

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

SECRETARIA GENERAL

05  
30

TRAMITE DE PROYECTOS

FECHA: Marzo 8/91

No. 122 (Ciento veintidos)

AUTOR José Matías Ortiz Acosmiente (P. R. F.)

TITULO PROYECTO Sobre la Costa de Amalio, El Estado de sitio y la fuerza pública

FECHA DE PRESENTACION Marzo 8/91

FECHA DE ENVIO A COMISION \_\_\_\_\_

FECHA DE PUBLICAICON \_\_\_\_\_

PONENTE COMISION \_\_\_\_\_

FECHA APROBACION COMISION \_\_\_\_\_

FECHA PRESENTACION EN PLENARIA \_\_\_\_\_

PONENTE EN PLENARIA \_\_\_\_\_

PUBLICACION INFORME \_\_\_\_\_

APROBACION PLENARIA \_\_\_\_\_

PUBLICACION \_\_\_\_\_

ENVIO A RELATORIA \_\_\_\_\_

SECRETARIO GENERAL

Emissions I f III

31

—  
—  
—

—  
—

—

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL  
SOBRE LA CARTA DE DERECHOS,  
EL ESTADO DE SITIO Y LA  
FUERZA PUBLICA

PRESENTADO POR JOSE MATIAS ORTIZ SARMIENTO  
CONSTITUYENTE POR EL PARTIDO REVOLUCIONARIO DE LOS  
TRABAJADORES (P.R.T.)

A LA HONORABLE ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

Bogotá D.E. Marzo 7 de 1991

PROYECTO DE ARTICULADO RELACIONADO CON LA CARTA DE DERECHOS Y LA RELACION  
DERECHO INTERNO - DERECHO INTERNACIONAL

33

EXPOSICION DE MOTIVOS

La Constitución de un país es un instrumento de regulación y control del poder a fin de asegurar las libertades de los ciudadanos. De allí la importancia que tiene la llamada Carta de derechos o parte dogmática en toda Constitución. Por eso la constituyente debe consagrar cuidadosamente los derechos humanos, tanto los de primera (derechos y libertades civiles y políticos), como los de segunda (derechos económicos, sociales y culturales) y tercera generación (derechos de la solidaridad). Es obvio que la vigencia efectiva de esos derechos humanos no depende esencialmente de la técnica jurídica de incorporación normativa pero no es extraña a ella. En esa técnica, es necesario también tener en cuenta las relaciones entre derecho interno y derecho internacional, puesto que gran parte de los modernos desarrollos en derechos humanos, provienen del derecho internacional.

Por eso proponemos que La Constituyente consagre los derechos humanos y desarrolle la Carta de derechos, siguiendo los siguientes criterios:

1- Explicitar jurídicamente la idea de la importancia de los derechos humanos como fundamento de la legitimidad de la democracia constitucional. A nivel de los principios, convendría entonces incorporar los derechos humanos como fundamento -junto con la soberanía popular- del ordenamiento. Igualmente importante es precisar la jerarquía de las normas internacionales de derechos humanos, dándoles rango constitucional y, a fin de forzar su aplicación, dándoles el carácter de derecho vinculante inmediatamente obligatorio, teniendo en cuenta también todas aquellas otras garantías que sin ser enumeradas por los pactos son inherentes a la dignidad humana.

Para ello proponemos dos artículos programáticos que irían al inicio de la Carta de derechos (eventualmente en sustitución del art. 16 de la actual Constitución) con base en una redacción inspirada por el art. 1 de la constitución de Bonn y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, que hace explícita la obligación estatal de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, dándole a las normas internacionales de derechos humanos rango directamente constitucional. igualmente, para fortalecer el espíritu garantístico de la nueva constitución agregamos un inciso inspirado por la novena enmienda de la Constitución estadounidense, en el sentido de que la enumeración de derechos no es taxativa.

2- Diseñar igualmente algunos mecanismos de recepción del derecho internacional de los derechos humanos, a fin de asegurar prácticamente la vigencia de esos avances en nuestro país. Ello supone establecer un criterio de resolución de conflictos entre los diversos tratados y la Carta Constitucional, para lo cual proponemos modificar el criterio del gobierno, y señalar que la norma -interna o internacional- más favorable a los derechos humanos se aplicará de preferencia.

Esta recepción de las normas internacionales de derechos humanos, se debería acompañar de una regulación más técnica de la relación derecho

34

interno - derecho internacional, en la cual se podrían aprovechar los avances de recientes normatividades de la posguerra y en especial la latinoamericana. Muy útiles son las constituciones de Perú de 1978, la de Nicaragua de 1987 y la de Guatemala de 1985. Se podría proceder así:

- Distinguiendo los tratados de derechos humanos de los otros. A los primeros se les conferiría un rango directamente constitucional, siguiendo en eso la Constitución Peruana<sup>2</sup>. A los segundos se les daría explícitamente naturaleza supralegal pero no constitucional. Esta distinción tiene un sentido axiológico (el valor fundamental de los derechos humanos) y lógico: la diversa naturaleza de los tratados de derechos humanos, que más que establecerse -como los convenios ordinarios- "en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes", se llevan a cabo para la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad", asumiendo entonces los Estados "varias obligaciones, no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción"<sup>3</sup>.
- Esto permitirá adelantar en la solución de la relación derecho internacional-derecho interno, perfeccionando mecanismos previos de control constitucional de los tratados<sup>4</sup>.
- Finalmente, en esta materia, se pueden establecer normas que obliguen al Estado a orientar sus relaciones internacionales en función de los derechos humanos (Art.149 de la Constitución de Guatemala de 1985) y que favorezcan la integración regional dando preminencia a los tratados de integración latinoamericana sobre los demás tratados multilaterales celebrados entre las mismas partes" (art.106 Perú).

