



Revista de Estudios Sociales | Facultad de Ciencias Sociales | Fundación Social

Revista de Estudios Sociales

ISSN: 0123-885X

res@uniandes.edu.co

Universidad de Los Andes

Colombia

Iturralde, Manuel

Guerra y derecho en Colombia: el decisionismo político y los estados de excepción como respuesta
a la crisis de la democracia

Revista de Estudios Sociales, núm. 15, junio, 2003, pp. 29-46
Universidad de Los Andes
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=81501503>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

GUERRA Y DERECHO EN COLOMBIA: EL DECISIONISMO POLÍTICO Y LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN COMO RESPUESTA A LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA

Manuel Iturralde*

Resumen

El artículo trata sobre la crisis del Estado democrático contemporáneo, y estudia para el caso colombiano la figura de los estados de excepción, planteando que su uso recurrente contribuye a dicha crisis. Se presentan las teorías de Carl Schmitt como el fundamento teórico de esta práctica, mostrando su vigencia en la Colombia de hoy. Se recurre también a la teoría sociopolítica de Boaventura de Sousa Santos y de Franz Neumann y Otto Kirchheimer. Se pretende mostrar cómo, a pesar de los límites y carencias del modelo liberal democrático, este debe ser perfeccionado y no abandonado dada su potencialidad emancipadora que no ha sido llevada hasta sus últimas consecuencias, lo que permitiría lograr una sociedad más justa y libre.

Abstract

The article talks about the crisis of the contemporary democratic State, and it studies the figure of the state of emergency in the Colombian case, outlining that its recurrent use contributes to this crisis. Carl Schmitt's theories are presented as the theoretic foundation of this practice, showing its validity in present-day Colombia. It also recurs to the socio-political theory of Boaventura de Sousa Santos, Franz Neumann and Otto Kirchheimer. It pretends to show how, in spite of the limits and deficiencies of the democratic neo-liberal model, which should be perfected and not abandoned given its emancipation potential that has not been taken to its ultimate consequences, what would lead to a more just and free society.

Palabras clave:

Estado de excepción, democracia, guerra, Colombia.

Keywords:

State of emergency, democracy, war, Colombia.

Introducción

El uso continuo de los estados de excepción por parte de los gobiernos colombianos durante las últimas cinco décadas ha conducido a la sustitución de la regla por la excepción: el Estado de derecho ha cedido frente al autoritarismo¹. La fragilidad política de los distintos gobiernos, dentro de un contexto de violencia política y desorden social, se ha expresado en la tendencia a abandonar las reglas democráticas para privilegiar el uso de la fuerza como principal arma política. Así, con la excusa de preservar el Estado de derecho, el Ejecutivo lo ha silenciado. Este fenómeno puede ser interpretado como una manifestación contemporánea de la razón de Estado²: el interés y seguridad del Estado son aducidos con el fin de garantizar la débil estabilidad de los gobiernos. Desde esta perspectiva, los estados de excepción en Colombia se han convertido en la continuación de la guerra a través de las formas jurídicas³.

- 1 La bibliografía sobre este tema es amplia. Al respecto, véase entre otros: Gustavo Gallón, *Quince años de Estado de Sitio en Colombia: 1958-1978*, Bogotá, América Latina, 1979; Ariza et al., *Estados de excepción y razón de Estado en Colombia*, Santafé de Bogotá, Estudios Opcionales CIJUS, Universidad de los Andes, 1997; Mauricio García Villegas, "Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997", en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre, Colciencias, ICANH, Universidad de Coimbra, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Tomo I, 2001, págs. 317-370.
- 2 "Razón de Estado es la máxima del obrar político, la ley motora del Estado. La razón de Estado dice al político lo que tiene que hacer, a fin de mantener al Estado sano y robusto. Y como el Estado es un organismo, cuya fuerza no se mantiene plenamente mas que si le es posible desenvolverse y crecer, la razón de Estado indica también los caminos y las metas de este crecimiento". Friedrich Meinecke, *La idea de la razón de Estado en la edad moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pág. 8.
- 3 La idea de la ritualización de la guerra a través del derecho ha sido desarrollada de manera lúcida por Foucault. Al respecto véase: Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1995, pág. 66. En Colombia esta misma idea también ha sido abordada por diversos autores. Véase entre otros: Ariza et al., 1997, op. cit.; Alejandro Aponte, *Guerra y derecho penal de enemigo. Aproximación teórica a la dinámica del derecho penal de emergencia en Colombia*, Santafé de Bogotá, Estudios Opcionales CIJUS-Universidad de los Andes, 1999; Iván Orozco Abad y Juan Gabriel Gómez Albarello, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Santafé de Bogotá, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional (IEPRI) – Temis, 1999; Iván Orozco Abad, *Combatientes, rebeldes y terroristas*, Santafé de Bogotá, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional (IEPRI) – Temis, 1992.

* Profesor Asistente de la Facultad de Derecho e investigador del Centro de Investigaciones Sociojurídicas –CIJUS– de la Universidad de los Andes.

La figura misma de los estados de excepción resulta problemática dentro de un sistema democrático, pues ella conlleva una paradoja ineludible, la autonegación de dicho sistema, al ser creada y delineada por el Estado de derecho con el fin de que este sea suspendido y reemplazado por un régimen de poderes concentrados en cabeza del Ejecutivo; el Estado de derecho se excluye a sí mismo por medio de la inclusión de los estados de excepción. Pero cuando la excepción se convierte en la situación normal, el Estado de derecho entra en crisis. El caso colombiano es una manifestación dramática y extrema de la crisis del Estado de derecho liberal clásico en las sociedades contemporáneas. Esta debilidad expresada por el uso continuo de los estados de excepción refuerza la idea de la manifestación contemporánea de la razón de Estado en Colombia, materializada en una forma jurídica que, tan solo formalmente, respeta las reglas del juego democrático y la supremacía del Estado de derecho, pero que en realidad esconde una profunda contradicción donde el derecho le abre secretamente la puerta a la guerra, forma sin reglas.

En situaciones de crisis política, social o económica, o que por lo menos son percibidas como críticas por la sociedad, donde el miedo y la inseguridad se apoderan de buena parte de ésta, la postura que ata las ideas de autoridad, orden y unanimidad tiende a imponerse no sólo en los debates filosófico-políticos, sino en el accionar del Estado. Este, sacando ventaja del sensible estado de ánimo de buena parte de la sociedad, justifica decisiones que exceden los parámetros legales ordinarios y que limitan las libertades y derechos de los ciudadanos con el argumento de que éstas son ineludibles para superar la situación de emergencia. De esta manera, el gobierno de turno busca, en numerosas ocasiones, adelantar sus políticas e intereses sin someterse al desgaste del debate y el proceso democrático.

La teoría política de Carl Schmitt, filósofo político y jurista alemán, cuyo trabajo sirvió de soporte ideológico y jurídico al nazismo, es un buen ejemplo de este tipo de visión política para tiempos de crisis. En tales momentos, piensa Schmitt, la política se convierte en un campo de batalla que, como tal, sirve de escenario para un solo objetivo: derrotar y eliminar al enemigo. La línea divisoria entre guerra y política se borra y con ella, el límite que separa el Estado de derecho del Estado totalitario. La Alemania nazi fue una expresión devastadoramente clara de la conducción de la guerra

contra los enemigos internos del Estado –sus mismos ciudadanos– a través del derecho⁴.

Por esto se puede decir que la postura de Schmitt es una teoría no sólo sobre la política, sino también sobre la guerra. Una teoría, además, que no quedó como simple documento ideológico que explica y justifica la barbarie estatal; las ideas de Schmitt son de gran actualidad y su estudio ha sido retomado por los científicos sociales durante las últimas dos décadas,⁵ pues ellas incluyen una incisiva crítica de los regímenes políticos liberales que retrata fielmente la crisis tanto de las democracias de la primera mitad del siglo XX, como de las actuales. Pero aún más, la teoría de Schmitt sirve de explicación, y justificación, de los regímenes políticos autoritarios que en la actualidad proclaman ser los llamados a salvar su pueblo y superar la crisis, básicamente a través de la derrota del enemigo de turno.

El caso colombiano es la constatación de la vigencia de Schmitt y de las peligrosas consecuencias de su postura para la integridad de la amenazada democracia del mundo contemporáneo. La normalización política y jurídica de la excepción en Colombia cabe cómodamente dentro del molde Schmittiano pues ésta ha significado la conducción de una política exclusionista y homogeneizante, donde el discurso y el accionar del Estado se empeñan en dividir a la sociedad entre amigos y enemigos, para justificar la eliminación de éstos como única salida de la crisis. La militarización de la política ha significado asimismo la militarización del derecho, forma a través de la cual se manifiesta el poder razonable y limitado del Estado. Así, los estados de excepción en Colombia se han convertido en la forma jurídica que disfraza un poder autoritario que rompe los límites del Estado de derecho.

4 Para un análisis de este fenómeno, que la dogmática jurídica ha denominado *derecho penal de enemigo*, y su manifestación en Colombia, véase: Aponte, 1999, op. cit.; Orozco Abad y Gómez Albarello, 1999, op. cit.; Orozco Abad, 1992, op. cit.; Ariza et al., 1997, op. cit.

5 Véase entre otros: William E. Scheuerman, *Between the Norm and the Exception. The Frankfurt School and the Rule of Law*, Cambridge, MIT Press, 1994; William E. Scheuerman, *Carl Schmitt: The End of Law*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1999; Stephen Holmes, *The Anatomy of Antiliberalism*, Cambridge-London, Harvard University Press, 1993, págs. 37-60. En Colombia varios autores también han abordado la teoría política de Schmitt para analizar la crisis del Estado colombiano y la confusión entre guerra y derecho. Véase entre otros, Aponte, 1999, op. cit.; Orozco Abad y Gómez Albarello, 1999, op. cit.; Orozco Abad, 1992, op. cit.; Ariza et al., 1997, op. cit.

En las siguientes páginas se pretende ilustrar cómo se ha dado este proceso en Colombia, durante la segunda mitad del siglo XX y las peligrosas consecuencias que ello implica. Finalmente, se pretende mostrar cómo esta particular lectura de la crisis de las democracias contemporáneas –una de las cuales es Colombia–, por acertada que pueda ser, no lleva necesariamente a la equivocada conclusión de que antes de la libertad y la equidad viene el orden homogeneizante, desenlace de la derrota del enemigo en la guerra. Por el contrario, la crisis de la democracia plantea el desafío de aprender de los errores del pasado y de reforzar el sustrato pluralista y tolerante de ésta, de donde proviene su energía transformadora, que tiene la potencialidad de pacificar la sociedad y garantizar la convivencia.

