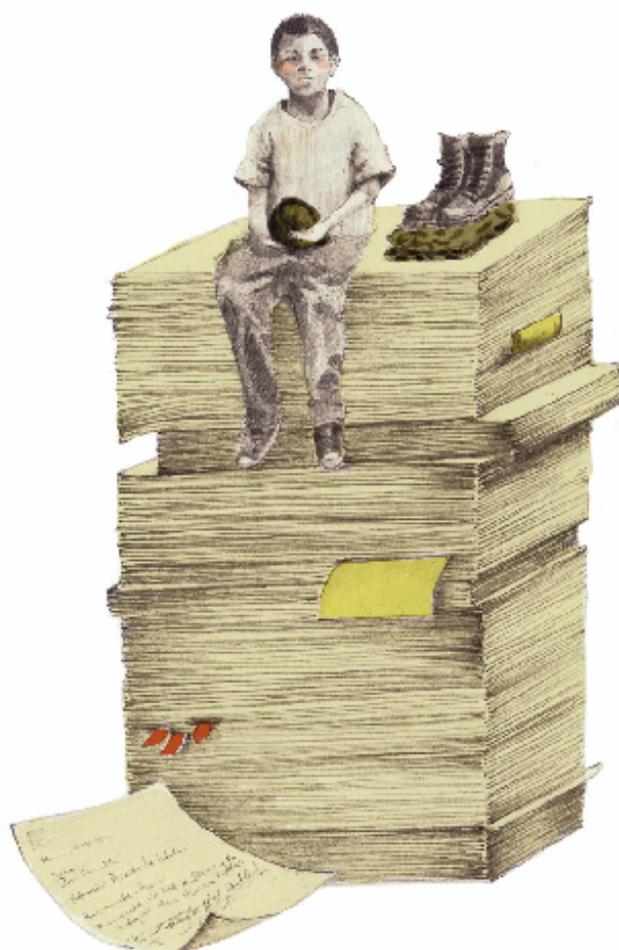


Vanezza C. Escobar Behar y Leidy Jhoana Dávila Cano

A propósito del conflicto armado en Colombia
Los casos del servicio militar obligatorio y del
principio de inversión de la carga de la prueba
en desplazamiento forzado



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

**A propósito del conflicto armado en Colombia:
Los casos del servicio militar obligatorio y del
principio de inversión de la carga de la prueba
en desplazamiento forzado**

**A propósito del conflicto armado en Colombia:
Los casos del servicio militar obligatorio y del
principio de inversión de la carga de la prueba
en desplazamiento forzado**

**Vanezza C. Escobar Behar
Leidy Jhoana Dávila Cano**



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

A propósito del conflicto armado en Colombia:
Los casos del servicio militar obligatorio y del principio de inversión de la carga de la prueba en
desplazamiento forzado
© Vanezza C. Escobar Behar
© Leidy Jhoana Dávila Cano
© Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Edición: 2017
ISBN: 978-958-5413-57-3

Este libro hace parte de la colección
MEJORES TRABAJOS DE GRADO
de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
de la Universidad de Antioquia
Número 29

Corrección de textos: Andrés Vergara Aguirre.

Impresión: Imprenta Universidad de Antioquia
Calle 70 N.º 52-21, Medellín
Impreso y hecho en Colombia / Printed and made in Colombia

Carátula: Ilustración de Laura Ospina Montoya
Instagram y pintaram: @lauraospinamontoya
Correo electrónico: laura141@gmail.com

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Antioquia
Oficina de Comunicaciones
Teléfono (57-4) 219 58 54
Correo electrónico: publicacionesderechoypolitica@udea.edu.co
Página web: <http://derecho.udea.edu.co>
Ciudad Universitaria
Calle 67 No 53-108, bloque 14
A.A. 1226
Medellín - Colombia

El contenido de la obra corresponde al derecho de expresión de las autoras y no desata responsabilidad institucional frente a terceros. Las autoras asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos contenidos en la obra, así como por la eventual información sensible publicada en ella.

Hecho el depósito que exige la ley.
Prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo. (Ley 23 de 1982).

Contenido

Prólogo	9
---------------	---

Primera parte

Servicio militar obligatorio y conflicto armado en Colombia Sobre la justificación jurídico-política de la imposición militar en un contexto de soberanías en disputa	21
--	-----------

Introducción	25
1. Servicio militar obligatorio en Colombia	28
1.1 Conscripción y configuración del Estado moderno	28
1.1.1 Servicio militar obligatorio en Colombia: aproximación histórica	31
1.2 Servicio militar obligatorio y conflicto armado en Colombia	35
1.2.1 Aproximación al conflicto armado colombiano	36
1.2.2 Marco normativo del servicio militar obligatorio	41
1.2.3 Servicio militar obligatorio y guerra: soldado bachiller, soldado regular y soldado campesino	46
2. Legitimidad del Estado colombiano: debates teóricos	53
2.1 La “crisis” del Estado colombiano.	56
2.2 Estado y unidades políticas con pretensiones soberanas	59
2.3 El Estado colombiano como Estado en construcción	63
2.4 Estatalidad y discurso liberal	66
3. Justificación de la imposición militar en un contexto de conflicto armado	69
3.1 La obligación social de prestar servicio militar: Corte Constitucional	70
3.2 El servicio militar, “una obligación de origen soberano”: Ministerio de Defensa	79
Conclusiones	85
Referencias bibliográficas	89
Documentos corporativos	97

Segunda parte

El principio de inversión de la carga de la prueba en desplazamiento forzado. Tutelas en Medellín por registro de víctimas y ayuda humanitaria, 2012-2013	101
Introducción	103
1. El conflicto armado en Colombia y el desplazamiento forzado interno	105
2. Derechos de las víctimas: la inclusión en ruv y la ayuda humanitaria	111
3. La acción de tutela por el RUV y las ayudas humanitarias.	122
4. La tutela y el principio de inversión de la carga de la prueba. . .	124
5. Valor del precedente judicial en las sentencias de la Corte	129
6. Los fallos de acción de tutela en Medellín respecto a la ayuda humanitaria e inclusión en el RUV.	135
A manera de conclusiones.	141
Referencias bibliográficas	144

Prólogo

Si los tiburones fueran hombres (...) habría escuelas (...) se enseñaría a los pececillos a entrar en la fauces de los tiburones (...). Lo principal sería, naturalmente, la formación moral de los pececillos. Se les enseñaría que no hay nada más grande ni más hermoso para un pececito que sacrificarse con alegría; también se les enseñaría a tener fe en los tiburones, y a creerles cuando les dijese que ellos ya se ocupan de forjarles un hermoso porvenir. Se les daría a entender que ese porvenir que se les auguraba sólo estaría asegurado si aprendían a obedecer (...). Si los tiburones fueran hombres, se harían naturalmente la guerra entre sí para conquistar cajas y pececillos ajenos. Además cada tiburón obligaría a sus propios pececillos a combatir en esas guerras. Cada tiburón enseñaría a sus pececillos que entre ellos y los pececillos de otros tiburones existe una enorme diferencia (...). A cada pececillo que matase en una guerra a un par de pececillos enemigos, de esos que callan en otro idioma, se les concedería un medalla de vares y se le otorgaría además el título de héroes. Además, si los tiburones fueran hombres, los pececillos dejarían de ser todos iguales como lo son ahora. (...). En una palabra: habría por fin en el mar una cultura si los tiburones fueran hombres.

Bertolt Bretsch

El libro que tengo el honor de prologar, *A propósito del conflicto armado en Colombia: Los casos del servicio militar obligatorio y del principio de inversión de la carga de la prueba en desplazamiento forzado*, reúne dos tesis meritorias, cuya autoría corresponde a estudiantes del pregrado en Derecho de la Universidad de Antioquia. Conforman un libro por tener como elemento articulador, el hecho de que ambas constituyen reflexiones sobre nuestro conflicto armado y, en particular, sobre las funciones que el Derecho del Estado ha cumplido –y cumple– en el marco de este contexto. Por razones de claridad expositiva, considero pertinente referirme de manera individual a cada uno de los textos, destacando lo que es relevante en términos de comprensión y análisis de los asuntos tratados.

La primera parte, la integra el trabajo intitulado “Servicio militar obligatorio y conflicto armado en Colombia. Sobre la justificación jurídico-po-

lítica de la imposición militar en un contexto de soberanías en disputa”, escrito por Vanezza C. Escobar Behar. El problema central que aquí se encara es el de la legitimidad del Estado para imponer el servicio militar obligatorio, que por realizarse en el contexto particular de un conflicto armado, comporta disponer de la vida y la muerte a las personas. Para ello se abordan, analíticamente, las justificaciones jurídicas y políticas contenidas en los discursos de dos corporaciones judiciales (Consejo de Estado y Corte Constitucional) y del Ministerio de Defensa.

El texto comienza por desmitificar el discurso hegemónico que, a partir del contractualismo liberal, excluye la violencia del Derecho estatal y del mismo Estado. Afirma, por el contrario, que el proceso de construcción del Estado moderno, entre ellos el colombiano, es producto de un proceso violento, que comportó la concentración de la fuerza bélica y del capital, consecuente con lo cual la fractura teórica entre el derecho del Estado y la violencia no tiene validez, porque aquél institucionaliza las relaciones de fuerza producto de las guerras vividas como parte de la construcción del Estado colombiano; además, las guerras actuales, nombradas también como conflicto político armado, evidencian que el monopolio de la violencia por parte del Estado y la pacificación interna, no se han logrado de manera definitiva, al menos en plurales y vastos territorios de nuestra geografía.

Los requerimientos del Estado en la construcción del monopolio de la violencia y la configuración de la unidad política, es el argumento con el cual se justifica el carácter universal del servicio militar obligatorio, cuyo correlato es la obligación y el deber de todos de hacer parte de sus ejércitos cuando se los requiera para su defensa. Este discurso es cuestionado en el texto con contundentes argumentos de variado contenido.

En efecto, en primer lugar, lo falaz del carácter igualitario del servicio militar obligatorio. La desigualdad en esta materia, como en muchas otras formas de coerción, tiene una condición estructural: la abrumadora mayoría de los reclutados de forma forzosa, según las estadísticas oficiales que se citan, son jóvenes de origen rural y urbano excluidos de oportunidades educativas y socioeconómicas. Así las cosas, al igual que todos los restantes ejércitos, el del Estado hace uso de los pobres como “carne de cañón” para la guerra. Aún más, se institucionalizan tratos discriminatorios entre éstos como son las cargas, deberes y obligaciones diferenciados entre el “soldado bachiller”, el “soldado campesino” y el “soldado irregular”.

La ocasión es pertinente para aludir a los hallazgos en un grupo focal con jóvenes integrantes de organizaciones culturales, deportivas y educativas de una zona popular de la ciudad de Medellín con dominio territorial y poblacional de actores armados ilegales. Se les interrogó sobre las formas como se daba el reclutamiento forzoso y, al unísono, respondieron que en sus comunas sólo el Estado lo realizaba, porque los actores ilegales (bandas, combos, narcos, paramilitares), no necesitaban acudir a la fuerza, sino que instrumentalizaban las necesidades de los niños y adolescentes. El Ejército, señalaron, se apostaba a la salida del Metro a las horas de mayor flujo, y a la fuerza privaba de libertad a los jóvenes que carecieran de libreta militar, quienes al poco tiempo ya estaban enlistados en batallones muy distantes de sus sedes de trabajo y de sus grupos familiares. Esta violencia institucional circunscrita a los grupos sociales más empobrecidos y vulnerables socioeconómicamente, probablemente explique la beligerancia de algunas élites para persistir en la guerra, dado que ostentan la certidumbre de que sus hijos y los hijos de sus hijos, no tendrán como obligación la prestación del servicio militar.

En segundo lugar, el Estado Social de Derecho es un paradigma teórico que postula el carácter heteropoiético del poder político del Estado, lo cual significa que la legitimidad de todos sus agentes e instituciones, la define su compromiso con el reconocimiento, el respeto y la vigencia material de los derechos y las libertades de todas las personas, sin distinciones de clase, raza, cultura, género, origen étnico, etc.; así mismo, las cargas y los deberes como ciudadano, tienen como justificación y precondition, el ser beneficiarios del sistema. Sin embargo, el servicio militar obligatorio se impone y se ejecuta precisamente sobre la población que sufre la mayor exclusión de los beneficios del sistema, de forma tal que la obligación de participar en la guerra como integrante del ejército del Estado, con los riesgos para la vida y los sacrificios que ello comporta, se lo irroga el sistema a quienes les niega la vida en condiciones de dignidad. Y tan grave como esto, es que los castigos que se han impuesto a los que se resisten y no resuelven su situación militar, sea su aniquilamiento, al prescribir un trato como de “no ciudadanos” o su “muerte civil”: no poder laborar ni en el sector público ni en el privado, e impedirles obtener el grado profesional en instituciones de educación superior, y, por supuesto, la amenaza perenne de ser detenidos y obligados.

Así mismo, en tercer lugar, el discurso institucional justifica el servicio militar obligatorio, porque constituye un escenario óptimo para la socia-

lización de los jóvenes, dado que introyectan valores patrióticos como el respeto a las instituciones, el coraje, el honor; a ellas, señala la autora, hay que sumar otras que se silencian, como lo son: el amor por las armas; la colonización de las relaciones sociales por lo bélico; la equiparación de la seguridad de los habitantes a la presencia militar del Estado, cuando aquella es equivalente, en un Estado constitucional de derecho, a la vigencia material de los derechos y libertades de todos; la respuesta punitiva y violenta a la conflictividad social originada por un modelo económico y político excluyente. Y la socialización en valores se erosiona aún más, cuando el proceso de degradación de la guerra involucra también a la fuerza pública, protagonizando graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos y al Derecho internacional humanitario. De allí la cita de la Comisión Internacional de Juristas de Ginebra que, en el 2005, concluyó que en Colombia, “cada año son asesinados por las Fuerzas Militares y los grupos paramilitares una cifra muy superior a las personas ejecutadas extrajudicialmente en Chile durante los 17 años de dictadura del general Augusto Pinochet”.

En cuarto lugar, desde la unificación del país como república, las élites no han despreciado el uso de mercenarios y ejércitos privados, para complementar la tarea de la fuerza pública. Al igual que se proclama de sus contradictores y enemigos, han hecho uso de todas las formas de lucha, entre las cuales sobresale el paramilitarismo, un actor pluridiverso y complejo, cuya función contrainsurgente no se circunscribió a garantizar la seguridad (vida, libertad y patrimonio) de las élites por su particular vulnerabilidad frente a agresiones de la insurgencia, sino que avanzó mucho más allá, al llevar a cabo el exterminio de adversarios políticos, la contención de organizaciones y movimientos cuyas demandas sociales afectaban el *statu quo*, la seguridad de los mercados y de los contratos para el narcotráfico.

A lo anterior súmese el control económico, social y político de los territorios, la inmunidad para la inversión extranjera y, por supuesto, un dispositivo bélico para salvaguardar la propiedad rural y producir el desplazamiento forzado y el despojo a título de contrarreforma agraria. La connivencia y complicidad de sectores de la fuerza pública con este actor, documentada en investigaciones judiciales y académicas, es factor sustancial que afecta también la legitimidad del servicio militar obligatorio.

De igual forma, en quinto lugar, con la conscripción o profesionalización del Ejército se apostó a separarlo de los partidos políticos; sin embargo, lo

mismo no se propuso ni se logró de los intereses económicos y políticos de élites locales y regionales, ni del poder del capital transnacional. El marco del conflicto nombrado como “guerra fría” derivó en el esfuerzo de inscribir la fuerza pública en los referentes teóricos de la Doctrina de Seguridad Nacional, dando pábulo a la construcción del ciudadano como enemigo, y a que las manifestaciones democráticas de resistencia fueran criminalizadas y tratadas en términos bélicos.

Finalmente, en sexto lugar, se instrumentaliza y cosifica a los soldados cuando se les obliga a asumir los riesgos consustanciales del conflicto armado, sin que ello haga parte de sus convicciones y sin contar tampoco con la debida preparación; además, si sobreviven al servicio, en muchos casos tendrán que residir en territorios de “soberanía en disputa”, bajo el dominio de enemigos.

Otro asunto de relevancia tratado en este texto, es la dinámica de los discursos de las corporaciones judiciales y del Ministerio de Defensa. De las primeras, cabe destacar que la posición más avanzada le corresponde al Consejo de Estado, con la tesis del carácter ilegítimo de la decisión del Estado de obligar a los soldados conscriptos, en todas sus modalidades, a participar de cualquier forma en la confrontación bélica, por cuanto en estos supuestos el servicio militar obligatorio debe circunscribirse a actividades de bienestar social, la preservación del medio ambiente y la conservación ecológica, consecuente con lo cual califica de *falla en el servicio* los daños que aquél sufre en el marco del conflicto armado, excluyendo también la hipótesis de “culpa de tercero”, porque la causa determinante es la exposición ilegal y deliberada del soldado al fuego adversario.

Este planteamiento, que a través del Derecho trata de acotar las victimizaciones, es reputado como “catastrófico” por representantes del gobierno y de la fuerza pública, lo cual halla explicación en el hecho de que el peso de la guerra se hace recaer sobre los jóvenes reclutados por el servicio militar obligatorio; pero lo grave, como lo destaca la autora, es la burla y el desprecio que los mismos actores –el gobierno y la fuerza pública– expresan sobre el Derecho, cuando se repara en la frecuencia de casos que conoce la jurisdicción contenciosa y registran los medios de comunicación, dando cuenta de muertes y graves lesiones de conscriptos, en hechos directamente relacionados con el conflicto armado. Por ello, la conclusión que extrae la autora, la cual se comparte: “Lo que, por lo trágico de los hechos, despierta, además de dolor, la indignación derivada del sentimiento de

injusticia que nace de constatar que miles de jóvenes son desarraigados de su entorno, depositados y confinados militarmente, y compelidos a participar en confrontaciones armadas para las que no están preparados ni psicológica, ni físicamente”.

Respecto a la Corte Constitucional, cabe destacar de este trabajo, lo siguiente:

En primer lugar, desnuda cómo esta corporación legitima la violación de los derechos fundamentales al hacer prevalecer intereses institucionales relacionados con el servicio militar obligatorio, lo cual se evidencia en las siguientes situaciones: su posición durante mucho tiempo al negar de manera absoluta, con diversas argucias, la relevancia de la objeción de conciencia a la prestación del servicio; justificando la obligación de prestarlo incluso a menores de edad (entre 15 y 18 años), esto es, la aporía de un “ciudadano armas” a los 15 años, cuando la Constitución reserva la ciudadanía a los mayores de 18 años, y prescribe el carácter prevalente de la protección a los menores de edad “en todo momento y lugar”. Así mismo, al legitimar un trato discriminatorio entre soldados bachilleres, campesinos y regulares; la connivencia durante largo tiempo con las detenciones ilegales en el marco de redadas indiscriminadas o “capturas masivas” para los “remisos” –conocidas en el argot popular como “batidas”, “pescas milagrosas” o “reclutamiento forzado”–, no obstante la regla constitucional de reserva judicial respecto a la privación de la libertad.

En segundo lugar, confronta con sólidos argumentos la falacia normativa según la cual ese servicio es una contraprestación justa por los derechos y garantías que el Estado asegura a todos. Y, finalmente, en tercer lugar, ilustra de manera crítica la insolencia argumental de la Corte, que llegó a calificar el servicio militar obligatorio como un autobeneficio, tanto porque no atenta contra el derecho a la vida de los soldados, como porque a través de él se materializan “el derecho a la educación y a la formación integral”.

Sin embargo, respecto de la Corte Constitucional obligado es reconocer que ha variado el contenido de sus decisiones relativas al servicio militar obligatorio, en asuntos importantes como la admisión de la objeción de conciencia y ratificando el carácter ilegal de las prácticas conocidas como “batidas”.

Finalmente, con respecto al Ministerio de Defensa, justifica el servicio militar obligatorio con el argumento de que hace factible el control terri-

torial a través de la fuerza pública, factor reputado como condición necesaria para la presencia de otras instituciones del Estado y para que éstas puedan así cumplir con sus fines. La crítica a este enfoque según el texto prologado, es que se trata de una legitimidad no basada en la aceptación social, sino en imperativos derivados de una pretensión soberana. Habrá que agregar, que no se está en presencia de necesidades ontológicas, porque muchos territorios carecen de ejércitos y, sin embargo, gozan de la presencia del Estado social. Así mismo, con demasiada frecuencia, a la presencia de la fuerza pública no sigue la de otras instituciones del Estado y, más grave aún, la existencia de factores de corrupción que favorecen la delegación de la seguridad a actores ilegales. Por último, este Ministerio sigue realizando de forma sistemática e impune los secuestros institucionales conocidos como “batidas”, no obstante que la Corte Constitucional de forma insistente ha declarado su manifiesta ilegalidad.

La segunda parte de este libro corresponde al texto “El principio de inversión de la carga de la prueba en desplazamiento forzado. Tutelas en Medellín por registro de víctimas y ayuda humanitaria, 2012-2013”, cuya autora es Leidy Jhoana Dávila Cano. Su eje central es el desplazamiento forzado en la ciudad de Medellín en el marco del conflicto armado y en él se trata de responder al interrogante sobre el grado de compromiso de la jurisdicción local con el reconocimiento, el respeto y la protección eficaz de los derechos fundamentales de las víctimas de desplazamiento forzado, lo cual se procura constatar en los fallos judiciales emitidos en los procesos de tutela interpuestas por el Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Lo primero, para destacar es el compromiso del Consultorio Jurídico universitario con los actores sociales de mayor vulnerabilidad en el conflicto, como lo son, entre otros, las víctimas del desplazamiento forzado, hecho que tiene correlación con agravios de todo orden (homicidios, violaciones sexuales, extorsiones, amenazas, etc.), y que conllevan afectación grave de derechos fundamentales producto del desarraigo, la rotura de los lazos sociales, la pérdida del trabajo e ingresos, el despojo de bienes, la pérdida de territorios, la fractura de organizaciones y liderazgos, enunciación que se queda corta, porque el fenómeno llega a afectar la integridad de los derechos.

Segundo, este trabajo desarrolla la responsabilidad que le concierne a la Universidad, de investigar, documentar y analizar, de manera crítica, el

grado de compromiso de los poderes del estado respecto a sus obligaciones constitucionales y legales. La conclusión, luego de analizar una muestra representativa de fallos de la jurisdicción local en un período determinado (2012-2013), es que no hubo protección en forma debida de los derechos fundamentales de las víctimas en situación de desplazamiento forzado, no obstante existir referentes normativos de orden constitucional y legal que obligaban a ello y, además, precedentes judiciales que confirmaban dicha vigencia. En fin, a las víctimas no se les reconoció el derecho a la inversión de la carga de la prueba respecto de las circunstancias de su desplazamiento para efectos de su inclusión en el Registro Único de Víctimas (RUV) por parte de la Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas (UARIV), y la salvaguarda del mínimo vital a través del otorgamiento de la atención humanitaria de emergencia.