- Se podrían establecer igualmente normas transitorias que directamente incorporen a nivel constitucional ciertos tratados.

3- Lo anterior no obsta para que la nueva Constitución desarrolle su propia lista de derechos, por las tres razones siguientes:

- De un lado, para tener en cuenta especificidades colombianas. Así, los Pactos Internacionales no prohíben expresamente la aplicación de la justicia militar a civiles, y por eso conviene establecer explícitamente esa prohibición a nivel constitucional para evitar repetir la desastrosa experiencia de años anteriores.
- De otro lado, en algunos puntos las normas internacionales de derechos humanos son explícitamente ambiguas, como técnica normativa de redacción para permitir la adhesión de numerosos países a los convenios, dejando al derecho interno la regulación más precisa y técnica. Así, con respecto a las garantías judiciales, los tratados hablan de "plazos razonables", "sin demora" y expresiones similares, lo que se presta a abusos de las autoridades. Por eso, y en gran parte teniendo en cuenta la experiencia

1 Al respecto ver Hector Gros Espiel. "Los Tratados sobre derechos humanos y el derecho interno" en Estudios sobre derechos humanos. Madrid: Civitas, 1988. tomo II, p. 298 a 316.

2 El art. 105 de la CP del Perú consagra que "los derechos humanos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución".

3 Opinión consultiva 2/82 de la Corte Interamericana. Citada por Gros Espiel. Op.Cit..p. 307.

4 En eso se siguen muchas normas de constituciones de la posguerra: Francia, Alemania, Perú, Honduras, etc.

35

colombiana y la jurisprudencia internacional que ha dado un sentido más preciso a esas expresiones, es necesario que la Constitución, aún a riesgo de ser reiterativa, desarrolle explícitamente esas garantías y establezca limitaciones menos subjetivas.

- Finalmente, existen nuevos derechos que no tienen aún consagración normativa internacional, como los llamados derechos colectivos, y que conviene introducir en la nueva constitución.

Es pues necesario incorporar explícitamente normas y principios no reconocidos en los pactos, o insuficientemente desarrollados.

4- Finalmente, pero no por ello menos importante, la Asamblea debe buscar establecer mecanismos efectivos de control inter-institucional y ciudadano para asegurar la vigencia efectiva de esos derechos. Para ello conviene mantener el sistema de control de exequibilidad, pensar en la incorporación del derecho de amparo y fortalecer instancias como la Procuraduría, aumentando su autonomía, avanzando en la despolitización de la justicia a través de la eliminación de la paridad, defendiendo su autonomía de indebidas injerencias del ejecutivo, limitando el fuero militar a los delitos puramente militares, etc.

En esta propuesta de articulado hemos tratado en detalle los dos primeros puntos; en los dos siguientes nos hemos limitado a hacer propuestas sobre derechos penal constitucional (incluyendo el problema de la justicia militar) y recurso de amparo, debido a su centralidad para la dinámica de los derechos humanos en nuestro país.

A partir de lo anterior, proponemos el siguiente articulado:

#### PROYECTO DE ARTICULADO

Art 1: El artículo 16 de la actual Constitución quedará así (En caso de modificarse la numeración y titulación de la Constitución, esta norma debería ir al inicio del título sobre derechos fundamentales):

"Art : Derechos Humanos y fundamento de las autoridades. La dignidad de la persona humana es inviolable. Es deber del poder público respetarla y protegerla. El Estado colombiano reconoce, por lo tanto, los derechos inviolables e inalienables de todo ser humano como fundamento de su ordenamiento jurídico. Los derechos, libertades y garantías sociales incorporados en esta constitución, aquellos reconocidos por los Pactos de Derechos Humanos de la ONU, la Convención Americana y otros instrumentos internacionales de derechos humanos y derechos humanitarios, así como los otros que son inherentes a la personalidad humana, hacen parte de esta constitución y ligan como derecho inmediatamente vigente a los diferentes órganos del poder público, así no hubieran sido desarrollados por una ley."

"La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno".

36

"Parágrafo: En caso de conflicto entre normas que regulan unos mismos derechos, se aplicará de preferencia la norma que en su regulación sea más favorable a los derechos humanos, o aquella que implique un avance o un punto nuevo".

Art 2: Como artículo siguiente, incorpórese el siguiente texto:

"Art :Deber de protección de los derechos humanos. Es obligación de las autoridades de la República respetar los derechos, libertades y garantías sociales de la persona humana, remover los obstáculos legales y materiales que impiden su goce, y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido, o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes para que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Las autoridades deberán indemnizar a los particulares todo perjuicio ocasionado por la violación de alguno de sus derechos fundamentales o por la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, sin perjuicio de que puedan repetir lo pagado contra el funcionario responsable".

Art 3: El artículo 23 quedará así:

"Art :Derecho a la libertad, intimidad y seguridad personales. Toda persona tiene derecho a la libertad, intimidad y seguridad personales. Por consiguiente:

1- Nadie podrá ser molestado en su persona o su familia, ni reducido a prisión o arresto, ni su domicilio registrado, ni su comunicación privada interceptada, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en las leyes.

