

# La seguridad democrática o la parábola del retorno



**Rocío del Pilar Peña\***

Recibido: enero de 2004

Aprobado: julio de 2004

*“El aspirante a la vida amarga que esté más dotado, no tendrá seguramente mayor dificultad en ver su juventud como edad de oro perdida para siempre y en constituirse de este modo en una reserva inagotable de aflicción”.*

Paul Watzlawick

**INTRODUCCIÓN**

Como el eterno bucle de Hofstadter,<sup>1</sup> la tensión entre los colombianos que consideran que en la construcción de un Estado social de derecho no podemos renunciar a las conquistas que por el respeto de los derechos humanos (DDHH) ha hecho la humanidad, y quienes consideran que es necesario hacer sacrificios reales, especialmente en las libertades individuales, para lograr un Estado real y solidario, lo que se ha dado en llamar un Estado comunitario,<sup>2</sup> se ha activado.<sup>3</sup> Nos encontra-



\* Docente-investigadora, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario.

<sup>1</sup> Hofstadter, Douglas R.. *Gödel, Escher, Bach: un eterno y gracil bucle*, 5ª edición, Madrid, Gedisa, 1995. En esta obra, el científico norteamericano nos muestra los paralelismos entre la música, el arte y las matemáticas, llevándonos a entender las situaciones límite de la autorreferencia de los sistemas complejos. Mediante la metáfora de espejos enfrentados comprendemos la complejidad de sistemas matemáticos y sociales.

<sup>2</sup> “El Estado Comunitario no tolerará la corrupción, ni coexistirá con la violencia cualquiera sea su fin o discurso. Realizará inversión social con resultados y promoverá la solidaridad en las decisiones públicas y privadas. Impulsará la creación de un país de propietarios donde todos se sientan dueños y responsables de un activo y un destino. Buscará que la inversión pública conduzca a la generación de empleo productivo. Y trabajará para la eliminación de la burocracia y la politiquería”. Plan Nacional de Desarrollo, “Hacia un Estado comunitario”, p. 1.

<sup>3</sup> Esta definición difiere de la que en filosofía política se ha dado desde la corriente comunitarista. Vale la pena revisar a autores como Walter o Taylor. Sin embargo, este tema no será abordado en este artículo.

*Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 6(2): 299-325, julio-diciembre de 2004*

mos, otra vez,<sup>4</sup> discutiendo sobre la necesidad imperiosa de limitar las libertades individuales con la finalidad de construir ese Estado fuerte y solidario. En este sentido el Acto Legislativo 2 de 2003 se presenta como una interesante herramienta para visualizar esta discusión.

Tras un frustrante proceso de paz durante el gobierno Pastrana y su política de mano tendida, llena de buenas intenciones pero con errores fatales en su concepción y desarrollo, el país eligió presidente a Álvaro Uribe Vélez quien representa la opción de un Estado fuerte, donde la seguridad se presenta como una prioridad fundamental.<sup>5</sup> Para la puesta en marcha de esta política de seguridad es necesario realizar cambios que constituyen en algunos casos reformas constitucionales y, como consecuencia, cambios en el modelo estatal. Éstos comienzan con la introducción de figuras que buscan minimizar aquéllas de corte garantista consagradas en la Constitución y sustituirlas por unas más acordes con un modelo donde las garantías individuales se reducen a favor de la seguridad del Estado. Este artículo pretende dar cuenta de la discusión que se dio en el Congreso colombiano sobre el tema. Para lo anterior se usará el Acto Legislativo 2 de 2003, que sobre limitaciones a las libertades individuales cursó en el Congreso, algunos apuntes sobre el proceso legislativo, y las discusiones sobre la concepción de Estado social de derecho. Como antecedentes o ingredientes nos detendremos en la definición que hace la Constitución sobre Estado social de derecho, para lo que haremos referencia a algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional en los temas que se discutieron en el Acto Legislativo. Por otro lado, veremos la discusión que sobre el mismo tema se dio con la adopción de la Ley 684 de 2001 sobre seguridad y defensa nacional.



<sup>4</sup> Recordemos que esta discusión se dio recientemente en el Congreso con ocasión del debate y aprobación de la Ley 684 de 2001.

<sup>5</sup> "Recuperar el orden y la seguridad –requisito cardinal para la vigencia real de las libertades y los derechos humanos– es preocupación central de este Gobierno. La Seguridad Democrática es lo que se requiere para garantizar la protección de los ciudadanos. Que el Estado proteja a todos por igual y sin distinción, para que todos los colombianos puedan disfrutar de sus derechos. La Seguridad Democrática tiene unos principios guías y unas políticas que están en desarrollo. En este documento presentamos la carta de navegación de lo hecho y de lo que está por hacer, para que servidores del Estado, miembros de la Fuerza Pública y ciudadanos conozcan el conjunto de nuestra política de seguridad y participen en ella". Carta del presidente de la República, en *Política de defensa y seguridad democrática*, Presidencia de la República, Bogotá, 2003.

## 1. UN NUEVO MODELO SIN VOCACIÓN DE PERMANENCIA

En la Constitución de Colombia se adoptó un modelo garantista. Así se expresa desde el artículo 1°: “Colombia es un Estado social de derecho”. En palabras de José Luis Serrano, más que establecer reglas sobre quién decide (las mayorías), o reglas sobre cómo se decide (por mayoría), lo más importante es que existen reglas sobre qué no se puede decidir ni siquiera por mayoría,<sup>6</sup> reglas que protegen a los perdedores de la voracidad de los ganadores, reglas que garantizan el respeto de los derechos fundamentales. En otras palabras, la democracia moderna supone una claridad en las reglas de juego estables, las cuales no pueden ser cambiadas a capricho de las mayorías en detrimento de los derechos de las minorías políticas.

La discusión es entonces sobre el carácter del Estado social de derecho. En la teoría se encuentra en primer lugar una posición donde la democracia y el Estado se fundamentan en la “soberanía popular”, que para algunos “encuentra su expresión apropiada en el presidencialismo, o sea, en la delegación a un líder asumido como expresión directa de la soberanía popular”<sup>7</sup> y, en segundo lugar, se encuentra la posición de quienes sostienen que la democracia tiene su base fundamental en la Constitución entendida como un “sistema de límites y vínculos a cualquier poder”.<sup>8</sup> En esta discusión sobre poder político y la forma de legitimarlo el papel del derecho es fundamental.

Durante el gobierno Pastrana fue promulgada la Ley 684 de 2001 por la cual se expidieron normas sobre la organización y funcionamiento de la seguridad y defensa nacional, en dicha ley se hacían fuertes limitaciones a la libertad personal, y se introducían figuras como el sistema nacional de seguridad y defensa nacional, el poder nacional, seguridad ciudadana, deberes ciudadanos, teatros de operaciones,<sup>9</sup> entre otros. Esta norma buscaba fortalecer el sistema de defensa nacional, para lo cual se restringían de manera ostensible los derechos y las garantías individuales a favor de la seguri-

<sup>6</sup> Serrano, José Luis, *Validez y vigencia: la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, España, Trotta, 1999, pp. 109 y ss

<sup>7</sup> Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 155.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 157.

<sup>9</sup> República de Colombia, Congreso de la República, Ley 684 de 2001, artículo 2 y ss, Bogotá.

dad del Estado. Sin embargo, y por la inspiración garantista de la Constitución, la ley fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional por vicios de fondo en 2002.<sup>10</sup> Este pronunciamiento, y otros que pueden ser calificados como garantistas por la Corte, serán la base de la estrategia de reforma a la administración de justicia del gobierno Uribe.<sup>11</sup>

## 2. LA DISCUSIÓN CONTINÚA

El gobierno Uribe adoptó, de acuerdo con sus promesas de campaña, una política dura de seguridad nacional que dio en llamar de Seguridad Democrática.<sup>12</sup> En desarrollo de ésta presentó en abril de 2003 el Acto Legislativo 223/2003, Cámara, y 15/2003, Senado, “por medio del cual se modifican los artículos 15, 28, 250 de la Constitución Política de Colombia, para enfrentar el terrorismo”, y luego adicionó el Acto Legislativo con la modificación del artículo 24. Así, la necesidad de restringir las libertades y garantías individuales se presenta entonces como indispensable para lograr la seguridad prometida por el gobierno y anhelada por los electores.