A tal efecto, se plantea como hipótesis explicativa de tal comportamiento la existencia de un cierto “temor” de los jueces para aplicar adecuadamente los principios constitucionales y los precedentes judiciales al momento de decidir sobre aquellas materias. Sin embargo, lo que realmente se evidencia con la forma como están fallando los jueces en estos procesos de tutela, es la ocurrencia de un masivo y sistemático caso de prevaricato. Lo cual no se detiene allí, pues tal actitud termina jugando a favor del agravamiento de la situación humanitaria que padece este grupo de personas, que acude a la jurisdicción constitucional con la expectativa de que los agravios a los que se ve sometida, por la ineficacia e indolencia de los funcionarios públicos, cesen y puedan comenzar un proceso tendiente al restablecimiento de sus derechos y la reparación de los daños ocasionados.

Como bien lo resalta la autora, la Corte Constitucional declaró mediante la Sentencia T-025 de 2004 el Estado de Cosas Inconstitucional en relación con la población en situación de desplazamiento forzado por la violencia, con el propósito de superar las fallas masivas y sistemáticas de los funcionarios estatales en el proceso de atención y reparación integral de ella; pero el desarrollo del trabajo evidencia que han aparecido nuevas artimañas y argucias jurídicas para reproducir y profundizar este grave estado inconstitucional de cosas, que a doce años de su declaratoria estamos muy lejos de superarlo, máxime si los jueces constitucionales, último bastión para la salvaguarda de los derechos fundamentales de todas las personas, asumen injustificadas actitudes de negativa de protección y amparo frente a esta vulnerable población.

No se descarta que el “temor” pueda explicar esta actitud generalizada de la jurisdicción local, pero, además de la necesidad de precisar el qué lo causa, también es perentorio incluir otros factores. Académicos, investigadores y actores sociales sugieren que el prejuicio y la sospecha de fraude son las lógicas que predominan en los funcionarios públicos a la hora de atender las demandas de la población en situación de desplazamiento forzado por la violencia. De allí que sea recurrente encontrar en diferentes escenarios argumentos tales como que esta población constituye una especie de clase “parasitaria”, “unos vividores del Estado”, que abusan de la acción de tutela para “convertir a los jueces en sus facturadores” ante la administración pública.

Esta expresión de fascismo social que caracteriza nuestro contexto, ha llegado al punto de exigirle a la víctima que demuestre y acredite su condición, sin el más mínimo asomo de solidaridad y sentido humanitario frente al padecimiento y el dolor que soportan quienes han visto truncado su proyecto existencial, tanto en términos personales como comunitarios. Sin embargo, una indagación específica sobre este asunto es una tarea pendiente, al menos de los investigadores del orden local, para conocer y comprender los factores de orden sociojurídico, político y de cultura jurídica que han incidido en el estado de cosas que denuncia el texto prologado.

Y esta denuncia constituye el gran mérito de la investigación, porque las cifras son contundentes y tienen el aval del rigor científico. Es escalofriante la constatación de que sólo el 3% (2012) y 7.2% (2013) de las solicitudes de amparo ordenaron ayuda humanitaria, y, ni siquiera en estos casos, la entrega se hizo de manera oportuna, como lo requiere la situación. Igual acontece con lo constatado en las solicitudes de inclusión en el RUT, pues sólo el 20% resultó positiva (2012). En unas y otras, como se demuestra en este juicioso estudio, es que el principio constitucional de presunción de la buena fe en toda actuación administrativa que adelante cualquier particular ante la administración pública, no tiene vigencia ni es efectivo en el caso de la población en situación de desplazamiento forzado por la violencia. Que la Corte Constitucional haya tenido que fijar de manera expresa en su jurisprudencia la necesaria inversión de la carga de la prueba en los procesos de tutela a favor de estas personas, cuando están en juego sus derechos al reconocimiento de su condición y al acceso de la atención humanitaria de emergencia para asegurar el mínimo vital, evidencia las serias dificultades a las que esta población se enfrenta para poder acceder

a las medidas de restablecimiento y reparación integral consagradas legalmente.

En este punto, es inevitable preguntarse: ¿Para qué hablar de la carga de la prueba, cuando se presupone la buena fe del ciudadano que acude a la administración pública? El solo hecho de representarse lo que fácticamente implica el hecho mismo del desplazamiento forzado, no debería dar lugar a sospechas infundadas sobre tal condición. Ahora, que pueda hacerse una mínima constatación de la veracidad de los hechos es razonable, pero más que en función de desvirtuar lo afirmado por la víctima, debería ir encaminada a caracterizar de manera adecuada los daños y afectaciones sufridas, así como a intervenir sobre los factores y actores que se conjugaron para la ocurrencia de ese tipo de eventos violentos. Obviamente, en esa perversa lógica que domina la atención de las personas en dicha situación, le resulta más “rentable” a la administración buscar desvirtuar lo afirmado que resolver de fondo el problema.

La investigación deja igualmente claro que para constatar el grado de acceso de los ciudadanos a la justicia, y el nivel de eficacia de la tutela como institución democrática para garantizar el reconocimiento y la salvaguarda de derechos de grupos sociales, económicos y políticos de mayor debilidad, es pertinente tanto la reconstrucción del derecho que producen los jueces de las máximas jerarquías (v.gr. Corte Constitucional), como los que se encuentran en escalas inferiores de la estructura institucional de la justicia colombiana.

El conflicto seleccionado es paradigmático, porque en materia de desplazamiento forzado debe reconocerse que la Corte Constitucional ha producido una jurisprudencia de amplio contenido garantista, lo cual este trabajo documenta con propiedad y exhaustividad: define como estado de cosas inconstitucional las circunstancias que padecen las personas en situación de desplazamiento forzado por la violencia; asume un criterio amplio de lo que se debe reputar “violencia”, comprendiendo además de la originada por la insurgencia y el paramilitarismo, la ejercida por otros actores armados, esto es, las acciones legítimas del Estado, las “atípicas” del mismo, las bandas criminales, los desmovilizados, los grupos armados “no identificados”, o los “grupos de seguridad privados”, con cualquier motivación (política, ideológica, legítima o común). Así mismo, reitera la presunción de la buena fe y el *in dubio pro victima* respecto de la declaración de las víctimas sobre los hechos victimizantes; define la ayuda humani-

taria como expresión del derecho a la subsistencia y al mínimo vital, sin plazo fijo inexorable; y establece el enfoque diferencial respecto a necesidades de protección.

En contraste con esto, la jurisdicción constitucional en lo local desatiende estos precedentes, y las leyes y las prescripciones de la misma carta constitucional. Así las cosas, la protección de los derechos de la población en situación de desplazamiento forzado, asignada a los jueces constitucionales, resulta una pantomima y la categoría del Estado constitucional de derecho deviene simplemente nominal

Los datos que nos arrojan los textos que integran este libro permiten concluir, entonces, que el Derecho del Estado ha cumplido fundamentalmente una función simbólica respecto a la tutela efectiva de los derechos de las personas que sufren de manera más directa las consecuencias del conflicto armado. Los precarios límites que la Corte Constitucional ha impuesto al servicio militar obligatorio, han sido violados impunemente por el poder ejecutivo. Así mismo, la amplia jurisprudencia garantista de esta corporación en favor de la población en situación de desplazamiento forzado por la violencia, es desconocida por los jueces constitucionales en el orden local en sus fallos de tutela. Por supuesto, dada la condición de campo de lucha que tiene el Derecho, el litigio estratégico continúa siendo una alternativa válida y necesaria para superar esta fractura. Sin embargo, la principal tarea se halla en la acción colectiva con protagonismo de las organizaciones de víctimas y actores solidarios, que como sujetos políticos acometan la construcción de garantías sociales y políticas, en el marco de una democracia directa y participativa.

Hernando León Londoño Berrío
Profesor Titular e Investigador
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Antioquia

Primera parte

**Servicio militar obligatorio y
conflicto armado en Colombia**

**Sobre la justificación jurídico-política
de la imposición militar en un contexto
de soberanías en disputa**

Vanezza C. Escobar Behar

Saltaba a la vista que ya no se trataba de apesadumbrarse, de sufrir pasivamente, con solo apreciaciones acerca de lo insoluble de aquellos problemas, sino de hacer irremisiblemente algo, y en seguida, y cuanto antes. Fuese lo que fuese había que decidirse a algo, o...

“¡O renunciar a todo de por vida! —exclamó de pronto con rabia— ¡Dócilmente aceptar el destino tal cual es, de una vez para siempre y ahogárselo todo en su interior, renunciando a todo derecho a obrar, vivir y amar!”.

Fedor M. Dostoievski, *Crimen y Castigo*.

Introducción

El debate sobre la justificación jurídica y política del servicio militar obligatorio cuando su prestación implica participar activamente en conflictos armados conduce necesariamente a una discusión más profunda y extensa relativa a la legitimidad estatal. Incluso, en un ámbito más *esencial*, implica cuestionar las bases últimas de cualquier poder político.

Esto, en tanto preguntarse por el servicio militar obligatorio o conscripción es indagar por la potestad de disposición sobre la vida y muerte de los individuos;¹ en palabras de Walter Benjamin, es preguntarse por la violencia que subyace a todo derecho (y orden político) en su origen o proceso de conservación (1921: 7). En lo verídico de este postulado se evidencian los límites de este texto.

La estipulación de deberes para los miembros de una organización política parece necesaria en tanto se presupone que el goce de unas condiciones mínimas de convivencia implica ciertas limitaciones. Pero si este deber conlleva la posibilidad de perder la vida o de matar a otra persona, surge la pregunta por los límites de la organización política que imponga una obligación tal.

En un Estado constitucional que se proclama social, democrático y de derecho, como el colombiano, los intentos de respuesta a dicha pregunta pasan por las discusiones teóricas que sobre la legitimidad del Estado moderno se han dado desde corrientes como el liberalismo político, pero no pueden agotarse en ellas. En tanto el conflicto armado colombiano, como se verá, ha implicado un cuestionamiento a la soberanía y legitimidad estatal, los análisis sobre las justificaciones de la obligación de ir a la guerra pasan por considerar que el cumplimiento de este deber conduce a tomar —obligatoriamente— partido en dicha disputa, frente a grupos armados con pretensiones soberanas.

El tema de este trabajo sociojurídico lo constituyen las justificaciones jurídicas y políticas del servicio militar obligatorio en Colombia, en el contexto del conflicto armado. Para ello se eligieron algunos discursos de dos

1 Este término se utilizará aquí para designar a quienes se vinculan a las Fuerzas Militares en virtud de la obligación legal de prestar servicio militar, y no para referirse a quienes se inscriben para definir su situación militar. En este sentido, la palabra conscripción se equipara a servicio militar obligatorio.

instituciones estatales: la Corte Constitucional y el Ministerio de Defensa. De la primera se estudiaron múltiples sentencias que tenían como problema jurídico temas relacionados con la conscripción; del segundo se eligieron sus intervenciones en algunas sentencias de la Corte Constitucional, así como discursos emitidos en ceremonias públicas sobre el tema. La temporalidad de estos discursos está condicionada por la Constitución de 1991, más por la existencia misma de la Corte que por la importancia asignada aquí a la delimitación temporal, pues el objetivo de este trabajo no fue realizar un rastreo de los discursos sobre la figura estudiada, ni realizar un estudio desde el derecho o la teoría constitucional, sino establecer relaciones entre conflicto armado y servicio militar obligatorio en Colombia, e identificar las principales justificaciones que sobre la obligación militar emitían estas instituciones del Estado.

La metodología de investigación fue cualitativa, basada esencialmente en revisión bibliográfica de textos académicos sobre los temas abordados, y de fuentes primarias como sentencias de la Corte Constitucional, y discursos emitidos por el Ministerio de Defensa. Como el objetivo planteado aquí fue revisar los principales argumentos que ambas instituciones aducían para justificar la obligación militar, de la Corte Constitucional se seleccionaron especialmente sentencias de control de constitucionalidad y unificación jurisprudencial, por ser en ellas donde más aparecen pronunciamientos sobre el tema de interés, si bien se reseñan y analizan sentencias de revisión de tutelas que aportan al debate. Se retoman también algunas sentencias del Consejo de Estado porque ofrecen un panorama de la vinculación práctica entre conflicto armado y servicio militar obligatorio, y no porque se pretendiera analizar sus posibles justificaciones del mismo.

La elección de la Corte y el Ministerio de Defensa partió de reconocer que el Estado no siempre es una entidad armónica y coherente, y que es común encontrar discrepancias de métodos, discursos y decisiones entre ellas; la Corte al analizar la constitucionalidad de las normas sobre servicio militar y revisar solicitudes de amparo relacionadas emite argumentos jurídicos y políticos, y el Ministerio de Defensa discurre sobre temas jurídicos, pero especialmente sobre las necesidades y los hechos del conflicto armado.

En el capítulo primero se realiza un recuento histórico sobre la conscripción en Colombia, y se reconstruye el panorama normativo que rige dicha figura; así mismo, se hace un breve recuento del conflicto armado en el país. En el segundo capítulo se reconstruyen teóricamente algunos debates

que desde la sociología y la teoría política se han dado sobre legitimidad del Estado colombiano. El último capítulo recoge las justificaciones que sobre servicio militar obligatorio se identificaron en los discursos institucionales, resaltando la relación entre esta obligación legal y la guerra. Y en el apartado de conclusiones se presenta una síntesis de los tres capítulos, considerando que el contexto de conflicto armado en el país, que representa para el Estado un factor de cuestionamiento de su legitimidad —en términos del no monopolio de la violencia— o de la afirmación de su debilidad, debe tenerse en cuenta para analizar las posibles justificaciones que se emiten sobre el deber de ir a la guerra.

El propósito de este texto fue establecer, al menos de un modo exploratorio, relaciones analíticas entre conflicto armado, legitimidad estatal y servicio militar obligatorio, las cuales se usaron como contexto para el análisis de las justificaciones jurídico-políticas que sobre la conscripción elaboraron las instituciones estatales mencionadas.

Al intentar desarrollar el tema a partir de relaciones de conceptos difíciles como Estado, legitimidad, guerra, violencia y derecho, este texto carece de la profundidad teórica que sería deseable. Aspectos como los fines (ideológicos y estratégicos) del servicio militar obligatorio son apenas esbozados, lo mismo la importancia de esta figura en la configuración histórica de los Estados occidentales; en el mismo sentido, solo se mencionan los debates sobre militarización de la sociedad y su incidencia en los modelos democráticos, aspecto importante en el tema examinado. La relación entre violencia y derecho, incluso en su vertiente Ejército y Estado, si bien está latente en todo el escrito, no se problematiza ni se *ultima* en los términos teóricos a los que la discusión invita; lo mismo sucede con nodales discusiones que apenas se mencionan, quizá por la modalidad misma —exploratoria y de reconstrucción teórica— que se ha adoptado en este trabajo.

El marco teórico de este texto ha sido elaborado básicamente a partir de la sociología: sociología militar en el primer capítulo —que aborda también algunos textos de teoría política—, y sociología política e histórica en el segundo; el tercer capítulo y las conclusiones, en cambio, parten de perspectivas de teoría y filosofía política. Si bien se asume aquí que las disciplinas, más que ser divisiones tajantes y separaciones irreconciliables, sirven como lentes para analizar diversos fenómenos (Blair, 2012: 58).

1. Servicio militar obligatorio en Colombia

Detrás de los morteros y de los tiros viene la artillería pesada de la guerrilla: aparecen aparatosos cilindros que atraviesan el horizonte dando vueltas, hasta caer sobre la trocha que pronto será cementerio, haciendo volar por los aires todo lo que encuentran. Igual que las bombas lanzadas desde el cielo por el avión fantasma, que destruye los caseríos donde se han refugiado los sobrevivientes de otros bombardeos, hijos de huidas, memorables e imborrables por los siglos de los siglos.

Botero, 2006: 104.

1.1 Conscripción y configuración del Estado moderno

Si bien la ficción teórica que asimila Estado y consenso contraponiéndolos a violencia está arraigada en los análisis políticos de las ciencias sociales,² y especialmente en filosofía política,³ la relación entre guerra —o violencia— y creación de Estados ha sido recuperada para repensar esos procesos de construcción estatal en países no europeos (Bolívar, 2010: 266; Blair, 199: 120; Tilly, 2006).

Al respecto, Charles Tilly señala que la guerra crea Estados en tanto quienes detentan el poder organizan y si es posible monopolizan la violencia; en el caso europeo, apoyados en la extracción de recursos y el fomento a la acumulación de capital, siendo necesaria la monetarización en el pago por servicios de seguridad, para evitar la fragmentación de los territorios

2 Al respecto véanse Leal Buitrago (2010) y Uribe de Hincapié (1993: 23), críticos de esta postura.

3 Sobre todo los artífices del contractualismo clásico (Locke, Hobbes y Rousseau) sostienen que el paso del Estado de naturaleza al Estado político (Locke, Hobbes) o del Estado de naturaleza al civil, y luego al político (Rousseau) obedece a un afán por pacificar la vida cotidiana y resguardarse de la belicosidad que, presuponen, reinaría en un estadio no político; siendo entonces lo estatal (entendido como poder legítimo) lo contrapuesto a la violencia. Para el medular —y ya clásico— debate entre Carl Schmitt y Hannah Arendt sobre la disyuntiva entre consenso y violencia como fundamentos de lo político, véase el prólogo de José Fernández Santillán al texto *Origen y fundamentos del poder político* de Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero (1985).

reales.⁴ En este sentido, la guerra no se contrapondría a lo estatal sino que se presupondría, en tanto el Estado se consolidaría mediante la extensión de protecciones, la eliminación de rivales internos, el fortalecimiento de su capacidad extractiva y su potencial guerrero (Tilly, 2006: 18, 21).⁵

La anterior propuesta teórica permitiría comprender el surgimiento del servicio militar obligatorio en Europa —y con este la formación de ejércitos contemporáneos— unido al proceso de construcción estatal. En este sentido Carl Schmitt en sus textos de 1932 y 1962 propone la relación entre guerra y Estado (o unidad política organizada) cuando hace recaer *lo político* en las decisiones primarias de determinar quién es amigo y quién enemigo en un contexto de posibilidad real de combate, siendo la guerra, no el objetivo ni el ideal de lo político, sino un prepuesto de su existencia:⁶

El Estado como unidad política determinante ha concentrado en sí mismo una atribución enorme: la de la posibilidad de librar una guerra y, con ello, la de disponer sobre la vida de los seres humanos. Y esto es así porque el *jus belli* contiene un atributo semejante: significa la doble posibilidad de exigir de los miembros del pueblo propio el estar dispuestos a matar y a morir, con el objeto de matar a las personas ubicadas del lado del enemigo. Sin embargo, la tarea de un Estado normal consiste en lograr, por sobre todo, una pacificación completa *dentro* del Estado y su territorio; construir “la tranquilidad, la seguridad y el orden” para crear con ello la situación *normal* que es condición para que las normas jurídicas puedan imperar en absoluto desde el momento en que toda norma presupone una situación normal y ninguna norma puede ser válida en una situación que la desafía de modo completamente anormal (1998: 22).

Así, esta decisión fundamental de decidir la amistad y la enemistad, junto con la potestad de enviar los ciudadanos a combates, requeriría de unas capacidades militares que explicaran los intentos monopolizadores de la

4 Tilly, 2006: 2-8; Bolívar, 2010: 268-293. La secuencia que propone Tilly para el caso de Europa occidental comprende el paso de bandidos y piratas a reyes a través de los recaudadores de impuestos, los titulares de poder de la región y los soldados profesionales (2006: 6).

5 Inversamente, señala Tilly, las resistencias darían lugar a garantías y derechos que a la vez serían obstáculos para la guerra, y en ese sentido, para la construcción de estatalidad.

6 Destaca Schmitt: “Podemos decir que aquí, al igual que en otras cuestiones, es justamente la excepción la que adquiere un significado especialmente decisivo y pone al descubierto el núcleo de las cosas” (1998: 16), en este caso de *lo político*.

violencia de ciertas instituciones, lo que en el caso europeo se daría simultáneamente a la consolidación de Estados nacionales (Bolívar, 2010: 266); esto a la vez implica la conformación de ejércitos regulares, que generalmente han utilizado el reclutamiento forzoso para su formación.⁷

Molina Luque sostiene que el surgimiento en tiempos de paz de la conscripción se origina en la Prusia de Federico Guillermo en 1733, estableciéndose áreas de reclutamiento forzoso y listas de súbditos útiles de manera intermitente, mientras que la moderna conscripción se derivaría del expansionismo francés con la denominada *Levée en masse* de 1793, que justificaría *lo que en la época absolutista se había llevado a cabo por la fuerza, y en nombre de la autoridad divina del monarca*. Así, “las levas de la época absolutista, irregulares y dirigidas en gran parte a vagabundos y presos” se regularían determinándose un mandato general a los jóvenes como soldados potenciales del régimen (1996: 21).

El servicio militar obligatorio constituiría una de las bases del Ejército moderno en tanto posibilitaría la creación de ejércitos permanentes al servicio de un país más que de un gobierno (Rodríguez, 2004: 17),⁸ siendo así pilar de un poder político centralizado que con dicha institución se reforzaría, potenciando la creación de Estados nacionales que, según el tipo ideal propuesto por Max Weber,⁹ tendría como característica la

7 Schmitt sostiene además que con la inclusión del servicio militar obligatorio, conceptualmente todas las guerras se hacen entre pueblos (1963: 6), del mismo modo, Mauricio Romero afirma que con Napoleón se da un descenso a la guerra total, en tanto con la obligación de unirse a las fuerzas armadas no se buscaría la rendición del enemigo sino su aniquilación (2003: 52).

8 Al respecto, señala Molina Luque: “La base ideológica del servicio militar obligatorio es la Doctrina de la Nación en Armas; es decir la participación de todos los ciudadanos en las guerras en que su Estado puede estar implicado. El reclutamiento masivo, en sus orígenes, ha sido considerado como un elemento fundamental para la estrategia de la guerra, puesto que se cree que así la vinculación entre fuerzas armadas y sociedad sería más consistente, en la línea de un ‘espíritu nacional’” (1996: 21). Este autor en su investigación sobre los efectos sociales de la conscripción en España señala que la figura bajo estudio constituye —pese a las violencias y resistencias que constituye y genera— un poderoso mecanismo de unificación cultural del país (7). Rodríguez Hernández (2004) también señala que el servicio militar obligatorio, junto a la formación de los oficiales en academias militares, son los ejes de la profesionalización militar.

9 *Tipo ideal* es un término acuñado por Max Weber para referirse a la herramienta metodológica que le permite a la sociología, mediante conceptos generales, aprehender rasgos de ciertos fenómenos (Ritzer, 2001: 255); en este caso se trataría de un tipo ideal histórico, en tanto el *concepto* de Estado se construye a partir de la experiencia histórica de países europeos.

pretensión legítima del monopolio de la violencia en un territorio delimitado, la centralización del poder, la unificación de territorios y regulaciones —o disposiciones legales— generales (Weber, 1992: 43 y ss.; Oquist, 2010: 29).

Si bien en este trabajo se acogen las precauciones de Tilly (2006) y Bolívar (2010) respecto a los problemas que genera equiparar procesos históricos —contingentes— como el europeo con realidades de otros contextos, las relaciones entre monopolio de la violencia, modernización de los ejércitos y construcción de estatalidad serán utilizadas como prisma para analizar las justificaciones jurídicas y políticas de la conscripción dadas por instituciones del Estado colombiano,¹⁰ más allá de la sola confrontación de estas con el discurso del liberalismo político (cfr. Cap. 2).