2- Nadie podrá ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. No habrá detención administrativa. En ningún caso podrá haber detención, prisión o arresto por deudas y obligaciones puramente civiles, salvo el arraigo judicial.

3- Toda persona detenida o retenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, y en todo caso dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a su detención, de la acusación formulada contra ella.

4- Toda persona detenida o retenida debe ser llevada prontamente, y en todo caso dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a su detención, ante una autoridad judicial, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad.

5- Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un Juez o autoridad competente a fin de que éste decida, prontamente y en todo caso dentro de las 24 horas siguientes, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueren ilegales. Este recurso no podrá ser restringido, ni

37

abolido, ni suspendido. Podra ser interpuesto por el afectado o por cualquier otra persona.

6- Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad humana.

7- Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

8- Los funcionarios que violen las garantías establecidas en este artículo, serán responsables penal y administrativamente. La ley establecerá los alcances de esta responsabilidad.

9- En ningún caso se podrá suspender o restringir las garantías señaladas en este artículo".

Art 4: En sustitución de los artículos 25 y 26, incorpórese el siguiente texto:

"Art : Legalidad de los delitos y las penas: Aún en tiempo de guerra, nadie podrá ser juzgado ni condenado sino conforme a la ley en que previamente se haya prohibido el hecho y se haya determinado la pena correspondiente. En materia criminal, sólo el Congreso podrá definir los delitos y las sanciones y la ley, tanto sustantiva como procesal, que sea permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

En ningún caso se podrá aplicar la pena de muerte o la cadena perpetua, ni nadie podrá ser sometido a torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. La pena no podrá trascender de la persona del delincuente".

Art. 5: En sustitución del artículo 28, incorpórese el siguiente texto:

"Art : Garantías Judiciales y derecho a la justicia. Todas las personas son iguales ante los Jueces y tribunales de justicia. Todos los residentes en Colombia tendrán los siguientes derechos y garantías judiciales, los cuales no podrán ser restringidos, ni suspendidos por las autoridades, en ningún caso.

1- Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente, en un proceso justo, con las debidas garantías y en un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido previamente por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole.

2- Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva en materia penal.

3- Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas, sin perjuicio de todas las que se desprenden del debido proceso:

a- A ser informada sin demora, en forma detallada y comprensible, de la naturaleza y causas de la acusación formula contra ella.

38

- b- A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a hallarse presente en el proceso y defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección, con el que podrá comunicarse privada y libremente.
  - c- A que gratuitamente se le nombre defensor de oficio si careciere de medios suficientes para pagarlo.
  - d- A ser juzgada sin dilaciones indebidas.
  - e- A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal.
  - f- A interrogar o hacer interrogar los testigos y peritos de cargo, y a obtener la comparecencia de los testigos y peritos de descargo, y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos y peritos de cargo. No se admitirán testigos secretos.
  - g- A controvertir las pruebas en cualquier fase del proceso. No se admitirán las pruebas secretas.
  - h- A no ser obligada a confesarse culpable o a declarar contra sí misma, contra su cónyuge o compañero permanente, o contra sus parientes dentro de cuarto grado civil de consanguinidad o de afinidad.
  - i- A recurrir el fallo y la pena ante juez o tribunal superior.
  - j- A recusar a la autoridad judicial cuando existan motivos para dudar de su imparcialidad.
- 4- La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha ante autoridad judicial sin coacción de ninguna naturaleza.
- 5- Solo serán válidas las pruebas legalmente recolectadas y controvertidas. En particular, no serán válidas ninguna prueba obtenida o derivada de la práctica de tortura.
- 6- La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no es una pena ni deberá emplearse nunca para lograr fines que correspondan al ámbito de las sanciones penales. Será la excepción y no la regla general. Sólo se aplicará cuando hubiere motivos racionalmente fundados de que la persona ha cometido una infracción grave, sancionada con pena privativa de libertad y siempre, además, que existan razones para presumir que si se le dejare en libertad se sustraería a la acción de la justicia u obstaculizaría la marcha de la investigación. Los procesados estarán separados de los condenados y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas.
- 7- El proceso penal será público. Quedan proscritos los jueces secretos y los tribunales de excepción.
- 8- En todo proceso penal, el perjudicado por la infracción podrá constituirse en parte civil para lograr la indemnización por el perjuicio ocasionado por el ilícito.
- 9- Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia en firme.

39

10- Cuando una sentencia condenatoria en firme sea ulteriormente revocada, por error judicial no imputable al acusado, la persona condenada deberá ser plenamente indemnizada.

11- Los funcionarios que violen las garantías establecidas en este artículo, serán responsables penal y administrativamente. La ley establecerá los alcances de esta responsabilidad."

Art 6: Añádase como parágrafo al art. 76 ord 18 el siguiente texto: (Este parágrafo podría ser un artículo que haga parte eventualmente de un título específico dedicado a regular los aspectos internacionales y que podría llevar como subtítulo "Régimen constitucional de los Tratados").

"Parágrafo: Los tratados tienen naturaleza supralegal. En caso de conflicto entre un tratado y la ley, prevalecerá el primero.

El Estado colombiano orientará sus relaciones internacionales en función de los derechos humanos, de la solución pacífica de los conflictos y para favorecer la integración regional. Los tratados de integración latinoamericana prevalecerán sobre los demás tratados multilaterales celebrados entre las mismas partes.