Para lograr estos objetivos, la primera parte de este ensayo ilustrará brevemente la crisis del ideal liberal del Estado democrático en las sociedades contemporáneas. La segunda parte analizará cómo este fenómeno se ha presentado de manera dramática en Colombia a través de la figura de los estados de excepción. La tercera parte evidenciará cómo la teoría decisionista de Schmitt ha sido apropiada en la práctica por el discurso y la acción política de los distintos gobiernos colombianos, durante la segunda mitad del siglo XX. Ello ha llevado a la configuración de un Estado veladamente autoritario que construye estratégicamente la idea del enemigo interno, señalado como principal causante de los problemas de violencia y desorden del país, lo cual distrae a una angustiada población de los problemas sociales y políticos de fondo. La conclusión de este ensayo pretende mostrar cómo, a pesar de los límites y carencias del modelo liberal democrático, este debe ser perfeccionado y no abandonado, pues tiene una potencialidad emancipadora que no ha sido llevada hasta sus últimas consecuencias, lo que permitiría lograr una sociedad más justa y libre. Para demostrar esto, se hará uso de la teoría sociopolítica de Boaventura de Sousa Santos y de Franz Neumann y Otto Kirchheimer; estos dos últimos, pensadores de la primera Escuela de Frankfurt que no han recibido de los científicos sociales colombianos la atención que se merecen.

La crisis del Estado de derecho en las sociedades contemporáneas: primeros pasos hacia el Estado autoritario

Bajo las actuales condiciones del Estado social de derecho moderno y de las democracias capitalistas desarrolladas, el Estado de derecho liberal clásico está sufriendo una ya larga crisis, al ser incompatible con la creciente estructura

amorfa e indeterminada de las normas jurídicas, caracterizada por el uso de parámetros legales vagos⁶. La intervención estatal en las distintas esferas económicas y sociales no sólo ha minado la clásica división liberal entre Estado y sociedad, sino que también ha significado el aumento del alcance de poderes administrativos y judiciales altamente discretionales en diversas áreas de acción estatal. Así, el interventionista Estado social de derecho se caracteriza por una mezcla de la tradicional creación de leyes generales, por parte del Parlamento, con poderes administrativos concretos y específicos, requeridos para ejecutar las diversas tareas del Estado. A partir de esto, puede concluirse que las democracias liberales contemporáneas no cumplen con la exigencia mínima del ideal liberal del Estado de derecho, donde la acción estatal se caracteriza por ser predecible y regulada⁷.

El principio de legalidad es la primera exigencia de la concepción liberal moderna del Estado de derecho, a partir del cual la acción del Estado debe basarse en reglas generales, claras y vinculantes que limiten sus actividades. El Estado de derecho ofrece un mínimo de seguridad jurídica y previene los peligros del autoritarismo; constituye un límite al poder político, es el instrumento que lo hace razonable, aceptable y predecible. Así, con el fin de legitimar el accionar estatal, el derecho debe adoptar formas capaces de regular las actividades de todos los agentes estatales. De acuerdo con la postura liberal, si las actividades estatales no son debidamente controladas, la autonomía política y social se pueden ver seriamente amenazadas; por esto la generalidad de la ley es una de las características básicas de un régimen democrático. Por generalidad de la ley, la tradición liberal entendió normas preexistentes a la conducta que afectan y referidas a todos los casos y personas en abstracto, como garantía de la imparcialidad del poder estatal. El proyecto liberal buscaba así la consolidación de una sociedad autónoma y autoregulada, claramente diferenciada del Estado y libre de su influencia.

Tal proyecto ideal del Estado liberal ha sido duramente criticado durante el siglo XX. Este ha sido visto como el rezago anacrónico de un pasado liberal arcaico, imposible de materializar en los Estados contemporáneos, cuya

6 Véase Scheuerman, 1994, op. cit.; Blandine Kriegel, *The State and the Rule of Law*, Princeton, Princeton University Press, 1995; Martin Loughlin, *Swords and Scales. An Examination of the Relationship Between Law and Politics*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2000.

7 Scheuerman, 1994, op. cit., pág. 1.

complejidad ha crecido notablemente. Desde una postura de izquierda, el Estado de derecho ha sido percibido con desconfianza como un suplemento de las ilegítimas inequidades del poder. Desde una perspectiva autoritaria de derecha, el Estado de derecho ha sido percibido como un ente incapaz de regular los conflictos sociales y económicos. Durante la primera mitad del siglo XX uno de los mayores críticos del Estado de derecho liberal, representante de esta última vertiente, fue Carl Schmitt, quien estaba a favor de un *Estado total*, capaz de resolver los conflictos sociales y económicos a través de su amplia y decidida intervención. Bajo el Estado total, la tradicional separación liberal entre sociedad y Estado debería colapsar. Schmitt consideraba que el modelo liberal no sólo era inalcanzable, sino que también era un potencial desastre político. El estudio de la teoría de Schmitt, como se verá, es de gran importancia y actualidad ya que sus premisas y recomendaciones son opciones reales que pueden servir de inspiración y justificación ideológica a las tendencias autoritarias que se abren camino en un mundo marcado por la crisis de las democracias y del Estado de derecho. La dinámica de los estados de excepción en Colombia durante la segunda mitad del siglo XX, parece confirmar esta idea y por ello vale la pena analizarla.

Colombia: los estados de excepción y la crisis de la democracia

La intervención del poder ejecutivo en Colombia, durante la segunda mitad del siglo XX, se ha expresado principalmente por medio de decretos legislativos propios de los estados de excepción. El contexto colombiano es diferente del norteamericano y el europeo: Colombia puede ser descrito como un país con un Estado débil, con una situación de intensa violencia política y social y con grandes desigualdades al interior de su sociedad⁸. Por ello, el Estado colombiano no

puede ser definido como una democracia capitalista avanzada, aunque es receptor de presiones y esquemas políticos y económicos globales, orientados durante las últimas tres décadas a un modelo neoliberal⁹. De esta manera, Colombia es, formalmente, una democracia liberal con un sistema capitalista en desarrollo.

La discrecionalidad de los gobiernos colombianos para declarar los estados de excepción fue absoluta antes de la promulgación de la Constitución de 1991. En consecuencia, tal decisión tenía en la práctica un status supralegal ya que sus motivaciones no eran sometidas —a través de controles judiciales y políticos efectivos ejercidos por las otras dos ramas del poder— a los criterios propios del Estado de derecho y expresados en la Constitución. El uso continuo de los estados de excepción por los diversos gobiernos desde 1949, ha sido desde ese entonces una característica de la política colombiana, completamente permeada por las exigencias de la guerra que se libra (contra la subversión, los paramilitares, el narcotráfico, la delincuencia organizada y la común, según la coyuntura), aunque encubierta por el manto de la formalidad jurídica. El derecho se convierte así en la vestidura de la guerra. Este uso de los estados de excepción y del contexto de crisis social, económica y política que los rodea, ha

donde priman la *descontractualización social* de sectores cada vez más amplios de la población y la sensación de miedo y terror entre la ciudadanía, atrapada entre distintas formas de violencia y exclusión. Véase entre otros, Luis Jorge Garay (coord.), *Repensar a Colombia. Hacia un nuevo contrato social*, Bogotá, Agencia Colombiana de Cooperación Internacional, PNUD, 2002; Luis Jorge Garay y Carlos Ossa (dirs.), *Colombia: entre la exclusión y el desarrollo. Propuestas para la transición al Estado social de derecho*, Bogotá, Contraloría General de la República, Alfaomega, 2002; Luis Jorge Garay, "La transición hacia la construcción de la sociedad. Reflexiones en torno a la crisis colombiana", 2000; Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny, "El nudo gordiano de la justicia y la guerra en Colombia", en Álvaro Camacho Guizado y Francisco Leal (eds.), *Armar la paz es desarmar la guerra*, Bogotá, DNP, Fescol, IEPRI - Universidad Nacional de Colombia, Misión Social, Presidencia de la República, Alto Comisionado para la Paz, 2000, págs. 33-70; Álvaro Camacho Guizado, *Nuevas visiones sobre la violencia en Colombia*, Bogotá, Fescol, IEPRI, 1997; Daniel Pécaut, *Guerra contra la sociedad*, Bogotá, Espasa, 2001; Rodrigo Uprimny y Alfredo Vargas, "La palabra y la sangre: violencia, legalidad y guerra sucia en Colombia", en Germán Palacio (ed.), *La irrupción del paraestado*, Bogotá, ILSA, Cerec, 1990; Marco Palacios, *Entre la legitimidad y la violencia, Colombia 1875-1994*, Bogotá, Norma, 1995.

9 Véase Jane Jenson y Boaventura de Sousa Santos, "Introduction: Case Studies and Common Trends in Globalizations", en *Globalizing institutions. Case studies in regulation and innovation*, Aldershot, Ashgate, 2000, págs. 9-26.

8 Santos y García Villegas se refieren a este fenómeno como la *crisis del contrato social en Colombia*, la cual se ha intensificado durante las últimas dos décadas y se ha caracterizado por el aumento de los procesos de exclusión social, económica y política, por el deterioro de la convivencia pacífica y del poder coercitivo del Estado, a pesar de que este ha recurrido a métodos opresivos para enfrentar el desorden social y político. Véase Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas, "Colombia: el revés del contrato social de la modernidad", en Santos y García, 2001, op. cit., Tomo I, págs. 11-83. Diversos científicos sociales han analizado en las últimas dos décadas, desde distintas perspectivas, la crisis del Estado colombiano, la cual ha llevado a una situación cercana al estado de naturaleza Hobbesiano,

dibujado una forma particular de Estado, con una relación especial entre las ramas del poder público, que bordea el ambiguo límite entre la democracia y el autoritarismo¹⁰ y que se expresa en la relación paradójica entre el Estado de derecho y el de excepción, entre el derecho y la guerra. Aunque los estados de excepción han sido utilizados de manera prácticamente ininterrumpida desde 1949, su uso estratégico por parte de los diversos gobiernos, sus objetivos y metas han cambiado según las circunstancias políticas, económicas y sociales. Así, de la observación de los numerosos estados de excepción durante las últimas cinco décadas, puede realizarse una cronología de estos, con el fin de diferenciar y de comprender sus distintos usos, así como la dinámica de un poder político decisionista durante este período de tiempo¹¹. De acuerdo con Mauricio García, tres períodos claramente identificables pueden ser establecidos. El primero se inició con la formación del Frente Nacional en 1957 y terminó en 1978 con el gobierno de Alfonso López Michelsen. Durante este tiempo los estados de excepción fueron utilizados principalmente en las ciudades contra los movimientos sociales que estaban desestabilizando un régimen político frágil que luchaba por superar la crisis económica y política que habían dejado casi diez años de guerra civil. Durante este período, el control político del Congreso y el control jurídico de la Corte Suprema de Justicia sobre las medidas de emergencia creadas y aplicadas por el Ejecutivo, no fueron ejercidos de manera efectiva. La acción estatal se concentraba en el poder ejecutivo que legislaba en las áreas más importantes, incluyendo la economía y el manejo del orden público, sin ningún límite legal, pues los que formalmente existían eran completamente inoperantes. Las decisiones presidenciales más determinantes para el país eran aprobadas y legitimadas mansamente por la Corte Suprema y el Congreso.