1.1.1 Servicio militar obligatorio en Colombia: aproximación histórica

Por su pasado colonial, Colombia guarda similitudes con algunas instituciones jurídicas y políticas de Europa, específicamente de España. “Destacar esto es importante en tanto la vida republicana del país al incorporar, conservar o modificar elementos de la *comunidad política* española al territorio, estableció con ella referentes —si no históricos, sí teóricos— similares de muchas prácticas. Por ello contextualizar el surgimiento del servicio militar obligatorio europeo responde a un intento por establecer relaciones de continuidad o discontinuidad de esta figura en nuestro contexto.

En el siglo xvii en España el reclutamiento consistía en enganches de voluntarios —mercenarios— y en las *levas* o cacería de quienes se denominaban vagos o maleantes, pese a que desde 1704 una decisión borbónica estableció un sistema de reclutamiento obligatorio para la quinta parte de la población en “edad militar”, seleccionados mediante sorteo (Atehortúa, 2005: 37). En 1812 se instauraría para todos los hombres la obligatoriedad de prestar servicio militar, aunque con excepciones y privilegios, y en 1837 se emitiría la ley de reclutamiento obligatorio que buscaba abolir dichas excepciones (Molina, 1996: 40 y ss.); la conscripción, según Molina, en-

10 Específicamente Atehortúa y Vélez (1994: 198), para quienes “Las fuerzas armadas, pretendidas como ‘organización profesional formalizada’, tuvieron un origen paralelo a la formación estatal-nacional en Colombia”.

tendida como un tributo al Estado implicaba, en el contexto español, un impacto doloroso y violento al que los jóvenes rurales se resistían mediante actos simbólicos como las fiestas de quintos, o materiales como sobornos, mutilaciones, sustituciones o evasiones (60). Panorama de rechazo a la conscripción similar al que se daba en ese entonces en el territorio de lo que hoy se denomina Colombia.¹¹

Al abordar la conscripción en Colombia parece obligatorio referirse a la modernización o profesionalización del Ejército nacional; de hecho los textos que abordan el tema sitúan el servicio militar, su violenta materialización y los efectos del mismo en el debate sobre la configuración de un ejército nacional antes que partidista.¹² Eduardo Pizarro Leongómez afirma que las Fuerzas Armadas en la región prolongan su origen desde los ejércitos independentistas fluctuando su conformación a lo largo del siglo XIX entre la aspiración de permanencia de un cuerpo para la totalidad del territorio, y guardias nacionales privadas o milicias de las provincias (1994: 10, 26).¹³

El servicio militar obligatorio en lo que hoy es Colombia data aproximadamente de 1832 con la instauración de la república de Nueva Granada, aunque fácticamente los reclutamientos se hacían desde la colonia, especialmente con fines “regeneradores” (Martínez, 2012b: 69). Por su economía reducida, la República no podía mantener un ejército regular permanente; entonces creó un cuerpo militar temporal o auxiliar “bajo la dirección de las autoridades provinciales, las cuales debían encargarse de su organización, reclutamiento, entrenamiento y equipamiento, que fue

11 Este no es el espacio para relacionar las resistencias y rechazos públicos que frente a esta figura realizaban funcionarios estatales o la población civil; sin embargo, se remite al lector interesado al texto de Tirado Mejía *Aspectos sociales de las Guerras Civiles en Colombia*, específicamente a la parte introductoria y a las páginas 295 a 341. Desde otra perspectiva, Claudia Henao (2010) sintéticamente reseña situaciones de depresión y suicidios durante la prestación del servicio militar, y destaca las implicaciones “patriarcales” del discurso militarista (páginas 44 y 47, respectivamente). Los rastreos sobre tortura física y psicológica sobre los conscriptos pueden verse en notas de prensa; a modo de ejemplo puede consultarse: Semana, 2012.

12 Para el desarrollo de este subtema se siguen principalmente los textos de Atehortúa (1994, 2005) y Pizarro Leongómez (1987a, 1987b, 1988).

13 Algo similar puede decirse de la normatividad frente al servicio militar que oscilaba entre la voluntariedad y la obligatoriedad desde el periodo independentista (Martínez, 2012b: 62). Desde la Ley 20 de 1882 se intentó volver el reclutamiento voluntario, pero la dinámica bélica interna impidió en la práctica la materialización de esta norma, así como de la Ley 167 de 1896 y la Ley 40 de 1909 (Pizarro: 1987: 24; Martínez, 2012a: 46).

denominado Guardia Nacional” (Prado, 2005: 4), y que fungía como ejército permanente que se entrenaba los fines de semana.

Los reclutas eran aportados por cada *estado soberano* en un sistema de conscripción pensado como mecanismo de participación del ciudadano/soldado,¹⁴ que se transformaría en una “ortopedia social” en la cual los marginados y excluidos eran los recluidos para la milicia de la unión. Situación diferente ocurrió con los prósperos ejércitos locales, que eran estructuras más estables, sustentadas en poderíos regionales que basaban sus relaciones sociales en favores, lazos familiares, laborales, vecinales y redes de caudillismo (Prado, 2005: 9), y donde la evasión del servicio militar no era el ideal.¹⁵

Este sistema de enganche casi indiscriminado cambia con la creación de los Estados Unidos de Colombia en 1863 en tanto la Constitución de Rionegro propugnaría la creación de un ejército permanente distinto al de las federaciones, quienes anualmente debían remitir contingentes de reclutas preferiblemente voluntarios para la nueva Guardia Colombiana; además, se declaraba que el sustrato de la fuerza pública del Estado era todo ciudadano armado, con lo que se buscaba desincentivar los enganches forzados e instaurar la idea de un ejército para la nación (Martínez, 2012a: 26, 33).

Siguiendo a Atehortúa y Vélez, el impulso más importante hacia la conformación de un ejército nacional, y con él el monopolio de la violencia, llegaría con Rafael Reyes, quien desde 1904 se trazó el objetivo de desarmar a los civiles, y en 1907 impulsó la escuela militar de cadetes con el propósito de formar allí a los oficiales y profesionales militares. En consonancia con este horizonte, se contrató la primera Misión Militar chilena que iniciaría un proceso educativo para remodelar las fuerzas armadas,

14 Me refiero aquí al tipo de agrupaciones o divisiones político-administrativas de la República de Nueva Granada.

15 Al respecto, ilustrativo es este párrafo de Atehortúa y Vélez: “Las plazas de mercado, las chicherías y todos los sitios de reunión del pueblo eran los lugares hasta donde llegaba la tropa a tomar reclutas. En el campo y en la ciudad los trabajadores eran obligados a abandonar sus faenas y amuscos, como en anteriores guerras civiles, incluso se les llevaba amarrados hasta el momento del combate. Demasiado pronto los hombres y familias enteras decidieron huir como mecanismo para burlar las levas y el gobierno se vio en la necesidad de reclutar niños cuya estatura no superaba el largo del fusil” (1994: 48).

buscando —debido a la formación prusiana del ejército chileno— una profesionalización del ejército colombiano (1994: 57-61).¹⁶

Si bien desde 1830 hasta 1930, “durante todas las guerras el procedimiento de enganche fue el mismo, a la fuerza se llevaba a los campesinos a luchar por ideas que no conocían y por intereses que no eran los suyos” (Tirado, 1995: 40), con las Misiones chilenas se explicitó el propósito de construcción nacional que se esperaba cumpliera el servicio militar obligatorio,¹⁷ empezando por la declarada función alfabetizadora del servicio, y pasando por la creencia de que la agrupación de poblaciones diferenciadas y diseminadas en el territorio contribuiría a crear la idea de unidad nacional (Atehortúa y Vélez, 1994: 75-90).¹⁸

A la inexistencia de guerras interestatales desde 1950 algunos analistas atribuyen el que las instituciones militares desempeñaran en Colombia el papel de partícipes en conflictos políticos interpartidistas o sectoriales, o cumplieran funciones policiales de mantenimiento del orden interno (Pizarro, 1987a: 29). Pese a que desde los inicios de la república se estableció el carácter no deliberante de las fuerzas armadas, así como su subordinación al poder civil y su apolitismo, el uso partidista que los gobiernos de turno hicieron del ejército en Colombia, bien sea para atacar a enemigos o para apaciguar conflictos sociales, está ampliamente documentado.¹⁹

Con la formación de las guerrillas campesinas en el país (y su transformación posterior en guerrillas militares comunistas), y la difusión de la Doctrina de Seguridad Nacional en el contexto de la Guerra Fría,²⁰ el ejército

16 A esta misión le seguirían muchas más hasta 1934: otra chilena, una española en 1916, una francesa en 1919, una suiza, y posteriormente una alemana (Pizarro Leongómez, 1987a: 26).

17 La primera data aproximadamente de 1907 a 1914 y la segunda, de 1924 hasta 1930 (Atehortúa y Vélez, 1994: 117).

18 Este primer ciclo de profesionalización militar iría hasta 1943 en fechas posteriores —1949 a 1953— prevalecería más que la idea de crear un ejército de defensa nacional, la creación de uno contrainsurgente (Atehortúa y Vélez, 1994: 188).

19 Véase la obra de Atehortúa y Vélez, especialmente páginas 88 a 101. Al respecto señalan, por ejemplo: “Las armas se convirtieron en el método más expedito de hacer política. Antes que a la nación, los colombianos conocieron a los partidos” (p. 27). En el mismo sentido, véase Pizarro Leongómez (1987a).

20 Al respecto es ilustrativo Piccoli: “El general Ruiz Novoa afirmó en 1961 que era absolutamente necesario destruir el verdadero Estado de ‘complicidad colectiva’

empezaría a forjarse una ideología, no partidista sino contrainsurgente (Atehortúa, 2005: 21, 22); ese sería escuetamente el panorama de sus funciones hasta hoy.²¹

1.2 Servicio militar obligatorio y conflicto armado en Colombia

Al ser, aunque transversalmente, el concepto de *conflicto armado* una categoría de análisis aquí, se hace necesario un breve acercamiento al mismo. Debe advertirse que las siguientes líneas distan de ser una caracterización del mismo: se trata de contextualizarlo para facilitar la comprensión de los siguientes capítulos, señalando antes que son múltiples y disímiles los autores y enfoques que se han ocupado del estudio de este conflicto.²²

disfrutado por los elementos ‘antisociales’. La reorganización del ejército llevó a la formación de la primera brigada móvil de contraguerrilla, compuesta por grupos ágiles, organizados según el esquema de las unidades guerrilleras. Un nuevo organismo de policía, el DAS, promovió la infiltración en los grupos bandoleros, y la utilización masiva de informantes, elegidos preferentemente entre exbandidos que se habían beneficiado de la amnistía. El ejército trató de equiparse para la lucha antisubversiva también a nivel teórico. En 1963 se imprimió el libro *La guerra moderna*, que centraba su análisis en la experiencia contraguerrillera de Vietnam y Argelia y estaba dirigido a los oficiales” (2005: 61).

- 21 Atehortúa (2005) observa, por ejemplo, cómo en los últimos años el discurso del ejército es menos de humillación y degradación hacia los reclutas (derivado de un discurso sobre lo masculino), y se dirige explícitamente a invocar la situación de orden público del país y la necesidad de defender la población civil de la violencia (46-57).
- 22 Entre las múltiples preguntas de las investigaciones sobre el conflicto armado colombiano se destacan las referidas a: i) la denominación misma del conflicto (¿se trata de un conflicto armado interno, de una guerra civil, de una guerra contra la sociedad, de violencia generalizada o, incluso, de una “amenaza terrorista”?) y, en consecuencia, el tratamiento a sus actores, así como la normatividad aplicable (Posada Carbó, 2001); ii) Las continuidades o discontinuidades que existen entre el conflicto actual, las guerras civiles del siglo XIX y la época denominada como La Violencia; iii) los actores involucrados en él (¿qué son las “bandas criminales”?, ¿puede hablarse todavía de paramilitarismo?, ¿el Estado es un actor?); iv) las consecuencias económicas, sociales o políticas de dicho conflicto, entre otras. Así mismo, los enfoques de análisis del conflicto han sido múltiples: históricos (María Teresa Uribe), antropológicos (María Victoria Uribe, Elsa Blair, algunos trabajos de Ingrid Bolívar), desde la teoría política (Daniel Pécaut, Arturo Álape), sociológicos (Fernán González y la escuela del Cinep, Alfredo Molano), desde las coyunturas políticas (Alfredo Rangel, Eduardo Posada Carbó, Mauricio Romero), desde los

En seguida se reseña el marco normativo del servicio militar obligatorio, y se discuten las figuras del soldado bachiller, regular y campesino como instituciones que les permitirían a los ciudadanos participar activamente en los combates contra las guerrillas; luego, en el capítulo 2, se cuestiona esta exigencia.

1.2.1 Aproximación al conflicto armado colombiano

Con la denominación *conflicto armado* se alude generalmente a las confrontaciones armadas, y sus consecuencias, entre las fuerzas militares del Estado colombiano, las guerrillas activas y los paramilitares;²³ por la necesaria limitación de este trabajo, este será el enfoque adoptado.²⁴

Las guerrillas activas (Farc-EP, ELN) surgen entre los años 64 y 65;²⁵ las Farc serían un reducto de las columnas liberales en marcha de los años 50,²⁶ con marcado raigambre agrario, mientras que el ELN, de ideología

usos del lenguaje (Fernando Estrada Gallego, María T. Uribe), desde el derecho (Iván Orozco Abad), entre otras perspectivas.

- 23 La inclusión del paramilitarismo como actor diferente al Estado no es pacífica. Algunos autores sostienen que el paramilitarismo realiza las actividades que el Estado, o los poderes políticos regionales, no podrían realizar sin perder totalmente su legitimidad. Para estas discusiones se remite al lector a los fundamentales textos de Mauricio Romero (2003) y Guido Piccoli (2005) sobre paramilitarismo. Así mismo, María Teresa Uribe (2001: 75).
- 24 Esta aclaración responde a afirmaciones de algunos sectores que resaltan que el conflicto colombiano no solo es armado, sino social y político, con lo que la dejación de armas o desmovilización no bastarían para lograr el fin del mismo.
- 25 Entre las guerrillas más influyentes se tiene que en 1965 se forma el denominado Ejército Popular de Liberación (EPL) de corte maoísta, en 1970 el Movimiento 19 de abril (M-19) y el Ejército Revolucionario del pueblo (ERP), derivación armada del Partido Revolucionario del Pueblo; en 1980 el Movimiento Armado Quintín Lame. Salvo el ERP, que fue derrotado por las fuerzas militares del Estado colombiano, estas guerrillas se desmovilizaron en 1990 con el proceso constituyente. Existieron, sin embargo, otras agrupaciones armadas de izquierda de variada capacidad militar que se fusionarían con otros grupos guerrilleros, o eran fruto de divisiones internas tales como el MIR-Patria Libre, las autodefensas obreras (ADO), el Ejército Revolucionario Guevarista, la Corriente de Renovación Socialista, entre otros.
- 26 Estas columnas en marcha de guerrillas liberales o campesinas surgen en el virulento periodo conocido como “La violencia”. Tras los enfrentamientos de los partidos políticos tradicionales, y el asesinato del liberal Jorge Eliécer Gaitán en 1948, el gobierno conservador reprime y persigue a los simpatizantes liberales acusados del desorden producido tras la muerte de este; para ello, cuadrillas conservadoras armadas (los Pájaros) asesinaban y asediaban a campesinos liberales. Este asedio, sumado a desplazamientos, produce que en 1953 sectores de la población apoyen a

marxista-leninista, surgiría del espectro urbano inicialmente en un contexto estudiantil y eclesiástico, en el seno de la revolución cubana; con ambas guerrillas se han llevado a cabo procesos de diálogo y negociaciones que han resultado fallidos.²⁷

El surgimiento del paramilitarismo, en cambio, no es tan claro. Puede afirmarse que cuerpos armados privados han existido a lo largo la vida republicana del país, con fines no solo de protección privada sino de exterminio de adversarios políticos (Piccoli, 2005: 39); en los años 80, de la mano del narcotráfico, grupos de autodefensas se convertirían en actores militares en tanto opositores a negociaciones o concesiones a las guerrillas o a “cualquier proyecto reformista que afectara el statu quo, en particular del sector rural” (Romero, 2003: 35).²⁸ En 1990 se conformarían las Autodefensas de Córdoba y Urabá como respuesta explícita de ganaderos y empresarios de la zona a la presencia (y enfrentamientos) de las Farc y del EPL en Urabá y Córdoba, con el objetivo de combatir a estos grupos (Aranguren, 2001: 154), así como de neutralizar movimientos sociales como el sindical; y en 1997 —en

incipientes alzados en armas, conformándose entonces las columnas de guerrilleros en marcha en el Tolima, Huila, Quindío, y los Llanos Orientales. Muchos marchantes fueron amnistiados con el acuerdo bipartidista de gobernar por turnos denominado Frente Nacional, tras el cual cambiaría la dinámica de las guerrillas liberales. Sobre esto véase Pizarro Leongómez (1987b), quien sostiene que con el gobierno cívico-militar de 1953 y la participación del Batallón Colombia en la Guerra de Corea, junto a La Violencia, se va a consolidar la institución militar como un actor político.

27 Desde 2012 el gobierno del presidente Juan Manuel Santos y las Farc-Ep han celebrado diálogos de paz en La Habana, Cuba; obteniendo como resultado la firma de un Acuerdo final en agosto de 2016. La implementación de este acuerdo final fue sometido el 02 de octubre de 2016 a un plebiscito especial, de carácter vinculante para el presidente, en el que ganó el “No”. Al 07 de octubre de 2016 el futuro de dichos diálogos y del acuerdo es incierto. Para más información puede consultarse la página web: <https://www.mesadeconversaciones.com.com>.

28 Al respecto, Romero sostiene: “Si bien los antecedentes de estas agrupaciones se encuentran en la represalia de narcotraficantes en contra del secuestro y la extorsión de la guerrilla en los inicios de los años ochenta, allí no se agota su naturaleza. Estos grupos evolucionaron hacia un proyecto antisubversivo con apoyo y colaboración de élites locales y sectores de las Fuerzas Militares a finales de la década de los ochenta y comienzos de la de los noventa, para luego consolidar a su alrededor un movimiento de restauración y defensa del *statu quo* rural desde mediados de los años noventa” (2003: 240). Las importantes relaciones entre militares, narcotraficantes, multinacionales e industrias, poderes regionales y paramilitarismo, se desarrollan a profundidad en las citadas obras de Romero y Piccoli; así mismo, la historia de autodefensas de derechas más o menos asimilables al paramilitarismo de las últimas décadas.

teoría— se conformarían junto a grupos paramilitares diseminados en el territorio nacional, las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), aunque su subordinación a un comando y la existencia de directrices centrales ha sido cuestionado desde la academia (Piccoli, 2005: 127).

En el año 2002 y hasta el 2006, el gobierno colombiano realizó un proceso de desmovilización con los grupos paramilitares a cambio de indultos o penas mínimas, proceso que se considera no exitoso debido a la presencia de estructuras armadas derivadas de esos grupos y a las pocas sentencias judiciales producidas en el marco legal de dicha desmovilización.²⁹ En 2006 se inician múltiples procesos penales por presuntos nexos de congresistas y senadores con paramilitares, en un episodio inconcluso que se denominó “la parapolítica” (Cruz, 2009).

Los actores armados ilegales históricamente se distribuyeron a lo largo del territorio nacional conformando bastiones de poder y control más o menos estables; en el caso de las Farc, en la zona suroriental del país, aunque esta guerrilla tiene amplia presencia en muchos departamentos; en el caso del ELN, en la región nororiental (Santanderes) y el sur de Bolívar (zona fuertemente disputada en su momento con los paramilitares), y en el caso de las autodenominadas AUC, principalmente en la zona del Magdalena Medio, Córdoba y Urabá.

Las prácticas de dominación de estos grupos armados en los territorios donde tienen (o tuvieron) control, debido a la ausencia del Estado central en muchas regiones del país, van desde la restricción del acceso a esas zonas, el control de la vida social y “moral” de la población,³⁰ hasta la administración de justicia y el establecimiento de las normas generales de conducta (para el caso de las Farc, véase Vásquez, 2006: 164).

En el prolongado conflicto interno, los actores armados han cometido múltiples violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario tales como desapariciones forzadas, secuestros, masacres,

29 Denominadas como Águilas Negras, Los Paisas, Los Rastrojos, Los Urabeños, la Oficina de Envigado, entre muchas otras. Para un análisis crítico de este proceso de desmovilización véase el informe de la Comisión Internacional de Juristas (2005: 55 y ss.).

30 En el caso del paramilitarismo, se evidenciaba en las prohibiciones que tenían las mujeres de usar minifaldas o blusas cortas, así como la prohibición de consumir sustancias alucinógenas, aspecto último también abanderado por las guerrillas. Al respecto puede consultarse el portal www.verdadabierta.com

magnicidios, desplazamientos forzados, genocidio, violencias sexuales, despojos, reclutamiento forzado, minados, torturas, detenciones arbitrarias, entre otras acciones en las que es frecuente que no se haga la distinción entre combatientes y población civil (GMH: 2013: capítulo I). Las cifras del conflicto son tan escabrosas que la Comisión Internacional de Juristas se permite decir que

Si Colombia no ha tenido dictaduras militares, el país ha vivido en los últimos 40 años casi de forma ininterrumpida bajo estado de sitio y las violaciones a los derechos humanos cometidas superan con creces las cometidas por las juntas militares del Cono Sur. Aunque las comparaciones son siempre odiosas, basta tener presente un solo dato: cada año en Colombia son asesinados por las Fuerzas Militares y los grupos paramilitares una cifra muy superior a las personas ejecutadas extrajudicialmente en Chile durante los 17 años de dictadura del General Augusto Pinochet (2005: 3).

Lo anterior ocurre de modo simultáneo a procesos de militarización de la sociedad que asumen que la seguridad solo puede derivarse de instituciones militares,³¹ donde se aclaman valores como el coraje, el amor por las armas, y donde la presencia de lo estatal en las regiones se equipara a presencia militar;³² en este contexto se inscribe el servicio militar obligatorio en tanto proceso de socialización que implica una formación ideológica proestatal que va desde la figura del soldado campesino que trabaja en su pueblo o comunidad en labores de contraguerrilla, hasta la conversión de

31 Para comprender la militarización como representaciones e imaginarios sociales, véase Blair (1999: 70), quien presenta la desgarradora hipótesis según la cual el factor de identidad nacional en Colombia sería la violencia, a través de la unificación que, históricamente, habría producido la exclusión y eliminación del adversario político.

32 Sobre las estrategias de presencia militar en remotos territorios del país es esclarecedor el texto de Jineth Bedoya *En las trincheras del Plan Patriota* (2008), sobre la implementación de los denominados Plan Patriota y Plan Consolidación, que inician en el año 2002 con ofensivas militares, tomas militares de pueblos, ejercicio del control poblacional, entre otras actividades. Al respecto, significativo es el reciente fallo del Consejo de Estado en donde se declara responsable y se condena a la nación por desplazamientos y daños en bienes de población civil ocurridos en el departamento del Caquetá en el año 2003 (CE, 2013). Respecto al plan antecesor del Plan Patriota, el Plan Colombia, véase Piccoli, 2005: 160.

los jóvenes reclutas en enemigos declarados de las guerrillas, por estar desempeñando labores relacionadas directamente con el conflicto armado.³³

Característico de este proceso de militarización es también el fomentar que prime la división de la población entre amigos y enemigos, lo que se refuerza mediante discursos de defensa nacional como el de la denominada “seguridad democrática” según la cual quienes no comparten las políticas del Estado colombiano, específicamente de sus fuerzas militares, estaría colaborando o simpatizando con grupos insurgentes. Con lo que la delimitación del *otro* como enemigo sería un factor de cohesión nacional, en el marco de *mentalidades guerrilleras* que impedirían el reconocimiento de expresiones políticas disímiles a las dominantes (Blair, 1999: 146).³⁴

A lo anterior se la suman condiciones objetivas de pobreza y desigualdad, adicionales a “los sentimientos de frustración de campesinos jóvenes frente a sus posibilidades económicas, sociales y políticas” que facilitan su reclutamiento por parte de los grupos armados colombianos (González, 2010: 335).