Un tratado, luego de ser aprobado por el Congreso, no podrá ser ratificado por el ejecutivo antes de que sea examinado por la Corte Suprema de Justicia a fin de que ésta determine su constitucionalidad. Si el tratado afecta una disposición constitucional, deberá aprobarse por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución antes de ser ratificado por el poder ejecutivo. Se excluyen de la anterior regulación los tratados sobre derechos humanos, los cuales tienen jerarquía constitucional.

El Presidente del Congreso enviará a la Corte Suprema de Justicia todo tratado aprobado para que ésta decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Congreso no cumple con el deber de enviarlos, la Corte aprehenderá inmediatamente de oficio su conocimiento".

Art 7: Añádase como parágrafo al art. 120 ord. 20 el siguiente texto: (Este parágrafo podría ser un artículo que haga parte eventualmente de un título específico dedicado a regular los aspectos internacionales).

"Parágrafo: El ejecutivo enviará a la Corte todo tratado que piense ratificar y haya sido aprobado por el Congreso, para que aquella determine su constitucionalidad".

Art 8: Añádase al art 214 el siguiente ordinal:

"3) Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados, una vez que hayan sido aprobados por el Congreso".

Art 9: El art. 170 quedará así:

"Art : Fuero Militar. De los delitos estrictamente militares cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar.

La anterior disposición no se aplicará a las autoridades de policía, cuyos delitos serán conocidos por la justicia ordinaria.

40

Se prohíbe, en cualquier caso, la aplicación de la justicia militar a civiles. Las autoridades militares no podrán ejercer funciones de Policía Judicial, salvo en lo relacionado con el fuero militar".

Art 10: Incorpórese como norma transitoria"

"Hacen parte de la Presente Constitución los siguientes tratados de Derechos Humanos:

- Los pactos de la ONU y los Convenios de la OEA sobre Derechos Humanos.
- Las Convenciones de Ginebra y sus protocolos facultativos.
- Los Convenios de la OIT".

41

PROYECTO SOBRE EL ESTADO DE SITIO

-  
-

Hay quienes creen que distinguiendo entre situaciones leves, graves y gravísimas de turbación del orden público podría lograrse un uso más racional del estado de sitio en Colombia. No advierten quizás que esa sofisticación es más propia de las dictaduras que de las democracias. La Constitución del general Pinochet en Chile previó cuatro grados diferentes de estado de sitio. En Estados Unidos, en cambio, no existe el estado de sitio propiamente dicho: simplemente se le reconoce al ejecutivo la posibilidad de imponer momentáneamente el toque de queda en situaciones de verdad incontrolables por otros medios.

La discusión sobre estado de sitio en la Constituyente ~~temora~~ pues que definir ante todo si lo que se pretende es ampliar su uso o, por el contrario, restringirlo. Lo primero es relativamente fácil: basta darle un maquillaje jurídico a lo que ha sido la abundante práctica gubernamental de los últimos 41 años, 34 de los cuales se han vivido bajo estado de sitio, desde el cierre del Congreso en noviembre de 1949.

Si se critica que el estado de sitio haya sido frecuentemente empleado en situaciones que no son propiamente de guerra exterior o de conmoción interior, como lo exige la Constitución actual, lo mejor dentro de la lógica de ampliar facultades es que la Constitución futura expresamente autorice atribuciones extraordinarias para el Presidente, semejantes a las de estado de sitio, en momentos de leve conmoción interna, llamados "estados de alarma". Y si se aspira a terminar con la mala imagen que resulta de mantener el estado de sitio durante más de seis años continuos, como sucede actualmente, que su duración se limite a seis meses... pero prorrogables. Y si la Corte declaró inconstitucional en 1987 el juzgamiento de civiles por militares, que la Constituyente de 1991 diga claramente que eso sí se puede hacer bajo estado de sitio.

A grandes rasgos, estas fueron las principales innovaciones introducidas al artículo 121 en la fracasada reforma constitucional discutida en el Congreso entre 1988 y 1989. Se previó allí, además, que existiera una ley de "alta policía" para hacer frente al fenómeno del terrorismo, en virtud de la cual se pudieran suspender también garantías constitucionales. Es decir, cuatro estados de sitio en total, en vez de uno solo, como existe hoy en día. Como ejercicio semántico, probablemente ingenioso. Pero como medio para asegurar la convivencia pacífica entre los colombianos, catastrófico.

Lograr que la Constituyente supere la tentación simplista de maquillar en una forma semejante el estado de sitio, es un reto difícil. El primer obstáculo por vencer sería el de generar una nueva mentalidad que acepte entender el estado de sitio como algo que no debería existir en una democracia más que para hacer frente a fugaces momentos en que el gobierno no pueda de veras garantizar la seguridad de la población por otros medios democráticos. Y tales momentos, en verdad excepcionales, son distintos de las situaciones agudas pero crónicas, cuya superación requiere, no la extraordinaria acción represiva o preventiva del ejecutivo, sino el concurso de la sociedad en su conjunto (incluidos los

42

otros aparatos estatales), si esta esta conformada con criterios aceptablemente democráticos. Una Constitución que prevea que el gabinete ministerial pueda estar permanentemente legislando, juzgando a los civiles a través de las Fuerzas Armadas, suspendiendo personerías jurídicas, censurando la prensa o prohibiendo huelgas y manifestaciones, confiesa con ello su desconfianza tanto en la población como en las instituciones estatales. En tal caso, más que permitir la suspensión crónica de garantías constitucionales por parte del ejecutivo, lo adecuado sería atender las razones de esa desconfianza.