El gobierno presentó como razones para modificar la Constitución, fundamentalmente, la urgencia de que las disposiciones para combatir el terrorismo fueran permanentes, y la imposibilidad de la Fiscalía y de la justicia en general para atender las necesidades de investigación en las múltiples regiones del país. Además, consideró que era necesario contar “con herramientas permanentes que ayuden a las autoridades a conjurar una situación delincencial que en nuestro país, e incluso en el mundo entero, se ha convertido en mucho más que temporal”.<sup>13</sup> Finalmente responsabilizó a la Corte de no permitir el desarrollo de un sistema de normas permanente e hizo alusión a la imposibilidad de utilizar los Estados de excepción consagrados en la Carta. Afirmó que “La Corte Constitucional, en espe-



<sup>10</sup> Corte Constitucional, sentencia C-251/2002, M.P. Eduardo Montealegre y Clara Inés Vargas, Bogotá.

<sup>11</sup> En 2002 se presentó y retiró el primero de los proyectos de reforma a la administración de justicia, y en 2003 circuló durante meses un proyecto que restringía aún más las acciones constitucionales.

<sup>12</sup> De acuerdo con el plan de desarrollo “Hacia un Estado comunitario”, “La seguridad Democrática trasciende el concepto de seguridad nacional, ligado exclusivamente a la capacidad del Estado para penalizar y disuadir a quienes se contraponen a la normatividad vigente”, p. 8. Adicionalmente, esta política se recoge en el documento de junio de 2003 “Política de defensa y seguridad democrática” de la Presidencia de la República y el Ministerio de Defensa.

<sup>13</sup> República de Colombia, proyecto de Acto Legislativo 223/2003, Cámara, Exposición de Motivos, en página Web Ministerio de Defensa y Seguridad Nacional.

cial durante los últimos cuatro años, ha sido bastante crítica y estricta en el entendimiento de las razones que han llevado al Gobierno a decretar el Estado de conmoción interior<sup>14</sup> y así ha convertido a este en un mecanismo en parte inservible para el ejecutivo ante la crítica situación del país”.<sup>15</sup>

Aquí se presenta la primera táctica del gobierno Uribe –la cual rendiría sus frutos más adelante–, y es desenfocar la discusión sobre el porqué de la vocación garantista de la Constitución, de su fuerza en la protección de las libertades y garantías individuales, responsabilizando a la Corte Constitucional de la imposibilidad de restringir dichos derechos y libertades por medio de leyes, decretos de conmoción interior, etc., que buscan, mediante la restricción de estos derechos, fortalecer el sistema de seguridad nacional por un lado y fortalecer al ejecutivo frente a las otras ramas por otro. En este sentido, los proyectos de reforma de la administración de justicia, que buscan limitar las competencias, y especialmente la competencia constitucional, aparecen como otro engranaje en la política del gobierno Uribe.

El proyecto de Acto Legislativo presentado por el gobierno Uribe pretendió reformar tres artículos de la Constitución: el primero modificaba el artículo 15 que habla del derecho a la intimidad, haciendo referencia al derecho a la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación que podían ser limitadas por autoridades administrativas, sin orden judicial previa, en los términos que estableciera una ley estatutaria y solamente para casos de terrorismo. Por medio de la modificación del artículo 28, que consagra la libertad personal, hacía referencia a la posibilidad de hacer detenciones con fines de identificación y registro domiciliarios sin autorización judicial en casos de terrorismo. Finalmente, al artículo 250 se le introduciría un párrafo en el que se faculta a la Fiscalía General de la Nación para conformar unidades especiales de policía judicial dentro de las fuerzas militares, el DAS y la policía.<sup>16</sup> Luego, el gobierno adicionó al proyecto una modificación al artículo 24 que habla

<sup>14</sup> García Villegas, Mauricio, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Colciencias y otros, 2001; este autor hace un extenso y profundo análisis de la historia de los estados de excepción en Colombia en el capítulo IV (Constitucionalismo perverso, normatividad y anomalía constitucional en Colombia: 1957-1997).

<sup>15</sup> Véase supra nota 13.

<sup>16</sup> Proyecto de Acto Legislativo 223 de 2003 Cámara, por medio del cual se modifican los artículos 15, 28 y 250 de la Constitución Política de Colombia para enfrentar el terrorismo.

de la libertad de locomoción, en la que se introdujo la frase “Una ley estatutaria podrá establecer la obligación de empadronamiento de los habitantes”.<sup>17</sup>

### 3. LA TENSIÓN SE VISLUMBRA

Cuando el proyecto empezó a debatirse en el Congreso de la República, el gobierno Uribe usó una segunda táctica que consistió en presentar de manera casi simultánea el proyecto de ley de referendo llamado “referendo contra la corrupción” donde se plantea la reducción del Congreso a una cámara y 150 congresistas y como motivación para esto se alude a la politiquería, a la necesidad de limitar recursos, etc. El área de maniobra de los congresistas se reduce; desprestigiados ante la opinión pública, es necesario aparecer como defensores del gobierno y su política en contra de la corrupción y la politiquería. Esta táctica resulta interesante para quienes consideran que la democracia es la voluntad de las mayorías y existe, como señala Ferrajoli hablando de los riesgos de entender la democracia como la voluntad de las mayorías, la idea de que el consenso legitima todo abuso: “En suma, el rechazo del sistema de mediaciones, límites, contrapesos y controles que comporta la sustancia de lo que podemos denominar *democracia constitucional*”.<sup>18</sup>

El Congreso se encuentra en una encrucijada, por un lado debe defender la democracia, es decir, defender la composición del Congreso, sin que ello parezca la defensa de la corrupción;<sup>19</sup> de otro el gobierno, con una aceptación muy grande dentro de la población (que puede confundirse con legitimidad), presenta un proyecto de Acto Legislativo que de acuerdo con la exposición de motivos busca acabar con el terrorismo y darle seguridad al ciudadano (al menos en el discurso). Así las cosas, nos encontramos con un Congreso temeroso, de alguna manera *subjudice*. Discutir la vigencia del Estado social de derecho en Colombia, sin tener en cuenta esto, sin hacer las apuestas personales y de intereses que se representan, y hacer un debate de fondo, es una ilusión. La táctica del gobierno funciona.

El discurso por el respeto de las garantías individuales puede verse como subversivo, si se quiere. De una manera escueta, el discurso



<sup>17</sup> *Gaceta del Congreso*, Año XII, No. 182, p. 1.

<sup>18</sup> Ferrajoli, *op. cit.*, p. 155.

está devaluado. En este sentido, al mirar el proceso que se dio en la primera vuelta del Acto Legislativo, lo que se pretende en esta sección del artículo es mostrar la tensión desde los debates parlamentarios que tuvo dicho Acto y, de manera residual, mostrar cómo en el Congreso actual no existen bloques políticos ni líneas divisorias plenamente determinadas.

