

La ley colombiana de seguridad y defensa nacional: constitucionalidad y significación dentro del “Plan Colombia”

Juan MONTAÑA y Marcos CRIADO

El proceso de rearme y modernización de la Fuerza Pública colombiana (Policía y Ejército) que el Gobierno Pastrana lleva a cabo desde hace dos años, culmina ahora con la Ley 684 de 13 de agosto de 2001 de Seguridad y Defensa Nacional (LSDN), que procede a una organización del mando y el planeamiento militar con vistas a una acción conjunta de las Fuerzas Armadas y la Policía para el mantenimiento del orden público. Si el objetivo de las dotaciones presupuestarias y la ayuda internacional era el de “incrementar la capacidad operacional de la Fuerza Pública colombiana”, éste es también el objetivo de la legislación en examen, que no es sino una ley para la guerra en una situación de conflicto armado. Es por tanto una ley que incide en la solución militar del conflicto, a pesar de que existe un proceso de paz abierto. Esta apuesta por la solución militar, junto a disposiciones concretas de la norma que plantean problemas de constitucionalidad, despertaron la alarma de los grupos defensores de los derechos humanos². Uno y otro aspecto se tendrán en cuenta, por lo que en el trabajo que presentamos se pretende dar noticia de la LSDN desde una doble vertiente: de un lado, desde la reconfiguración política producida por el “Plan Colombia” y su acentuación del aspecto militar del conflicto; de otro, desde la perspectiva técnico-jurídica, donde se juzgará la adecuación de la ley a la Constitución colombiana y a los instrumentos internacionales ratificados por la República de Colombia.

APROXIMACION POLITICO-SOCIAL. ALGUNAS CONSIDERACIONES NECESARIAS SOBRE LA NATURALEZA DEL CONFLICTO COLOMBIANO

A la hora de hablar del conflicto armado colombiano, el primer elemento que hay que tomar en consideración es que se trata de un proceso complejo de naturaleza social y política que hunde sus raíces en una serie de causas estructurales propias de la sociedad colombiana. Entre los múltiples factores estructurales que a lo largo de los últimos cin-

cuenta años de historia han condicionado la convivencia pacífica y el propio desarrollo de Colombia, encontramos los siguientes:

El primero de estos elementos es sin duda la persistente relación en la historia de Colombia entre la violencia y la política, esto es, la tendencia de todos los agentes sociales a utilizar las armas, la violencia para hacer política, comenzando por los partidos políticos tradicionales, quienes en múltiples ocasiones de la historia de este país estimularon e impulsaron el uso de la violencia para conseguir resultados en el ámbito político. Es en esa persistente relación entre política y violencia en la que hay que situar el presente conflicto que, como se sabe, comenzó a fines de los años cuarenta del siglo pasado y que, con múltiples transformaciones que lo han hecho cada día más complejo, continúa hasta hoy.

El segundo factor estructural tiene que ver con las características radicalmente excluyentes de la sociedad colombiana. Esta particular condición ha hecho posible una apabullante exclusión de las oportunidades políticas, económicas y sociales del grueso de la población por parte de unas élites centralistas muy minoritarias. La puesta en marcha de los pactos del llamado “Frente Nacional”, destinados a terminar con el secular enfrentamiento armado que había opuesto a los dos partidos históricos, sirvió para que el bipartidismo liberal-conservador monopolizara todo el espacio político mediante la adopción de un mecanismo de alternación del poder en el que ningún otro agente político tenía la posibilidad de intervenir, con la consecuencia final de que los excluidos se vieran empujados a asumir la violencia como único medio efectivo para conseguir sus objetivos políticos.

En tercer lugar encontramos aquel conjunto de factores de naturaleza socioeconómica vinculados a la desigual distribución de la riqueza, que si bien no constituyen en sí mismos causas autónomas del conflicto colombiano, puesto que son comunes a todos los países latinoamericanos, indudablemente han servido de caldo de cultivo y de escenario de reproducción y de agravación del mismo.

En los últimos quince años, un cuarto factor que ha incidido sustancialmente en la dramática situación de la sociedad colombiana en su conjunto, pero particularmente en el conflicto armado interno, es sin duda el narcotráfico. En este sentido, si la imbricación de la “cultura” del narcotráfico en el interior de la economía y la política colombianas ha tenido unas consecuencias profundamente perversas para la estabilidad social del país, en relación con el conflicto armado se puede decir sin temor a equivocación

¹ *La Fuerza Pública en el siglo XXI Nueva Legislación*, Bogotá, Ministerio de Defensa Nacional, 2000, p. VI.

² Desde su aprobación, han criticado abiertamente la ley Amnistía Internacional y la Comisión de Juristas colombiana, que anunció la interposición de una acción de inconstitucionalidad. Durante la tramitación del Proyecto, el director adjunto de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, envió sendas cartas a los presidentes de las Cámaras en que ponía de relieve las múltiples contradicciones del Proyecto con los Instrumentos Internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Colombia.

ciones que, a pesar de que la porción más importante de las ganancias del negocio de las drogas se queda en los circuitos financieros internacionales, éstas son tan importantes cuantitativamente hablando que han permitido a todos los actores de la guerra contar con importantes recursos financieros para desarrollar y expandir la confrontación militar, en la medida en que la intensificación de la guerra está directamente relacionada con la capacidad reproductiva del negocio de los narcóticos y especialmente de la cocaína.