Es difícil que se abra paso esta mentalidad, aparentemente nueva, aunque en realidad es tan antigua como las formulaciones básicas sobre el Estado de Derecho en todas las sociedades. En Colombia nos hemos habituado al estado de sitio durante años y a aceptar como normal que el gobierno aumente penas, tipifique delitos o modifique procedimientos judiciales en tales circunstancias. Pero la experiencia vivida al respecto, en materia de administración de justicia, por ejemplo, es bien demostrativa de la inutilidad de esos esfuerzos excepcionales. Desde mayo de 1965, una de las justificaciones del estado de sitio ha sido la necesidad de reforzar la justicia para hacer frente a manifestaciones extraordinarias de delincuencia, especialmente el alzamiento guerrillero o la violencia asociada al narcotráfico. Ni los Consejos de Guerra ni la jurisdicción de orden público han hecho disminuir esas manifestaciones. Pero la crisis de la justicia, en vez de superarse, se ha agudizado en estos 25 últimos años, como es de reconocimiento general. El estado de sitio ha convertido en ordinaria la justicia de excepción, y en excepcional la justicia ordinaria.

Si ese carácter seriamente excepcional del estado de sitio se asumiera en profundidad, no existiría inconveniente para concretar una norma constitucional realmente innovadora en estado de sitio. En ella el ejecutivo no tendría la capacidad de dictar leyes ni de organizar jueces especiales civiles ni militares, sino solamente la de suspender unos pocos derechos, como el de circulación o el de reunión, para hacer frente a la sublevación momentánea, con plena observancia de los tratados internacionales sobre derechos humanos, y del control de la Corte Suprema de Justicia y los jueces ejerzan sobre las medidas extraordinarias y los actos del gobierno. Su duración no podría ser superior al tiempo necesario para restablecer la calma, máximo tres días. Y si más que una explosión social momentánea se trata de un fenómeno larvado, su discusión sería llevada por el gobierno ante el Congreso como tema preferencial.

Pero no bastaría plasmar en el artículo 121 una regulación acorde a su naturaleza excepcional. Para que ella realmente opere se requiere robustecer los medios democráticos de desenvolvimiento de la sociedad colombiana. El carácter excepcional del estado de sitio no estriba solamente en su duración sino en la restricción de derechos que en su nombre se hace. Si en la Constitución se reducen de manera permanente garantías judiciales, como parece ser el proyecto del gobierno en aras de la lucha contra el narcotráfico (jueces y sumario secretos, investigación penal dirigida por el ejecutivo en vez de los jueces, inversión de la presunción de inocencia), se convertirá definitivamente en ordinario uno de los aspectos principales de la práctica de estado de sitio que hemos padecido en estos años. Si la reforma del Congreso se limita a hacerlo más eficiente, con descuido de la sintonía que deba tener con la mayoría

43

de la población, no tendrá ningún significado importante el hecho de que se le asigne la deliberación sobre los fenómenos crónicos que actualmente trata el ejecutivo por medio de estado de sitio. Y si las Fuerzas Armadas no son materia de una redefinición democrática de sus objetivos y prácticas en relación con la población, poca transcendencia tendrá el que la nueva norma sobre estado de sitio diga lo que diga.

La discusión sobre el actual artículo 121 en la Constituyente tiene entonces un doble interés. El primero deriva del hecho de que, en muchos aspectos, esa pequeña norma ha sido y puede seguir siendo la Constitución realmente vigente. Ejemplo paradigmático de esa posibilidad es la propuesta constitucional del actual gobierno, la cual consagra un amplio conjunto de derechos..., los cuales pueden ser suspendidos a través del permanente recurso a la legislación de excepción. Y el segundo consiste en que el tratamiento que se dé a otros temas claves (Justicia, Congreso, Fuerzas Armadas) determinará en últimas si es posible superar la práctica colombiana de gobernar con estado de sitio o si, por el contrario, el estado de sitio será definitivamente constitucionalizado. En este último caso no quedará más remedio que convocar a otra Constituyente, tarde o temprano.

#### UNA REFORMA DEMOCRATICA DEL ESTADO DE SITIO

Una nueva mentalidad de estado de sitio, democrática y positiva para el desarrollo civilizado de los conflictos en Colombia, implicaría entonces que no se tolere el estado de sitio más que en situaciones de verdadera emergencia, pero que se actúe realmente con concepción de emergencia cuando se declare el estado de sitio. En el país se ha hecho todo lo contrario hasta el presente. Se impone la ley marcial por conflictos sociales menores, o por problemas estructurales graves que merecen un tratamiento de largo plazo. Y la supuesta emergencia consiste en que el ejecutivo se dedique a legislar y las autoridades militares a capturar gente, mientras el resto del Estado y la sociedad desarrollan sus actividades más o menos normalmente.

Si hay en verdad una situación de peligro que amerite el estado de sitio, todo el país debería concurrir a evitarlo y hacerle frente para superarlo rápidamente. Ello requiere, en cuanto al Estado concierne, un funcionamiento extraordinario de la rma ejecutiva, pero también de la legislativa y de la jurisdiccional. Si es necesario suspender algunos derechos básicos, que el gobierno lo haga, pero dentro de estrictos límites constitucionales. Si ello no es suficiente y se precisa una acción de mayor envergadura que excede las capacidades del ejecutivo, que el Congreso se reúna y, como expresión del pueblo al que debe representar, contribuya a solucionar la crisis, con prelación sobre cualquier otra preocupación que tenga. Y que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado colaboren, también con premura, a impedir que la normalidad se agrave por el eventual atropello de las libertades y garantías elementales.

