

LA PRUEBA DE LA GUERRA EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

**JULIETA OCHOA HOYOS
NATALIA SANTAMARÍA SALAZAR**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2010**

LA PRUEBA DE LA GUERRA EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

**JULIETA OCHOA HOYOS
NATALIA SANTAMARÍA SALAZAR**

Monografía de grado presentada para optar al título de Abogado

Asesor: Mario Alberto Montoya Brand

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2010**

Nota de aceptación:

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, abril de 2010

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	8
1. LOS PARÁMETROS NORMATIVOS EN EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEL ESTADO GUERRERO	17
1.1 ANTECEDENTES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991	20
1.1.1 De las expectativas a los resultados	22
1.2 LA CONSTITUCIÓN DE 1991 Y SUS DISPOSICIONES DIRIGIDAS A PACIFICAR EL ESCENARIO BELICISTA COLOMBIANO	23
1.3 LOS PARÁMETROS NORMATIVOS QUE EMPLEA LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA GUERRA	26
1.3.1 La legislación de excepción	27
1.3.1.1 La legislación de excepción vertida a la legislación permanente	32
1.3.1.2 El control constitucional sobre la legislación de excepción	37
1.3.2 El Derecho Internacional Humanitario	41
1.3.2.1 Las dificultades del Derecho Internacional Humanitario como parámetro normativo	43
2. RÉGIMEN PROBATORIO EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES	50
2.1 PROCESO CONSTITUCIONAL	51
2.1.1 Elementos del proceso constitucional	55
2.1.1.1 Proceso de control abstracto	55
2.1.1.2 Proceso de control concreto	58
2.2 EL RÉGIMEN PROBATORIO DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES	59
2.2.1 Los principios de la prueba en los procesos constitucionales	60

2.2.2 ¿Qué se prueba en sede constitucional?	62
2.2.3 ¿Quién tiene la carga de la prueba?	63
2.2.4 ¿Cuál debe ser el procedimiento para probar?	64
2.2.5 ¿Cuáles son los parámetros que tiene el juez constitucional para valorar las pruebas?.....	66
2.2.6 ¿Cuáles son los medios de prueba que se emplean en los procesos constitucionales?.....	67
3. LA PRUEBA DE LA GUERRA: MEDIOS PROBATORIOS	69
3.1 MEDIOS PROBATORIOS PARA CONOCER LA GUERRA	71
3.1.1 La prueba pericial.....	71
3.1.2 Testimonio.....	72
3.1.3 Inspección o reconocimiento judicial	74
3.1.4 Confesión	75
3.1.5 Documentos	76
3.1.6 Indicios	77
3.2 MEDIOS PROBATORIOS EMPLEADOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL.....	78
3.2.1 Prueba documental	78
3.2.1 Prueba técnica (concepto técnico).....	79
3.3 LAS DIFICULTADES DE LA PRUEBA DE LA GUERRA	81
3.3.1 Prueba documental	85
3.3.2 Prueba técnica: concepto técnico	87
3.3.3 Inspección o reconocimiento Judicial	88
3.3.4 Declaración de parte	90

3.4 LA GUERRA COMO HECHO EXENTO DE PRUEBA	91
4. ORIGEN E INTERPRETACIÓN DE LAS PRUEBAS DE LA GUERRA	96
4.1 RELACIÓN ENTRE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL PODER EJECUTIVO	97
4.2 ORIGEN PREDOMINANTEMENTE POLÍTICO DEL MATERIAL PROBATORIO	100
4.3 INTERPRETACIÓN DEL MATERIAL PROBATORIO EN TÉRMINOS POLÍTICOS.....	108
5. CONSECUENCIAS DEL RELAJAMIENTO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LA PRUEBA DE LA GUERRA	116
5.1 LA CORTE CONSTITUCIONAL, UNA POSTURA POLARIZADA	116
5.2 RELAJAMIENTO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL SOBRE EL ESTADO GUERRERO.....	122
5.3 DESPROTECCION DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS CONSAGRADAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991	125
6. REFLEXIONES FINALES.....	129
BIBLIOGRAFIA	135

LISTADO DE SIGLAS

C.P: Constitución Política

DIH: Derecho Internacional Humanitario

C. de P.C: Código de Procedimiento Civil

ONG: Organización no gubernamental

SENTENCIA C: Sentencia de Constitucionalidad

SENTENCIA T: Sentencia de Tutela

SENTENCIA SU: Sentencia de unificación

INTRODUCCIÓN

“La prueba constituye la zona, no sólo de mayor interés, sino también neurálgica del proceso; la prueba da carácter al proceso; un proceso es más o menos liberal, más o menos autoritario, sobre todo en razón de la libertad o del autoritarismo que dominan la materia de la prueba”. Santiago Sentís Melendo.

Muchos de los estudios sobre las relaciones entre derecho y guerra muestran que éstos no están separados, que se imbrican recíprocamente, que la guerra genera derecho y que el derecho puede dar lugar a la guerra. Es sabido que campos como el estado de excepción, la legislación penal militar y el Derecho Internacional Humanitario, se originan en la guerra. Sin embargo, el derecho procesal y, especialmente, el derecho probatorio, no suelen ser incluidos como una expresión de la guerra en el derecho. La pregunta fundamental que intenta responder la siguiente exposición es: ¿cómo surte la Corte Constitucional colombiana la actividad probatoria de los asuntos relacionados con la guerra?, y en este sentido, ¿cómo incide ello en las definiciones del propio control sobre el Estado guerrero?

La pregunta resulta pertinente si se tiene en cuenta que para la teoría procesal tradicional, los conflictos de que conocen los jueces constitucionales no son “verdaderos” procesos en los que se pueda identificar una auténtica actividad probatoria; y si se considera que en el caso particular colombiano, la Corte Constitucional ha jugado un papel preponderante en la definición de la guerra¹ y en tratamiento que ésta recibe desde el derecho.

¹ En el presente estudio se utilizan los términos “guerra” y “conflicto armado” como intercambiables a pesar de las distinciones y discusiones que en la doctrina y en la legislación nacional e internacional se han realizado.

Ante la ausencia casi absoluta de material bibliográfico al respecto, la investigación se basó en una estrategia metodológica poco presente en los estudios de derecho procesal constitucional: a partir de un rastreo jurisprudencial por los fallos emitidos por la Corte Constitucional, se indagó en la práctica judicial y no en los manuales de derecho procesal-probatorio, cómo es que se lleva a cabo la actividad probatoria en los procesos constitucionales referidos al tema de la guerra. Se trata pues, de un trabajo exploratorio, aproximativo, y de ninguna forma conclusivo, sobre la actividad probatoria de la Corte en el marco de procesos constitucionales relacionados con la guerra irregular colombiana.

El marco temporal de los fallos analizados comprende los períodos de 1992 a 2009, y se seleccionaron las sentencias de constitucionalidad o de tutela que directa o indirectamente aludían al tema de la guerra². Y, a partir de una lectura comparada de las mismas, se perfiló el tipo de actividad probatoria que realiza la Corte Constitucional en ésta materia.

Así, de las sentencias estudiadas la gran mayoría trata temas sumamente sensibles en los que se perfila con mayor claridad la tendencia a transformar al Estado para la guerra, a sustituir la estructura constitucional por una de excepción, y a invisibilizar los controles al Estado guerrero. Sólo por mencionar algunos ejemplos: suspensión de leyes ordinarias, *blanqueo* de normas, restricción de derechos fundamentales, atribución de funciones exorbitantes al Gobierno Nacional, relajamiento de los controles judiciales, tipificación creciente de conductas como delitos, aumento de penas en detrimento de las garantías del sindicado, adopción de medidas que favorecen la perspectiva belicista del Gobierno Nacional sobre la guerra, reincorporación de miembros de grupos al margen de la ley a la vida civil, alteración de las estructuras básicas de las ramas

² La selección de los fallos estudiados se efectuó a partir de la búsqueda de términos como: conflicto armado, guerra, estado de excepción, Fuerza Pública, Derecho Internacional Humanitario, delitos políticos, narcotráfico, guerrilla, paramilitarismo, desaparición forzada, desplazamiento forzado por la violencia, paz, etc.

del poder público, límites difusos entre la población civil y los combatientes, creación de contribuciones fiscales o parafiscales con fines bélicos, lucha antinarcóticos, lucha contra el terrorismo, desarrollo de operaciones conjuntas entre la Fuerza Pública y la Policía Nacional, fumigación de cultivos ilícitos en aplicación del Plan Colombia, objeción de conciencia en la prestación del servicio militar obligatorio, deber de solidaridad de los ciudadanos con la Fuerza Pública, cooperación entre las fuerzas estatales y las paraestatales, violaciones al debido proceso en trámites judiciales y administrativos, incumplimientos sistemáticos en la protección de las víctimas del desplazamiento forzado, competencia judicial en el juzgamiento de militares por delitos cometidos en tiempo de servicio, entre otros.

También conviene señalar que la investigación se realizó sobre los fallos disponibles en la página web de la Corte Constitucional, y en las recopilaciones de sentencias que hace la Defensoría del Pueblo. Pero, no se pudo acceder a los respectivos expedientes, ubicados en la sede de la Corte Constitucional en Bogotá, razón por la cual se generó una gran limitación para lo que aquí interesa: no fue posible acceder ni consultar el material probatorio como tal, sino tan sólo analizar lo que sobre ellos apreció la Corte, es decir, la evaluación que de cada uno de los medios de prueba esgrimió dicha Corporación en el apartado de las sentencias que sintetiza el material probatorio aportado.

Las consecuencias de sólo acceder a la percepción de la Corte Constitucional acerca de todo este material, son trascendentales en la medida en que se reducen las posibilidades de efectuar una crítica sobre el razonamiento procesal-probatorio que lleva a cabo éste Tribunal. En este sentido, por ejemplo, no es posible determinar si las pruebas allegadas al proceso se relacionan o no con el asunto de que trata la sentencia, o si el resumen que del material probatorio presenta la Corte obedece a una actividad depurada, de contrastación entre pruebas, o si

simplemente se les transcribe presentándolas como presunciones de veracidad o de autoridad. Son límites pues, que ésta investigación no puede superar.

De cualquier manera, lo que sí se intenta dilucidar en la siguiente monografía son preguntas tales como: ¿qué papel juega la prueba en los procesos constitucionales?, ¿por qué preocuparse por la racionalidad procesal-probatoria del juez constitucional?, y ¿de qué forma se afecta el derecho probatorio constitucional cuando se enfrenta al conocimiento de la guerra?

Hoy nadie duda que en un estado de derecho, la actividad probatoria constituya un punto fundamental dentro del proceso. A través de la prueba, el juez entra en contacto con los hechos a los que, en la sentencia, determinará el derecho. La realidad que no se logre probar, no ingresa ni existe en el proceso.

Sin embargo, esta dimensión de la actividad jurisdiccional parecía limitarse a los clásicos procesos civiles, penales o laborales. Sólo recientemente, algunos pocos tratadistas se han preocupado por dilucidar el régimen procesal que puede aplicarse en los asuntos que se tramitan en la jurisdicción constitucional. Más allá de lo que preceptúa la tradicional doctrina procesal, los nuevos estudios del derecho procesal constitucional coinciden todos en afirmar que los casos de la jurisdicción constitucional son verdaderos procesos en los que puede identificarse una auténtica actividad probatoria.

Si antes se consideraba que los asuntos de que conocía el Tribunal Constitucional eran conflictos puramente jurídicos sin componentes empíricos que requiriesen actividad probatoria. Hoy se puede afirmar que se trata de una interpretación anclada en las añejas fórmulas del proceso civil y penal, que no puede comprender los nuevos descubrimientos de la teoría procesal constitucional, según la cual no todos los asuntos de que conoce el juez constitucional son

conflictos de puro derecho, de simple comparación entre una norma del ordenamiento jurídico y la Constitución.

Más aún, si se tiene en cuenta que el debido proceso es un derecho consagrado en el texto constitucional que es exigible en todos los procesos, incluyendo los que se surten ante la Corte Constitucional, y que el derecho a la prueba hace parte integrante de aquél, la moderna doctrina procesal constitucional suele afirmar que el juez constitucional no escapa a la obligación que tiene todo juez de decretar y practicar las pruebas que conducen a la formación de un convencimiento mejor fundado de los hechos en los que se basa la decisión.

Uno de los campos en los que se evidencia la importancia de la prueba en sede constitucional es, sin duda, en el de los procesos referidos al tema de la guerra. En efecto, muchos de estos asuntos se refieren a normas cuyo supuesto de hecho debe ser probado para poder predicar su constitucionalidad o inconstitucionalidad. Un ejemplo paradigmático son las sentencias relacionadas con el control de los decretos del Gobierno Nacional que declaran el estado de excepción. Allí se hace necesario probar los hechos que aduce el Gobierno como motivos para decretar la anormalidad constitucional.

En este sentido, establecer si las pruebas allegadas son pertinentes, si son suficientes, o si son idóneas para llevar al convencimiento del juez constitucional; es algo que incide de modo determinante en las definiciones del propio control. Uno de los hallazgos fundamentales de esta investigación consiste, precisamente, en mostrar cómo en el caso particular de los juicios de constitucionalidad y de tutela, el referente material resulta decisivo para entender cómo la Corte se forma su propia idea de la guerra y del guerrero. El tipo de aproximación que sobre la guerra realiza la Corte Constitucional, condiciona las definiciones del control, su aplicación e incidencia sobre el Estado guerrero.

Sin embargo, a esa preponderancia de la prueba en los procesos constitucionales se oponen dificultades fácticas y normativas en razón del tipo de objeto de prueba: el conflicto armado colombiano como una tipología de guerra irregular. De ello resulta que no todos los principios, ni todos los medios de prueba, así como no todas las regulaciones del derecho probatorio, pueden ser empleados por el juez constitucional.

Ello se traduce en una postura de la Corte proclive a relajar los controles sobre el Estado guerrero, a desprenderse de su función de guardián del principio de supremacía de la Constitución y de protector de las garantías constitucionales, para respaldar de éste modo las “razones de estado”, los objetivos de estabilidad institucional, la tendencia belicista del Gobierno Nacional en el tratamiento de la guerra y, en general, todas las lógicas propias del guerrero institucional.

Para presentar este estudio aproximativo, la monografía se ha dividido en cinco capítulos que intentan recoger todos los aspectos trascendentales de la actividad probatoria en procesos constitucionales referidos al tema de la guerra, así:

En el primero de ellos, a manera de consideración preliminar, se trata de explicar por qué en los procesos constitucionales que se refieren a la guerra, el simple razonamiento abstracto de comparación entre normas del ordenamiento jurídico resulta bastante cuestionable, en tanto no existe un tratamiento de la guerra en el texto de la Constitución de 1991 y la Corte Constitucional debe emplear referentes normativos que no son adecuados. De ésta forma, se ofrece la razón por la cual, en el asunto particular de la guerra, la tarea abstracta de comparación entre dos normas del ordenamiento jurídico no corresponde a los lineamientos de la teoría constitucional. La idea consiste en explicar cómo -aún en el hipotético caso de considerar al control constitucional como mero razonamiento jurídico, en el que no interesan los hechos o la facticidad-, no se tiene un parámetro constitucional que le sirva a la Corte para ejercer un control sobre el Estado guerrero.

Se trata de mostrar que la ausencia de uno de los referentes normativos explícitos dentro de la Constitución Política, indispensables para llevar a cabo un razonamiento puramente jurídico sin atención de referentes empíricos, no puede en modo alguno, suplirse a partir de otros referentes normativos de menor jerarquía que ocupen el extremo de este razonamiento. Y por lo tanto, la actividad probatoria en procesos constitucionales referidos al tema de la guerra, tiene un lugar trascendental en el tipo de control que se ejerce sobre el guerrero estatal.

El capítulo segundo, constituye el marco teórico de la estructura probatoria de los procesos constitucionales, sirviendo de soporte para el estudio de la prueba en el campo particular de la guerra, contenido en los capítulos tercero y cuarto. Partiendo de la idea según la cual los conflictos constitucionales son verdaderos procesos en los que pueden identificarse los elementos clásicos que los definen (sujeto, objeto, y actividad procesal), se indaga brevemente por las características del objeto del proceso constitucional: el control constitucional. Y a continuación, se definen las características del régimen probatorio que impera en estos procesos.

En éste último punto, se resalta cómo los referentes normativos-procedimentales sobre los asuntos constitucionales (decreto 2067 de 1991 y decreto 2591 de 1991), consagran una alusión bastante reducida del esquema probatorio en estos procesos y se hace entonces necesario acudir a las categorías del derecho procesal clásico para realizar el estudio. Se intenta pues dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿qué se prueba en sede constitucional?, ¿quién tiene la carga de hacerlo?, ¿cuál es el procedimiento que se debe seguir? , ¿qué parámetros de valoración emplea el juez constitucional?, y ¿qué principios probatorios se aplican en los procesos constitucionales?

En el capítulo tercero, se analiza la estructura probatoria esbozada en el acápite anterior a la luz de un objeto particular de prueba: la guerra irregular colombiana. Se señalan los medios de prueba que efectivamente emplea el juez constitucional

para conocer la guerra, y la posibilidad que tendría de utilizar otros medios de prueba diferentes, mostrando así algunas dificultades fácticas y normativas que aparecen en el intento por aprehender dicho objeto de prueba.

En este punto, se explica cómo la prueba de la guerra escapa a la racionalidad procesal-probatoria clásica, cómo la recolección de materiales probatorios se vuelve una tarea *casí* imposible en contextos de guerra irregular, y cómo, en muchas ocasiones, todas esas dificultades son aparentemente superadas definiendo a la guerra como un hecho notorio exento de prueba.

A continuación, en el capítulo cuarto, se alude al origen de las pruebas que integran el expediente constitucional, y a la interpretación que de ese material probatorio realiza la Corte Constitucional. La idea consiste en señalar que los intereses específicos del poder gubernamental en Colombia, permean la actividad probatoria de la Corte en los asuntos de la guerra, y que la interpretación de ésta Corporación se ajusta con una valoración de pruebas en términos políticos y no jurídicos: las pruebas que integran el expediente son sólo las aportadas por uno de los guerreros (el Estado), éstas no son contrastadas, y su interpretación por parte de la Corte no se ajusta a los presupuestos procesales ni constitucionales.

En este sentido, el lector encontrará cómo en contextos de guerra, las pruebas son esencialmente un material manipulable, que sirve a objetivos que van más allá del establecimiento de la verdad procesal; que configuran una estrategia de aniquilamiento del enemigo no en el campo abierto de las batallas, sino en el campo de la racionalidad judicial; y que ciertos principios probatorios fundamentales, como el de contradicción o unidad de la prueba, no encuentran asidero en este tipo de procesos.

Finalmente, y luego de examinar todas éstas cuestiones, el capítulo quinto contiene una crítica a la forma en la que el juez constitucional se aproxima al

conocimiento de la guerra. Se plantea que la laxitud en el tratamiento probatorio de la misma, cualquiera que sean sus motivos, genera un relajamiento de los controles al Estado guerrero, que disminuye notablemente la protección de los derechos y garantías consagradas en la Constitución, y el juez constitucional pierde así sus rasgos definitorios.

El siguiente es entonces, un estudio aproximativo a propósito del régimen probatorio de la guerra en sede constitucional. Un acercamiento exploratorio en busca de aquellas instituciones procesales-probatorias que podrían aplicarse en ésta clase de procesos, las dificultades fácticas, normativas y políticas que supondrían tal aplicación, y las consecuencias desfavorables que, en todo caso, resultan de prescindir de la prueba en procesos constitucionales sobre asuntos de la guerra.

1. LOS PARÁMETROS NORMATIVOS EN EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEL ESTADO GUERRERO

Para la doctrina procesal clásica, los conflictos que se tramitan en la jurisdicción constitucional, en especial los referidos al control de constitucionalidad abstracta, no requieren práctica de pruebas. Por lo menos no parece pertinente aludir al régimen probatorio de los procesos constitucionales, con todas las implicaciones que ello supone.

De acuerdo con esta idea, los asuntos de que conocen los jueces constitucionales, específicamente, los que tratan el control abstracto de constitucionalidad, se refieren a una simple comparación entre dos normas jurídicas del ordenamiento (un decreto o una ley con la Constitución o con el decreto que declara el estado de conmoción interior), y por lo tanto, la referencia a cuestiones probatorias no tiene lugar.

En cambio, en los asuntos referidos al control de constitucionalidad en concreto, y específicamente, en los procesos de tutela, la cuestión parece más sencilla. El ordenamiento jurídico consagra una exigencia expresa de fundamentación probatoria que muestre al menos una causa para activar la protección que se pretende. Si bien se trata de una exigencia muy particular en cuanto debe cumplirse en tiempos bastante reducidos debido a la naturaleza sumaria de esta clase de procesos.

El análisis de la actividad probatoria en los procesos constitucionales que en adelante se realizará, tiene lugar en el control constitucional sometido a un contexto particular: el del Estado inmerso en una guerra irregular que atraviesa toda la historia de la nación colombiana. Recuérdese que la pregunta fundamental que intenta responder la siguiente exposición es: ¿cómo surte la Corte

Constitucional la actividad probatoria de los asuntos relacionados con la guerra colombiana? y, ¿cómo incide ello en las definiciones del propio control sobre el Estado guerrero?

Para comenzar a desarrollar tales interrogantes, en este primer capítulo se ofrecerá la razón por la cual, en el asunto particular de la guerra, la tarea abstracta de comparación entre dos normas del ordenamiento jurídico no es consistente con los lineamientos de la teoría constitucional. Se trata de explicar cómo -aún en el hipotético caso de considerar al control constitucional como mero razonamiento jurídico, en el que no interesan los hechos o la facticidad-, no se tiene un parámetro constitucional que le sirva a la Corte para ejercer un control sobre el Estado guerrero.

Sin lugar a dudas puede decirse que el control constitucional, y específicamente, la forma cómo el juez constitucional conoce la verdad sobre la guerra, tiene como referente y marco primordial lo que la Constitución ha trazado como paradigma de juzgamiento. No podría ser de otro modo. Según el artículo 241 de la C.P., la razón de ser del juez constitucional es la guarda y protección de la Carta Fundamental y el conocimiento de los casos que a él llegan tiene como parámetro, casi exclusivo, la letra de la Constitución. Y si ésta -tal y como más adelante se plantea-, poco o nada dice de la guerra, el paradigma de control del juez constitucional será cualquier cosa -entiéndase leyes, tratados internacionales, opinión pública, presiones gubernamentales, doctrina, etc.- pero no, el texto fundamental.

La inexistencia normativa de la guerra en el espectro constitucional confiere la determinación de uno de los asuntos más importantes de la política colombiana (la definición de qué es guerra, de quién es el enemigo, y de cómo se le ha de tratar) a los órganos constituidos del Estado, cuando tendría que ser el soberano el

llamado a resolverlo.³ Pero además, ese silencio⁴ constitucional sobre la guerra limita la posibilidad que tiene el juez constitucional de llevar a cabo un control sobre el guerrero estatal, a partir de un examen de puro derecho, de mero cotejo entre la norma demandada y la Constitución⁵.

Para desarrollar estas ideas, el capítulo se ha dividido de la siguiente manera:

En la primera parte, se hace una breve indagación por el proceso constituyente que llevó a la expedición de la Constitución de 1991, y que explica el silencio constitucional sobre la guerra. Seguidamente se ofrecen algunas razones por las cuales la Constitución no es un “tratado de paz”, como tampoco un marco regulatorio de la guerra. Para presentar finalmente los referentes normativos que sirven de parámetro jurídico para el control que ejerce la Corte Constitucional, señalando algunas de las consecuencias que se derivan de su utilización, y que permiten asegurar la importancia que la fundamentación probatoria tiene en los procesos constitucionales referidos a la guerra.

³ MONTOYA BRAND, Mario Alberto. Constitución de 1991, Conflicto Armado y Control Constitucional. Estudios de Derecho. Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Medellín: junio de 2008, Volumen LXV, No. 145.

⁴ Sobre el tema de los silencios constitucionales conviene resaltar el trabajo de Manuel José Cepeda quien establece la diferencia entre “vacío” y “silencio”. Según el autor, cuando la Constitución calla no está renunciando a tocar una cierta faceta de la realidad o está prohibiendo aquello que no expresó, sino que, por ejemplo, puede estar ofreciendo un mayor espacio de discrecionalidad al legislador para adoptar decisiones siguiendo las tendencias de opinión y la voluntad de las mayorías políticas.

Los silencios constitucionales son pues, hechos jurídicamente relevantes cuyo significado depende de las normas externas y objetivas que forman el contexto constitucional e histórico dentro del cual se ubican. Y, por lo tanto, hacen parte integrante de la gran obra llamada Constitución, así ocupen un lugar diferente, secundario, y subordinado. (Tomado de: CEPEDA, Manuel José. La Constitución que no fue y el significado de los silencios constitucionales. Bogotá: Ediciones Uniandes Ancora Editores, 1994.

⁵ Parece sorprendente cómo algunos magistrados de la Corte Constitucional han admitido que la Constitución no es un instrumento adecuado para afrontar la guerra, y en consecuencia, hay serias dificultades para ejercer un control sobre el Estado guerrero. Al respecto leer sentencia C-031 de 1993, salvamento de voto, Alejandro Martínez Caballero.

1.1 ANTECEDENTES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Una de las grandes conquistas de la historia política colombiana fue, sin duda alguna, la expedición de la Constitución de 1991. El día que se instaló la Asamblea Nacional Constituyente, a comienzos de febrero de ese año, las aspiraciones por la consecución de un nuevo y prometedor orden jurídico-político alcanzaron su punto más alto.

A diferencia de las constituciones anteriores, ésta tuvo un origen bastante pluralista⁶ que contrasta con la historia de constituciones impuestas por el partido político que resultaba victorioso en las urnas, o en los campos de batalla. Tras una agudización de la crisis política del país, y ante una inminente negociación con grupos al margen de la ley –como el ELN y el EPL-, fue la primera vez que amplios sectores de la sociedad coincidieron en la necesidad de realizar un verdadero cambio constitucional en la que todos pudiesen participar.

En este proceso, el movimiento popular denominado “séptima papeleta”⁷ desempeñó un papel preponderante, no sólo porque permitió que el debate constituyente se trasladara de las altas esferas de la judicatura al espacio ciudadano, sino porque legitimó un procedimiento que no estaba permitido en la

⁶ “La Constitución de 1991 buscó consolidar la paz en el país mediante el establecimiento de un Estado social de derecho cuyo fin esencial es garantizar la protección efectiva de los derechos humanos. La nueva Carta Fundamental fue fruto del consenso, de la participación de los diferentes actores, muchos de ellos tradicionalmente marginados o fuera de la participación democrática”. Sentencia C-127 de 1993.

⁷ “Séptima papeleta” fue el nombre acuñado por primera vez en un artículo de Fernando Carrillo publicado por el periódico El Tiempo el 6 de Febrero de 1990. Para tal época, el país asistía a una jornada electoral en la que se iba a votar por seis cargos de elección popular: senadores, representantes, diputados, concejales, alcaldes y ediles de las juntas administradoras locales. Dicha circunstancia, fue aprovechada para que se depositara una papeleta más, la séptima, en la que se reclamaba la convocatoria de una Asamblea Constituyente.

Constitución de 1886, según la cual el único habilitado para realizar reformas era el Congreso de la República a través de un Acto Legislativo⁸.

A pesar de que el día de la elección de la constituyente, la participación de la ciudadanía fue muy baja, la Asamblea tuvo la virtud de ser una instancia participativa y pluralista. El desgaste de los partidos políticos tradicionales contribuyó a la entrada de nuevos actores que hizo de ésta, una asamblea de minorías en la cual ningún grupo tenía el poder suficiente para controlar las decisiones del órgano⁹.

Paradójicamente, ese carácter pluralista que inspiró el nacimiento de la Constitución se convirtió, al momento de su elaboración, en una dificultad mayor. No existía una cohesión política fuerte para liderar el diseño y puesta en marcha de un debate sobre el destino del nuevo proyecto constitucional. Así por ejemplo, se presentaron más de 141 proyectos de reforma constitucional, la mayoría de los cuales, no coincidían en la fórmula política, social, o económica que debía consagrar la nueva Constitución. No existía pues, una claridad sobre los temas y las materias que debían ser tratadas en este particular momento.

Lo único claro parecía ser la aspiración de convertir el nuevo texto fundamental en un “tratado de paz” que terminara con una historia de guerra y confrontación. En efecto, el factor que más favoreció la convocatoria a una Asamblea Nacional

⁸ La Corte Suprema de Justicia, corrigiendo su tradicional postura, reconoció que el mecanismo de la Asamblea Constituyente debía prevalecer sobre la letra de la ley. “Es un dato más que se ha proyectado tanto en la historia de Colombia como en la de otras naciones, que cuando las instituciones adoptan sistemas demasiados rígidos para su reforma, surgen crisis y perturbaciones que puede poner en grave peligro los valores fundamentales de la convivencia y el sistema republicano y democrático. Por eso, es preciso proceder con toda diligencia y previsión a interpretar los anhelos de cambio y renovación de las instituciones que ha expresado el pueblo”. Sentencia No. 138 de Sala Plena, expediente No.2214 de Octubre 9 de 1990.

⁹ De los 70 miembros de la Asamblea Nacional Constituyente, 19 correspondían al movimiento Alianza Democrática M-19, que agrupaba a los miembros de este reconocido grupo insurgente que se había reinsertado a la vida civil el 9 de Marzo de 1990.

Constituyente fue la agudización de la guerra de guerrillas, y del narcotráfico. Y la Asamblea Nacional Constituyente se vendió como la fórmula capaz de conjurar la crisis¹⁰.

Sin embargo, existe un hecho que aniquiló por completo todas las aspiraciones de paz y convirtió a la Constitución de 1991 en otra “carta de batalla”¹¹. El 9 de diciembre de 1990, justo el día en que se elegían los delegatarios de la Asamblea Nacional Constituyente, el presidente César Gaviria Trujillo ordenó el bombardeo al secretariado de las FARC en Casablanca.

El mensaje hostil que difundió este acto de guerra demuestra que la Constitución de 1991 no fue fruto de un proceso construido por la totalidad de los guerreros porque si bien en su seno tuvieron cabida varios grupos insurgentes, el más importante de ellos –las FARC–, no hizo parte de la elaboración de la nueva Constitución.

1.1.1 De las expectativas a los resultados

Los esfuerzos constituyentes arrojan resultados diversos. Si bien se avanza en temas como el reconocimiento y protección judicial de los derechos, en la configuración de nuevas formas de participación ciudadana, en la profundización de la descentralización, y en el fortalecimiento del control jurisdiccional y constitucional. Aún existen reparos en torno a la consecución de ciertos objetivos e incluso, frente aquellos que se alcanzaron en mayor medida.