El segundo período se extendió de 1978 (con el inicio del gobierno de Julio César Turbay Ayala) a 1990 (con el fin del gobierno de Virgilio Barco). Este período se caracterizó por el aumento generalizado de la violencia causada, en un primer término, por el combate con la guerrilla (que había aumentado su poder militar) y luego agravado por la guerra contra los carteles de la droga. Los estados de excepción dejaron de ser usados como mecanismo de control social. Para ese entonces (inicio del gobierno Turbay), los movimientos estudiantiles y de

trabajadores estaban completamente debilitados después de una década de represión estatal. Durante este nuevo período, los estados de excepción fueron la principal arma del Estado colombiano en la guerra contra la guerrilla y el narcotráfico, lo cual determinó que en numerosas y significativas ocasiones el derecho y las formas jurídicas se convirtieran en campo de batalla¹². Los estados de excepción eran el único mecanismo de gobierno –y arma de guerra– que estaba a la mano de regímenes políticos inestables y sin norte, que no encontraban apoyo en una sociedad que se debatía entre la apatía política y el miedo que la neutralizaba. Esta situación era el espejo de la ya prolongada crisis de representatividad y de la fragmentación de los dos partidos políticos tradicionales. Mientras que la intensidad del conflicto político y social aumentaba, la única respuesta que el Estado era capaz de ofrecer era la represiva, a través del endurecimiento y militarización del sistema penal y por medio de la concesión de amplios poderes a las fuerzas militares y de seguridad, las que, paradójicamente, estaban vinculadas en muchas ocasiones con grupos paramilitares, un feroz protagonista del conflicto a partir de finales de los ochenta¹³. Durante este lapso de tiempo los abusos contra

12 Para combatir a los enemigos del Estado, se creó, por medio de decretos de estado de sitio, una justicia penal especial cuyo antecedente fue el juzgamiento de civiles por parte de tribunales militares. Dicha justicia, que comenzó en 1984 bajo el nombre de justicia especializada, se consolidó a finales de los ochenta y durante la década de los noventa (primero se denominó justicia de orden público y finalmente justicia regional, más conocida como justicia sin rostro) y se caracterizó por la restricción drástica de las garantías y de los derechos fundamentales de los procesados. Este tipo de justicia fue el ejemplo más dramático de la transformación del derecho en un instrumento de guerra para desarmar y derrotar al enemigo interno. Al respecto véase: Ariza et al., 1997, op. cit.; Aponte, 1999, op. cit.; Orozco Abad y Gómez Albarello, 1999, op. cit.; Orozco Abad, 1992, op. cit; Rodrigo Uprimny, "Las transformaciones de la justicia en Colombia" y "El 'laboratorio' colombiano: narcotráfico, poder y administración de justicia", en Santos y García, 2001, op. cit., págs. 261-315; 371-414.

13 Bajo la doctrina de la Seguridad Nacional, creada por los Estados Unidos al amparo de la guerra fría y replicada por las dictaduras militares latinoamericanas, la política de seguridad del Estado colombiano fue confiada por el poder político, a partir del Frente Nacional, a las fuerzas militares, quienes actuaban con completa autonomía. Esta política, netamente represiva y que, lejos de superar la crisis de seguridad y violencia, la agravó, absorbió incluso a la política criminal del Estado colombiano. Al respecto véase: Francisco Leal Buitrago, *La seguridad nacional a la deriva. Del Frente Nacional a la posguerra fría*, Bogotá, Alfaomega, CESO-Uniandes, FLACSO-Sede Ecuador, 2002.

10 Véase García Villegas, 2001, op. cit., págs. 361-362; Ariza et al., 1997, op. cit., págs. 64-73; Gallón, 1979, op. cit.

11 La cronología de los estados de excepción es tomada de García Villegas, 2001, op. cit., págs. 318-333.

los derechos, detonados por la legislación de emergencia¹⁴ eran evidentes. Aunque la situación no provocó una reacción política del Congreso que pasivamente le delegaba sus poderes al Ejecutivo, la violación masiva de derechos humanos causó una respuesta tímida de la Corte Suprema de Justicia, que declaró inconstitucionales algunos de los decretos legislativos más represivos y laxos frente a la garantía de los derechos ciudadanos.

El último período de análisis, que comienza con la promulgación de la Constitución de 1991, se encuentra en una fase de pleno desarrollo, como lo demuestra la reciente declaratoria de la conmoción interior por parte del recién posesionado gobierno de Álvaro Uribe Vélez, con el fin de combatir el terrorismo, los grupos insurgentes, el paramilitarismo y el narcotráfico. La crisis de legitimidad del Estado colombiano, marcado por la corrupción, ineficiencia, debilidad y la falta de mecanismos institucionales democráticos adecuados, unida a la situación de violencia generalizada y terrorismo de finales de los ochenta, se evidenciaban en la condición de ingobernabilidad del país y en el descontento popular de una sociedad amedrentada pero que mostraba signos de impaciencia. Bajo estas circunstancias, era predecible el establecimiento de una carta generosa de derechos –y garantías efectivas para su protección– que servirían de re legitimación del Estado. Una de las transformaciones más importantes para garantizar la efectividad en la protección de los derechos humanos fue precisamente la limitación institucional de los estados de excepción –particularmente del estado de sitio que pasó a llamarse estado de conmoción interior–, una de las principales armas en las cambiantes guerras del Estado y que fue causa de numerosos abusos contra los derechos humanos e incluso del recrudescimiento del conflicto. Se estableció una definición clara y detallada del estado de conmoción interior, el cual fue restringido de distintas maneras para garantizar su duración limitada y para reducir los poderes del Presidente. A pesar de estos cambios institucionales –y de los resultados positivos a los que dieron lugar como, por ejemplo, el gran impacto social de la acción de tutela– y las expectativas de una sociedad reconciliada con la nueva Carta Política, la guerra sucia continuó con toda su intensidad.

La nueva Constitución y la transformación de las

instituciones estatales se mostraron insuficientes para cambiar una cultura y un sistema político a los cuales ya era un lugar común caracterizar con el término crisis. La transformación de la realidad por medio del derecho, de por sí muy difícil, se vuelve un imposible, por más ambicioso que sea el proyecto de reforma legal, si no está acompañada por transformaciones de las condiciones políticas, sociales y económicas de la sociedad. La fe en el poder transformador de las formas jurídicas es característica del formalismo jurídico que ha prevalecido tradicionalmente en Colombia. De esta manera, una tendencia común de la clase política colombiana, –conformada en buena parte por abogados–, ha sido limitar la transformación de la realidad a la transformación de las normas jurídicas¹⁵.

Como una reacción a la crisis persistente, los gobiernos de César Gaviria y de Ernesto Samper utilizaron en varias ocasiones los estados de excepción –particularmente la conmoción interior¹⁶– como una salida de emergencia a la inestabilidad política causada por el contexto de violencia general, encabezada por los últimos coletazos del letal Cartel de Medellín y por una guerrilla fortalecida militar y económicamente, que supo sacar los mayores dividendos

15 El debate sobre los logros y carencias de la Constitución de 1991 se ha intensificado después de cumplirse una década de su entrada en vigencia. Dentro de dicho debate se encuentran de un lado los escépticos, quienes consideran que la nueva Carta Política fue mal y/o ingenuamente concebida por los constituyentes y que ha fracasado en su intento de re legitimar el Estado y de llevar a la sociedad colombiana por el camino de la paz y la convivencia. Del otro, están los optimistas, quienes afirman que, a pesar de las limitaciones y desaciertos de la nueva Constitución, esta se ha convertido en un instrumento fundamental de transformación política y social y de fortalecimiento de la precaria cultura democrática y de derechos humanos que existe en Colombia, que por lo tanto merece ser apoyada y potenciada. En lo que la mayoría de las personas que han participado en este debate parecen coincidir, es en el limitado papel del derecho y de los textos jurídicos en la transformación de la realidad social, económica y política. Confiar por completo dicha transformación a una Constitución puede llevar a la inhibición de los procesos sociales y políticos que deben ser el motor fundamental de aquélla. Este tópico, junto con los logros y carencias de la Constitución de 1991, una década después de su proclamación, fue ampliamente discutido en el seminario de evaluación *Diez años de la Constitución colombiana, 1991-2001*, organizado por ILSA y la Universidad Nacional de Colombia en junio de 2001. Al respecto véase: Varios Autores, *El debate a la Constitución*, Bogotá, ILSA-Universidad Nacional de Colombia, 2002.

16 El gobierno Gaviria decretó la conmoción interior en tres ocasiones y el gobierno Samper en dos oportunidades.

14 El ejemplo paradigmático fue el *Estatuto de Seguridad* del gobierno Turbay, decreto legislativo que era la imitación de las políticas de seguridad de las dictaduras del Cono Sur.

de la profunda crisis política durante el gobierno Samper¹⁷. El gobierno Pastrana no declaró el estado de conmoción interior, de una parte, por razones estratégicas pues se encontraba en proceso de negociaciones de paz con las FARC y en acercamientos con el ELN; de otra parte, una vez rotas las negociaciones de paz, porque consideró que la conmoción interior, tal y como estaba diseñada en la Constitución, no tenía suficientes dientes para afrontar efectivamente la situación de orden público. Finalmente el gobierno Uribe, tan sólo unos pocos días después de su posesión, decretó la conmoción interior cumpliendo así, frente a la opinión pública, con la promesa electoral de instaurar un gobierno firme y sin concesiones con los violentos. El gobierno recién posesionado ha ido aun más lejos que los de Samper y Gaviria con respecto a las medidas de excepción: por medio del Ministro del Interior y de Justicia ha anunciado su deseo de volver al estado de sitio de la Carta de 1886, caracterizado por un Ejecutivo con amplios poderes y menos controles.