En la primera vuelta los ponentes de la Cámara introducen cambios importantes al texto del gobierno. En la ponencia para primer debate los ponentes expresan que se apartan del articulado presentado por el gobierno, dado que la propuesta tiene “*restricciones permanentes a los derechos fundamentales*,”<sup>20</sup> los cuales por ser Colombia un Estado social de derecho, consagra y protege de manera directa”.<sup>21</sup> Adicionalmente llaman la atención sobre las obligaciones de Colombia, como parte de la comunidad internacional, de respetar los tratados internacionales ratificados por el Congreso. Finalmente, la ponencia destaca la audiencia pública que citó la Comisión Primera de la Cámara para conocer la opinión de expertos e interesados en el tema.

Al proyecto se le introdujeron modificaciones limitando sus alcances en su radio de acción y consagrando la temporalidad de las reformas introducidas. En este sentido, las modificaciones al texto inicial se resumen así: en los artículos 15 y 28 se consagra la obligación del ente administrativo de dar “*aviso inmediato al juez que ejerza las funciones de control de garantías y control judicial posterior dentro de las 36 horas siguientes*”,<sup>22</sup> adicionalmente se expresa la moción de censura en los dos artículos mencionados cuando se haya hecho mal uso de las funciones allí consagradas. En cuanto a las Unidades Especiales de Fiscalía en las fuerzas armadas y de policía su función se limita “*a aquellos sitios del territorio nacional donde no exista una autoridad judicial a la que pueda acudir en forma inmediata o donde el acceso de los funcionarios ordinarios de policía judicial no sea posible por excepcionales circunstancias de orden público*”.<sup>23</sup> Respecto a la obli-

<sup>19</sup> Existe en el imaginario colectivo una equivalencia entre el parlamento y la corrupción, que puede ser cierta en algunos casos pero no abarca todo el fenómeno.

<sup>20</sup> Énfasis agregado.

<sup>21</sup> Ponencia para primer debate al proyecto de Acto Legislativo 223 de 2003, *Gaceta del Congreso*, No. 174, 2003.

<sup>22</sup> Texto del proyecto de Acto Legislativo 233 de 2003 aprobado por la Comisión Primera de la Cámara, Acta número 21 de mayo 7 de 2003.

<sup>23</sup> Artículo nuevo, pliego de modificaciones al proyecto de Acto Legislativo 223 de 2003, Cámara.

gación de empadronamiento introducida por el gobierno Uribe, en primer debate se cambia el texto original de la propuesta por el siguiente: “el Gobierno Nacional podrá establecer la obligación de llevar informe de residencia de los habitantes del territorio nacional”,<sup>24</sup> haciendo del empadronamiento una obligación constitucional para el ciudadano, sin requisito alguno distinto a la voluntad de la administración y sin control especial. Para el segundo debate se vuelve a establecer la necesidad de que una ley estatutaria reglamente el empadronamiento. Por último introduce una limitación de temporalidad a la reforma constitucional, que es de tres años.

Las estrategias del gobierno Uribe de limitar el poder del Congreso y el de la Corte Constitucional frente al poder ejecutivo para fortalecerlo generaron en la opinión pública una expectativa muy grande; igualmente, la idea de limitar las garantías individuales hace carrera. A pesar de que los ponentes expresan que son conscientes de las implicaciones de hacer este tipo de restricciones, el gobierno Uribe es demasiado fuerte, y la idea de restringir libertades para obtener seguridad seduce, por lo que sólo se hacen cambios de tipo formal y se pretende minimizar el impacto de estas reformas limitándolas en el tiempo.

En la discusión que se hace en el Senado de la República sobre este acto se presentan dos posiciones frente a la limitación de las garantías individuales, y es aquí donde la tensión se hace más evidente. En primer debate se presenta una ponencia firmada por los senadores Pardo y Holguín<sup>25</sup> en la que se afirma que el proyecto busca otorgar medidas útiles y eficaces para la prevención y el control del terrorismo. En este sentido, la ponencia sostiene que el terrorismo (como delito) es el marco restrictivo de las medidas que se están adoptando y que el objeto de la reforma es ejercer un control eficaz sobre el mismo. Por otra parte, sostiene la ponencia, se estaría ajustando la legislación para responder a “las acciones de los terroristas y proporcionar elementos a las autoridades encargadas de investigar sus crímenes, para que puedan entregar a la ciudadanía resultados positivos en el proce-



<sup>24</sup> Texto del proyecto de Acto Legislativo 233 de 2003 aprobado por la Comisión Primera de la Cámara, *Gaceta del Congreso*, Año XII, No. 205, jueves 15 de mayo de 2003, p. 8.

<sup>25</sup> El senador Pardo, aunque de origen liberal, se presentó a las elecciones dentro de sectores independientes que apoyaban al presidente Uribe; el senador Holguín es el presidente del partido conservador, que apoyó al presidente Uribe en las elecciones.

samiento de sus casos”.<sup>26</sup> De acuerdo con los ponentes, la definición del delito de terrorismo está claramente establecida<sup>27</sup> por el ordenamiento jurídico colombiano al igual que en el plano internacional.<sup>28</sup> De esta manera, “las actuaciones que correspondan a estas definiciones serán el marco que limitará la utilización de las modificaciones planteadas a las normas constitucionales”.<sup>29</sup> Esta ponencia marca claramente la posición tanto del gobierno y los altos mandos militares como la de un amplio sector del Congreso. Así, la limitación de las libertades individuales se justifica en la necesidad de controlar el orden público y se introduce una variable que tiene gran fuerza: la lucha contra el terrorismo, que constituye una de las variables más negativas que afecta, e incluso impide, garantizar el orden público.

Para los ponentes, las medidas que el gobierno Uribe plantea son justificadas a fin de que la fuerza pública pueda actuar de manera adecuada para acabar con el terrorismo y controlar el orden público. Sobre las medidas de detenciones sin previa orden judicial los ponentes hacen énfasis en que “se podrá adelantar exclusivamente para efectos de identificar a la persona, no para realizar interrogatorios, no para extraer prueba alguna a partir de esa medida. Solamente para conocer su identidad. Que se formalice la detención, por orden debida de autoridad judicial competente, será otro asunto”.<sup>30</sup> En cuanto a las Unidades de Policía Judicial dentro de las fuerzas armadas y de policía opinan que “No se trata pues de que las fuerzas militares tengan de por sí facultades de policía judicial, sino de que la Fiscalía pueda integrar unidades especiales con algunos de sus miembros, que puedan apoyar las labores de estos grupos en actuaciones contra el terrorismo”.<sup>31</sup>

En la ponencia presentada por los senadores Piñacué y Rojas,<sup>32</sup> que se aparta de los presupuestos de la ponencia mayoritaria –aunque conservan dos artículos del proyecto de Acto Legislativo–, hacen un

<sup>26</sup> Pardo, R., Holguín, C., Ponencia para primer debate al proyecto de Acto Legislativo 223 de 2003, Cámara, 015 de 2003, Senado, *Gaceta del Congreso*, Año XII, No. 240, Bogotá, 2003, p. 1.

<sup>27</sup> Artículos 343 y 144 del Código Penal.

<sup>28</sup> Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, suscrito en el marco de las Naciones Unidas en el año 1999.

<sup>29</sup> Pardo, R., Holguín, C., *op. cit.*

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>31</sup> *Idem.*

<sup>32</sup> El senador Piñacué es independiente, pertenece al Polo Democrático (coalición de centro izquierda), el senador Rojas es de procedencia liberal aunque no apoyó al candidato del partido en las últimas elecciones.

llamado a la defensa del debido proceso, principalmente en la exposición sobre los principios y presupuestos básicos de las democracias modernas. Ellos señalan:

[D]entro de todas esas protecciones ninguna tan entrañable a las democracias liberales como “el debido proceso”, consagrado en el artículo 29 de la Carta, pero difundido a través de toda la Constitución como un amplio espectro de procedimientos y garantías para de manera “debida”, porque desde luego hay maneras “indebidas”, de ejercer la actividad Legislativa, Administrativa y jurisdiccional, en todos los ámbitos en que el Estado se ocupe del comportamiento del individuo.<sup>33</sup>

Esta ponencia de alguna manera representa el otro punto de la tensión y el argumento es central, la legitimidad no reside sólo en la legalidad, reside, como se dijo, en la claridad de las reglas de juego y en la imposibilidad de las mayorías de cambiarlas a su arbitrio.