¹⁰ La lucha de Pablo Escobar contra la extradición, la muerte de cuatro candidatos presidenciales (Jaime Pardo Leal, Bernardo Jaramillo, Carlos Pizarro y Luis Carlos Galán), y las exigencias del proceso de paz con el M-19 originaron en el país una gran conmoción que se reflejó en la Asamblea Constituyente. Sin embargo, y a pesar a los señalamientos de algunos sectores de la sociedad sobre la importancia de su incorporación en este proceso, el paramilitarismo no fue considerado dentro de las problemáticas que debía abordar el Constituyente.

¹¹ Siguiendo el término acuñado por: VALENCIA VILLA, Hernando. Cartas de Batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano. 2ª edición. Bogotá: Editorial Cerec. 1997.

La gran frustración de las expectativas puestas en la Constitución de 1991 es el logro de la paz. Casi veinte años después de su promulgación, y tras una evaluación retrospectiva sobre el impacto de la Constitución y sus posibilidades reales de conjurar la crisis nacional, los resultados no son muy alentadores. Sería ingenuo pensar que todavía falta tiempo para evaluar tales resultados y aún más lo sería reconocer en ella el “tratado de paz” que los constituyentes redactaron y suscribieron en nombre del pueblo colombiano.

La cuestión ahora es preguntarse: ¿qué pasó con la Constitución de 1991 y sus pretensiones de pacificar el escenario belicista colombiano?, y quizá la pregunta más importante, ¿tiene entonces la Corte Constitucional un parámetro normativo que le permita adelantar un control sobre el Estado guerrero?

1.2 LA CONSTITUCIÓN DE 1991 Y SUS DISPOSICIONES DIRIGIDAS A PACIFICAR EL ESCENARIO BELICISTA COLOMBIANO

Son muchos los autores preocupados por el tratamiento jurídico constitucional de la guerra en el contexto colombiano que han realizado valiosos aportes para el estudio de ésta dimensión del conflicto. Y todos ellos, si bien coinciden en varios aspectos, han ofrecido diferentes respuestas al problema antes enunciado. A continuación, se expondrán las posturas de tres autores importantes en el tema:

William Freddy Pérez¹² ofrece una interpretación contextual a propósito de las expectativas puestas en la Constitución de 1991 sobre la pacificación del conflicto interno. Según este autor, la legislación –sea constitucional o no- pocas respuestas puede ofrecer a la solución del conflicto porque ésta no toma en cuenta el contexto para el cual fue desarrollada. Y no puede hacerlo, precisamente, porque los códigos, al ser una escenificación de triunfos y derrotas,

¹² PÉREZ, William Freddy. Derecho y Contexto, Documento para una conversación informal. Medellín: Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho. 2003.

de discursos y prácticas con pretensiones de verdad, no puede leer todas las verdades, todos los contextos, todas las caras del conflicto. Es decir, los códigos sólo toman en cuenta la perspectiva del guerrero que triunfa.

En el caso colombiano, dice el autor, la guerra involucra múltiples normatividades a nivel nacional e internacional. Sin embargo, el Derecho Internacional Humanitario es recurrido por los protagonistas del conflicto para fines políticos más que para humanizar el conflicto. Y a nivel interno, la regulación del conflicto deviene tributaria de éste y es a lo sumo, una legislación represiva y fortalecida en el campo penal¹³.

Así, para este autor las constituciones –incluyendo la Constitución de 1991- tienen enormes limitaciones para transformar la sociedad. La cuestión es entonces debatir su eficacia, no en abstracto, sino dentro de los contextos específicos para los cuales fue pensada.

Por su parte, Hernando Valencia Villa afirma que a pesar del origen democrático de la Constitución de 1991 y de las grandes virtudes que a su parecer exhibe el texto fundamental colombiano, existen serias dificultades para que ella en sí misma pueda alcanzar las pretensiones de paz. Según el autor, con excepción de la Corte Constitucional, no hay en el país ninguna institución o fuerza que haya hecho de la realización de la Carta su proyecto político.

¹³ “Todo ello, en fin, ha conducido a consolidar un sistema penal para la guerra, un sistema penal de emergencia (una legislación no “de enemigo” según la expresión de Hassemer, sino “para enemigo”), en la cual los códigos no son ya para el trato privilegiado de quien ha infringido una regla, sino un instrumento para el exterminio o la negociación (...) Típicos lenguajes de enemigos. Los objetos de prohibición y sanción institucional devienen ya no sólo entonces una artificialidad – una necesaria construcción selectiva-, sino una definición claramente bélica y apenas parcialmente vigente: justamente la propia del código penal de uno de los protagonistas de la guerra y solo vigente en espacios de su presencia y su potencia. Muy probablemente por ello nuestro orden jurídico incluye con tanta frecuencia el lenguaje de tregua, sometimiento, negociación, colaboración, arrepentimiento, beneficios por delación, y excluye el lenguaje de la garantía: prefiere penas prolongadas, ausencia de beneficios, restricción de causales de excarcelación, exigencias de solidaridad...”. PÉREZ, Op. Cit, p. 16 y ss.

Para este autor la preocupación por dilucidar el entramado político, histórico e incluso retórico, que se forjó tras la expedición de la Constitución de 1991, y que permitiría conocer si ésta es un verdadero “tratado de paz”, arroja un penoso resultado: el problema no es la imposibilidad fáctica de la Constitución para atender el conflicto, sino que se trata de una cuestión de “eficacia simbólica”¹⁴ del texto fundamental en el sentido de que su expedición operó simplemente como un mecanismo para relegitimar al Estado y prevenir así aquellos cambios estructurales que realmente necesitaba el país.

En otro sentido, el constitucionalista Mario Montoya Brand, proporciona una razón bastante novedosa –por cuanto ningún otro autor la había expuesto antes en términos tan claros- según la cual el tratamiento constitucional de la guerra en Colombia presenta unos rasgos sustancialmente diferentes a lo que la teoría constitucional ha entendido por tal:

La Constitución de 1991 no alcanzó sus objetivos, o al menos el más importante de ellos, la paz, por cuanto no reguló la guerra. Para este autor, la Carta invisibiliza, trata excepcionalmente y subconstitucionaliza el tema de la guerra. Esta circunstancia no pasa por ser un simple y lamentable olvido, sino que tras el silencio guardado por el constituyente se esconden posibilidades infinitas de

¹⁴ Mauricio García Villegas, ofrece una interpretación acerca del uso simbólico del derecho. Para éste autor, el derecho no sólo comunica un deber social, sino que en ocasiones sirve para fines distintos a los que ordena explícitamente. Distingue entonces entre eficacia instrumental y eficacia simbólica:

La primera consiste en una razón para la acción de los sujetos porque propicia un cierto comportamiento en los individuos. Así, hay una relación entre el objetivo manifiesto buscado en la norma, y la conducta humana.

Por su parte, la eficacia simbólica, es el efecto de la norma que consiste en crear una representación en la conciencia de los sujetos. Produce la misma realidad que regula. En otras palabras, la eficacia simbólica es el resultado de la acción deliberada de las instancias formuladoras (legislador) y aplicadora (juez) del derecho, que permite desconocer los objetivos declarados en beneficio de otros no declarados. (Tomado de: GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. La eficacia simbólica del derecho. Bogotá: Ediciones Uniandes. 1994)

maniobra judicial, pero sobre todo legislativa y gubernamental. Es decir, la Constitución, y la forma de involucrarse con la guerra, consiste, precisamente, en invisibilizarla, callarla y subconstitucionalizarla¹⁵.

Se trata pues de tres enfoques de un mismo problema que mirados en conjunto permiten apreciar lo siguiente: ya sea por la incapacidad de los códigos y de las constituciones para transformar la realidad, o por un uso simbólico de éstos, o por una estrategia institucional de invisibilización normativa –léase, constitucional- de la guerra; lo cierto es que la consecución de la paz a través de la Constitución no fue más que una expectativa que no logró concretarse. Lo cual explica la manera cómo los órganos constituidos, entre ellos la Corte Constitucional, se han involucrado en el tratamiento de la guerra.

1.3 LOS PARÁMETROS NORMATIVOS QUE EMPLEA LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA GUERRA

Siguiendo la tesis de Mario Montoya Brand, si una Constitución -como la nuestra- no se ocupa del tema de la guerra, de la definición de quién es el enemigo, y de cómo ha de ser tratado, ¿qué referentes normativos utiliza la Corte Constitucional para controlar al Estado guerrero? ¹⁶

La tesis aquí defendida sugiere que son dos los referentes normativos que usa la Corte: la legislación de excepción y el Derecho Internacional Humanitario.

¹⁵ MONTOYA BRAND, Op. Cit.

¹⁶ La aclaración es válida si se tiene en cuenta que en la experiencia constitucional, muy pocas constituciones en el mundo traen referencias expresas al tratamiento de la guerra interna. La razón puede estar en que las constituciones, contraria a la idea de Michel Foucault de poder político, suelen gestarse en momentos históricos en los que la guerra ha desaparecido y parece necesario sólo ocuparse de normas relativas a la prevención de la misma.

No obstante, una Constitución como la de 1991 no fue, de ninguna manera, expedida en tiempos de paz, con lo cual, no hay razones que *justifiquen* el silencio sobre la materia.

1.3.1 La legislación de excepción

En las líneas precedentes se afirma que la Constitución no trata la guerra. Esto es cierto pero requiere precisiones:

- Un rastreo por sus disposiciones deja ver cómo el Constituyente sí trató aspectos de la guerra, estableciendo una distinción entre “Guerra Exterior” y “Comoción Interior”. Lo que no hizo fue tratarla *directamente*, pues incluso en los artículos dedicados a estos episodios, sólo se ocupa de delimitar las funciones que los órganos del Estado deben allí cumplir, en especial, las que le corresponden al Gobierno Nacional. Así por ejemplo:

Artículo 59: En caso de guerra y sólo para atender a sus requerimientos, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por el Gobierno Nacional sin previa indemnización (...).

Artículo 97: El colombiano, aunque haya renunciado a la calidad de nacional, que actúe contra los intereses del país en guerra exterior contra Colombia, será juzgado y penado como traidor (...).

Artículo 173-5: Son funciones del Senado autorizar al Gobierno para declarar la guerra a otra nación.

Artículo 189: Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

4. Conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado.

5. Dirigir las operaciones de guerra cuando lo estime conveniente.

6. Proveer a la seguridad exterior de la República, defendiendo la independencia y la honra de la Nación y la inviolabilidad del territorio; declarar la guerra con permiso del Senado.

Artículo 212: El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Guerra Exterior. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad.

Artículo 350: La ley de apropiaciones deberá tener un componente denominado gasto público social que agrupará las partidas de tal naturaleza, según definición hecha por la ley orgánica respectiva. Excepto en los casos de guerra exterior o por razones de seguridad nacional, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación (...).

Artículo 362: Los bienes y rentas tributarias o no tributarias o provenientes de la explotación de monopolios de las entidades territoriales, son de su propiedad exclusiva y gozan de las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares. Los impuestos departamentales y municipales gozan de protección constitucional y en consecuencia la ley no podrá trasladarlos a la Nación, salvo temporalmente en caso de guerra exterior.

- Otra característica importante ligada a lo anterior, es que para el Constituyente la guerra interna aparece como un episodio lejano, extraordinario e insólito, que se trata de forma excepcional, bajo la fórmula de “Conmoción Interior” que lleva a la declaratoria de estado de excepción¹⁷. Así lo disponen los siguientes artículos:

Artículo 213: En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Conmoción Interior, en toda la República o parte de ella, por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos.

Los decretos legislativos que dicte el Gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el Estado de Conmoción y dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público. El Gobierno podrá prorrogar su vigencia hasta por noventa días más. (...)

Artículo 214: Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones:

Los decretos legislativos llevarán la firma del Presidente de la República y todos sus ministros y solamente podrán referirse a materias que tengan

¹⁷ Los estados de excepción son de 3 tipos: estado de guerra exterior, estado de conmoción interior, y estado de emergencia económica, social o ecológica.

relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del Estado de Excepción.

No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los Estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.

No se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado

Tan pronto como hayan cesado la guerra exterior o las causas que dieron lugar al Estado de Comoción Interior, el Gobierno declarará restablecido el orden público y levantará el Estado de Excepción.

El Presidente y los ministros serán responsables cuando declaren los Estados de excepción sin haber ocurrido los casos de guerra exterior o de conmoción interior, y lo serán también, al igual que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refieren los artículos anteriores.

El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refieren los artículos anteriores, para que aquella decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.

- Pero además, sobresale el hecho de que para el Constituyente la guerra sea algo transitorio próximo a su fin. En sus más de 60 artículos transitorios, la Constitución se encarga de formular las medidas que insinúan que el fin de la guerra se encuentra en un futuro bastante cercano:

Artículo 8: Los decretos expedidos en ejercicio de las facultades de Estado de Sitio hasta la fecha de promulgación del presente Acto Constituyente, continuarán rigiendo por un plazo máximo de noventa días, durante los cuales el Gobierno Nacional podrá convertirlos en legislación permanente, mediante decreto, si la Comisión Especial no los imprueba.

Artículo 12: Con el fin de facilitar la reincorporación a la vida civil de los grupos guerrilleros que se encuentren vinculados decididamente a un proceso de paz bajo la dirección del Gobierno, éste podrá establecer, por una sola vez,

circunscripciones especiales de paz para las elecciones a corporaciones públicas que tendrán lugar el 27 de octubre de 1991, o nombrar directamente por una sola vez, un número plural de Congresistas en cada Cámara en representación de los mencionados grupos en proceso de paz y desmovilizados(...).

Artículo 13: Dentro de los tres años siguientes a la entrada en vigencia de esta Constitución, el Gobierno podrá dictar las disposiciones que fueren necesarias para facilitar la reinserción de grupos guerrilleros desmovilizados que se encuentren vinculados a un proceso de paz bajo su dirección; para mejorar las condiciones económicas y sociales de las zonas donde ellos estuvieran presentes; y para proveer a la organización territorial, organización y competencia municipal, servicios públicos y funcionamiento e integración de los cuerpos colegiados municipales en dichas zonas(...).

Artículo 30: Autorízase al Gobierno Nacional para conceder indultos o amnistías por delitos políticos y conexos, cometidos con anterioridad a la promulgación del presente Acto Constituyente, a miembros de grupos guerrilleros que se reincorporen a la vida civil en los términos de la política de reconciliación. Para tal efecto el Gobierno Nacional expedirá las reglamentaciones correspondientes. Este beneficio no podrá extenderse a delitos atroces ni a homicidios cometidos fuera de combate o aprovechándose del Estado de indefensión de la víctima.

Artículo 47: La ley organizará para las zonas afectadas por aguda violencia, un plan de seguridad social de emergencia, que cubrirá un período de tres años.

- La paz también aparece en la Constitución como un derecho y como un deber de obligatorio cumplimiento, según el artículo 12; al tiempo que lo consagra como un fin primordial del Estado en el artículo 2¹⁸.

¹⁸ Sobre el alcance del derecho a la paz, ver sentencia C-370 de 2006. Según ésta, “[l]a Paz constituye (i) uno de los propósitos fundamentales del Derecho Internacional; (ii) un fin fundamental de Estado colombiano; (iii) un derecho colectivo en cabeza de la Humanidad, dentro de la tercera generación de derechos; (iv) un derecho subjetivo de cada uno de los seres humanos individualmente considerados; y (v), un deber jurídico de cada uno de los ciudadanos colombianos, a quienes les corresponde propender a su logro y mantenimiento. Sin embargo “(...) a pesar de su importancia dentro del orden constitucional, la paz no puede transformarse en una especie de razón de Estado que prevalezca automáticamente, y en el grado que sea necesario, frente a cualquier otro valor o derecho constitucional. En tal hipótesis, la paz –que no deja de ser un concepto de alta indeterminación- podría invocarse para justificar cualquier tipo de medida, inclusive algunas nugatorias de los derechos constitucionales, lo cual no es admisible a la luz del bloque de constitucionalidad”.

De los de 380 artículos y 61 artículos transitorios, sólo unos pocos se refieren al tema de la guerra, aunque no *directamente*. Y en este contexto, merecen especial atención los artículos 213 y 214 referidos a la declaratoria de estado de excepción:

A través de ésta figura, el Estado abandona temporalmente sus rasgos de estado de derecho, y con ello las garantías y libertades fundamentales, para conjurar situaciones de crisis que han atentado o amenazan con destruir el orden, la seguridad, la soberanía y las garantías civiles, sociales, y políticas básicas del Estado organizado.

Desde el punto de vista constitucional, el estado de excepción es problemático no sólo porque contradice al estado de derecho; denota deficiencias estatales de legalidad, legitimidad y eficiencia en la resolución de demandas sociales; sino también porque constituye una reacción represiva del Estado que aleja del debate público las razones en las que se funda y deja el control constitucional en un plano subordinado o, muchas veces, lo elimina tajantemente.

Para lo que aquí interesa, el estado de excepción genera dos tipos de problemas: de un lado, la introducción de legislación de excepción a la legislación ordinaria, sugiere que a nivel infraconstitucional el parámetro normativo que tiene la Corte Constitucional no es consistente con las exigencias de un estado de derecho; pero además, el control que realiza la Corte sobre los decretos que declaran la anormalidad constitucional, fluctúa entre diversos criterios y no existe hoy un nivel de certeza sobre cómo serán decididos estos casos en la Corporación Constitucional.

1.3.1.1 La legislación de excepción vertida a la legislación permanente

En Colombia, las dificultades inherentes al estado de excepción¹⁹ se intensifican además través de una práctica bastante recurrida por los gobiernos consistente en introducir la legislación de excepción a la legislación ordinaria. Esto muchas veces configura una táctica de “elusión”²⁰ al control constitucional de dichas regulaciones.

En efecto, el mayor volumen de regulación infraconstitucional sobre la guerra se encuentra en los decretos expedidos por el Gobierno Nacional en uso de las facultades extraordinarias que otorga el estado de excepción. Casi toda esa regulación trata, principalmente, aspectos sumamente sensibles como lo son el delineamiento de la política criminal a propósito del endurecimiento de penas, procedimientos, y eliminación gradual de garantías no sólo para el infractor de la ley sino para la sociedad en general²¹. Basta citar algunos ejemplos:

¹⁹ Desde 1949, la utilización de la figura de estado de excepción ha sido casi permanente en Colombia, si bien su incidencia no ha sido la misma en todos los períodos pues esto depende del tipo de Gobierno y de las circunstancias que motivan su declaración. No obstante, todos ellos comparten una misma justificación: para las agencias estatales, la motivación de los estados de excepción pasa por enunciados que expresan una amenaza abominable contra las instituciones que exige medidas “urgentes” y “excepcionales” para conjurar dichos peligros. Peligros que, desde luego, no son identificados claramente y que en últimas, no son nada distinto que las recurrentes amenazas contra la estabilidad de las instituciones colombianas: subversión, narcotráfico, corrupción, disputas entre poderes estatales, egocentrismo presidencial, etc.

Prueba de ello se encuentra en la identidad de razones que aduce el Gobierno Nacional para declarar la anormalidad institucional. En la mayoría de casos, se trata de una transcripción literal de motivos justificativos. Al respecto se puede citar: sentencia C-031 de 1992, C-127 de 1993, C-271 de 1993, C-261 DE 1993.

²⁰ Para la definición del concepto, ver: QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. La elusión constitucional: Una política de evasión del control constitucional en Colombia. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario. 2009.

²¹ En el salvamento de voto de la sentencia C-127 de 1993, Carlos Gaviria declaró: “La Constitución del 91, espléndida en garantías, no parece compatible en su letra y mucho menos en su espíritu, con la persistencia de una legislación penal restrictiva, pensada sólo como excepcional y transitoria, bajo situaciones de emergencia jurídicamente más drásticas que las construcciones ahora vigentes y, quizás por eso mismo, poco ortodoxa en el asunto de las garantías penales que, a partir de Beccaria, son patrimonio inalienable de la humanidad civilizada”.

- El decreto 2271 de 1991 establece que la controversia del material probatorio en materia penal se realizará en la etapa de juicio²².
- El decreto 2271 de 1992 establece que las personas detenidas por cuenta de los fiscales regionales, a quienes se les ha dilatado su proceso por una causa imputable al Estado, deben permanecer privados de su libertad en aras de proteger la sociedad y evitar la impunidad²³.
- El decreto 1833 de 1992 dispone la creación de una garantía en favor del testigo que rinda declaración sobre la forma o circunstancias en que se realizó un hecho punible del cual ha tenido conocimiento y que sea de competencia de los jueces regionales, quién o quiénes son los autores materiales o intelectuales del ilícito y cualquier otro hecho que permita determinar la responsabilidad penal de los autores o partícipes de esos delitos, que consiste en la prerrogativa de que no serán investigados o acusados por los hechos sobre los cuales rindieron su versión²⁴.
- El decreto 1941 de 1992 atribuye funciones de investigación judicial a jueces municipales o promiscuos en aquellos lugares en los que no haya fiscal.²⁵
- El decreto 2009 de 1992 establece la creación de tributos en tiempos de “no paz”, en ejercicio de las facultades excepcionales del Gobierno.²⁶

²² Esta norma contraviene el derecho de defensa, pues coloca en estado de indefensión al imputado frente al Estado. Al respecto ver salvamento de voto sentencia C-093 de 1993.

²³ A través de ésta medida el Gobierno vulnera el principio de Igualdad en tanto los procesados bajo la jurisdicción ordinaria, que estén en las mismas condiciones, pueden quedar libres. Al respecto ver salvamento de voto sentencia 557 de 1992.

²⁴ El decreto difumina las fronteras entre “testigo” y “cómplice”. Al respecto ver sentencia C-052 de 1993.

²⁵ La medida constituye una vulneración del principio de separación de poderes y del debido proceso. No obstante, la sentencia C-058 de 1993, la declaró exequible.

- Los múltiples decretos que desarrollan las pautas de la justicia sin rostro²⁷.

Ahora, de la expedición de legislación de excepción y de los problemas de control que sobre ellos tiene la Corte Constitucional²⁸, se pasa a un procedimiento bastante problemático a través del cual, esa legislación de excepción ingresa al ordenamiento jurídico pero ésta vez como legislación permanente. Este fenómeno ha sido denominado por Mauricio García Villegas *el blanqueo* de las normas de excepción²⁹.

La dificultad para efectuar un razonamiento de puro derecho –prescindiendo de referentes fácticos- tiene ahora una primera solución: la Corte tiene ya un parámetro normativo que le sirve para realizar el cotejo entre normas del ordenamiento jurídico. Parámetro que no es la Constitución pero sí la legislación de excepción convertida en legislación permanente.

De los 237 decretos legislativos que se expidieron como desarrollo del estado de sitio entre 1984 y 1991, 45 se convirtieron en legislación permanente. Pero si esta cifra parece sorprendente, lo es aún más la tendencia del Gobierno Nacional en la década de los noventa de convertir medidas de excepción en medidas permanentes:

El Presidente César Gaviria blanqueó la justicia penal de excepción, conocida en aquel entonces como “justicia regional” a través de trámite ordinario ante el

²⁶ Ver sentencia C-083 de 1993.

²⁷ Referencias a esta figura se encuentran en la sentencia C-093 de 1993, C-266 de 1993, C-267 de 1993, entre otras.

²⁸ Ésta problemática se trata más ampliamente en el capítulo 4 del presente trabajo.

²⁹ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *Constitucionalismo Perverso. Normalidad y Anormalidad Constitucional en Colombia: 1957-1997*. En: *Caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis Socio Jurídico*. Bogotá: Editorial Universidad de los Andes - Facultad de Derecho - Centro de Investigaciones Sociojurídicas. 2001

Congreso de la República: la ley 15 de 1992 (incorporó normas del decreto 1156 de 1992); la ley 81 de 1993 (adoptó múltiples medidas de la justicia regional); la ley 104 de 1993 (incluyó cláusulas relativas a la reinserción de subversivos dictadas en 1992). Sólo por citar algunos ejemplos.

El Presidente Ernesto Samper presentó el proyecto de lo que se convertiría en la ley 228 de 1995, reproduciendo el decreto legislativo 1410 de 1995 (referido al tratamiento y endurecimiento de penas frente al recrudecimiento de la delincuencia común en el país) que fue declarado luego inexecutable por la Corte Constitucional.

El Presidente Andrés Pastrana por su parte, presentó el proyecto de la ley de Seguridad y Defensa Nacional (ley 684 de 2001) que retomó medidas de emergencia de gobiernos anteriores, que buscaban aumentar, en detrimento del principio de separación de poderes, las facultades del Gobierno Nacional para definir la política de seguridad del país³⁰. Tal y como lo entendió la Corte, la superposición del estado de emergencia al de derecho se evidencia en la ley 684 de 2001, que consagró no sólo figuras novedosas como el “poder nacional”³¹, sino

³⁰ Ésta ley fue declarada Inexecutable en la sentencia C-251 de 2002. “No cualquier ley de seguridad y defensa es legítima, pues ella debe respetar integralmente la Constitución y los compromisos internacionales asumidos por Colombia en materia de derechos humanos y de derecho humanitario. No sólo la ley está sujeta a la Constitución, que es norma de normas, sino que además la Carta instituye un Estado social y democrático de derecho, fundado en ciertos principios y diseños institucionales que no pueden ser desconocidos por las autoridades”. Y continúa: “Una política de seguridad no puede vulnerar el principio de la separación de poderes. No sería legítimo que, en materia de seguridad y defensa, todos los órganos estatales quedaran sujetos al Gobierno, con el deleznable argumento que a éste corresponde la guarda del orden público y que los diferentes órganos del Estado deben colaborar armónicamente. De otro lado, debido a la reserva de ley, las limitaciones a los derechos constitucionales deben no sólo ser adoptadas en una ley sino que, además, si se trata de regulaciones que pueden tocar elementos básicos de los derechos fundamentales, ellas deberán ser incorporadas en una ley estatutaria. Finalmente, corresponde a la ley definir previamente cuáles son las obligaciones específicas y precisas en materia de orden público que se derivan de los deberes ciudadanos en este campo”

³¹ Este término fue ambiguamente definido en el artículo 3 de dicha ley: “[e]l Poder Nacional es la capacidad del Estado colombiano de ofrecer todo su potencial para responder ante una situación que pongan en peligro el ejercicio de los derechos y libertades, y para mantener la independencia, la integridad, autonomía y la soberanía nacional en concordancia con lo establecido en el artículo 2 y 95 de la Constitución Política”.

que por medio del blanqueo de normas recicló antiguas instituciones creadas en tiempos de conmoción interior. Es el caso de la figura de “teatro de operaciones”³², y el “otorgamiento de funciones judiciales a las Fuerzas Militares”³³.

Del mismo modo, y para preservar lo que en su momento parecía una justicia fuerte capaz de enfrentar las acciones de los grupos insurgentes, el gobierno de Pastrana presentó la ley que convirtió a los jueces de la legislación de excepción (jueces regionales) en jueces penales del circuito especializado.

Para comienzos de este Siglo, el panorama no varió sustancialmente. En el año 2002, el Estatuto Antiterrorista del Presidente Álvaro Uribe Vélez configuró una modalidad de blanqueo de normas que escapó al control de la Corte Constitucional al ser tramitado como Acto Legislativo (exento de control) y no como ley ordinaria (sujeta a control).

Ahora, lo que parece claro es que el blanqueo de normas reporta ventajas significativas para el Gobierno. En primer lugar, supera el problema formal del uso ilimitado de los estados de excepción tantas veces criticado por la Corte Constitucional. En segundo lugar, suprime del debate público y democrático las justificaciones de las declaratorias de “conmoción interior”. Y en tercer lugar, se asegura un amplio margen de maniobra en la configuración de la política de orden público.

³² El “teatro de operaciones” se consagró en el decreto legislativo 717 de 1996. Mediante ésta figura, se establecía la subordinación de los mandatorios locales (alcaldes y gobernadores) a las autoridades militares de las “zonas especiales de orden público”.

³³ En sentencia C-251 de 2002, y reiterando la jurisprudencia sobre el tema, la Corte declaró la inconstitucionalidad de ésta medida ya que “el carácter estrictamente jerarquizado y la disciplina férrea frente a las órdenes superiores, propios de las fuerzas militares, no se concilian con la independencia e imparcialidad inherente a la policía judicial, lo cual es indispensable para la protección de la libertad individual que un Estado de derecho democrático confía a la autoridad judicial”.

Pero además, la legislación promulgada en tiempos de anormalidad se caracteriza por exhibir un carácter eminentemente belicista, que se traslada al ordenamiento jurídico a través dicho blanqueo e implica, entre otras cosas, que la regulación normativa de la guerra queda moldeada por la estrategia de eliminación del adversario militar, en tanto es el Estado guerrero quién termina estableciendo sus propios límites, eliminando las jerarquías y división de poderes³⁴. Un parámetro normativo que exhiba tales características no puede ser, en modo alguno, un criterio para el control de constitucionalidad.

1.3.1.2 El control constitucional sobre la legislación de excepción

Antes de 1991, la Corte Suprema de Justicia ejerció un control formal y prácticamente nulo sobre los poderes de emergencia. El reconocimiento de la discrecionalidad absoluta del Gobierno en la declaratoria de estados de excepción y, en consecuencia, el relajamiento de los controles judiciales sobre éste, se sustentaron en la idea según la cual el acto de declaratoria de emergencia era un asunto exclusivamente político, que sólo podía ser controlado en aspectos estrictamente formales.

Sin embargo, luego del proceso constituyente de 1991, la Corte Constitucional asumió un criterio de control no sólo *formal* sino también *material* sobre los decretos que declaraban el estado de conmoción interior³⁵. Dicha Corporación

³⁴ Al respecto dice Mauricio García Villegas: “[e]l Estado de excepción se ha convertido en un mecanismo de frontera entre la democracia y el autoritarismo, entre la Constitución y la guerra. Esta ubicación hace posible que el Gobierno traspase la línea de frontera de un lado a otro, según las necesidades de estratégicas requeridas (...) Mediante la declaratoria recurrente al estado de excepción el Gobierno obtiene la adición de poder que requiere para suplir parcialmente su debilidad institucional y para responder a las demandas crecientes de seguridad, sin que ello implique una renuncia a la retórica legitimadora del discurso constitucional” (Tomado de: GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit. p. 361 y 362).

³⁵ Al respecto ver sentencia C-004 de 1992, la cual sentó las bases del llamado “control material” sobre los decretos que declaraban los estados de conmoción interior.

entendió que la facultad presidencial del artículo 213 C.P. era un acto reglado circunscrito a los lineamientos de la Constitución y sujeto a un control material³⁶.