Otro de los factores que explica las especificidades del conflicto armado colombiano es la incapacidad de las elites dominantes en el país para asumir decididamente una estrategia de reformas reales de la sociedad que permita canalizar las expectativas y las necesidades del conjunto de la población. Incapacidad que se refleja en esa tendencia tan propia de la clase dirigente colombiana de suponer que la solución de los problemas se da solamente en el ámbito simbólico, esto es, resolviendo los problemas a través de una política de activismo normativo, sin tomar en consideración que en Colombia siempre ha existido una persistente disociación entre norma y realidad.

1. La importancia estratégica del conflicto colombiano para la política exterior norteamericana

Si observamos en su conjunto los conflictos regionales iberoamericanos actualmente en curso y los comparamos con el colombiano, tomando en consideración las especificidades antes anotadas, así como el número de desplazados, el número de efectivos involucrados, las bajas de los bandos enfrentados, el tamaño de los enfrentamientos, o la amplitud del teatro de las operaciones, Colombia sería el escenario del más violento y generalizado de los conflictos regionales que se viven en la actualidad en toda Latinoamérica.³

A consecuencia de esta situación, y debido en parte a la influencia que los medios de comunicación han desempeñado en la calificación de Colombia como amenaza regional a la seguridad interna de los Estados Unidos, se han llevado a cabo múltiples reuniones de alto nivel promovidas por el Gobierno norteamericano con el propósito de analizar el problema. Tres de estas reuniones fueron organizadas directamente por la cúpula militar estadounidense, la primera de las cuales se desarrolló en Fort McNair, Washington, en mayo de 1998 en la sede de la Universidad para la Defensa Nacional y promovida por el Departamento de Defensa. La segunda se celebró en los primeros días de diciembre del mismo año en el Colegio de Guerra del Ejército, en Carlisle, Pensilvania, organizada por el Departamento del Ejército. Finalmente la tercera se realizó en el mes de mayo del año pasado bajo los auspicios de la CIA. Entre la primera y la segunda de

las conferencias mencionadas, la percepción negativa en relación con los conflictos que afligen a Colombia se vio aumentada considerablemente. Mientras que en la primera reunión Colombia fue calificada como "país problema" para la comunidad internacional en la segunda paso a convertirse en serio factor de desestabilización para la seguridad regional.⁴ La última reunión celebrada en Washington tuvo un carácter distinto dado que en esta ocasión se trataba de diseñar y discutir algunos escenarios probables de Colombia en los próximos años y no de calificar la seguridad regional, no obstante esta especificidad, la reunión también estuvo dominada por un lenguaje y un ambiente catastrofista, puesto que, salvo el escenario de pacto de Paz, el resto de las opciones analizadas,⁵ evidenciaban un abierto pesimismo con respecto a las perspectivas futuras del país.

Es tan preocupante la situación que a juicio de algunos responsables políticos y militares norteamericanos, como por ejemplo el general Charles Wilhem, comandante del Comando sur del ejército, hasta la víspera de los atentados contra las Torres Gemelas del 11 de septiembre pasado, Colombia era considerada como "el principal problema para la seguridad norteamericana en el hemisferio occidental",⁶ incluso por encima de Cuba. De ahí el enorme valor estratégico que ha comenzado a tener Colombia en el contexto regional latinoamericano.

Esta creciente preocupación norteamericana con respecto a la situación colombiana se traduce actualmente en una política que se ha denominado de "doble vía". Una primera vía, cada vez más debilitada a raíz del triunfo de Bush en las elecciones norteamericanas y bajo el impulso actual de la bancada demócrata en el congreso norteamericano, se plantea la necesidad de fortalecer y apoyar decididamente las iniciativas de pacificación del Gobierno colombiano, cuya más clara muestra es la reunión sostenida en San José de Costa Rica entre el ex subsecretario de Estado para el mundo Andino Philip Chicola y Raúl Reyes, responsable internacional de las Farc. La segunda vía, hoy en día predominante, subordinada a las directrices del Departamento de Defensa, busca el fortalecimiento y reestructuración tanto de las fuerzas militares como de la policía, de tal manera que se logre un control más directo y eficaz por parte de los Estados Unidos respecto de las políticas, planes y programas implementados por las Fuerzas Armadas colombianas. Prueba de ello es la estructuración del apoyo norteamericano al "Plan Colombia" en términos de lucha antidrogas y de reformas institucionales encaminadas al fortalecimiento del papel de ejército en la investigación de los tradicionalmente considerados delitos políticos, lo que se traduce en los diversos desarrollos normativos del propio plan, y especialmente en la ley que estamos comentando. Gran parte de los 1.600 millones de dólares en ayu-

³ Schullz Donald, *Colombias's Three Wards: U.S. Strategy at The Crossroads. U. S. Arm War College, 1999. En: Revista Analisis Político*, N.º 37, Bogotá, mayo de 1999.

⁴ Las tres opciones discutidas además del pacto de paz eran la Guerra total, la prolongación del Conflicto y la Balcanización

⁵ *New York Times*, 23 de enero de 2001.

