver p. 249.

9 "Artículo 4. *Suspensión de obligaciones convencionales*. 1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los estados partes en el presente pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social." El mismo artículo desautoriza la suspensión del derecho a la vida, prohíbe medidas de tortura o de esclavitud así como el encarcelamiento por deudas, impide la violación al principio de favorabilidad de normas penales, protege el reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho a la libertad religiosa o ideológica.

El Pacto, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, fue aprobado por el Congreso de Colombia mediante la Ley 74 de 1968 y ratificado el 29-X-69.

en general, a necesidades urgentes, pero no todas las situaciones urgentes corresponden a circunstancias excepcionales.¹⁰

El efecto principal del *estado de excepción* consiste en un rompimiento temporal más o menos reglado del estado de derecho, que conduce generalmente a flexibilizar los límites constitucionales que imponen los derechos fundamentales y a desequilibrar, en beneficio del Ejecutivo, el principio de separación de poderes mediante la concentración de poderes de decisión jurídicos, económicos y militares.

En estas situaciones, es corriente que operen arrogaciones normativas sin sustento de derecho (como el caso Fujimori en el Perú); o traslados de funciones legislativas al ejecutivo (como ocurre, aunque matizadamente, en Estados Unidos), cuyos poderes permiten al delegatario suspender el orden jurídico ordinario para limitar o restringir derechos de libertad fundamentales y movilizar extraordinariamente la fuerza pública. Sin embargo, en la mayoría de países de Occidente, entre ellos Colombia, la fórmula más utilizada es la de otorgar constitucionalmente al ejecutivo la facultad discrecional de declarar el *estado de excepción*.

EL ESTADO DE SITIO O DE EXCEPCIÓN EN COLOMBIA

El *estado de sitio* —antigua denominación del *estado de excepción*— se afirmó en nuestra historia constitucional decimonónica fundado en las necesidades prácticas de situaciones violentas, del todo anormales, “en el deber y el derecho que tiene el Gobierno de defenderse y de defender la nación, y en el legítimo interés de la sociedad de armarse y obrar con energía cuando se siente amenazada por agresiones exteriores o por perturbaciones intestinas”.¹¹

La Colombia del siglo XX vivió una curiosa y dolorosa perversión del *estado de sitio*, en la que valió más la normatividad de emergencia dictada con fundamento en el célebre artículo 121 que el ordenamiento jurídico ordinario. El concepto tradicional de *mantenimiento del orden público* llegó a justificar la decla-

10 *Op. cit.* p. 250. Explica el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de París, refiriendo una sutileza del lenguaje constitucional francés, que la urgencia produce efectos menos amplios que las circunstancias excepcionales: la urgencia permite flexibilizar las formalidades para tomar rápidamente una decisión (como en el caso del artículo 163 de la Constitución de Colombia relativo a la “manifestación de urgencia” que permite simplificar los trámites ordinarios de un proyecto de ley a solicitud del Presidente de la República) pero no autoriza a la administración a saltarse el marco de competencias ordinarias.

11 Samper, José María. *Derecho público interno de Colombia*. Editorial Temis, Bogotá, 1982, pp. 499-500. El libro fue escrito, a finales del siglo pasado, en dos volúmenes: uno de historia crítica de las instituciones, y el otro de comentarios “científicos” a la Carta de 1886.

ratoria del *estado de sitio* para manejar problemas que nada tienen que ver con el sometimiento del Estado, como los relacionados con el ejercicio del derecho de huelga, el reclamo de derechos y la protesta, el terrorismo aislado no identificado, los problemas del ámbito estudiantil, paros de los usuarios de los servicios públicos, marchas campesinas de protesta y hasta con asuntos relacionados con la delincuencia común. Este último es el caso del Decreto 1370/95 que declaró en estado de conmoción interior todo el territorio nacional, en cuyos considerandos se lee que “la situación de orden público se ha agravado en las últimas semanas como resultado de la acción de la delincuencia común”.

Así, mientras José María Samper, Delegatario del Estado de Bolívar a la Asamblea de Delegatarios de 1886, decía orgullosamente que “jamás constitución alguna había dado en Colombia garantías tan serias y eficaces a las libertades públicas y a los derechos e intereses del Estado, como las que este artículo contiene”, el ex presidente Eduardo Santos, muchas décadas después —a propósito del Acto Legislativo 01 de 1960 modificadorio del artículo 121 constitucional—, reconocía que “Entre todos los problemas de orden constitucional hoy existentes en Colombia no hay sino uno de urgencia evidente y de gran verdad incalculable: el artículo 121, que autoriza al Jefe de Estado para declarar turbado el orden público y en virtud de esa determinación lo inviste de las más amplias facultades y de máximos poderes (...) Sea cual fuere su análisis gramatical y jurídico, es lo cierto que se ha prestado para suprimir, lisa y llanamente la Constitución; para acabar con las garantías constitucionales y los derechos civiles y políticos; para introducir una autocracia sin límites”.¹²

La violenta disputa bipartidista heredada del siglo pasado impidió eficazmente que en Colombia se probaran los beneficios del principio de la separación de funciones estatales; el país no contempló siquiera fuera en un corto período de su historia la vigencia práctica de los derechos y libertades fundamentales trasplantados con tanto ardor de la Europa liberal revolucionaria. Cuando se dice que Colombia es la democracia más *estable* de Latinoamérica, debe entenderse que se alude a la democracia más impecable desde el punto de vista formal.¹³

12 Charry Samper, Héctor. *La reforma del artículo 121 de la Constitución*. Bogotá, Imprenta Nacional, 1962, p. 9. Citado por Pedro Agustín Díaz Arenas, en: *La Constitución Política de Colombia (1991). Proceso, Estructuras y Contexto*. Temis, 1993, p. 340. Díaz Arenas se refiere al sistemático recurso del *estado de excepción* como la “subcultura de la ley marcial”.