Sin embargo, y para lo que aquí interesa, el mayor contrapeso interpretativo sobre los hechos que el Gobierno Nacional allega a la Corte Constitucional como prueba de los estados de emergencia, no se han traducido en un control efectivo sobre las prácticas gubernamentales. Lo anterior se explica en parte, por un uso retórico del criterio material que se compadece con una valoración de pruebas permisiva:

En la sentencia C-004 de 1992, la Corte Constitucional estableció el deber de interpretar los hechos presentados por el Gobierno Nacional y decidir, de acuerdo con una adecuación típica a los presupuestos del artículo 213 C.P. (es decir: hechos graves, sobrevinientes y que no pueden ser conjurados a través de las atribuciones ordinarias), si éstos justificaban o no un tratamiento de emergencia.

A pesar de esto, una lectura comparada de algunas sentencias evidencia cómo la Corte Constitucional realiza un control material sobre los motivos alegados por el Gobierno Nacional para decretar la anormalidad institucional, no obstante, la valoración de los hechos es débil y contradictoria a la luz de los criterios de control material propuestos por la misma Corte:

- En el salvamento de voto de la sentencia C-004 de 1992 que declaró constitucional la declaratoria de conmoción interior, Ciro Angarita Barón indicó que la Corte Constitucional incurrió en una contradicción probatoria de los hechos que justificaron el decreto de excepción: “se afirma que había un

³⁶ Las reacciones del Gobierno Nacional y de la opinión pública ante el tipo de control que ejerce la Corte sobre los estados de excepción han sido ampliamente debatidas. Incluso, no todos los magistrados de la Corte Constitucional han defendido ese tipo de control material sobre las declaratorias de estados de excepción. Para ellos, la Corte sólo puede realizar un control formal. Entre los defensores de ésta tesis se encuentran: Fabio Morón Díaz (salvamento de voto sentencia C-300 de 1994), Jorge Arango (salvamento de voto sentencia C-300 de 1994, C-328 de 1996), Hernando Herrera Vergara (salvamento de voto sentencia C-328 de 1996).

malestar de incalculables proporciones sin que apareciesen probadas la inminencia y la gravedad de la amenaza de perturbación. Contra la opinión del fallo, aquí es necesario dejar sentado que nunca se presentó una perturbación laboral, puesto que no se había llevado a cabo huelga ni manifestación alguna³⁷.

En el mismo fallo, también quedó demostrado cómo la Corte avala las medidas del Gobierno Nacional considerando exclusivamente el material probatorio presentado por sus diferentes ministerios³⁸. Las dos únicas fuentes probatorias -no gubernamentales- existentes en el caso consideraron que el malestar del sector laboral no era de tal magnitud que justificara la adopción de la anormalidad constitucional.

- En la sentencia C- 556 de 1992³⁹, la parte motiva pareciera indicar que no se configuran los presupuestos objetivos para la declaratoria de conmoción interior. Sin embargo, en un giro inesperado, la Corte declara la exequibilidad del decreto objeto de revisión. Los argumentos de la parte motiva sugieren que la eventual excarcelación de procesados obedece a razones *históricas y estructurales* –y no *sobrevinientes*- de la administración de justicia como lo es la congestión de los despacho judiciales. Aún así, se declara exequible el decreto.
- En la sentencia C- 031 de 1993, la verificación de los “presupuestos objetivos” se efectuó sin consideración al significado material de los mismos, es decir, sin constatar si los hechos correspondían o no a imaginaciones del Gobierno. En el decreto 1793 de 1992, César Gaviria se refirió al *eventual* agravamiento de

³⁷ El motivo aducido por el Gobierno Nacional fue la amenaza inminente de un cese de actividades por parte de la Fuerza Pública ante la imposibilidad de aumentar los salarios de sus miembros.

³⁸ Más posturas de éste tipo se encuentran en los fallos C-031 de 1993, C-082 de 1993.

³⁹ Ésta sentencia declaró constitucional el decreto 1115 de 1992 mediante el cual el Gobierno pretendía prevenir una eventual crisis generada por la posibilidad que ofrecía el Código de Procedimiento Penal de darle libertad a sujetos procesados en la jurisdicción especial.

las acciones de grupos insurgentes tras la masacre de varios miembros de la Policía Nacional en Putumayo. En este caso, la Corte consideró que los hechos alegados por el Gobierno en el decreto declaratorio eran la manifestación de un problema estructural que llevaba a hablar de una “anormalidad normal”, lo cual, sin embargo, no le restaba significado como causal perturbadora del orden público y, por lo tanto, declaró que el decreto era constitucional.

- No obstante, también es cierto que la Corte afianzó sus controles en casos de flagrante violación de la Constitución. En sentencia C- 300 de 1994, adicionó otro criterio de evaluación de las declaratorias de excepción. En esa oportunidad, afirmó que debía existir una relación de causa-efecto *probada* por el Gobierno. Es decir, le correspondía al Presidente demostrar el vínculo entre el hecho y el efecto perturbador sobre el orden público. La mera enunciación de una situación sin el aporte de pruebas, dijo la Corte, extralimita lo que a propósito de estados de excepción puede considerar el Gobierno.
- En esta misma sentencia, la Corte Constitucional exigió no sólo la valoración de los hechos sino también la valoración de la *intención* del Gobierno tras la declaratoria. Se trataba, según ésta, de una interpretación teleológica de las pruebas aportadas por el Gobierno.
- En sentencia C-466 de 1995, la Corte consideró pertinente esgrimir otro criterio de evaluación de los hechos aducidos por el Gobierno como causales para la declaratoria de estado de excepción. Sostuvo que por grave e indeseable que sea una circunstancia, ésta debe ser siempre valorada a la luz del contexto. Así por ejemplo, la intensificación de acciones delincuenciales de la guerrilla, el narcotráfico y el paramilitarismo no pueden ser valorados como hechos *sobrevinientes* si son manifestaciones de un contexto patológico, estructural, e histórico que puede ser tratado mediante la excepcionalidad institucional.

- El uso simbólico de las sentencias y el abandono de los criterios antes establecidos por la Corte, se evidenciaron en el pronunciamiento C-027 de 1996. En esta oportunidad, la Corte despreció los parámetros de valoración del “presupuesto objetivo” de las declaratorias para ser complaciente con la opinión pública y declaró la constitucionalidad del decreto revisado. El magnicidio de Álvaro Gómez Hurtado generó efectos desestabilizadores que no fueron, en modo alguno, probados por el Gobierno Nacional⁴⁰.

Como puede verse, no sólo de la excepcionalidad institucional se derivan problemas como el blanqueo de normas que escapa, muchas veces al control constitucional, sino que en el caso del análisis de constitucionalidad de los decretos que declaran el estado de excepción (donde sí hay control constitucional), todos estos ejemplos ponen de presente que la Corte no ha sabido mantener una posición coherente respecto del control de la excepcionalidad institucional. Esto para lo que aquí interesa, pone en duda la rectitud del proceso constitucional y erosiona el respeto que de los principios del derecho probatorio debe mantener esta Corporación⁴¹.

1.3.2 El Derecho Internacional Humanitario

El segundo referente normativo que tiene la Corte para llevar a cabo el control de constitucionalidad a partir de un razonamiento de puro derecho entre normas del ordenamiento jurídico, es sin duda alguna, el Derecho Internacional Humanitario plasmado en los convenios de Ginebra y en sus dos protocolos.

En efecto, muchas de las críticas al silencio constitucional a propósito de la guerra,

⁴⁰ Sobre éste relajamiento de los criterios para la evaluación probatoria de los hechos, ver el salvamento de voto de los magistrados Vladimiro Naranjo Mesa, Carlos Gaviria y José Gregorio Hernández.

⁴¹ Sobre éste tema, sin embargo, se volverá en el capítulo IV del presente trabajo.

suelen contestarse adjudicando el tratamiento jurídico de ésta a los parámetros establecidos en la normatividad internacional. Ciertamente, la regulación que sobre el conflicto armado contiene el DIH, ha servido como parámetro jurídico de múltiples fallos de la Corte Constitucional; así como ha permitido que algunos episodios bélicos ocurridos en el país, sean valorados y tipificados a la luz de dicho Estatuto internacional, tanto por la jurisdicción interna, como por la jurisdicción internacional (a través de las sentencias expedidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a violaciones de derechos en la guerra interna⁴²).

Sin embargo, tener como referente normativo, los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario genera inconvenientes que serán analizados a continuación.

En la sentencia C-574 de 1992, la Corte incorporó con carácter supraconstitucional el DIH al ordenamiento interno; al tiempo que el fallo C-225 de 1995 lo integró al “bloque de constitucionalidad”⁴³.

⁴² Al respecto vale la pena mencionar el caso de la masacre de Mapiripán. Los hechos que suscitaron el caso consistieron en la llegada al aeropuerto de San José de Guaviare de aproximadamente un centenar de miembros de la autodefensas Unidas de Colombia (AUC), procedentes del Urabá antioqueño. A su llegada fueron recogidos por miembros del Ejército Nacional, y transportados hasta el municipio de Mapiripán, en camiones de esa Institución. Durante su permanencia en Mapiripán, los paramilitares secuestraron, torturaron, asesinaron y descuartizaron a 49 personas, a las que acusaban de auxiliar a la guerrilla.

La Fiscalía concluyó que la masacre se había perpetrado con el apoyo y aquiescencia de la Fuerza Pública. Pese a ser informados, los comandantes del ejército se mantuvieron en completa inactividad. Transcurridos más de ocho años, la justicia penal no había logrado identificar a las víctimas, y solo había juzgado y sancionado a unas pocas personas comprometidas en la masacre. La Corte Interamericana de Derechos Humanos intervino y dictó sentencia condenatoria contra el Estado colombiano en el año 2005.

⁴³ El “bloque de constitucionalidad” es una figura importada del derecho francés según la cual una norma no consagrada en la Constitución, se integra a ésta de forma tal que cualquier disposición legal e inferior que la contravenga, será inconstitucional.

En la sentencia C-225 de 1995, por medio de la cual se declaró exequible la ley 171 de 1994, que incorporó al derecho interno el protocolo II, adicional a los convenios de Ginebra, la Corte sostuvo: “[E]l bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.” Al respecto pueden

La postura de la Corte (de integrar el DIH al bloque de constitucionalidad y hacerlo de manera automática, sin ningún procedimiento de incorporación complejo en que el participen los órganos legislativo, ejecutivo y judicial) pretendía no sólo proteger los derechos de las personas, sino darle estabilidad a las normas internacionales sobre conflicto armado sustrayéndolas de las coyunturas políticas⁴⁴. La incorporación al bloque de constitucionalidad se hizo entonces a través de la aplicación del artículo 93, 94 y 214 de la C.P.

A diferencia de los tratados internacionales -que solo ingresan al bloque de constitucionalidad si versan sobre derechos humanos cuya restricción esté expresamente prohibida durante los estados de excepción⁴⁵-, en el fallo C-225 de 1995, la Corte Constitucional incorporó de manera *integral* todo el DIH, sin considerar si era convencional o consuetudinario, puesto que su finalidad era proteger a la persona en condiciones de conflicto armado.

1.3.2.1 Las dificultades del Derecho Internacional Humanitario como parámetro normativo

- **Textura abierta de los principios del Derecho Internacional Humanitario**

Ahora bien, la incorporación *integral* del DIH a la Constitución genera varios problemas para lo que aquí nos interesa. El primero de ellos es la indeterminación hermenéutica que contiene este tipo de normas y que, en

consultarse también las sentencias C-574 de 1992, C-423, C- 578 de 1995, C-135 de 1996 y C-040 de 1997.

⁴⁴ Hasta 1992, algunos sectores políticos se oponían a la ratificación del protocolo II de Ginebra, por considerar que con ello se le concedería status de beligerancia a la guerrilla, a pesar de que el mismo protocolo afirma que sus disposiciones no afectan el estatuto político de las partes en un conflicto interno.

⁴⁵ Al respecto ver sentencia C-295 de 1993 y C-092 de 1996.

ocasiones, ha generado lecturas infortunadas⁴⁶. Si una norma internacional va a ser parte del ordenamiento interno para servir como fuente de validez de otras normas y como parámetro normativo de regulación –en este caso- de la guerra, la Corte debe contextualizarla y determinar su sentido.

La advertencia anterior es válida en cuanto la jurisprudencia sobre el tema suele hacer alusiones genéricas y lecturas poco rigurosas al DIH que puede conducir a decisiones cuestionables. El análisis “general” que realiza la Corte Constitucional sobre los tratados de DIH puede hacer que sean despojados de su significado y disminuir los controles al Estado guerrero. La sentencia C-572 de 1994 es un ejemplo paradigmático:

En este fallo, la Corte consideró que “[e]l Estado puede delegar en los particulares y en las comunidades organizadas la prestación del servicio público de seguridad y vigilancia. La delegación no implica renuncia del Estado a su obligación de prestarlo”⁴⁷. Según esta Corporación, la constitucionalidad de las llamadas “convivir” se derivó de su identidad con los “servicios de protección civil” a que se refiere el protocolo I.

Sin embargo, no se detuvo a analizar el significado que esos “servicios de protección civil” tienen dentro de este protocolo (que se refiere básicamente a

⁴⁶ Los tratados de derecho internacional humanitario y de derechos humanos, al ser producto de acuerdos políticos entre estados con condiciones políticas, económicas, sociales y culturales muy diferentes, suelen estar redactados en un lenguaje abierto e indeterminado.

⁴⁷ Sentencia C-572 de 1997. Los hechos que fundaron la demanda se resumen así: se interpone acción de inconstitucionalidad contra los artículos del “estatuto de vigilancia y seguridad privada”, decreto 356 de 1994, que regulan las cooperativas de vigilancia y seguridad privada, los servicios especiales de vigilancia y seguridad privada y la norma que define su campo de aplicación, por considerar que la integración de servicios de vigilancia y seguridad privada comunitaria es un estímulo al paramilitarismo, permite a los particulares la utilización de armas de fuego de uso restringido, desconoce la función exclusiva del Estado en el restablecimiento del orden público, quebranta normas del DIH al involucrar a la población civil en el conflicto y perpetúa la guerra que azota al territorio colombiano, vulnerando el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la convivencia pacífica, a la libertad, a la justicia, a la dignidad humana y a la paz.

medidas de socorro y ayuda humanitaria entre los miembros de una comunidad) y su interpretación a nivel internacional, para reconocer si las “Convivir” prestaban o no este servicio. Como acertadamente se sostuvo en el salvamento de voto:

Comentario especial merece la “confrontación” que hace la sentencia, de las normas demandadas con los tratados internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario. A este respecto, la decisión sostiene: (1) que las normas demandadas no violan las disposiciones contenidas en los tratados de derechos humanos suscritos por Colombia, en razón de que de ninguna manera puede afirmarse que las mismas autorizan el homicidio, la tortura, u otra de las conductas prohibidas en dichos instrumentos; (2) que las normas impugnadas no violan el derecho internacional humanitario ya que las cooperativas de vigilancia y seguridad privada son simples “organismos civiles de protección civil” autorizados por el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Resulta cuando menos sorprendente, que la mayoría considere que una norma no viola una disposición del bloque de constitucionalidad, simplemente porque de su texto no surja manifiestamente una eventual oposición. En suma, el análisis de la Corte se limita simplemente a verificar que las disposiciones demandadas no autorizan expresamente la comisión de las conductas prohibidas por los instrumentos internacionales de derechos humanos. Con todo respeto, nunca la Corte había sido tan miope en el análisis de constitucionalidad de una disposición. Las normas son mucho más que lo que dice expresamente un texto normativo. Las normas son, algunas veces, lo que los textos no dicen, las instituciones que generan, las realidades que afectan. Norma y texto normativo, como lo ha indicado reiteradamente esta Corporación en decisiones unánimes, no son necesariamente coincidentes.

Y agrega:

Bastaba leer con atención las normas citadas en las sentencias, o consultar cualquier texto de derecho internacional humanitario, para entender que los llamados organismos de protección civil no tienen la facultad de adelantar ninguna de las tareas antes mencionadas. Dichos organismos operan exclusivamente, como lo indica el artículo 61 citado en la sentencia, en circunstancias de urgencia para promover labores humanitarias que de ninguna manera incluyen las funciones de vigilancia y seguridad antes mencionadas, como la de prestar el servicio de escolta permanente o adelantar labores de asesoría, consultoría o investigación en seguridad. La homologación que pretende la sentencia sería casi como intentar asimilar entidades como las denominadas “CONVIVIR”, con organismos de la naturaleza de la Cruz Roja Internacional.

En este orden de ideas, obsérvese cómo la interpretación descuidada de la Corte Constitucional sobre los “servicios de protección civil” consagrados en el protocolo I, permitió la creación de cooperativas de vigilancia y seguridad privada, y los servicios especiales y comunitarios de vigilancia y seguridad privada; borrando así la distinción entre población combatiente y población no combatiente.

Pero no sólo se puede reseñar ese caso. En el año 2005, y a propósito de la masacre de Mapiripán, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo un llamado a una lectura rigurosa de las normas del DIH y en este sentido, le recordó al Gobierno que los deberes del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos no se excusan con el mecanismo de relajamiento de control de la “justicias de transición”⁴⁸ consagrada en la legislación internacional.

⁴⁸ En sentencia C-370 de 2006, la Corte Constitucional retomó el significado y alcance de ésta institución. Según ésta corporación, “[d]entro de este panorama de evolución hacia la protección internacional de los derechos humanos, la comunidad de las naciones ha puesto su atención sobre aquellos Estados en que se adelantan procesos de transición hacia la democracia o de restablecimiento de la paz interna y consolidación de los principios del Estado de Derecho. La comunidad internacional ha admitido la importancia de alcanzar estos objetivos sociales de Paz, pero ha hecho énfasis en que estas circunstancias de transición no pueden conducir a un relajamiento de las obligaciones internacionales de los Estados en el compromiso universal de respeto a la dignidad y a los derechos humanos. En este contexto, se ha entendido que la necesidad de celebrar acuerdos políticos de reconciliación con amplios grupos sociales exige cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial. Se aceptan con ciertas restricciones amnistías, indultos, rebajas de penas o mecanismos de administración judicial más rápidos que los ordinarios, que propicien el pronto abandono de las armas o de los atropellos, como mecanismos que facilitan la recuperación de la armonía social. La comunidad internacional ha reconocido esta realidad, admitiendo una forma especial de administración de justicia para estas situaciones de tránsito a la paz, a la que ha llamado “justicia transicional” o “justicia de transición”, pero no ha cedido en su exigencia de que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas, y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban algún tipo de sanción”.

- **Aplicación del Derecho Internacional Humanitario aún en casos en que el Estatuto no lo establece**

Un segundo problema del DIH como parámetro normativo de regulación de la guerra es la aplicación que de él ha hecho la Corte Constitucional para todo tipo de episodios y sin consideración a las restricciones que contiene el propio Estatuto. Ésta postura se sustenta en la llamada “Cláusula Martens”⁴⁹ y permite:

- La aplicación de las normas del DIH a todo tipo de conflicto –nacional o internacional- sin diferencia alguna a pesar que el mismo Estatuto restrinja su aplicación a un tipo de conflicto particular.
- La aplicación del DIH sin que sea necesario estudiar si el enfrentamiento alcanza el nivel de intensidad exigido por el protocolo II. El artículo 1 de dicha disposición, referido al ámbito de aplicación material del tratado, exige que los grupos irregulares tengan un mando responsable y un control territorial que les permita realizar operaciones militares concertadas y sostenidas, y aplicar las normas humanitarias. No obstante, la Corte ordena la aplicación del DIH aún cuando los combatientes no estatales no cumplan con todos estos requisitos.
- Frente a situaciones de violencia que no adquieran connotaciones bélicas, la Corte Constitucional mantiene las exigencias del tratamiento humanitario derivadas del DIH⁵⁰. Sin embargo, el artículo 1.2 del protocolo II afirma que el mismo no se aplica “a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”⁵¹.

⁴⁹ La cláusula Martens indica que la ausencia de una determinada regla en el protocolo II referida a la protección de la persona humana, no autoriza desplegar la conducta contraria. Al respecto ver sentencia C-225 de 1995.

⁵⁰ Al respecto ver sentencia C-092 de 1996.

⁵¹ Protocolo II del convenio de Ginebra de 1949.

La ampliación de los campos de aplicación del DIH a escenarios no definidos puede resultar cuestionable. En primer lugar, aplicar una norma a una situación para la cual no fue creada, es incurrir en una analogía improcedente. En segundo lugar, puede ser una estrategia inútil puesto que el artículo 3 común a todos los convenios de Ginebra, establece unas reglas mínimas aplicables a los conflictos internos. Y por último, puede dar lugar a más confusiones de aplicabilidad entre los operadores jurídicos.

- **Inoperancia del Derecho Internacional Humanitario**

La incorporación automática del DIH a la Constitución ha generado también un tercer tipo de problema. Se trata de la de inoperancia de éste como referente normativo claro.

Muchas disposiciones del DIH están formuladas como obligaciones del Estado, para que sean ellos quienes las reproduzcan a través de regulaciones internas. Sin embargo, si los tratados de DIH hacen parte del ordenamiento sin la mediación del Congreso de la República, aquellas disposiciones que no son de aplicación inmediata no producirán ningún resultado. Prueba de ello fue la incorporación que se hizo en la ley 599 del 2000 de crímenes de guerra y genocidio por razones políticas (contenidos en el convenio I de 1949 y en el protocolo I), antes inexistentes en la legislación penal.

El problema de inoperancia del DIH también se traslada al espacio judicial. Muchos jueces se muestran reticentes a inaplicar normas internas que sean contrarias a tratados no ratificados que integran el bloque de constitucionalidad. Máxime cuando en una tradición formalista como la colombiana, reconocer la costumbre internacional no ha sido tarea sencilla. De hecho, también la Corte Constitucional tiene problemas para aplicar el DIH. De la lectura jurisprudencial realizada, no se encontró ninguna referencia a tratados internacionales no ratificados, así como tampoco a normas consuetudinarias no codificadas.

Como puede observarse, las normas del DIH resultan insuficientes para servir de parámetro normativo de regulación de la guerra –y por lo tanto, de control constitucional- que supere el problema de la infraconstitucionalización de esta materia. El carácter indeterminado del lenguaje en que se expresa; su expedición en contextos multiculturales; su referencia a temas variados y muy generales que no se compadecen fácilmente con las particularidades del conflicto armado interno⁵²; limitan enormemente la caracterización del DIH como parámetro normativo que sirva a la Corte para ejercer un control sobre el Estado guerrero.

Desde esta perspectiva, el DIH aparece como un referente normativo que le permite al juez constitucional acercarse a la guerra, pero desde un lenguaje lejano que lo libera de la carga de incluir en sus fallos una reflexión contextualizada sobre las particularidades de la guerra irregular colombiana.

El análisis hasta aquí efectuado permite demostrar cómo el control constitucional que ejerce la Corte sobre el Estado guerrero emplea parámetros normativos que no resultan adecuados en cuanto la Constitución no regula, al menos directamente, el tema de la guerra, y por tanto, allí la Corte no tiene un referente jurídico para adelantar dicha labor. Con esto se pone de presente que en contextos de guerra, los asuntos constitucionales van más allá de la simple comparación abstracta entre normas del ordenamiento jurídico y la Constitución, y en este sentido, resulta muy importante la fundamentación probatoria y fáctica que de aquellos se pueda realizar, tal y como se señalara en las siguientes líneas.

⁵² Sobre este punto, se sigue la postura de Mario Montoya Brand. Según este autor, la guerra colombiana presenta tres rasgos característicos (su larga duración, su irregularidad, y su complejidad) que convierten al Estado en una institución irregular que no respeta las reglas del estado de derecho y del Derecho Internacional Humanitario.

2. RÉGIMEN PROBATORIO EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

En el capítulo anterior se señaló que en el tema particular de la guerra, la Corte Constitucional emplea parámetros normativos que no constituyen un referente adecuado para controlar las actuaciones del Estado guerrero, debido a que la Constitución no define las cuestiones básicas al respecto (qué es la guerra y cómo ha de ser tratada).

A partir del análisis efectuado, se intentó demostrar que aún partiendo de la idea de que los procesos de constitucionalidad, especialmente los referidos a los de control abstracto, no requieren de ninguna actividad probatoria en tanto son procesos referidos a meras contrastaciones entre normas jurídicas y la Constitución, tampoco así puede llegar el juez constitucional a un conocimiento de la guerra.

Sin embargo, en este acápite, se presentará el marco teórico que servirá para cuestionar el tratamiento probatorio que de la guerra efectúa la Corte Constitucional. Para ello, se seguirán muchos de los aportes realizados por Ana Giacomette Ferrer⁵³ en el campo del derecho procesal constitucional. La idea consiste en ofrecer las razones por las cuales, los asuntos –de cualquier naturaleza- que llegan a la jurisdicción constitucional pueden ser considerados como “verdaderos” procesos según la definición procesal clásica. Y de ésta manera, defender la idea de que en ellos hay lugar para aplicar un “auténtico” régimen probatorio.

⁵³ GIACOMETTE FERRER, Ana. La prueba en los Procesos Constitucionales. Bogotá: Ediciones Uniandes, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. 2007

2.1 PROCESO CONSTITUCIONAL

Los procesos constitucionales tienen lugar en la normatividad que consagra el control de constitucionalidad en abstracto y en la que regula la revisión eventual de los fallos de tutela. Se trata de procesos que, por la naturaleza de sus asuntos, escapa a muchos de los rasgos que caracterizan a los clásicos procesos civiles o penales.

Uno de estos rasgos es, sin duda, el tipo de régimen probatorio que impera en los procesos constitucionales. Cuestiones tales como qué se prueba, quién tiene dicha carga, cómo se surte el procedimiento, qué medios se emplean para probar, y cómo es valorado el acervo probatorio; son todos interrogantes que nutren los estudios del derecho procesal constitucional⁵⁴.

En este capítulo, se plantearán las cuestiones fundamentales que conciernen al estudio de la “prueba” en los procesos constitucionales. El análisis se circunscribe en el ámbito de los procesos de control de constitucionalidad en abstracto y en el de la revisión eventual de los fallos de tutela. Sin embargo, debe advertirse que se trata de una exploración general sobre los procesos constitucionales en los que no se discrimina la materia de que tratan; es decir, el estudio se realiza sobre los procesos constitucionales en general sin considerar si ellos atienden o no al tema de la guerra.

Desde luego, preguntarse por el régimen probatorio en materia constitucional conlleva la tarea de responder previamente otro interrogante: ¿se puede

⁵⁴ El derecho procesal constitucional aparece como una disciplina moderna del derecho que suele definirse como el conjunto de normas jurídicas contenidas en la Constitución y la ley, que regulan las actuaciones y procesos constitucionales, cualquiera que sean los órganos encargados de preservar la supremacía de la Constitución. Cuatro importantes autores son los impulsores de esta disciplina: Jesús González Pérez, Héctor Fix-Zamudio, Néstor Pedro Sagües, y Ernesto Rey Cantor.

denominar “proceso” a los diferentes conflictos constitucionales que resuelve la Corte Constitucional?

La renuencia de muchos procesalistas por denominar “procesos” a los conflictos constitucionales, es la razón por la cual este interrogante suele ocupar gran parte de las discusiones del derecho procesal constitucional, y no es éste el lugar para profundizar sobre éstas. Sin embargo, la definición dada por el tratadista Ernesto Rey Cantor⁵⁵ de “proceso constitucional” puede ayudar a resolver la pregunta sobre si los conflictos que resuelve la Corte pueden ser considerados como verdaderos procesos. Según este autor, el “proceso constitucional” es el medio a través del cual se tutela la supremacía de la Constitución y se garantiza la protección de los derechos, en el marco del ejercicio del control constitucional que lleva a cabo el juez. Así, lo que en un principio se denominó “procedimiento constitucional” hoy suele ser visto como un verdadero “proceso constitucional” en el que se puede identificar una causa contenciosa.

Como más adelante se expondrá, en los conflictos constitucionales que conoce la Corte existen los elementos necesarios (sujeto, objeto, actividad procesal) para pensar que éstos son verdaderos procesos. Por el momento, basta decir que un rastreo por la legislación colombiana evidencia que efectivamente existe un “proceso constitucional”. El decreto 2067 de 1991⁵⁶, trata el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deben surtirse ante la Corte Constitucional; el decreto 2591 de 1991 consagra el procedimiento de la acción de tutela; y el artículo.242 C.P. señala que “[L]os procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título serán regulados por la ley conforme a los siguientes enunciados (...)”.

⁵⁵ REY CANTOR, Ernesto. Derecho Procesal Constitucional, Derecho Constitucional Procesal, Derechos Humanos Procesales. Bogotá: Ediciones Ciencias y Derecho. 2001

⁵⁶ Éste decreto fue expedido por el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo transitorio 23 de la C.P., y se conoce como el “Código de Procedimiento Constitucional”.

Ahora bien, siendo el control constitucional la fuente que da lugar a los procesos constitucionales, es importante entonces distinguir brevemente las características del control constitucional en Colombia.

En sentencia C-113 de 2000, la Corte definió el control constitucional como aquel “conjunto de procedimientos judiciales, políticos, de control y administrativos destinados a mantener el funcionamiento del Estado dentro de los lineamientos señalados por la voluntad constituyente y para impedir que ese poder exorbitante sea colocado al servicio de los intereses diferentes de los de la comunidad”.

En la Constitución de 1991 se plantean diferentes tipos de control:

- **Control abstracto de constitucionalidad**

El control de constitucionalidad dirigido a que la Corte expulse del ordenamiento las leyes contrarias a la Constitución:

- Previo al ejercicio de acción de inconstitucionalidad que puede ejercer cualquier ciudadano, después de haber entrado en vigencia la norma sometida a examen, sobre: actos reformativos de la Constitución por vicios de procedimiento, según lo señala el artículo 214-1 C.P.; leyes expedidas por el Congreso por vicios materiales o formales, según lo dispone el 241-4 C.P.; decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno Nacional por vicios materiales o formales, de acuerdo por lo preceptuado por el artículo 241.5 C.P.
- A través del control automático, es decir, después de la aprobación de la norma sujeta a examen por parte del Gobierno Nacional pero antes de la entrada en vigencia de la misma, sobre: los decretos legislativos expedidos en tiempos de anormalidad constitucional, según lo señalado en el artículo

241-7 C.P.; referendo a propósito de leyes, consultas populares y plebiscitos nacionales, subrayado en el artículo 241-3 C.P.

- Control previo de constitucionalidad, antes de entrar en vigencia la norma sometida a examen, sobre: proyectos de ley objetados de inconstitucionalidad material o formal por parte del Gobierno, de acuerdo con los artículos 241-8, 165, y 167 C.P.; proyectos de ley estatutaria por vicios materiales o formales, de acuerdo con los artículos 241-8, 152 y 153 C.P.; la convocatoria a un referendo o a Asamblea Constituyente para reformar la Constitución por vicios de procedimiento, según lo señalan los artículos 241-2, 376 y 378 C.P.; tratados internacionales y de las leyes que los aprueban por vicios materiales o formales, dispuesto así por el artículo 241-10 C.P.;
- La acción de nulidad por inconstitucionalidad respecto de los decretos del Gobierno Nacional cuyo control no fue confiado a la Corte Constitucional sino al Consejo de Estado.