³ Gaspar Gabriel, *Panorama de la Seguridad Regional en 1998*, en *Fuerzas Armadas y Sociedad*, Año 13, No. 4, Santiago de Chile, 1998, Pág. 3

da a la financiación del "Plan Colombia" están condicionados a ser utilizados en el fortalecimiento institucional del ejército, además de los 673 millones adicionales que serán desembolsados en partes iguales por Estados Unidos a los gobiernos de Perú, Ecuador y Colombia dentro de la llamada "Iniciativa Regional Andina" del presidente Bush, recursos que han convertido a Colombia en el tercer país del mundo receptor de ayuda militar norteamericana después de Israel y Egipto.

En definitiva como afirmaron recientemente fuentes de la Casa Blanca y del Departamento de Estado en una entrevista publicada por el Washington Post, "como la guerrilla y los paramilitares controlan virtualmente toda la zona de producción de droga del país, es casi imposible erradicar esta producción sin antes combatir con ellos. Y la policía por mas helicópteros que se le entregue esta limitada en su capacidad de combate. Este es un trabajo del Ejército".⁷

2. El "Plan Colombia": de componente del Plan de Desarrollo Económico a mecanismo de la política antidrogas norteamericana en Colombia

El denominado "Plan Colombia", originalmente fue concebido por el ex ministro de Asuntos Exteriores colombiano Augusto Ramírez Ocampo, como una especie de "Plan Marshall" para la paz sobre la base de la experiencia y conocimiento que este político colombiano había recabado como jefe de la Misión especial de Naciones Unidas para la solución del conflicto salvadoreño. En ese contexto, el plan se proyectaba como un componente del Plan de Desarrollo, y pretendía evitar uno de los problemas mas significativos que tuvo que sortear el proceso de paz centroamericano, como fue la carencia de recursos para financiar las reformas institucionales surgidas de la negociación. Para tal efecto, se planteaba en el proyecto original la creación de un fondo especial para financiar los proyectos sectoriales derivados de los acuerdos parciales que se fueran consiguiendo en el transcurso de la negociación con la Guerrilla, fondo que estaría destinado en su mayor parte a la rehabilitación de las zonas afectadas por la violencia, los cultivos ilícitos o por problemas ambientales, sobre la base de una articulación de las comunidades y el Estado desde la base. Esta primera versión del proyecto fue rechazada por el gobierno de Washington, que redactó la versión definitiva; curiosamente, ésta fue discutida primero en el Congreso norteamericano⁸ y luego dada a conocer a la opinión pública y a la Guerrilla colombiana⁹.

⁷ *El Tiempo*, 11 de julio de 1999.

⁸ El plan se concretó en el Congreso norteamericano a través de la presentación del proyecto de ley de los senadores republicanos Coverdell, Dewine y Glaseley, en el cual se aprobó la ayuda suplementaria a Colombia de 1 600 millones de dólares, de los cuales el 70 % estaría destinado a la lucha antidrogas

⁹ El plan así planteado tiene un costo de 7.500 millones de dólares, de los cuales Colombia aportaría 5.700 millones, vía reasignación de recursos del presupuesto nacional (4.000 millones) y endeudamiento interno (bonos de paz por los que se pla-

Formalmente el Plan incorpora seis campos de acción diversos: a) el proceso de paz, b) El reflotamiento de la economía, c) la estrategia antinarcóticos, d) la reforma del sistema judicial, e) la democratización y el desarrollo social, y f) la protección de los derechos humanos. Los componentes centrales de todo el proyecto son la estrategia antidrogas, vinculada estrechamente a la solución militar del conflicto armado colombiano, la reforma económica y, finalmente, la reforma del sistema judicial. En ese sentido, aunque el plan reconoce formalmente la necesidad de consolidar el estado de derecho y la democracia en Colombia, tanto la lectura de la situación, mediada por los intereses estratégicos de los Estados Unidos, como las estrategias que plantea para lograr dicho fin, desconocen aspectos fundamentales de la realidad que enfrentan, tales como las persistentes violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario por parte de todos los actores en el conflicto. El plan concebido para lograr la paz, la prosperidad y el fortalecimiento del Estado centra todo su análisis en el poder desestabilizador del narcotráfico, no tomando en consideración prácticamente ninguna de las otras causas estructurales del conflicto a las que hemos hecho referencia en primer lugar, de la misma manera que tiende a equiparar y a simplificar la lógica y la dinámica de los actores armados, sin apenas diferenciar los objetivos, métodos y fines de cada uno de ellos.

El elemento central de la estrategia antinarcóticos del Gobierno colombiano esbozada en el plan Colombia, se reduce al uso indiscriminado de la fuerza en operaciones militares, sin diferenciación alguna entre las distintas etapas del negocio de las drogas. Ello se explica porque para la Administración norteamericana, el esquema de lucha antinarcóticos que es componente esencial del Plan Colombia, no es negociable bajo ninguna circunstancia, y por lo tanto el desarrollo de la política de paz no puede interferir ni modificar en lo mas mínimo la estrategia antidrogas norteamericana.

APROXIMACION TECNICO-JURIDICA. LEGALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD DE LA LSDN

Si el contexto sociopolítico es determinante para entender porqué el aspecto militar del conflicto vuelve a tener un papel central, habrá que determinar si la traducción normativa de esta nueva centralidad se ha producido conforme a derecho, es decir, si la nueva configuración de la Fuerza Pública en orden a gozar de una mayor autonomía y capacidad es compatible con el ordenamiento constitucional colombiano.