13 Se lee en un comentario de Diego Montaña cuéllar que “en ninguna comarca de América Latina se ha rendido tanto culto a la forma. Al derecho formalista. Al derecho confundido con el servicio de relaciones de cosas, casi siempre mercantiles. El derecho en Colombia ha estado sometido a una economía anárquico formal. Ha sido generalmente privado de su sustancia propia; su papel es formular y a lo más interpretar, pero casi nunca (...) normar”. En: *Libertades y orden público*. I Seminario. El Estado de Derecho. Imprenta Nacional de Colombia, Tomo II, p. 180-181.

Lo peor de todo es que no sólo los gobiernos de turno —enseñados a ver el origen de los males del País por fuera del Gobierno y del estamento militar— han imposibilitado que el estado de derecho sea una realidad aproximada; incluso la doctrina más calificada tiende a perpetuar nuestra historia sangrienta abogando por mayores atribuciones discrecionales para el Gobierno y las fuerzas militares en los *estados de excepción*, sustentando tesis como la de la eliminación total de la revisión judicial de decretos de excepción y la legalización definitiva de los grupos paramilitares y de autodefensas armadas (hoy llamadas por la oficialidad *cooperativas de seguridad*).¹⁴

En estas circunstancias aparece la Constitución de 1991, fecha en la que se realizó un nuevo intento por limitar las facultades que otorga el *estado de excepción*, comenzando por reemplazar la calificación *estado de sitio* por la de *estados de excepción*, en un juego de lenguaje *leguleyo* y simbólico muy propio de los colombianos.

Cinco años después, en 1996, existen elementos de juicio suficientes para concluir que no hubo un cambio de actitud de los gobiernos Gaviria y Samper frente al manejo del *estado de excepción*. En lo que toca con la rama judicial y particularmente con la Corte Constitucional, puede decirse que, aunque conserva en buena parte su tradicional actitud transaccionista y autorrestrictiva, ha tomado decisiones alentadoras y de la mayor importancia frente a los excesos de los poderes ejecutivo y Legislativo. Es el caso de la Sentencia C-466/95, con ponencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz, que resolvió declarar inexecutable el Decreto 1370 del 16 de agosto de 1995, por medio del cual se declaró el estado de conmoción interior. La Corte adujo argumentos como la falta del supuesto fáctico necesario para justificar la *conmoción* y la falta de agotamiento de los recursos de policía ordinarios atribuidos al Presidente de la República.

La Sentencia, la primera en la jurisprudencia nacional que *tumba* una *conmoción interior*, vino a cambiar de un modo radical la tradicional actitud de amabi-

14 En los trabajos de la Comisión Presidencial designada a mediados de 1989 para examinar la Reforma a la Administración Pública del Estado Colombiano, el conocido constitucionalista Luis Carlos SÁCHICA Aponte sugería explícitamente en su Ponencia "Suprimir el control judicial de constitucionalidad de los decretos de estado de sitio y definir la naturaleza y necesidad de la milicia nacional como medio de acción para enfrentar ciertas formas de violencia". El ponente, ex magistrado de la desaparecida Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sostuvo en aquella ocasión que el control judicial de *estados de excepción* por parte de los jueces "debilita los poderes del ejecutivo" y deviene insubsistente ante una cuestión enteramente política. Agregaba además que un nuevo concepto de orden público hacía necesario "establecer una milicia nacional que podría ser el cuerpo que atendiera los requerimientos del orden en los sectores rurales alejados (...) milicia que podría conformarse con gente de la región afectada, bajo órdenes militares y el control del ejército". En: *Libertades y orden público*, ibíd., p. 151, 155, 156, 164 y 165.

lidad, de subordinación y hasta postración del poder judicial frente al poder ejecutivo. Esta actitud se explica en buena parte por cuanto la actividad judicial en la Constitución de 1991 no se repliega a la solución de conflictos intersubjetivos de intereses conforme a las directrices tradicionales, sino que irradia su fuerza más allá de la Ley y con fundamento en la Constitución, no ya sólo para desempeñar su tarea secular de resolución de tales conflictos intersubjetivos de intereses y de aplicación acrítica de la ley, sino también para mantener al legislativo y al ejecutivo en el marco de sus atribuciones constitucionales. Cabe hablar hoy de la rama judicial como verdadera *instancia de poder* que se afirma —debe afirmarse— contra el abuso de los demás poderes del Estado.

PRINCIPIOS RECTORES DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

Los principios rectores que vamos a mencionar encuentran fundamentos normativos positivos precisos en el articulado de la Carta de 1991. Los *estados de excepción* están regulados básicamente en los artículos 212, 213, 214 y 215, y puede decirse que están espacial, modal, temporal y sustantivamente limitados.