Además, llaman la atención sobre el tipo penal del delito de “terrorismo” y se precisa que:

[E]l tipo penal se refiere a actos que pongan en peligro la vida, la integridad física y la libertad de las personas, las edificaciones, los medios de comunicación o de transporte, etc. Son todos actos que encajan en los diversos tipos penales previstos en el código, y que sólo adquieren la connotación terrorista cuando se encaminan a atentar contra la seguridad pública. Pero igualmente existen diversos actos legítimos que pueden enmarcarse dentro del concepto vago del terrorismo, toda vez que queda en cabeza de las autoridades administrativas la definición de qué es y qué no es terrorismo, o qué es un acto que pueda convertirse en una conducta con pretensión de subvertir la seguridad pública.<sup>34</sup>

Los senadores presentan entonces un pliego de modificaciones donde sólo se incluye un cambio al artículo 24 de la Carta en el que establece limitaciones por medio de ley estatutaria al derecho de circulación y otra al artículo 251<sup>35</sup> donde se faculta bajo ciertas condiciones a la Fiscalía a conformar unidades que cumplan funciones operativas de apoyo.

En la ponencia para segundo debate en el Senado los senadores Piñacué y Rojas hacen una declaración que pone de presente las diferencias entre las dos posiciones:



<sup>33</sup> Rojas, H., Piñacué, J., Ponencia para primer debate al proyecto de Acto Legislativo 223 de 2003, Cámara, 015 de 2003, Senado, *Gaceta del Congreso*, Año XII, No. 240, Bogotá, 2003, p. 5.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>35</sup> El artículo 251 de la Carta expresamente habla de las funciones especiales del fiscal general de la nación, en tanto que el 250, original del proyecto del gobierno, habla de funciones de la Fiscalía.

Hemos contribuido al trámite acelerado de un proyecto que se presentó casi al final del periodo legislativo, no queremos que la urgencia del tiempo dé al traste con las intenciones de debatir el tema. Pero insistimos en la necesidad de que para la segunda vuelta la Comisión y la Plenaria tengan más tiempo para analizar un proyecto tan trascendental con la calma y ponderación que la tarea demanda en procura de no desvertebrar el orden constitucional de los derechos y su protección. Es decir, por tratarse de la primera vuelta no ahondamos en esta ponencia acerca de los argumentos que sustentan nuestras discrepancias pero nos reservamos el derecho de hacerlo con profundidad en la segunda.<sup>36</sup>

Aquí hay tres puntos para resaltar. En primer lugar, la posición dominante del ejecutivo que le permite presentar un Acto Legislativo para que se le dé trámite sin mayor discusión; en segundo lugar, la voluntad clara del gobierno de fortalecer el poder ejecutivo<sup>37</sup> y por ende debilitar la Constitución de 1991 y, en tercer lugar, una huida hacia delante por parte de los congresistas, tratando de defender la democracia congraciándose con un ejecutivo autoritario y una opinión pública complaciente que apoya este tipo de medidas.<sup>38</sup>

El pliego de modificaciones es aprobado en plenaria de Senado el 18 de junio de 2003, luego de la respectiva conciliación y aprobación por plenarias de Cámara y Senado. El gobierno nacional, en cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 375 de la Constitución Política, publicó el proyecto de Acto Legislativo 223 de 2003, Cámara, y 015 de 2003, Senado, “por medio del cual se modifican los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución Política de Colombia para enfrentar el terrorismo”,<sup>39</sup> de acuerdo con lo redactado por la Comisión de Conciliación y aprobado por las plenarias de Cámara y Senado. Cabe anotar que el documento acogido por la Comisión de Conciliación fue el texto que se aprobó en plenaria de Senado.

En la segunda vuelta del Acto Legislativo la discusión fue álgida y se aprobó un texto similar al aprobado en primera vuelta.<sup>40</sup> Más que hacer una comparación entre los dos textos se debe llamar la atención sobre dos argumentos que llenan de dudas este cambio constitucional. En primer lugar es necesario analizar lo sucedido

---

<sup>36</sup> Ponencia para el segundo debate al proyecto de Acto Legislativo 223 de 2003, Cámara, y 15 de 2003, Senado, senadores Piñacué y Rojas.

<sup>37</sup> Ver García Villegas, *op. cit.*

<sup>38</sup> La opinión pública que contesta las encuestas.

<sup>39</sup> *Diario Oficial* 45.242, Decreto 1880 del 7 de Julio de 2003.

<sup>40</sup> Ver anexos 1 y 2.

en la sesión plenaria de la Cámara de Representantes en el momento de la votación del articulado. En Colombia los actos legislativos deben ser aprobados por mayoría absoluta de ambas cámaras en la segunda vuelta. La tarde en que se estaba votando el articulado, el representante a la Cámara Ulises Torres, liberal chocoano que pertenece a la coalición del gobierno Uribe, llamó la atención del presidente de la corporación, Alonso Acosta O., representante conservador de la coalición del gobierno, en el sentido de que era necesario suspender la votación y levantar la sesión ya que se carecía de los votos suficientes para que el Acto Legislativo siguiera su curso.<sup>41</sup> Así se hizo y a la mañana siguiente se logró la votación necesaria para el acto después de algunas negociaciones del gobierno Uribe con miembros de la Cámara baja. Aquí nos encontramos con una transgresión flagrante de las reglas de la democracia, “procesos ciertos y resultados inciertos”, el gobierno nacional y la coalición del gobierno en el Congreso optan por una variante de ésta: “resultados ciertos y procesos inciertos”.

Existe otro aspecto que, aunque no tiene relación directa con el debate del Acto Legislativo en el Congreso, es necesario considerar. De acuerdo con el artículo 93 de la Constitución los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos, prohíben su limitación aun en Estados de excepción, y prevalecen sobre el orden interno. Por lo que parecería por lo menos dudoso que este Acto Legislativo no fuera en sí mismo en contra de una Constitución de corte garantista que desde su primer artículo declara que Colombia es un Estado social de derecho. El Congreso hubiese tenido que considerar este aspecto en la discusión del proyecto.

#### **4. LA CONSTITUCIÓN QUE TENEMOS Y LA QUE ESTAMOS CONSTRUYENDO**

Como vimos, una de las tácticas del gobierno Uribe durante el proceso del Acto Legislativo fue la de descentrar la discusión sobre la naturaleza garantista de la Constitución y responsabilizar a la Corte Constitucional de no contar con las herramientas suficientes para con-



<sup>41</sup> El incidente fue reseñado por los medios de comunicación nacional, ver archivos de noticieros nacionales.

trolar el orden público. Pistas de esta táctica las podemos encontrar desde la exposición de motivos en la que el gobierno declara:

... la jurisprudencia de la Corte ha impedido su organización. La Corte Constitucional, en especial durante los últimos cuatro años, ha sido bastante crítica y estricta en el entendimiento de las razones que han llevado al Gobierno a decretar el Estado de conmoción interior y así, ha convertido a éste en un mecanismo en parte inservible para el ejecutivo ante la crítica situación del país.