La ley analizada se inscribe, como ya se ha dicho,

nea recaudar 800 millones de dólares) y externo (a través de créditos blandos financiados por el BID y BM por una suma de 900 millones de dólares). Los 2 600 millones restantes serían aportados por la comunidad internacional, de los cuales 1 600 millones ya han sido aprobados por el Congreso Norteamericano, y 1.000 millones de dólares han sido prometidos por la Unión Europea a través de la denominada mesa de donantes

en un proceso legislativo de rearme y modernización de las Fuerzas Armadas que dé salida a las habilitaciones presupuestarias y a las ayudas estadounidenses. Con la Ley 578 de 2000 de Facultades Extraordinarias al Presidente de la República para expedir Normas Relacionadas con la Fuerza Pública, se inicia la promulgación de una serie de Decretos encaminados a profesionalizar el ejército colombiano, regulándose la carrera militar, se dan nuevas disposiciones para la carrera policial y se aprueba el régimen disciplinario de uno y otro cuerpo¹⁰. Anteriormente se había aprobado el nuevo Código Penal Militar (Ley 522 de 1999), del que se había sacado el conocimiento de ciertos delitos como el genocidio (Ley 589 de 2000).

En esta línea, la ley en cuestión organiza la administración de guerra, regulando los organismos de mando y planeamiento, pero también procede a aumento de las funciones y de la autonomía de los militares en las zonas de conflicto según el esquema jurídico del derecho de excepción, es decir, atribuyendo facultades extraordinarias a los militares en aquellos lugares en que se verifique una amenaza o un efectivo quebrantamiento del orden público. Este otorgamiento de funciones extraordinarias se ha producido en detrimento de ciertas garantías constitucionales que se ven suspendidas por la pura voluntad del legislador, sin que ni siquiera medie la fuente adecuada como es la ley estatutaria¹¹. Además, aún dentro del esquema excepcional del que peca todo el articulado, algunas disposiciones imponen “estados materiales de excepción” para las zonas en las que se desarrollen acciones militares. Por tanto, los artículos problemáticos de la presente ley serán analizados en las páginas que siguen conforme a un triple criterio clasificador: normas que atentan contra la distribución de poderes efectuada por la Constitución, y especialmente contra la independencia del Poder judicial; normas que tienden al establecimiento de un estado de excepción no previsto ni constitucional ni legalmente; y normas que atentan contra los derechos fundamentales de los ciudadanos.

1. Normas contrarias a la distribución constitucional de competencias

A lo largo de todo el articulado de la ley se verifica cómo se difumina la distinción entre fuerzas de seguridad y Fuerzas Armadas, entre policía y ejército,

¹⁰ Estos decretos son, el Decreto 1512 de 2000 de Modificación de la Estructura del Ministerio de Defensa Nacional, los Decretos 1790, 1793 y 1794, que regulan la carrera militar y su régimen salarial, 1791 y 1800 que regula la carrera del personal de la policía, el 1797 que establece el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas y el 1798 que lo establece para la policía, todos ellos de 2000.

¹¹ La ley estatutaria es una fuente especial del ordenamiento constitucional colombiano que, al igual que la ley orgánica de la Constitución española, viene calificada por la materia y por un procedimiento especial de regulación. Para la aprobación y modificación de las leyes que versen sobre las materias del artículo 154 Const., entre las que se incluyen los estados de excepción y las normas relativas a los derechos fundamentales, se requiere mayoría absoluta de los miembros en ambas Cámaras, y deberán pasar un control previo de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional (art. 153).

en búsqueda de una acción conjunta según objetivos comunes. A esta confusión contribuye la propia Constitución de 1991, que en el Capítulo 7 del Título VII, bajo la denominación común de “Fuerza Pública”, regula las Fuerzas Militares y la Policía Nacional sin una atribución concreta de competencias a cada instituto armado. Sin embargo, la Constitución sí diferencia —aunque con criterios jurídicos un tanto vagos— la finalidad de uno y otro cuerpo: a las fuerzas militares corresponde “la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional” (art. 217), mientras que el fin primordial de la Policía Nacional es “el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia vivan en paz” (art. 218).

La confusión de la ley nace de su propio aparato conceptual, que introduce una noción de “Defensa Nacional” (art. 6 LSDN) que no está previsto en la Constitución. Consiste aquélla en “la integración y acción coordinada del Poder Nacional para perseguir, enfrentar y contrarrestar en todo tiempo y cualquier momento, todo acto de amenaza o agresión de carácter interno o externo que comprometa la soberanía e independencia de la Nación, su integridad territorial y el orden constitucional”. Previamente, la ley ha definido el “Poder Nacional” como la capacidad del Estado colombiano de responder “*con todo su potencial*” ante situaciones que pongan en peligro el ejercicio de los derechos, la independencia, integridad, autonomía y la soberanía nacional (art. 3 LSDN). La vaguedad e indefinición de los criterios empleados lleva a pensar que lo que determinan estos artículos es que el uso conjunto e indiferenciado de “todo el potencial” de los dos institutos armados establecidos por la Constitución, se hará según la libre apreciación del destinatario de la norma, el Gobierno, que únicamente deberá decretar la existencia de alguno de los peligros enunciados.