Hablamos específicamente de *principios* para posibilitar que las medidas excepcionales se enfoquen en una perspectiva también excepcional, más estricta, más celosa, menos formalista y restrictiva que la utilizada en períodos de normalidad constitucional. Una estrategia hermenéutica capaz de responder al reto de controlar las medidas excepcionales no puede continuar por el sendero de la validez formal de los decretos de excepción, que deja a la judicatura como en un estado de indefensión en lo que toca con la garantía de la independencia judicial y que convierte el elenco de derechos básicos en simples potestades que el Gobierno niega o concede, haciendo un uso irracional e irónico de instrumentos pensados para proteger el estado de derecho.

Hablamos de *principios rectores* de lo excepcional por oposición a *reglas rectoras* de lo excepcional. Comprender la diferencia haría necesaria una digresión sobre el lugar de los principios y sus posibilidades operativas en la práctica judicial, de acuerdo con la doctrina hermenéutica más reciente (Alexi, Dworkin) y darles sentido en el ámbito de enjuiciamiento de las medidas de excepción. Sin embargo no parece pertinente explicitarlo aquí. Baste decir que la tesis del control de *estados de excepción* conforme a principios se justifica por dos razones: la primera, porque el nuevo modelo de estado social implantado en Colombia, introdujo un *cambio en el concepto de Derecho manejado por la teoría del estado de derecho clásico de corte formal*, tradicionalmente explicado como *conjunto de reglas* —en el sentido de mandatos definitivos que se aplican o no, sin admitir término medio— propiciatorio de un tratamiento formal al problema

de los *estados de excepción*; este cambio de concepto trajo consigo, además, un nuevo punto de partida hermenéutico para la dinámica operativa del sistema jurídico, según el cual los operadores jurídicos cuando interpretan no se limitan a descubrir un sentido preexistente en las normas, como si de una actividad descriptiva-demostrativa se tratara, sino que constantemente construyen el ordenamiento jurídico.¹⁵

En segundo lugar, porque el nuevo modelo *redefine el principio de separación de poderes* en el sentido de que la misión de la judicatura no es simplemente pronunciar las palabras de la Ley, según la conocida fórmula liberal de Montesquieu, sino también una *instancia política*, una instancia de control constitucional, un verdadero protagonista en el proceso del poder. Si se entiende esto, no será difícil aceptar instituciones como los tribunales constitucionales, ni una judicatura que aplica directamente la Constitución en casos concretos. Pero, sobre todo, no será difícil extender su poder fiscalizador en los *estados de excepción*.

Es necesario insistir en lo siguiente: si entendemos el derecho como conjunto de reglas, esto es, como conjunto de mandatos definitivos que se aplican o no, damos, tal vez sin ser conscientes, patente de corso a la arbitrariedad e indiferencia valorativa del juez, al reinado de la forma, frente a los contenidos de las medidas de excepción.

Una concepción del Derecho que incluya principios (como lo han intentado Dworkin y Alexi), impide que sean negados los contenidos axiológicos base de los derechos humanos; les atribuye fuerza defensiva y facilita el control por parte de los órganos encargados de hacerlo. Si en vez de subsumir reglas a la manera legalista tradicional utilizamos el método de la ponderación de principios—como es propio de un ordenamiento jurídico que reconoce un nivel de principios—, entonces no será posible constitucionalmente hablando, el desconocimiento o suspensión llana de las libertades básicas.

15 Este es el sentido de la hermenéutica en Dworkin, para quien el razonamiento legal es un ejercicio de interpretación creativa-constructiva y no un mero descubrimiento de las intenciones de un autor en un proceso objetivo independiente de los propios valores del intérprete: "la interpretación creativa, bajo la perspectiva constructiva es una cuestión de interacción entre propósito y objeto", en la que el intérprete propone un valor para la práctica social en el afán de hacer de la misma el mejor ejemplo posible de lo que debe ser. Sobre este punto, ver la obra del autor *El imperio de la justicia*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2a. Edición, 1992, p. 49. Ver también, sobre el mismo punto, *El concepto y la validez del derecho*, de Robert Alexi, Editorial Gedisa, Colección de Estudios Alemanes, Barcelona, 1a. edición, 1994, p. 175. Traducido del Alemán por Jorge M. Seña. Este último autor se refiere a la consciencia actual de la metodología jurídica en el sentido de que no es posible un sistema de reglas metódicas que conduzcan a un sólo resultado hermenéutico: "En todos los casos ya medianamente dudosos se requieren valoraciones que no pueden obtenerse necesariamente del material dotado de autoridad".

Por supuesto que en la ponderación podrán llegar a privilegiarse principios de autoridad y coacción, de acuerdo con el grado de crisis institucional, política o económica; pero debemos aceptar en términos abstractos que el *estado de excepción* no es *estado de normalidad* y que por tanto el ejecutivo de alguna manera tiene facultades para restringir derechos o para alterar el funcionamiento ordinario del aparato estatal. Si no aceptamos esto, es decir, si sostenemos que en el caso de las medidas de excepción *decretos legislativos* (en la dogmática colombiana), se enfrentan reglas contra reglas, o que la ponderación no puede inclinarse hacia el lado de la autoridad en un caso concreto, tendríamos que aceptar alguna de dos consecuencias: la primera, que si tratamos las medidas de excepción como reglas o mandatos definitivos, entonces aquellos otros mandatos definitivos que contienen derechos podrían ser suspendidos o eliminados enteramente. La segunda consecuencia será que el Estado no tendría facultades exorbitantes en casos de real crisis institucional, lo cual, como es obvio, conduciría, por la fuerza de las cosas, a prescindir por completo de la norma constitucional.