- **Control concreto de constitucionalidad**

- El control dirigido a la revisión de sentencias de tutela consagrado en el artículo 86 C.P.
- La excepción de inconstitucionalidad a través de la cual, cualquier autoridad de la República puede inaplicar la norma que sea contraria a la Constitución, de acuerdo con lo señalado por el artículo 4 C.P.

Se tiene entonces que en Colombia rige un control difuso –por oposición a un control concentrado- en el que no sólo los jueces, sino cualquier autoridad administrativa, legislativa, de control o, simplemente un particular, pueden activar el control de constitucionalidad que da lugar a los procesos constitucionales.

2.1.1 Elementos del Proceso Constitucional

Como ya se ha señalado, son muchas las discusiones que se presentan a propósito de la consideración de los asuntos constitucionales como verdaderas causas litigiosas, es decir, discusiones sobre los elementos que integrarían esa novedosa institución llamada “proceso constitucional”. En las siguientes líneas, se intentarán delimitar los posibles contenidos de dicho proceso a partir de la triple categorización (sujeto, objeto, actividad procesal) aportada por la teoría procesal clásica.

2.1.1.1 Proceso de control abstracto

- Sujeto:

En el proceso de control abstracto de constitucionalidad intervienen los siguientes sujetos:

i) Órgano jurisdiccional: el artículo 241 C.P. establece que se le confía la guarda y supremacía de la Constitución a la Corte Constitucional.

La doctrina establece que dicha atribución reviste un carácter jurisdiccional que permite aseverar que existe una “jurisdicción constitucional” a partir de la cual uno o varios órganos jurisdiccionales ejercen la potestad decisoria de hacer prevalecer el principio de primacía de la Constitución.

Se trata de una definición de jurisdicción en sentido orgánico puesto que se acepta que no sólo la Corte Constitucional, sino cualquier juez de la República en ejercicio de la acción de tutela o de la excepción de inconstitucionalidad, tienen la potestad de ejercer un control constitucional.⁵⁷

⁵⁷ Al respecto se recomienda acudir a los estudios sobre jurisdicción constitucional del tratadista chileno Juan Colombo Campbell

ii) Ministerio Público: el artículo 242-2 C.P. consagra la intervención del Procurador General de la Nación para que, como defensor del interés general, intervenga en los procesos de control constitucional.

iii) Las partes: en la teoría procesal tradicional suele definirse a la “parte” como aquella persona que interviene en un proceso para hacer valer un interés propio y egoísta frente a otra persona. Se trata de un concepto individualista que en materia constitucional toma un sentido diferente.

En efecto, muchas discusiones del derecho procesal constitucional se vierten sobre la pregunta de si en un proceso constitucional existen “partes”. Al respecto, la discusión se ha decantado señalando que, dadas las particularidades del proceso constitucional, el concepto de “parte” debe tomarse en un sentido más amplio entendiendo que en esta clase de procesos se defiende un interés colectivo, general, o “difuso”⁵⁸ a partir del cual una parte ataca una norma para que sea expulsada del ordenamiento jurídico, al tiempo que otra la defiende. Se trata de un interés difuso pues el sujeto interviene a pesar de que no disfrutará de ningún derecho material, tal y como ocurre en los procesos tradicionales.

- Objeto:

En el derecho procesal suele identificarse al “objeto” con la pretensión procesal que se quiere hacer valer en el proceso. En el caso que aquí nos ocupa, el objeto no es otro que declarar la inconstitucionalidad de una norma o de una interpretación. Es un proceso con una pretensión que va más allá de la invocación de un derecho.

⁵⁸ PISCIOTTI CUBILLOS, Doménico. Los Derechos de Tercera Generación. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia. 2001

- Actividad procesal:

El decreto 2067 de 1991 establece las etapas y actos que deben surtir en los procesos constitucionales. Se trata desde luego, de etapas orientadas por el principio de “informalidad” y que no se componen de requerimientos rigurosos, sino tan sólo de condiciones mínimas para informar adecuadamente al juez, evitando un fallo inhibitorio que anule el objetivo de los procesos constitucionales. En este sentido, la Corte señala los requisitos mínimos que deben contener las demandas de inconstitucionalidad que llegan a su conocimiento⁵⁹:

- Delimitar claramente el objeto demandado.
- Las razones en las que se funda la supuesta violación al texto constitucional.
- El motivo por el cual es competente la Corte Constitucional para conocer de la demanda.

Cumplidos estos requisitos, el magistrado sustanciador tiene 10 días para decidir (admisión, inadmisión, o rechazo). Si es inadmitida, el demandante tiene 3 días para corregir los defectos. Si es rechazada, se puede interponer el recurso de súplica ante la Corte Constitucional, para que confirme o revoque el auto de rechazo. Si es admitida, y una vez vencido el término probatorio cuándo éste tiene lugar, se ordena correr traslado al Procurador General de la Nación para que emita su concepto en un término de 30 días; así mismo se fija en las listas por 10 días las normas acusadas para que cualquier ciudadano las defienda o impugne. Vencido el término para que le Procurador rinda concepto, el magistrado ponente tiene 30 días para presentar su proyecto de sentencia, y

⁵⁹ Sentencia C-1052 de 2001.

a partir de entonces, la Corte tiene 60 días para tomar la decisión tiene carácter vinculante y efecto *erga omnes*⁶⁰.

2.1.1.2 Proceso de control concreto

- Sujeto:

i). Juez: la acción de tutela se interpone ante cualquier juez de la República.

ii). Partes: se identifica un sujeto activo, quien es la persona cuyos derechos fueron vulnerados o amenazados; y un sujeto pasivo, quien es la persona que ha causado el daño o amenaza a los derechos fundamentales invocados.

- Objeto:

La pretensión procesal consiste en la protección de los derechos fundamentales cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares, que presten servicios públicos o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes se esté en situación de subordinación o indefensión.

- Actividad procesal:

La naturaleza de la acción de tutela supone que ella carece de formalismos. Sin embargo, se han establecido unos requerimientos mínimos:

- Identificación de los sujetos.
- Hechos que motivan la tutela.

⁶⁰ Para ampliar el tema ver el reglamento interno de la Corte Constitucional (acuerdo 004 de 1992).

- Las pruebas que certifican los hechos aducidos

Una vez admitida la tutela, se notifica al sujeto pasivo para que ejerza su derecho de defensa, y una vez surtida, el juez tiene 10 días para pronunciarse, y la decisión tiene efectos *interpartes*.

La revisión de las acciones de tutela por parte de la Corte Constitucional se realiza para unificar la doctrina sobre derechos fundamentales, si bien se trata de una revisión *eventual* por cuanto la Corte elige revisar o no los fallos de tutela⁶¹ (según criterios que no están claramente establecidos, pero que en general se refieren a la importancia, naturaleza e impacto del tema).

Delimitados los elementos básicos que caracterizan a los “procesos constitucionales”, es momento de ocuparse del tema central de éste acápite, cual es la definición de las cuestiones básicas que interesan a propósito del régimen probatorio de los asuntos constitucionales.

2.2 EL RÉGIMEN PROBATORIO DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

En la teoría procesal, el derecho a probar constituye un elemento integrador del derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 C.P. No podría ser de otro modo. Toda decisión judicial o administrativa, debe fundarse en la valoración de las pruebas aportadas o decretadas en el respectivo proceso, por cuanto ello permite llevar a la mente del juez el convencimiento acerca de los hechos que configuran el presupuesto fáctico que da origen a la consecuencia jurídica que pretende ser aplicada en el proceso.

⁶¹ Generalmente, las sentencias de tutela que llegan a la Corte Constitucional ya fueron falladas en primera y segunda instancia. Por tal motivo, el magistrado solamente retoma los datos del proceso, y eventualmente, ordena práctica de pruebas.

En materia procesal constitucional, el artículo 10 del decreto 2067 de 1991 constituye la única alusión normativa directa del régimen probatorio. Según esta disposición, “[s]iempre que para la decisión sea menester el conocimiento de los trámites que antecedieron al acto sometido al juicio constitucional de la Corte o de hechos relevantes para tomar la decisión, el magistrado sustanciador podrá decretar en el auto admisorio de la demanda las pruebas que estime conducentes, las cuales se practicarán en el término de diez (10) días. La práctica de la prueba podrá ser delegada en un magistrado”.

Por tratarse de una regulación bastante reducida sobre el tema, suelen emplearse las categorías del derecho probatorio tradicional y las regulaciones del Código de Procedimiento Civil para abordar el estudio de la prueba en los conflictos constitucionales⁶².

En las siguientes líneas se intentará dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿qué principios orientan el régimen probatorio en los procesos constitucionales?, ¿qué se prueba en sede constitucional?, ¿quién tiene la carga de hacerlo?, ¿cuál es el procedimiento que se debe seguir?, y ¿qué parámetros de valoración emplea el juez constitucional?

2.2.1 Los principios de la prueba en los procesos constitucionales

El derecho probatorio se desenvuelve a través de ciertos principios. En materia constitucional éstos pueden sufrir algunas alteraciones. Pero en general, puede

⁶² Un ejemplo de la aplicación extensiva del Código de Procedimiento Civil se encuentra en el decreto 306 de 1992, según el cual “[l]os principios aplicables para interponer el procedimiento previsto en el decreto 2591 de 1991, serán los principios generales del Código de Procedimiento Civil, en todo aquello que no sea contrario a dicho decreto”.

decirse que los principios que orientan los procesos constitucionales son los siguientes⁶³:

- Principio de necesidad de la prueba: sin la prueba, los hechos no existen en el proceso. Su consagración se encuentra en el artículo 174 del C.de P.C.: “[t]oda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”.
- Principio de eficacia jurídica: la prueba debe ser susceptible de valoración legal, es decir, las pruebas deben tener la virtud de llevar al juez constitucional al conocimiento de los hechos en los que se funda la pretensión del sujeto.
- Comunidad de la prueba: las pruebas no pertenecen ni benefician exclusivamente a quien las aporta o a quien las produce, sino que son patrimonio del proceso.
- Principio de contradicción: toda prueba debe ser susceptible de debate. La parte contra quien se ofrece una prueba debe tener la oportunidad procesal de conocerla y discutirla, y de ofrecer la contraprueba.
- Principio de Inmediación: este principio exige que sea el juez mismo, quien intervenga en la recepción de la prueba; y que el juez que conoce del caso, sea el mismo que lo ha instruido. Se trata de un principio orientado por razones de técnica jurídica, de eficacia judicial, y de economía procesal: el contacto directo del juez con las pruebas, con sus órganos y objeto, permite que el proceso sea más lógico, racional y veraz.

En materia constitucional, se permite la “mediación facultativa”, es decir, que el magistrado sustanciador, comisione a los jueces y magistrados con jurisdicción en el lugar para la práctica de alguna prueba.⁶⁴

⁶³ Sobre este punto, se seguirá la teorización de: HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. La Prueba en los Procesos Constitucionales. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. 2006, No.5

- Principio de libertad probatoria: todo hecho puede ser acreditado por cualquier medio probatorio. Sin embargo, no son admisibles las pruebas impertinentes, esto es, que no guardan relación con el tema a probar, y los medios legalmente ineficaces, de acuerdo con lo señalado por el artículo 178 C. de P.C.
- Principio de unidad de la prueba: el conjunto probatorio forma una unidad que debe ser valorado por el juez para confrontar las diversas pruebas y establecer así, sus concordancias o discordancias, y concluir sobre el convencimiento que de ellas se forme.
- Principio de publicidad de la prueba: la prueba debe ser conocida por las partes para que puedan intervenir sobre ella.
- Principio de legitimación para la prueba: la prueba debe provenir de un sujeto legitimado para solicitarla.

2.2.2 ¿Qué se prueba en sede constitucional?

El tratadista Devis Echandía⁶⁵, define la prueba como el “conjunto de motivos o razones, que de los medios aportados se deducen y que suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso”⁶⁶. En sede constitucional, la prueba constituye el conjunto de razones o medios a través de los cuales se pretende verificar el cumplimiento o no de la Constitución.

⁶⁴ Artículo 10-2 del decreto 2067 de 1991 en concordancia con el artículo 58-3 del reglamento interno de la Corte Constitucional (acuerdo 04 de 1992).

⁶⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Bogotá: Editorial ABC, 1972, tomo II, p. 6

⁶⁶ Con esta definición se combinan las diferentes nociones de prueba: a) la objetiva, según la cual las pruebas son los hechos (actos, conducta, etc.) que sirven de prueba a los hechos procesales (la obligación, la responsabilidad, etc.); b) la otra objetiva, según la cual la prueba es el procedimiento, el “medio” de comprobación (el testimonio, la confesión, etc.); c) la subjetiva, según la cual la prueba es su resultado en cuanto a la convicción, en cuanto al conocimiento, en cuanto a la certeza que aporta.

De ahí puede decirse que en procesos de constitucionalidad en abstracto, deban ser probados los hechos generadores de los vicios de inconstitucionalidad. Si se trata de un vicio de trámite, deberá probarse en qué momento se presentaron dichos vicios. Pero, si trata de un vicio de contenido, el problema no se resuelve tan fácilmente. Muchos dirían que aquí el juez realiza un examen puramente formal de verificación entre la norma demandada y la Constitución para ver si existe o no una contradicción sustancial y, por lo tanto, la práctica de pruebas resulta innecesaria. Sin embargo, como ya se ha reiterado, las normas demandadas presentan “supuestos de hecho” que requieren ser probados. Tal es el caso de los procesos en los que analizan los decretos que declaran la “conmoción interior”, en los que se hace necesario demostrar las situaciones de tensión que dan lugar a la implantación de la anormalidad constitucional.

En los procesos de constitucionalidad en concreto, en lo que tiene que ver con la acción de tutela, se deben probar los hechos referidos a la acción u omisión que pone en peligro el derecho fundamental que se pretende tutelar. Al respecto, el artículo 18 del decreto 2591 de 1991 señala: “[e]l juez que conozca de la solicitud podrá tutelar el derecho, prescindiendo de cualquier consideración formal y sin ninguna averiguación previa, siempre y cuando el fallo se funde en un medio de prueba del cual se pueda deducir una grave e inminente violación o amenaza del derecho”.

2.2.3 ¿Quién tiene la carga de la prueba?

En los compendios de derecho procesal tradicionales, se trata el problema de quién debe probar los hechos que son objeto de debate en un proceso. Y por regla general, se dice que le corresponde probar a quién afirma o niega un hecho que requiere ser probado. Quedarían por fuera de la carga de la prueba, aquellos hechos que según la ley están exentos de prueba ya sea porque se trata de hechos notorios, de hechos presumidos, o de los hechos indefinidos, casos en los cuales la contraparte debe aportar la prueba de los hechos contrarios.

Se trata de una visión *individualista* de la carga de la prueba, que en conflictos de constitucionalidad en abstracto ha sido revaluada. En la ciencia procesal constitucional, se ha establecido que el interés que mueve estos procesos es un interés *difuso, colectivo*, de suerte que en materia de carga de la prueba debe prevalecer un presupuesto de *solidaridad*, consistente en que debe aportar las pruebas quien se encuentra en mejores condiciones de suministrarla⁶⁷.

Por su parte, en los procesos de control de constitucionalidad en concreto, la carga de la prueba corresponde al peticionario⁶⁸.

Especial atención merece el papel que desempeña el juez en los procesos de constitucionalidad en abstracto o en concreto. A diferencia de lo que ocurre en los procesos ordinarios, el juez constitucional tiene una participación activa en procurar la prueba necesaria para resolver los casos sometidos a su jurisdicción. Goza de amplios poderes para ordenar todas las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos objeto del proceso.

2.2.4 ¿Cuál debe ser el procedimiento para probar?

En conflictos de control de constitucionalidad en abstracto, el decreto 2067 de 1991 así como el reglamento interno de la Corte Constitucional, consagran las etapas que deben surtir para probar. Se trata desde luego, de un procedimiento menos riguroso que el de los procesos judiciales que se surte de la siguiente manera:

⁶⁷ MORELLO, Augusto M. La Prueba: Tendencias Modernas. Buenos Aires: Librería Editora Platense, 2001.

⁶⁸ Sobre la importancia de la aportación de pruebas por parte del actor, ver sentencia T-424 de 1996.

La solicitud de pruebas la realiza, por escrito, el ciudadano que demanda la inconstitucionalidad de una norma, o los órganos del Estado que participaron en su expedición y que defienden la constitucionalidad de la misma. El destinatario de la solicitud es, por supuesto, el juez constitucional.

Una vez es admitida la demanda, el magistrado sustanciador podrá decretar las pruebas que estime conducentes. En esta etapa del decreto de práctica de pruebas, los principios de *conducencia* y *pertinencia* de las pruebas juegan un papel primordial, puesto que el juez debe establecer si los medios de prueba aducidos son eficaces o no para generar su convencimiento. Se trata entonces de una facultad que le asiste al magistrado sustanciador decidir si decreta o no determinada prueba.

El artículo 10 del decreto 2067 de 1991, establece un término de 10 días para practicar las pruebas. Dicho término, puede ampliarse si el magistrado sustanciador considera que determinada prueba es indispensable para continuar con el proceso, y vencido el término, ésta no ha sido incorporada al expediente. Pero, en todo caso, la facultad para ampliar este plazo no puede dar lugar a dilaciones innecesarias e injustificadas.

En materia de control de constitucionalidad en concreto, el decreto 2591 de 1991, señala las etapas probatorias que se deben seguir en este tipo de procesos. Se trata de un procedimiento bastante restringido en el que no sólo se tiene un término de 10 días para fallar, sino que el artículo 22 del mencionado decreto dispone que “[e]l juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas”.

En las discusiones procesales constitucionales, ésta última disposición ha sido objeto de controversia, por cuanto al tenor literal pareciera que el juez puede tomar la decisión “sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas”, y en

consecuencia, proferir un fallo que vulnere el debido proceso. Por tal motivo, la Corte Constitucional ha dicho que esta disposición no puede entenderse como una autorización legal para que el juez resuelva sin que los hechos alegados hayan sido probados, así sea en forma sumaria, dadas las características de este tipo de procesos.⁶⁹

2.2.5 ¿Cuáles son los parámetros que tiene el juez constitucional para valorar las pruebas?

En el derecho procesal constitucional no existe ninguna norma que regule la apreciación de la prueba. Por lo tanto, debe aplicarse la legislación procesal civil colombiana, la cual consagra el sistema de *la libre valoración de las pruebas*. Es decir, el juez valora las pruebas según su *sana crítica*. Ello implica, desde luego que el fallo debe corresponder a una apreciación razonada de las pruebas, en la que se haya cumplido con las formalidades de la etapa probatoria y con los principios generales de la prueba.

Sin embargo, en los conflictos de control de constitucionalidad en abstracto, la Corte ha establecido que la valoración de las pruebas y el juicio de constitucionalidad deben tomar en cuenta, además, el contexto social, político, económico y cultural, en los que se enmarca la decisión:

En determinados casos, la Corte Constitucional obliga directamente a tomar en cuenta elementos empíricos para poder adelantar adecuadamente el juicio de constitucionalidad. El ejemplo más claro es el estudio de la constitucionalidad de la declaratoria de los estados de excepción, ya que la única posibilidad que existe para que la Corte ejerza sobre esos decretos en control material que la Carta ordena, es que esta corporación examine si en realidad los hechos invocados por el Presidente de la República en el decreto declaratorio existen y tienen la gravedad suficiente para legitimar el recurso a la Conmoción Interior, o al Estado de Emergencia, según sea el caso. Por ello, en todos estos casos, la Corte, y de manera invariable, ha adelantado el

⁶⁹ Sentencia T-264 de 1993.

control constitucional de estos decretos con un estudio empírico muy detallado de la realidad del país”.⁷⁰

Esa alusión a los elementos empíricos explica por ejemplo, muchos de los cambios de doctrina que ha realizado la Corte Constitucional. En varias ocasiones, una regulación que en determinado contexto histórico se ajustaba a la Constitución, a la luz del contexto empírico actual, debió ser considerada inconstitucional. Un caso de referencia a dicha cuestión fue el régimen legal del sistema UPAC.⁷¹

2.2.6 ¿Cuáles son los medios de prueba que se emplean en los procesos constitucionales?

Ante la amplitud de significados que recibe el término “medio de prueba”, para lo que aquí interesa, conviene definirlo como el conjunto de elementos que sirven para convencer al juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado.

Corresponde al legislador delimitar los medios de prueba que pueden ser solicitados por las partes o decretados oficiosamente por el juez. En materia constitucional el decreto 2067 de 1991, norma que regula los procesos constitucionales, no señala los medios de prueba que tienen lugar en este tipo de procesos. Sin embargo, nada obsta para que aquí se puedan emplear todos y cada uno de los medios de prueba que consagra el Código de Procedimiento Civil: testimonio, declaración de parte, confesión, inspección judicial, dictamen pericial, indicios, documentos, y cualquier otro medio que sea útil para el convencimiento del juez.

⁷⁰ Sentencia C-1489 de 2000

⁷¹ Sin embargo, el cambio de doctrina constitucional con fundamento en consideraciones empíricas no puede confundirse con ciertos problemas fácticos como por ejemplo, la indebida aplicación de una norma que en abstracto es constitucional, o el desconocimiento de la misma por parte de las autoridades o de los particulares. Para dichas hipótesis existen otros procedimientos diferentes de los que se ocupa la Corte.

En el caso de los procesos de constitucionalidad en concreto, también son procedentes todos los medios de prueba que contribuyan al conocimiento de la situación de amenaza o vulneración del derecho fundamental. Teniendo en cuenta por supuesto, que la naturaleza de éste trámite exige celeridad en todas sus etapas, incluyendo, la probatoria.

Sin embargo, el tema específico de los medios de prueba será evaluado con mayor detenimiento en el capítulo siguiente. Aquí, se trata simplemente de ofrecer el marco teórico y descriptivo de los procesos constitucionales y de su fundamentación probatoria, con el objetivo de conseguir el sustento y soporte necesario para el estudio particular de la prueba de la guerra que se expone con mayor detenimiento en los capítulos siguientes.

3. LA PRUEBA DE LA GUERRA: MEDIOS PROBATORIOS

El marco teórico descrito en el capítulo anterior, permitió delimitar las características fundamentales del régimen probatorio en los procesos constitucionales. Se trató de una aproximación general al tema de la prueba en este tipo de procesos sobre lo preceptuado por la moderna teoría procesal constitucional y por la regulación legislativa nacional.

Ahora bien, ante la ausencia casi absoluta de material bibliográfico sobre la prueba en los procesos constitucionales, este capítulo se propone examinar -a partir de un rastreo jurisprudencial que permita un análisis respecto del tipo de pruebas que emplea la Corte Constitucional-, las dificultades que ésta Corporación tiene para ejercer una actividad probatoria adecuada sobre los asuntos de la guerra, desde el punto de vista de los medios probatorios disponibles para ejercer dicha actividad.

El presupuesto del que parten todas las consideraciones que en adelante se plantean, y que permiten afirmar que nuestro objeto de prueba escapa a los lineamientos del régimen procesal-probatorio clásico y, de alguna manera, también a los parámetros del proceso constitucional, es la naturaleza del objeto de prueba que se intenta aprehender: el conflicto armado colombiano como una tipología de "guerra irregular".

Según la definición dada por los autores que se ocupan del tema, "guerra irregular" denota una tipología de la guerra que atiende a tres criterios fundamentales: las calidades de los sujetos en ella involucrados, las tácticas empleadas y los objetivos militares que se buscan. De modo general, se define como una forma de confrontación armada prolongada, en la que la estrategia

militar viene acompañada de operaciones políticas, ideológicas y psicológicas, y que se desarrolla por fuera del marco regulatorio del DIH.

También recibe el nombre de “guerra de tercer tipo” o “guerra de baja intensidad”, atendiendo a sus características: el debilitamiento de la autoridad del Estado y la pérdida de soberanía; la ausencia de un escenario delimitado de confrontación armada directa (campo de batalla); la difusa distinción entre combatientes y no combatientes y entre población combatiente y civiles; la estrategia militar consistente en el ataque-retirada; y la confrontación por fuera del marco regulatorio del DIH⁷².

De acuerdo con ello, el conflicto armado colombiano se ajusta a la modalidad de “guerra irregular”: se trata de una confrontación extendida en el tiempo, en la que los grupos insurgentes, como la guerrilla y los paramilitares, apelan a tácticas de reducción psicológica del enemigo y de debilitamiento por fuera del combate directo; los objetivos militares frecuentemente se centran en la población civil; la vulneración sistemática de derechos humanos deja al conflicto por fuera de las regulaciones del DIH; así como la pérdida de la soberanía y el establecimiento de ordenes alternativos de facto difuminados a lo largo del territorio; sólo por mencionar algunos rasgos que permiten identificar al conflicto colombiano dentro de la tipología de “guerra irregular” o “guerra de baja intensidad”.

A partir de la caracterización de nuestro objeto de prueba como guerra irregular, en ésta sección, intentaremos dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿qué medios probatorios emplea la Corte en los procesos de constitucionalidad que versan sobre la guerra?, ¿son consistentes éstos medios probatorios con las exigencias del derecho procesal constitucional?, ¿es posible para la Corte

⁷² Para una caracterización más profunda de “guerra irregular” en Colombia, véase el estudio de: Vilma Liliana Franco, Iván Orozco Abad, y Alfredo Rangel Suárez. En la doctrina extranjera, consúltese a Herfried Münkler y Mary Kaldor.

Constitucional utilizar otros medios de prueba distintos a los que emplea en tales procesos?

El referente normativo inmediato para intentar dar respuesta a éstas preguntas, el decreto 2067 de 1991, nada dice sobre los medios probatorios que se pueden emplear en sede constitucional. Sólo determina que el juez puede emplear todos los medios que sean *conducentes* para llevarlo a un convencimiento mejor fundamentado sobre el asunto en que consiste el fallo. Así en principio, podrían emplearse todos los medios de prueba reseñados en la legislación procesal colombiana:

3.1 MEDIOS PROBATORIOS PARA CONOCER LA GUERRA

3.1.1 La prueba pericial

Devis Echandía define la peritación como “la actividad procesal desarrollada, en virtud de encargo judicial, por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos, o científico, mediante la cual se suministra al juez argumentos para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o cuyo entendimiento escapa a las aptitudes del común de las gentes”⁷³. Se dice entonces, que la peritación es importante cuando las circunstancias, causas o efectos de los hechos que interesan al proceso, tienen alguna complejidad técnica, artística o científica.

Así por ejemplo, el juez podría decretar una prueba pericial sobre los efectos nocivos del herbicida *Roundup*⁷⁴ en zonas afectadas por la fumigación de cultivos

⁷³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba jurídica. Tomo II. Bogotá: Editorial Temis, 2002. p. 277

⁷⁴ El nombre comercial *Roundup* corresponde a una familia de herbicidas de Monsanto, formulados con base en el ingrediente activo glifosato y el surfactante POEA

ilícitos, dentro de un proceso de revisión de tutela en el que se discuta la vulneración de derechos fundamentales por cuenta de la erradicación química de cultivos ilícitos.

Sin embargo, la doctrina considera que el juez debe ser muy cuidadoso y no exagerar la función de los peritos, empleándolos para cuestiones ajenas a la actividad procesal, como lo sería por ejemplo, pedirle al perito que en su dictamen rinda una calificación jurídica sobre si ciertos hechos constituyen o no un acto de terrorismo, en el marco del control de constitucionalidad de normas que tipifiquen delitos de terrorismo.

3.1.2 Testimonio

El testimonio consiste “en la declaración representativa que una persona, que no es parte en el proceso, hace al juez, con fines procesales, sobre lo que sabe respecto a un hecho de cualquier naturaleza”⁷⁵. Se trata de una definición en sentido estricto, en la que se precisa el carácter del sujeto que rinde la declaración señalando que se trata de un “tercero”. Por el contrario, cuando la declaración la rinde un sujeto que es “parte” en el proceso, se está en presencia de una “declaración de parte”, que algunos tratadistas lo estudian como un medio de prueba independiente. Y si ésa declaración de parte perjudica su situación jurídica, se está en presencia de una “confesión”.

En los procesos de control de constitucionalidad en abstracto, el término “parte” no se entiende en el sentido *individualista* del léxico procesal civil clásico. Por tal motivo, aquí no resulta necesario distinguir entre “parte” y “tercero”, para determinar si se está enfrente de un testimonio o de una simple declaración de parte.

⁷⁵ DEVIS ECHANDÍA, Op. Cit. p. 27

Pero incluso, en procesos de control de constitucionalidad en concreto -en donde sí vale la distinción entre “parte” y “tercero”-, la Corte Constitucional no parece percatarse de éstas particularidades del léxico probatorio. En sentencia T- 327 de 2001, y reiterando la jurisprudencia sobre el tema en la sentencia T-006 de 2009, la Corte Constitucional exaltó el mérito del testimonio como medio de prueba en casos relacionados con el desplazamiento forzado de la población a causa de la guerra. Según ésta Corporación:

Hay hechos de los cuales es difícil aportar prueba diferente del testimonio de quien lo presencié. Esta situación se presenta por ser este el único testigo y no haber constado en ningún documento la ocurrencia del mismo, ya sea por la sutileza misma que puede caracterizar al hecho en algunas ocasiones, la cual lo hace imperceptible para personas diferentes a quien es afectado por el mismo. El desplazamiento forzado puede ser causado por circunstancias abruptamente evidentes como el hecho de una masacre en la población en la que se está viviendo, el asesinato de un allegado como aviso de lo que puede pasar si no abandonan sus tierras, o por hechos más sutiles como la simple amenaza verbal de alguno de los grupos alzados en armas, la iniciación de reclutamiento de jóvenes de la región por la cual se podría ver afectado algún miembro de la familia en caso de no desplazarse, o el simple clima de temor generalizado que se vive en determinados territorios el cual es percibido por sus habitantes como una tensa calma. Estos hechos de naturaleza sutil son difíciles de probar, ya que muchas veces no hay más testigo que quien vive la tensión de la amenaza. En muchos casos esas amenazas se realizan de manera clandestina buscando no dejar prueba alguna de la misma; de esa manera, le restarán credibilidad al testimonio de quien se ve afectado. Es lógico que en muchas ocasiones los grupos alzados en armas no dejan rastro alguno de sus actos vulneratorios de los derechos fundamentales de la sociedad civil para que luego sean corroborados por las autoridades. Estas circunstancias deben tomarse en consideración para determinar si una persona tiene la condición o está en situación de desplazado.