De este modo, desaparece la función garantista de la ley frente al uso de la violencia. Además, la acción conjunta de policía y ejército no es un supuesto de funcionamiento normal de las instituciones constitucionales, funcionamiento normal que implica estar a la distinción de fines entre uno y otro instituto armado.

Seguridad nacional y defensa nacional son conceptos distintos. A la seguridad nacional corresponde la prevención de los delitos y la captura del delincuente para ponerlo en manos de la justicia. La defensa nacional, en cambio, entra en funcionamiento cuando se amenaza la integridad territorial del estado. Los únicos supuestos en que el ejército podría desempeñar las funciones relativas a la seguridad nacional son los de guerra exterior (art. 212 Const.) y conmoción interior (art. 213 Const.), siendo el presupuesto de este último una situación objetiva que no pueda ser conjurada con el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía. No habiendo sido declarados ni uno ni otro estado de excepción, el desarrollo de las funciones de la seguridad del Estado por parte del ejército, desde

el punto de vista de la estricta legalidad, carece del presupuesto habilitador necesario.

En este apartado, han provocado alarma también las normas que reducen los ámbitos de independencia y autonomía del poder judicial. El artículo 25 LSDN establece la obligación del Fiscal General de la Nación de informar mensualmente al Gobierno sobre la instrucción de ciertos delitos que allí se establecen. Debe tenerse en cuenta que en el sistema penal mixto colombiano, la fase de investigación e instrucción de los delitos está atribuida a la Fiscalía General de la Nación (art. 250 Const.), que podrá adoptar medidas cautelares. Por ello, la Fiscalía forma parte de la rama judicial (art. 249 Const.)¹² y desarrolla funciones jurisdiccionales en cuyo ejercicio "son aplicables a los fiscales los artículos 228 y 230 de la Carta, que consagran la independencia y autonomía de los jueces" (Sentencia C-558/94)¹³. Para determinar si el artículo 25 LSDN viola las provisiones constitucionales sobre independencia de los fiscales, habrá que comprobar, en primer término, si los supuestos de dicho artículo entran dentro de las funciones jurisdiccionales de la Fiscalía, para ver después si la obligación de informar es idónea para calificar una violación de la independencia.

El primer párrafo del artículo 25 regula la obligación del fiscal de suministrar mensualmente información al Gobierno sobre las investigaciones preliminares de los delitos que se determinan en sus apartados a) y b), mientras su último párrafo regula la posibilidad de que el Ministerio de Defensa solicite informes urgentes sobre las mismas investigaciones. No cabe duda de que la función indagatoria, es decir, la investigación de todo aquello que culminará en una acusación ante un juez, es una función eminentemente jurisdiccional, que en algunos ordenamientos es desarrollada por los propios jueces. El artículo 25 LSDN no pretende ser más que un desarrollo legislativo de lo dispuesto en el artículo 251.5 Const., que, entre las funciones especiales del Fiscal General, regula la de "suministrar al Gobierno información sobre las investigaciones que se estén adelantando, cuando sea necesaria para la preservación del orden público". Pero lo que aquí es función, en la LSDN se convierte en obligación general, que ni siquiera hace referencia al supuesto habilitante de la norma constitucional, como es la conservación del orden público, es decir, la evitación de nuevos delitos. Esta obligación general con precisos criterios de tiempo (mensualmente) y forma (informes escritos), implica una subordinación del Fiscal General al Poder ejecutivo, y por tanto vulnera el mandato constitucional de independencia.

Esta vulneración es aun más grave cuando se contemplan los delitos sobre los que debe versar el

informe, entre los que se recogen los de genocidio, tortura y desaparición forzada. Teniendo en cuenta que estos delitos son cometidos por funcionarios públicos bajo dependencia jerárquica del Gobierno, y, por tanto, bajo su responsabilidad al menos política, la independencia del Fiscal a la hora de investigar dichos delitos debe ser más acusada si cabe, y resulta inaceptable que deba informar al Gobierno sobre las investigaciones en curso contra sus subordinados.

El artículo 25 justifica esta obligación del fiscal para adoptar las estrategias necesarias para combatir a las organizaciones criminales. Sin embargo, la colaboración del fiscal en esta materia queda asegurada desde que el artículo 7 del Estatuto Orgánico de la Fiscalía¹⁴ determina su participación en la definición de la política criminal del Estado, presentando Proyectos de ley a las Cámaras, y desde que, conforme al artículo 251.5 Const., el fiscal puede suministrar al Gobierno la información necesaria para evitar la comisión de delitos de los que tuviera conocimiento en el curso de una investigación.