Aclarado lo anterior, pasamos a exponer los principios rectores de los *estados de excepción* que nos darán herramientas jurídicas importantes para determinar la constitucionalidad y legitimidad de las medidas de excepción:

a) *Principio de interdicción de la arbitrariedad en la declaratoria del estado de excepción*. Este principio es una proyección de uno más general conocido como *principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*, según el cual, el poder del Estado debe ser ejercitado con arreglo a fines, lo cual significa, para el caso que nos ocupa, que el Estado no se puede asumir como fin en sí mismo en los *estados de excepción*.

La Constitución de Colombia establece que el Estado tiene por finalidad servir a la comunidad, promoverla socialmente, proteger a los individuos, etc. (artículo 2º), de modo que una eventual desviación de ese camino socava los patrones de legitimidad con los cuales se ha condicionado el ejercicio del poder. Así, si han de sacrificarse derechos en los *estados de excepción*, lo menos que se le exige a los detentadores del poder es que motiven rigurosamente sus decisiones y aclaren a qué tipo de finalidad constitucional sirven las medidas.

El principio de interdicción de la arbitrariedad opera, claro está, en situaciones de normalidad, pero cobra un mayor relieve en situaciones de crisis que ameritan la declaratoria oficial del *estado de excepción*. Así, el ejecutivo tiene vedado el uso de esta prerrogativa, si no es en circunstancias que realmente lo ameriten, y sólo para neutralizar factores objetivos atentatorios contra la integridad de la comunidad estatal o contra la forma política o de gobierno establecida en la Constitución.

Desde otro punto de vista, este principio tiene la virtud de legitimar a los jueces como fiscales del poder ejecutivo y amplía las posibilidades de control de las medidas excepcionales. Si tal interdicción impone deberes y límites, se hace necesario entonces la participación de un tercero que diga la última palabra sobre su eventual desconocimiento, so pena de inocuidad del principio. Si esto es así, entonces ese tercero tiene en sus manos la eficacia del modelo constitucional colombiano, por lo que se impone una seria reflexión sobre la tradicional actitud restrictiva de la judicatura frente a las potestades discrecionales del ejecutivo, llámense actos de gobierno o decretos legislativos. No hay reservas discrecionales incontrolables y no se justifica por eso la clásica autolimitación (*self restraint*) judicial en su relación con el ejecutivo.

Los artículos que establecen este principio son los siguientes: 121; 212 inciso 1; 213 inciso 1; 215 incisos 2 y 3. El artículo 7º de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción o Ley 137 de 1994 (en adelante LEEE) reza que "El estado de excepción es un régimen de legalidad y por tanto no se podrán cometer arbitrariedades so pretexto de su declaración".

b) *Principio de adecuación a los hechos provocadores de la crisis.* Puede formularse también como principio de coherencia material entre las medidas de excepción y la crisis, o principio de unidad de materia. El ejecutivo no puede aprovechar las prerrogativas excepcionales para regir cuestiones que en nada se compadecen con el estado de crisis. Ya el constituyente tiene establecido que "todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia" y que "serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella" (artículo 158 Constitución). Si esto es así en lo que toca al Congreso, no se ve por qué al ejecutivo no se extienda la prohibición.

Los cánones constitucionales que representan el principio son: artículos 212 inciso 1 in fine; 213 inciso 2; 214 num. 1; 215, incisos 2 y 3. La LEEE dice, además, en su artículo 8º, que: "los decretos de excepción deberán señalar los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de los derechos constitucionales, de manera que permitan demostrar la relación de conexidad con las causas de la perturbación y los motivos por los cuales se hacen necesarias"; igual en el artículo 32 ibíd.

c) *Principio de interdicción de la suspensión de derechos.*¹⁶ El estado de excepción es —pretende ser—, a pesar de las circunstancias de crisis, un estado

16 En: *Del espíritu de la leyes*. Libro XII, Capítulo XIX, Montesquieu anotaba lo siguiente: "Confieso que los usos de los pueblos más libres que han existido en la tierra, me inclinan a creer que hay casos en que es preciso echar un velo, por un momento, sobre la libertad, como se hacía con las estatuas de los dioses". Editorial Claridad, Buenos Aires, 1a. Edición, 1971, p. 232. Traducción del francés por Nicolás de Estévez.

de derecho; no será posible entonces negar, al amparo de graves perturbaciones, ninguna de las prerrogativas individuales o de grupo constitucionalmente declaradas, ni mucho menos las garantías de protección del derecho que lo hacen eficaz, como decir el *hábeas corpus* respecto del derecho a la libertad.