En cuanto al poder legislativo, el “nuevo” Congreso, ampliamente reformado por la Constitución de 1991, evidenció una vez más su incapacidad para tomar el liderazgo necesario para confrontar la situación política. Muy lejos de esto, la corrupción y fragmentación del Congreso continuaron siendo sus rasgos principales. La reforma constitucional no condujo a una transformación de los partidos políticos ni de la manera de hacer política en Colombia¹⁸. Bajo el régimen de la nueva Constitución, dichos partidos dejaron al descubierto la profundidad de su crisis a través de una cadena de escándalos de corrupción que golpearon a la clase política como nunca antes. El más claro ejemplo de ello es el *Proceso 8.000*, que desnudó la estrecha relación entre ésta y el narcotráfico, que ya había permeado las esferas económica y social del país. El poder judicial, en cambio, ha jugado un inesperado y activo papel después de la promulgación de la Carta del 91, uno de cuyos objetivos era robustecerlo para acabar con la impunidad y el conflicto social. Con respecto a los

estados de excepción, la recién creada Corte Constitucional estableció en su jurisprudencia, al menos discursivamente, un control estricto —y nunca antes visto— sobre el Ejecutivo, particularmente en lo referente a la declaratoria de los estados de excepción, la cual ya no es una potestad absoluta del Presidente, sino una decisión legal sometida al control material de la Corte, que comenzó a compartir con el gobierno la responsabilidad de declarar la emergencia¹⁹. El Ejecutivo, al ver cómo la Corte restringía la discrecionalidad de sus decisiones frente a la excepción, intentó en numerosas ocasiones limitar los poderes de aquélla a través de proyectos de reforma constitucional que por ahora no han tenido éxito, pero que han dejado en claro la continua tensión entre la Corte Constitucional y el Ejecutivo frente a este tema. La propuesta de Uribe de volver al estado de sitio y de excluir explícitamente su declaratoria del control material de la Corte, es el más reciente episodio de este conflicto.

Como sugiere Mauricio García²⁰, el desarrollo del uso de los estados de excepción por parte de los distintos gobiernos de la segunda mitad del siglo XX muestra una pérdida gradual de la capacidad regulativa del Estado por medio de normas jurídicas ordinarias. La normalización de la excepción evidencia el derrumbe del Estado de derecho y un continuo divagar de la acción estatal en la frontera que separa —y une— la norma y la excepción, el derecho y el no-derecho, el Estado de derecho y el estado de guerra. Los estados de excepción toman una forma jurídica supuestamente para proteger el Estado de derecho, por medio de su negación, en circunstancias extraordinarias. Pero su uso desproporcionado por parte del Ejecutivo desdibujó el sistema jurídico que proclamaba proteger. La práctica de la emergencia se nutre así del límite entre el derecho —el monopolio legítimo y controlado de la violencia— y el no-derecho —el uso incontrolado de la violencia—. Es así como la práctica y la lógica de la emergencia han dominado la política y el sistema jurídico

17 Al respecto véase: Ariza et al., 1997, op. cit.; García Villegas, 1997, op. cit.; Uprimny, 2001, op. cit.

18 La fragmentación del Congreso y su debilidad frente al Ejecutivo son factores que no le permiten ejercer un control político eficaz y ser el principal motor del diseño de las políticas públicas en Colombia. Al respecto, véase: Ana María Bejarano (dir.), *Discusiones sobre la reforma del Estado en Colombia: la fragmentación del Estado y el funcionamiento del Congreso*, Bogotá, Estudios Ocasionales CIJUS, Universidad de los Andes, Colciencias, 2001.

19 Sobre el papel político de la rama judicial en Colombia, particularmente a partir de la Constitución de 1991, véase: Uprimny, 2001, op. cit. Sobre el papel de la Corte Constitucional frente a los estados de excepción, véase: Ariza et al., 1997, op. cit.; García Villegas, 1997, op. cit.; Orozco Abad y Gómez A., 1999, op. cit.; Libardo Ariza y Antonio Barreto, “La Corte Constitucional frente a la excepcionalidad: 10 años de control material laxo y discursivo”, en Observatorio de Justicia Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, *Derecho Constitucional. Perspectivas críticas*, Bogotá, Legis, 2001.

20 García Villegas, 1997, op. cit., pág. 361.

colombianos como resultado de la incapacidad, y en ocasiones la falta de voluntad, del poder político para controlar a través de métodos democráticos y legales las dinámicas de violencia y descontento que ha vivido el país. La cultura de la emergencia, alimentada por una continua percepción social de crisis, ha colonizado el poder representativo del Congreso, no sólo al remplazarlo durante la duración de los estados de excepción, sino también al procurar la transformación de decretos legislativos de excepción en legislación permanente (un contrasentido lógico-normativo) a través de leyes promulgadas por el mismo legislativo. Así, aun en los períodos durante los cuales los estados de excepción no estaban en vigor, sus medidas perduraban por medio de leyes ordinarias. La excepción ha sido formalmente y materialmente adoptada; aun en las extraordinarias circunstancias en que parece cesar, continúa en operación. Como consecuencia de esto, los estados de excepción han funcionado en Colombia como una delegación incontrolada de poderes legislativos al Ejecutivo, particularmente en materia de orden público²¹. Esta delegación de funciones ha sido facilitada por el pasivo papel de un Congreso fragmentado y de un poder judicial permisivo que tradicionalmente ha ejercido un control jurídico laxo sobre las decisiones del Ejecutivo. Un Estado autoritario y decisionista, donde las acciones incontroladas del Ejecutivo preceden en importancia y ocurrencia a las normas del Estado de derecho, ha moldeado el régimen político colombiano, lo cual evoca el modelo totalitario propuesto por Schmitt, donde el discurso y la perspectiva de la guerra y la violencia se filtran en la concepción de la política y el derecho.

Del Estado de derecho al Estado de guerra

La teoría decisionista de Schmitt constituye un ataque frontal al Estado de derecho y al sistema político liberal. Esta ha resultado sugerente para muchos científicos sociales, particularmente durante las últimas dos décadas, porque es una crítica muy incisiva de las sociedades liberales del siglo XX y porque ha puesto en evidencia las

grietas del Estado de derecho liberal. Es innegable que aspectos importantes de dicha teoría crítica se pueden constatar en las sociedades liberales, no sólo de la primera mitad del siglo XX –a las cuales se dirigía la crítica de Schmitt–, sino también las contemporáneas. Pero, como sugiere Scheuerman²², el decisionismo antiuniversalista de Schmitt deifica tendencias empíricas problemáticas –que se dan y se han dado de hecho–, al interpretarlas como el aspecto central de la experiencia política y jurídica. Tales tendencias, como señalaban Neumann y Kirchheimer²³ (y como se verá en detalle, más adelante) son tendencias políticas y sociales irrationales que deben ser rechazadas porque conducen al autoritarismo. El aspecto preocupante de la teoría política y jurídica de Schmitt no es su ataque contra el liberalismo, que toma la crisis del Estado de derecho como su punto de partida, sino la alternativa totalitaria que propone y que se materializó en la Alemania nazi.

Según Schmitt, la excepción prevalece sobre la norma. Su teoría es el desarrollo de un decisionismo político donde el derecho de la emergencia, concentrado en situaciones

22 Scheuerman, 1994, op. cit., pág. 10.

23 Franz L. Neumann y Otto Kirchheimer, teóricos políticos y jurídicos de la temprana Escuela de Frankfurt, quienes estudiaron la crisis y las posibilidades de transformación del Estado de derecho en las democracias capitalistas de Europa y Estados Unidos durante la primera mitad del siglo XX, como alternativa necesaria al fascismo y los Estados totalitarios que se estaban imponiendo en varios países europeos. Debieron abandonar Alemania con la consolidación del nazismo en el poder. Desde el exilio, estudiaron a fondo el régimen nazi y se convirtieron en lúcidos y duros críticos de este. El libro *Behemoth* de Neumann, publicado en Estados Unidos en 1942, es un tratado crítico y profundo sobre el nacionalsocialismo alemán cuyo objetivo era, en términos de su autor, "presentar un cuadro exacto del enemigo contra el que luchamos". Entre las publicaciones de Neumann, para el tema que se está tratando, vale la pena destacar: el ya mencionado *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacionalsocialismo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1943; *El Estado democrático y el Estado totalitario. Ensayos sobre teoría política y legal*, Buenos Aires, Paidós, 1968. *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, (Kurt Lenk y Franz Neumann (eds.)), Barcelona, Anagrama, 1980; *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Leamington Spa, Bers, 1986. En cuanto a Kirchheimer, sus obras más representativas para el tópico bajo análisis son: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, México, Uteha, 1968; *Politics, Law and Social Change. Selected Essays*, New York, Columbia University Press, 1969; *Social Democracy and the Rule of Law* (Keith Tribe (ed.)), London, Allen & Unwin, 1987 (este libro también incluye ensayos de Neumann); en coautoría con Georg Rusche, *Pena y estructura social*, Bogotá, Temis, 1984.

21 Durante las últimas dos décadas el Ejecutivo, a través de decretos legislativos y de facultades extraordinarias, ha producido cerca del 40% de la legislación del país. *Ibid*, págs. 334, 335; Ariza et al., 1997, op. cit., págs. 7, 8.

específicas, juega un papel fundamental. En una de sus obras principales, *El concepto de lo político*, Schmitt afirma que la esencia de la política, como actividad humana, es la distinción entre *amigo* y *enemigo*²⁴. La política es esencialmente conflictiva, una lucha entre aliados y enemigos políticos. De acuerdo con Schmitt, la política es superior a cualquier otra esfera de valores porque aborda la cuestión fundamental sobre la vida y la muerte y sobre la supervivencia misma de una entidad política. La política se enfrenta con la posibilidad de matar al otro; por esto la guerra es el más claro ejemplo de su alcance e implicaciones²⁵. Para Schmitt, las fronteras entre guerra y política desaparecen, pues la una implica necesariamente a la otra; así, la política puede ser vista como un escenario más donde se adelanta la guerra, mientras que a su vez la guerra es la forma más extrema de hacer política. El opositor político es un enemigo en el sentido más estricto del término porque puede ser necesario matarlo²⁶. Así, el enemigo es *el otro, el extraño*²⁷.