33 Ello se evidencia, por ejemplo, en las muertes y secuestros de conscriptos que han ocurrido en tomas militares de guerrilleros como las de la base militar Las Delicias en el Putumayo y Mesetas en el Meta. El consejo de Estado en sentencia del 25 de mayo de 2011, dentro de los expedientes 15.838 y 18.74717, y sentencia con radicación 52001-23-31-000-2001-00559-01(20079) del 18 de julio de 2012, ha declarado responsable y condenado a la nación en el caso de Las Delicias, por exponer a los conscriptos a riesgos propios del conflicto armado; lo mismo sucedió en sentencia del 9 de febrero de 2011, expediente 19.615, en el caso de Mesetas, Meta. Por su parte el ELN ha expresado que “decreta como objetivo militar a cualquier individuo que se enmarque dentro de este programa de soldados campesinos y llama a la población a no caer en estos artificios, pues con los que nada tienen que ver se pretende legalizar a los mercenarios de la muerte” (http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_2852000/2852311.stm), con lo que se hace palpable la no distinción entre sociedad civil y combatientes, en tanto al terminar de prestar el servicio militar obligatorio en esta modalidad, el soldado campesino no podría continuar su vida como un ciudadano común.

34 Lo que ha ocurrido históricamente y se evidencia, por ejemplo, con la coalición bipartidista del Frente Nacional iniciada en 1957 y terminada —solo formalmente— en 1974, en la que la participación de partidos políticos diferentes al liberal y al conservador impensable y donde se reforzó la idea del comunismo y la disidencia como enemigos del orden que deben combatirse. Otro trágico ejemplo de exclusión política y social lo constituye el genocidio político de la Unión Patriótica, coalición no armada de las guerrillas que surge tras las fallidas negociaciones de las Farc con el presidente Belisario Betancur, cuando muchos miembros y líderes fueron asesinados o debieron exilarse en hechos que se atribuyeron al narco-paramilitarismo, pero en el que se acusa por parte de la academia la presencia activa de agentes del Estado colombiano (Piccoli, 2005: 99).

Este es brevemente el contexto bélico en el que se obliga insertarse a muchos jóvenes en el país:³⁵ en medio de un conflicto armado que denota la imposibilidad estatal de monopolizar las armas, sumado a la debilidad o ausencia de instituciones estatales —en algunos casos a la sola presencia militar— en diferentes zonas del país, y donde la lucha por la conservación del territorio y el poder político local se realiza mediante las armas, esto es, mediante la amenaza real y posible de muerte.

1.2.2 Marco normativo del servicio militar obligatorio

La dinámica excluyente de representación y participación política marcada por fenómenos como el clientelismo y la violencia contra adversarios políticos, que ha regido al país desde el siglo XIX, se intentó transformar con el proceso de apertura política y superación de la “crisis de representatividad” que implicó la Constitución de 1991, en un proceso de apertura que inició en 1988 con la elección popular de alcaldes (González, 2010: 310). Sin embargo, este proceso no ha sido lineal, sino que se ha visto afectado por múltiples reformas constitucionales, en un país donde el uso de los estados de excepción, así como la continuidad de la guerra, ha sido constante (CIJ, 2005: 37). Al respecto enfatiza el informe del Grupo de Memoria Histórica (en adelante GMH):

El proceso constituyente fue al mismo tiempo un esfuerzo de paz y una continuidad de la guerra. En efecto, una idea ampliamente difundida en su momento era que la Constitución tenía vocación pacificadora, pues podía ser una especie de tratado de paz entre los colombianos. Pero, a la vez, el 9 de diciembre de 1990, el mismo día en que los colombianos votaban por la Asamblea Constituyente, las Fuerzas Militares bombardearon Casa Verde, el campamento central de las Farc, lo cual mostraba que la ampliación democrática que se pretendía alcanzar con la adopción de una nueva Constitución coexistía con la continuidad de la guerra (2013: 218).

La Constitución política de 1991, a la par que una serie de derechos y garantías, consagra un catálogo de deberes ciudadanos enmarcados en el presupuesto de respeto y colaboración con las autoridades del Estado “instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en

35 Para una mirada más amplia y detallada véase el reciente informe general del Grupo de Memoria Histórica (GMH, 2013) que ofrece un panorama general de la historia, evolución, dinámicas y resistencias al conflicto armado interno en un período de más de 50 años.

su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del *Estado* y de los particulares” (Art. 2). Su capítulo V establece unos deberes generales, mientras que el artículo 216 específicamente establece como obligación de los ciudadanos “tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas”.

En virtud de esta disposición constitucional, la Ley 48 y el Decreto reglamentario 2048 de 1993 regulan el servicio militar obligatorio en el país,³⁶ que puede ser prestado en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional.³⁷

La Ley 48 de 1993 establece la obligación para los hombres mayores de edad,³⁸ y hasta los 50 años, de “definir su situación militar”, sin lo cual no

36 Otras disposiciones sobre la materia están contenidas en las leyes 418 de 1997 sobre menores de edad y servicio militar obligatorio [SMO] (así como su prórroga con las leyes 548 de 1999, 782 de 2002, la 1106 de 2006, y 1421 de 2010), la Ley 447 de 1998 sobre pensiones por muerte durante la prestación del SMO, la Ley 642 de 2001 sobre el régimen para los mayores de edad universitarios, la Ley 694 de 2001 que rebaja las cuotas de compensación y elimina las multas para los beneficiarios de esa convocatoria a “definir su situación militar”, el Decreto 128 de 2003 que establece la entrega de libretas militares a los integrantes de grupos armados ilegales desmovilizados, la Ley 1184 de 2008 que —junto al Decreto 2124 de ese año— regula la cuota de compensación militar, la Ley 1243 de 2008 que establece rebajas a las sanciones para los *remisos*; la Ley 1450 de 2011 que exime a los beneficiarios del programa Red Unidos de prestar este servicio, la Ley 1448 de 2011 que exime de prestar el SMO a algunas víctimas del conflicto armado colombiano; la Ley 1738 de 2014 que prorroga la Ley 418 de 1997 y regula el aplazamiento del SMO para estudiantes, elimina el requisito de presentar la libreta militar para poder graduarse en una institución de educación superior, y el Decreto ley 1774 de 2015 que regula la definición de la “situación militar” de los ciudadanos deportados de Venezuela.

37 Al respecto, dice la Corte Constitucional en sentencia C-511 (1994): “La Carta Política dispone la integración de un pie de fuerza, compuesto por dos aparatos institucionales: las fuerzas militares y la Policía Nacional. Las primeras encargadas de la defensa nacional, se encuentran a su vez integradas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, teniendo como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. Por su parte, la Policía Nacional es un cuerpo armado permanente, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y el aseguramiento del orden colectivo, para que los colombianos vivan en paz”.

38 Según la Ley 418 de 1997, modificada por la Ley 1738 de 2014, los estudiantes menores de edad elegidos podrían aplazar el deber de prestar el servicio militar hasta cuando cumplan los 18 años, cumplir con el deber al finalizar los estudios de pregrado, o —siguiendo al art. 8, párr. 2 del Dto. 2048 de 1993— cumplir con él siendo menores de edad en áreas de servicio de apoyo, auxiliares logísticos, administrativos

es posible celebrar contratos con entidades públicas, ingresar al sistema de carrera administrativa o posesionarse en cargos públicos; quienes no lo hacen son catalogados como infractores o remisos, según el caso,³⁹ y para ellos se establecen multas y otras sanciones dependiendo la infracción (art. 42).

Hasta 1995, quien no tuviera libreta militar no podía vincularse laboralmente a ninguna empresa privada, lo que fue modificado por el Decreto-ley 2150 de ese año (artículo 111); así mismo, hasta 2014 la libreta militar era un requisito para obtener el grado profesional en instituciones de educación superior, lo cual fue eliminado con la Ley 1738. Estas restricciones o consecuencias de no definir la situación militar han sido denunciadas por movimientos sociales antimilitaristas como una especie de “muerte civil” en tanto el no poder graduarse como profesional —recientemente modificado—, ni vincularse con el mayor empleador del país —el Estado colombiano— implicaba una posición desventajosa para los ciudadanos que no tuvieran libreta militar.⁴⁰

El proceso de definición de situación militar comprende la inscripción ante el Servicio de Reclutamiento y Movilización, la presentación de tres exámenes de aptitud psicofísica y (i) el sometimiento a un sorteo para los inscriptos que resultaren aptos para la presentación del servicio y su posterior incorporación, o (ii) la clasificación de quienes por exenciones, inhabilidades o falta de cupo sean eximidos de la prestación del servicio y deberán pagar una contribución pecuniaria denominada “cuota de com-

y de fines sociales, “a menos que el menor manifieste voluntad expresa de prestar el servicio en otra área y que poseyendo aptitudes para ello se considere conveniente asignarle ese servicio”.

39 A quienes no se inscriban, no concurren a las pruebas, al sorteo, quienes tras la notificación de clasificación no paguen dentro de los 30 días siguientes la cuota de compensación militar, y a quienes no se presenten a las citaciones de las autoridades de Reclutamiento la ley declara como infractores, a los últimos se les denomina *remisos*. El artículo 41 también denomina así a quienes incumplan la Ley 48 de 1993, a quienes impidan que el Servicio de Reclutamiento cumpla sus funciones, y a “las entidades públicas, mixtas, privadas, particulares, centros o institutos docentes de enseñanza superior o técnica que vinculen o reciban personas sin haber definido su situación militar, o que no reintegren en sus cargos, previa solicitud a quienes terminen el servicio militar, dentro de los seis (6) meses siguientes a su licenciamiento”. Véase igualmente el artículo 50 del decreto 2048/93.

40 Al respecto pueden consultarse los informes de la Escuela Nacional Sindical “Estado del Trabajo Decente en Colombia”, disponibles en su portal electrónico, y el informe de la Internacional de Resistentes a la Guerra (2009).

pensación militar” (artículos 10 a 22),⁴¹ tras lo cual se expide la tarjeta de reservista y la tarjeta provisional militar (arts. 30 a 34).

En cuanto a exenciones y aplazamientos, se consagra que las exenciones a este reclutamiento comprenden (a) en cualquier tiempo a “los limitados físicos y sensoriales permanentes” y a “los indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica”; (b) en tiempos de paz a los clérigos dedicados permanentemente a su culto, a los condenados que tengan penas accesorias vigentes de pérdida de derechos políticos, el hijo único, el hijo encargado del soporte de sus hermanos por ser huérfano, de sus padres mayores de 60 años incapacitados para trabajar; el hermano o hijo de quien haya muerto o adquirido una inhabilidad absoluta y permanente en combate, en actos del servicio o como consecuencia del mismo, durante la prestación del servicio militar obligatorio; los casados que hagan vida conyugal (lo que incluye la vida en común de los compañeros permanentes), los inhábiles relativos y permanentes, los hijos de oficiales, suboficiales, agentes y civiles de la Fuerza Pública que hayan fallecido o adquirido una inhabilidad absoluta y permanente en combate o en actos del servicio y por causas inherentes al mismo (arts. 27 y 28 de la Ley 48 de 1993), las víctimas del conflicto armado colombiano (artículo 140 de la Ley 1448 de 2011) y los integrantes de la Red Unidos. Por su parte las causales de aplazamiento se consagran en los artículos 26 a 35 del Decreto 2048, y el artículo 29 de la Ley 48 de 1993.⁴²

41 Véanse también los arts. 53 a 66 del Decreto 2048 de 1993, y la Ley 1184 de 2000.

42 “ARTÍCULO 29. APLAZAMIENTOS. Son causales de aplazamiento para la prestación del servicio militar por el tiempo que subsistan, las siguientes:

- a. Ser hermano de quien esté prestando servicio militar obligatorio.
- b. Encontrarse detenido preventivamente por las autoridades civiles en la época en que deba ser incorporado.
- c. Resultar inhábil relativo temporal, en cuyo caso queda pendiente de un nuevo reconocimiento hasta la próxima incorporación. Si subsistiere la inhabilidad, se clasificará para el pago de la cuota de compensación militar.
- d. Haber sido aceptado o estar cursando estudios en establecimientos reconocidos por las autoridades eclesiásticas como centros de preparación de la carrera sacerdotal o de la vida religiosa.
- e) El aspirante a ingresar a las escuelas de formación de Oficiales, Suboficiales y Agentes.
- f) El inscrito que esté cursando el último año de enseñanza media y no obtuviere el título de bachiller por pérdida del año.
- g. El conscripto que reclame alguna exención al tenor del Artículo 19 de la presente Ley. [relacionado con el sorteo]”.

Quienes presten el servicio militar tienen una serie de derechos y prerrogativas contempladas en los artículos 38 y 39 de la Ley 48,⁴³ tales como computar para efectos de cesantía, pensión de jubilación de vejez y prima de antigüedad el tiempo de prestación del servicio; en las entidades estatales serán eximidos de la prestación del 50% del tiempo del servicio social obligatorio de acuerdo con el respectivo programa académico; tendrán prelación en la asignación de empleos en entidades oficiales, compañías de seguridad y vigilancia, y tendrán prioridad en la asignación de becas y préstamos que otorguen las instituciones o entidades oficiales para estudiantes universitarios; cuando un soldado —en cumplimiento de su deber— reciba lesiones permanentes que le impidan desempeñarse normalmente, el Estado estaría obligado a darle la capacitación que elija hasta el grado profesional de instrucción, pagándole mensualmente un salario mínimo legal por el tiempo de su desempleo.

Las modalidades de prestación del servicio militar obligatorio en el país son: i) como soldado regular, ii) como soldado bachiller, iii) como auxiliar de bachiller durante 12 meses y, iv) como soldado campesino entre 12 y 18 meses (art. 13, Ley 48 de 1993); estas tipologías implican variaciones en los periodos de prestación del servicio e incluso en los campos de acción del mismo.

Para comprender la participación de los conscriptos en el conflicto armado colombiano es indispensable atender a esta diferenciación, que conlleva a que diversas instituciones del Estado (Corte Constitucional, Consejo de Estado y Ministerio de Defensa, básicamente) se pronuncien de manera disímil sobre las cargas, deberes y prohibiciones que operan frente a estos grupos de soldados.⁴⁴

43 Así como en los artículos 36 a 43 del Decreto 2048 de 1993.

44 Lo que necesariamente remite a pensar que cuando se alude a lo estatal, aunque se asumiera como aparato o maquinaria institucional que permite su funcionamiento, no es posible obtener una narración unívoca y coherente; como lo señala Tilly (1992: 352) —refiriéndose a lo cultural en un Estado-nación—, la idea de homogeneidad no deja de ser un mito o una herramienta metodológica para analistas.

1.2.3 Servicio militar obligatorio y guerra: soldado bachiller, soldado regular y soldado campesino

Como se dijo antes, el tiempo de prestación del servicio militar varía según la modalidad del mismo.⁴⁵ En las tipologías de prestación de dicho servicio se tiene que el soldado regular (el ciudadano no bachiller que habita en zonas urbanas) prestará su servicio de 18 a 24 meses, el soldado bachiller (quien ha terminado la educación media) lo hará durante 12 meses redimibles en 6 si está cursando estudios universitarios, y el soldado campesino (el no bachiller que habita la zona rural), de 12 a 18 meses en la zona de su procedencia o cercanías.⁴⁶

Además del tiempo de duración del servicio, la modalidad del mismo implica consecuencias como la destinación del personal a actividades diferenciadas; así, el artículo 13, parágrafo 1, de la Ley 48 de 1993 establece que especialmente los soldados bachilleres además de su formación militar deben ser “instruidos y dedicados a la realización de actividades de bienestar social a la comunidad y en especial a tareas para la preservación del medio ambiente y conservación ecológica”.⁴⁷

La Corte Constitucional sostiene que la diferencia de tiempos que se da en la prestación del servicio militar entre las categorías de reclutas obedece a “condiciones materiales bien marcadas [que] distinguen por el grado de capacitación intelectual a los unos frente a los otros”, estableciéndose un

45 Al respecto, véase la sentencia C-511 de 1994 de la Corte Constitucional.

46 Esto con ciertas salvedades como la consagrada en el artículo 34 del Decreto 2048 que establece que el estudiante de grado 11 que, tras un aplazamiento del servicio, por cualquier causa no haya obtenido su título de bachiller, debe definir su situación militar como soldado regular.

47 De hecho, en un ignorado artículo de la Ley 99 de 1993 se establece que el 20% del total de los seleccionados para prestar el SMO pueden realizarlo con autoridades ambientales: “**Artículo 102°.- Del Servicio Ambiental.** Un 20% de los bachilleres seleccionados para prestar el Servicio Militar Obligatorio, prestarán servicio ambiental, preferiblemente entre quienes acrediten capacitación en las áreas de que trata esta Ley.

El servicio ambiental tiene por objeto prestar apoyo a las autoridades ambientales, a las entidades territoriales y a la comunidad en la defensa y protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables. Tendrá las siguientes funciones: (a) educación ambiental; (b) organización comunitaria para la gestión ambiental; (c) prevención, control y vigilancia sobre el uso del medio ambiente y los recursos naturales renovables. El servicio ambiental estará dirigido por el Ministerio de Defensa en coordinación con el Ministerio del Medio Ambiente, será administrado por las entidades territoriales y se validará como prestación del Servicio Militar Obligatorio”.

menor tiempo de servicio para los bachilleres ante la necesidad de “protección de otras manifestaciones de servicio [...] a que están llamados quienes superando niveles de injusticia en el acceso a la educación” no pueden ser eximidos del servicio militar; y ante quienes el legislador, atendiendo a su nivel profesional, puede destinar un servicio social (1994). En este mismo sentido, la Corte señala:

Es de anotar que quienes prestan el servicio militar obligatorio en su condición de bachilleres o campesinos, si bien están obligados a tomar las armas y reciben para ello una formación mínima, si su preparación y adiestramiento en el aspecto militar y de defensa personal no alcanza niveles evidentes de proporcionalidad frente al peligro que afrontan, por razón del corto tiempo de servicio o la configuración física del conscripto menor de edad, por ejemplo, no es admisible que se asigne justamente a los menos preparados la responsabilidad más grave, o una igual o equivalente a la del soldado cuya formación en esos campos es más completa (Sentencia SU-200 de 1997).

Así mismo, la Corte es enfática en señalar que las exigencias hacia los conscriptos forzados no pueden ser las mismas que para los soldados voluntarios, debiendo guardarse la razonabilidad y la proporcionalidad en las funciones que se les asigne, respetándose “los derechos fundamentales y las libertades básicas de los llamados a filas”, por lo que “si el riesgo para la vida o la integridad no resulta imperioso o necesario, considerada la situación concreta, no ha de propiciarse su exigencia” frente a quienes se encuentran prestando el servicio militar.

No obstante, acrítica y lamentablemente, consagra estas prohibiciones solamente para los menores de edad y para los soldados bachilleres y campesinos con insuficiente o nula preparación, permitiendo que los soldados regulares (quienes deben soportar una mayor permanencia en el Ejército) puedan combatir. Dice al respecto la Corte:

Por ello, las tareas más peligrosas y la responsabilidad de ataque y respuesta armada en zonas y situaciones calificadas como de alto riesgo deben ser atendidas en primer lugar por los soldados voluntarios, luego por los regulares y solo en última instancia por los bachilleres y campesinos (1997).

Esta decisión es fundamentada en el mayor tiempo de formación que tendrían los soldados regulares, siendo legítimo,⁴⁸ dice la Corte, que ante “un entrenamiento *suficiente* que les permita enfrentar en igualdad de condiciones al enemigo”,⁴⁹ los soldados mayores de edad (incluyendo los bachilleres) puedan ser enviados a zonas con presencia guerrillera o de “actividad de grupos de justicia privada, del narcotráfico o de la delincuencia común”, previa “preparación militar, técnica y **psicológica** suficiente” (1997).⁵⁰

Por su parte el Consejo de Estado (en adelante CE) ha ofrecido varias soluciones al problema de la participación de soldados conscriptos en el conflicto armado interno. En múltiples decisiones de segunda instancia sobre acciones de reparación directa, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo se ha pronunciado sobre el alcance de la conscripción en el contexto de participación directa en el conflicto.⁵¹

48 Afirmando dicha legitimidad a partir de una racionalidad legal, lo que remite a la afirmación de Carl Schmitt según la cual “Existe una legalidad republicana y en una república esta legalidad es precisamente la única forma de legitimidad” (1963: 54). Postura que diagnostica el pensamiento liberal clásico, pero que no se asume en este texto, pues resulta insuficiente aquí (cfr. Cap. 2).

49 Se agregaron las cursivas.

50 Aunque difícilmente sea imaginable que soldados reclutados forzosamente obtengan una “igualdad de condiciones” frente a grupos con una rígida estructura militar que llevan décadas de combate irregular, en zonas geográficas de difícil acceso e histórica presencia, lo que a menudo se conjuga con precarias condiciones de salubridad. Así mismo, los parámetros de una adecuada preparación psicológica son difusos, pues en ciertos casos, por ejemplo frente a los objetores por conciencia o a quienes su religión impida usar armas, ni años de preparación psicológica o “adoctrinamiento” les permitirían estar preparados para combatir.

51 Brevemente relacionaré los supuestos fácticos de las sentencias del CE analizadas para una mayor comprensión de los postulados de las mismas: en todos los casos, los soldados prestaban servicio militar obligatorio. La sentencia del año 2000 se refiere al suicidio de un recluta menor de edad con su arma de dotación, quien antes había intentado suicidarse cortándose las venas; se condena a la Nación por la omisión del Ejército de realizarle las pruebas psicológicas al recluta, y permitirle el uso de armas de fuego cuando no era apto para ello. En la sentencia de 2004 un soldado regular es enviado con un pelotón hacia un retén guerrillero sin condiciones de seguridad ni plan de contingencia; el CE condena a la Nación por imponerle al joven cargas mayores a las que debía soportar; la decisión de 2002 es similar en tanto un joven que había culminado su SMO es obligado a cubrir una operación contraguerrilla, donde fallece. El caso de 2007 remite a la orden que se le da a un recluta de conducir un vehículo cuando no tenía licencia de conducción y el vehículo presentaba fallas mecánicas, se produce un accidente y el joven muere; se condena a la Nación por riesgo excepcional derivado del uso de instrumentos peligrosos. La sentencia 2009a

Lo primero en lo que constantemente insiste el CE es que el régimen de los soldados voluntarios o profesionales y los conscriptos es distinto, en tanto los primeros tienen un contrato laboral (del cual se deriva un régimen de responsabilidad específico) y los segundos desarrollan un vínculo en cumplimiento de un deber constitucional (CE, 2007, 2009b y 2010).