Por desgracia, la vieja doctrina ha dificultado el arraigo de tan importante restricción a las facultades excepcionales. Uno de los principios fundamentales de la Constitución colombiana de 1886, a saber, el de la prevalencia del interés general sobre el particular, sigue teniendo vigencia en la jurisprudencia de hoy, para justificar la suspensión de derechos, a pesar de que la Carta actual viene regida por un ideal ético distinto, radicalmente antropocéntrico. Ese lastre, de la más clara estirpe autoritaria, característico del Estado imperio, ha proyectado serias barreras para la vigencia de los derechos individuales y de grupo y ha tenido la virtud de justificar toda clase de arbitrariedades en materia de suspensión de los derechos fundamentales. Baste citar algunas frases del salvamento de voto —afortunadamente fue sólo un salvamento de voto— de la sentencia C-300/94:

Los suscritos magistrados desean consignar su seria preocupación sobre las imprevisibles y, a su juicio, muy graves consecuencias que para el orden público y la convivencia ciudadana puede tener, como efecto de la sentencia, la excarcelación masiva de centenares de individuos acusados de delitos de máxima gravedad, como son los de terrorismo, secuestro, narcotráfico, rebelión y otros conexos. *Consideran este hecho contrario a la necesidad de hacer prevalecer el principio del interés general sobre el particular, consagrado en nuestra carta política y de los valores de la convivencia, la justicia, la paz y la seguridad de los colombianos, que son fines esenciales del estado social de derecho, igualmente consagrados en la Constitución (itálicas fuera de texto).*

Ahora bien, es importante destacar que, en una perspectiva filosófico-jurídica muy distinta a la anterior, en la jurisprudencia colombiana ha hecho carrera la teoría alemana de los *núcleos esenciales de los derechos*,¹⁷ como criterio base para determinar cuándo el legislador —en especial el legislador de excepción— ha traspasado las barreras de las libertades y derechos básicos.

17 Eduardo Cifuentes, actualmente Magistrado de la Corte Constitucional, publicó un artículo que da cuenta del tratamiento de este tema en la doctrina nacional a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1991. La teoría se fundaría en la idea de que "el contenido de los derechos fundamentales no deriva de la ley sino de la Constitución, por lo cual las intervenciones del legislador deben ser excepcionales, limitadas, mensurables y estrictamente reguladas". Su relación con las situaciones de crisis es enfatizada por el autor, quien reconoce la tendencia abusiva sobre los derechos fundamentales de las medidas de excepción. El núcleo esencial de los derechos fundamentales no está completamente determinado *a priori*, por lo cual "el intérprete debe establecer, frente a los elementos accidentales de cada caso en particular, cuál es el núcleo esencial del derecho a proteger", sobre la base, pues, de un criterio razonado de precedencias en el caso concreto. Ver: *Revista Foro*. Bogotá, Nº 21, septiembre de 1993, p. 13-27.

Este principio supone una radical diferenciación entre lo que significa una suspensión y una restricción del derecho; la suspensión está autorizada para algunos derechos enumerados taxativamente en constituciones como la española de 1978; entre nosotros sólo cabe hablar de restricción, pero no está limitada a ninguno de los derechos. Esto no obstante, ha sido matizado por la LEEE en el sentido de que hay derechos que, por su naturaleza, no admiten restricción como el derecho a la vida o a la integridad personal. En esta ley se establece una lista de derechos infrangibles, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos.¹⁸

Los demás derechos admiten limitaciones, siempre que abierta o solapadamente las medidas de excepción no introduzcan reservas tales que hagan nugatorio su núcleo esencial, en especial su contenido de dignidad humana, de intimidad, de asociación, de trabajo, de educación, de expresión y los relacionados con los demás que no pueden ser suspendidos. Así quedó prescrito en el artículo 5º de la LEEE.

Sobre la base de la teoría de los principios mencionada *ut supra*, la mejor formulación de la técnica de los núcleos esenciales de los derechos es presentada actualmente por Robert Alexi. El profesor de la Universidad de Kiel explica cómo la restricción y restringibilidad de los derechos son restringidas a su vez: "Una restricción de los derechos fundamentales es sólo admisible si en el caso concreto a principios opuestos les corresponde un peso mayor que al principio iusfundamental".¹⁹

Entre las normas constitucionales que expresan el principio podemos mencionar los artículos 5º y 214 num. 2. El artículo 6º de la LEEE, establece que en ausencia de regulación de un derecho dentro de la misma Ley Estatutaria, que sin embargo requiera limitarse, debe mantenerse su núcleo esencial; el art. 38 a); y, el art. 57 ibídem, que sustrae de las medidas excepcionales la acción de tutela y la refuerza explícitamente.

18 Además de los artículos mencionados, el artículo 4º de la LEEE resguarda de las medidas excepcionales los siguientes derechos: no desaparición forzada; la no esclavitud, servidumbre, tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes; al no desconocimiento de la personalidad jurídica; al no destierro, prisión perpetua o confiscación, a la libertad de conciencia, de religión, de legalidad, de favorabilidad y de retroactividad de la ley penal; de elegir y ser elegido; a contraer matrimonio y protección de la familia; los derechos del niño; a no ser condenado a prisión por deudas civiles; al *Hábeas corpus* y a no ser extraditado (artículo 4º de Ley 137/94 y artículo 27 de la Convención). Estos derechos incluyen las garantías que componen el derecho de defensa y demás herramientas judiciales para la protección de los derechos enumerados, incluida la acción de tutela (artículo 5º y 57 ibídem).