Actuando de esa manera, y suponiendo que existan causas normales de participación ciudadana y de solución institucional de los desacuerdos sociales, sería factible que las situaciones de grave perturbación,

49

cuando efectivamente se presente, sean resueltas en corto tiempo y de manera real. Permitir que el funcionamiento de la sociedad y del Estado siga siendo normal cuando hay una verdadera crisis es propicia, como hasta hoy se ha hecho, que el estado de sitio se declare sin real necesidad y en forma permanente para encubrir la inseguridad del poder ejecutivo y del regimen político frente a las grandes deficiencias de organización democrática de la sociedad colombiana.

No basta sin embargo que se actúe con mentalidad de emergencia para solucionar una crisis. Es necesario también que se adopten las medidas en la dirección correcta. Ellas dependen ciertamente de cada situación en concreto, pero hay algunas en particular que han demostrado su ineficacia e inconveniencia para hacer frente a cualquier perturbación que sea. Pretender que se venzan coyunturas especialmente agudas modificando los procedimientos penales, instituyendo tribunales de excepción o autorizando el allanamiento, la captura y el juzgamiento de civiles por militares, no solo es equivocado porque no le hace frente al problema, sino que lo agrava porque distorsiona la administración de justicia y afecta las relaciones de las Fuerzas Armadas con la sociedad en detrimento de unas y otra. Tal posibilidad debería claramente prohibirse en el texto regulador del estado de sitio, el igual que la facultad de legislar para el ejecutivo (puesto que se trata de definición de una situación transitoria y el Congreso debe intervenir en su manejo) y la eventualidad de suspender derechos constitucionales más allá de los estrictamente autorizados en la propia Carta, y en la proporción apenas indispensable para sortear la grave emergencia.

Pero tratándose de una situación extraordinaria, también debe haber un control y una responsabilidad extraordinarias en relación con las atribuciones del estado de sitio. De nada sirve decir, como lo señala la Constitución actual, que el Presidente y los ministros son responsables por cualquier abuso en el ejercicio de las facultades del 121, si ninguna autoridad estatal ha asumido eficazmente su control. Y esto implica también que los congresistas respondan por la actividad que les concierne desplegar extraordinariamente en situaciones de emergencia. Una pérdida de investidura por grave incumplimiento de sus deberes, como la que sí se ha demostrado eficaz para que los magistrados de la Corte cumplan las obligaciones de revisar oportunamente los derechos de estado de sitio, podría hacer que el Presidente, los ministros y los parlamentarios fueran especialmente ciudadanos en cuanto a la declaratoria, la duración y el ejercicio de las atribuciones del estado de sitio.

Teniendo en cuenta la experiencia colombiana y las enseñanzas de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, y sin la pretensión de que una norma modifique milagrosamente los desequilibrios sociales y las distorsiones institucionales en que se ha incubado el abuso del estado de sitio en Colombia, pero sí con la convicción de que concebida democráticamente ella puede contribuir a generar prácticas de convivencia más civilizada, una regulación constitucional del estado de excepción podría ser la siguiente:

El artículo 121 de la Constitución Nacional se sustituye en su integridad por el siguiente texto:

"En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida organizada de la nación, sea en guerra exterior o en grave conmoción

interior, y que no sean susceptibles de ser afrontadas con los mecanismos ordinarios del Estado, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, y previo concepto favorable del Consejo de Estado, declarar en estado de excepción toda la república o parte de ella durante las pocas horas o días estrictamente necesarios para restablecer la normalidad.

Mediante tal declaración el gobierno tendrá las facultades que esta Constitución autoriza para casos de grave perturbación del orden público, las cuales serán ejercidas a través de medidas transitorias de policía, debidamente proporcionadas a las causas y a la naturaleza de la situación excepcional.

La ley podrá regular el ejercicio de dichas facultades, pero en ningún caso autorizar la suspensión de derechos ni la atribución de prerrogativas distintas de las señaladas en esta Constitución.

Los decretos que dentro de esos precisos límites dicte el Presidente tendrán carácter obligatorio siempre que lleven la firma de todos los ministros. El gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos. Sus facultades se limitan a suspender las que sean incompatibles con el estado de excepción y a dictar las pocas normas necesarias para reemplazarlas, sin que por ello pueda sustituir ni desplazar al Congreso en el ejercicio de la función legislativa.

Si transcurridos tres días desde la declaratoria no se logra restablecer la normalidad, el gobierno deberá citar al Congreso dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes, y si no estuviere reunido deberá hacerlo en ese lapso, para que considere y adopte, con prelación sobre cualquier otro tema del orden del día, las determinaciones estrictamente necesarias para contener la perturbación e impedir la extensión de sus consecuencias, sin que por ello pueda delegar en el ejecutivo la facultad de legislar para estos efectos. En tal caso, el Congreso permanecerá reunido durante todo el tiempo que dure la situación excepcional, y lo hará por derecho propio si no fuere convocado por el gobierno.

En ninguna circunstancia podrá autorizarse el procesamiento de civiles por militares o tribunales de excepción, ni la práctica de allanamientos, registros domiciliarios, interrogatorios ni recaudación de pruebas sin orden de juez ordinario. Tampoco podrá privarse de libertad a ninguna persona sin dicha orden, a menos que sea sorprendida en situación de flagrancia.