Obsérvese cómo la Corte utiliza la palabra “testimonio” en un sentido amplio, para referirse a la “declaración de parte” que realiza la persona afectada por la situación de desplazamiento forzado.

Otra cuestión importante que aquí debe resaltarse se refiere a las veces en que la Corte Constitucional, con fundamento en los artículos 12 y 13 del decreto 2067 de

1991, escucha declaraciones o conceptos, mediante convocatoria a audiencia pública en la que participan funcionarios y ciudadanos. Tal es el caso, por ejemplo, de la sentencia C-551 de 2003, referida al referendo reformativo de la Constitución, o de la sentencia C- 122 de 1997, que analizó la constitucionalidad de la declaratoria de emergencia social, en las cuales se empleó dicha figura.

3.1.3 Inspección o reconocimiento judicial

La inspección o reconocimiento judicial es una prueba por percepción⁷⁶. A través de ella, el juez aplica sus propios sentidos para conocer el hecho, aplica su observación personal y sensorial. En un sentido más amplio, la inspección judicial se entiende como “la diligencia procesal, practicada por un funcionario judicial, con objeto de obtener argumentos de prueba para la formación de su convicción, mediante el examen y la observación con sus propios sentidos, de hechos ocurridos durante la diligencia o antes pero que subsisten o de rastros o huellas de hechos pasados, y en ocasiones, de su reconstrucción.”⁷⁷

En principio, todos los hechos pueden ser objeto de ésta prueba, a condición de que sean *presentes* parcial o totalmente, o que hayan dejado huellas o indicios que sirvan para demostrar aquellos, y de que sean *evidentes*, esto es, apreciables por los sentidos. Quedan entonces excluidos, los hechos futuros y los abstractos, dado que no es posible percibirlos o verificarlos. Según el artículo 244 del C. de P.C., esta prueba puede recaer sobre personas, lugares, cosas o documentos.

La importancia de éste tipo de prueba es una cuestión indiscutible en el derecho procesal. En cualquier tipo de proceso, el reconocimiento judicial es fundamental para la investigación de los hechos y para llevar al juez a la certeza sobre los

⁷⁶ En contraste con las pruebas por representación o por inducción-deducción. Para ampliar el tema remítase a DEVIS ECHANDÍA, Op. Cit.

⁷⁷ DEVIS ECHANDÍA, Op. Cit., p. 403

mismos. Esa certeza existe cuando el juez cree estar en posesión de la verdad, o cuando considera que en el proceso existe prueba evidente de la existencia o inexistencia del hecho investigado. Entre los medios probatorios para adquirir esa certeza, la inspección judicial se destaca por la eficacia y confianza que inspira esa actividad personal del mismo juez o de otro funcionario comisionado para tal actuación.

Vale la pena mencionar que de todos los fallos de control de constitucionalidad en abstracto analizados, sólo en uno de ellos se empleó la inspección judicial. En sentencia C-556 de 1992, por medio de la cual se analizó la constitucionalidad del decreto 1155 de 1992, que declaró el estado de conmoción interior, el juez sustanciador ordenó la práctica de inspección judicial a la secretaría jurídica de la Presidencia de la República y a la Fiscalía General de la Nación, con el objetivo de analizar documentos relacionados con la cooperación internacional y el apoyo a la denominada “jurisdicción de orden público”.

En sede de revisión de tutela, de las sentencias analizadas, también hubo sólo un caso –relacionado con el desplazamiento forzado por la violencia– en el que se ordenó la comisión de una inspección judicial. En sentencia T-742 de 2009, la Corte Constitucional comisionó al Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, para que practicara una inspección al lugar de residencia de la tutelante, con el fin de obtener información detallada sobre las condiciones de vida de aquella.

3.1.4 Confesión

Ya se ha señalado que la confesión es una especie de “declaración de parte”, en la cual ésta acepta hechos que la perjudican.

Ahora bien, para esta clase particular de prueba, la legislación colombiana eliminó la confesión como medio probatorio a carga de los representantes de las

entidades públicas, pues sus actos se hacen a nombre y por cuenta del Estado y no a título personal. Por tal motivo, es jurídicamente imposible que el juez constitucional solicite la confesión de estas personas, pues no estarían declarando sobre hechos propios, sino sobre hechos atribuibles al Estado.

Según el artículo 199 del C. de P.C., carecen de valor probatorio las confesiones espontáneas y las provocadas (o hechas con interrogatorio) de los representantes judiciales y administrativos de las entidades públicas descentralizadas (Nación, Departamentos y Municipios), y de las descentralizadas que tienen la categoría de Establecimientos Públicos (en cuanto desempeñen funciones administrativas).

Al negársele valor probatorio a las confesiones de tales representantes, los “informes” oficiales aparecen como un medio a través del cual puede solicitársele a esos representantes que rindan una declaración escrita bajo juramento, sobre los hechos debatidos a que ella conciernen, determinados en la solicitud.

3.1.5 Documentos

El artículo 251 del C. de P.C. señala que “[s]on documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares”.

El documento es medio de prueba de los hechos que en él se narran o representen por dibujo, pintura o impresión de otra clase; pero también puede ser objeto de prueba, cuando se trata de establecer su existencia anterior o actual, o cuando se discute su autenticidad o falsedad formal o material.

En la teoría probatoria clásica, los documentos cumplen una función probatoria muy importante. De hecho, cuando proviene de un funcionario público o éste ha intervenido en su elaboración, es decir, cuando se trata de un documento público, la legislación le reconoce un especial valor probatorio.

3.1.6 Indicios

Devis Echandía define al indicio como “el hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquel se obtiene, en virtud de una operación lógico-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos”⁷⁸.

Se le reconoce importancia, sobre todo, para suplir la falta de pruebas históricas del hecho investigado y de su verificación por el examen personal y directo del juez. En varias ocasiones, la Corte Constitucional ha reafirmado el valor probatorio de los indicios. En sentencia T-327 de 2001, en relación con un caso de desplazamiento forzado, se señaló:

Unos de los elementos que pueden conformar el conjunto probatorio de un desplazamiento forzado son los indicios y especialmente el hecho de que la persona haya abandonado sus bienes y comunidad. Es contrario al principio de celeridad y eficacia de la administración el buscar llegar a la certeza de la ocurrencia de los hechos, como si se tratara de la tarea de un juez dentro de un proceso, ya que al hacer esto se está persiguiendo un objetivo en muchas ocasiones imposible o en extremo complejo, como se ha expresado anteriormente, la aplicación del principio de buena fe facilita la tarea del funcionario de la administración y le permite la atención de un número mayor de desplazados.⁷⁹

Hasta aquí se han descrito los medios probatorios que, en principio, puede emplear el juez constitucional para conocer la guerra. Se señalaron las características fundamentales de cada uno de esos medios, así como la

⁷⁸ DEVIS ECHANDÍA, Op. Cit. p. 587.

⁷⁹ En un sentido similar, ver sentencia T-328 de 2007.

importancia y valor probatorio que les corresponde, y se presentaron algunos ejemplos ilustrativos de su empleo en materias relacionadas con el conflicto armado. Sin embargo, es indispensable en un análisis como el que aquí se pretende, realizar una actividad exploratoria por los fallos de la Corte Constitucional, para verificar cuáles de estos medios probatorios fueron efectivamente utilizados por dicha Corporación en el conocimiento de la guerra.

3.2 MEDIOS PROBATORIOS EMPLEADOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Con el propósito de responder a los interrogantes enunciados al comienzo de este capítulo, se realizó una lectura detallada de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional y de allí se realizó un análisis comparativo de los medios de prueba empleados por ésta, y los resultados que se obtuvieron fueron los siguientes:

3.2.1 Prueba documental

De las sentencias examinadas, los “documentos” constituyen el medio probatorio mayormente recurrido en los procesos constitucionales referidos al tema de la guerra⁸⁰. Éstos pueden consistir en documentos físicos (tales como un proyecto de

⁸⁰ Algunos de los fallos cuyo acervo probatorio está constituido predominantemente por material documental son: sentencia C-556 de 1992, por medio de la cual se analiza la constitucionalidad del decreto 1155 de 1992, que declara el estado de conmoción interior; sentencia C-557 de 1992, por medio de la cual se analiza la constitucionalidad del decreto 1156 de 1992, que establece algunas disposiciones en relación con el procedimiento aplicable a los delitos de conocimiento de los jueces regionales; sentencia C-031 de 1993, por medio de la cual se analiza la constitucionalidad del decreto 1793 de 1992, que declara el estado de conmoción interior; sentencia C-034 de 1993, por medio de la cual se analiza la constitucionalidad del decreto 1793 de 1992, que otorga funciones de policía judicial a las fuerzas militares; sentencia C-136 de 1993, por medio de la cual se analiza la constitucionalidad del decreto 1793 de 1992, que establece disposiciones de anormalidad constitucional sobre contratos y sanciones aplicables a los contratistas; sentencia C-153 de 1993, por medio de la cual se analiza la constitucionalidad del decreto 1793 de 1992, que modifica el

ley, la gaceta oficial del Congreso de la República, entre otros) o en documentos electrónicos (tales como *cassetes* que contienen grabaciones sobre sesiones parlamentarias).

3.2.2 Prueba técnica (concepto técnico)

decreto 7 de 1993 sobre el uso de sistema de radio comunicaciones en estados de excepción; sentencia C-266 de 1993, por medio de la cual se analiza la constitucionalidad del decreto 1793 de 1992, que proroga la vigencia del estado de excepción promulgado por el decreto 266 de 1993 y, adopta medidas en materia de uso de sistemas de radiotelecomunicaciones; sentencia C-300 de 1994, por medio de la cual se analiza la constitucionalidad del decreto 874 de 1993, que declara el estado de conmoción interior; sentencia C-295 de 1996, por medio de la cual se analiza la constitucionalidad del decreto 874 de 1993, que dicta medidas tendientes a la preservación del orden pública; sentencia C-328 de 1996, por medio de la cual se analiza la constitucionalidad del decreto 777 de 1996, que proroga la vigencia del estado de excepción promulgado por el decreto 266 de 1993; sentencia C-122 de 1997, por medio de la cual se analiza la constitucionalidad del decreto 080 de 1997, que declara el estado de emergencia social y económica; sentencia C-456 de 1997, por medio de la cual se analiza la constitucionalidad del decreto 100 de 1980 (Código Penal); sentencia C-572 de 1997, por medio de la cual se analiza la constitucionalidad de la ley 356 de 1994, que expide el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada; sentencia SU-200 de 1997, que analiza el caso de acciones de tutela instauradas contra el Ejército Nacional por presuntas violaciones de derecho fundamentales de jóvenes que fueron trasladados a zonas de alto riesgo en cumplimiento de la prestación del servicio militar obligatorio; sentencia C-551 de 2003, que analiza la constitucionalidad de la ley 788 de 2002, sobre el referendo reformativo de la Constitución; sentencia C-816 de 2004, que analiza la constitucionalidad del Acto Legislativo No.02 de 2003, conocido como el Estatuto Antiterrorista; sentencia C-1040 de 2005, que analiza la constitucionalidad del Acto Legislativo No.02 de 2004, sobre la reelección inmediata del Presidente de la República (ésta sentencia resulta relevante porque a través de la reelección inmediata del Presidente Álvaro Uribe Vélez, se trata de darle continuidad a su plan de gobierno de la Seguridad Democrática que, analizado en conjunto, exhibe todos los rasgos de la política belicista que defiende este gobierno); y sentencia T-165 de 2006, sobre la vulneración de derechos fundamentales de la población del municipio de Chinchiná por el traslado del comando de policía a una zona residencial.

El artículo 13 del decreto 2067 de 1991 dispone que “[e]l magistrado sustanciador podrá invitar a entidades públicas, a organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso a presentar por escrito que será público, su CONCEPTO sobre puntos relevantes para la elaboración del proyecto de fallo. La Corte podrá, por mayoría de sus asistentes, citarlos a la audiencia de que trata el artículo anterior”.

En su orden, después de la prueba documental, la prueba técnica constituye el segundo medio probatorio más usado por la Corte Constitucional para conocer la guerra⁸¹.

Bajo la modalidad de “prueba técnica”, ésta Corporación solicita a entidades públicas o privadas el apoyo sobre determinados temas que requieren un cierto nivel de especialización académica, o de experiencia, para resolver el objeto del litigio. Se trata de opiniones de expertos que, en todo caso, carecen de cualquier valor probatorio vinculante en sede constitucional.

De la lectura de las sentencias, se observa que la Corte menciona indiscriminadamente los términos “dictamen”, “informe”, “concepto” técnico, como si se tratasen de la misma cuestión. Sin embargo, en materia procesal, todos ellos tienen definiciones y funciones muy diferentes que, al parecer, no toma en cuenta el juez constitucional. En efecto, las tres palabras constituyen juicios de carácter técnico que emite un experto. La diferencia radica en el sujeto que lo rinde y en la actividad que debe desplegar para hacerlo.

⁸¹ Basta mencionar sólo algunos fallos ilustrativos: sentencia C-031 de 1993, por medio de la cual se analiza la constitucionalidad del decreto 1793 de 1992, que declara el estado de conmoción interior; sentencia T-525 de 1992, sobre el alcance de la divulgación de investigaciones adelantadas por la inteligencia militar; sentencia C-122 de 1997, por medio de la cual se analiza la constitucionalidad del decreto 80 de 1997, que declara el estado de emergencia social y económica.

En este sentido, el dictamen técnico o peritación, consiste en el examen que practica una persona que tiene conocimientos científicos, técnicos, o artísticos, sobre hechos que requieren tales capacidades especiales, y cuya contradicción se surte con la aclaración, complementación y objeción por grave error. Por su parte, el informe técnico, lo rinde bajo la gravedad del juramento, un ente –público o privado- sobre hechos concretos o abstractos; para el caso de informes técnicos de entidades oficiales, el artículo 243 del C. de P.C., otorga facultades a los jueces para solicitar, de oficio o a solicitud de parte, informes técnicos o científicos a los médicos legistas, a la policía judicial y en general, a las oficinas públicas que dispongan de personal especializado, sobre hechos que interesan al proceso. Su contradicción se surte sólo con la aclaración y complementación⁸². El concepto técnico por último, se refiere a opiniones que rinde un experto, sobre hechos que pertenecen a su conocimiento, y cuya contradicción sólo se admite en la aclaración y complementación.

3.3 LAS DIFICULTADES DE LA PRUEBA DE LA GUERRA

A este punto del análisis, resulta muy interesante estudiar la postura de la Corte por emplear ciertos tipos de medios probatorios para conocer la “guerra”, tales como documentos y conceptos técnicos. ¿Es un asunto sólo de preferencia o existen dificultades que le impiden aplicar otros medios de prueba? de ser así ¿qué tipo de dificultades son éstas?

La pertinencia de estas preguntas tiene lugar, sobre todo, cuando el objeto de prueba es uno de aquellos de difícil aprehensión por parte del juez. La caracterización del conflicto armado colombiano como una tipología de guerra, y

⁸² Debe aclararse que los “informes” de que trata el artículo 19 del decreto 2591 de 1991, a propósito de los procesos de tutela, no corresponden a informes técnicos –según la definición aquí dada- sino que se refieren a una modalidad de prueba documental. Goza de una presunción de veracidad, de modo que, si el accionado no suministra la información en el plazo señalado por la ley, se tienen por cierto los hechos que se pretenden probar con la información solicitada.

además, de guerra *irregular*, permite explicar que la posibilidad de conocer la verdad sobre ésta, en el marco de un proceso constitucional, sea una tarea *casi* imposible por parte del juez.

Ciertamente, existen dificultades, especialmente de orden *fáctico*, pero también dificultades de tipo *normativo*, para adecuar los hechos -que se conocen a través de la prueba- a las prescripciones del derecho. En términos generales, las principales dificultades que enfrenta el juez constitucional para conocer la guerra son las siguientes:

En primer lugar, la racionalidad procesal-probatoria clásica no está pensada para ser aplicada en contextos de guerra irregular. Es muy difícil que las instituciones procesales con las que trabaja el juez puedan servir para aprehender hechos que por su propia naturaleza escapan a su razonamiento. En temas como el control material de las condiciones de declaratoria de los estados de excepción, y la comprobación empírica de los hechos que a ellos dan lugar, algunos magistrados de la Corte Constitucional han planteado que la guerra no puede ser conocida por los jueces. En el salvamento de voto de la sentencia C-300 de 1994⁸³, se señaló que:

Esta corporación no está habilitada, como por regla general no lo está ningún juez dentro de los estados democráticos y de derecho, para aplicar, en juicios de carácter abstracto, conocimientos propios de las técnicas de la estrategia militar, ni de las tácticas de guerra, de la inteligencia o contrainteligencia policiva o militar ni delincencial, como sí corresponde al jefe del poder ejecutivo, en los tiempos que corren de masificación de la criminalidad organizada y de la constitución de carteles, de asociaciones de terroristas y de bandas armadas de delincuentes.

Y continúa:

⁸³ Salvamento de voto de los magistrados Hernando Herrera Vergara, Fabio Morón Díaz, y Vladimiro Naranjo Mesa. En sentencia C-300 de 1994, referida a la constitucionalidad del decreto 874 de 1994, por medio del cual se declara el estado de conmoción interior.

Además, esta vía judicial abstracta de control de constitucionalidad de una medida apenas declarativa de una situación que en nuestro Estado de Derecho debe ser formalmente declarada, no da lugar a adelantar investigaciones judiciales sobre las actividades contrarias a la seguridad nacional, como pueden ser las encaminadas a la reorganización de bandas de peligrosos delincuentes; tampoco por este procedimiento se permite a ningún juez determinar la suficiencia de un medio terrorista o de la acumulación de explosivos o de los planes detectados en uno y otro caso, pues esta Corte no puede verificar juicios sin hechos sometidos a su consideración, y no puede ser juez de una causa que le es ajena.

En un sentido similar, en sentencia C-328 de 1996⁸⁴, algunos magistrados advierten que la guerra es, por excelencia, un asunto político que escapa a la racionalidad de los procesos constitucionales.

En segundo lugar y ligado a lo anterior, las investigaciones sobre la guerra *irregular* en Colombia⁸⁵, denotan que ésta es una guerra en la que se cuestiona la idea abstracta y unitaria de soberanía. Según dichos estudios, el conflicto interno ha producido la proliferación de múltiples territorios y formas de orden, que apoyan la idea de una lucha por la soberanía en la que la autoridad del Estado resulta cuestionada y se establecen órdenes alternativos de facto que proclaman su intención de sustituir al Estado en sus funciones -lo que supone, desde luego, la de administrar justicia-.

La soberanía, aún no resuelta, constituye un obstáculo que no le permite al juez implantar una única verdad. Sin el monopolio de la fuerza, el fisco y la justicia, el Estado es uno más de los competidores, uno más de los enemigos. Todos son igualmente fuertes y tienen la posibilidad de recurrir a las armas. Cada quién tiene su propio código de justicia, su propia idea de lo que es debido, y el aparato coercitivo que lo respalda.

⁸⁴ Salvamento de voto de los magistrados Jorge Arango Mejía y Hernando Herrera Vergara.

⁸⁵ Sobre estudios del conflicto interno y de la lucha por la soberanía, se recomienda acudir a los trabajos de María Teresa Uribe Hincapié, William Restrepo Rianza, Mauricio García Villegas, Juan Carlos Vélez Rendón, y Manuel Alonso Espinal.

En el desarrollo de una guerra irregular, la recolección de pruebas se vuelve una actividad bastante difícil de alcanzar, debido al control territorial que ejercen los guerreros. En sentencia C-370 de 2006 la Corte señaló⁸⁶:

No puede perderse de vista que esta Ley está diseñada para ser aplicada a personas que han cometido múltiples y graves delitos. Por las dificultades que implican estas investigaciones, en muchos casos la actuación estatal no basta para que estos delitos sean totalmente esclarecidos o su autor identificado. La manipulación de las pruebas, el amedrentamiento y asesinato de testigos, investigadores y jueces, el terror sobre la población, son medidas que los grupos armados ilegales, con capacidad de cometer estos delitos, han adoptado para esconder la dimensión y las pruebas de los mismos. En este sentido no parece irrelevante recordar que en múltiples casos la comisión de graves delitos ha quedado impune. Por esta razón no es posible afirmar, categóricamente, que el Estado, años después de los delitos cometidos, revelará, gracias exclusivamente a sus propias investigaciones, la verdad sobre los mismos. Fosas comunes en lugares inhóspitos, desplazamiento de poblaciones que se han dispersado por todo el territorio nacional, en fin, múltiples delitos podrán quedar en el silencio y el olvido si sus propios perpetradores, aquellos que han decidido acogerse a un proceso de paz y que tienen la intención de vivir al amparo y con las garantías y ventajas del Estado de derecho, no los confiesan plenamente.

Del mismo modo, una tercera dificultad que enfrente la Corte para conocer la guerra, viene de la mano de las limitaciones normativas establecidas por los demás órganos del Estado (ejecutivo y legislativo). Se trata de las limitaciones de la prueba de la guerra, en tanto se compone de una serie de episodios que con frecuencia son clasificados como “secreto de estado”; o de las limitaciones para emplear ciertos medios probatorios, en especial, de aquellos que permitirían la aportación de contrapruebas por parte de los guerreros no institucionales.

Así las cosas, la postura de la Corte Constitucional por emplear como medios probatorios las pruebas documentales y los conceptos técnicos, casi de forma

⁸⁶ Sentencia referida al análisis de constitucionalidad de la ley 975 de 2005 “[p]or la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”.

exclusiva, encuentra explicación no sólo en la inmediatez y autosuficiencia de este tipo de pruebas, lo cual las hace atractivas por la naturaleza sumaria de los procesos constitucionales; sino también en dificultades empíricas y normativas para recurrir a otro tipo de medios probatorios, o para potencializar los que efectivamente son empleados. Veamos:

3.3.1 Prueba documental

De la prueba documental sobresalen varias cuestiones:

La primera de ellas, se refiere al origen de los documentos que son contenidos en el expediente. Una indagación sobre la fuente que provee dicho material tiene enormes repercusiones en la forma cómo el juez constitucional conoce la guerra. Se trata de un problema que se estudiará más detalladamente en el capítulo 4 de este trabajo.

La segunda cuestión, se refiere a la guerra como un hecho clasificado en la categoría de “secreto de estado” y respecto del cual, existe reserva legal y constitucional para ser llevado al proceso. En estos términos, la ley 57 de 1985 regula el acceso a los documentos públicos; en su artículo 12 establece que “[t]oda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o la ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional”.

Obsérvese cómo en la legislación nacional, la guerra constituye un secreto de Estado, un asunto confiscado por los organismos de seguridad, y por lo tanto, inaccesible para el ciudadano. Del acervo probatorio recaudado en las sentencias analizadas, algunos materiales constituyen “reserva legal”:

A manera de ejemplo, en la sentencia C-031 de 1993, se solicitan informes de inteligencia de la Consejería Presidencial para la Defensa y Seguridad Nacional, sobre las finanzas de grupos al margen de la ley; el informe tiene carácter “reservado”. Del mismo modo, en sentencia C-136 de 1993, el Ministerio de Defensa aporta pruebas relacionadas, también, con el financiamiento de la actividad delincriminal y el acceso de guerrilleros a recursos públicos mediante intimidación de funcionarios y contratistas del Estado; el informe tiene carácter “reservado”. Por último, en sentencia C-266 de 1993, la Corte oficia al Gobierno Nacional para que presente un informe sobre la utilización de los sistemas de radiotelecomunicaciones por parte de las organizaciones delincriminales; el informe tiene carácter “reservado”.

En todos estos fallos, la Corte Constitucional mantiene en secreto el contenido de dichos documentos. Por lo cual, los sujetos del proceso constitucional no tienen ninguna posibilidad de conocerlo, ratificarlo o controvertirlo. Pareciera ser que sobre ellos existe una presunción de veracidad.

Pero qué sucede si de la prohibición absoluta de prueba sobre un hecho clasificado como “secreto de estado”, se genera una limitación al ámbito cognoscitivo judicial de una determinada realidad fáctica, en este caso, de la guerra. ¿En qué medida el poder jurisdiccional de la Corte Constitucional puede verse limitado por la decisión del Gobierno Nacional o del Congreso de la República de clasificar un hecho como “reservado”?

Este dilema, que ha sido objeto de discusión en el derecho procesal⁸⁷, parece estar resuelto en el ordenamiento jurídico colombiano. El artículo 20 de la ley 57 de 1985, expresamente permite al órgano judicial el acceso a materiales clasificados como “secreto de estado”: “[e]l carácter reservado de un documento

⁸⁷ Al respecto ver MORENO CATENA, Víctor. El Secreto en la prueba de testigos del proceso penal. Madrid: Editorial Montecorvo S.A, 1980.

no será oponible a las autoridades que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo prescrito en este artículo”.

Sin embargo, hay una discusión que en Colombia no ha tenido lugar a pesar de la profunda importancia que tendría en un estado democrático: ¿Podría el juez develar el aludido “secreto de estado” y hacerlo objeto de debate procesal?

La introducción al proceso de información sometida a reserva, sin posibilidad de contrastación por las partes, atenta contra los derechos fundamentales de defensa y contradicción consagrados en la Constitución. No parece conciliable que al proceso puedan ingresar datos de la realidad que sólo pueden ser conocidos por el juez. Para que una prueba produzca efectos en un proceso, debe ser pública, en cuanto que el derecho no admite eficacia a pruebas secretas.

No obstante, la Corte Constitucional no parece percatarse de esto y se limita a cumplir con la exigencia del artículo 20 de la ley 57 de 1985, pone de presente que accedió a documentos sometidos a reserva; pero no divulga la información que éstos contiene, así como tampoco motiva las razones por las cuales no lo hace.⁸⁸

3.3.2 Pruebas Técnicas: Conceptos Técnicos

Del segundo tipo de pruebas más recurridas por la Corte, los denominados “conceptos”, también existen reparos para considerarlos en sí mismos prueba suficiente y conducente del hecho que con ellos se pretende probar.

⁸⁸ En el derecho Anglosajón, si al proceso ingresan pruebas sobre “secretos de estado”, se le exige al juez que expresamente explique los motivos por los cuales niega la divulgación de dicha información y el acceso de las partes a ésta. Se trata de una motivación en la que debe quedar constatado el peligro que para los intereses de seguridad y orden del estado, supone la divulgación del secreto.

En los usos que la Corte Constitucional hace de los conceptos técnicos se aprecia cómo éstos arrojan resultados abiertamente contradictorios a los de las mismas agencias del Estado. Y a pesar de ello, la Corte no confronta las pruebas, no puntualiza la concordancia o discordancia de las mismas. Se trata entonces de una postura que no se compadece con el principio de unidad de la prueba.

Un fallo ilustrativo de lo anterior es la sentencia T-932 de 2002, interpuesta contra la decisión del Consejo Superior de la Judicatura, a propósito de un bombardeo sobre la población civil en el que se discutía el origen –estatal o contraestatal- de los artefactos empleados. El concepto de los expertos aducía que se trataba de material perteneciente a las fuerzas militares, mientras que el Gobierno sostenía lo contrario; la Corte, eludió la contrastación de ambas posiciones, y se inclinó por la del Gobierno.

3.3.3 Inspección o Reconocimiento Judicial

Salvo los casos mencionados en las líneas anteriores, de la lectura de los fallos de la Corte Constitucional, no se encontró un solo proceso en el que el magistrado sustanciador ordenara la práctica de una inspección judicial. Si esta es una de las pruebas que mayor convicción produce en el órgano jurisdiccional, pues supone el contacto personal, directo e inmediato con los hechos que son objeto de prueba, ¿no sería conveniente aplicar el principio de inmediación en asuntos tan sensibles como el de la guerra?

En principio, la respuesta a éste interrogante es afirmativa. La teoría procesal constitucional considera que todos los medios de prueba son admisibles en este tipo de procesos. Sin embargo, la caracterización de nuestro objeto de prueba (guerra irregular), y la intrínseca relación de ésta con la ausencia de soberanía, constituye un serio obstáculo para la realización de ciertos principios procesales clásicos como la inmediación.

Según Juan Carlos Vélez Rendón y Manuel Alberto Alonso Espinal, investigadores del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia:

Si la burocracia no llega a todo el espacio que aspira a controlar con sus procedimientos, principios y valores, es posible que la autoridad del poder central tampoco llegue a ser acatada por parte de quienes habitan tal espacio. Esto propicia la existencia de un espacio no continuo ni compacto institucionalmente, y conduce a una situación problemática en términos de la autoridad que intenta constituirse como tal. Esto, en buena parte, es lo que ocurre en los países donde el Estado no ha acotado con su cuerpo administrativo, con sus principios, valores y orientaciones todo el espacio sobre el que intenta imponer su autoridad.⁸⁹

En un escenario de territorialidades bélicas y de luchas por la soberanía, se hace necesario establecer quién es efectivamente la autoridad, y quién es su titular formal. Dependiendo del lugar, existirá un orden social, una autoridad de mando, un código de conducta y un aparato coercitivo que lo respalda.

En varios fallos, el Gobierno Nacional, e incluso la propia Corte Constitucional, reconocen ésta situación. Sólo por ilustrar, en los fallos C-031 de 1993, C-032 de 1993, C-034 de 1993, C-052 de 1993 y C-295 de 1996, se da cuenta de la debilidad del Estado: usurpación de territorio por parte de los guerreros contraestatales y paraestatales; ausencia del poder institucional en determinadas zonas del país; cooperación entre la legalidad y la ilegalidad; mapas geográficos extraoficiales (zonas especiales de orden público); pérdida de legitimidad de la obediencia debida al Estado, etc.

En un contexto como el que se describe, si un magistrado ordenara la práctica de una inspección judicial en una zona dominada por guerreros no estatales, el funcionario comisionado, deberá previamente percatarse que la autoridad de

⁸⁹ VÉLEZ RENDÓN, Juan Carlos y ESPINAL, Manuel Alonso. Guerra, Soberanía y Órdenes Alternos. En: Revista Estudios Políticos. Universidad de Antioquia, Julio-Diciembre 1998, No. 13, p. 52 y 53

mando de la zona permita realizar tal inspección, y además, que le sea garantizada su integridad física. Sólo por mencionar algunos problemas.

Quizá por ello, la práctica de este tipo de pruebas, al depender de las condiciones de seguridad y del tipo de orden (legal o ilegal) que impere en la zona, se convierte en una tarea fácticamente muy difícil de realizar⁹⁰.