Carencias constitucionales para afrontar el fenómeno del terrorismo. La Constitución otorga al Presidente de la República la misión de velar por el orden público en todo el territorio nacional. Pero para ello no puede contar con el concurso de sus fuerzas armadas. Tampoco pueden éstas colaborar en las funciones de policía judicial, ni siquiera en casos en que por su especialidad, complejidad o ubicación geográfica, presentan enormes dificultades para los fiscales.<sup>42</sup>

Cuando se afirma que el Estado de conmoción interior se ha convertido en una herramienta inservible para combatir el terrorismo se hace evidente una nostalgia por los Estados de excepción ilimitados consagrados por la Constitución de 1886 y su discrecionalidad con controles muy débiles al ejecutivo. Estados de excepción que fueron casi ininterrumpidos por cuarenta años antes de la Constitución de 1991. Olvidan entonces el gobierno Uribe y el Congreso, o por lo menos sus mayorías, que durante ese lapso el orden público del país tampoco fue controlado por la fuerza pública, que nuestra historia está plagada de operativos para “acabar” con la guerrilla que sólo han demostrado la ineficacia de los gobiernos por garantizar el orden público en el territorio nacional. Más que la posición de la Corte sobre los temas ya referidos, es importante que la discusión se centre sobre el modelo constitucional que se tiene y el que se quiere.

La neutralización de las declaraciones de inconstitucionalidad de la Corte Constitucional mediante un Acto Legislativo aparece como una táctica útil no sólo en este tema.<sup>43</sup> Pero para el caso vale la pena preguntarse ¿cuál ha sido la posición de la Corte Constitucional sobre la defensa y seguridad nacional frente a la Constitución de 1991?,



<sup>42</sup> Proyecto de Acto Legislativo 223 de 2003, Cámara, por medio del cual se modifican los artículos 15, 28 y 250 de la Constitución Política de Colombia para enfrentar el terrorismo, exposición de motivos.

<sup>43</sup> Existen buenos ejemplos en los cuales, a un pronunciamiento de la jurisdicción –llámese Consejo de Estado, Corte Constitucional o Consejo Nacional Electoral– que contraríe la voluntad del presidente sigue la propuesta de cambio constitucional en contra del mismo.

¿qué argumentos esgrimió la Corte o se tuvieron en cuenta para la formulación y debate del actual Acto Legislativo sobre el tema? La respuesta a estas preguntas pueden permitir entender algunos de los argumentos y posiciones de amigos y detractores del Acto Legislativo 2 de 2003, así como de la política de seguridad democrática en particular y la política de contracción democrática del gobierno Uribe. Para esto, y a manera de ilustración, vale la pena revisar algunos pronunciamientos de la Corte y específicamente los relacionados con las limitaciones a derechos y garantías individuales que realizó el mencionado Acto Legislativo.

#### 4.1 La Corte y el Estado social de derecho

La Corte Constitucional, al revisar la Ley 684 de 2001 en la sentencia 251 de 2002 en relación con el Estado social de derecho establece la importancia de interpretar la Constitución como un cuerpo único, y de fortalecer las instituciones democráticas. Pero más allá de la concordancia con artículos de la Constitución, la Corte reafirma lo dicho en sentencia T-406 de 1992, en la que se habla de la Carta como un cuerpo único en el que “no es posible interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales”.<sup>44</sup>

En segundo lugar, la Corte considera que la Constitución consagra la dignidad humana y la prevalencia de los derechos de la persona como las bases en las que se funda el Estado colombiano,<sup>45</sup> un Estado que la Carta desde sus primeros artículos define como social de derecho

[Q]ue además de ser democrático, participativo y pluralista, está fundado en la dignidad humana, se encuentra al servicio de la comunidad y debe garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (CP arts. 1º, 2º, 3º, 5º, 7º y 8º). Estos enunciados no son proclamas retóricas sin efectos normativos sino que establecen las fórmulas constitucionales básicas, que definen la naturaleza de nuestra organización institucional y delimitan las relaciones que existen entre los ciudadanos y las autoridades. Esas primeras normas condensan entonces la filosofía política que inspira el diseño institucional previsto por la Carta, y por tanto



<sup>44</sup> Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón, consideración I-A-6.

<sup>45</sup> Corte Constitucional, sentencia C-251 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre y Clara Inés Vargas, consideración 7.

representan los principios esenciales que irradian todo el ordenamiento constitucional y condicionan la acción de las autoridades en general, y del Legislador en particular. Por ello el intérprete de la Carta encuentra en estos principios o fórmulas constitucionales básicas unos criterios hermenéuticos esenciales para determinar el contenido propio de otras cláusulas constitucionales más particulares, como aquellas que regulan la organización institucional.<sup>46</sup>

Organización que se basa, como en cualquier democracia moderna, en la división de los poderes y en el equilibrio de los mismos mediante un juego de pesos y contrapesos que se traducen en control del poder. Parte entonces la Corte del principio de que las democracias sólo existen en la medida en que haya un equilibrio entre los poderes públicos, equilibrio que se garantiza por unas instituciones democráticas fuertes y respetuosas de la dignidad humana y de los derechos individuales. Derechos que se ven amenazados con la inclusión del artículo en el cual se autoriza la interceptación o registro de la correspondencia y demás formas de comunicación privada de personas sobre las cuales haya información de que están realizando conductas tendientes a la preparación o realización de actos terroristas.<sup>47</sup>

El autocontrol por parte del Estado, representado en instituciones democráticas y división de poderes, se nos presenta entonces como condición *sine qua non* de un Estado social de derecho. En este sentido la Corte afirma que:

Un Estado de derecho debe armonizar la libertad y el orden, de tal forma que para lograr la seguridad no vulnere los derechos fundamentales y las libertades puedan ser ejercidas dentro de un orden justo, respetuoso del pluralismo y de la libertad de crítica. Y en eso consiste el orden público democrático que aspiran a consolidar los regímenes constitucionales, que fundan su legitimidad en el reconocimiento y garantía de los derechos humanos. Y nada más y nada menos es eso lo que proclama nuestra Carta cuando define a Colombia como un Estado Social de Derecho, democrático y pluralista, fundado en el reconocimiento de la dignidad humana y la prelación de los derechos de la persona (CP arts. 1º y 5º).<sup>48</sup>

<sup>46</sup> *Idem.*

<sup>47</sup> Artículo 1 del proyecto de Acto Legislativo 223 de 2003, Cámara, 15 de 2003, Senado, aprobado en primera vuelta.

<sup>48</sup> *Idem.*

## 4.2 La Corte y las limitaciones a las libertades y garantías individuales

Como hemos visto, la Constitución Nacional en sus primeros artículos consagra las libertades y garantías individuales como base de un Estado social de derecho. Sobre las limitaciones a las mismas, la Corte se pronunció en el siguiente sentido: “en los eventos en que es declarado el Estado de excepción, pueden establecerse límites al derecho de locomoción, de forma tal que por ejemplo, la circulación sea restringida temporalmente”.<sup>49</sup>

Pero estas limitaciones deben ser temporales, en primer lugar porque van en contra del actual artículo 24 de la Carta, pero más allá del precepto constitucional específico la Corte consideró que la violación puede extenderse a otros derechos fundamentales consagrados en la Carta; así lo afirmó al analizar el inciso final del artículo 54 de la Ley 684 de 2001, que consagraba una figura hermana de la que hoy se debate en el Congreso.<sup>50</sup> Para la Corte,

el registro de la población que exige a las personas el suministro de información cuando exista cambio de domicilio incluye el deber de revelar la profesión, el oficio o la actividad de cada persona, lo cual representa una amenaza a otros derechos fundamentales. Piénsese por ejemplo en la situación de un activista perteneciente a un grupo político contestatario o de un predicador de un credo religioso minoritario.<sup>51</sup>

Éste no es un simple “registro de la población”, es un control que el Estado puede ejercer en un momento dado a los opositores, la prensa libre y los grupos minoritarios, propio de regímenes autoritarios no de regímenes democráticos. El control de la correspondencia por parte del Estado es una figura más del socialismo perfeccionista, donde el Estado es omnipresente, que de una democracia participativa como la consagrada en la Constitución.<sup>52</sup>

## 4.3 La Corte y las detenciones sin orden judicial previa

No es la primera vez que este tipo de normas es presentado a consideración del Congreso de la República. Por ejemplo, en la reciente



<sup>49</sup> Corte Constitucional, sentencia C-179 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>50</sup> Véase modificación al artículo 24 de la Carta.