Incluso durante el estado de excepción deberá respetarse el derecho de gentes, que hace parte de la presente Constitución. Por consiguiente, las medidas tomadas por el gobierno no podrán contravenir las normas contenidas en tratados de derechos humanos y derecho humanitario, ni los principios reconocidos por la práctica de los pueblos como normas imperativas de derecho internacional. Las disposiciones del derecho de gentes requerirán especialmente en los casos de conflicto armado interno. En consecuencia, puede ponerse término a este por medio de tratados entre los beligerantes, quienes deberán respetar las prácticas humanitarias de las naciones civilizadas.

46

Tan pronto como haya cesado la emergencia se levantará el estado de excepción y dejarán de regir las medidas extraordinarias que el Gobierno o el Congreso hayan adoptado.

Todos los funcionarios públicos serán responsables por cualquier abuso en el ejercicio de las facultades conferidas por este artículo, y el Presidente de la República y los ministros serán sancionados con destitución por declarar el estado de excepción sin haber ocurrido las graves condiciones para ello, mantenerlo más allá del tiempo estrictamente necesario para afrontar la excepcional emergencia, o adoptar en su ejercicio disposiciones manifiestamente inconstitucionales. Los congresistas que sin causa plenamente justificada no atiendan la citación extraordinaria en estado de excepción perderán su investidura.

El primer día de las sesiones ordinarias del Congreso, o el de la citación que le haya sido hecha según este artículo, el gobierno deberá rendir al Congreso un informe detallado de los motivos de la declaratoria del estado de excepción, de las medidas adoptadas en desarrollo del mismo, de los efectos logrados con ellas, de los eventuales abusos cometidos en su ejecución por altas autoridades o funcionarios subalternos y de las previsiones tomadas para evitarlos o sancionarlos y compensarlos.

El Congreso deberá pronunciarse expresamente sobre su conformidad o no con la declaratoria del estado de excepción, los motivos invocados para decretarlo, las medidas adoptadas en virtud del mismo y la ejecución de estas últimas y sobre la responsabilidad que quepa a altas autoridades o a funcionarios subalternos por el uso que hayan hecho de las atribuciones excepcionales.

Si el estado de excepción estuviere aún vigente, el pronunciamiento se hará por el Congreso en pleno dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la presentación del informe, y para tal efecto funcionará en sesión permanente, con deliberación conjunta de las Comisiones de Asuntos Constitucionales de una y otra Cámara, que estarán encargadas de dar primer debate, y deliberación conjunta de ambas Cámaras para segundo y último debate. Levantado el estado de excepción, el trámite será semejante pero sin necesidad de sesiones permanentes, y el término será de diez días.

Si el Congreso en su pronunciamiento encontrare motivos de responsabilidad contra autoridades sometidas a su fuero, ordenará a la Comisión de Acusaciones de la Cámara que adelante la investigación y de curso al trámite correspondiente con prelación sobre cualquier otro asunto. Si los funcionarios eventualmente responsables no estuvieren sometidos al fuero del Congreso, la Comisión de Acusaciones dará traslado del caso a la autoridad jurisdiccional competente, pero deberá ser informada del desarrollo y culminación de la investigación y el juzgamiento que se surten. Con base en tal información, la Comisión podrá en cualquier tiempo iniciar o reabrir investigación contra funcionarios sometidos a su competencia.

Si el Congreso manifestare su inconformidad con la declaratoria del estado de excepción, este dejará de regir inmediatamente y quedarán sin efecto las medidas que se hayan dictado. El mismo efecto producirá la declaratoria por parte del Congreso de su inconformidad

47

con la permanencia del estado de excepción, la cual podrá ser hecha en cualquier momento.

El día siguiente a su expedición, el Gobierno y el Congreso enviarán a la Corte Suprema de Justicia los decretos y las determinaciones extraordinarias que hayan adoptado, para que aquella, en Sala Plena, decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno o el Congreso incumplieren con este deber, la Corte aprehenderá de oficio su conocimiento.

En caso de violación ostensible de un precepto constitucional, la Sala Constitucional de la Corte deberá suspender provisionalmente y de inmediato la medida respectiva, mientras la Sala Plena se pronuncia definitivamente.

Los términos ordinarios de revisión constitucional se entenderán reducidos a una tercera parte, su incumplimiento dará lugar a la destitución de los magistrados responsables, y la cesación del estado de excepción o de la vigencia de la medida no impedirá su estudio por la Corte".

## PROYECTO SOBRE FUERZA PUBLICA

## EXPOSICION DE MOTIVOS

Uno de los elementos básicos del estado de derecho y de la democracia es el sometimiento del ejercicio de la violencia a unas reglas públicas, estables y consensualmente aceptadas. La ausencia de estas reglas obstaculizan la participación popular, y por consiguiente vacían de contenido las estructuras democráticas, puesto que no se garantiza una discusión pública de las propuestas de los diferentes sectores sociales y políticos.