3.3.4 Declaración de parte⁹¹

En las líneas anteriores se señaló cómo la libertad de medios probatorios se encuentra limitada en cuanto a la confesión rendida por quien ostenta la calidad de funcionario público. Esto es, el juez constitucional no puede recibir como prueba la confesión de una de las éstas personas. La pregunta ahora es, ¿podría la Corte, en ejercicio del control de constitucionalidad, escuchar la declaración rendida por alguno de los guerreros no estatales, ingresando como prueba la información así obtenida?

Según el artículo 178 C.de P.C., en el ordenamiento jurídico colombiano existen medios de prueba que resultan ser inadmisibles por mandato expreso de la ley. Se trata de las pruebas legalmente prohibidas, las ineficaces, las superfluas, y las inconducentes⁹². Teniendo en cuenta ésta distinción, se puede afirmar que la Corte Constitucional no tiene ninguna posibilidad de escuchar la declaración de actores de la guerra no institucionales ya que, por mandato legal, éstos no ostentan la calidad de sujetos procesales y por lo tanto, se trataría de una prueba ilícita.

⁹⁰ Para ampliar el tema, consultar: GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Jueces sin Estado: La justicia colombiana en zonas de conflicto armado. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2009.

⁹¹ Para lo que aquí se desea plantear, se toma el concepto de declaración de parte en un sentido amplio, de forma que en esta categoría se puedan ubicar el testimonio y la confesión.

⁹² Para ampliar el tema, se recomienda acudir a los estudios de: DEVIS ECHANDÍA, Op. Cit.

Según su definición, son pruebas ilícitas las que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral o buenas costumbres del respectivo medio social o contra los derechos fundamentales de la persona. La ilicitud entonces puede provenir de diferentes causas: del procedimiento empleado para obtener la prueba; de la prohibición legal de investigar el hecho; o de la violación de una norma que prohíba utilizar cierto medio de prueba, autorizado en general, para un caso determinado o respecto de ciertos hechos.

Sobre ésta última causal de ilicitud, se sitúa la prohibición legal de emplear la declaración de parte de un guerrero no institucional como medio de prueba admisible en el proceso constitucional.

3.4 LA GUERRA COMO HECHO EXENTO DE PRUEBA

Hasta aquí se señalaron las dificultades que existen para aplicar el régimen probatorio en su conjunto, incluyendo principios y medios de pruebas admisibles en los procesos constitucionales que versan sobre la guerra. Se planteó que muchas de esas dificultades se originan en la naturaleza misma del objeto de prueba (guerra irregular), o en limitaciones legales al derecho de prueba.

El análisis se efectuó sobre sentencias de la Corte Constitucional en las que efectivamente se constató algún tipo de actividad probatoria, es decir, en fallos en los que el magistrado sustanciador ordenó la apertura de una etapa probatoria, más completa y profunda en determinados fallos que en otros, pero en todo caso, en donde se pudo realizar un análisis sobre la utilización de la “prueba” por parte del juez constitucional.

Sin embargo, un estudio como el que se pretende, no puede pasar por alto los fallos en los que simplemente no se constató algún tipo de actividad probatoria, siquiera sumaria. Los casos son abundantes y se refieren a fallos en los que aún

siendo *pertinente y conducente* la práctica de pruebas, el juez simplemente decidió abstraer su decisión de cualquier fundamento probatorio⁹³.

La vía por la cual el juez constitucional sorteó los asuntos de la guerra sin recurrir a la práctica de pruebas es a través de la consideración de la guerra como un “hecho notorio” y por lo tanto, como un hecho exento de prueba. Obsérvese cómo en los siguientes fallos, la Corte Constitucional simplifica el conocimiento de los asuntos de la guerra:

En sentencia C-266 de 1993⁹⁴:

Es plenamente conocido -pues los resultados de las investigaciones que en ese sentido han adelantado las autoridades judiciales competentes se han divulgado ampliamente- que los grupos al margen de la ley -y cuya actividad está a la base de la perturbación de la convivencia ciudadana-, han habilitado sofisticadas redes de información y de comunicación a partir del aprovechamiento de los sistemas, canales y demás medios públicos y privados existentes, en particular en el Área Metropolitana de Medellín y en el Municipio de Envigado. Esa realidad incontestable, ha obligado al Gobierno a expedir la normatividad a que se ha hecho alusión para impedir que los servicios de telecomunicaciones y las redes y servicios públicos y privados se usen con propósitos de patética ilicitud.”

En sentencia C-072 de 1993⁹⁵:

Si se examina el Decreto 1793 de 1992, hallado exequible por esta Corporación (sentencia No. C-31 del ocho (8) de febrero de 1993) y los

⁹³ Sólo por menciona algunos ejemplos: sentencia C-032 de 1993, C-035 de 1993, C-052 de 1993, C-058 de 1993, C-059 de 1993, C-060 de 1993, C-075 de 1993, C-077 de 1993, C-082 de 1993, C-083 de 1993, C-093 de 1993, C-370 de 2006, C-148 de 2005.

⁹⁴ Revisión oficiosa del decreto 624 de abril 1o. de 1993, “[p]or el cual se proroga la vigencia del decreto 266 de 1993 y se adoptan otras medidas en materia de uso de sistemas de radiocomunicaciones”.

⁹⁵ Revisión constitucional del decreto legislativo 2006 del 14 de diciembre de 1992, “[p]or el cual se dictan normas de conmoción interior sobre asunción por parte de la Nación, de pérdidas ocasionadas por actos terroristas al sector transportador”.

antecedentes públicamente conocidos que precedieron a su expedición, se encuentra sin dificultad que el elemento esencial dentro de la etiología de la grave crisis de orden público que afronta la Nación y que no puede ser conjurada por las autoridades mediante el solo uso de las atribuciones ordinarias de policía, ha sido precisamente el incremento de las actividades criminales, llevadas a cabo por el terrorismo guerrillero y narcotraficante, planificadas y coordinadas con deliberación y sevicia para desestabilizar las instituciones, amedrentar a la población y causar cuanto daño sea posible a las personas y a los bienes públicos y privados.

En sentencia C-154 DE 1993⁹⁶:

La Corte Constitucional, mediante sentencia del 1 de febrero de los corrientes, encontró plenamente demostrados los presupuestos materiales y objetivos de la declaratoria de conmoción interior que ahora se prorroga por un término adicional de noventa días. De otra parte, la necesidad de prolongar el estado de conmoción interior por el indicado lapso ha sido justificada debidamente por el gobierno y se deriva de hechos de notorio y público conocimiento.

En sentencia C-561 de 1993: “[d]e otra parte, es hecho público y notorio que los guerrilleros cometen, alegando fines políticos, delitos comunes como el asesinato, o el homicidio fuera de combate, el secuestro, el robo, la destrucción de puentes, oleoductos, torres de energía, etc.”

Y en sentencia C-344 de 1996⁹⁷: “es un hecho notorio y público que las diversas organizaciones criminales disponen de cuantiosos recursos económicos originados en diversos delitos: narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión, hurto y los demás delitos contra la propiedad. Estos recursos económicos les permiten disponer de armamentos iguales o superiores a los que posee la Fuerza Pública.”

Si la Corte Constitucional trata a la guerra como un hecho notorio, se estaría en presencia de una autorización para eximir su prueba, de conformidad con el

⁹⁶ Revisión de constitucionalidad del decreto legislativo 261 del 5 de febrero de 1993, “[p]or el cual se prorroga el Estado de Conmoción Interior”.

⁹⁷ Revisión del decreto 900 del 22 de mayo de 1996 “[p]or el cual se adoptan medidas tendientes a controlar la acción de las organizaciones criminales y terroristas en la zonas especiales de orden público”.

artículo 177 del C. de P.C. Sin embargo, conviene preguntarse qué se requiere para que de un hecho se predique su notoriedad.

Mucho se ha discutido sobre el concepto de notoriedad que puede tener un hecho dado. Siguiendo la definición dada por Devis Echandía se tiene que:

Existe notoriedad para eximir de prueba a un hecho, sea permanente o transitorio, cuando en el medio social donde existe o tuvo ocurrencia, y en el momento de su apreciación por el juez, sea conocido generalmente por las personas de cultura media en la rama del saber humano a que corresponda, siempre que el juez pueda conocer esa general o especial divulgación de la certeza sobre tal hecho, en forma tal que no deje dudas sobre su existencia presente o pasada, mediante sus conocimientos previos o la investigación privada que haga o por las pruebas aducidas con ese propósito. Si el juez no tiene certeza acerca de la notoriedad del hecho, entendida de esa manera, debe rechazarlo (...).⁹⁸

El problema de considerar a la guerra como hecho notorio exento de prueba radica en la forma cómo se produce el conocimiento del hecho y de los sujetos que intervienen en dicha producción. En este caso, la fuente de la notoriedad es gubernamental⁹⁹ y la divulgación proviene de la mano de los medios de comunicación. Motivos éstos que dan lugar para cuestionar la imparcialidad con la que se produce la divulgación y con ello, la veracidad del hecho, más aún si se considera que la guerra reviste una caracterización de hecho colectivo que permite que sobre ella recaigan múltiples miradas.

Sin embargo, el mayor reparo para tener por notoria la guerra, consiste en emplear dicha notoriedad, para evadir el deber de proveer material probatorio en casos en los que no hay prueba, o su obtención resulta muy difícil de alcanzar. Siguiendo el pensamiento de Bentham “la palabra notoriedad en materia judicial, resulta precisamente muy sospechosa. Es un pretexto muchas veces utilizado

⁹⁸ DEVIS ECHANDÍA, Op. Cit.p. 230.

⁹⁹ Sobre esto, ir al capítulo 4.

cuando no hay asomo de prueba o cuando la prueba se hace demasiado difícil”.¹⁰⁰

Hasta aquí se abordaron los aspectos particulares de los medios de prueba para conocer la guerra, así mismo se plantearon algunas de las dificultades fácticas y normativas que enfrenta el juez constitucional en la construcción de la verdad de este objeto particular de prueba. Sin embargo, conviene por último ocuparse de un aspecto fundamental en este análisis, que se relaciona ampliamente con lo expuesto en este acápite, y que tiene que ver con el origen de los medios probatorios aportados en los procesos constitucionales referidos al tema de la guerra, de la interpretación que recibe el acervo probatorio por parte de la Corte Constitucional y las implicaciones que ello genera en la práctica del control constitucional al Estado guerrero.

¹⁰⁰ BENTHAM. Tratado de las pruebas judiciales. Tomo I. Buenos Aires: Ed. Ejes. 1959, p. 97. Citado en: DEVIS ECHANDÍA, Op. Cit. p. 214.

4. ORIGEN E INTERPRETACIÓN DE LAS PRUEBAS DE LA GUERRA

A éste momento de la exposición, es pertinente presentar un análisis que permita establecer la manera cómo la Corte Constitucional interpreta el material probatorio, considerando no sólo los problemas procesales-probatorios estudiados en el acápite anterior, sino además, atendiendo al tipo de relaciones jurídico-políticas que se generan en contextos de guerra irregular. Es decir, partiendo de un análisis jurisprudencial minucioso, es posible cuestionar la forma cómo el juez se aproxima al tema de la guerra, no sólo por la ausencia de un tratamiento constitucional de ésta¹⁰¹, o por las dificultades en la utilización de medios de prueba conformes con la doctrina procesal constitucional¹⁰², sino también, la forma cómo el origen y la interpretación del acervo probatorio se gestan a partir de la dinámica que rige las relaciones entre el órgano ejecutivo y la Corte Constitucional.

En el presente capítulo se pretende realizar, siguiendo la metodología empleado en este trabajo, un rastreo jurisprudencial que permita establecer en qué medida, la postura de la Corte Constitucional a propósito de la prueba de la guerra, supone un desbalance en materia probatoria y un quebranto de los principios procesales en un estado de derecho. Específicamente, se pretende una aproximación a las relaciones existentes entre la Corte Constitucional con el poder ejecutivo; lo anterior a fin de que pueda entenderse cómo la influencia del Gobierno Nacional sobre el juez constitucional, determina el origen político de las pruebas que se allegan al proceso y la interpretación en términos políticos que la Corte les da. Se trata entonces de análisis del origen y la interpretación del material probatorio en los procesos de tutela y de constitucionalidad, a la luz de las efectivas relaciones existentes entre la Corte Constitucional y la política.

¹⁰¹ Al respecto ver Capítulo 1

¹⁰² Al respecto ver Capítulo 3

4.1 RELACIÓN ENTRE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL PODER EJECUTIVO

La proclamación del Estado colombiano como un estado social de derecho en el artículo primero de la Constitución, genera diversas garantías que permean la integridad del orden jurídico. La concepción del poder político en Colombia, ha de construirse bajo dichos lineamientos constitucionales.

Desde ésta perspectiva, debe existir una garantía por parte de la Corte respecto del Gobierno Nacional consistente en la exigencia a éste último, para que tal no recorte o limite las garantías constitucionales¹⁰³. Se trata de la necesidad de una efectiva separación de los poderes estatales; en tanto la Constitución consagra un sistema de pesos y contrapesos en los que interactúan los poderes ejecutivo, legislativo y judicial de manera coordinada e independiente.

Así, en términos muy generales, ha de recordarse que corresponde a una democracia constitucional, la implementación de mecanismos de control entre los diferentes órganos del poder tendientes a evitar la concentración del poder¹⁰⁴. El modelo constitucional está diseñado para dar una mayor racionalidad al desarrollo efectivo del poder, conservando las libertades individuales mediante mecanismos de control de unos poderes sobre otros.

Sin embargo, las reales relaciones que rigen el Estado no obedecen a tal lógica de absoluta coordinación; existen razones fácticas que no permiten tal independencia respecto de los poderes estatales. Así, mediante un desprendimiento de las nociones teóricas que rigen un estado de derecho, es posible indagar sobre las

¹⁰³ Desde luego, ésta exigencia también se hace respecto del Congreso de la República. No obstante, para lo que aquí interesa, lo determinante es la configuración de las relaciones entre el poder ejecutivo y la Corte Constitucional.

¹⁰⁴ HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. Poder y Constitución, El actual constitucionalismo colombiano. Bogotá. Editorial Legis, 2001. p. 151

formas concretas que rodean las manifestaciones del poder ejecutivo y los controles que se ejercen sobre el mismo.

La historia de las instituciones en Colombia, ha estado determinada por una mayor fuerza e influencia del poder ejecutivo; existe un marcado presidencialismo caracterizado por el sometimiento de los demás poderes públicos al ejecutivo, especialmente al Presidente de la República. De este modo, el poder ejecutivo termina por invadir, influir y determinar espacios del poder que no le son propios. Circunstancia respaldada además, por la Constitución de 1991: el Presidente de la República goza de amplios poderes como jefe de Estado, jefe de Gobierno, suprema autoridad administrativa, comandante de las Fuerzas Armadas y símbolo de la unidad nacional.

El balance entre las ramas del poder público, estructurado sobre el sistema de pesos y contrapesos constitucionalmente diseñado, deviene en el Estado colombiano en letra muerta; en el entramado real de las relaciones entre los poderes, el ejecutivo se ha ido convirtiendo en un poder con un peso mucho mayor, invadiendo competencias y atribuciones tanto del poder judicial como del legislativo¹⁰⁵.

Siguiendo la caracterización que de la guerra irregular hace Mario Montoya Brand, es importante resaltar cómo, según el autor, el Estado en el afán de compensar su propia debilidad institucional, adopta prácticas también irregulares, deviniendo el Estado mismo en una institución irregular¹⁰⁶.

¹⁰⁵ MEDELLÍN TORRES, Pedro. La imperceptible erosión del poder presidencial en Colombia. En: Estudios Políticos. 2006. N°. 26, p. 119-148.

¹⁰⁶ El autor aquí referido, hace una descripción del estado irregular colombiano; hablando de la guerra irregular expone lo siguiente: "(...) En estas guerras el Estado ha compensado su debilidad orgánica, institucional y funcional con la adopción de prácticas irregulares. Difícilmente soberano, el Estado ha sido recursivamente irregular" y más adelante plantea, "[l]a noción de Estado irregular no debe ser restringida a nivel militar y mucho menos a los ejercicios en combate, pues el Estado recurre o se ha hecho irregular en - y a partir de- distintos ámbitos de su textura institucional, en

De este modo, el peso del ejecutivo en un contexto de guerra irregular parece acentuarse en extremo, especialmente en temas de orden público y seguridad nacional. La guerra se convierte en la razón que fundamenta las diferentes medidas del Gobierno Nacional, destinadas todas a robustecer su propio poder. Se presenta entonces una configuración de las ramas del poder público, que dista del constitucionalismo y comporta rasgos que complican el control que hace la Corte Constitucional sobre el Estado guerrero; el ejecutivo, amparado en motivos de seguridad del Estado y defensa nacional, se atribuye un poder tal, que disminuye la capacidad del juez constitucional como verdadero límite a la actuación del Estado.

Así las cosas, en el intento por develar las relaciones político-jurídicas como uno de los problemas con los que se encuentra la Corte Constitucional al momento de valorar el material probatorio, la lectura que la Corte hace de la guerra obedece en gran medida a la presión que ejerce el Gobierno Nacional sobre el órgano de control constitucional: en temas relacionados con la guerra que libra el Estado, existe por decirlo así, una manipulación gubernamental, de modo que la interpretación que hace la Corte se pone al servicio del gobernante y sus necesidades, lo que termina por propiciar una lectura diferente de la Constitución. La jurisprudencia de la Corte Constitucional en asuntos relacionados con las políticas de guerra, evidencia una de las formas de manipulación de la Constitución por parte del Gobierno Nacional¹⁰⁷.

los cuales desarrolla practicas que pueden incidir directamente en la guerra.” MONTOYA BRAND, Mario. Constitución de 1991, conflicto armado y control constitucional. Op. Cit.

¹⁰⁷ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Op. Cit.

4.2 ORIGEN PREDOMINANTEMENTE POLÍTICO DEL MATERIAL PROBATORIO

Teniendo en cuenta la forma en la que el poder público se ha venido configurando en Colombia, y la presión que ejerce el poder ejecutivo sobre las demás instituciones, es preciso ocuparse de los efectos que ello genera en el control constitucional. Una aproximación a la manera cómo la Corte Constitucional responde a las presiones políticas, determina la forma en la que el órgano colegiado interpreta el acervo probatorio y entiende la guerra.

Tal y como lo expone Mario Montoya Brand, la Corte Constitucional conoce la guerra y el guerrero a través de dos posibilidades; una de ellas consiste en las intervenciones de partes interesadas en un sentido determinado del fallo; de otro lado se encuentra el material probatorio propiamente dicho¹⁰⁸. Sin embargo, entendiendo que las intervenciones en los procesos constitucionales, están siempre mediadas por un interés en un sentido u otro del fallo, la prueba es en principio, el único medio que tiene el juez para conocer los hechos y de esta manera, emitir su fallo.

Teniendo en cuenta lo reseñado en el capítulo anterior, en el que se expusieron los problemas a propósito de la utilización de los diferentes medios de prueba en los procesos de constitucionalidad y de tutela, puede decirse que la racionalidad del derecho procesal probatorio, no es capaz de conocer el conflicto en los procesos surtidos ante la Corte Constitucional; este cuerpo, la mayoría de las veces no ordena pruebas -pues legalmente no está obligado a hacerlo aunque tiene la potestad si lo considera necesario¹⁰⁹- y asume como pruebas las intervenciones de los interesados en el proceso. De esta manera, el origen de las pocas pruebas

¹⁰⁸ MONTOYA BRAND, Mario. Control constitucional, guerra y paz en Colombia: 1992-2006. Tesis doctoral, Universidad de Barcelona

¹⁰⁹ Ver capítulo 2.

allegadas a estos procesos y de las intervenciones, determinan en gran medida la verdad que pueda obtenerse dentro de un proceso de esta naturaleza.

Las sentencias de tutela y constitucionalidad, proferidas por la Corte, en asuntos todos relacionados con el conflicto interno por el que atraviesa el Estado colombiano, evidencia como aquella, allega a los procesos material probatorio cuyo origen es la gran mayoría de las veces, político. Ante las presiones de un Estado en guerra, cuando la Corte Constitucional se ve en medio de procesos relacionados con la misma, se muestra tímida e incluso impedida para practicar pruebas. Y obedeciendo a esta misma lógica, termina por allegar a los procesos pruebas cuyo origen es en su mayoría gubernamental. El material a partir del cual la Corte se forma una idea sobre la guerra y los episodios bélicos, está dado por uno de los actores que la libra.

En estos términos, cualquier análisis que se realice respecto de la manera cómo la Corte constitucional conoce la guerra, en los procesos de constitucionalidad y de tutela, debe partir de una idea fundamental, las pruebas que considera el juez constitucional, son regularmente pruebas documentales provenientes de diversas esferas del poder ejecutivo: informes de la Secretaría General de la Presidencia, del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Armadas, de las organizaciones de inteligencia, entre otros¹¹⁰. Sin mencionar, desde luego, la intervención de la Fiscalía General de la Nación, que si bien no hace parte del poder ejecutivo, participa de su lado.

La intervención del Gobierno Nacional, recurrente en procesos de constitucionalidad en los que media de manera directa o indirecta un interés estatal belicista, se evidencia en casos en los que se juzga por ejemplo, la

¹¹⁰ El origen exclusivamente político del material que allega la Corte a los procesos, o que por lo menos considera al momento del fallo, puede ejemplificarse mediante sentencias como las siguientes: T-651 de 1996, C-027 de 1996, C-802 del 2002, C-876 del 2002, C-1024 del 2002, C-135 de 1996, C-556 de 1992, C-153 de 1996, C-295 de 1996, C-328 de 1996, C-031 de 1993.

exequibilidad de declaratorias de estado de conmoción interior, sus prórrogas o los decretos que los desarrollan. Allí, el órgano ejecutivo despliega una fuerte intervención guiado por el interés en un sentido específico del fallo y de esta manera, la mayor parte de las intervenciones y del material probatorio, está dado en términos políticos.

Pero no sólo la intervención del Gobierno Nacional sin una real contradicción, pone en evidencia la participación asimétrica en la construcción de la verdad procesal. La predominante presencia de las Fuerzas Públicas y agencias de seguridad e inteligencia del Estado en los procesos de constitucionalidad y de tutela, con un interés dado en términos guerreristas, evidencia la caracterización de la fuente del material probatorio en los procesos de la Corte Constitucional.

Así las cosas, es difícil encontrar sentencias de las cuales se pueda concluir que también son considerados argumentos con un origen diverso: intervenciones ciudadanas, de la Procuraduría General de la Nación y de ONG's. Con esto no quiere decirse que en las sentencias no haya espacio para exponer estas últimas, lo que quiere resaltarse es que en el momento en el que la Corte argumenta y decide, no considera realmente el contenido de tales intervenciones.

El origen sesgado del material que en efecto considera la Corte para emitir su fallo en un sentido u otro, resalta sobre todo en los procesos de constitucionalidad en concreto. Entendiendo que es la autoridad judicial la llamada a establecer si en un determinado caso se han violado o puesto en peligro los derechos fundamentales y es la competente para tomar las medidas pertinentes, con miras a corregir la actuación que haya dado origen a ello, el material probatorio allegado al proceso, juega un papel determinante. Es decir, un análisis respecto de las diferentes fuentes de prueba en materia de tutela, pone de presente con mayor claridad la forma en la que la Corte Constitucional razona obedeciendo exclusivamente al material cuyo origen sea gubernamental; esto porque en los procesos de tutela, es

más fácilmente identificable la existencia de los dos intereses en conflicto que en los procesos de constitucionalidad en abstracto¹¹¹.

Así por ejemplo, en la sentencia T-651 de 1996, en la que un hombre invoca protección inmediata de sus derechos, mediante una orden a los miembros del Ejército Nacional de desalojar sus predios y retirar las minas antipersonas allí sembradas; la Corte, después de presentar un resumen de los hechos que aduce el tutelante, al hacer el análisis del material probatorio respectivo, evidencia la tendencia aquí mencionada: tanto al momento de establecer el carácter transitorio o no de la ocupación de los predios por parte del Ejército Nacional, como la latente amenaza a bienes jurídicos fundamentales con la siembra de minas, la Corte Constitucional considera exclusivamente informes procedentes del propio Ejército Nacional, dejando de lado las razones del tutelante¹¹².

La lectura de esta clase de sentencias pone de presente que el material probatorio que considera la Corte Constitucional en el momento en el que toma postura frente a los hechos sometidos a su consideración, como eventualmente violatorios de derechos fundamentales, tiene origen casi que exclusivo en las pruebas aportadas por el ejecutivo. Cuando la Corte Constitucional razona, parece que ni siquiera toma en consideración los hechos y las razones que invoca el tutelante.

Frente a las sentencias referidas al control de constitucionalidad en abstracto, el análisis del material probatorio y su origen es algo más complejo entendiendo que

¹¹¹ Ver capítulo 2.

¹¹² Cuando la Corte Constitucional hace la evaluación del material probatorio aportado se limita a exponer lo siguiente: "(...) cabe precisar que en cuanto a la siembra de minas, según informó el oficial Mayor Nestor Robinson Muñoz, mediante oficio No. 1805 BRIG16 C-02-CDO-AA56-749, señaló que "...no existen campos minados, lo que existe en los predios de propiedad de la compañía AMOCO son dispositivos de alerta temprana, los cuales consisten en señales sonoras y luminosas que iluminan el sector al accionarse permitiendo a los integrantes de la fuerza pública ubicar en forma rápida y eficaz al intruso, igualmente se encuentran debidamente demarcadas con avisos de 'peligro campo minado.' " (folio 52)". Sentencia T-651 de 1996

se trata de un proceso en el que resulta más difícil la identificación de las partes, puesto que en ellos no se anteponen intereses *individuales*, sino intereses *colectivos* en la salvaguardia de la Constitución; aquí las consideraciones de la Corte devienen más abstractas¹¹³.

Un claro ejemplo del origen predominantemente político en las sentencias de constitucionalidad, está dado por el control efectuado por el Tribunal Constitucional respecto de los estados de excepción. Siguiendo lo expuesto por César Augusto Rodríguez frente al tema, la Corte Constitucional tiene que valorar, tanto los supuestos de hecho invocados por el Gobierno Nacional y que justifican las medidas excepcionales, como las consecuencias de su fallo¹¹⁴. Pero en cualquiera de estas esferas de la discusión, el material probatorio es exclusivamente gubernamental.

El estudio de una serie de sentencias en las se evalúa la procedencia de declaratorias de estados de excepción o su prórroga, y de los decretos dictados durante estos períodos de anormalidad, ilustra el origen político de las pruebas consideradas por la Corte¹¹⁵.

¹¹³ Ver capítulo 2

¹¹⁴ En relación con esto, explica el autor que: “[e]l predominio de lo político tiene su origen en una doble valoración que debe hacer el juez constitucional frente a un caso de Estado de excepción. Por una parte, debe *valorar las causas*, los hechos que son invocados por el Gobierno para justificar las medidas excepcionales; por otra, debe valorar las consecuencias que tendría el fallo de constitucionalidad o inconstitucionalidad sobre dichos hechos”. RODRÍGUEZ GARAVITO, César Augusto. *Los Casos Difíciles de la Jurisprudencia Constitucional Colombiana. Nueva Interpretación Constitucional*. Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia. 1997. p. 44.

¹¹⁵ El uso de material probatorio de origen exclusivamente político en las sentencias relacionadas con el control ejercido por la Corte Constitucional sobre declaratorias de estados de excepción, prórrogas de los mismos o decretos que los desarrollan, puede ejemplificarse con las siguientes sentencias: C-027 de 1996 en la que la Corte se pronuncia sobre el decreto legislativo 1900 de 1995, “[p]or el cual se declara el Estado de Comoción Interior”; C-802 del 2002 en la que la Corte se pronuncia sobre la exequibilidad del decreto 1837 del 11 de agosto de 2002 “[p]or el cual se declara el Estado de Comoción Interior”; C-876 del 2002 en la que se evalúa la exequibilidad del Decreto 1338 de 2002 “[p]or medio del cual se crea un impuesto especial destinado a atender los gastos del Presupuesto General de la Nación necesarios para preservar la seguridad democrática”; C-1024 del 2002 en la que se resuelve sobre la exequibilidad del decreto legislativo

Sin embargo, es importante aclarar que no es del objeto de estudio del presente capítulo consideraciones acerca del control de la declaratoria de exequibilidad de un estado de excepción o de su prórroga, por parte del juez constitucional, ni el paso de las normas dictadas durante estos episodios a legislación ordinaria¹¹⁶; lo que es de trascendencia para el tema aquí desarrollado es el origen del material probatorio inmerso en las consideraciones de la Corte, para posteriormente efectuar un análisis de la interpretación que esta Corporación hace de dicho material.

A manera de ejemplo, en la sentencia C-295 de 1996, en la que la Corte se pronuncia sobre la exequibilidad del decreto 717 de 1996, “[p]or el cual se dictan unas medidas tendientes a la preservación del orden público”, la totalidad del material probatorio considerado por la Corte Constitucional, obedece a informes de origen gubernamental. Incluso, puede sostenerse que la única alusión de tipo probatorio que la Corte hace está encabezada de la siguiente manera: “[e]l Ministro de Defensa Nacional y el Secretario General de la Presidencia de la República, dieron respuesta dentro del término legal al requerimiento que les hizo el Magistrado Sustanciador, en relación con la situación que rodeó la expedición del decreto materia de revisión constitucional”. Además, todas las razones que expone la Corte para declarar la exequibilidad del decreto, son extractos y análisis de los propios argumentos gubernamentales en favor del mismo.

“[p]or el cual se adoptan medidas para el control del orden público y se definen las zonas de rehabilitación y consolidación”; C-135 de 1996 que declara la exequibilidad del decreto 2238 del 21 de diciembre de 1995, “[p]or el cual se dictan medidas tendientes a erradicar algunos delitos contra la libertad personal, especialmente el secuestro y la extorsión, y se expiden otras disposiciones”; C-556 de 1992 en la que se declara la exequibilidad del decreto 1155 de julio 10 de 1992 “[p]or el cual se declara el Estado de Conmoción interior”; C -153 de 1996 que declara la exequibilidad del decreto 208 del 29 de enero de 1996 “[p]or el cual se prorroga el Estado de Conmoción Interior”

¹¹⁶ Ver capítulo 1.

En el mismo sentido, en la sentencia de C-082 de 1993, en la que Corte Constitucional se pronuncia sobre las medidas de control previstas en el decreto 07 de 1993, cuando ésta expone el material del cual deriva su argumentación en la sentencia, alude únicamente a documentos allegados por el Ministerio de Defensa y de Comunicaciones, informes suministrados por la Fuerzas Pública y pruebas suministradas por la DIJIN¹¹⁷.