19 Alexi, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 286. Versión castellana de Ernesto Gazón Valdez.

Entre las normas constitucionales que expresan el principio podemos mencionar los artículos 5º y 214 num. 2. El artículo 6º de la LEEE, establece que en ausencia de regulación de un derecho dentro de la misma Ley Estatutaria, que sin embargo requiera limitarse, debe mantenerse su núcleo esencial; el art. 38 a); y, el art. 57 ibídem, que sustrae de las medidas excepcionales la acción de tutela y la refuerza explícitamente.

d) *Principio de orientación humanitaria*. Este principio busca imponer a las partes de un conflicto armado internacional o no internacional las reglas del *derecho de guerra (ius ad bellum)* y del *derecho humanitario*, ámbitos del derecho internacional (*ius cogens*) pensados para proteger los derechos humanos de las víctimas de la guerra, mediante el establecimiento de criterios para la conducción de las hostilidades y de los medios legítimos de combate. Durante las últimas décadas este derecho ha sido elaborado en consideración a terceros que no participan directamente en las hostilidades y a los bienes afectados.

Los patrones normativos de este derecho descansan en los convenios de La Haya de 1899 y 1907 y en los cuatro convenios de Ginebra aprobados en 1949, incluidos sus respectivos protocolos adicionales I y II, del 8 de junio de 1977. Las directrices fundamentales ordenadas en el principio de orientación humanitaria son:²⁰

Primero. Las acciones bélicas sólo pueden enfocarse directamente contra combatientes y objetivos armados. En este sentido, los Protocolos I y II refuerzan el principio de protección debida a la población civil, que comprende el respeto de los bienes indispensables para vivir, las obras de arte y las instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, los bienes culturales y los lugares de culto; se prohíbe adicionalmente con esta directiva humanitaria, los desplazamientos forzados de la población civil.

Segundo. Están prohibidos todos los medios de lucha que causen padecimientos o perjuicios irrelevantes para derrotar al enemigo interno o externo.

Tercero. Quedan proscritos los medios de lucha traicioneros y desleales contrarios al honor militar.

Cuarto. No puede alegarse el desconocimiento del derecho humanitario como subterfugio para excusar violaciones propias; dicho de otra forma, no puede exi-

20 Madrid-Malo G., Mario. *Diccionario básico de términos jurídicos*. Legis Editores, 2a. Edición, 1a. Reimpresión, Santafé de Bogotá, p. 162.

girse *reciprocidad* puesto que el destinatario de las garantías humanitarias son fundamentalmente los terceros no combatientes. En este sentido, es importante tener en cuenta la cláusula de salvaguarda en defensa del ser humano —que no en defensa de los derechos del Estado—, reforzada en la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, artículo 60 (5), impuesta tanto en contiendas internacionales, como dentro de los Estados, a la manera de obligación *vis-a-vis* sus propios habitantes.

Hay que insistir en que, actualmente, los instrumentos de protección de los derechos humanos se dirigen no sólo a las fuerzas del Estado, sino también a los grupos disidentes o de oposición y a particulares (este instrumento se explica mejor en la teoría alemana de los efectos entre particulares de los derechos fundamentales o *Drittwirkung*). De tal manera, sus efectos se predicen *erga omnes* en los dominios del derecho humanitario.

Este tipo de normas constituyen un núcleo impositivo fijo en el derecho internacional que no admite restricción alguna, sea por medio de acuerdos interestatales (artículo 53 de la Convención de Viena de 1969) o por medio de medidas internas de excepción (artículo 214-2 de la Constitución de Colombia), lo cual se explica por cuanto su obligatoriedad deriva no de la ratificación o adhesión formal de los Estados, sino de su carácter consuetudinario.²¹

Los artículos 93 y 214 num. 2 de la Constitución de Colombia permiten sustentar este principio; así mismo el artículo 3º de la LEEE, entre otras normas.

La Corte Constitucional de Colombia, en Sentencia C-225 de mayo 18 de 1995, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, declaró la exequibilidad del Protocolo II, adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacionales; al tiempo declaró exequible la Ley 171 de 16 de diciembre de 1994 por medio de la cual se aprobó el referido Protocolo.

En otra sentencia, la C-574 de 1992, la misma Corporación dejó en claro que “las reglas de derecho internacional humanitario son hoy —por voluntad expresa del constituyente— normas obligatorias *per se* sin ratificación alguna o sin expedición de normas reglamentaria”.

21 “El derecho internacional humanitario se basa en el consentimiento de los estados de abstenerse de realizar ciertos actos, precisamente en caso de conflictos armados. En consecuencia, al ratificar los convenios los estados se comprometen a no utilizar el *peligro* en que se hallan para liberarse de sus obligaciones.” Domingo E. Acevedo. *Relación entre el derecho internacional y el derecho interno*. En: Revista IIDH, No. 16, julio-diciembre de 1992, p. 133-161.

e) *Principio de proporcionalidad de las medidas*.²² Principio del derecho penal moderno que, aplicado a los *estados de excepción*, indica que las sanciones establecidas deben ser necesarias e idóneas y correspondientes a la gravedad de los hechos provocadores de la crisis. Se prohíben de esta manera penas o sanciones innecesarias o excesivas, las cuales se ponderan de acuerdo con criterios concretos de graduación como la intencionalidad, la reiteración, perjuicios causados, reincidencia, etc.

Las medidas excepcionales deben ser *idóneas*, es decir, aptas para impedir la extensión de los efectos de las circunstancias críticas, y además, *necesarias* para controlar la crisis. La declaratoria de un *estado de excepción* legitima las medidas *necesarias*, pero no más que las medidas necesarias para neutralizar las causas que le dieron origen. Esto significa que si el ejecutivo tiene la posibilidad de neutralizar las alteraciones de orden público mediante el ejercicio ordinario de sus atribuciones de policía, y si tiene la posibilidad de intentar superar la crisis mediante el impulso de la legislación ordinaria, no podrá declarar el *estado de excepción*, so pena de inconstitucionalidad por no ser *ultima ratio*. Para esto, la LEEE exige justificación explícita del porqué las medidas se hacen ineludibles.