De acuerdo con esta perspectiva, el acto político fundamental es decidir quién es el enemigo. Es suficiente que el enemigo pueda ser identificado como el otro. Schmitt cree que la violencia es un aspecto básico e ineludible de la existencia política. Opta por una "glamorización de la violencia"²⁸ y su teoría no les deja espacio alguno a la responsabilidad política ni a la ética; la política es independiente de la moral. Siguiendo la lógica de la razón de Estado, el bienestar de este es el valor supremo y su defensa justifica cualquier tipo de acción, incluso aquélla que infringe la moral o el derecho positivo²⁹. El aspecto prioritario de la acción política es la decisión, no la razón. Aun más, la acción política es decisión pura; no se basa en la razón o en la discusión y no requiere justificarse a sí misma. Su punto medular es una capacidad de decisión abstracta y formal, susceptible de tener cualquier contenido³⁰.

24 Carl Schmitt, *The Concept of the Political*, Chicago, The University of Chicago Press, [1932] 1996, pág. 26.

25 Schmitt dice: "la más extrema consecuencia de la enemistad en política". *Ibid*, pág. 33. La traducción es mía.

26 *Ibid*, pág. 33.

27 Esto significa que, en caso de conflicto, el enemigo es la negación de la forma de existencia de uno mismo, por lo que se debe desconfiar de él y se le debe combatir, con el fin de preservar la forma de vida apropiada. *Ibid*, págs. 27, 32, 33.

28 Scheuerman, 1994, op. cit., pág. 20-29, Meinecke, 1983, op. cit. pág. 3.

30 Carl Schmitt, *Political Theology*, Cambridge, MIT Press, [1934] 1988, pág. 66.

La idea de soberanía se conecta de manera esencial con este concepto de la política. La decisión, el aspecto central de la política, al librarse de la razón, da lugar a la idea Schmittiana del soberano. Es más importante tomar una decisión que el hecho mismo de que ésta sea razonable. De esta forma, el soberano es la persona que toma tal decisión, sin ningún tipo de atadura. Sus decisiones están por encima y más allá de cualquier principio normativo. La soberanía es, de acuerdo con Schmitt, un concepto límite que en consecuencia debe estar referido a casos límite y no a casos rutinarios. El caso límite por excelencia es el estado de emergencia, la excepción al Estado de derecho. Esta no puede ser codificada y descrita a priori –salvo en un sentido meramente formal– por el ordenamiento jurídico vigente porque es impredecible, es un caso extremo que pone en peligro la existencia del Estado. Así, es precisamente la excepción la que hace que el concepto de soberanía sea relevante, pues el sistema jurídico no puede predecirla ni definirla a priori; el llamado a hacerlo es un poder supremo. Dicho poder se encarna en el soberano; "el soberano es quien decide sobre la excepción"³¹. Si las normas jurídicas son incapaces de encuadrar y regular la excepción, entonces la decisión sobre ésta no puede derivar de tales normas. El soberano es quien decide en una situación de conflicto cuál es el interés del Estado y qué debe hacerse para preservar el orden público.

Es por ello que, siguiendo a Schmitt, la competencia del soberano es ilimitada pues el Estado de derecho no puede anticipar los detalles de la emergencia -el momento más decisivo de la política- ni tiene los medios para superarla. Lo único que el Estado de derecho pide hacer es indicar quién puede actuar en tal caso, nada más. En consecuencia, la decisión sobre la excepción no está sujeta a control alguno y tiene una relación paradójica con el derecho, pues está por fuera de este, pero se refiere a él de manera esencial porque señala sus límites, cuándo y dónde termina³². Para Schmitt, la excepción revela la esencia de la autoridad del Estado; por ello es más importante, y más interesante, que la norma: "la regla no prueba nada; la excepción lo prueba todo"³³. Ahora resulta claro por qué Schmitt cree que el Estado de derecho

31 *Ibid*, pág. 4.

32 Por esto Schmitt considera que el soberano es un concepto límite: "Aunque permanece fuera del sistema jurídico vigente, de todas maneras pertenece a él, pues es él quien debe decidir si la Constitución debe ser suspendida en su totalidad". *Ibid*, pág. 7. La traducción es mía.

33 *Ibid*, pág. 15. La traducción es mía.

no es un aspecto central de la política; el ordenamiento jurídico descansa en la decisión, no en la norma³⁴. Las críticas de Schmitt al Estado liberal no son solamente teóricas, sino también prácticas; él fue testigo de la crisis de las democracias liberales europeas después de la Primera Guerra Mundial, particularmente de la República de Weimar. Schmitt estaba convencido de que el parlamento, lejos de representar la voluntad popular, estaba controlado por grupos de interés antagónicos y bloques poderosos que representaban diferentes segmentos de una sociedad dividida, cuyo interés principal no era defender los ideales liberales³⁵. De esta forma, Schmitt pensaba que las democracias de masas modernas habían hecho de la discusión pública y argumentativa, uno de los aspectos fundamentales del parlamentarismo, una formalidad vacía. La democracia no era cuestión de un debate público persuasivo, sino más bien un mecanismo para obtener unas mayorías con las cuales gobernar³⁶. Así, el parlamentarismo pertenecía a la ideología liberal, no a la idea de democracia que podía ser lograda por otros medios. Inspirado por su concepto de lo político, Schmitt creía que la democracia descansaba en el principio de que "no sólo son iguales los iguales, sino que los desiguales no serán tratados de la misma manera. La democracia requiere, por lo tanto, primero homogeneidad y segundo –si la necesidad lo exige– eliminación o erradicación de la heterogeneidad."³⁷ Esto es, la eliminación del enemigo, del otro.

Las concepciones de Schmitt de lo político, del Estado de derecho y del soberano conducían a un derecho totalitario, un sistema "jurídico" que abandona las ventajas y méritos del derecho formal moderno y que le da a las autoridades estatales el mayor poder posible para intervenir en todos los aspectos de la vida social y política cuando la situación

lo requiera y de la manera en que sea necesario. Tales condiciones son interpretadas y definidas por el soberano. En la Alemania nazi estas decisiones eran tomadas por las autoridades nazis que representaban la voluntad del *Führer*. En Colombia, el Ejecutivo, por medio de decretos de excepción, es quien ha tomado tan cruciales decisiones. La teoría decisionista afirma que el derecho formal le debe dar paso a los decretos de emergencia del Ejecutivo y que las ideas de la supremacía parlamentaria y de la ley deben ser abandonadas. Schmitt asevera que el Presidente, quien es elegido directamente por el pueblo, expresa más que nadie la unidad política de la población. Así, el principio político de *legitimidad plebiscitaria* debe remplazar las concepciones liberales de legalidad y una forma de régimen centrado en un Ejecutivo elegido popularmente, debe ser adoptado. Tal régimen puede conquistar no sólo el fervor de la población, sino que también puede convertirse en una expresión auténtica de democracia y poder³⁸. El caso colombiano, donde el Ejecutivo ha concentrado de facto el poder político, no está lejos del ideal de legitimidad plebiscitaria propuesto por Schmitt. El Presidente de la República, actuando como jefe de Estado y de gobierno, y legitimado por los votos de la población, concentra la acción política en sus manos. Durante la segunda mitad del siglo XX los diversos gobiernos han sacado provecho de la fragmentación y debilidad política del Congreso, y de la situación de violencia e inestabilidad del país, remplazándolo así en la toma de las decisiones políticas fundamentales. Por medio de un discurso que asegura que una acción política decisiva y sin ataduras es indispensable para superar la crisis, los diferentes gobiernos colombianos han usado y legitimado los estados de excepción como el instrumento clave para gobernar, mientras que la separación de poderes y el Estado de derecho quedan suspendidos. Pero la acción gubernamental difiere de su discurso. Como sugiere Kirchheimer, "mientras que la sociedad no sea capaz de resolver sus problemas sociales, la represión, la salida fácil, será siempre aceptada"³⁹. Esta es una de las razones por las que los estados de excepción se han mostrado incapaces de doblegar a la violencia y los conflictos sociales. Aun más, la continua y extensa creación de normas de emergencia por parte del Ejecutivo se ha convertido en el camino al autoritarismo y ha servido de

34 Schmitt define la soberanía estatal como el monopolio de las decisiones, no como el monopolio de la fuerza o del poder. Es así como la relación entre el Estado de derecho y el soberano es paradójica: aunque la decisión sobre la excepción tiene como punto de partida formal la norma -la Constitución reconoce la posibilidad de la excepción y establece quién puede declararla-, la autoridad soberana demuestra que para producir derecho (a través de decretos de emergencia), no debe basarse en éste ya que sus decisiones en un estado de excepción pueden ir más allá y aun en contra de las normas ordinarias. *Ibid*, pág. 13.

35 Carl Schmitt, *The crisis of parliamentary democracy*, Cambridge, MIT Press, [1926] 1985, pág. 6.

36 *Ibid*, pág. 7.

37 *Ibid*, pág. 9. La traducción es mía.

38 *Ibid*, pág. 17.

39 Citado por Scheuerman, 1994, op. cit., pág. 168.

justificación del accionar violento de los social y políticamente excluidos. Escépticos sobre las posibilidades de una democracia vacía como la colombiana, los excluidos abandonaron los mecanismos democráticos y optaron por la vía armada, expresando sus demandas políticas y sociales por medio de la violencia, que se mostró más exitosa. El conflicto armado colombiano es en buena medida, aunque no exclusivamente, resultado de la exclusión social y política y de la represión autoritaria a que han sido sometidos aquellos que disienten del sistema. Siguiendo a Schmitt, la política colombiana ha sido conducida, en buena medida, de la manera más extrema: por medio de la guerra.

Así, las medidas represivas han sido dirigidas de forma constante contra los disidentes políticos y sociales, etiquetados como una amenaza para el Estado, como verdaderos enemigos, con el argumento de que ellos son la causa de la crisis social y política, en vez de su síntoma. En momentos en los que se percibe –y se usa– como una crisis democrática, surge la tendencia decisionista de manejar dicha crisis a través de un acción política de emergencia, esto es, dotando de un poder ilimitado al Ejecutivo quien ejerce dominación política –a través de medidas de fuerza, actos de guerra– bajo circunstancias extraordinarias. En consecuencia, los intereses sociales y políticos más poderosos ejercen una política basada en la fuerza con el fin de suprimir los “grupos indeseables” y de mantener su status hegemónico⁴⁰. Este ha sido el estado de cosas en Colombia durante la segunda mitad el siglo XX. Un sistema político reducido y hermético, caracterizado por la distribución del poder y los beneficios que este conlleva, entre una élite, que optó por hacer política por medio de la guerra –a través de la normalización de la excepción– en vez de adelantar de una forma más integradora y menos de confrontación las reformas requeridas para estabilizar la tensa situación política y social. Aunque el discurso de la defensa de un Estado débil y en peligro es formalmente liberal, la lógica

y mecanismos del poder político son decisionistas⁴¹; *voluntas y no ratio*.