Por eso, una constituyente pensada como pacto social para la convivencia democrática requiere de medidas hacia las Fuerzas Armadas, destinadas a que el manejo del orden público no sea patrimonio de un estamento castrense, aislado del conjunto de la ciudadanía. Ello implica, en primer lugar, que se devuelva a la institución militar su rol originario (defensa de las fronteras), a fin de liberarla de la función asumida en las últimas décadas de control militar de la población interna, que ha terminado por llevarla a un enfrentamiento con su propio pueblo. El orden público interno es labor de la Policía, la cual debe ser ejercida bajo subordinación civil y conforme a una política global discutida democráticamente. Esta desmilitarización de la vida política debería acompañarse, en segundo lugar, de una definición más precisa de los alcances de la justicia militar, en un doble sentido: de una parte, prohibición constitucional expresa de la aplicación de la justicia militar a civiles, a fin de evitar los atropellos que ella provocó en años anteriores. De otra parte, restricción del fuero militar a los delitos puramente militares como insubordinación o desertión, ya que su indebida extensión se ha convertido no sólo en un factor de impunidad sino de desprestigio para las mismas fuerzas militares, por la dificultad que tienen los tribunales castrenses para sancionar a quienes han cometido atropellos contra la población. Ello deriva a nuestro parecer de un mal entendido espíritu de cuerpo y de la estructura misma de la justicia militar, la cual no está pensada para sancionar estas violaciones de derechos humanos, sino para mantener la disciplina militar. Así, según datos del propio tribunal militar, la casi totalidad de los procesos que ellos han conocido son por delitos puramente militares como desertión (72.2%), abandono del servicio o delito de centinela (6.2%), mientras que ha sido mínima la persecución por violaciones de derechos humanos. Así, los casos por tortura fueron de sólo 0.05 %<sup>5</sup>.

Pero finalmente, teniendo en cuenta las preocupantes evidencias sobre participación de sectores de las Fuerzas Armadas en actividades paramilitares y los indicios sobre su responsabilidad en violaciones de derechos humanos, una constituyente pensada para la paz, debe hacer frente a este problema que pone en cuestión ante grandes sectores de la opinión la legitimidad de la institución castrense. Por eso es necesario idear mecanismos prácticos que determinen el alcance de esta responsabilidad y permitan fortalecer el compromiso de las Fuerzas

<sup>5</sup> Ver La Lucha contra la impunidad p 395-396.

Armadas con la democracia y los derechos humanos. Proponemos entonces una norma transitoria que obligue al gobierno a crear una Comisión integrada por personas irreprochables por sus altas calidades morales y académicas. Esta Comisión no tendría una naturaleza jurisdiccional, ni sería de simple diagnóstico. No buscaría hacer investigaciones "exhaustivas" -es decir de aquellas que no producen resultados y dejan exhausta a la opinión pública- sino que buscaría precisar en concreto los factores determinantes de la violencia política y su forma de operación. Esta Comisión recomendaría al Presidente las medidas administrativas que hayan de adoptarse, en especial aquellas destinadas a que éste, como suprema autoridad administrativa y jefe de las Fuerzas Armadas, depure los organismos de seguridad, utilizando su facultad de libre nombramiento y remoción. Una Comisión de esta naturaleza rompería las complicidades oficiales que han permitido la impunidad, facilitando entonces que la Constituyente sea verdaderamente un armisticio entre los colombianos.

A partir de lo anterior proponemos el siguiente articulado:

#### PROYECTO DE ARTICULADO

Art. 1: Añádase al Art. 165 el siguiente texto: "Se reconoce la objeción de conciencia. La ley reglamentará su ejercicio".

Art. 2: El artículo 166 quedará así: "La fuerza pública está compuesta por las fuerzas militares y las autoridades de policía. La policía es un cuerpo civil, bajo el control del Ministerio de Gobierno. Corresponde a las fuerzas militares velar por la integridad territorial de la nación contra agresiones externas, y a las autoridades de policía el mantenimiento del orden público interno.

La Ley determinará el sistema de reemplazos dentro de la fuerza pública, así como los ascensos, derechos y obligaciones de los militares y policías.

Art. 3: El art. 170 quedará así: "De los delitos estrictamente militares cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar.

La anterior disposición no se aplicará a las autoridades de policía, cuyos delitos serán conocidos por la justicia ordinaria.

Se prohíbe, en cualquier caso, la aplicación de la justicia militar a civiles. Las autoridades militares no podrán ejercer funciones de Policía Judicial, salvo en lo relacionado con el fuero militar".

Art. 4: "La política de orden público interno será responsabilidad del Ministerio de Gobierno. La política de defensa será dirigida por un Consejo de la defensa nacional.

Art. 5: Norma Transitoria: "Dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor de la presente Constitución, y con el fin de contribuir a la justicia y a la reconciliación de los colombianos, el Presidente de

50

la Republica establecerá una comisión con amplia participación de la sociedad, integrada por miembros de altas calidades morales y académicas, para que contribuyan al esclarecimiento, prevención y sanción de actos graves de violencia política. Para estos efectos se entenderá por actos graves de violencia política los constreñimientos ilegales, torturas, desapariciones, secuestros y homicidios, en que aparezca comprometida la responsabilidad del Estado, o realizados por particulares bajo motivaciones políticas, o cuando causen una especial conmoción social.

Esta comisión no tendrá facultades jurisdiccionales, sino que buscará establecer la verdad sobre los actos mencionados y recomendar medidas inmediatas para prevenir su ocurrencia y evitar su impunidad. Para ello debiera, entre otras cosas, recibir y documentar las quejas de los ciudadanos, realizar las diligencias pertinentes a nivel regional, evaluar el desarrollo de las investigaciones y hacer recomendaciones específicas al ejecutivo para que éste, como suprema autoridad administrativa, comandante supremo de las Fuerzas Armadas, y en especial utilizando su facultad de libre nombramiento y remoción, tome las medidas inmediatas que sean necesarias para controlar, prevenir y sancionar los actos mencionados. La Comisión rendirá un informe público al final de sus actividades, que será ampliamente divulgado. El gobierno brindará a esta Comisión los medios y la protección necesaria para el cumplimiento de sus funciones".