El artículo 26 LSDN contiene la obligación del Consejo Superior de la Judicatura de presentar dos informes anuales al Gobierno y al Parlamento sobre el rendimiento de la actividad judicial respecto de los delitos establecidos en el artículo anterior. No hay problema en admitir estos informes sobre actuaciones judiciales ya finalizadas, dentro del principio de leal colaboración entre poderes y el deber de auxilio e información entre los mismos; sin embargo, resulta particularmente infeliz el último inciso, que determina que "el Consejo promoverá las indagaciones disciplinarias correspondientes cuando de sus informes resulte que los jueces no han cumplido los términos judiciales o no han adelantado con eficacia las diligencias necesarias". Si lo que la norma hace es añadir un supuesto disciplinario no previsto en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, el artículo es nulo, porque una ley ordinaria no puede modificar una ley estatutaria. Si lo que se está haciendo es fijar ciertas directrices para la aplicación de las sanciones, el término "eficacia", sin ulteriores definiciones, casa difícilmente con el principio de estricta legalidad de las sanciones, y por su colocación, pudiera parecer que el Ejecutivo y el Parlamento tuvieran un cierto poder de impulso de las sanciones en la interpretación que hagan del informe presentado por el Consejo. Este deberá sancionar el incumplimiento de los términos si se incurre en alguna de las sanciones legalmente tipificadas, y no porque se desprenda de su informe semestral.

2. El "Teatro de Operaciones" como nuevo estado de excepción

El permanente estado de sitio que permitió la anterior Constitución colombiana de 1886, aconsejó al constituyente de 1991 una regulación marcada-

¹² Cfr. también artículo 11 de la ley 270 de 1996 "Estatutaria de la Administración de Justicia", modificado por el artículo 1º de la ley 585 de 2000; entre las múltiples sentencias cfr. sentencia C-609/96, donde se afirma que los fiscales son funcionarios judiciales.

¹³ En el plano internacional, la independencia de las autoridades que tienen a su cargo la administración de justicia penal se consagra en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

¹⁴ Decreto 2966 de 30 de noviembre de 1991.

mente garantista de los estados de excepción, determinando en la norma constitucional tanto los posibles estados, como las causas que pueden motivarlos y las garantías que no pueden ser suspendidas durante los mismos. Las normas analizadas en este punto no sólo participan del carácter de derecho excepcional que recorre todo el articulado de la ley, sino que imponen materialmente un nuevo estado de excepción no contemplado constitucionalmente. En este punto, se entiende por estado de excepción aquél en que ciertas circunstancias facultan la suspensión de la Constitución en alguno de sus extremos. Puesto que la Constitución es soberana, sólo ella puede establecer las causas de su propia suspensión. Así, de admitirse las normas que aquí se analizarán, se produciría una inaceptable inversión del sistema de fuentes donde la ley, estableciendo nuevas causas de suspensión de la Constitución, se colocaría por encima de la Norma fundamental.

Los elementos utilizados para determinar que los artículos 54, 55 y 56 LSDN establecen lo que calificamos de "estado de excepción material", son los mismos que están sirviendo para poner de manifiesto el carácter de derecho de excepción de toda la ley, a saber: alteración del normal funcionamiento institucional previsto constitucionalmente, y posibilidad de limitar derechos fundamentales a través de normas administrativas en las áreas en que se desarrollan acciones militares.

Respecto de las alteraciones del normal funcionamiento institucional, el artículo 55 regula un supuesto general por el que el presidente de la República podrá delegar la "Conducción Estratégica Nacional" en una autoridad militar o policial, a la que quedarán sometidas las autoridades político-administrativas. El artículo 56 regula un supuesto especial: allí donde se declare el "Teatro de Operaciones", el presidente de la República podrá, mediante orden escrita, encargar la ejecución de sus órdenes al comandante que asuma el control operacional, quedando los alcaldes y gobernadores sometidos a su autoridad. De esta manera, el sometimiento de los institutos armados al poder civil para el mantenimiento del orden público, previsto en los artículos 189.3, 303 y 315 Const., queda burlado. Además, la previsión de sometimiento jerárquico de alcaldes y gobernadores de los artículos 303 y 315 Const. se refiere al presidente de la República, sin mencionar autoridad delegada alguna, y es muy discutible que el presidente pueda delegar la función que le asigna el artículo 189.3 Const.

Puede argumentarse que, en último término, el control final de las operaciones queda en manos del presidente de la República, pero en caso de delegación o de órdenes tan amplias que dejen mucho margen de maniobra al comandante de las operaciones, el poder civil quedará sometido a la discrecionalidad del poder militar.

Otra característica de los estados de excepción de la que participa la normativa analizada, es la concesión, por parte del presidente de la República de atribuciones de control y registro de la población civil que se encuentre en el "Teatro de Operacio-

nes" al comandante del Área (art. 54, párrafos 3 y 6, LSDN). La facultad del Gobierno de restringir, sin que afecte a su núcleo esencial, el derecho de circulación y residencia, es una de las previstas en el artículo 38 de la ley reguladora de los Estados de Excepción¹⁵ en Colombia, para el estado de conmoción interior. No mediando declaración expresa de dicho estado, rige la normalidad constitucional, no existen las facultades extraordinarias del Gobierno y, por tanto, tampoco puede darse su delegación en las autoridades militares, delegación que ni la propia ley reguladora de los Estados de Excepción contempla.

Los supuestos habilitadores del "Teatro de Operaciones" y de los demás procedimientos operacionales, también plantean problemas. La única definición precisa de las circunstancias que provocan uno de estos supuestos es la relativa a la "Asistencia Militar" (art. 56.2 LSDN), y coincide materialmente con el supuesto constitucional del estado de conmoción interior, esto es, con una perturbación del orden público que desborde la capacidad de la Policía Nacional. Dado este supuesto, no estamos ante un caso de "asistencia militar", sino ante un caso de "conmoción interior", y será de aplicación preferente el Capítulo III de la Ley 137 de 1994, con todas las garantías que allí se prevén.