En términos generales, el Consejo ha dicho que frente a la relación de especial sujeción que se establece entre soldados conscriptos y el Estado, en debates sobre perjuicios se debe aplicar el régimen de responsabilidad objetiva, en el que procede la teoría del riesgo excepcional (tratándose de actividades o elementos peligrosos como armas, uso de vehículos y relacionados) o del daño especial cuando haya un desnivel en las cargas públicas que el ciudadano debía soportar (CE, 2007); puede configurarse el tipo subjetivo de imputación de responsabilidad patrimonial estatal denominado falla probada o del servicio cuando por errores de la administración —activos u omisivos—, o por un deficiente funcionamiento del servicio, se produzca un daño; es posible que el Estado se exima de responsabilidad solo cuando concurra causa extraña, culpa exclusiva de la víctima o de un tercero (CE, 2009b; 2010).

Lo anterior es importante en tanto el CE señala que las cargas que deben soportar los conscriptos son “aquellas limitaciones o inconvenientes inherentes a la prestación del servicio militar obligatorio, como la restricción a los derechos fundamentales de locomoción, libertad, etc.”; las situaciones de amenaza o lesiones a la vida o integridad de los conscriptos quedan en el ámbito de daño antijurídico (art. 90 constitucional) “por cuanto en dicho caso, el soldado conscripto no comparte ni asume ese tipo de riesgos con el Estado” (2007).

versa sobre un soldado campesino agredido por insurgentes mientras se encontraba en una casa realizando labores de contrainteligencia, resultando lesionado; por su parte la importante decisión de 2009b refiere un contingente cambio de fusiles — que se supone debían estar descargados— entre dos soldados, donde uno de ellos accidentalmente se dispara, causándose su muerte; se condena a la Nación por falla del servicio al omitir verificarse la inocuidad de las armas. La sentencia de 2010, la única en la que se niegan las pretensiones por no haberse probado el nexo causal, se refiere a un entrenamiento de polígono, donde un soldado le ocasiona accidentalmente la muerte a un compañero; en la sentencia de 2011 se condena a la Nación por la perturbación funcional de un miembro inferior de un soldado regular, que se ocasionó por el disparo que —tras un enfrentamiento verbal— hizo un compañero de cuartel, y en la decisión de 2012 se condena a la Nación y se la responsabiliza del secuestro de un soldado regular en la toma a la base militar Las Delicias.

Se concluye entonces que el riesgo de la vida e integridad de los soldados no debe suceder en la prestación del servicio militar obligatorio. Pero, ¿cómo entender esto en un conflicto armado donde soldados regulares participan activamente en las confrontaciones armadas?

Desde 1989,⁵² el Consejo de Estado ha reiterado su jurisprudencia (2002, 2004, 2009a, 2009b) señalando que “cuando una persona ingresa al servicio militar en buenas condiciones de salud debe dejar el servicio en condiciones similares”, radicándose en cabeza del Estado un deber de vigilancia y seguridad de los soldados conscriptos, en la medida en que se trata de personas que se encuentran sometidas a su custodia y cuidado, y no estarían obligadas a “sacrificar su vida, en beneficio de una causa que atañe a toda la comunidad” (CE, 2002).

Estos pronunciamientos conllevaban las siguientes conclusiones: i) el servicio militar obligatorio implicaría limitaciones al ejercicio de algunos derechos, y un deber constitucional que no consiste en poner en riesgo la vida o la integridad de los soldados; ii) por lo tanto los conscriptos deben culminar su servicio en iguales condiciones a las de ingreso, y si ello no sucede, iii) sería deber de la Nación responder patrimonialmente por los daños antijurídicos ocasionados, en un régimen de responsabilidad patrimonial extracontractual, bien sea por imputaciones objetivas (daño especial, riesgo excepcional) o subjetivas (falla probada). Con lo que el mensaje que se enviaba a las Fuerzas Militares no era una prohibición directa de enviar jóvenes recluidos forzosamente a combates, sino advertirles las consecuencias que podrían derivarse de los daños allí originados.⁵³

Este panorama se agudiza y delimita con las sentencias que dicha corporación emitió en 2009 (2009b) y 2012; en la primera se dice que constituye falla del servicio el incumplimiento del Estado de la prohibición de destinar soldados conscriptos al conflicto armado:

Para la sala, la responsabilidad de la Administración se encuentra comprometida a título de falla en la prestación del servicio, en tanto los

52 Sentencias del 3 de marzo de 1989, expediente 5290, y del 25 de octubre de 1991, expediente 6465, citadas en CE, 2002.

53 CE, 2004: “No obstante, cuando como consecuencia de la prestación del servicio el conscripto se vea obligado a comprometer su vida e integridad personal para asegurar el bienestar común, surge el deber a cargo de la administración de repararlo, toda vez que en esos eventos se presenta un rompimiento del equilibrio frente a las cargas públicas”.

soldados reclutados en calidad de conscriptos deben recibir instrucción para realizar actividades de bienestar social en beneficio de la comunidad y tareas para la preservación del medio ambiente y la conservación ecológica,⁵⁴ *de suerte que a éstas actividades deben ser destinados los jóvenes que prestan el servicio militar obligatorio en cualquiera de sus modalidades*, por ende, someterlo a desarrollar tareas de inteligencia táctica de combate, tendientes a identificar a los adversarios o potenciales adversarios, su capacidad de ataque y centros de arremetida o cualquier otra forma de exponerlos al fuego del adversario constituye una falla en el servicio por la inobservancia de una obligación legal que implica el surgimiento de la responsabilidad de la administración determinado en el incumplimiento del contenido obligacional de protección que tiene el Estado en relación con los conscriptos (CE, 2009b).⁵⁵

Así, expresamente se prohíbe que los soldados conscriptos en cualquier modalidad puedan ir a combate o ejercer actividades relacionadas con el conflicto armado. A diferencia de la postura de la Corte Constitucional que, como se vio, permite que los soldados regulares (y los demás, después de recibir *adecuado* entrenamiento) participen en las confrontaciones bélicas; el Consejo de Estado con esta decisión niega dicha posibilidad, e interpreta el parágrafo 2 del artículo 13 de forma extensiva.

El Consejo de Estado destaca también que en casos de responsabilidad derivada de la participación obligatoria en el conflicto armado, como los que analiza, no puede tampoco aducirse como “culpa de un tercero” los ataques de la insurgencia u otros grupos alzados en armas, pues “si bien es cierto el tercero tuvo participación en la causación del hecho dañoso, la administración debió haberlo evitado, absteniéndose de exponer al soldado al fuego del adversario” (CE, 2009b).

En el año 2012 insiste en ello, al señalar que las confrontaciones propias del conflicto armado hacen que el Estado tenga una obligación o deber positivo de protección especialmente frente a los conscriptos. Para el caso concreto de la toma de la base militar Las Delicias por guerrilleros de las Farc, señala el Consejo de Estado que “hay pruebas suficientes para acreditar la omisión de prevenir o atender adecuadamente la situación de riesgo objetivo creada por el *Estado*, al permitir un resultado dañoso como

54 Parágrafo 2.º del artículo 13 de la Ley 48 de 1993. Cfr. Numeral 3.

55 Se agregaron las cursivas.

el ocurrido en la toma de la Base Militar de las Delicias”, y continúa para fundamentar la responsabilidad estatal:

[...] habida cuenta que se trató de un soldado regular, frente al cual el Estado, como se indicó en precedencia, se encuentra en una relación de especial sujeción, circunstancia que lo hace responsable del daño padecido por el actor, toda vez que —se reitera—, en virtud de dicha relación, al Estado corresponde asumir la seguridad de los soldados que presten servicio militar obligatorio (CE, 2012).

Las reacciones del Ministerio de Defensa y del comandante de las Fuerzas Militares fueron rápidas, y denotan la dimensión de la participación de los soldados conscriptos en la guerra. Se dijo en el año 2009 que la decisión del Consejo de Estado (2009b) era *fatal* para la política de seguridad, en tanto sin los reclutados forzosamente la fuerza pública no tendría capacidad para combatir a los grupos armados. El general Freddy Padilla de León, entonces comandante de las Fuerzas Militares, sostuvo que “Si es lo que dicen los medios de comunicación, estamos hablando que el 76,42% del Ejército y el 50% de la Armada quedaría sin operar. Esto ocasionaría una catástrofe” (El País, 2009).

Por su parte Francisco Santos, vicepresidente de la época, se atrevió a dar cifras:

Actualmente el Ejército tiene 103.616 soldados regulares y bachilleres; 25.202 soldados campesinos y 85.056 soldados profesionales. Los que quedarían fuera serían 128.818 hombres, que están encargados de la protección de viaductos, oleoductos, torres de energía, cabeceras municipales y cascos urbanos de zonas de orden público (El Tiempo, 2009).

Considerando que en el año 2009 el total de las Fuerzas Militares era de 279.544 integrantes,⁵⁶ y el de la Policía, 146.811 miembros, puede concluirse que gran parte de la fuerza pública estaba integrada por jóvenes recluidos obligatoriamente. Para el 2013 se tuvo que el total de la fuerza pública estaba conformada por 431.419 uniformados, de los cuales 189.159 eran soldados en las Fuerzas Militares, sin que pudiera establecerse a través del informe del Ministerio de Defensa cuántos estaban prestando servicio mi-

56 Esto es, el Ejército, la Armada y Fuerza Área. Estas cifras y las posteriores relativas al número de integrantes de la fuerza pública se toman del informe del Ministerio de Defensa (MD) “Logros de la Política integral de Seguridad y Defensa para la Prosperidad –PISDP”, junio de 2013.

litar obligatorio (MD, 2013: 71-74). Para 2014, según cifras del Ministerio de Defensa, citado por el presidente Juan Manuel Santos, había 80.000 individuos prestando servicio militar en el Ejército, 40.000 en la Fuerza Aérea, y cerca de 30.000 en la Policía, para un aproximado de 150.000.⁵⁷

Es posible afirmar que las Fuerzas Militares, y específicamente el Ejército, continúan enviando a combate a los jóvenes reclutados, o imponiéndoles obligaciones relacionadas directamente con el conflicto armado; ello se evidencia con los numerosos registros de prensa sobre soldados regulares, bachilleres o campesinos muertos en combates o en actividades relacionadas con el conflicto,⁵⁸ contraviniéndose así el parágrafo 2 del artículo 13 de la Ley 48 de 1993, el derecho a la igualdad de tratamiento para los soldados regulares y campesinos en relación a los soldados bachilleres —que, como ha insistido la Corte Constitucional, no pueden ir a combates—, y las prohibiciones expresas del Consejo de Estado. Lo que, por lo trágico de los hechos, despierta, además de dolor, la indignación derivada del sentimiento de injusticia que nace de constatar que miles de jóvenes son desarraigados de su entorno, depositados y confinados militarmente, y compelidos a participar en confrontaciones armadas para las que no están preparados ni psicológica, ni físicamente.

2. Legitimidad del Estado colombiano: debates teóricos

La pregunta por la legitimidad es la pregunta por la identidad, por el poder y las relaciones sociales en el amplio sentido de término, por la nación y por el Estado y por la violencia, así se origine de causas complejas y se lleve a cabo por agentes múltiples movidos por intereses muy disímiles, es siempre el resultado de la pérdida de poder, de deslegitimidades estructurales y coyunturales, de carencia de consensos y de ejes desestructurantes sociales y políticos.

(Uribe, 1993: 88).

57 Esto según declaraciones hechas en Noticias Caracol, emisión del 4 de junio de 2014, audio disponible en: <http://www.noticiascaracol.com/nacion/apenas-termine-el-conflicto-se-eliminara-servicio-militar-obligatorio-santos>

58 Entre otras notas de prensa, véanse al respecto: El Tiempo, 2011 y 2012.

Múltiples son las investigaciones y los enfoques analíticos que se han elaborado sobre el Estado. Estas reflexiones han sido protagonistas de muchas disciplinas, y durante largo tiempo asociaron el fenómeno de lo político con lo estatal (Bobbio, 2003: 91). Las perspectivas de análisis son tan vastas que abarcan desde la teoría política (Maquiavelo, Schmitt, Freund), la economía (Marx, Poulantzas), la sociología histórica (Weber, Elias, Tilly), la filosofía política (Rousseau, Hobbes, Rawls, Walzer), el derecho (Kelsen, Pashukanis), entre otras disciplinas. Este panorama ha incidido en los análisis hechos en Colombia sobre el Estado y su “crisis”.

Los abordajes se han realizado desde diversas perspectivas como el materialismo histórico (o análisis estructurales del Estado), la sociología (enfoque socio-genético o de construcción del Estado), desde la perspectiva de Estados fallidos o fracasados, desde la antropología o estudios culturales; enfocados en la identidad y la cultura, entre otros (Orjuela, 2010: 37).

De igual forma, las preguntas que se intenta resolver desde cada disciplina son disímiles: algunos textos se preguntan por la crisis de la justicia y el socavamiento del Estado de derecho, otros por la estructura de proto o paraestados que le disputan el poder al Estado central,⁵⁹ y otros por la relación entre guerra, derecho y Estado, etcétera.

Así mismo, las discusiones sobre legitimidad del Estado (y sobre el concepto mismo de legitimidad) son variadas; en primer lugar, la pregunta por la legitimidad estatal es la pregunta por la justificación del orden político y jurídico, más allá de la legitimidad de los gobiernos: es una pregunta sobre por qué la dominación se basa en algo distinto a la coerción, o en otras palabras, qué es lo que a la vez le da estabilidad a un orden político. Esta legitimidad sería vertical (o de origen) en tanto se relacione con la lealtad de sus miembros a la idea de Estado y a sus instituciones, y horizontal si el orden político logra que la comunidad comparta la idea de Estado, sin que hayan grupos excluidos (o que se sientan tal en la comunidad), ni intolerancia política o cultural (Mosálve, 2003: 15-35).

Siguiendo a Mosálve Solórzano (2003: 18-31), la pregunta por la legitimidad puede desarrollarse: i) siguiendo un modelo ideal —el Estado mo-

59 Paraestados “entendidos como grupos menores que, mediante el uso de las armas o de su amenaza son, normalmente capaces de tomar e imponer decisiones a una población menor, socialmente asentada dentro de un espacio geográfico jurisdiccionalmente adscrito al territorio del Estado mayor” (Atehortúa y Vélez, 1994: 213).

dero fruto del capitalismo como el modelo más “racional” de ejercicio del poder—, donde la ausencia de sus características implica ilegitimidad (perspectiva normativa); ii) desde un enfoque descriptivo o empírico, donde se constatan los déficits de legitimidad y, iii) desde una teoría mixta que entienda la legitimidad como legalidad, donde el orden sería legítimo por justificaciones morales, o por aceptación, y lo ilegítimo estaría representado en ausencia o retiro de consentimiento; así mismo, la legitimidad podría analizarse desde el neomarxismo con una crítica general al régimen democrático (Leal, 2010: 43), o desde el análisis de los síntomas o indicadores del “deterioro y descomposición del Estado” (Bejarano y Pizarro, 2010: 383).

La opción analítica que se adopta aquí se acerca al numeral ii, en tanto parte de reconocer la guerra (específicamente el conflicto armado interno) como un factor importante en la construcción del Estado colombiano (cfr. 2.3), que a la vez mina o afecta su legitimidad, pues la presencia estatal en muchas regiones del territorio que pretende dominar es precaria, porque las dinámicas bélicas han forzado, sí, un espectro mayor de presencia estatal, pero solo en términos de instituciones militares, no como institucionalidad abocada a la satisfacción material de derechos y garantías —fines del Estado en el discurso liberal— ni a la construcción de ciudadanía; pero a la vez se aborda (cfr. numeral 2.4) el discurso de legitimidad normativo propio del liberalismo político por ser el usado por la Corte Constitucional en el tema propuesto aquí. Así mismo, el concepto de Estado utilizado en estas páginas se refiere más al entramado de relaciones e instituciones, que a nociones de identidad o comunidad política imaginada.⁶⁰

En las siguientes secciones se hará una presentación de las discusiones sobre conflicto armado y crisis de legitimidad estatal, y sobre su contraparte, la construcción de Estado a partir del conflicto armado. Antes de eso se presenta brevemente el debate sobre crisis de estatalidad o crisis colombiana en general, donde se recopilan muchas de las críticas que se han emitido contra el sistema político colombiano, sus instituciones y su formación. Para cerrar este capítulo e introducir el próximo se hace una breve mención al discurso de legitimidad desde el liberalismo político, in-

60 Las siguientes líneas, entonces, como acercamiento exploratorio al problema de la legitimidad estatal en Colombia, no presentarán la discusión entre identidades, Estado e integración cultural. Para esta perspectiva de análisis véase el artículo de Ingrid Bolívar, “Identidades y Estado: la definición del sujeto político” (2006).

sistiendo en que su estudio no es el objeto de este texto, pero puede servir para comprender algunos acápite posteriores, específicamente el relacionado con la justificación que la Corte Constitucional hace del servicio militar obligatorio.

2.1 La “crisis” del Estado colombiano

Desde la independencia misma de lo que hoy se denomina Colombia han existido en el país cruentas guerras civiles que denotan las tensas relaciones entre las regiones y el centro, y entre las facciones de poder o partidos políticos (Tirado, 1995: 11). Estos enfrentamientos que han llevado hasta el exterminio de los adversarios políticos, se han combinado históricamente con diferentes procesos, interfiriendo entre sí, donde las causas, actores y mecanismos se entretajan, permitiendo que algunos autores denominen a estos procesos como “violencia generalizada”, la cual estaría relacionada “con la imposibilidad de consolidar la concepción de un orden social unificado” (Pécaut, 2003: 19-32), y donde acudir a ella sería “uno de los recursos más corrientes que se encuentran a disposición de los actores en el conjunto de sus estrategias de transacción”, en el marco de una sociedad fragmentada, excluyente, desigual y con desconfianza frente a la estatalidad (102).

La violencia ha sido una de las primeras características que se reseñan para hablar de “la crisis”, o las crisis del Estado en Colombia. Crisis que abarcaría ejes como el déficit de representatividad política, la desigualdad social, la ausencia estatal en regiones geográficamente aisladas del centro del país, la tenencia de tierra por latifundistas y ganaderos, los problemas de funcionamiento del aparato judicial, la existencia de redes clientelares, la falta de una amplia y efectiva política social, la impunidad, el constante uso de los Estados de excepción, la utilización del derecho como herramienta de guerra, y el conflicto armado interno, por mencionar algunos de los problemas que al respecto ha abordado la academia (Orjuela, 2010: 24-35). Con base en los análisis de los anteriores fenómenos se ha dicho que en Colombia hay un derrumbe, colapso, déficit, debilidad o ilegitimidad estatal, al asumirse la violencia como resultado de la precaria o ausente consolidación estatal (Leal, 2010: 62; Blair, 1999: 19-90).

Entre los fenómenos de crisis se encuentra la denominada “crisis de representatividad” derivada históricamente de la exclusión que el biparti-

dismo produjo en el espectro electoral del país, y en los llamados—desde púlpitos, medios de comunicación, representantes de los partidos— a rechazar a quienes proponían alternativas a la tradición política del país; tras las guerras bipartidistas siguió el discurso del enemigo comunista que quería desolar el país, y que se usaría para descalificar y perseguir a los disidentes; desde entonces este discurso subsistiría, y marcaría rasgos de exclusión y maniqueísmo político que aún persisten (Blair, 1999: 89). Al respecto, Guido Piccoli señala:

Ambos partidos —liberal y conservador— practicaban la táctica política de la exclusión del adversario, que podían realizar de manera despiadada el uno contra el otro, pero que los unía cuando algún grupo político o social ponía en peligro sus privilegios (2005: 33).

De igual manera, este déficit se destacaría

[...] porque el Estado no es eficiente ni eficaz para responder demandas sociales, carencias tradicionales y porque la institución estatal resulta incapaz —carente de poder— para realizar las reformas político-institucionales y sociales que se requieren para responder de alguna manera a esas demandas (Uribe, 1993: 72).

A la vez, fenómenos como el genocidio de la Unión Patriótica, el proceso 8.000,⁶¹ la infiltración del paramilitarismo en el Congreso, el asesinato de líderes sindicales y campesinos, son solo ejemplos que sugieren que la crisis de representación y participación en el país está vigente, pese al impulso renovador que significó la Constitución de 1991. Los problemas de corrupción, clientelismo, abstencionismo electoral y ausencia de garantías para una oposición que pueda defender intereses diferentes a los de las democracias, también han sido síntomas por los que se acusa al Estado colombiano de ilegítimo (desde una perspectiva crítica, Posada, 2003: 15).⁶²

61 Proceso 8.000 se denominó al proceso, muy mediático, referido a la financiación de la campaña presidencial de Ernesto Samper Pizano en 1994 por parte de la organización narcotraficante “Cartel de Cali”.

62 Posada Carbó, en una postura cuestionada aquí, quiere refutar esta crítica (y la idea de ilegitimidad estatal en Colombia) señalando la tradición electoral del país, y recalcando que *sólo* una vez (1953) el poder ha estado en manos de militares (2003: 15); así mismo, resalta el “valor democrático” del Frente Nacional fruto de la *flexibilidad de su funcionamiento* (16); llama la atención sobre la elección popular de alcaldes, la descentralización, la existencia de un congreso y las elecciones presidenciales (17); en este sentido, en Colombia no habría un Estado carente de legitimidad sino una “democracia acorralada” (19). El polémico texto de Posada sostiene incluso que afirmar

Siguiendo el esquema usado por Posada Carbó, para fundamentar la idea de ilegitimidad estatal suelen esgrimirse en segundo lugar argumentos relativos al incumplimiento de la función de garantía de seguridad propia de los Estados modernos, lo que conllevaría a una desconfianza ciudadana hacia el Estado (2003: 21-23) en tanto el monopolio de la fuerza se asume como una característica de los Estados modernos, que se instituirían, en teoría, precisamente para frenar las violencias y garantizar una serie de derechos y libertades, donde la carencia de dicho monopolio implicaría, cuando menos, debilidad estatal.

La presencia del prolongado conflicto armado, la violencia urbana,⁶³ y en su época la violencia del narcotráfico, estarían en el epicentro de este cuestionamiento, con las correlativas violaciones de derechos humanos que implican; a modo de ejemplo, baste decir que para diciembre del año 2013 se estimó en 5.185.406 el número de víctimas de desplazamiento forzado en el país,⁶⁴ en un conflicto que tiene como característica el ser “una guerra por el control territorial y, en el caso de los grupos paramilitares, el control de las tierras cultivables” (CII, 2005: 25).

En las dos siguientes secciones se presenta el debate sobre ilegitimidad o precariedad del Estado en Colombia a partir de la existencia del conflicto armado; ello en cuanto se propone este marco teórico para cuestionar la decisión estatal, tan vital, de compeler a los ciudadanos de ir a la guerra, incluso cuando la categoría misma de ciudadanía es ampliamente cuestionada en este contexto de guerras y exclusiones.⁶⁵

la ilegitimidad del Estado por los problemas de inseguridad que se derivan del conflicto armado y las violencias urbanas implica legitimar a los grupos violentos (2003: 23), lo que refleja el maniqueísmo y la polarización que existe incluso en la academia.

63 Al respecto, para el caso de Medellín véase el texto del Observatorio de Seguridad Humana (2012), *Control territorial y Resistencias: una lectura desde la Seguridad Humana*.