<sup>51</sup> Corte Constitucional, sentencia C-251 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre y Clara Inés Vargas, consideraciones 86 y 87.

<sup>52</sup> Kimilcka, Hill, *Filosofía política contemporánea: una introducción*, Barcelona, Ariel, 1995.

discusión de la Ley 684 de 2001, en plenaria de Senado se aprobó el pliego de modificaciones para segundo debate presentado por el senador Gómez Hurtado. En esta modificación se proponía el artículo 69 que introducía en el ordenamiento jurídico “la aprehensión preventiva”, que consistía en brindar a los miembros de la Fuerza Pública la facultad de “aprehender preventivamente a una persona en situaciones de apremio en las cuales no pueda exigirse la orden judicial porque resultaría ineficaz”.<sup>53</sup> Adicionalmente se preveía que las aprehensiones preventivas tenían como objeto único verificar los hechos relacionados, dando la posibilidad de interrogar y acopiar documentos para constatar si había motivos para que se adelantara la investigación judicial; por último, que ésta tendría una duración máxima de 36 horas.

Aunque el texto del artículo fue aprobado por el Senado, tuvo gran resistencia y esto hizo que no fuera aprobado en la Cámara. Prueba de esto es el documento que presentó la Fiscalía en la audiencia pública que citó la Comisión Segunda de Cámara, que con base en lo expresado por la Corte Constitucional en distintas oportunidades solicitó expresamente excluir del proyecto el artículo 69.

En cuanto a este tema la Corte se pronunció de manera tajante en la sentencia C-024 de 1992, al examinar la constitucionalidad de los Decretos Leyes 1355 y 522 de 1971, y sostuvo:

En el derecho constitucional colombiano, la detención preventiva administrativa no ha recibido un tratamiento sistemático, ni a nivel doctrinal ni en el plano jurisprudencial. Y eso era explicable por cuanto la Constitución de 1886 no había establecido una reserva judicial de la libertad sino que simplemente establecía que la orden de privación de la libertad debía provenir de autoridad competente, pudiendo entonces ser ésta la autoridad policiva o administrativa. No había entonces por qué discutir a nivel de la doctrina constitucional las características y la normación de esa detención administrativa por cuanto su regulación estaba referida a la ley. En cambio, como la Constitución de 1991 consagró como regla general la reserva judicial en materia de privación de la libertad, es necesario que la Corte establezca criterios que precisen los alcances de la detención preventiva consagrada en el inciso segundo del artículo 28, puesto que ésta no implica una posibilidad de retención arbitraria por autoridades policivas sino que es una aprehensión material que tiene como único objeto verificar ciertos hechos que sean necesarios para que la policía pueda cumplir su función constitucional, a saber “el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz” (art. 218 CP).

<sup>53</sup> Pliego de modificaciones al proyecto de Ley 81 de 2000, policopiado.

La posición de la Corte sobre el tema de las detenciones es reiterativa y se basa en el principio de “reserva judicial”. No es un artículo aislado de la Constitución, como afirma la Corte: “en un Estado Social de Derecho la administración está sometida al principio de legalidad, la regulación de las detenciones preventivas es materia legal, a fin de que se establezcan las formalidades que debe reunir toda detención preventiva y se delimiten los eventos y motivos en los que ella puede operar”<sup>54</sup>. Pero la legalidad va más allá del simple requisito constitucional, se trata del equilibrio de poderes, de la garantía que tiene todo sindicado en un Estado social de derecho de contar con las garantías del “debido proceso”.

No se trata de desconocer la tremenda crisis de violencia en que ha vivido Colombia en los últimos 40 años, se trata de entender los límites del poder dentro de la democracia y el respeto por los derechos individuales como fundamento de ésta.<sup>55</sup>

#### **4.4 La Corte y las funciones de policía judicial a miembros de las fuerzas armadas**

El tema de otorgamiento de funciones de policía judicial a las fuerzas armadas ha sido recurrente en nuestra legislación. Pero, ¿qué entendemos por policía judicial? Parece una pregunta básica para entender el monto de la apuesta que estamos haciendo cuando introducimos figuras como las consagradas en el Acto Legislativo materia de análisis.



<sup>54</sup> Corte Constitucional, sentencia C-024 de 1994, M.P. Alejandro Martínez.

<sup>55</sup> *Ibid.* En la misma sentencia se expresa: “La Corte Constitucional no desconoce la aguda situación delincinencial que vive el país, para las cuales la Constitución consagró instrumentos jurídicos como la detención preventiva a fin de asegurar la eficacia de la acción de las autoridades.

“Pero tampoco puede la Corte Constitucional desconocer la crítica situación de derechos humanos que ha conocido el país en los últimos años, por lo cual es trascendental la labor de los organismos de vigilancia y control del Estado, debiendo entonces la propia Policía Nacional facilitar esa labor de control.

“Para la Corte Constitucional es esencial que estos procedimientos policiales se efectúen dentro del estricto respeto de los derechos humanos. De ello depende no sólo la seguridad ciudadana y la legitimidad de la acción de las autoridades sino incluso la propia eficacia de la investigación y sanción de los delitos. En efecto, pruebas obtenidas con base en allanamientos o detenciones arbitrarias podrían luego ser excluidas de los procesos por las autoridades judiciales con base en la cláusula de exclusión consagrada en el inciso final del artículo 29 de la Constitución, según la cual ‘es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso’. Además, la sociología criminal ha mostrado que la eficacia en la lucha contra el delito depende en gran medida de la confianza que la población tenga en las autoridades, la cual deriva del actuar conforme a los derechos humanos de estas últimas”.

De acuerdo con la Corte, “La noción de Policía Judicial es el conjunto de autoridades que colaboran con los funcionarios judiciales en la investigación de los delitos y en la captura de los delincuentes. La concepción moderna de la Policía judicial es la de un cuerpo que requiere la aplicación de principios de unidad orgánica y, sobre todo, de especialización científica y que actúa bajo la dirección funcional de los fiscales o los jueces”;<sup>56</sup> en este sentido la recolección de pruebas, indicios y testimonios no sólo amerita una pericia y especialidad propia de un cuerpo que se dedica a esta función específica e intensamente, sino que la misma es fundamento para el debido proceso. El ente investigador debe ser en un sentido estricto imparcial en la recolección y análisis de las pruebas, debidamente vigilado por las entidades constitucionales y, sobre todo, especializado profesional y funcionalmente.

Sobre el tema de unidades de policía judicial, funciones de Fiscalía e independencia, la Corte se pronunció en el siguiente sentido:

[En el] Estado Social del Derecho existe un deber de colaboración armónica entre las diferentes ramas del poder público y, por lo tanto, la autonomía de la Fiscalía General de la Nación no es absoluta, pues debe actuar en consonancia con las atribuciones de los demás órganos del Estado.<sup>57</sup> Pero el principio de colaboración armónica no puede llegar al extremo de desconocer el reparto funcional de competencias, ni el ampliamente explicado principio de división de poderes. Es errado afirmar que el principio de la colaboración armónica permite fusionar tareas y compartir responsabilidades sobre aspectos claramente diferenciados en el ordenamiento constitucional.<sup>58</sup>

## 5. EN LUGAR DE CONCLUSIONES

Con la aprobación del Acto Legislativo 2 de 2003 se logró una limitación fuerte a los derechos y garantías individuales y, por ende, a las bases del modelo de Estado social de derecho que consagra la Constitución. Es, también, una respuesta clara a los pronunciamientos garantistas que la Corte constitucional ha tenido en los últimos años, y un aviso de la tendencia que el gobierno Uribe tendrá en

<sup>56</sup> Corte Constitucional, sentencia C-024 de 1994, M.P. Alejandro Martínez.