El artículo 54 contempla como presupuesto objetivo de la declaración del "Teatro de Operaciones" la "amenaza o alteración del orden constitucional, la soberanía, la independencia y la integridad del territorio nacional", mientras el artículo 55 habla de "cualquier alteración del orden público, la paz y la convivencia ciudadana". Esta regulación de los supuestos habilitadores no parece cumplir suficientemente las exigencias de proporcionalidad contenidas en los instrumentos internacionales, y en particular en el artículo 27 CADH, para adoptar medidas limitadoras de derechos. No resulta proporcionado responder por igual a una amenaza que a una alteración efectiva del orden constitucional o a cualquier alteración de la convivencia ciudadana, y semejante grado de indefinición se resuelve en que no existe elemento objetivo que comprobar para poner en marcha los "Procedimientos Operacionales", sino que ello se deja a la discrecionalidad del presidente de la República.

3. Normas que atentan contra los derechos fundamentales

Analizamos aquí los artículos de la LSDN que con distinto alcance y significación restringen derechos fundamentales de los ciudadanos. Esta restricción es consecuencia directa de las alteraciones que en el normal funcionamiento de las instituciones constitucionales introduce la presente ley, y coadyuvan a la caracterización de la misma como derecho de excepción: de una parte, porque se atribuye la posibilidad de restricción a las normas administrativas, y de otra, porque muchas de las limitaciones son

¹⁵ Ley 137 de 2 de junio de 1994.

consecuencia directa del ejercicio por parte de las Fuerzas Armadas de funciones de policía.

El artículo 57 define las "Normas de Procedimiento Operacional" como normas que regulan el uso legítimo de la fuerza. La LSDN habilita la norma administrativa para determinar cuándo el uso de la violencia por la Fuerza Pública es legítimo en el desarrollo de una operación armada. Este artículo está muy lejos de colmar la función garantista que se atribuye a la ley en materia de derechos humanos, pues deja un enorme margen de libertad a la norma inferior para establecer limitaciones a los derechos "frente a cualquier agresión, cuando fueran siquiera amenazados sus (de los miembros de la Fuerza Pública) derechos fundamentales y los de los ciudadanos". Esta función garantista implica que es materia de ley, y no de la potestad reglamentaria, la regulación de cuándo, dónde, cómo y por qué puede emplearse legítimamente la fuerza por los cuerpos armados estatales. Ello también se deriva de los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, que determinan que la limitación a los derechos fundamentales contenidos en los artículos 7, 12, 15, 16, 22 y 30 CADH sólo pueden ser impuestas por el legislador dentro de los límites allí contemplados¹⁶.

La confusión entre las funciones de policía y las funciones de las Fuerzas Armadas que se pusieron de manifiesto anteriormente, llegan a su máxima expresión en los artículos 58 y 59 LSDN. El artículo 58 regula la captura en flagrancia por miembros de la Fuerza Pública. El artículo 32 de la Const. confiere la capacidad de captura del delincuente en flagrancia a toda persona, y por tanto también podrá ser llevado a cabo por las Fuerzas Armadas, si bien la concede para llevar al capturado ante el juez. No es ésta la regulación de la flagrancia contenida en el artículo 58, donde la "puesta a disposición del juez" se entiende satisfecha por una "comunicación inmediata, verbal o escrita", mientras que la entrega física del capturado se demora "en el término de la distancia, debidamente justificada". De esta manera, una persona puede permanecer detenida en instalaciones militares por un tiempo indefinido sin haber sido puesta a disposición judicial, requisito que no se satisface sólo informando del hecho, sino llevando el detenido ante el juez¹⁷. Lo contrario significa conferir legalmente al detenedor la atribución de retrasar el momento en que la persona detenida debe ser puesta en manos de un funcionario judicial, lo que significa afectar el derecho fundamental del detenido a controlar la procedencia de la detención, al examen de su estado físico y, en ciertos casos, a su puesta inmediata en libertad por falta de razones para continuar con la privación. El máximo retraso que admite la Constitución colombiana es de 36 horas (art. 28), plazo máximo en el que, independientemente de la distancia, deberá ser el detenido puesto físicamente a disposición del juez, a no

ser que medie un recurso de habeas hábeas, en cuyo caso habrá que estar a lo que el juez dictamine. Y este plazo máximo se mantiene incluso en los estados de excepción, en los que no se podrán suspender las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos (art. 4 Ley 137 de 1994).