64 Esto según datos de Acnur y del Centro de Seguimiento para los Desplazados Internos (El Espectador, 2015). Esta cifra equivale a más del doble de la cantidad actual de habitantes de la ciudad de Medellín.

65 Esclarecedora es al respecto la obra de la socióloga María Teresa Uribe de Hincapié (2001).

2.2 Estado y unidades políticas con pretensiones soberanas⁶⁶

Como se ha señalado, las consideraciones sobre legitimidad estatal en Colombia pasan necesariamente por considerar la existencia del prolongado conflicto armado interno, y las implicaciones de su existencia. En rigor, ello exigiría abordar discusiones sobre soberanía, nación, identidades e integración política; lo que por razones de extensión y por alcances de este trabajo no es posible realizar en este espacio, que propone apenas el contexto para pensar las justificaciones posibles —o no— para la obligación militar en el país.

Se ha dicho que la vastedad del territorio en Colombia significó, históricamente, que la presencia institucional del Estado se diera solo en ciertas regiones, y de manera fragmentada. En tanto existen regiones por colonizar o de colonización reciente (zonas de frontera agrícola abierta), se dificulta la presencia del Estado como actor de poder regulador de la vida social; ello, unido a una geografía que dificultaría y encarecería la penetración del Estado, explica, en parte, la ausencia del mismo —representado en sus instituciones— en muchas regiones (Bolívar, 2010: 294-297).

Paul Oquist en un texto de 1978 sostenía, a propósito de su tesis sobre *el derrumbe parcial del Estado* colombiano, que “la quiebra de las instituciones políticas, la pérdida de legitimidad del Gobierno, la insuficiencia en la capacidad de represión y el surgimiento de grupos de guerrillas liberales” conllevaron a que el Estado dejara de tener presencia física en vastos territorios (2010: 198). Sin embargo, un repaso por los procesos de colonización y configuración territorial de regiones tan extensas como la Amazonía conducen a afirmar lo contrario,⁶⁷ esto es, que en regiones de histórica ausencia estatal, con presencia de comunidades aborígenes, es donde se inician los procesos de poblamiento denominados colonización

66 El término Unidad Política se retoma del texto de Carl Schmitt (1963) referido a aquellos órdenes capaces de determinar un enemigo ante la eventualidad (con respaldo material en términos de recursos y capacidad militar) de hacer la guerra.

67 Así también Atehortúa y Vélez, quienes afirman: “Si bien las diferentes interpretaciones sobre las raíces históricas de la crisis del Estado la leyeron en relación con los fenómenos de violencia o asociada al estrechamiento del régimen político o ligada a ambas situaciones, como denominador común, no es que la dinámica de la violencia haya desencadenado la crisis del Estado o que haya provocado el estrechamiento del régimen político sino que, más bien, el Estado en crisis la facilitó (Oquist, Pécaut) o no pudo evitarla dada su precaria presencia (Ortiz) o la impulsó debido al estrechamiento progresivo del régimen político” (1994: 213).

y derivados, en la región al menos, de la explotación de recursos naturales, con renovaciones periódicas derivadas de las dinámicas extractivas de la zona.⁶⁸

Los procesos de colonización de zonas de frontera son importantes en tanto es allí donde la formación de Estado ha tomado caminos diferentes a los de la institucionalidad y las normas que caracterizarían, al menos formalmente, el orden político urbano. Los márgenes, el mundo de *lo rural*, ha sido el epicentro del conflicto armado en Colombia, incluso aunque las guerrillas activas hayan establecido redes de afinidad y apoyo en algunas ciudades (Pécaut, 2003: 47).

De hecho a los territorios de llegada de las guerrillas de los años 50 se les denominó “repúblicas independientes” para señalarlos como lugares donde no llegaban el control ni la regulación estatal; esos lugares, que en sus discursos las guerrillas denominaron “la otra Colombia”, a la vez que han sentido la violencia y crudeza del conflicto armado, experimentan dinámicas sociales y culturales que los alejan o diferencian de los procesos de estatalidad de las regiones centrales del país.

Al respecto, señala María Teresa Uribe:

Estos territorios vastos fueron los espacios del no poder, de la ausencia institucional y también de los sucesivos contrapoderes que desde propuestas alternativas han intentado cambios radicales de diferente corte: los derrotados en las guerras civiles, los perseguidos por la justicia, los que se rebelaron contra las imposiciones de un orden autoritario, los que tenían formas de vida y comportamiento sancionadas por la ley o las costumbres; en fin, estos territorios vastos que todavía existen en Colombia, han sido el espacio del *otro*, del excluido; en ellos el Estado, la ley y las instituciones no han sido referentes de identidad y, por el contrario, una historia ancestral de exclusión ha permitido la formación de órdenes normativos y sistemas de valores paralelos y a veces antagónicos a los que rigen institucionalmente, continuando, aunque de otra manera, el proceso de fragmentación territorial (2001: 50).

De hecho, así como en esos territorios han producido identidades a partir de la exclusión, también se dice que desde la exclusión, o por ella, la violencia se encuentra como fórmula de reivindicación de muchos intere-

68 Al respecto véase *La Amazonia colombiana urbanizada. Un análisis de los asentamientos humanos*, de Oscar H. Arcila (2011).

ses: la violencia como *el* mecanismo de intercambio e interlocución con el Estado, como una forma de integración nacional, un método para tener lugar en el orden político (Blair: 1999: 8; Leal, 2010: 62).

Esto habría implicado, bien la pérdida de soberanía interna (como monopolio de la violencia) del Estado, o la imposibilidad de su configuración, donde sus adversarios se convertirían en aspirantes a Estados o protoestados (en el caso de los paramilitares “Estado sustituto”) capacitados para brindar servicios como la justicia y la seguridad (Bejarano, 2010: 392). Un ejemplo de ello es la denominada “justicia guerrillera” cuando resuelve conflictos entre la población civil y regula la vida social o el control territorial (armado) de sus zonas de influencia (Molano, 2001: 333).⁶⁹

Lo anterior, sin embargo, no significa *per se* otorgarle legitimidad a las guerrillas por el hecho de ostentar elementos propios de poderes soberanos en ciertas regiones; por el contrario, ello denota que la soberanía se encuentra en disputa por los poderes de facto, por los órdenes de hecho, por las “soberanías en vilo” como las denomina María Teresa Uribe (2001: 242), las que en cualquier momento pueden cambiar de manos, a través del poder de las armas. De hecho, la existencia de un orden jurídico más o menos similar al del Estado en los grupos guerrilleros, así como la creación de “impuestos”, y la adopción de discursos (como el del Derecho Internacional Humanitario) propios del Estado central, implica el uso de herramientas de la estatalidad que ellos quieren tomar para sí (Bejarano, 2010: 395).

La presencia del Estado central, sus instituciones jurídicas y su burocracia en gran parte del territorio —en las grandes ciudades, en los centros industriales y comerciales del país—, sumado a su capacidad económica y al control de recursos naturales, el reconocimiento internacional como Estado soberano, y su sometimiento jurídico a normas del Derecho Internacional Humanitario, son elementos que indican la desproporción entre las fuerzas del Estado central y los protoestados o contendientes armados.

Ello, sin embargo, no atenúa el desafío que implica la existencia de contrapoderes; tampoco mengua la débil o selectiva presencia estatal en algunas regiones, su incapacidad para satisfacerle los derechos básicos a toda la

69 Véanse al respecto los textos de Alfredo Molano (2001) y Mario Aguilera Peña (2001).

población, o que su presencia lo configure muchas veces como *Estado agresor* en tanto su presencia es solo militar (Vásquez, 2006: 146).⁷⁰

Lo dicho en el párrafo anterior deriva en la afirmación de legitimidades cuestionadas tanto en el Estado central como en la insurgencia; en este sentido, la afirmación de Blair para fenómenos de los años 90 aún resulta vigente:

La consecuencia [de la ausencia de un orden normativo-simbólico que regule la vida de los ciudadanos] es la creación de formas alternas de referencia, que construyen sus *propias legitimidades*: la guerrilla aduce la estrechez del régimen político; los paramilitares la inoperancia del Estado en su lucha contra la guerrilla; los sicarios, su derecho a “ganarse la vida”; las milicias populares, la defensa de las comunidades amenazadas por el sicariato. Este es entonces un proceso de atomización de los intereses colectivos. Un proceso de *individualización* de valores o propósitos particulares típico de sociedades en Estado de anomia (19-20).

Proceso y condiciones de legitimación que más allá de llevarnos a tomar partido deberían servir para preguntarnos, de acuerdo con el discurso y las prácticas de la unidad política que define el servicio militar obligatorio, si los fines declarados del Estado colombiano —y como se dijo, cumplidos de manera diferenciada en las diversas regiones del territorio nacional— en un contexto de soberanías disputadas, pueden sostener o no la obligación de sacrificar hasta la vida por la defensa de un orden que históricamente se ha cuestionado. O dicho de otro modo, si la obligación de tomar partido en la guerra —aunque esté consagrada constitucionalmente—, con la posibilidad misma de la muerte, es coherente con los fines del Estado (la preservación de derechos y libertades, siendo el más importante

70 “El principio de identificación entre pobladores y grupo armado, ese *nosotros* territorial y societal, se refuerza por las acciones de la contrainsurgencia militar, pues las fuerzas armadas del Estado llegan a estas áreas como a un territorio enemigo y sus prácticas bélicas se asemejan más a las de un ejército de ocupación en un país extranjero en donde cada habitante es un enemigo potencial, que a las de un organismo representante del poder público y de la soberanía de la propia Nación. De esta manera, la acción contrainsurgente contribuyó a acentuar pertenencias y lealtades con los grupos insurgentes, a reforzar hostilidades y diferencias con lo institucional, a incrementar las desconfianzas, los temores y el *animus belli* de los habitantes de las zonas en conflicto y a que los órdenes alternativos se fueran consolidando” (Uribe, 2001: 38).

la vida —sin la cual ningún otro derecho tiene sentido—, y de un orden jurídico al servicio de los mismos).⁷¹

La postura adoptada aquí es de rechazo a esta afirmación, en tanto un Estado que se dice social y democrático de derecho, por su tradición liberal incluso, tiene como fundamento o *razón de ser* al individuo y sus derechos, y por ello sacrificarlos en nombre de la integridad territorial contradice su presupuesto básico y su límite prístino: la vida del individuo.⁷²

2.3 El Estado colombiano como Estado en construcción

Los supuestos teóricos del Estado moderno, específicamente bajo los postulados del liberalismo político, asumen que la violencia o la guerra son reductos feudales de carácter no civilizado; esto debido a la narrativa lineal o evolucionista que se ha hecho de la modernidad como época libre de

71 Señala el artículo 2, principio fundamental de la Constitución de 1991: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

72 Incluso en un orden político no liberal —donde la soberanía es absoluta e ilimitada— como el propuesto por Hobbes, se tiene que hay tres situaciones que no se pueden conferir mediante pacto, y ante las cuales el súbdito puede —de hecho, mas no de derecho— desobedecer, ellas son 1. “Si el soberano ordena a un hombre (aunque justamente condenado) que se mate, hiera o mutile a sí mismo, o que no resista a quienes le ataquen, o que se abstenga del uso de alimentos, del aire, de la medicina o de cualquiera otra cosa sin la cual no puede vivir”; 2. el mandato de autoincriminación y, el punto que nos interesa, 3. cuando se obligue por razón del pacto a suicidarse o a matar a otro hombre, sin que la negativa frustre la finalidad por la que se instituyó al soberano (Hobbes, 2007: 177). En esta situación es un *derecho* la desobediencia, aunque tendría como consecuencia casi segura la persecución por parte del soberano, quien “dispondría” del súbdito como quisiera, cobrando nuevamente vigencia la posibilidad de castigo o muerte en el seno de la comunidad política. Un Estado como el colombiano, no solo con derecho, sino de derecho (regido y limitado por las normas jurídicas) no puede adoptar para sí este razonamiento, menos si la integridad territorial y sus pretensiones de soberano único pueden respaldarse de diversas maneras, en el peor de los casos siguiendo la lógica belicista que ha regido el poder político en Colombia durante décadas, incentivando la vinculación profesional de soldados.

violencia, lo que, paradójicamente, contrasta con el fragmentario y contingente desarrollo histórico de la misma en países europeos; discurso que explica la violencia en el siglo xx en términos de lucha entre la democracia y los autoritarismos (Joas, 1996: 37-41).

Aunque los órdenes políticos dominantes nieguen la presencia de violencia en su seno (debido a su pretensión monopolizadora de la misma), la guerra —el poder de las armas— está en la base del ordenamiento jurídico y político de la modernidad, y en el ideal de los órdenes políticos que aspiran a ella.

Que la guerra crea Estados, y la legalidad la impone el vencedor de procesos bélicos contingentes, es un argumento que desde la sociología histórica han trabajado autores como Charles Tilly (2006: 2); este autor ha sido retomado para el análisis del caso colombiano por investigadores como Elsa Blair (1999), María Teresa Uribe (2001), y los investigadores del Cinep Fernán González, Íngrid Bolívar y Teófilo Vásquez (2004), para quienes la dinámica del conflicto armado colombiano denota un proceso de contracción y formación de estatalidad, y no es algo externo al Estado.

Este tipo de análisis se caracterizan por considerar, además de las posibles causas estructurales de la violencia, elementos subjetivos; esto es, por asumir al Estado no solo como un conjunto de instituciones sino como una construcción ideológica y cultural. De la misma manera, la mirada a las zonas excluidas tradicionalmente de la presencia institucional del Estado es una constante en ese tipo de estudios, donde las discusiones sobre la configuración de nación (identidades, integración política y cultural, referencias a una comunidad imaginada), la ciudadanía y su ejercicio son temas centrales (Uribe, 2001: 12-15).

Las propuestas de análisis subjetivos del conflicto armado y del Estado (Blair, 1999; Vásquez, 2006; Bolívar, 2006) son importantes en este eje de análisis del conflicto que la academia ha desarrollado. Aceptar la invitación y dar el “giro de la mirada” hacia las comunidades, individuos y subjetividades, en relación con la formación de identidades políticas y del Estado como “revoluciones culturales” (Bolívar, 2006: 41) brinda elementos de análisis que enfatizan en la necesidad de considerar las subjetividades de algunos grupos, ya que subsanar condiciones estructurales de violencia y desigualdad social no sería, por sí mismo, una garantía de superación de los conflictos (Blair, 1999: 186).

El trabajo de los investigadores del Cinep parte del reconocimiento (sustentado en datos empíricos y trabajo de campo) de la presencia diferenciada del Estado colombiano; esto es, presencia estatal más o menos plena en ciudades, presencia institucional en algunas regiones,⁷³ y ausencia de estatalidad institucional pero presencia de la idea de Estado en otras. Así mismo, se reconoce el poder fáctico de grupos armados (Farc, ELN y AUC, para la época) en vastos territorios, específicamente rurales, que constituirían órdenes alternativos, protoestados o poderes paralelos (González, Bolívar y Vásquez, 2004: 197-250).

Desde esta perspectiva, Ingrid Bolívar (2010: 276) señala que el sentido de la violencia estaría dado como instrumento de integración nacional, a través del cual se definirían los límites territoriales y los poderes regionales, junto a las identidades locales, siendo entonces la violencia un momento de relaciones sociales constitutivas, que no solo destruye y debilita, sino que construye. En este sentido, “el conflicto armado interno refleja los problemas de los esfuerzos estatales por expandir su dominación territorial, por controlar la vida de algunos sectores frente a ella” (Bolívar, 2010: 301).

Fernán González (2004: 42), siguiendo a Norbert Elias, también retoma el proceso de construcción del Estado nacional como el resultado de dinámicas de integración regional y de estratos sociales que se dan a través de conflictos; bajo ese prisma lee las guerras civiles y el conflicto armado en Colombia. La creación de los partidos políticos como un referente anterior al concepto mismo de nación y “como federaciones de poderes locales y regionales”, serían parte de la precariedad del Estado que, según el autor, se caracterizaría por la inexistencia de un pleno monopolio de la justicia y la coerción legítima, por la fortaleza de poderes locales y regionales desde la colonia, posteriormente por la fragmentación élites regionales, por la incapacidad estatal para financiar una burocracia racional o unas prestaciones cercanas a un Estado de bienestar, por rasgos oligárquicos y excluyentes de las élites de poder, por la existencia de “soberanías fluidas”, por la crisis de representación política, entre otros elementos del orden sociopolítico vigentes en el país desde el siglo XIX (González, 2010: 318 y ss.).

73 Presencia que en algunas regiones es indirecta, es decir, a través de partidos políticos, Iglesia, élites regionales o redes clientelares (Vásquez, 2006: 146).

Esta mirada insiste en asumir el conflicto armado, no desde el quiebre que representa para un Estado modélico que alguna vez tuvo para sí el monopolio de la fuerza, sino desde procesos por hacerse con la soberanía en disputa, por el control de los recursos, y específicamente por el de la seguridad, donde todos los actores en el conflicto constituirían órdenes de facto y tendrían, a su vez, pretensiones soberanas; estos poderes reivindicarían en los territorios su dominio, el control institucional de los bienes públicos, así como de los habitantes, en lo que se denomina “soberanías en vilo”, propias de zonas rurales sin presencia estatal. Esta postura reconoce claramente el papel de la guerra como constructora de derecho y de Estado:

Lo que muchas veces se olvida es que si bien los regímenes democráticos tienen como precondition la soberanía del Estado, la construcción histórica de ella tiene poco que ver con la democracia y muchísima relación con la violencia y la sangre derramada (Uribe, 2001: 16).

Según esta perspectiva, la estatalidad en Colombia por un lado estaría disputándose la soberanía en algunas regiones a través de las armas, y en otras —especialmente en zonas urbanas— seguiría la lógica formal de Estados democráticos consolidados, a través de la existencia de un régimen constitucional y de instituciones públicas, donde se supone existe la domesticación de la violencia, y por ello se responde a los desórdenes a través del derecho penal, con un tratamiento de delincuentes a los infractores del ordenamiento jurídico, que se asume como base de pacificación y consenso social.

2.4 Estatalidad y discurso liberal

El acento positivo, la intensidad de la aprobación moral que los antiguos, paganos o cristianos, ponían en el bien, los modernos [...] lo ponen en el derecho, en el derecho del individuo. Este es el lenguaje y el “valor del liberalismo”.

(Manent, 1990: 68).

La búsqueda por los fundamentos del poder político (Rousseau, Locke, Hobbes, Berlin), junto a la discusión por el mejor régimen (Platón, Aristóteles, Strauss) y la separación de la política frente a otras áreas como la moral, la religión, la economía —lo que se ha denominado “realismo po-

lítico” — (Maquiavelo, Schmitt), han sido los problemas fundamentales de la filosofía política (Bobbio, 2003: 91; Strauss, 1999). La discusión sobre legitimidad o fundamentos del poder político es clave para comprender las construcciones teóricas del contractualismo, y específicamente del liberalismo político, que es, ante todo, un discurso sobre la legitimidad del poder político; en este sentido, es también una construcción sobre sus límites. La búsqueda primigenia de la teoría liberal se centra en los fundamentos racionales del poder para que, en lugar de ser dominación (poder sustentado solo en la fuerza), se constituya en legítimo mediante la aceptación;⁷⁴ ello conlleva, en la ficción metodológica de asociaciones o acuerdos propia del liberalismo político clásico, a una teoría de derechos y libertades irrenunciables de los individuos, a la vez que a la existencia de leyes que los garanticen (Rousseau, 1993: 10).

Jean-Jacques Rousseau, emblemático representante del liberalismo político —en su vertiente de democracia liberal—,⁷⁵ propone un esquema de legitimación política basado en el recurso metodológico del contrato social. Las fases de este contrato serían: un primer pacto —realizado en un estadio hipotético de naturaleza— por el cual los individuos saldrían de sus individualidades y concurrirían a un acuerdo en el que se erigen como sociedad; posteriormente vendría una convención que conformaría “la voluntad general”, es decir, una reunión con el objetivo de legislar y regirse por una serie de derechos y deberes; en este sentido, tras el contrato social el individuo sería un ciudadano que conforma la voluntad general, y un súbdito que obedece las leyes del Estado.⁷⁶

Así, las preocupaciones propias del liberalismo político (Rousseau, Locke, Constant) han fluctuado, con matices y particularidades en cada autor, so-

74 Para Habermas (1986), la discusión en torno a los procesos de legitimidad, o al problema de legitimación de los órdenes políticos, pasa, más que por la legalidad o la eficacia, por el reconocimiento que puedan alcanzar.

75 Pierre Manent sostiene que Rousseau es el más profundo crítico del liberalismo (1990:149). A mi juicio, ello no le quita el carácter liberal a su teoría democrática.

76 Según Rousseau, ese contrato social establecerá leyes que instauran la igualdad subsanando las diferencias que podían existir en el “Estado de naturaleza”; en este *Estado civil* que surge del contrato, el individuo podrá gozar, ya no de la libertad natural de actuar como le plazca (con la correlativa incertidumbre que ello conlleva), sino de la libertad moral consistente en regirse por las leyes que uno mismo se ha dado, además de la libertad negativa o civil que permite disfrutar de la propiedad, la vida, la integridad y las libertades reguladas legalmente. Al respecto véanse los libros primero y segundo de *El Contrato Social* (1993).

bre temas como la justificación secular del poder, la estipulación de límites a su ejercicio (que se materializa en catálogos de derechos como la vida, la integridad, la propiedad, y en postulados como la igualdad y la libertad), los mecanismos de representación y/o participación política (esto es, la relación sociedad civil-Estado), la existencia de legalidad como fundamento al ejercicio del poder, y los fines del Estado, entre otros.

El problema de los límites al poder denota el carácter de respuesta del liberalismo al absolutismo; un poder que exige obediencia a cambio de nada, no sería en este sentido, un poder legítimo. Rousseau, por ejemplo, niega la posibilidad de ser gobernado si ello implica renunciar a unos derechos básicos; dice al respecto: “¿No es evidente que a nada está comprometido uno respecto a aquel de quien se tiene derecho a exigir todo, y que esta sola condición, sin equivalente, sin intercambio entraña la nulidad del acto [estipular obediencia sin límites]?” (1993: 10). Lo cual tiene sentido en tanto para el liberalismo el Estado se conforma, a diferencia de posturas historicistas o sociológicas de construcción de Estado, para proteger los derechos y libertades de los asociados, siendo entonces un espacio o comunidad política ideal, regido por el consenso y la seguridad, que deja a un lado la violencia, y si esta se presenta es castigada mediante el derecho vigente.

En esta línea de análisis se dice que los fines del Estado son, además de los anteriores, la dominación de la sociedad y la regulación de conflictos sociales, que conllevarían a la integración de los territorios y a la creación de patrones de comportamiento a través del derecho (Orjuela, 2010: 29). Así mismo, en el discurso de las democracias constitucionales la legalidad no basta para determinar el grado de legitimidad, pues esta se basaría en criterios como la libertad de prensa, el estatus constitucional del ordenamiento jurídico, la existencia de un sistema electoral habitual, las garantías de libertad para los grupos de oposición, la existencia de partidos políticos diversos, la agrupación por intereses de sectores sociales, la existencia de órganos representativos, la participación política y electoral constante, la materialización de mecanismos de participación democrática, y la conformación de una opinión pública, cuyo presupuesto es el ejercicio efectivo de la ciudadanía (Monsalve, 2003: 197-220).