<sup>57</sup> Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-775 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Citado en Corte Constitucional, sentencia C-251 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre y Clara Inés Vargas, consideración 69.

<sup>58</sup> Corte Constitucional, sentencia C-251/2002, M.P. Eduardo Montealegre y Clara Inés Vargas, consideración 69.

materia de modelo de Estado. En primer lugar, hay una tendencia hacia la concentración de funciones por parte del ejecutivo y una limitación a los controles que ejercen tanto el Congreso como el poder judicial. O, dicho de otra manera, los controles que pueden ejercer la magistratura y el parlamento a las acciones del poder ejecutivo se han limitado y se quieren seguir limitando.

En segundo lugar, y de acuerdo con la exposición de motivos presentada por el gobierno Uribe, existe una nostalgia por la vieja figura del Estado de sitio, donde el ejecutivo como jefe máximo de las fuerzas armadas podía ordenar la interceptación de comunicaciones privadas, el registro y detención sin orden judicial previa y, hasta 1987, el juzgamiento de civiles por consejos de guerra. Así, el Acto Legislativo es un paso hacia las viejas prácticas anteriores a la Constitución de 1991, aunque exista una cláusula de temporalidad para estas reformas.

En tercer lugar, la aprobación del presente Acto contribuye al desvertebramiento de la Carta. No olvidemos que en los precarios doce años de vida de la actual Constitución ha sido modificada en más de quince oportunidades. Pero este Acto Legislativo del gobierno Uribe busca modificar el corazón de la Constitución puesto que los artículos 15, 24 y 28 hacen parte de las garantías que cualquier individuo en cualquier democracia moderna tiene.

Es necesario que estemos preparados para asumir las consecuencias que esta política tendrá ante la comunidad internacional. Consecuencias que no son sólo diplomáticas, son también jurídicas y tienen que ver con el no cumplimiento del “debido proceso”, las libertades individuales y la dignidad humana. Porque ya no sólo se trata de retomar las decisiones por la mayoría, sino de que éstas no alteren principios básicos del Estado social de derecho.

Con la aprobación del Acto Legislativo 2 de 2003 parece haber un consenso en la opinión sobre lo irrelevante que resulta defender los derechos y las garantías individuales, lo cual se refleja en el poco interés que suscita dentro de la población en general un acto legislativo que de manera grave las limita. Esto se podría explicar con dos conjeturas, la primera es que la democracia colombiana es tan precaria que no brinda al ciudadano común (casi la tercera parte de los colombianos se encuentra por debajo de la línea de pobreza) unas mínimas garantías. Así que las limitaciones a éstas

*Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 6(2): 299-325, julio-diciembre de 2004*

pasan desapercibidas y quien accede a la democracia obtendría los mismos beneficios en un Estado autoritario. En este sentido vale la pena recordar la afirmación de Sheehanan cuando habla de las diferencias entre las democracias de América Latina y la norteamericana, y nos brinda una explicación de la precariedad de las primeras. La principal diferencia entre las democracias de América Latina y las del norte, con respecto a las fuerzas del mercado es que en buena parte de América Latina aquéllas estimulan la desigualdad extrema y dejan amplias porciones de la población casi completamente al margen de las ganancias del crecimiento, mientras que en el Norte han sido generalmente consistentes con al menos niveles estables de inequidad y con ingresos crecientes para prácticamente todo el mundo. Si un sistema económico ofrece ganancias a la mayoría de la población tiene una alta probabilidad de ser protegido por todas las partes en un sistema político de elecciones libres. Si concentra las ganancias en una minoría entonces o la mayoría debe ser mantenida en la ignorancia de qué está sucediendo o, si se apercibe de ello, el sistema será destruido.<sup>59</sup>

En otras palabras, la democracia colombiana no le ofrece una diferencia cualitativa al grueso de la población y, por tanto, la apuesta no es a presente o pasado sino a futuro, en el sentido de que la Constitución de 1991, con todos los defectos que puede tener, apunta a la voluntad popular de construir una democracia fundada en las libertades individuales y la dignidad humana.

Por otra parte, es necesario entender la correlación entre el Acto Legislativo, aquí parcialmente analizado, y el plan de desarrollo “Hacia un Estado comunitario”; en éste se afirma en primer lugar que el Estado comunitario es participativo e involucra a la ciudadanía en los fines sociales.<sup>60</sup> La pregunta entonces es ¿cuáles son para ese Estado comunitario los fines sociales? Y qué papel juega en este Estado la política de seguridad que pretende, por lo menos en su formulación, asegurar la viabilidad de la democracia y afianzar la legitimidad del Estado.<sup>61</sup> Cabe preguntarse el porqué del cambio de modelo,

---

<sup>59</sup> Sheehanan, John, “The Elusive Balance Between Simulation and Constraint in Analysis Development”, en Alejandro Foxley et al., *Development, Democracy and the Art of Trespassing*, Notre Dame, Indiana, University of Notre Dame Press, 1988.

<sup>60</sup> República de Colombia, DNP, “Hacia un Estado comunitario”, bases del Plan Nacional de Desarrollo, Bogotá, 2003, p. 7.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 8.

a qué grupo de ciudadanos no le ha servido la Constitución de 1991, quién le teme a la inclusión. Son algunas de las preguntas que surgen de la observación de esta tendencia legislativa-constitucional.

Finalmente, es importante preguntar quién va a defender la democracia constitucional entendida como el conjunto de límites y poderes impuestos por la Constitución a todos los poderes, como un sistema frágil y complejo de separaciones y equilibrios, de límites de forma y de sustancia al ejercicio del poder, de garantía de los derechos fundamentales y de reparación contra su violación.<sup>62</sup> En otras palabras, ¿quién le va a poner el cascabel al gato?

## BIBLIOGRAFÍA

- Ferrajoli, Luigi, *El galantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- García Villegas, Mauricio, "Constitucionalismo perverso, normatividad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997", en *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Colciencias y otros, 2001.
- Hofstadter, Douglas R., *Un eterno y grácil bucle*, 5° edición, Madrid, Gedisa, 1995.
- Organización de las Naciones Unidas, Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, suscrito en el marco de las Naciones Unidas en el año de 1999.
- República de Colombia, *Código Penal*.
- República de Colombia, Congreso de la República, *Ley 684 de 2001, artículo 2 y ss*, Bogotá.
- \_\_\_\_\_, Congreso de la República, *Gaceta del Congreso*, Año XII No. 240, Bogotá, 2003
- \_\_\_\_\_, Congreso de la República, *Gaceta del Congreso*, Año XII, No. 182, Bogotá, 2003.
- \_\_\_\_\_, Congreso de la República, *Gaceta del Congreso*, No. 174, Bogotá, 2003.
- \_\_\_\_\_, Congreso de la República, *Gaceta del Congreso*, Año XII, No. 205, Bogotá, 2003.
- \_\_\_\_\_, Congreso de la República, *Gaceta del Congreso*, Año XII No. 240, Bogotá, 2003.

<sup>62</sup> Ferrajoli, *op. cit.*, p. 159.

- República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-406/ 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.
- \_\_\_\_\_, Corte Constitucional, sentencia C-251/2002, MP. Eduardo Montealegre y Clara Inés Vargas.
- \_\_\_\_\_, Corte Constitucional, sentencia C-179 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- \_\_\_\_\_, Corte Constitucional, sentencia C-024 - 1994, MP. Alejandro Martínez B.
- \_\_\_\_\_, Corte Constitucional, sentencia C-775 de 2001 M.P. Alvaro Tafur Galvis.
- \_\_\_\_\_, Corte Constitucional, sentencia C-251/2002, M.P. Eduardo Montealegre L.
- Serrano, José Luis, *Validez y vigencia: la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, España, Trotta, 1999.
- Sheerhanan, John, "The Elusive Balance Between Simulation and Constraint in Analisis Sevelopment", en Alejandro Foxley et al., *Development, Democracy and the Art of Trespassing*, Notre Dame, Indiana, University of Notre Dame Press, 1988.