La democracia en Colombia se ha visto reducida a elecciones regulares, transferencia formal del poder y derechos formales de participación y elegibilidad. Pero este es un concepto vacío de democracia pues un verdadero debate público, una oportunidad real de expresar las opiniones y diferencias de los distintos sectores de la sociedad han sido, de hecho, coaccionados. El término democracia se ha banalizado; el origen democrático del sistema político colombiano ha sido presupuesto, más que demostrado. Su apertura frente a otras alternativas políticas, que han sido tradicional y violentamente excluidas, no es discutida en la esfera pública.

Precisamente, la heterogeneidad de una sociedad contemporánea debería estar representada en el proceso formal de toma de decisiones; pero este ideal de las democracias contemporáneas no ha sido verdaderamente probado en Colombia, donde el excesivo y personalista poder de excepción en cabeza del Ejecutivo no puede representar los diferentes intereses sociales y políticos del país.

De esta manera, son principalmente dos los factores que contribuyeron a la formación de un sistema jurídico veladamente autoritario en Colombia, durante la segunda mitad del siglo XX: de un parte, el excesivo y continuo recurso a los estados de excepción como mecanismo de gobierno. Semejante uso abusivo de la emergencia ha permeado todas las esferas de la vida social y política colombiana, y dado lugar a una cultura de la crisis y la excepción que justifica la confrontación y la exclusión como formas de hacer política. De otra parte, la discrecionalidad absoluta y libre de todo control efectivo del Ejecutivo para decidir sobre la excepción y el curso de acción que ha de ser tomado. El derecho “temporal” –que es una forma de no-derecho validada por el mismo ordenamiento jurídico– ha remplazado al derecho formal propio del Estado de

40 En palabras de Scheuerman, “Schmitt respondió a la desintegración de la base social de la democracia y al declive concomitante de sus instituciones más esenciales (como el parlamento) transformando la emergencia en la pieza central de la teoría política. Sólo un régimen dictatorial, basado en la omnipresencia de la emergencia, podía garantizar la eliminación de *grupos indeseables*, como los partidos de izquierda y los sindicatos obreros, que se habían constituido en una amenaza real del status de los grupos sociales y políticos hegemónicos”. Ibid, pág. 184. La traducción es mía.

41 Mauricio García y Rodrigo Uprimny ilustran de manera sugerente esta paradoja del Estado colombiano: un Estado débil que debe cumplir con funciones pacificadoras para alcanzar el monopolio de la violencia al mismo tiempo que debe cumplir con las promesas garantistas del Estado liberal, cuyo presupuesto básico es justamente lo que a Colombia le falta: la paz y el monopolio estatal de la fuerza. Así, los diversos pisos del edificio estatal colombiano deben ser construidos al mismo tiempo, a pesar de contar con unos cimientos inestables. Véase García Villegas, Mauricio y Rodrigo Uprimny, 2000, op. cit. Al respecto, también véase Orozco Abad y Gómez A., 1999, op. cit.

derecho. Los principios y prioridades del Estado liberal son invertidos: la excepción se vuelve lo normal y el Estado democrático de derecho se vuelve excepcional. La política estatal se expresa en términos de destrucción del enemigo, no de su integración a la sociedad y de su sometimiento a las leyes.

A la búsqueda de un enemigo interno: el derecho como rehén de la guerra y el miedo

Según Schmitt, uno elemento indispensable de la soberanía es la unidad política. Así, son los enemigos internos, y no sólo los externos, y la posibilidad latente de la guerra civil lo que constituye un desafío potencial a la entidad política, pues la uniformidad y homogeneidad sustanciales son presupuestos clave de la fortaleza política del soberano⁴². En consecuencia, si el soberano identifica, de manera discrecional, un enemigo interno, debe eliminarlo en nombre del bienestar y la seguridad del Estado. Dado que es el soberano quien decide, bajo cualquier criterio, quién es el otro, quién representa una amenaza para el Estado, para la homogeneidad del poder político, cualquier disidencia o forma de oposición al régimen es un posible blanco del accionar político del soberano; ello tan sólo depende de que este decida que así sea.

En Colombia, la lógica schmittiana del enemigo interno se ha infiltrado en el régimen político, particularmente por medio de los decretos de excepción expedidos por el Ejecutivo y de la autonomía de las Fuerzas Militares en el manejo del orden público y en el diseño y ejecución de la política de seguridad y defensa; todo ello con el fin primordial de alcanzar la estabilidad política a través de medios represivos. Bajo un contexto de violencia generalizada, donde el Estado no puede monopolizar el uso legítimo de la fuerza –otros grupos armados operan dentro del territorio y la criminalidad se apodera de las ciudades–, la población vive presa de un miedo constante pues es consciente de la fragilidad de su seguridad y sus derechos. Una forma simplista, y estratégicamente beneficiosa, de abordar este problema por parte del Estado consiste en reducir las complejas causas de los conflictos sociales y políticos a la existencia y el accionar de un enemigo interno. Esto es, individuos o grupos organizados de individuos cuyas actividades, en verdad

desestabilizadoras –pero no necesariamente en un sentido negativo– son transformadas por el discurso gubernamental en amenazas contra la seguridad y la existencia del Estado.

Así, durante los sesenta y los setenta, el enemigo interno estaba conformado por los movimientos estudiantiles y de trabajadores. A lo largo de los ochenta y los noventa, los enemigos señalados por el Estado han sido los carteles de la droga –particularmente el de Medellín– y los grupos subversivos. A finales de los noventa el Estado, –en gran medida por la presión internacional–, ha identificado un nuevo enemigo: el paramilitarismo. Este tipo de discurso legitima la acción represiva del Estado y la concentración de poderes en cabeza del Ejecutivo, el cual saca provecho de los temores de la población –y los alimenta–, convenciéndola de que la decisión política más adecuada es la eliminación del enemigo, con el cual no cabe negociación alguna. Es así como se ha implantado un régimen de excepción caracterizado por la restricción de derechos y por poderes autoritarios en cabeza del gobierno. Pero tal régimen, presentado como una máquina para hacer la guerra contra los enemigos internos del Estado, termina por afectar a la población en su totalidad pues el Estado de derecho y las garantías que este ofrece a los ciudadanos son abandonadas en la práctica.

De hecho, las motivaciones de los decretos que han declarado los distintos estados de excepción en las últimas cinco décadas se han caracterizado por la vaguedad y ambigüedad de su formulación –“perturbación del orden público”; “agentes desestabilizadores”; “acciones criminales”; “crimen organizado”; “actos perversos”; “la violencia que afecta a la nación”; “la existencia de grupos terroristas”–, de una manera tal que, aunque se pretende identificar enemigos internos particulares como los carteles de la droga, la guerrilla, los paramilitares, la delincuencia común, el crimen organizado, en la práctica, la acción represiva del Estado puede dirigirse contra un vasto número de conductas, situaciones y actores quienes caen presa de la maquinaria de la guerra sin que representen una verdadera amenaza para la existencia del Estado y la supervivencia de la sociedad; más bien, en muchos casos, tales sujetos son las víctimas de la marginalización social y económica y de los conflictos que esta acarrea. Así, la predeciblidad y seguridad que debe ofrecer el Estado de derecho son derribadas por la lógica de la excepción. La normalización de la excepción ha dado lugar en Colombia a una idea muy restringida del Estado de derecho; una sociedad que vive presa del miedo acepta la limitación de

42 Schmitt, 1996, op. cit., págs. 32, 33.

los derechos y libertades –particularmente de los otros– como una situación normal. La idea de que los poderes excepcionales en cabeza del gobierno son el único camino de salvación del Estado y la sociedad se vuelve predominante.

García Villegas le da el nombre de *constitucionalismo perverso*⁴³ a esta tendencia, la cual es responsable del abuso gubernamental de los estados de excepción que, a su vez, alimentan la situación de violencia generalizada en Colombia, pues las posturas en el interior de la sociedad se polarizan a través de la división esquemática entre amigos y enemigos, cuyas posiciones no se pueden reconciliar mediante una política integradora, y que alimenta los odios y la sed de venganza a través de la vía militar que se expresa no sólo en las acciones de este tipo, sino también a través del discurso mismo del Estado y de su accionar por medio de las formas jurídicas. Por ello no resulta casual que las autoridades estatales, particularmente las militares, construyan ante la opinión pública, gracias al poder de los medios de comunicación, una imagen particular de los grupos alzados en armas a los que combaten, tildándolos de “narcoguerrilleros”, “terroristas”, “narcoterroristas”, “bandidos” o “bandoleros”; todo lo cual aleja, por medio de un uso estratégico del discurso, toda posibilidad de establecer algún tipo de legitimidad en el origen de la lucha de tales grupos que éticamente permite negociar con ellos. Así, el enfrentamiento sin cuartel con el enemigo interno expande el ámbito de la guerra, llevándolo al discurso político y al campo jurídico, lo que produce, en términos de Foucault⁴⁴, una ritualización de la guerra por medio del derecho.

Los estados de excepción han sido transformados en un umbral que permite a los gobiernos colombianos moverse imperceptiblemente entre la democracia y el autoritarismo, de acuerdo con las necesidades políticas del momento. La posibilidad jurídica de decidir la excepción permite que los gobiernos llenen, a través del autoritarismo, el vacío de poder y legitimidad que debería caracterizarlos. De esta manera, los diferentes gobiernos colombianos han superado circunstancias políticas difíciles al crear dentro de la sociedad la engañosa representación de que un Ejecutivo decidido está

tomando las decisiones correctas⁴⁵.