Este principio puede formularse también como la interdicción de excesos, de manera que so pretexto de prevención general u otras justificaciones por el estilo no se sacrifiquen los derechos individuales más allá de lo que corresponda a la gravedad de los hechos, lo cual, dicho sea de paso, ha sido uno de los criterios más importantes en la formulación teórica del derecho penal moderno.

La normatividad representativa del principio descansa en el artículo 214 num. 2 in fine de la Constitución y los artículos 10, 11 y, principalmente, el 13 de la LEEE.

f) *Principio de regularidad institucional*. Este principio depende en buena medida del tipo de circunstancias excepcionales de por medio y exige mantener el principio de separación de poderes al máximo de su potencial y no alterar las garantías institucionales de las entidades territoriales.

En términos generales, se prohíbe interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público y de los órganos autónomos del Estado; en términos más concretos, el principio asegura que el Congreso se reúna con la plenitud de sus atribuciones constitucionales durante cualquiera de los *estados de excepción*;

22 “Cuando las leyes criminales sacan las penas de la índole particular de cada crimen, eso es el triunfo de la libertad. No hay arbitrariedad; la pena no es hija del capricho del legislador, sino de la naturaleza del delito; y no es el hombre quien ejerce violencia en otro hombre.” Montesquieu, *Op. cit.* p. 218.

se prohíbe suprimir o modificar los organismos o las funciones básicas de acusación y juzgamiento; se prohíbe atribuir funciones judiciales a autoridades civiles, salvo en el evento preciso y *objetivo* que se requiera en lugares donde no hayan jueces o estos no puedan ejercer por la gravedad de la perturbación y, en todo caso, no para investigar o juzgar delitos; se prohíbe terminantemente que los civiles sean juzgados por tribunales penales militares; no puede excluirse el Ministerio Público de las actuaciones que le corresponden en procesos penales; se prohíbe afectar los recursos ordinarios de las entidades territoriales, salvo la autorización constitucional de trasladar a la Nación los impuestos departamentales y municipales en el caso específico de guerra exterior.

Revisar artículos 212 inciso 3 y 4 *in fine*; 213 inciso 4; 214 num. 3; 215 incisos 4, 5, 6 y 7; y, artículo 362 de la Constitución. De la LEEE ver también artículos 15 lits. b) y c); 21; 37; 42, 44 inciso 2 y lit. d); y, 45 (en cuanto refuerza las garantías institucionales).

g) *Principio de temporalidad de las medidas.* Si hay algún criterio que permite diferenciar lo ordinario de lo excepcional es el de la *temporalidad*; significa que las medidas de crisis no pueden plantearse desde un comienzo con vocación de permanencia (como cuando se tipifican delitos durante el *estado de excepción* para conseguir luego del Congreso que sean ratificados como legislación permanente), pues, de ser así, lo excepcional devendría regla, lo cual es inadmisibles.

Esta exigencia se explica por la necesidad de asegurar la supervivencia del Estado, de su modelo constitucional y de su ordenamiento jurídico, a pesar de que, dentro de ciertas condiciones, esté permitido suspender la legalidad ordinaria.

En ocasiones, puede suceder que el cumplimiento estricto de una ley en particular, dentro del contexto de una situación de crisis, ponga en serios peligros la estabilidad estatal o la integridad de su ordenamiento jurídico. Su suspensión entonces, se autoriza y es constitucional mientras respete los núcleos impositivos fijos de los estados de excepción y esté limitada en el tiempo.

A este respecto pueden confrontarse los artículos 212 inciso 4; 213 incisos 1 *in fine* y 3; 214 num. 4; 215 inciso 1 *in fine* e inciso 3 *in fine* de la Constitución; de la LEEE ver artículos 35, 36 y 41. Para garantizar en alguna medida la temporalidad de las medidas, se enfatiza la prohibición constitucional de reproducir normas declaradas inexecutable (art. 19 de LEEE).

h) *Principio de responsabilidad por el abuso.* Este principio garantiza que, aun en crisis, rija la normatividad que se ocupa de la responsabilidad civil, administrativa, disciplinaria, fiscal, penal y política.

Las circunstancias excepcionales no excusan al ejecutivo de las ilegalidades que cometa en materia de derechos fundamentales. Las restricciones de libertades individuales no pueden configurarse, por lo mismo, como vías de hecho, ni de manera que los perjuicios causados queden sustraídos de la posibilidad de ser resarcidos y exigibles ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

También impone que, de declararse alguno de los *estados de excepción*, sin haber ocurrido alguna circunstancia que los justifique, serán responsables políticamente el Presidente y los Ministros. Así mismo, los demás funcionarios y agentes del gobierno que abusen o se extralimiten *en el momento de la aplicación jurídica* de las medidas.