El artículo 59 establece la obligación del Fiscal General de atribuir de manera transitoria funciones de policía judicial a un grupo especial de miembros de las fuerzas militares, cuando no puedan desplazarse a la zona de combate miembros de la Fiscalía. El artículo 22.18 del Estatuto Orgánico de la Fiscalía atribuye al Fiscal General la facultad de otorgar atribuciones de policía judicial a los entes públicos, "bajo responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía". Por tanto, de crearse el grupo especial del ejército, éste pasaría a formar parte de la propia Fiscalía, y no del ejército. Por ello, correspondería al Fiscal General la selección del personal de las Fuerzas Armadas que integraría el grupo, así como su formación y la asignación de las concretas competencias que podría llevar a cabo. Todo ello porque, como hemos visto, las funciones del artículo 47 del Estatuto Orgánico, son funciones jurisdiccionales, a desarrollar por funcionarios judiciales, y ni siquiera los miembros de las Fuerzas Armadas que sean miembros de la justicia penal militar forman parte de la rama judicial del poder en Colombia¹⁸. Por tanto, si lo que pretende la ley es formar un grupo especial de la Fiscalía que acompañe a las Fuerzas militares en sus operaciones, no se entiende porqué debe estar necesariamente integrados por militares, militares que deberán pasar un proceso de formación largo. Pueden perfectamente asignarse recursos a la fiscalía para que aumente sus efectivos y cree un grupo especial de este tipo, de carácter permanente, formado por civiles. Máxime cuando la voluntad de excluir la participación de los militares en la Administración de Justicia es clara en el Derecho colombiano, incluso en los estados de excepción, determinando la Ley 137 de 1994 que durante el estado de conmoción interior los civiles no podrán ser juzgados o investigados por Tribunales penales militares (art. 42), la atribución de funciones judiciales a las autoridades civiles deberán ser distintas de las de investigar y juzgar delitos (art. 21), y las unidades especiales creadas por el Fiscal General no podrán estar integradas por militares (art. 37).

Esta desconfianza se entiende porque la presencia de unidades de la Fiscalía en las operaciones militares no sirve sólo para la investigación de los delitos que hubieran podido cometerse en la zona de combate, sino también para velar porque la investigación se haga de todos los delitos, para desincentivar la comisión de delitos por parte de los militares, y de darse éstos, para que exista sobre el terreno un poder independiente que recoja las pruebas necesarias antes de su desaparición. Ello

¹⁶ Lo mismo se establece en los artículos 9, 12, 13, 18, 19, 21 y 22 del PIDCP.

¹⁷ Como establece el PIDCP, artículo 9 3 y a la CADH, artículo 7.5, que determinan que toda persona privada de libertad por autoridades administrativas, deberá ser llevada sin demora ante un juez.

¹⁸ La estructura judicial no puede ser otra que la que se establece en el Título VIII de la Constitución. Cfr. al respecto la Revisión constitucional del proyecto de ley "Estatutaria de la Justicia", en las consideraciones que la Corte hace respecto al artículo 11, Sentencia C-037/96.

se explica porque en la Declaración de los organismos de Derechos Humanos y Sociales ante la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su 57 período de sesiones, se dieron cifras según las cuales, el 79, 95% de las muertes y desapariciones ocurridas en el año 2000, y en las cuales se conoce el presunto autor, se atribuyó a agentes estatales: 2,44% directamente (29 víctimas), e indirectamente, por grupos paramilitares, 77,51% (920 víctimas).

Frente a estos datos, resulta alarmante la limitación a un máximo de 60 días del período de investigación de los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública establecida por el artículo 60 LSDN. Parece de dudosa legitimidad que, en un Estado en el que cada año se multiplican las denuncias de violaciones de los derechos humanos por parte de las Fuerzas Armadas en los informes de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, se pueda obstaculizar de alguna manera la investigación de dichas violaciones, afectando el derecho de las víctimas a la justa reparación ejerciendo la acción penal.

CONCLUSION

La Ley 684 de 13 de agosto de 2001 de la República de Colombia significa un derecho de excepción que otorga funciones extraordinarias a las fuerzas militares para desarrollar una guerra civil que ponga fin al conflicto armado colombiano, tal y como pretende la estrategia antinarcóticos del Departamento de Defensa norteamericano, único aspecto que hasta ahora se ha hecho realidad del "Plan Colombia". Es un derecho de excepción no sólo porque

prevé facultades extraordinarias que desbordan el normal funcionamiento institucional y el reparto de competencias fijado en la Constitución, sino también porque suspende la legalidad constitucional a la hora de limitar derechos fundamentales a través de fuentes distintas a la ley, y porque faculta la declaración de "estados materiales" de excepción no previstos ni en la Constitución ni en la ley estatutaria en la materia. De esta manera, se evitan los institutos de garantía previstos frente al derecho excepcional, porque no hay declaración formal de estado de excepción y no puede entrar a regir la legislación en la materia. Es ésta una ley que no sólo rompe la legalidad constitucional, sino que ataca los fundamentos mismos de la Constitución de 1991. Como es sabido, el consenso constitucional se centró en evitar el permanente estado de sitio en que vivió Colombia con la legalidad anterior, y que la presente ley intenta recuperar a través de la imposición de un estado de guerra sin garantías suficientes para la defensa de los derechos fundamentales y el adecuado control que el poder político debe tener sobre las acciones militares. Además, la rehabilitación del aspecto militar del conflicto del "Plan Colombia" ha reforzado mucho las posiciones de los militares, que se traducen en esta ley sometiendo el poder civil al militar durante el desarrollo de las operaciones. Si Colombia no ha sufrido hasta hoy una dictadura militar a diferencia de sus vecinos, ha sido porque las elites siempre han sido capaces de controlar y dominar al ejército, y esta ley abre una puerta para que ese control disminuya cada día. Por todo ello, urge recuperar la legalidad constitucional perdida, y para ello deben ponerse en funcionamiento todos los mecanismos constitucionales.