Al parecer, la Corte Constitucional, al momento de efectuar un control material sobre la anormalidad constitucional, cuenta exclusivamente con la información aportada por el sujeto mismo del control. Esto supone un desbalance en materia probatoria entendiendo que en los procesos de constitucionalidad en los que se hace una evaluación de las declaratorias de estado de conmoción interior, sus prórrogas y los decretos que los desarrollan, existe un interés en un determinado sentido del fallo. Sin embargo, pareciera que este punto fuera imperceptible para la Corte pues tal interés gubernamental, termina por constituir el sustento mismo de la decisión.

¹¹⁷ En esta sentencia puede encontrarse lo siguiente: “[l]a motivación del Decreto revisado y el conjunto de documentos que allega el Ministerio de Comunicaciones, fundados ambos en pormenorizados informes suministrados por la Fuerza Pública acerca de la ilícita utilización de los equipos y sistemas de telecomunicaciones -públicos y privados- para perpetración de crímenes, atentados contra el orden público y la más variada gama de actividades al margen de la ley, son elementos de juicio suficientes para que la Corte establezca sin género de dudas la íntima conexión entre las medidas de control previstas en el Decreto 07 de 1993 y los motivos que dieron lugar a su adopción y, en general, a la declaratoria del Estado de Conmoción Interior. Las pruebas aportadas por la DIJIN y por los Ministerios de Defensa y Comunicaciones son de tal contundencia en el expresado sentido y muestran tan a las claras la incidencia del indebido uso de los canales radioeléctricos en el comportamiento del terrorismo, la guerrilla y el narcotráfico, que relevan a la Corte de toda elaboración teórica en torno a las relaciones que existen entre el Decreto y la grave crisis del orden público invocada por el Gobierno al asumir los poderes del Estado de Excepción. Baste recordar tan sólo que de los documentos examinados se concluye que la delincuencia tiene en estos medios técnicos su más eficaz apoyo para la comisión de innumerables ilícitos tales como los secuestros, los atentados contra la infraestructura económica del país y la colocación de bombas en distintos lugares del territorio”. Sentencia C-082 de 1993.

A este punto, es necesario mencionar que si la guerra es una actividad colectiva¹¹⁸ y por lo mismo, puede ser mirada desde diversos puntos de vista: actores, testigos, periodistas, expertos etc., es posible hacer un cuestionamiento al proceder de la Corte Constitucional al momento de allegar las pruebas al proceso entendiendo que ésta se muestra ajena a una contrastación probatoria que considere pruebas con un origen diverso; el material a partir del cual la Corte falla, es en su mayoría político, integrado por pruebas documentales aportadas por el Gobierno Nacional e intervenciones también de origen estatal- aportadas atendiendo al interés directo y parcializado en un determinado sentido del fallo-.

Así las cosas, que la Corte Constitucional no considere otros medios de prueba diferentes a informes gubernamentales, limita ampliamente la verdad que se obtiene en el proceso y en consecuencia, determina la forma cómo entiende los hechos materia de litigio. En estos términos, a pesar de que la Corte Constitucional no está obligada a ordenar pruebas, y el decreto 2067 de 1991 lo que le confiere es la facultad de ordenarlas sólo si las considera necesarias, lo cierto es que la postura de la Corte pareciera olvidar sus deberes oficiosos respecto de la formación de la verdad en el proceso, mostrándose renuente, o por lo menos indiferente, a la construcción de procesos con un material probatorio más simétrico.

Lo anterior no sólo supone un detrimento de los principios probatorios¹¹⁹; sino que, además, el origen exclusivamente gubernamental de las pruebas en los procesos constitucionales, configura auténticas “pruebas de enemigo”, que devienen improcedentes para reconstruir la verdad en el proceso por una razón muy sencilla: están polarizadas y convierten a la prueba en una estrategia militar. Así, además de las dificultades para conocer la guerra en el proceso constitucional por los problemas ya explicados en los capítulos anteriores, el proceder de la Corte

¹¹⁸ MONTOYA BRAND, Mario y VÁSQUEZ CÁRDENAS, Ana Victoria. Hacia un panorama teórico de las afecciones y riesgos colectivos en Colombia. En: Estudios de derecho. Medellín. V. LXI, N. 137, p. 15-27, 2003.

¹¹⁹ Ver capítulo 2

respecto del material probatorio evidencia una completa asimetría: las pruebas son aportadas casi todas, por los mismos organismo que como parte integrante del Estado, se encuentran dentro del conflicto y de un lado específico del mismo.

La construcción de la verdad en los procesos tanto de constitucionalidad como de tutela, en los cuales la Corte Constitucional le corresponde la salvaguardia de la Constitución y la defensa de los derechos fundamentales en virtud de la misma, existe un indiscutible desbalance procesal. La verdad en estos procesos parece una cuestión ajena a la teoría procesal construida a partir de los principios probatorios, entendiendo que la Corte parece despreocupada frente a la reconstrucción de los hechos en los procesos. De este modo, de la lectura de las diferentes sentencias en materia de conflicto interno, cabe concluir que no existe un afán del juez constitucional por la formación de una verdad procesal que considere posturas e intereses no políticos dentro de las sentencias.

4. 3 INTERPRETACIÓN DEL MATERIAL PROBATORIO EN TÉRMINOS POLÍTICOS

Teniendo presente entonces que la verdad procesal en procesos de constitucionalidad y tutela, está mediada por un problema en el origen mismo del material a partir del cual la Corte Constitucional decide, el razonamiento mismo de la Corte, presenta particularidades susceptibles de un análisis a fin de realizar una aproximación a la manera en la que el juez constitucional percibe la guerra. De esta manera, a continuación se hará una reflexión respecto de la forma cómo la Corte interpreta el material probatorio en las sentencias relacionadas con el conflicto armado en Colombia.

De la lectura de las diferentes sentencias relacionadas con la guerra, podría decirse que la Corte Constitucional hace la interpretación del material allegado a los procesos de tutela y de constitucionalidad en términos más políticos que

jurídicos; no sólo el origen de la prueba determina la “verdad” que se construye en el proceso; la lectura de este material está dada desde una postura que pareciera más política que jurídica y ello genera una interpretación aun más asimétrica del material.

La inclinación de la Corte por las políticas gubernamentales tendientes a conjurar la situación de conflicto interno, es evidente respecto de las sentencias de tutela en las que se deben proteger los derechos fundamentales. Así por ejemplo, pueden mirarse las diferentes acciones de tutela generadas debido a la ubicación de comandos militares al interior o cerca de zonas pobladas que representan un peligro para la comunidad. En estas, el razonamiento de la Corte es similar al ya descrito: cuando se enfrentan la protección de los derechos civiles y los intereses del Estado, parece inclinarse siempre por los intereses estatales y no considera, o por lo menos no toma en serio las situaciones fácticas afirmadas por los tutelantes. En estos términos, cuando tiene que decidirse por la protección de la vida y la seguridad de un lado, o los intereses del Estado en términos militares, muestra una marcada preferencia por argumentos de tipo político y con ello, la defensa de las políticas gubernamentales en materia de guerra¹²⁰.

El mismo razonamiento puede hacerse a partir de sentencias donde se tutelan diversos intereses individuales que se enfrentan con políticas estatales de tipo militar. Así, en la sentencia de tutela previamente mencionada, 651 de 1996, no es cuestionable solamente que aparte de los hechos narrados en la misma tutela, la Corte Constitucional sólo considere intervenciones de origen estatal para su fallo; debe analizarse además, la interpretación que Tribunal hace de estas intervenciones. El material aportado con la tutela misma, pareciera invisibilizarse ante la mirada de la Corte, y de manera contraria, la intervención de procedencia

¹²⁰ En las sentencias que se enumerarán a continuación, la Corte Constitucional procede de la misma manera, deniega la tutela favoreciendo los intereses del Estado: T-102 de 1993, T-139 de 1993, T-255 de 1993, T-097 del 2002, T-1028 del 2003, T-165 de 2006.

estatal -un oficial del Ejército Nacional-, se entiende verdadera, no requiere contradicción alguna y finalmente motiva el propio fallo.

Incluso en ocasiones, la Corte Constitucional en el afán de favorecer los intereses gubernamentales, alude al material probatorio. Mientras en las sentencias en las que se evalúa la constitucionalidad de declaratorias de estados de excepción o de decretos gubernamentales tendientes a conjurar la crisis, la Corte decide a pesar de no existir acervo probatorio alguno, en sentencias de tutela en las que se evalúa si medidas de origen estatal en relación con el conflicto armado, violan derechos fundamentales de las personas, en ocasiones se muestra muy exigente con el fundamento probatorio que respalda los hechos sometidos a su consideración¹²¹.

La postura que la Corte Constitucional toma respecto de los informes y reportes gubernamentales, destinados todos ellos a servir de apoyo fáctico para las

¹²¹ El abstracto de la siguiente sentencia evidencia lo dicho: "...Ello porque, aún antes de poder establecer si el reclutamiento en casos como éste podría violar derechos fundamentales, hay un elemento fáctico, el que da soporte a la acción, que no se encuentra establecido en ningún grado próximo a la certeza.

Es necesario observar que más allá de la simple afirmación hecha por el demandante en el sentido de que su hijo fue reclutado por el ejército, no existe elemento de juicio adicional que permita corroborar lo dicho y, menos aún, que desvirtúe lo que las autoridades militares demandadas aseveran: que el joven Jhon Jairo Sarmiento Martínez no se encuentra incorporado a sus filas. Huelga decir que, no obstante el principio de informalidad que irradia todo el procedimiento de amparo de los derechos fundamentales, es necesario, para la procedencia de la sumarísima acción constitucional, que se encuentren acreditados unos supuestos mínimos, entre los que se puede contar, entre otros, la mínima certeza sobre la ocurrencia de los hechos invocados en la demanda.

En tal sentido ha afirmado esta Corporación que es indispensable que el juez a cuyo cargo se encuentra la definición sobre la demanda de tutela decrete y practique las pruebas pertinentes para establecer la dimensión del daño o de la amenaza que sufre el demandante en sus derechos fundamentales. Si la verificación judicial muestra que, en efecto, hay una circunstancia cierta de violación o de peligro para los derechos fundamentales de una persona, habrá de verse si, según las circunstancias particulares, se configura la posibilidad de un perjuicio irremediable o de la inexistencia de otros medios de defensa judicial para efectos de decidir sobre lo pedido por el demandante. No obstante, cuando ocurre lo contrario y pese a la diligente actividad probatoria del juez no se establece en un grado mínimo la veracidad de lo invocado como fundamento fáctico, será imposible hacer el ejercicio anteriormente enunciado y la acción de tutela no estará llamada a la prosperidad". Sentencia T-165 del 2006.

pretensiones estatales, demuestra una fuerte inclinación política. El juez constitucional se muestra laxo frente a las afirmaciones que hace el ejecutivo, pareciera confiado de su veracidad, o por lo menos, despreocupado de las causas y respectivas consecuencias generadas con la medida misma en términos fácticos, motivada por un interés político: conjurar la crisis.

Frente al control de los decretos que declaran la anormalidad constitucional, es difícil encontrar en jurisprudencia de este tipo, verdaderos cuestionamientos a las razones que expone el ejecutivo cuando motiva sus decretos: las razones de la Corte terminan siendo idénticas a los motivos que esgrime el Gobierno Nacional para la medida misma.

De esta forma, aparecen en el razonamiento de la Corte, aunque no de manera explícita, constantes alusiones a argumentos de autoridad, todo el material con origen estatal es entendido como verdadero, en ningún momento se cuestionan las afirmaciones que provienen de la Secretaria Presidencial, de los Ministerios, de las Fuerzas Armadas, la Fiscalía, entre otros. Así, además de no haber contradicción procesal por el origen casi que exclusivamente político del material, pareciera que en el entender de la Corte, estas afirmaciones, no requieren contradicción. De modo que la falta de contradicción en términos probatorios, si hasta el momento se había entendido como una consecuencia de que la Corte Constitucional no considere material cuya fuente difiriera del Gobierno Nacional, después de una mirada al modo en que la Corte interpreta tal material, se podría decir que la no contradicción obedece a la lógica bajo la cual el juez constitucional razona: los hechos que el ejecutivo invoca, no requieren prueba alguna.

Esto es evidente en la sentencia C-153 de 1993, en la que se decide sobre la exequibilidad de la prórroga del estado de conmoción interior; la Corte Constitucional no hace otra cosa que aludir a los hechos que el mismo ejecutivo invoca para la declaratoria de la medida de excepción. Después, cuando al Juez

constitucional le corresponde hacer una valoración de estas consideraciones gubernamentales, se limita a enunciarlos como hechos de conocimiento público, y el juicio sobre la veracidad de los mismos, queda diluido¹²². Parece entonces que la Corte prefiere hacer a un lado una valoración real de las razones que aduce el ejecutivo, y para escapar a esta responsabilidad constitucional, acude al concepto de “hecho notorio” para dar por probados, así sea en apariencia, los considerandos del ejecutivo.

En un sentido similar, puede analizarse la sentencia C-328 de 1996, en la que para justificar la exequibilidad de la prórroga de un estado de conmoción interior, la Corte Constitucional entiende plenamente probada las causas que invoca el Gobierno Nacional sin que se consideren argumentos en un sentido diferente. En la misma línea de argumentación, la sentencia de constitucionalidad 153 de 1996 en la que la Corte se pronuncia respecto de la exequibilidad del decreto 208 del 29 de 1996 “[p]or el cual se prorroga el Estado de Conmoción Interior”, cuando efectúa la valoración de las causas que bajo el razonamiento gubernamental justifican la medida de anormalidad, muestra cómo la Corte entiende por verdaderos hechos cuya prueba obedece exclusivamente a información aportada por el Gobierno Nacional, sin que medie ninguna contrastación seria sobre la veracidad de los mismos.

Así, de la lectura de las sentencias en las que se decide sobre lo constitucional o no de una declaratoria o prórroga de estado de excepción por parte del Gobierno Nacional, puede deducirse el razonamiento teleológico de la Corte Constitucional. Siguiendo a César Augusto Rodríguez, el juez constitucional muestra un

¹²² “La Corte Constitucional, mediante sentencia del 1º de febrero de los corrientes, encontró plenamente demostrados los presupuestos materiales y objetivos de la declaratoria de conmoción interior que ahora se prorroga por un término adicional de noventa días. De otra parte, la necesidad de prolongar el Estado de conmoción interior por el indicado lapso ha sido justificada debidamente por el Gobierno y se deriva de hechos de notorio y público conocimiento. Obra en autos la relación de operaciones protagonizadas por los agentes de la subversión y del narcotráfico que patentizan una escalada de violencia indiscriminada que amerita seguir siendo enfrentada con las facultades propias del Estado de conmoción interior”. SC -153 de 1993.

razonamiento determinado por las consecuencias prácticas de las medidas sujetas a su consideración. De modo que la Corte razona en términos políticos guiada la utilidad de las medidas de excepción.

De este modo, aunque la Corte Constitucional ha proclamado en múltiples ocasiones la manera en que le compete hacer un pronunciamiento no sólo formal respecto de la procedencia de los estados de excepción, en la práctica real, la estabilidad constitucional termina por depender de manera principal y casi que exclusiva de las razones que invoca Gobierno Nacional. La Corte se limita a considerar tales razones como material probatorio, las entiende como un hecho dado y finalmente no son objeto de la valoración que las mismas requieren por parte de dicho Tribunal¹²³.

Aunque es preciso que la Corte Constitucional haga tales consideraciones, entendiendo que la medida objeto de valoración es política, y exigir una postura totalmente desligada de nociones de este tipo es un desacierto, ha de recordarse que lo que compete a la Corte es propiamente el examen de constitucionalidad de la misma. De esta manera, lo que se cuestiona es que el discurso se torna casi en su totalidad político, se entienden como probadas las consideraciones que el ejecutivo hace, tanto de las causas como de las consecuencias, sin que medie un despliegue probatorio exhaustivo que permita contrastar los argumentos invocados por el Gobierno Nacional con la realidad.

La inclinación de la Corte Constitucional por argumentos de tipo político, se hace evidente cuando los hechos invocados por el Gobierno Nacional, no son cuestionados en lo más mínimo; pareciera pues que la importancia de las medidas estratégicas del Gobierno Nacional no debieran cuestionarse con asuntos del orden fáctico -las causas y las consecuencias de las declaratorias de estados de

¹²³ Al respecto ver las sentencias siguientes: C-027 de 1996, C-041 de 1996, C-034 de 1996, C-045 de 1996, C-153 de 1996, C-295 de 1996, C-328 de 1996, C-451 de 1996.

conmoción interior y los decretos que los desarrollan-. La Corte entiende como probadas las afirmaciones del ejecutivo sin que medie contradicción alguna¹²⁴.

Sin embargo, un tratamiento de la prueba en estos términos, supone una violación a uno de los principios que rigen en materia probatoria: la contradicción¹²⁵. La necesidad de la contradicción de la prueba, para que pueda afirmarse la validez de la misma, parece ser un punto que la Corte Constitucional pasa por alto. En ninguna sentencia -ni de tutela ni de constitucionalidad- aparece un interés por la contrastación del material aportado por el ejecutivo. De este modo, los medios probatorios aportados por el ejecutivo, sin que medie este principio, no pueden tenerse como válidos.

No es en ninguna medida natural, que las fuentes probatorias para examinar la procedencia o no de un estado de excepción, como una necesidad planteada por el órgano ejecutivo, sean propiamente las razones que tal órgano considera al momento de invocar la medida. Así las cosas, no es de extrañar que el discurso de la Corte parezca más político que jurídico, cuando termina por validar en sus sentencias, todas las razones que el Gobierno invoca, entendiéndolas sin más, como fuente de prueba.

¹²⁴ La manera como la Corte da por verdaderas las afirmaciones del Gobierno Nacional en asuntos relacionados con los estados de excepción, es evidenciado por los magistrados en el salvamento de voto de la sentencia C-027 de 1996. "Para el Gobierno, los hechos mismos demuestran, sin el más mínimo análisis y sin la menor duda, que obran en el país unos aparatos de fuerza que tienen por finalidad la desestabilización pública, sin que las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía resulten suficientes "para prevenir la ocurrencia de nuevos hechos criminales y terroristas", por lo cual "se hace indispensable adoptar las medidas de excepción". Pero en modo alguno aparece acreditado ni en el Decreto ni en las pruebas que eso, asumido por el Ejecutivo como incontrovertible, haya sido así. Y la Corte Constitucional lo acepta sin reparos, pese al inmediato antecedente jurisprudencial".

¹²⁵ El principio de contradicción de la prueba orienta la actividad probatoria de modo que la parte contra quien se opone una prueba cualquiera debe de tener la oportunidad en el proceso para conocer y además, para discutir dicha prueba, de modo que la parte afectada con un determinado medio de prueba pueda ejercer su derecho a contraprobar la misma. Para una mayor ilustración sobre el tema mirar: DEVIS ECHANDÍA, Op. Cit.

La postura política de la Corte Constitucional, también es evidente en las sentencias con las constantes alusiones a “razones de estado”; estas determinan en muchas ocasiones la argumentación desplegada e incluso, el sentido del fallo. Y es que la tesis de la “razón de estado” tiene un contenido fuertemente político entendiéndose que esta afirma que “la seguridad del Estado es una exigencia de tal importancia que los regidores de los estados se ven constreñidos, para garantizarla, a violar normas jurídicas, morales, políticas y económicas, que consideran a su vez imperativas cuando tales exigencias no están en peligro”¹²⁶. Esto pone de presente una fuerte connotación política en los argumentos proferidos por la Corte, entendiéndose que las razones de estado son una serie de consideraciones de las que se vale el ejecutivo a fin de avalar su actuación estatal.

No es fácil encontrar pues, una sentencia de la Corte Constitucional en la que se establezca una verdad procesal seria, de manera contrastada y libre de la postura política que asume el juez constitucional frente a la guerra; los hechos se dan por demostrados en virtud de “razones de estado” que escapan a la lógica procesal. Son las instituciones gubernamentales, las que definen la verdad sobre la guerra; se trata de una verdad estratégica propia de los combatientes, y esa misma verdad es la que se convierte en un parámetro para la valoración de los diversos medios de prueba respecto del conflicto armado.

¹²⁶ BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola y PASQUINO, Gianfranco. Diccionario de Política.

5. CONSECUENCIAS DEL RELAJAMIENTO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LA PRUEBA DE LA GUERRA

Después de un análisis de la manera cómo la Corte Constitucional se forma la verdad sobre la guerra señalando las dificultades para aproximarse a un objeto de prueba complejo, es finalmente preciso referirse al estado de cosas que resultan de un proceso constitucional tan limitado en su dimensión probatoria. A continuación, se realiza una aproximación a la manera a partir de la forma en que la Corte entiende la guerra, tomando una postura propia frente a la misma, heredada de los medios de origen político de que dispone. De ahí que pueda entenderse cómo de la idea que tiene la Corte de la guerra, traducida en la orientación que da a sus fallos, el mecanismo de control constitucional devenga permeado por una inclinación política, propiciando un relajamiento de los derechos y las garantías consagradas en la Constitución de 1991.

5.1 LA CORTE CONSTITUCIONAL, UNA POSTURA POLARIZADA

La falta de regulación constitucional respecto de la guerra, sumada a la presión política que ejerce el ejecutivo sobre los diferentes poderes del Estado en el marco de una guerra irregular, han hecho que la Corte Constitucional tome una postura bastante particular, dando una lectura a los episodios bélicos que en nada se ajusta a los lineamientos de un cuerpo de tal naturaleza en un estado de derecho. La Corte Constitucional se forma una imagen de la guerra en Colombia que determina notoriamente el sentido de sus fallos, por lo que la orientación de tal concepción constitucional respecto del conflicto armado, deviene trascendental al momento de analizar la manera en la que la Corte ejerce el control sobre el guerrero institucional.

A propósito de la guerra, la Corte Constitucional se enfrenta a una constante tensión, a una evidente disyuntiva. Y es que ante una situación como la que

atraviesa el Estado, la Corte parece tener dos opciones fácticas, aunque no normativas: una de ellas es atender al espíritu y la lógica de la institución como tal concebida y de este modo, conservar una postura neutral frente al conflicto manteniendo la calidad de juez constitucional y garantizando los derechos fundamentales y civiles; la otra opción implica tomar parte en el conflicto y en aras de “ganar la guerra” adoptar una postura mucho menos garantista con los derechos¹²⁷.

Pues bien, cuando se afirma que el Tribunal Constitucional más que un lenguaje jurídico, maneja en reiteradas ocasiones un discurso político en las sentencias, parece evidenciar la disyuntiva en la que la Corte se encuentra -o más que la disyuntiva, la postura que asume frente a la misma-. De manera reiterada en las sentencias constitucionales, tanto en el discurso argumentativo como en las decisiones proferidas, queda la sensación de que la imparcialidad del juez constitucional no es tan clara. Parece que el conflicto genera tal presión, que la Corte termina por ceder frente al mismo; lo anterior se manifiesta en la postura de la Corte que lejos de ser la propia de un neoconstitucionalismo, supone una deslegitimación de su papel como juez.

Así las cosas, en el intento por exponer el discurso político que aparece implícito e incluso explícito, tanto en las sentencias de constitucionalidad como en las de tutela, es preciso acudir a las ideas expuestas por el ex-magistrado Alejandro Martínez Caballero, según el cual, para la Corte Constitucional, existen límites del orden político, para llevar a cabo su voluntad como juez constitucional. Estos límites tienen que ver con la aseveración que el autor expone en la sentencia C-031 de 1996 en la aclaración de voto: aunque en teoría la actividad de la Corte Constitucional ha de limitarse al papel jurídico que la misma debe de desempeñar, en la práctica, la Corte tiene un papel político. Así, aunque el papel del juez

¹²⁷ Esta idea me fue sugerida por Mario Montoya Brand en entrevista del 15 de Marzo de 2010, en la Escuela de Derecho de la Universidad Eafit, Medellín.

constitucional teóricamente se limita a velar por la guarda y la supremacía de la Constitución, y funciones adicionales le están vedadas, en la práctica, es difícil depurar la actividad jurídica de cualquier connotación política.

Así, en lo relacionado con el objeto de estudio del presente trabajo, la influencia de tipo político tiene una importante trascendencia en la manera cómo nuestro órgano constitucional recibe e interpreta el material probatorio. La tendencia de la Corte - implícita en la mayor parte del material jurisprudencial- respecto de la prueba, en asuntos relacionados con la guerra, está directamente relacionada con la influencia política en sus pronunciamientos. De allí entonces, que sea esperado que las consideraciones que se hagan por parte la Corte, tengan un tinte político impregnado de razones de frecuente alusión por parte del ejecutivo, porque su fuente no es otra que una serie de políticas gubernamentales respecto del conflicto con un carácter fuertemente belicista.

La Corte Constitucional, al momento de ejercer su discrecionalidad como juez, termina participando de un papel que no le corresponde, pero que en la práctica resulta muy difícil de depurar. Queda entonces la sensación de que ante la inminencia de la guerra, y la presión que esto genera entre los poderes institucionales, el juez constitucional termina obedeciendo a la misma lógica gubernamental, de modo que el guardián de la Constitución, toma partido, integra la guerra y finalmente adhiere a la filosofía “amigo-enemigo” que caracteriza al Estado.

De ésta manera, la Corte se ha formado su propia idea de la guerra y de los guerreros, con una connotación fuertemente política. Aunque en ninguna sentencia se reconozca abiertamente el estrecho vínculo de esta corporación con las “razones de estado” en el tema de la guerra, lo cierto es que no puede permanecer neutral porque ella misma, tiene sus nociones de la guerra, y de algún modo, las ha hecho propias.

La Corte tiene sus propias concepciones políticas, su idea propia del Estado. Las decisiones judiciales están impregnadas por una serie de consideraciones del orden político y en tal sentido, el papel de la Corte en los diferentes procesos que tienen que ver con el conflicto armado, no puede ser el esperado. Como ya se ha dicho, el discurso en las sentencias, es un discurso más político que jurídico, y en ocasiones incluso, los fallos constitucionales y las argumentaciones en las sentencias, evidencian un tono guerrero que se aleja de los estándares del constitucionalismo. Esto es más claro aun respecto del manejo del material probatorio; los medios de prueba que considera la Corte, el modo en el que accede a los mismos, la valoración que les da, son asuntos que reflejan un hecho: la supuesta imparcialidad que ha de impregnar las decisiones constitucionales, no es tal.

En estos términos, que la Corte invoque en sus sentencias hechos cuya prueba obedece exclusivamente a documentos e informes gubernamentales, y en ninguna medida, allegue pruebas con origen diferente, además de la interpretación que da a estas fuentes de prueba, pone de manifiesto que el órgano constitucional no es neutral, que inclina sus preferencias por “ganar la guerra” dejando al margen la protección de derechos fundamentales.

Las razones de estado terminan por invadir las esferas jurídicas de tal forma que la imparcialidad del juez constitucional, se ve afectada. Así, en el discurso constitucional dicha imparcialidad se ve menguada poniéndose del lado del Estado y queda entonces la sensación de que el enemigo ya ha sido identificado, incluso en las sentencias cuyo análisis ha de hacerse desde el derecho y que no deberían estar impregnadas del discurso político.

Ahora bien, en materia de derecho probatorio, el tema se hace más notorio. La lectura de la jurisprudencia constitucional, muestra un grave escenario procesal en

el cual, tanto las fuentes de prueba, como el tratamiento y la interpretación dada a las mismas, no se ajusta a los lineamientos del derecho probatorio constitucional.

Cuando el juez constitucional se enfrenta con lo que parece una tarea usual en materia procesal, la reconstrucción de los hechos, esta misión ya no tiene las mismas connotaciones que cualquier otro asunto de índole procesal en materia judicial. Y es que como venimos sosteniéndolo a lo largo del presente capítulo, la Corte Constitucional no puede reconstruir la verdad de la manera en la que se exige en un estado de derecho defensor de las garantías y los derechos individuales, además de otras razones normativas y fácticas, por las razones políticas aquí explicadas. El asunto no es sencillo, pero la presión ejercida sobre el órgano constitucional impide una lectura neutral de la guerra y mucho menos garantista, afectando la manera en la que la Corte Constitucional interpreta el material probatorio.

Además, en repetidas ocasiones puede observarse cómo la Corte Constitucional, cuando hace sus consideraciones respecto de la exequibilidad o no de una medida, invoca razones muy propias de un guerrero. Sólo por mencionar un ejemplo, en la sentencia C-334 de 1996, en la que se revisa la exequibilidad de algunas de las disposiciones del decreto 2700 de 1991, "[p]or el cual se expiden las normas de Procedimiento Penal", la línea argumentativa de la Corte está dada en términos de utilidad -por ejemplo, la dificultad de persecuciones de criminales en zonas selváticas-, y termina por anteponer la estrategia militar de las Fuerzas Armadas, a los derechos civiles. De esta manera, las motivaciones del órgano colegiado, advierten claramente la existencia de razones de estado que no sólo considera el Gobierno Nacional sino además la propia Corte. Los fallos de éste tipo, dan la impresión de que más que proteger derechos fundamentales, están destinados a defender cualquier medida que tenga como finalidad ganar la guerra.

A este punto, es necesario subrayar que además de las presiones propias del

órgano ejecutivo, existe en la Corte Constitucional un sentimiento implícito en el contenido de las sentencias analizadas. Para la Corte, en su misión de defender la Constitución, aparece la misión implícita de defender el Estado; el Juez constitucional termina cediendo no solo ante las presiones del ejecutivo, sino además ante la carga que para la misma tiene ser parte del Estado, por así decirlo.

Obedeciendo a lo anterior, aparece el sentimiento nacional cubriendo las esferas institucionales de manera que lo que se presenta como un legítimo control, no es más que una fachada, pues el enemigo ya está definido. En este sentido, la verdad que la Corte Constitucional se ha formado de la guerra -considerando el origen del material con el que cuenta para dar lectura a los episodios bélicos, además de la presión propia de un Estado en guerra- no es neutral; se trata de una verdad estratégica que obedece más a la lógica de un combatiente que a la de un juez. El problema es que esta verdad alcanza escenarios jurídicos, cuando en principio se corresponde con posturas políticas: a través de las sentencias de la Corte estas verdades de connotación puramente política se formalizan y trascienden el campo jurídico. El derecho procesal y el derecho probatorio son, finalmente, afectados por la guerra.

La Corte Constitucional no atiende ya a la lógica propia de un juez, su postura está sesgada y obedece a un razonamiento de “amigo-enemigo” propio de una mirada belicista de la guerra. Bajo esta lógica, existe un razonamiento constitucional que difiere ampliamente en el tratamiento de los actores en conflicto: el guerrero estatal y la subversión.

5.2 RELAJAMIENTO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL SOBRE EL ESTADO GUERRERO

Así las cosas, ¿en qué medida la Corte Constitucional significa un límite para el actuar del Estado en la guerra?, o si por el contrario, lo que la Corte hace respecto de la guerra, ¿supone un apoyo para el Estado y en ninguna medida una fuente de control?