La responsabilidad política, por su parte, es una recuperación en el Estado moderno de instituciones corrientes en el constitucionalismo de la antigüedad. Se da cuando un determinado detentador del poder tiene que dar cuenta a otro detentador del poder sobre el cumplimiento de una función o potestad que le ha sido asignada. Se ha dicho que el actual retroceso que experimenta la libertad se refleja en la poca fuerza del control político. De ahí la importancia de potenciar este principio a la hora de los estados de excepción.²³

La responsabilidad política, de hacerse efectiva, tiene efectos sumamente importantes sobre el Gobierno. Deriva de la vigilancia y fiscalización de la gestión del ejecutivo que corresponde a los órganos deliberativos del Estado, comprendiendo aquí a todas las corporaciones de elección popular.

En un esquema gubernamental presidencialista, como el de los países latinoamericanos, este tipo de controles se manifiestan muy débilmente; en Colombia cabe hacer notar varias herramientas constitucionales pensadas en este sentido, como la *citación* de ministros ante las Cámaras legislativas; el *voto de censura* contra los ministros; la exigencia de *informes* del Gobierno al Congreso sobre los motivos que determinaron la declaratoria de alguno de los *estados de excepción*; y la acusación del Presidente ante la Cámara cuando existan causas constitucionales para hacerlo.

23 Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Editorial Ariel, Barcelona, 2a. Edición, 3a. Reimpresión, 1983. Traducido del alemán por Alfredo Gallego Anabitarte.

Explica el constitucionalista alemán que "En el Estado constitucional, la función de control es doble: por una parte consiste en el hecho de que un acto estatal sólo tiene lugar cuando los diversos detentadores del poder están dispuestos a una común actuación. Aquí se da el control por la distribución del poder. Pero el control puede también consistir en que un detentador del poder impida la realización de un acto estatal, o que ponga en juego su existencia como ocurre en el caso de un voto de no confianza del parlamento al gobierno, o la disolución del parlamento por el gobierno. Aquí se da el control autónomo del poder". p. 70.

En este punto, se impone una seria reflexión sobre el papel de los órganos representativos y de su independencia para controlar políticamente al Gobierno en los *estados de excepción*. La ausencia de este tipo de controles en Colombia ha contribuido sensiblemente a la merma de credibilidad del Estado y de sus órganos, con la consecuente pérdida progresiva de legitimidad.²⁴

Confrontar artículos 6º; 212 inciso 3; 213 inciso 5; 214 num. 5; y 215 incisos 5 y 8 de la Constitución. También en la Constitución, y en relación con la responsabilidad política, el artículo 135 num. 8 y 9, y artículo 178 num. 3. La LEEE dice relación con el tema en los artículos 32, 38 párrafo 3º, 51 y 52.

i) *Otros principios*. Además de los principios descritos *ut supra*, la LEEE introdujo otros principios de inmenso valor para el control político y judicial como el *Principio de judicialidad preceptiva y automática* (artículos 214 num. 6; 215 párrafo; 241 num. 7; 242 num. 1 y 5 de la Constitución; y en la LEEE, los artículos 19; 20; 54, y 55 que se ocupa del Ministerio Público); el *Principio de formalidad y de publicidad* (artículos 212 inciso 1; 213 incisos 4 y 5; 214 num. 1; 215 inciso 1 de la Constitución; ver arts. 39 y 48 de la LEEE, y el art. 16 *ibíd.*); el *Principio de respeto a los derechos sociales-laborales* (artículos 53 *in fine* y 215 *in fine* de la Constitución; ver además artículos 38 lit. g., y 50 de la LEEE); el de la *motivación de incompatibilidad*, según el cual, las medidas de excepción que suspendan leyes deberán razonar por qué se ha hecho necesario que no rijan temporalmente; el principio de *no discriminación* en relación con las medidas concretas adoptadas al amparo de la situación de crisis; el principio de *independencia y compatibilidad*, de acuerdo con el cual debe respetarse la tipología de estados de excepción establecida en la Constitución, para que las medidas, de ser necesario declarar varios estados de excepción simultáneamente, sean tomadas separadamente y el principio de *respeto a la cosa juzgada constitucional*, para que no sean reproducidas normas declaradas inconstitucionales, como es bastante usual en Colombia. Puede mencionarse también la *prohibición de tribunales militares* y el principio de *respeto a las garantías institucionales de las entidades territoriales*.

Estos son los principios que se configuran desde la Constitución colombiana de 1991 en la línea de reducir los márgenes de discrecionalidad del poder ejecu-

24 Sobre esta cuestión en Colombia, consúltese: Vidal Perdomo, Jaime. *El control político en el sistema constitucional*. En: Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, núm. 511, 1980. Dice en uno de los pasajes del artículo que "El balance que arroja, entonces, el ejercicio del control político deja mucho que desear en Colombia. No es que no existan caminos abiertos por la Constitución con ese destino. Es que ellos no se transitan por circunstancias que dependen más de la vida política del país que de los propios textos. Como en otros campos, la realidad está distante de la inocente declaración de las disposiciones jurídicas". p. 11).

tivo, imprescindibles como herramientas jurídicas de control de las medidas de *estados de excepción*. Es dable pensar en su aplicación como un intento de mejorar nuestra realidad, tan poco respetuosa de los derechos humanos.

Pero es claro que nada de esto sirve si los jueces no asumen la posición de instancia política a la que están llamados y si no se redefine la separación de poderes de una manera que permita la intervención de la judicatura en las decisiones fundamentales del Estado.

La paradoja según la cual hay que prescindir de la Constitución en estados de crisis para su propia defensa es, con arreglo a lo anterior, falsa y autoritaria. Voluntad de Constitución es lo que requerimos.