Ello de manera formal y teórica en tanto se asume que las democracias constitucionales se sustentan en Estados que cumplen las categorías propuesta por Weber de pretensión de control territorial con monopolio de la violencia socialmente aceptado (Monsalve, 2003: 15). Este sería el marco

teórico en el que se enmarca la Constitución política de 1991, en un esquema de derechos y deberes, donde las autoridades están instituidas (lo mismo que el Estado) para el cumplimiento de las libertades y derechos de los asociados.

Sin embargo, las preocupaciones del liberalismo político actual han tomado otros rumbos, con textos como los de Rawls, Walzer, Nozick o Habermas, inmersos en discusiones sobre neutralidad estatal o perfeccionismo, comunitarismo (o las limitaciones que el multiculturalismo impone al Estado), no intervención estatal en el desarrollo del capitalismo, entre otros asuntos y categorías que responden a los problemas más acuciantes de las potencias económicas (Garreta, 2007); en este trabajo se retoma el problema de los límites y fines del Estado en el marco de las democracias liberales en tanto en los argumentos para legitimar el servicio militar obligatorio en el país, en el marco del régimen constitucional colombiano, se pretenden derivaciones del marco teórico del liberalismo y las democracias modernas, y en este sentido preguntarse por los límites del poder político es preguntar por los mínimos sobre los cuales no pueden imponerse obligaciones.

3. Justificación de la imposición militar en un contexto de conflicto armado

El derecho positivo, cuando es consciente de sus raíces, pretenderá sin más reconocer y promover el interés de la humanidad por la persona de todo individuo aislado. El derecho positivo ve ese interés en la exposición y en la conservación de un orden establecido por el destino. Y aun si este orden —que el derecho afirma con razón que custodia— no puede eludir la crítica, resulta impotente respecto a él toda impugnación que se base solo en una “libertad” informe, sin capacidad para definir un orden superior de libertad. Y tanto más impotente si no impugna el ordenamiento jurídico mismo en todas sus partes, sino solo leyes o hábitos jurídicos, que luego por lo demás el derecho toma bajo la custodia de su poder, que consiste en que hay un solo destino y que justamente lo que existe, y sobre todo lo que amenaza, pertenece irrevocablemente a su ordenamiento, pues el poder que conserva el derecho es el que amenaza.

(Benjamin, 1921: 7).

3.1 La obligación social de prestar servicio militar: Corte Constitucional

La Corte Constitucional como organismo instituido por la Constitución de 1991 para preservar su integridad y supremacía, a través de sentencias donde analiza la constitucionalidad de normas sobre el servicio militar obligatorio o temas relacionados, y en pronunciamientos de revisión de fallos de tutela, se ha expresado sobre el presente objeto de estudio en apartados que ha denominado “La obligación de prestar servicio militar”.

En los fallos de tutela ha insistido sobre la justificación de esta prestación y sus implicaciones frente a temas relacionados con la objeción de conciencia; la prestación del servicio militar por menores de edad; las batidas, redadas o detenciones arbitrarias que el Ejército ha llevado a cabo contra remisos; sobre la exención a dicho deber cuando se ha sido víctima de conflicto armado, cuando se tiene una unión marital de hecho, y respecto a jóvenes matriculados en instituciones de educación superior no formales.

La Corte, al tenor de los artículos constitucionales 4, 95 y 216, ha entendido que la conscripción es un deber personal del ciudadano que crea una relación de especial sujeción con el Estado, en aras del interés general, y en una ampliación de las obligaciones o deberes genéricos de todos los colombianos (2007). Sería a la vez una contraprestación por los derechos que el Estado asegura, en tanto “ha sido creado con el objeto de garantizar la convivencia pacífica” de los individuos; para ello el Estado contaría, dice la Corte, con el monopolio de la fuerza que ejerce de manera legítima, sujetándose a las leyes.

Así, entiende la Corte que los beneficios que el Estado otorga merecen una “mínima contribución al interés colectivo” que implica límites a las libertades de los ciudadanos:

Ahora bien, las Fuerzas Militares, para su integración y para el obligado relevo que cada cierto tiempo debe irse produciendo en el interior de sus filas, requieren de modo permanente del cierto y eficaz concurso de los colombianos que, en virtud de la ley y por los sistemas de conscripción o de ingreso voluntario, sean incorporados a ellas. El servicio militar obliga en principio a todos por dos razones básicas: en el plano de los deberes constitucionales de los gobernados, por la imperiosa y constante necesidad que de él se tiene para la efectiva defensa de la Patria y, en el terreno de los derechos, por elemental aplicación del principio de igual-

dad ante la ley (artículo 13 de la Constitución) (Corte Constitucional: 1992).⁷⁷

Esta contraprestación que se le exige al ciudadano estaría en consonancia con la visión teórica de la Corte Constitucional sobre el Estado colombiano como un Estado con características modernas. Así, respecto al servicio militar, señala la Corte:

Lo que responde, sin lugar a dudas, a una concepción del Estado moderno y contemporáneo, que al tiempo que rodea de garantías al hombre para su realización en los distintos ámbitos de su existencia, le encarga, en la dimensión de los deberes autoconstructivos, de las cargas de autobeneficio, del cumplimiento de un conjunto de deberes, la mayoría de los cuales con alcances solidarios, cuando no de conservación de los principios de sociabilidad, que permitan realizar una civilización mejor o hacer más humanos los efectos del crecimiento económico, y de los desarrollos políticos y sociales (1994).⁷⁸

Esta obligación sería un desarrollo del Preámbulo constitucional, donde se invocan valores “como el fortalecimiento de la unidad nacional y el aseguramiento a sus integrantes de la vida, la convivencia, la libertad y la paz”, y tendría como finalidad la cohesión social y la defensa del Estado y la nación (Corte Constitucional, 2008).

A la vez, ha entendido la Corte que la conscripción forzada puede ser fuente de aprendizaje y adquisición de valores, asumiendo una función

77 En esta sentencia T-409 (1992) los actores pretendían que se protegiera su derecho a la objeción de conciencia, basándose en la libertad de conciencia y religiosa; allí la Corte rechaza la posibilidad de esta figura en el ordenamiento jurídico en tanto carece de consagración legal expresa, por lo que —sostiene— si un juez la reconoce, atenta contra el derecho a la igualdad. En un sentido similar se pronuncia en la sentencia C-561 (1995).

78 Corte Constitucional, sentencia C-511 (1994): en esta sentencia se demanda el alcance constitucional de la norma que regula de manera general el SMO, las diferencias temporales de las modalidades del servicio, y la facultad de reclutar ciudadanos en “tiempos de paz”. En esta decisión se afirma la posibilidad de que los menores presten servicio militar, se niega la vigencia de la objeción de conciencia en el país, y avala la constitucionalidad de la diferenciación entre soldados bachilleres, campesinos y regulares. Los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria y Alejandro Martínez Caballero salvaron sus votos afirmando la objeción de conciencia, rechazando las diferencias temporales del servicio basadas en discriminaciones relativas a la formación intelectual, y la participación de menores en el conflicto.

socializadora del servicio militar, en tanto convocaría a la participación de los ciudadanos de manera democrática:

No podría afirmarse, que la incorporación de un joven al ejército constituya el desconocimiento de su derecho a la educación o a su formación integral, cuando, por el contrario, esa circunstancia contribuye al descubrimiento de valores socialmente enriquecedores que aquilatan y fortalecen su personalidad, como el sentimiento de solidaridad con las instituciones y con la comunidad en la medida en que se convierte en un protagonista de la defensa de la sociedad y de la paz (Corte Constitucional, 1993).⁷⁹

Para justificar su posición de negación radical del derecho a la objeción de conciencia frente al servicio militar, antaño aducía la Corporación que entrar como soldado al Ejército no implicaba necesariamente la participación en la guerra, y por ello el ámbito de íntimas convicciones pacifistas o religiosas quedaría incólume:

Juzga la Corte, por otra parte, que el servicio militar en sí mismo, es decir como actividad genéricamente considerada, carece de connotaciones que puedan afectar el ámbito de la conciencia individual, por cuanto aquel puede prestarse en diversas funciones de las requeridas para la permanencia y continuidad de las Fuerzas Militares. Así, un colombiano llamado a las filas del ejército nacional, puede desempeñarse en cualquiera de los distintos frentes que implican la existencia de los cuerpos armados, por ejemplo en calidad de conductor de vehículo, o como operador de radio, mediante una **razonable** distribución de tareas y responsabilidades, en el marco de las facultades legales de quienes tienen a cargo su funcionamiento (Corte Constitucional, 1992).

La anterior postura fue modulada posteriormente al reconocer que eventualmente, al enviar obligatoriamente a zonas de combate a los soldados, se vulnerarían sus derechos a la vida e integridad, máxime si son menores de edad o, como se dijo en un capítulo anterior, carecen de adecuada capacidad militar o psicológica para combatir, pudiéndose entonces —me-

79 Corte Constitucional, sentencia SU-277 (1993): esta sentencia de revisión de tutela agrupaba fallos en los que los actores, padres de menores de edad (16 años), aducían vulneración al derecho a la educación en tanto sus hijos fueron reclutados por el Ejército. La Corte sostiene que por la edad de los menores ellos no están cobijados por los derechos de los niños; señala que ser menor de edad no es una excepción legal al servicio, y ratifica las decisiones que negaron el amparo constitucional.

diante un ejercicio de ponderación— eximirse del cumplimiento de dicho deber:

De aquí se deduce que el Ejército Nacional sí atenta contra el derecho fundamental a la vida de los soldados bachilleres, o al menos lo amenaza de manera ostensible, cuando envía soldados menores de edad a zonas donde se pueden estar presentando combates o cuando envía a los soldados mayores de edad, sin la preparación militar, técnica y psicológica suficiente, a zonas especialmente conocidas por la presencia de grupos guerrilleros (Corte Constitucional, 1997).⁸⁰

Y ello se ratifica, a la vez que se abre la puerta para admitir el reconocimiento judicial del derecho a objetar el servicio militar por conciencia, en la sentencia C-728 de 2009, donde se señala que

Debe haber un criterio de ponderación que haga énfasis en la consideración de la naturaleza del reparo de conciencia, la seriedad con la que es asumido, la afectación que su desconocimiento produce en el sujeto, etc., frente a, por otra parte, la importancia del deber jurídico en relación con el cual se plantea y las circunstancias en las que se desarrolla, aspecto en el que cabe examinar, por ejemplo, la posibilidad de suplir a los objetores en el cumplimiento del deber omitido^l, o de sustituirlo por otro de similar naturaleza que no plantee conflictos de conciencia a dichos objetores.

Desde 2009, el deber de prestar servicio militar obligatorio de las personas seleccionadas como aptas fue morigerándose con el reconocimiento de la objeción de conciencia. La sentencia antes citada es de gran importancia respecto a la objeción de conciencia como exención al servicio militar, pues con ella se abre una importante línea jurisprudencial que reconoce la protección constitucional de dicho derecho ante la inexistencia de

80 SU-200 (1997); esta sentencia, al revisar fallos de tutela de menores de edad, soldados bachilleres, trasladados a zonas de combate, señala que ellos no pueden participar activamente en la guerra si carecen de capacidades para ello. Inclusive la *voluntariedad* de los menores de edad para ir a combates debería aceptarse solo si nadie más pudiera hacerlo. Esta sentencia contiene cifras y relatos de casos en los que jóvenes conscriptos fueron muertos o retenidos en el marco del conflicto armado, y destaca para el año de 1996 el altísimo número de reclutas que conforman las Fuerzas Militares: “a octubre 31 de 1996, el Ejército Nacional disponía de un total de 44.704 soldados regulares, 18.919 soldados voluntarios, 31.272 soldados bachilleres, 34 soldados campesinos y 2.555 de otros contingentes”.

regulación legislativa.⁸¹ La Corte estableció que quienes invocaran dicha exención debían presentar mínimos probatorios que dieran cuenta de la seriedad de las convicciones y creencias, de su profundidad, fijeza y sinceridad, y de cómo ellas se verían vulneradas por el cumplimiento del servicio militar.

En decisiones posteriores, como las sentencias de tutela T-018 de 2012, T-080 de 2012, T-357 de 2012, T-430 de 2013,⁸² T-023 de 2014 y T-314 de 2014, se retoma la protección constitucional a la objeción de conciencia, argumentándose que las democracias liberales y el Estado social de derecho, al reconocer la autonomía y las libertades individuales como “presupuesto deontológico” de su existencia, deben permitirles a los ciudadanos ejercer sus proyectos de vida acorde a su conciencia (Corte Constitucional, 2014d).

Se ha relativizado así dicho deber constitucional, que ha caracterizado como “consecuencia natural y necesaria de la prevalencia del interés social sobre el privado”, esto es, como una contraprestación hacia el Estado, como un deber social encaminado al “sostenimiento y defensa de la soberanía, la guarda del orden institucional y el mantenimiento del orden público”.

Frente a la posibilidad de que menores de edad presten el servicio militar, si bien la Corte reconoce que “la prestación del servicio militar obligatorio impone una separación en la vida diaria entre los padres y el hijo que acude a prestarlo”, con la consiguiente ruptura (al menos temporal) con la familia y su entorno de crecimiento (2008), justifica dicha prestación insistiendo en que al destinarse dentro de las Fuerzas Militares a actividades no relacionadas directamente con el conflicto armado, no estarían participando en él, y sí cumpliendo con el deber social que el servicio militar implica:

81 Desde 2015 cursa en el Senado de la República un proyecto de ley estatutaria para regular el derecho fundamental a la objeción de conciencia, no solo respecto al SMO sino en general frente al cumplimiento de deberes legales y constitucionales. Al respecto véase el estado actual del Proyecto de Ley 020 de 2015, impulsado por la senadora Viviane Morales en: <http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-medio-de-la-cual/8075/#tab=2> Hoyos.

82 Esta sentencia, con ponencia de la magistrada María Victoria Calle, contiene además una orden hacia las autoridades encargadas del reclutamiento de divulgar las exenciones existentes al SMO, y especialmente la posibilidad de invocar la objeción de conciencia frente al cumplimiento del mismo.

Así las cosas, es claro que los menores de edad, mayores de quince años y menores de dieciocho, pueden ser incorporados a prestar el servicio militar, pero no pueden destinarse a actividades relacionadas con los conflictos armados, tampoco pueden participar directamente en las hostilidades, ni ser expuestos a situaciones de peligro que atente[n] contra sus vidas, pues la Constitución ordena su protección en todo momento y lugar, con carácter prevalente (art. 44). (1998).

Al respecto, cabe hacer eco de las palabras del magistrado disidente Alejandro Martínez Caballero, quien señala que pese a la declaración de la Corporación, es paradójico que para ser ciudadanos sea requisito cumplir 18 años, pero para ser “ciudadano en armas” basten 15 años; además,

[...] por cuanto una de las características más importantes del conflicto armado colombiano es que se trata de una guerra irregular, en donde es muy difícil delimitar con precisión cuáles son los escenarios de combate, puesto que las confrontaciones surgen en cualquier momento y en cualquier lugar. Por ende, cuando se incorpora a un menor a la Fuerza Pública se lo está involucrando en cierta medida en el combate, puesto que se convierte en un uniformado, al servicio de las Fuerzas Armadas, esto es, al servicio de una de las partes en el conflicto armado que vive el país (salvamento de voto, sentencia C-339/98).

Otro tema que ha llevado a la Corte a pronunciarse en varias oportunidades sobre la justificación del servicio militar y sus límites es el relativo a las *batidas* o detenciones ilegales, que son una práctica mediante la cual el Ejército detiene a individuos que no han definido su situación militar, que han sido considerados remisos, y los lleva a batallones o lugares similares con el objetivo de reclutarlos.

Para las autoridades militares esta era una prerrogativa que les permitía el artículo 14 de la Ley 48 de 1993, pero desde la sentencia C-879 de 2011 la Corte Constitucional prohibió dicha práctica por considerar que en Colombia opera la reserva judicial de la libertad, y que compeler a los “remisos” mediante la fuerza a inscribirse e integrarse a los batallones se constituía en una detención arbitraria de acuerdo con la legislación internacional suscrita por el Estado colombiano. Así, el término *compeler* del artículo 14 demandado debía entenderse como la “posibilidad de identificar” a quienes no ha resultado su situación militar, para que inicien el proceso administrativo encaminado a ello.

Las múltiples denuncias por parte de los medios de comunicación, objetores de conciencia, organizaciones defensoras de derechos humanos, de la Defensoría del Pueblo, y las acciones de tutela y habeas corpus que se han interpuesto contra esta práctica,⁸³ motivaron a la Corte a reiterar en la sentencia T-455 de 2014 que ese tipo de redadas indiscriminadas es inconstitucional ya que viola el derecho a la libertad personal y la reserva judicial de la misma, cuya única excepción sería la captura en flagrancia.

Esta sentencia además destaca el carácter selectivo y discriminatorio del servicio militar; con cifras de la Defensoría del Pueblo, la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional señala que la mayor parte de quienes cumplen dicha obligación pertenecen a los estratos socioeconómicos bajos, es decir son soldados regulares y campesinos. De los 439.476 ciudadanos que prestaron el servicio militar de manera forzada, la sentencia destaca que:

[...] en lo que tiene que ver con la distribución de estratos socioeconómicos, las cifras demuestran que en el periodo estudiado 2008-2012, más del 80% de los soldados que prestan el servicio militar obligatorio pertenecen a los estratos 0, 1 y 2, con prevalencia del estrato 2 (Corte Constitucional, 2014d).

Y en la sentencia aparece el siguiente cuadro:

Cuadro 1. Soldados según tipo de servicio y estrato socioeconómico

Estrato	Porcentaje		
	<i>Soldados Bachilleres</i>	<i>Soldados Regulares</i>	<i>Soldados Campesinos</i>
0	10,28%	1,8%	16,42%
1	16,82%	21,22%	14,7%
2	55,03%	60,44%	50,48%
3	17,11%	15,32%	18,1%
4	0,7%	1,15%	0,3%
5	0,04%	0,01%	-
6	0,02%	0,06%	-

83 Múltiples son las denuncias sobre el tema. A modo de ejemplo puede verse: Germán Uribe. (2015), “Redadas militares y objeción de conciencia”; Semana (2015), “El Congresista que denunciará a Mindefensa por ‘batidas’”; El Tiempo (2015), “Corte ordena investigar a militares por realizar ‘batidas’ prohibidas”, publicado en la sección Justicia. También pueden verse los diversos informes de *Acción colectiva de objetores y objetoras de conciencia*.

Fuente: Corte Constitucional, T-455 (2014). M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Este pronunciamiento, si bien reitera que el servicio militar obligatorio es un deber de los ciudadanos frente al colectivo, precisa que es obligación de las autoridades de reclutamiento difundir las causales de exención a dicho deber, y destaca que el peso mayor de esta carga lo han asumido quienes cumplen las condiciones de soldado campesino y regular, es decir quienes tienen menos acceso a servicios básicos como la educación.

Precisamente sobre la vulnerabilidad de ciertos sectores sociales frente a la prestación del servicio militar ha ahondado la Corte al tratar la exención a dicho deber frente a las víctimas del conflicto armado interno, especialmente frente a víctimas de desplazamiento forzado.

La sentencia T-420 de 2013 insiste en que si bien hay una *responsabilidad social* entre el Estado y la sociedad civil que se materializaría con la conscripción en la posibilidad de que los ciudadanos participen en la salvaguarda de la convivencia pacífica, en el caso de las víctimas este deber de solidaridad ciudadana no es exigible, e incluso quienes estuvieran prestando el servicio podrían solicitar el desacuartelamiento por dicha razón.

Así mismo, las sentencias T-414 de 2014 y T-051 de 2015 destacan que si bien el servicio militar “es una asistencia obligatoria que debe cumplir todo varón colombiano con el propósito de apoyar las labores realizadas por la fuerza pública”, labores que consistirían en proteger los bienes, derechos y libertades de los ciudadanos, no se podría agravar la situación de las víctimas del conflicto armado reclutándolas, ya que ello implicaría someterlas “[...] nuevamente a volver al escenario en el cual ha sido perjudicado y agravar la desventura que debe soportar como consecuencia del desplazamiento” (Corte Constitucional, 2015).

Si bien los dos pronunciamientos citados antes, junto con las sentencias T-372 de 2010, T-291 de 2011 y T- 373 de 2013, reivindican la exención contemplada en el artículo 140 de la Ley 1448 de 2011, o “Ley de víctimas”, ello no implica que la Corte reconsidere la funcionalidad del servicio militar. Al respecto ha dicho:

Por lo descrito es posible observar que el servicio militar obligatorio: (i) cumple con los principios consagrados en la Constitución Política de 1991; (ii) fue establecido por el Legislador en el ámbito de sus facultades; (iii) presta apoyo a las labores de defensa nacional y mantenimiento

de orden público que realizan las fuerzas armadas y la Policía Nacional; (iv) contribuye con la existencia de un cuerpo organizado destinado a la defensa del orden público y la defensa nacional, lo cual es un mandato constitucional; (v) cumple con la prevalencia del interés general sobre el particular (Corte Constitucional, 2015).

Sintéticamente puede decirse que la Corte asume, a lo largo de su jurisprudencia frente a la conscripción, que: i) es un deber personal de todos los varones colombianos; ii) en caso de no resultar aptos para el servicio deben pagar un impuesto denominado cuota de compensación militar; iii) la base constitucional de ese deber está consagrado, además del artículo 216, en los fines de Estado de garantizar la defensa nacional, la integración territorial, la convivencia pacífica, las autoridades, y los derechos de los habitantes; iv) este servicio puede ser prestado por menores de 18 años y mayores de 15, pero estos no podrán participar activamente en combate; v) los menores de 15 años no podrán de ninguna manera prestar servicio militar obligatorio; vi) los soldados bachilleres y campesinos no podrán destinarse a zonas de combate o con presencia de grupos armados al margen de la ley sin la suficiente capacitación militar, física y psicológica que los ponga en igualdad de condiciones al grupo enemigo; vii) si existen hondas convicciones religiosas, filosóficas, o de conciencia, demostradas mediante prueba sumaria, que impidan a los ciudadanos realizar el servicio militar obligatorio, se reconocerá la objeción de conciencia al mismo, pudiendo destinarse a estos jóvenes a labores sociales o en actividades no relacionadas directamente con la guerra; viii) los soldados que presten el servicio militar obligatorio están frente al Estado en una relación de especial sujeción.

Así mismo, sus argumentos para avalar esta figura (más allá de su expresa consagración constitucional) y reiterar la libertad de configuración del legislador en esta materia, se relacionan con los postulados de legitimidad del Estado moderno desde el liberalismo político, en la vertiente propia del modelo de Estado que proclama la Constitución, esto es, un modelo de Estado social y democrático de derecho. Las afirmaciones de la Corte no abordan el servicio militar obligatorio desde la radicalidad que implica, esto es, no analizan (salvo en algunas sentencias de revisión de tutela donde menciona cifras al paso) la posibilidad de perder la vida o de matar a otro por cumplir un deber estatal; su razonamiento en este sentido es jurídico, en tanto diserta en los términos que le permite el ordenamiento jurídico (y la Constitución como carta política de un poder ya instaurado).