Respecto del control de los asuntos que tienen que ver con la guerra, especialmente bajo la regulación de los estados de excepción, aunque a la Corte le compete a nivel constitucional un control no sólo formal sino además material sobre éstos, lo cierto es que dicha Corporación se comporta lejana de un efectivo control y un verdadero análisis de las causas y las consecuencias de las declaratorias de excepción y de los decretos reglamentarios originados durante estos episodios¹²⁸. En este sentido, la Corte Constitucional, respecto de asuntos que tocan con las estrategias gubernamentales, se muestra laxa, su interpretación está dada en términos políticos y la falta de medios probatorios se esconde en la redacción de la sentencia a fin de dar la legitimidad que el control material supone.

Son las razones de estado, las que terminan imponiendo sus políticas dentro del orden institucional, al margen de efectivas consideraciones constitucionales que permitan una valoración material de las razones fácticas que para el Gobierno Nacional, justifican la implementación de normas de excepción. De esta manera, la dinámica de las exigencias políticas, termina minando la normal actividad del juez constitucional.

¹²⁸ En el salvamento C-031 de 1996, Ciro Angarita Barón afirma lo siguiente: “[l]a tradición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, reiterada por más de cuarenta años, de no inmiscuirse en los asuntos gubernamentales relacionados con el manejo del orden público, terminó imponiéndose por encima de la adopción de un texto constitucional restrictivo en materia de apreciación gubernamental del orden público, y por encima, incluso, de la decisión de la Corte Constitucional de asumir el control de dicha apreciación. Así las cosas, en el curso de un año el discurso constitucional ha dado un giro radical hacia el control de los Estados de Excepción, mientras la realidad constitucional, fiel la tradición, sigue el mismo rumbo de siempre”.

Tal y como lo advierte el magistrado Ciro Angarita Barón en el salvamento de voto de la sentencia C-031 de 1996:

Carece de toda validez constitucional y de todo principio ético, la idea de utilizar el derecho constitucional solo para aquellos en los cuales no esté en peligro la estabilidad institucional y la razón de Estado para los demás casos. La manera como se aplican las normas constitucionales sobre los Estados de Excepción, puede revivir el peligro del ejercicio arbitrario de la fuerza en beneficio de los dictámenes de la razón de Estado. En efecto, una utilización amañada de los Estados de Conmoción, en la cual se anule la diferencia entre el valor de la normalidad y la anormalidad constitucional y, en consecuencia, la concentración del poder que resulta de su declaratoria esté determinada por la mera voluntad estratégica del gobierno y no por la existencia de una situación de extrema gravedad institucional, una utilización como esta, repito, que se ha presentado durante décadas en Colombia y se sigue presentando, no obstante el cambio de Constitución, no significa otra cosa que la subordinación del derecho constitucional a las exigencias de la razón de estado.

La debilidad probatoria de la Corte Constitucional en materia de guerra, ha contribuido para que el Gobierno Nacional se haga detentador de un cada vez mayor número de atribuciones y por supuesto, menos controles. En este sentido, parece que en Colombia, el ejecutivo, además de crear una legislación de anormalidad, amparado por la propia Corte Constitucional, ejerce una presión tal, que en los procesos que tienen que ver con la guerra que libra el Estado, se pone por encima de la Constitución, concentrando un poder que termina por deslegitimar en gran medida las bases más fundamentales de un Estado democrático.

Esto deja un amplísimo margen de maniobrabilidad estatal respecto del conflicto como tal; el Gobierno Nacional, después de definir quién es su enemigo, escoge los medios para enfrentar el conflicto y se pone al margen de un control real y efectivo por parte del orden jurisdiccional. De este modo, la practica de control meramente aparente sobre las actuaciones estatales en materia de conflicto, obedece entre otras razones, a la dinámica que de facto existe entre el poder

ejecutivo y el poder legislativo ante la presencia de un conflicto tal¹²⁹. Es decir, partiendo de la postura parcializada de la Corte Constitucional frente al conflicto, es de esperarse que el control que la misma hace sobre el Estado guerrero, esté mediado por los fines que ella misma ha hecho propios. Las razones de Estado, constituyen la mayor preocupación en los considerandos de las sentencias.

Parece pues que lejos de encontrarnos en un conflicto con un tratamiento regulado, y frente al cual se despliegue un actuar estatal legítimo, el tema de la guerra en el Estado colombiano, termina transitando de manera casi que exclusiva por la política gubernamental y el relajamiento del control constitucional se hace inevitable.

En estos términos, si el poder gubernamental no pasa por efectivos controles desde el orden jurídico constitucional y parece más bien, que aquel está dirigido a su legitimación, se llega inevitablemente a la conclusión de que la Corte Constitucional en materia probatoria, en asuntos relacionados con la guerra, por las razones que se han expuesto a lo largo del estudio efectuado, no cumple con las tareas que le están encomendadas desde la teoría procesal y constitucional.

¹²⁹ En esta línea es preciso anotar la consideración realizada por Mario Montoya Brand relacionada con el Estado irregular: “Es ciertamente difícil creer que los rasgos de un tal actor de la guerra permitan su control constitucional, pues este ejercicio que es complicado en periodos de paz, es prácticamente imposible con la transformación del Estado en contextos de guerra irregular. Su condición refractaria al control constitucional puede sintetizarse en las siguientes reflexiones: se está frente a una incontrolabilidad constitucional por razón del objeto, en este caso determinada porque la guerra irregular de larga duración ha dado lugar a un tipo de Estado guerrero antes que Estado de Derecho y mucho menos Estado Constitucional. Es decir, uno de los presupuestos de la controlabilidad constitucional del Estado de derecho, aun si libra una guerra interna, no se cumple, pues el Estado se ha venido formando en obediencia a la lógica de la guerra antes que a la lógica de la paz”. MONTROYA BRAND, Mario. Constitución de 1991, conflicto armado y control constitucional. Op. Cit.

5.3 DESPROTECCION DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS CONSAGRADAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Después de las anteriores consideraciones a partir de las cuales se estableció como el control efectuado sobre el guerrero estatal, aparece desdibujado en materia de guerra, surge finalmente un cuestionamiento frente a la defensa constitucional de los derechos en estos escenarios. Partiendo entonces del supuesto según el cual, el núcleo esencial de un constitucionalismo fundado en los derechos y su garantía, exige el sometimiento del poder político al derecho y la justicia¹³⁰, una práctica de control por parte de la Corte Constitucional al ejecutivo en los términos expuestos, implica un detrimento de las garantías dispuestas en la Constitución Política.

Entendiendo que en un estado de derecho la protección de los derechos individuales es trascendental y supone la base misma del constitucionalismo¹³¹, frente a un panorama como el expuesto surge inmediatamente un cuestionamiento respecto de la defensa de los derechos civiles y de las garantías constitucionales. Así, cabe preguntarse si existe entonces un sacrificio de las garantías propias de un estado de derecho, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en aras de un cometido que nuestro guardián de la Constitución ha hecho propio: ganar la guerra.

Esta pregunta parece tener una respuesta afirmativa si se consideran las reflexiones hasta aquí realizadas. La Corte Constitucional adopta un papel que no

¹³⁰ PRIETO SANCHIS, Luis. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Editorial Trotta. 2003.

¹³¹ Siguiendo a Mario Montoya Brand: “[e]l constitucionalismo, y su concreción en el control constitucional, han heredado del liberalismo la concepción del Estado como *un mal necesario*, del que conviene proteger a la persona humana. Por eso surge un conjunto de elaboraciones teóricas que la convierten en una entidad intangible, y un cúmulo de herramientas institucionales que impiden al Estado, pero también a las decisiones mayoritarias o democráticas de la población o sus representantes, causarle daño alguno a aquella entidad que precisamente constituiría la razón de ser del orden”. MONTROYA BRAND, Mario. Constitución de 1991, conflicto armado y control constitucional. Op. Cit.

le es propio, se suma a la tarea de ganar la guerra y en tal afán, termina por ceder respecto de los derechos fundamentales que, en teoría, suponen su máximo amparo. Todas las medidas constitucionales tendientes a la defensa del individuo, se ponen en un segundo plano; el contenido, en principio garantista y democrático de la Constitución, termina entonces por desdibujarse ante la postura que ha tomado su intérprete.

En este orden de ideas, es evidente la tendencia de la Corte Constitucional por poner la estabilidad institucional por encima de la defensa de los derechos fundamentales. No es necesario un gran esfuerzo para concluir que la Corte, cuando de conflicto se trata, relaja todo el sistema diseñado para garantizar los derechos individuales propios de un estado de derecho. De esta manera, la seguridad pública aparece como un valor justificante de la restricción de los derechos individuales. Pero esta postura, contraría ampliamente los postulados de un estado constitucional, pues superpone el logro de fines políticos al efectivo control que el Tribunal constitucional está llamado a hacer sobre el órgano ejecutivo¹³².

Lo anterior deviene de gran trascendencia si se entiende que el derecho probatorio nace como un mecanismo de garantías pero en el caso colombiano, pasa a un segundo plano, y a veces incluso se convierte en un mecanismo para adornar la sentencia, y para darle una legitimidad aparente.

El procedimiento de la Corte Constitucional en asuntos relacionados con la guerra, de cara a los lineamientos establecidos en un constitucionalismo, supone un desmedro de las garantías derivadas de la legítima interacción entre poderes. Así,

¹³² En palabras de César Augusto Rodríguez: “[l]os Estados de Excepción enfrentan dos tipos de racionalidad. Por una parte, una racionalidad instrumental-pragmática, que supedita la garantía de los derechos fundamentales al logro de fines sociales como la convivencia o el orden. Por la otra, una racionalidad una racionalidad de corte liberal –garantista, que parte de la valoración contraria”. RODRÍGUEZ GARAVITO, Op. Cit. p. 43.

el estado de derecho, como construcción racional, con lo que ello supone en términos de garantías procesales, se ve abiertamente cuestionado con el proceder de la Corte Constitucional en el control que efectúa; la discrecionalidad del juez constitucional permeada por sus propios motivos guerreristas, supone un grave peligro para la defensa de los derechos individuales¹³³.

De ello resulta que la postura de la Corte Constitucional frente a la guerra, con el relajamiento que ello genera en el control constitucional sobre el guerrero estatal, en detrimento de la protección de los derechos fundamentales, se fundamenta en una lectura guerrerista de la Constitución que llena de contenido ese silencio sobre el tema. Siguiendo a Mario Montoya Brand, la Corte consecuente con la postura que ha tomado frente a la guerra, hace una interpretación de la Constitución en términos guerreristas que es la que le sirve como parámetro para juzgar la guerra:

Así las cosas, la Corte muy próxima al Gobierno Nacional, ha ido construyendo una Constitución Política con un contenido que apenas aparecía explícito en el texto original, y en un ejercicio de mutación constitucional a través del método de la interpretación, ha modelado un articulado dirigido a la

¹³³ La idea expuesta a continuación puede resultar aclaratoria: “(...) aunque ese redimensionamiento del papel del juez sea consecuencia de la constitucionalización de los derechos, de ahí derivan también peligros para la efectiva garantía de los mismos: un poder judicial no estrictamente reglado puede terminar siendo un poder sumamente activista y no necesariamente garantista; y esta es por tanto una situación que contradice la lógica de Estado de Derecho, en cuanto modelo jurídico encaminado a limitar y evitar la arbitrariedad del poder.

Precisamente la conciencia de ese papel central que los jueces vienen llamados a desempeñar en los sistemas regidos por el principio de constitucionalidad, pero también la conciencia del riesgo antigarantista (y por tanto antidemocrático) a que puede conducir el activismo judicial desbocado, explica la gran atención que en las últimas décadas se viene prestando a los procesos argumentativos judiciales. Y es que la presencia de una fuerte discrecionalidad en el desempeño de la función judicial no proporciona inmunidad al juez; antes al contrario, representa un reto para la conformación de controles jurídicos que se ejercerán sobre el proceso argumentativo que conduce desde la inicial información fáctica y normativa a la resolución o fallo. En otras palabras, si es consustancial al constitucionalismo la centralidad de un poder judicial fuertemente discrecional y con amplias facultades dispositivas, entonces parece necesario esmerar la argumentación para no renunciar a valores como la previsibilidad, la certeza, la igualdad en la aplicación de la ley y (sobre todo el carácter no arbitrario de la aplicación judicial)(...)” GASTÓN ABELLÁN, Marina. La motivación de la prueba. Constitución y Derechos Fundamentales. Centro de Estudios políticos y constitucionales. Madrid, 2004.

derrota jurídica, política y militar de un enemigo indefinido en la Constitución, para lo cual ha desconocido los más elementales principios del constitucionalismo en los que se fundaría su propia existencia y ha favorecido el desconocimiento de los derechos de la población¹³⁴.

¹³⁴ MONTOYA BRAND, Mario. Constitución de 1991, conflicto armado y control constitucional. Op. Cit.

6. REFLEXIONES FINALES

En el trabajo realizado a partir de la lectura comparada de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de guerra, fue posible perfilar a grandes rasgos, la manera en la que la Corporación allega e interpreta el material probatorio, caracterizando la postura belicista que la misma ha tomado respecto del tema, y en consecuencia, las particularidades de una práctica constitucional bastante proclive a relajar los controles al guerrero estatal.

Así las cosas, en el análisis efectuado se demostró que la idea del control constitucional, consistente en un simple razonamiento abstracto de comparación entre normas del ordenamiento jurídico, resulta bastante cuestionable. Ni siquiera partiendo de este supuesto, el control constitucional sobre asuntos relacionados con la guerra, se ajusta a los lineamientos del constitucionalismo pues no se tiene un parámetro constitucional que le sirva a la Corte para ejercer un control sobre el Estado guerrero. Y esa misma circunstancia termina sirviendo para que dicha Corporación realice una lectura guerrerista de la Carta Fundamental.

La anterior afirmación se realiza entendiendo que la Constitución no es un marco regulatorio de la guerra, de modo que los referentes normativos que sirven de parámetro jurídico para el control que ejerce la Corte Constitucional son, la legislación de excepción de un lado, y el Derecho Internacional Humanitario del otro. Pero ambos devienen inidóneos como referentes que sirvan para el control constitucional de la guerra y del Estado guerrero.

A partir de allí se entiende por qué en un proceso constitucional la alusión a la facticidad es fundamental. Como sucede en cualquier otro proceso, la prueba es el medio que tiene el juez para entrar en contacto con los hechos a los que en la sentencia determinará el derecho. Quizá por ello, los nuevos estudios del derecho

procesal constitucional coincidan todos en afirmar que los asuntos que se tramitan ante la jurisdicción constitucional son verdaderos procesos en los que puede identificarse una auténtica actividad probatoria.

Sólo a partir de la caracterización de los procesos constitucionales como verdaderos procesos, ha sido posible defender la idea de que en éstos hay lugar para aplicar un auténtico régimen probatorio, y subsiguientemente realizar un análisis del comportamiento de la Corte Constitucional frente a la prueba. Ciertamente, el debido proceso es un derecho consagrado en el texto constitucional que es exigible en todos los procesos, incluyendo los que se surten ante la Corte Constitucional, y el derecho a la prueba hace parte integrante de aquel. Por tal motivo, el juez constitucional no escapa a la obligación de decretar y practicar las pruebas que conducen a la aplicación de las normas del ordenamiento.

Así las cosas, la prueba en los procesos que se surten ante la Corte Constitucional, resulta trascendental para entender cómo dicha Corporación se forma su propia idea de la guerra y del guerrero: el tipo de aproximación que sobre la guerra realiza la Corporación, condiciona las definiciones del control, su aplicación e incidencia sobre el Estado guerrero.

Atendiendo a lo expuesto en la presente monografía, se pone de presente que la reducida regulación sobre la prueba en asuntos constitucionales, supone la necesidad de emplear las categorías del derecho probatorio tradicional para abordar el estudio del régimen probatorio en los conflictos constitucionales.

Sin embargo, a través del análisis aquí efectuado sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de guerra, es posible afirmar que al manejo de la prueba en los procesos constitucionales, en concreto y en abstracto, se oponen dificultades fácticas, normativas, y políticas en razón del objeto de prueba mismo:

el conflicto armado colombiano como una tipología de guerra irregular. Bajo este entendido, no todos los principios, ni regulaciones del derecho probatorio tradicional, y por lo mismo, no todos los medios de prueba pueden ser usados por el juez constitucional.

Puede decirse que la racionalidad procesal-probatoria clásica no está pensada para ser aplicada en contextos de guerra irregular; resulta compleja la utilización del régimen probatorio en su conjunto, entendiendo que existen medios de pruebas cuyo desarrollo bajo tales circunstancias se hace muy difícil, y por lo mismo, la lógica de los procesos constitucionales que versan sobre la guerra, termina por desatender los principios probatorios tradicionales.

Ante un panorama tal, en el estudio realizado aquí se terminó cuestionando la forma cómo el juez se aproxima al tema de la guerra, no sólo por la ausencia de un tratamiento constitucional de ésta o por las dificultades en la utilización de medios de prueba conformes con la doctrina procesal constitucional, sino además, porque el origen y la interpretación del acervo probatorio se gestan a partir de la dinámica que de hecho rige las relaciones entre el órgano ejecutivo y la Corte Constitucional.

En este sentido, bien puede decirse que las manifestaciones del poder ejecutivo en un contexto de guerra irregular, terminan por invadir, influir y determinar espacios del poder que no le son propios, lo que es de gran trascendencia al momento de evaluar la caracterización del control sobre el Estado guerrero. Se presenta entonces una configuración de las ramas del poder público, que dista del constitucionalismo y que comporta rasgos que complican el control que hace el Tribunal Constitucional y termina por menguar la capacidad de éste como verdadero límite a la actuación del Estado en guerra.

Lo anterior, ha sido importante a fin de establecer cómo la lectura que la Corte Constitucional hace de la guerra atiende en cierta forma a la presión que ejerce el poder ejecutivo: en temas relacionados con la guerra que libra el Estado, existe una manipulación gubernamental, lo que sugiere que la interpretación que hace la Corte se pone al servicio del Gobierno Nacional y sus necesidades respecto de temas bélicos.

Bajo este supuesto, es posible sostener que el material a partir del cual la Corte Constitucional se forma una idea sobre la guerra, está proporcionado por uno de los actores que la libran y en consecuencia, está mediado por un interés directo y parcializado en un determinado sentido del fallo. El Tribunal Constitucional cuenta exclusivamente con la información aportada por el sujeto mismo del control, lo que supone un desbalance en materia probatoria entendiendo que tal interés gubernamental, termina por constituir el sustento mismo de la decisión y de este modo, limita ampliamente la verdad que se obtiene en el proceso.

Lo anterior genera un cuestionamiento a los deberes officiosos de la Corte Constitucional de construir sentencias con un verdadero fundamento probatorio conciliable con los principios de la prueba; a partir de la lectura efectuada de las sentencias relacionadas con el tema de la guerra, ha sido posible determinar que dicha Corporación se muestra indiferente a la construcción de procesos con un material probatorio más simétrico, y ajena a una contrastación probatoria que considere pruebas con un origen diverso.

En este sentido, considerando el origen del material a partir del cual la Corte Constitucional conoce la guerra, y la interpretación que le da, se puede decir que nuestro juez constitucional ostenta una postura que pareciera más política que jurídica y, ello genera un desbalance en materia probatoria y un quebranto de los principios procesales en un estado de derecho.

Es difícil encontrar una sentencia de la Corte Constitucional en la que se establezca una verdad procesal seria, de manera contrastada y libre de la postura política que asume dicha Corporación frente a la guerra; los hechos se dan por demostrados en virtud de su aparente notoriedad o veracidad.

La falta de una definición constitucional de la guerra, las limitaciones fácticas y normativas para emplear todos los medios de prueba disponibles en la legislación procesal colombiana, la presión política que ejerce el gobierno en un estado irregular, sumado al origen predominantemente político del material probatorio a partir del cual la Corte Constitucional razona, han hecho que ésta asuma una interpretación guerrerista de los silencios constitucionales sobre la guerra.

Pues bien, el análisis del tratamiento que la Corte da al material probatorio sugiere una importante conclusión respecto de la manera cómo esta corporación entiende a la guerra y al guerrero: termina obedeciendo a la misma lógica gubernamental, toma partido, integra el conflicto y finalmente adhiere a la filosofía “amigo-enemigo” propia del guerrero institucional.

En este sentido, la verdad que la Corte Constitucional se ha formado de la guerra no es neutral, se trata de una verdad estratégica que obedece más a la lógica de un combatiente que a la de un juez. La prueba en el conflicto armado colombiano se encuentra polarizada, se trata de una prueba de enemigo cuyo estudio por parte de la Corte está dado en términos políticos, haciendo de ésta una estrategia militar, una herramienta de aniquilación del contrincante no en el campo abierto de las batallas, sino en el escenario judicial, que ha resultado por demás bastante útil para el relajamiento del control al estado guerrero.

Así, el tema de la guerra termina transitando de manera casi que exclusiva por la política gubernamental: el Gobierno define qué es la guerra, quién es el enemigo, los medios para combatirlo, y se impone sus propios. La Corte, por su parte, relaja

todo el sistema diseñado para controlar a los poderes instituidos y para garantizar los derechos individuales propios de un Estado de derecho: la seguridad pública aparece como un valor de una importancia tal que justifica la restricción de los derechos individuales y la laxitud en el control del poder.

Ante un panorama como el descrito, puede afirmarse que son las instituciones gubernamentales las que definen la verdad sobre la guerra: una verdad estratégica propia de los combatientes. El material probatorio exento de la rigurosidad propia de la teoría procesal probatoria, se convierte en un instrumento manipulable dispuesto a apoyar objetivos políticos que superan los fines de obtención de la verdad procesal. Y de éste modo, la guerra termina también afectando las sendas del derecho procesal y del derecho probatorio.

BIBLIOGRAFIA

PISTONE, SERGIO. "Razón de estado". Diccionario de Política. Madrid: Siglo veintiuno de España editores. Undécima edición, 1998.

BONILLA, Daniel y ITURRALDE, Manuel A. Hacia un nuevo derecho constitucional. Bogotá: Universidad de los Andes. 2005.

CEPEDA, Manuel José. Derecho constitucional jurisprudencia. Las grandes decisiones de la Corte Constitucional. Bogotá: Ediciones Uniandes, Ancora Editores, 1994.

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. La autonomía de la Corte Constitucional y la separación de poderes. Bogotá: Fundación Foro Nacional por Colombia, 2006.

COLOMBO CAMPBELL, Juan. Ponencia para el encuentro de Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales de Tribunales Supremos de América del Sur. Florianópolis, Brasil, junio de 2002.

DEL ÁGUILA, Rafael. La senda del mal. Política y razón de Estado. Madrid: Taurus, 2000.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba jurídica. Bogotá: Editorial Temis, 2002.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Tomo I. Bogotá: Editorial ABC, 1983.

ESPINAL, Manuel Alonso y VÉLEZ RENDÓN, Juan Carlos. Guerra, Soberanía y Órdenes Alternos. En: Estudios Políticos. Universidad de Antioquia, julio-diciembre 1998, No. 13.

FIX ZAMUDIO, Héctor. Introducción al Derecho Procesal Constitucional. México: Colección Fundap Derecho, Administración y Política, 2002.

FRANCO, Vilma Liliana. Guerra irregular: entre la política y el imperativo moral. En: Estudios Políticos. Universidad de Antioquia, julio - diciembre de 2001, No. 19.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Constitucionalismo perverso, normalidad y anormalidad constitucional en Colombia. 1957-1997. En: Caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis Socio Jurídico. Bogotá. Editorial Universidad de los Andes - Facultad de Derecho - Centro de Investigaciones Sociojurídicas. 2001.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. La eficacia simbólica del derecho: examen de situaciones colombianas. Bogotá: Ediciones Uniandes. 1994.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Jueces sin Estado: La justicia colombiana en zonas de conflicto armado. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. 2009.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Estado, Derecho y Crisis en Colombia. En: Estudios Políticos. Estudios Políticos. Universidad de Antioquia, julio-diciembre 2000, No.17.

GASTÓN ABELLÁN, Marina. "La motivación de la prueba". Constitución y Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales. 2004.

GIACOMETTE FERRER, Ana. La Prueba en los Procesos Constitucionales. Bogotá: Señal Editora: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2007.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Derecho Procesal Constitucional. Madrid: Civitas, 1980.

GONZÁLES ZAPATA, Julio. Foucault tal y como yo lo imagino. En: Estudios Políticos. Universidad de Antioquia, enero - junio 2002, No.20.

HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. Poder y Constitución, El actual constitucionalismo colombiano. Bogotá: Legis, 2001.

HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. Derecho y Conflicto, La Constitución: un instrumento de paz. Bogotá: Fundación Foro Nacional por Colombia, 2005.

HERNANDEZ VALLE, Rubén. La Prueba en los Procesos Constitucionales. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. 2006, No.5.

KALDOR, Mary. New and old wars: Organized violence in a global era. Stanford: Stanford University Press. 1999. En español: Las Nuevas Guerras: Violencia organizada en la era global. Barcelona: Kriterion Tusquets Editores, 2001.

LÓPEZ LOPERA, Liliana. El republicanismo y la Nación: Un mapa retórico de las guerras civiles del siglo XIX colombiano. En: Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, julio-diciembre 2002, No.21

MEDELLÍN TORRES, Pedro. La imperceptible erosión del poder presidencial en Colombia. En: Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, 2006, No. 26.

MONTOYA BRAND, Mario Alberto. Constitución de 1991, conflicto armado y control constitucional. En: Estudios de Derecho. Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, junio de 2008, Volumen LXV, No. 145.

MONTOYA BRAND, Mario Alberto y VÁSQUEZ CÁRDENAS, Ana Victoria. Hacia un panorama teórico de las afecciones y riesgos colectivos en Colombia. En: Estudios de derecho. Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2003, Volumen LXI, No. 137.

MONTOYA BRAND. Control constitucional, guerra y paz en Colombia: 1992-2006. Tesis doctoral, Universidad de Barcelona.

MONTOYA BRAND, Mario Alberto. Entrevista del 15 de Marzo de 2010. Escuela de Derecho de la Universidad Eafit, Medellín.

MORELO, Augusto M. La Prueba: Tendencias Modernas. Buenos Aires: Librería Editora Platense, 2001.

MORENO CATENA, Víctor. El Secreto en la prueba de testigos del proceso penal. Madrid: Editorial Montecorvo S.A, 1980.

MÜNKLER, HERFRIED. The new wars. Cambridge: Polity Press. 2005.

MÜNKLER, HERFRIED. Las guerras del Siglo XXI. En: Revista Internacional de la Cruz Roja, marzo de 2003, No. 849.

OROZCO ABAD, Iván. Combatientes, rebeldes y terroristas: guerra y derecho en Colombia. Iván Orozco Abad, Alejandro David Aponte. Bogotá: Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, 1992.

PÉREZ, William Freddy. Derecho y Contexto, Documento para una conversación informal. Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho, Medellín, 2003.

PÉREZ, William Freddy. Orden Jurídico, negociación, paz y reinserción. La constante imbricación entre guerra, política y derecho en Colombia. En: Estudios Políticos. Universidad de Antioquia, julio-diciembre 2005, No.27.

PISCIOTTI CUBILLOS, Doménico. Los Derechos de Tercera Generación. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia, 2001.

PRIETO SÁNCHEZ, Luis. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Derecho constitucional colombiano. De la carta de 1991 y sus reformas. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2008.

QUINCHÉ RAMÍREZ, Manuel Fernando. La elusión constitucional: una política de evasión del control constitucional en Colombia. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario, 2009.

RANGEL SUÁREZ, Alfredo. Colombia: La Guerra Irregular en el fin de Siglo. En: América Latina hoy. España: Universidad de Salamanca, diciembre 1999, Vol. 23.

RESTREPO RIAZA, William. Colombia: Nación, Soberanía e internacionalización de la crisis. En: Estudios Políticos. Universidad de Antioquia, julio de 1995, No. 06.

REY CANTOR, Ernesto. Derecho Procesal Constitucional, Derecho Constitucional Procesal, Derechos Humanos Procesales. Bogotá: Ediciones Ciencias y Derecho, 2001.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César Augusto; GALLEGO GARCÍA, Gloria María y ESTADO VÉLEZ, Sergio Iván. Nueva Interpretación Constitucional. Medellín: Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia, 1997.

RODRIGUEZ, Gustavo Humberto y RODRIGUEZ, María Carolina. Derecho Probatorio. Bogotá: Ediciones Ciencia y Derecho, 1997.

SACHICA, Luis Carlos. Nuevo constitucionalismo colombiano. Bogotá: Editorial Temis, 1996.

SAGÜES, Néstor Pedro. Derecho Procesal Constitucional. Buenos Aires: Editorial Alfredo y Ricardo de Palma, 1989.

SAGÜES, Néstor Pedro. La interpretación judicial de la Constitución. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1998.

UPRIMNY, Rodrigo. Constitución de 1991, estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnóstico y perspectivas. Debates a la Constitución. Bogotá: Editorial ILSA, 2002.

URIBE HINCAPIÉ, María Teresa. Las soberanías en vilo en un contexto de guerra y paz. En: Estudios Políticos, julio-diciembre 1998, No.13.

URIBE HINCAPIÉ, María Teresa. Las promesas incumplidas de la democracia participativa. Debates a la Constitución. Bogotá: Unilibros, 2002.

URIBE HINCAPIÉ, María Teresa. Las Soberanías en disputa: ¿Conflicto de identidades o de derechos? En: Estudios Políticos. Medellín. Universidad de Antioquia, julio-diciembre 1999, No.15.

URIBE HINCAPIÉ, María Teresa. La guerra y la política: Una mirada desde Michel Foucault. En: Revista Estudios Políticos. Medellín. Universidad de Antioquia, enero junio 2002, No.20.

URIBE HINCAPIÉ, María Teresa. Notas preliminares sobre resistencias de la sociedad civil en un contexto de guerras y transacciones. En: Estudios Políticos. Universidad de Antioquia, julio-diciembre 2006, No. 29.

VALENCIA VILLA, Hernando. Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano. 2ª Edición. Santafé de Bogotá: Cerec, 1997.

VÉLEZ RENDÓN, Juan Carlos. Conflicto y Guerra: La lucha por el orden en Medellín. En: Estudios Políticos. Universidad de Antioquia, enero-junio 2001, No.18.

VÉLEZ RENDÓN, Juan Carlos. Prácticas Hegemónicas y resistencias cotidianas. Una perspectiva para estudiar la formación del Estado en Colombia. En: Estudios Políticos. Universidad de Antioquia, julio-diciembre 2004, No.25.

ZULUAGA GIL, Ricardo. De la expectativa al desconcierto. El Proceso constituyente de 1991 visto por sus protagonistas. Cali: Sello editorial Javeriano, 2008.