El autoritarismo velado del Estado colombiano se ha beneficiado del temor y la ansiedad de la población, un miedo que el Estado mismo ha creado y sostenido en gran medida a través del uso ilegítimo de la violencia. Como sugiere Neumann, los regímenes autoritarios tienen un principio energético, el del temor y la ansiedad. El miedo irracional es un soporte y un ingrediente esencial de todos los regímenes totalitarios el cual es explotado por aquéllos que detentan el poder, con el fin de garantizar la obediencia de la población sobre la que gobiernan. Las crisis políticas y las psicológicas se interrelacionan pues el totalitarismo se apoya en teorías conspiradoras esquizofrénicas y en la visión de un enemigo diabólico, poderoso y omnipresente⁴⁶. Mientras que los conceptos de enemigo y de miedo constituyan el principio energético de la política, como sucede bajo los estados de excepción, la implantación de un verdadero sistema democrático está fuera de alcance. Como afirma Neumann, la libertad política es el principio energético de la democracia; la experiencia de la libertad es el mejor seguro contra el miedo y la ansiedad⁴⁷. Por ello el recurso a la fuerza represiva del Estado debe limitarse al enfrentamiento de amenazas ciertas y claras contra el orden público; este no deben usarse como una forma de asegurar la conformidad ideológica con el régimen ni la homogeneidad de la sociedad, como sugería Schmitt. El acto estatal de castigar a los ciudadanos, acto violento, de fuerza, es una guerra civil en miniatura y por ello debe ser utilizado como un último recurso para resolver los conflictos que se presentan en la sociedad. El acto estatal de castigar refleja una sociedad envuelta en una lucha consigo misma y aunque a veces es necesario, no es más que un *mal* necesario. El castigo debe ser visto como una *tragedia* y como tal, debe evitarse al máximo⁴⁸. En Colombia, una

45 Como dice Mauricio García, al referirse a la *eficacia simbólica* del derecho, muchas veces el discurso del derecho es mucho más eficaz que sus acciones. Así, muchas de las normas de excepción son promulgadas por el Ejecutivo no para que se cumplan, sino para crear dentro de la sociedad la representación de un gobierno fuerte que le ofrece seguridad, así esto sea una mera ficción. Véase Mauricio García Villegas, *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas*, Santafé de Bogotá, Uniandes, Facultad Derecho de la Universidad de los Andes, 1993.

46 Al respecto véase Neumann, 1968, op. cit., págs. 236-238; 250-277. También Erich Fromm, *El miedo a la libertad*, Barcelona, Paidós, 1991.

47 Ibid, págs. 152-188.

48 Al respecto véase David Garland, *Punishment and Modern Society. A Study in Social Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1993.

43 García Villegas, 1992, op. cit., pág. 362.

44 Foucault, 1995, op. cit., pág. 66.

expresión contemporánea de la razón de Estado ha operado a través del uso continuo de los estados de excepción, intimidando a los críticos, reales y potenciales, del sistema político, con lo cual se ha minado gravemente la apertura del debate político en el que se apoya la verdadera democracia y se ha convertido a la acción punitiva del Estado en su principal forma de expresión.

Conclusión

Potencialidades del Estado de derecho en Colombia: el derecho contra la guerra

Como se ha visto en las páginas anteriores, el Estado de derecho colombiano se ha convertido en rehén de la guerra. El uso desmesurado y libre de controles efectivos que hace el Ejecutivo de los estados de excepción ha puesto en evidencia la fragilidad de la democracia colombiana y la existencia velada de un Estado autoritario que usa el ropaje del liberalismo. Así, tanto en la Colombia de hoy como en la Alemania de la primera posguerra (que se asomaba al precipicio del nazismo), la democracia liberal era vista por muchos como una promesa incumplida e inviable.

Sin embargo, y a pesar de las incisivas críticas de Schmitt a los régimenes democráticos de la primera mitad del siglo XX y a los ideales liberales en general, puede afirmarse, desde una concepción más pluralista e integradora de la política, que el problema de las democracias contemporáneas no se encuentra en el Estado de derecho como tal, sino en el hecho de que los beneficios de éste no han llegado a todas las clases sociales. El Estado de derecho sólo puede cumplir todas sus promesas bajo condiciones de justicia económica y social.

Como afirman Neumann y Kirchheimer, al menos parte de las exigencias por la preservación del Estado de derecho debe mantenerse, aún en un mundo completamente diferente del que propició las ideas liberales sobre el Estado. Aunque ambos teóricos reconocen la seriedad de la crisis del Estado de derecho y del liberalismo político durante el siglo XX –crisis que también se percibe en el régimen colombiano contemporáneo–, ellos insisten en la potencialidad del inacabado e implícitamente subversivo universalismo del pensamiento político liberal y, en consecuencia, defienden y reformulan el ideal del Estado de derecho. Una sociedad verdaderamente democrática requiere un alto grado de regularidad y predictibilidad jurídicas con el fin de alcanzar una deliberación y una

acción políticas autónomas y libres de presiones. La realidad aplastante de Estados intervencionistas, donde el accionar del Ejecutivo marca el rumbo, en las democracias occidentales no debe ser razón suficiente para subestimar las virtudes del Estado de derecho liberal y su llamado por una acción estatal predecible y limitada. Los cambios sociales y económicos más radicales son compatibles con el Estado de derecho; aún más, los unos y el otro se necesitan mutuamente. La función primordial del Estado de derecho no es simplemente garantizar la estabilidad y predecibilidad del sistema económico y político, sino garantizar también un mínimo de libertad y equidad; ambas funciones son igualmente importantes. El Estado autoritario sólo asegura la primera de ellas; cuando los aspectos más progresivos del Estado de derecho entran en conflicto con los intereses económicos y políticos de las clases dominantes, aquél es abandonado de hecho, aunque sea mantenido formalmente. Y con el Estado de derecho también es abandonada una concepción de democracia que, en palabras de Sousa Santos, busca el equilibrio entre equidad y libertad, dándole prioridad al *empoderamiento* de los ciudadanos y al logro de la justicia social. Este tipo de democracia –que Sousa Santos denomina *Democracia II* para evitar juicios excesivamente valorativos–, se concibe a sí misma como el criterio final y más alto de la vida social moderna, razón por la cual afirma su prevalencia sobre el capitalismo libertario cada vez que se ve amenazada por él⁴⁹. Bajo este modelo de democracia, aunque las reformas jurídicas son importantes, estas son tan solo parte de una mayor red de instituciones participativas y movimientos sociales organizados alrededor de un principio básico: “democracia primero, capitalismo después”⁵⁰.

Sin embargo, este no es el tipo de democracia reinante en el mundo occidental y globalizado donde el énfasis en la libertad económica, propio del capitalismo, es su rasgo distintivo. Es precisamente este tipo de democracia –que Santos denomina *Democracia I*– por el que la globalización está ejerciendo presión, particularmente en los países periféricos y semiperiféricos que son los mercados más prometedores para el capitalismo de los países centrales. Así, este tipo de democracia le da prioridad al valor de la libertad sobre el valor de la equidad. Dicha democracia

49 Boaventura de Sousa Santos, “Law and Democracy: (Mis)trusting the Global Reform of Courts”, en Jenson y Santos, 2000, op. cit., pág. 272.

50 Ibid, pág. 281.

apoya una apertura de la sociedad que garantice el desarrollo de mercados libres y de la globalización económica neoliberal. Volviendo a sus raíces burguesas, donde la interdependencia de capitalismo y democracia es una premisa básica, la Democracia I ve al capitalismo como el criterio final y supremo de la vida social moderna y, en consecuencia, proclama la primacía de este, cuando es amenazado por las “disfunciones” democráticas⁵¹. La primacía y los resultados de tal concepción de la democracia en Colombia, particularmente en la década de los noventas con la apertura de la economía y la implantación del modelo neoliberal, son evidentes: crecimiento de la pobreza y de la desigualdad económica y social, corrupción desmedida, crisis económica, pérdida del control estatal sobre el territorio y fortalecimiento de la guerrilla y de los grupos paramilitares.

La transformación constitucional y jurídica de Colombia, durante la década de los noventa, dio lugar a un enfrentamiento entre las concepciones de Democracia I y II. De una parte, la Constitución de 1991 tiene la potencialidad de hacer realidad los ideales de la Democracia II⁵². Pero los intereses políticos y económicos de los grupos dominantes de la sociedad colombiana –y de la creciente presión de intereses extranjeros del mismo tipo, producto de la globalización–, buscarán limitar tales transformaciones a una simple adaptación a la Democracia I.

En Colombia, la imposición del modelo de Democracia I se ha valido también de la situación de conflicto político y social que se ha expresado principalmente a través de la violencia. La debilidad del Estado, aunada a las presiones propias de la globalización para que el país adapte sus sistemas económico y político a las necesidades del mercado internacional –donde capitalismo y democracia del tipo I son una combinación ideal para la visión hegemónica sobre el desarrollo económico–, han intensificado la relación paradójica que se da en Colombia entre democracia y autoritarismo, entre guerra y derecho. El conflicto de la sociedad colombiana se expresa así a través del enfrentamiento entre fuerza y derecho –determinado en buena medida por la imposibilidad del Estado colombiano de asegurar el monopolio legítimo de la violencia, prerequisito indispensable del Estado de derecho–, entre el principio de legalidad y la soberanía

ilimitada. El caso colombiano es así una expresión dramática de la relación paradójica entre derecho y soberanía –pues el uno excluye a la otra–, dos elementos básicos del Estado moderno. Como anota Neumann, soberanía y Estado de derecho son irreconciliables porque la fuerza suprema y el derecho supremo no pueden ser alcanzados al mismo tiempo y en una esfera común. Schmitt lleva esta paradoja al límite al radicalizar la idea de soberanía ilimitada, la cual debe actuar más allá de los límites del derecho. Neumann cree, en cambio, que un proceso de democratización social y política permitiría la coexistencia –a manera de síntesis entre dos opuestos–, entre *voluntas* y *ratio*, poder y libertad.

El derecho no es simplemente la manifestación del poder estatal; también representa el ideal de limitar dicho poder, “de hacer tolerable la autoridad estatal”⁵³. Así, la solución no consiste en romantizar la violencia que acompaña la excepción política, como lo hace Schmitt, ni en priorizar la lógica de la razón de Estado –la cual parece guiar el uso de los estados de excepción en Colombia– donde el derecho ha sucumbido ante la fuerza al convertirse en un instrumento de esta. Una forma legal, –el estado de excepción–, ha sido usada, de manera paradójica, en contra de la integridad del orden jurídico y de la democracia. Esta es precisamente lo opuesto: un ejercicio razonable y controlado de la autoridad estatal a través de formas jurídicas; una estructura que intensifica la libre competencia de las diversas opiniones –para utilizar una expresión de Mill–, donde las minorías y las voces disidentes son integradas, no eliminadas. El monopolio estatal de la fuerza únicamente es aceptable, si el derecho formal lo apacigua. Las potencialidades del Estado de derecho para alcanzar transformaciones políticas y sociales no deben ser subestimadas –de la manera en que lo hacen teorías decisionistas como la de Schmitt– ni trivializadas, como lo hacen las tendencias globalizantes con el fin de fortalecer el capitalismo y la expansión de los mercados. Aunque la coherencia es siempre incompleta en el Estado de derecho y, en consecuencia, la toma discrecional de decisiones concretas –que no se pueden pre establecer de manera precisa– es inevitable, la importancia de este radica en la generalidad pluralista de sus orígenes y en su capacidad para limitar el poder estatal.