## ANEXO I

### **Modificaciones en primera vuelta**

Al artículo 15 que consagra el derecho fundamental de la intimidad se le agrego:

Exclusivamente para prevenir casos de terrorismo, una ley estatutaria reglamentará la forma y condiciones en que las autoridades que ella señale, sin previa orden judicial, puedan interceptar o registrar la correspondencia y demás formas de comunicación privada, de personas sobre las cuales haya información de que están realizando conductas tendientes a la preparación o realización de dichos actos, con aviso inmediato al juez que ejerza las funciones de control de garantías y control judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes. La misma ley establecerá drásticas sanciones a quienes abusen de esta medida. Dentro del primer mes siguiente al inicio de cada legislatura, el Gobierno Nacional rendirá informe al Congreso de la República sobre el uso que se haya hecho de esta facultad.

Al artículo 24 que consagra la libertad de locomoción y residencia se agregó:

*Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 6(2): 299-325, julio-diciembre de 2004*

El Gobierno Nacional podrá establecer la necesidad de llevar un informe de residencia de los habitantes de algunas partes del territorio nacional, quienes tendrán la obligación de proporcionar esta información. Una ley estatutaria regulará esta medida, señalando las obligaciones de los ciudadanos, los límites de las actuaciones de las autoridades, las condiciones y la forma en que esas actuaciones se autorizarán, los controles y recursos previstos para el examen de la legalidad y la no arbitrariedad de la actuación, así como drásticas sanciones; a quienes abusen de la misma. Esta información será recolectada, conservada y administrada por los alcaldes municipales u otras autoridades que disponga el Gobierno Nacional, en aquellos sitios en que este lo solicite por razones de orden público, y podrá ser consultada para desarrollar funciones de policía judicial bajo la vigilancia de quien haga las veces de Ministerio Público en la respectiva entidad territorial. Dentro del primer mes siguiente al inicio de cada legislatura, el Gobierno Nacional rendirá informe al Congreso de la República sobre el uso que se haya hecho de esta facultad.

Al artículo 28 que consagra la libertad personal se agregó:

Exclusivamente para prevenir casos de terrorismo, una ley estatutaria reglamentará la forma y las autoridades que podrán realizar detenciones y registros domiciliarios, con aviso inmediato al juez que ejerza las funciones de control de garantías y control judicial posterior dentro de las treinta y seis horas (36) siguientes, y establecerá drásticas sanciones a quienes abusen de esta medida. Dentro del primer mes siguiente al inicio de cada legislatura, el Gobierno Nacional rendirá informe al Congreso de la República sobre el uso que se haya hecho de estas funciones.

Al artículo 250 se le agregó un párrafo en los siguientes términos:

Para combatir la delincuencia y por solicitud del Gobierno Nacional, la Fiscalía General de la Nación podrá conformar unidades especiales de policía judicial con miembros de las Fuerzas Militares, quienes bajo su dirección y coordinación cumplirán funciones operativas de apoyo, de protección y auxiliares, en aquellos sitios del territorio nacional en los que no exista una autoridad judicial a la que se pueda recurrir en forma inmediata, o donde no sea posible el acceso de los funcionarios de policía judicial por excepcionales circunstancias de orden público. Para el desarrollo de las labores propias de esta función, los miembros de la unidad, pertenecientes a las fuerzas militares, se regirán sin excepción por los mismos principios de responsabilidad que los demás miembros de la unidad especial. Dentro del primer mes siguiente al inicio de cada legislatura, el Gobierno Nacional rendirá informe al Con-

greso de la República sobre el uso que se haya hecho de esta facultad.

## ANEXO 2

### ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2003

(diciembre 18)

por medio del cual se modifican los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución

Política de Colombia para enfrentar el terrorismo.

El Congreso de Colombia

DECRETA

Artículo 1°. El artículo 15 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptados o registrados mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Con el fin de prevenir la comisión de actos terroristas, una ley estatutaria reglamentará la forma y condiciones en que las autoridades que ella señale, con fundamento en serios motivos, puedan interceptar o registrar la correspondencia y demás formas de comunicación privada, sin previa orden judicial, con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes. Al iniciar cada periodo de sesiones el Gobierno rendirá informe al Congreso sobre el uso que se haya hecho de esta facultad. Los funcionarios que abusen de las medidas a que se refiere este artículo incurrirán en falta gravísima, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar.

Para efectos tributarios judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

Artículo 2°. El artículo 24 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 24. Todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia. El Gobierno Nacional podrá establecer la obligación de llevar un informe de residencia de los habitantes del territorio nacional, de conformidad con la ley estatutaria que se expida para el efecto.

Artículo 3°. El artículo 28 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

Una ley estatutaria reglamentará la forma en que, sin previa orden judicial, las autoridades que ella señale puedan realizar detenciones, allanamientos y registros domiciliarios, con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, siempre que existan serios motivos para prevenir la comisión de actos terroristas. Al iniciar cada período de sesiones el Gobierno rendirá informe al Congreso sobre el uso que se haya hecho de esta facultad. Los funcionarios que abusen de las medidas a que se refiere este artículo incurrirán en falta gravísima, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar.

Artículo 4°. El artículo 250 de la Constitución Política tendrá un párrafo del siguiente tenor:

Parágrafo 2°. Para combatir el terrorismo y los delitos contra la

*Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 6(2): 299-325, julio-diciembre de 2004*

seguridad pública, y en aquellos sitios del territorio nacional donde no exista una autoridad judicial a la que se pueda acudir en forma inmediata o donde el acceso de los funcionarios ordinarios de policía judicial no sea posible por excepcionales circunstancias de orden público, la Fiscalía General de la Nación conformará unidades especiales de Policía Judicial con miembros de las Fuerzas Militares, las cuales estarán bajo su dirección y coordinación. Para el desarrollo de las labores propias de esta función, los miembros de la Unidad pertenecientes a las fuerzas militares se regirán, sin excepción, por los mismos principios de responsabilidad que los demás miembros de la unidad especial.

Artículo 5°. Vigencia. Las adiciones a la Constitución Política efectuadas mediante el presente Acto Legislativo empezarán a regir a partir de su promulgación. Las facultades especiales a las cuales se refieren los artículos 1°, 2° y 3° se ejercerán con estricta observancia de lo dispuesto en ellos y de acuerdo con la ley estatutaria que a iniciativa del Gobierno Nacional expedirá el Congreso de la República antes del 20 de junio del año 2004.

El Gobierno presentará el proyecto a más tardar el 1° de marzo del mismo año, con mensaje de urgencia e insistencia.

Los términos para todo el trámite de control previo de constitucionalidad que hará la Corte Constitucional se reducen a la mitad, en este caso.

En caso de que esta ley Estatutaria no entrara en vigencia en los nueve (9) meses siguientes a la promulgación de este Acto Legislativo, el Gobierno Nacional podrá expedir un reglamento que regule en forma transitoria la materia.

Las funciones a que se refieren el inciso 4° del artículo 15, el inciso 4° del artículo 28 y el párrafo 2° del artículo 250 que se introducen por el presente Acto Legislativo se conferirán por el término de cuatro (4) años prorrogables por la mayoría absoluta del Congreso de la República.

Los actos terroristas a que se refiere este Proyecto serán los definidos como tales por la legislación penal vigente.