Es así como la generalidad y abstracción de derecho

51 Ibid, pág. 272.

52 Al respecto véase Varios Autores, 2002, op. cit.

53 Scheuerman, 1994, op. cit., pág. 102.

—ingredientes del Estado de derecho liberal clásico— deben ser repensados de una manera distinta. Como nos enseñan Kirchheimer y Neumann, la forma semántica general del derecho no es suficiente para lograr una sociedad democrática. La forma general y abstracta del derecho es compatible con Estados autoritarios. La legitimidad del derecho proviene, ante todo, de sus orígenes generales y participativos; este aspecto no debe ser ignorado. La búsqueda del consenso democrático debe ser localizada en el proceso político democrático y no en sus resultados formales. Una verdadera democracia se construye a partir del debate público, de participación política para todos y en condiciones equitativas y no por medio de la elección de un candidato. Una sociedad homogénea, aquélla con la que Schmitt sueña, no es solamente inalcanzable en el mundo contemporáneo donde las sociedades son la unión, —más o menos precaria—, de una variedad irreducible de grupos de individuos, sino que también es indeseable. La meta de la democracia no es la homogeneidad y el unanimismo; más bien es el respeto y la tolerancia de lo heterogéneo. A pesar de que el universalismo de la democracia debe enfrentar el problema del pluralismo y de los discursos incommensurables, un primer paso necesario es reconocer, respetar y darle voz a tal diversidad. Este es precisamente el paso que Colombia no ha dado todavía. Una manera de intentarlo es por medio del establecimiento efectivo de un proceso que vigorice el debate público; el Estado de derecho es un mecanismo para garantizar este proceso. Ello no implica la desaparición de poderes discrecionales, inclusive los del Ejecutivo, pues ello no es posible ni deseable. El uso de poderes discrecionales no es en sí mismo una amenaza para la democracia. Lo que es verdaderamente peligroso es la excesiva discrecionalidad del Ejecutivo —y su tendencia a excluir la participación y las posturas alternativas en el proceso de toma de decisiones políticas— para afrontar las fracturas sociales y políticas que están en la base del conflicto armado colombiano. Tales fracturas deben ser resultas por medio de una política integradora, no excluyente, donde la división entre amigos y enemigos no dicte los términos del debate; más bien, este debe dejarse guiar por los imperativos del pluralismo de valores y la lealtad en su enfrentamiento⁵⁴.

Bibliografía

- Aponte, Alejandro, *Guerra y derecho penal de enemigo. Aproximación teórica a la dinámica del derecho penal de emergencia en Colombia*, Santa Fe de Bogotá, Estudios ocasionales CIJUS-Universidad de los Andes, 1999.
- Ariza, Libardo y Barreto, Antonio, "La Corte Constitucional frente a la excepcionalidad: 10 años de control material laxo y discursivo", en Observatorio de Justicia Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, *Derecho Constitucional. Perspectivas críticas*, Bogotá, Legis, 2001.
- Ariza et al., *Estados de excepción y razón de estado en Colombia*, Santa Fe de Bogotá, Estudios ocasionales CIJUS-Universidad de los Andes, 1997.
- Bejarano, Ana María (dir.), *Discusiones sobre la reforma del Estado en Colombia: la fragmentación del Estado y el funcionamiento del Congreso*, Bogotá, Estudios Ocasionales CIJUS, Universidad de los Andes, Colciencias, 2001.
- Camacho Guizado, Álvaro y Leal, Francisco (eds.), *Armar la paz es desarmar la guerra*, Bogotá, DNP; Fescol; IEPRI, Universidad Nacional de Colombia; Misión Social; Presidencia de la República; Alto Comisionado para la Paz, 2000.
- Camacho Guizado, Álvaro, *Nuevas visiones sobre la violencia en Colombia*, Bogotá, Fescol, IEPRI, 1997.
- Fromm, Erich, *El miedo a la libertad*, Barcelona, Paidós, 1991.
- Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1995.
- Gallón, Gustavo, *Quince años de Estado de Sitio en Colombia: 1958-1978*, Bogotá, América Latina, 1979.
- Garay, Luis Jorge (coord.), *Repensar a Colombia. Hacia un nuevo contrato social*, Bogotá, Agencia Colombiana de Cooperación Internacional, PNUD, 2002.
- Garay, Luis Jorge y Ossa, Carlos (dirs.), *Colombia: entre la exclusión y el desarrollo. Propuestas para la transición al Estado social de derecho*, Bogotá, Contraloría General de la República, Alfaomega, 2002.

54 Al respecto véase Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2002.

Garay, Luis Jorge, "La transición hacia la construcción de la sociedad. Reflexiones en torno a la crisis colombiana", en Camacho Guizado, Álvaro y Leal, Francisco (eds.), *Armar la paz es desarmar la guerra*, Bogotá, DNP; Fescol; IEPRI, Universidad Nacional de Colombia; Misión Social; Presidencia de la República; Alto Comisionado para la Paz, 2000.

García Villegas, Mauricio, "Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997", en Santos, Boaventura de Sousa y García Villegas, Mauricio (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2001, págs. 317-370.

García Villegas, Mauricio y Uprimny, Rodrigo, "El nudo gordiano de la justicia y la guerra en Colombia", en Camacho Guizado, Álvaro y Leal, Francisco (eds.), *Armar la paz es desarmar la guerra*, Bogotá, DNP; Fescol; IEPRI, Universidad Nacional de Colombia; Misión Social; Presidencia de la República; Alto Comisionado para la Paz, 2000, págs. 33-70.

García Villegas, Mauricio, *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas*, Santa Fe de Bogotá, Uniandes, Facultad Derecho de la Universidad de los Andes, 1993.

Garland, David, *Punishment and Modern Society. A Study in Social Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1993.

Holmes, Stephen, *The Anatomy of Antiliberalism*, Cambridge-London, Harvard University Press, 1993.

Jenson, Jane y Santos, Boaventura de Sousa (eds.), *Globalizing Institutions. Case Studies in Regulation and Innovation*, Aldershot, Ashgate, 2000.

Jenson, Jane y Santos, Boaventura de Sousa, "Introduction: Case studies and common trends in globalizations", en Jenson, Jane y Santos, Boaventura de Sousa (eds.), *Globalizing Institutions. Case Studies in Regulation and Innovation*, Aldershot, Ashgate, 2000, págs. 9-26.

Kirchheimer, Otto y Neumann, Franz, *Social Democracy and the Rule of Law* (Keith Tribe ed.), London, Allen & Unwin, 1987.

Kirchheimer, Otto y Rusche, Georg, *Penal y estructura social*, Bogotá, Temis, 1984.

Kirchheimer, Otto, *Politics, Law and Social Change. Selected Essays*, New York, Columbia University Press, 1969.

Kirchheimer, Otto, *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, México, Uteha, 1968.

Kriegel, Blandine, *The State and the Rule of Law*, Princeton, Princeton University Press, 1995.

Leal Buitrago, Francisco, *La seguridad nacional a la deriva. Del Frente Nacional a la posguerra fría*, Bogotá, Alfaomega, CESO-Uniandes, FLACSO-Sede Ecuador, 2002.

Loughlin, Martin, *Swords and Scales. An Examination of the Relationship Between Law and Politics*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2000.

Meinecke, Friedrich, *La idea de la razón de Estado en la edad moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

Neumann, Franz L., *The Rule of Law: Political theory and the Legal System in Modern Society*, Leamington Spa, Bers, 1986.

Neumann, Franz L., *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, Barcelona, Anagrama, 1980.

Neumann, Franz L., *El Estado democrático y el Estado totalitario. Ensayos sobre teoría política y legal*, Buenos Aires, Paidós, 1968.

Neumann, Franz L., *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacional-socialismo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1943.

Orozco Abad, Iván y Gómez Albarello, Juan Gabriel, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Santa Fe de Bogotá, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional –IEPRI- y Temis, 1999.

Orozco Abad, Iván, *Combatientes, rebeldes y terroristas*, Santa Fe de Bogotá, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional –IEPRI- y Temis, 1992.

Palacios, Marco, *Entre la legitimidad y la violencia, Colombia 1875-1994*, Bogotá, Norma, 1995.

Pécaut, Daniel, *Guerra contra la sociedad*, Bogotá, Espasa, 2001.

Santos, Boaventura de Sousa y García Villegas, Mauricio (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2001.

Santos, Boaventura de Sousa y García Villegas, Mauricio, "Colombia: el revés del contrato social de la modernidad", en Santos, Boaventura de Sousa y García Villegas, Mauricio (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2001, págs. 11-83.

Santos, Boaventura de Sousa, "Law and Democracy: (Mis)trusting the Global Reform of Courts", en Jenson, Jane y Santos, Boaventura de Sousa (eds.), *Globalizing Institutions. Case Studies in Regulation and Innovation*, Aldershot, Ashgate, 2000, págs. 253-284.

Scheuerman, William E., Carl Schmitt: *The End of Law*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1999.

Scheuerman, William E., Between the norm and the exception. *The Frankfurt School and the Rule of Law*, Cambridge, MIT Press, 1994.

Schmitt, Carl, *Political Theology*, Cambridge, MIT Press, [1934] 1988.

Schmitt, Carl, *The concept of the political*, Chicago, The University of Chicago Press, [1932] 1996.

Schmitt, Carl, *The crisis of parliamentary democracy*, Cambridge, MIT Press, [1926] 1985.

Uprimny, Rodrigo y Vargas, Alfredo, "La palabra y la sangre: violencia, legalidad y guerra sucia en Colombia", en Germán Palacio (ed.), *La irrupción del paraestado*, Bogotá, ILSA, Cerec, 1990.

Varios Autores, *El debate a la Constitución*, Bogotá, ILSA-Universidad Nacional de Colombia, 2002.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2002.