Quizá porque, como señala Walter Benjamin en su lúcido texto de 1921, *Para una crítica de la violencia*, la violencia conservadora de derecho que se reflejaría en el servicio militar obligatorio (y por el contexto de conflicto armado incluso podría pensarse que en nuestro entorno se torna en violencia originaria de derecho), aunque persiga fines jurídicos —por estar reglado normativamente— se constituye en coacción, lo que llevaría —para un análisis profundo del problema— a cuestionar todo poder jurídico posible, su esencia, su fundamento último y originario, lo que una Corte constituida, derivada, evidentemente no podría hacer sin cuestionar su misma existencia. Lo anterior vale también para este trabajo, como se dijo en la introducción: son evidentes sus límites analíticos por diversas razones.

3.2 El servicio militar, “una obligación de origen soberano”: Ministerio de Defensa

Desde los “diálogos de paz” llevados a cabo por el gobierno de Andrés Pastrana (1998-2002), el fortalecimiento del Estado colombiano, en el discurso público, se piensa desde lo militar. Con marcada influencia estadounidense en el seno de la denominada lucha contra el narcotráfico, tras la firma en 1999 del “Plan Colombia”, su desarrollo se presentó “como un proyecto para la paz, la prosperidad y el reforzamiento del Estado”, y su operatividad se enmarcó en las tradicionales zonas de influencia de las guerrillas, fortaleciendo la capacidad militar y operativa del ejército colombiano (Piccoli, 2005: 160).

En el año 2003 inició la segunda fase del Plan Colombia denominada Plan Patriota que, como se mencionó antes, implicó fortalecer la presencia militar en territorios con presencia de grupos armados ilegales; plan que se materializó con la Política de Seguridad Democrática divulgada por el Ministerio de Defensa (en adelante MD).

La primera fase de esta estrategia consistió en controlar las áreas con presencia de grupos armados ilegales, con el objetivo de expulsarlos y retomar el control territorial, lo que significó un intensivo esfuerzo militar, y cuyos resultados esperados eran la presencia de autoridades policiales y militares en las zonas. Esta fase se caracterizó por involucrar a los civiles en el conflicto armado bajo el postulado de *solidaridad para la seguridad*, con programas como red de informantes y cooperantes, así como con el

fortalecimiento de soldados campesinos (MD, 2003: 60), a los que ya se hizo alusión en el apartado 1.2.

En el segundo período de gobierno de Álvaro Uribe (2006-2010), la *Política de Seguridad Democrática* se materializó con el Plan de Consolidación, segunda fase del plan presentado en el año 2003; la estrategia entonces fue estabilizar o *consolidar* las zonas ya controladas, y controlar las que todavía no lo estaban. La fase de estabilización recaía sobre zonas con control militar y policial; el objetivo allí era mantener la seguridad y el orden (léase presencia institucional) dentro de los territorios; tras esta fase seguía la de consolidación, centrada más en aspectos sociales como ampliación de cobertura en servicios básicos y en la llegada de instituciones civiles a las regiones, que en procesos militares de las etapas anteriores (MD, 2007: 33).

En el año 2011, en el seno de un nuevo gobierno que proclamaba la paz, la prosperidad y la seguridad integral, se presenta la Política Integral de Seguridad y Defensa para la Prosperidad, que tiene como presupuestos la presencia integral de las instituciones del Estado en las áreas periféricas o con disputas territoriales. Recogiendo algunos lineamientos del Plan de Consolidación Territorial, de enfoque marcadamente militarista,⁸⁴ el discurso más inclusivo y menos polarizante de esta política de seguridad también tiene entre sus objetivos el fortalecimiento del *pie de fuerza* del Estado colombiano.

En este marco político, que apuesta por una Fuerza Pública fuerte y reconoce expresamente la disputa territorial de grupos armados en el país, se han pronunciado el Ministerio de Defensa y sus representantes sobre el servicio militar obligatorio.

En intervenciones ante la Corte Constitucional, representantes del Ministerio de Defensa han señalado que la conscripción forzosa se deriva de una obligación que “no es moral ni espontánea, sino de origen soberano a través de la Constitución”. La finalidad de este deber sería “conseguir que las Fuerzas Militares se conviertan en permanentes, como lo establece el artículo 217 de la Carta”, y en este sentido, la razón para convocar reservas en tiempo de paz sería “la forma de verificar el estado mismo de la reserva, de su instrucción y alistamiento y evitar que sea nugatoria

84 Sobre el militarismo, dice Benjamin: “El militarismo es la obligación del empleo universal de la violencia como medio para los fines del Estado” (1921: 7).

la disposición constitucional de que son todos los colombianos los que estamos obligados a tomar las armas” (Intervención del MD en la Corte Constitucional: 1994).

En un discurso que propone la seguridad y el orden como requisito para el goce de derechos y libertades, se erige la colaboración activa en o con las Fuerzas Militares en el marco de un proclamado principio de solidaridad con la fuerza pública (MD, 2003: 6), ya que esta institución permitiría la consolidación estatal en territorios remotos:

La Fuerza Pública iniciará el proceso de consolidación del control estatal sobre el territorio, asegurando su presencia permanente y definitiva en todas las cabeceras municipales, con el apoyo de brigadas móviles y demás unidades de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Unidades compuestas por soldados regulares, soldados campesinos y carabineros de la Policía Nacional asegurarán el mantenimiento del control territorial (MD, 2003: 16).

Lo que, según ese discurso, sería clave para la llegada de otras instituciones del Estado a las regiones:

Una vez garantizadas las condiciones básicas de seguridad, el Estado ejecutará una política integral de consolidación territorial, restableciendo el funcionamiento normal de la administración de justicia, fortaleciendo la democracia local, atendiendo las necesidades más urgentes de la población, extendiendo los servicios del Estado e iniciando proyectos productivos sostenibles de mediano y largo plazo (MD, 2003: 43).

En los discursos ceremoniales del Ministerio de Defensa se destaca el papel de los soldados que cumplen el servicio militar obligatorio como la cuota de colombianos que —como sucedería históricamente— han tenido que contribuir a la guerra, para la *consecución* y preservación de un orden jurídico y político, esto es, como una violencia que constituye, origina una vida civil posible:

Una generación de compatriotas ha tenido que librar su propia guerra, unos la guerra de independencia, otros las guerras civiles del siglo XIX, la de los Mil Días para procurar libertades cívicas, para procurar libertades económicas, derechos fundamentales de nuestros compatriotas, a nosotros a la actual sociedad colombiana nos ha tocado librar esta guerra desigual, irregular, donde nosotros tenemos reglas pero el enemigo no, la guerra contra el narcotráfico, contra el narcoterrorismo, una guerra

contra un enemigo desalmado, ese narcoterrorismo que no conoce límites, ni fronteras, que no acata el Derecho Internacional Humanitario y que nosotros debemos enfrentar con pleno acatamiento al límites, a fronteras a marcos jurídicos y al Derecho Internacional Humanitario y que vamos a ganar limpiamente (MD, 2011b).⁸⁵

El discurso que ratificaba al servicio militar como una etapa de paso, de socialización hacia la adultez, se ve modificado por un discurso de heroísmo y patriotismo que pone a los miembros de las Fuerzas Militares en el lugar de los posibilitadores del orden jurídico constitucional, en tanto

Son los hombres de las Fuerzas Armadas los que están en sitios donde el resto del Estado aún no ha llegado, ellos están siendo el Estado allá, están viviendo y conociendo lo que está pasando allá, hoy tenemos que aprovechar ese conocimiento, tenemos que aprovechar su conocimiento operacional, no seré yo quien trate de imponer doctrinas que no corresponden, daré lineamiento estratégico, daré direccionamiento, exigiré disciplina, exigiré ética, exigiré resultados, pero acudiré al conocimiento con respeto, con prudencia y con humildad que tienen los miembros de nuestras Fuerzas Armadas (MD, 2011c).

La apelación al *pueblo* está presente también en estos discursos; se supone que “no hay encuesta en donde no aparezcan las Fuerzas Militares y la Policía en el nivel más alto”, pues “el pueblo está con sus Fuerzas Armadas y está agradecido, las Fuerzas Armadas trabajan para producir resultados y los han logrado y a qué costo, pero se han logrado” (2011c).

Respaldo que, según esta postura, se deriva del papel esencial de los miembros de las Fuerzas Militares, especialmente de la reserva activa, esto es, de quienes prestaron su servicio militar, puesto que

[...] ninguna de las libertades públicas, ni la libertad de expresión, ni la libertad de participación política, ni la libertad de conciencia para adorar a nuestro Dios, ninguna de las libertades públicas, la de controversia, la libertad de prensa tendrían ninguna explicación ni posibilidad si no hubiera sido por el sacrificio, la abnegación, el compromiso victorioso de nuestros héroes en campo de batalla frente a las amenazas que se han servido con nuestra patria durante ya más de dos siglos (MD, 2011d).⁸⁶

85 El Ministro de Defensa en ese entonces era Rodrigo Rivera.

86 Palabras del entonces Ministro de Defensa Juan Carlos Pinzón.

Serían entonces, según la posición de quienes definen y ejecutan la política de seguridad en el país, las Fuerzas Militares, conformadas —como se dijo— en gran parte por soldados reclutados, las que permiten la institucionalidad democrática, quizá la institución más importante del Estado en este contexto de soberanías en disputa, pues

Cuando todo lo demás falla nuestros militares y nuestros policías no fallan y esa es la certeza que tenemos de que alrededor de su heroísmo, de su integridad, de su capacidad y de su valor tenemos la columna vertebral de la República, Dios quiera que nunca nos falle por que el día que cualquiera de esas vertebras fallen habrá sucumbido la Patria (MD, 2011d).

En esta lógica argumentativa, el servicio militar obligatorio, más allá del debate jurídico que implica (y de hecho, inmerso en él), es un bastión de consolidación territorial del Estado, es una fortaleza en el terreno bélico en tanto le permite contar con muchos soldados, contingente necesario en los lineamientos de fortalecimiento e intensificación de las acciones militares en el país.⁸⁷

Como se ve, las justificaciones a esta figura son presentadas aquí, más que en un plano de legitimidad por reconocimiento o aceptación social (Habermas, 1986), en un plano eminentemente político, en términos y debates de decisiones soberanas de un poder que tiene la fuerza para obligar a los ciudadanos a obedecer, reconociéndose incluso la dureza de esa carga. Respecto a esto, en un homenaje a los reservistas activos, el ministro de defensa dijo que se dirigía

A quienes tuvieron el privilegio de salir ilesos corporalmente pero no espiritual ni anímicamente, porque nadie puede tener tanta entrega, tanto sacrificio en el campo de batalla y del deber y del servicio a la patria sin que sobre la página en blanco de su alma se hayan escrito frases que dejan una profunda huella en cada corazón (2011d).

87 Cabe señalar que por los actuales diálogos de paz, que han llevado a un cese bilateral al fuego, las acciones bélicas han disminuido. Así mismo, una promesa de campaña del reelecto presidente Juan Manuel Santos fue la eliminación, tras la finalización del conflicto armado interno, del servicio militar obligatorio, selectivo y discriminatorio, por un servicio social universal. Ante ello los altos mandos militares reaccionaron matizando dicha promesa y señalando que aun en un escenario de posconflicto las bandas criminales, el narcotráfico y otras amenazas hacen necesario el SMO. Al respecto, véanse las declaraciones del presidente Juan Manuel Santos (2014) en Caracol radio, y del ministro de defensa Juan Carlos Pinzón en *El País* (2014).

Si bien desde el año 2002 el número de soldados profesionales ha ido en aumento en comparación con los conscriptos, el grueso de los soldados de las Fuerzas Militares se compone de soldados reclutados obligatoriamente.⁸⁸ De allí las reacciones de disgusto y rechazo de altos mandos del Ejército frente a las decisiones del Consejo de Estado que limitaban la participación de los soldados en el conflicto armado (cfr. 1.2.3).

Lo anterior se explica porque las Fuerzas Militares asumen como suyo uno de los fines del servicio militar obligatorio, desde el punto de vista estratégico y defensivo: ganar la guerra, en una estrategia de defensa que ha privilegiado históricamente la cantidad sobre la calidad, el reclutamiento de grandes grupos antes que la profesionalización.⁸⁹ Y ello es así porque

La implantación del servicio militar obligatorio está ligada a la configuración y conformación del denominado estado-nación. En este sentido, los ejércitos se constituyen en un agente principal de descentralización del poder, y de legitimidad o consenso respecto a la configuración del estado-nación como la única autoridad en un territorio determinado. Desde este punto de vista, las fuerzas armadas, y el servicio militar obligatorio, representan uno de los elementos creadores del estado-nación, un elemento crucial de su modelo típico ideal y no una consecuencia accidental del mismo (Barroso, 1990: 63).

88 Según informes del Ministerio de Defensa (2010), entonces 90.096 soldados eran bachilleres o regulares, frente a 21.908 profesionales. Para 2010 las cifras oficiales indican que el total de soldados prestadores del SMO en sus diversas modalidades era de 117.379, frente a 85.911 soldados profesionales. En todo caso, en el lapso entre 2002 y 2010 el grueso de los soldados de las Fuerzas Militares lo han conformado los soldados prestadores del servicio militar obligatorio.

89 Sin embargo, el debate sobre la necesidad de modernización como profesionalización de las Fuerzas Militares siempre ha estado presente. Al respecto señala la Fundación Seguridad y Democracia: “El gobierno del Presidente César Gaviria (1994-1998) creó la figura del soldado voluntario quien, luego de prestar su servicio obligatorio, decidía libremente quedarse en las filas y recibía a cambio una bonificación equivalente a 1,6 salarios mínimos. Estos soldados adquirirían más experiencia, más motivación y un mayor nivel de compromiso. El Presidente Andrés Pastrana (1998-2002) profundizó y complementó este incipiente proceso de profesionalización al promulgar el Estatuto del Soldado Profesional, que estableció bases firmes en cuanto a su formación, entrenamiento, seguridad social, entre otros aspectos. Además, aumentó el número de soldados profesionales de unos 20.000 al comenzar su gobierno a cerca de 56.000 al final del mismo. Este proceso de profesionalización de parte de la tropa ha continuado durante el actual gobierno de Álvaro Uribe. Pastrana adelantó lo que se conoció como el Plan 10.000 en el que ese número de soldados bachilleres conscriptos era reemplazado cada año por igual cantidad de soldados profesionales” (2004: 7).

Ello es coherente con la posición de la institución militar que se propone, y asume la conscripción como fuente posibilitadora del goce de derechos y libertades, esto es, de los fines declarados del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, del Estado liberal. En esta lógica, las justificaciones del servicio militar no se dan tanto en un plano jurídico o constitucional (sobre los límites que los derechos imponen a las obligaciones frente al Estado), sino en un plano estratégico y político: la conscripción como un recurso para tener contingentes numerosos de soldados para la guerra, que pone en juego la soberanía. Este como principal objetivo del servicio militar, quedando otros fines (como la socialización o la integración), que se reconocen como secundarios.

Conclusiones

Respecto a los argumentos de la Corte Constitucional para respaldar la existencia del servicio militar obligatorio hay que decir que al ser esta corporación una institución constituida, revestida de cierto poder de definición a partir de una decisión originaria (que proponía un nuevo orden jurídico y político) consagrada en la Constitución de 1991, su competencia no podía desconocer la existencia del artículo 216 constitucional, que consagra la conscripción, sin desbordar sus facultades de protectora del texto constitucional. Lo que sí ha hecho es matizar dicha obligación, destinando el servicio militar a obras ambientales o sociales, si considera que la contraprestación temporal de los jóvenes es en todo caso necesaria.

En este sentido, el debate que aborda la Corte respecto a la participación de jóvenes conscriptos en la guerra fluctúa entre el reconocimiento del servicio militar como una necesaria contraprestación acorde al modelo de Estado colombiano, y la constatación de que la prestación del servicio implica grave peligro para la vida e integridad de los soldados, especialmente de niños y soldados bachilleres y campesinos con bajo entrenamiento militar.

La problematización sobre la participación de los conscriptos en la guerra, en el marco de la posibilidad de prestar un servicio social o ambiental que sea una contraprestación que satisfaga el artículo 216 constitucional, se da en el plano de las capacidades técnicas y personales para prestar el servicio, y menos en el plano de las obligaciones que los individuos pueden soportar en un Estado que quiere aunar principios liberales y democráticos.

Es la figura de la objeción por conciencia al servicio militar la que —especialmente a partir del año 2009— permite reflexiones más políticas y *fundamentales* sobre la obligación militar, en tanto implica debates que rebasan la aceptación de la libertad de configuración del legislador, o la constatación por parte de la Corte de que el servicio militar regulado en la Ley 48 de 1993 es desarrollo de los artículos 4, 95 y 216 de la Constitución.

En efecto, las consideraciones sobre objeción de conciencia en las sentencias de la Corte referidas al tema integran debates sobre los mínimos que los ciudadanos no deben tolerar que se traspasen: sus íntimas convicciones, creencias religiosas, espirituales o filosóficas que cuestionen su vida misma, y en donde la exigencia estatal implica violencia directa sobre los programas de vida de los ciudadanos. Sin embargo, al no existir reglamentación legal de la objeción de conciencia, su reconocimiento está supeditado a los análisis que los jueces de tutela hagan de las pruebas sumarias que presenten los objetores.

Se tiene entonces que la Corte, si bien retoma los argumentos liberales sobre la legitimidad o razón de ser del Estado (una serie de derechos y libertades, separación entre organismos del poder público, límites al poder, etc.), no propone, como sí lo hizo el Consejo de Estado en el año 2009 —y antes en pronunciamientos menos publicitados—, la discusión sobre los límites que el Estado le puede imponer a los individuos, y las cargas que estos no podrían soportar legítimamente, como la vulneración a su vida o integridad.

La contradicción entre el reconocimiento de derechos básicos para el disfrute de una comunidad política (por ejemplo la vida) y la obligación de sacrificarlos en pro del interés común, la seguridad, el orden, la defensa de la soberanía o la integración territorial, no es considerada por la Corte a la hora de pronunciarse sobre el alcance y límites de la obligación militar. Aunque para la Corte la capacitación militar y psicológica adecuada y profunda son requisitos necesarios para que los soldados conscriptos puedan ir a zonas de combate, y en ningún caso los menores de 15 años podrían participar en enfrentamientos militares.

El Ministerio de Defensa por su parte se pronuncia de una manera más radical sobre la obligación militar; reconociendo que hay territorios del país controlados por grupos armados, donde no existen instituciones estatales,

son las Fuerzas Militares las que realizan las primeras penetraciones a esas zonas “remotas”. Según esta perspectiva, los conscriptos tienen como función contribuir a la consolidación de la estatalidad en los territorios marginados del país; es decir, el servicio militar obligatorio es un medio —que se reconoce, implica violencia y amenazas— para un fin jurídico (art. 2 constitucional) y político (establecer la institucionalidad, originarla, en zonas de ausencia estatal).

Estas justificaciones ni siquiera presentan la posibilidad de que la conscripción vulnere derechos que se instituyen en límites a la actuación del Estado, en tanto —con un razonamiento más sencillo que el de la Corte— les basta apelar a la norma constitucional que consagra la obligación militar para asimilar como justo el medio y el fin.

El reconocimiento de la ausencia estatal histórica en muchos territorios sirve para cuestionar la imposición militar, en tanto parece desproporcionado que un Estado solo se relacione con los individuos a partir de exigencias militares, cuando no les ha otorgado un mínimo de derechos, como se vio en el capítulo 2, ni siquiera el referido a la seguridad. La presencia estatal para exigirle a una persona combatir en su nombre, cuando ha estado ausente de la vida y comunidad inmediata del sujeto, implica actuar como un Estado de ocupación, que solo por las formalidades del texto constitucional y las normas jurídicas vigentes más o menos de forma plena en las ciudades, se diferenciaría de otros poderes armados.

De hecho, desde el discurso del liberalismo político, basado en un modelo de Estado limitado por los derechos de los asociados, tampoco es posible exigir el sacrificio de la vida de manera forzada, pues este es el derecho mínimo, indispensable para la existencia de las comunidades.

Si en países con organizaciones políticas asimilables a Estados modernos la conscripción se entiende como característica de debilidad de las autoridades políticas, en tanto precisan más de la fuerza que del consenso, la contracara de ello es que en contextos territoriales e históricos diversos, el mantenimiento de la conscripción militar sirve como “instrumento ideológico para inculcar a la sociedad civil el espíritu de defensa nacional” que despertaría sentimientos nacionales y de patriotismo, clave para la construcción del Estado nacional, “uniéndose así el pueblo y el Estado, intensificándose en el denominado nacionalismo” (Molina, 1996: 2), cumpliéndose un proceso de socialización sobre el militarismo, al convertirse

la obligación militar en un instrumento de control de poblaciones por el cual se pretende conseguir “legitimidad social” de los objetivos y valores de las fuerzas armadas (Barroso, 1990: 65).

Lo anterior —y la obligación militar misma— les recuerdan al ciudadano y a los habitantes del territorio nacional que no pueden acceder al ejercicio de la ciudadanía, que el contexto social del país es bélico, que se está en una guerra y que para librarla se ha optado, desde la centralidad de la unidad política que tiene mayores recursos e institucionalidad, por forzar a los ciudadanos a portar las armas.

Volviendo nuevamente a Benjamin, ello nos lleva a preguntarnos por otros mecanismos “para armonizar intereses humanos en conflicto”, para materializar la comunidad política anhelada. Pues si bien los conflictos y la heterogeneidad no van a desaparecer de las regulaciones sociales y políticas, es necesario imaginar un poder organizativo, una comunidad de vida que no se base exclusivamente en la fuerza, en la persecución y en la “muerte civil” de quienes quieren, legítimamente, conservar la máxima certeza que tienen: sus vidas, sus cuerpos.

Los recursos económicos e institucionales del Estado central son lo suficientemente amplios para incentivar la participación voluntaria en las fuerzas armadas, sin que tenga que emitirse una orden de enrolamiento que contraviene los derechos mínimos de los asociados, con la que se convierte en Estado agresor en las regiones remotas, y la que acentúa el papel militarizador del Estado en la vida social.

En el juego de legitimaciones en el que participan los poderes de facto existentes en Colombia —en la marco del conflicto armado—, la decisión por el mantenimiento del servicio militar obligatorio implica una afectación no solo a la vida cívica de la sociedad (por los procesos de militarización que antes se mencionaron) sino al Estado mismo en su pretensión de poder legítimo, pues en muchas regiones, y frente a muchos jóvenes —especialmente los campesinos y los no bachilleres— opera solo como un poder armado más, que no expone otras razones para su existencia o legitimidad que la amenaza o el uso de la fuerza.

En este sentido, las preguntas y apuestas por un orden político que rompa la tradición militarista y excluyente que ha regido la vida política nacional son importantes en tanto alternativas que no acepten la fuerza como el

referente de lo nacional, de la comunidad política imaginada, de lo identitario, sino que propongan nuevas formas de habitar el mundo de *lo político*. Las resistencias de los movimientos sociales (como el campesino, el cocalero) y juveniles (como los antimilitaristas) son, por ejemplo, rutas que intentan romper las cíclicas violencias que han caracterizado la turbulenta vida política del país.

Un paso para volver a pensar y a apostar por una comunidad política más incluyente y representativa consiste en establecer e insistir en los límites prístinos que el Estado tiene, y en reivindicar el valor mismo de la vida, no de un orden político sino de cada persona, pues como señala Albert Camus también en un contexto bélico, el hombre nace para vivir y no para esperar una vida.

En este sentido, la impugnación a la figura del servicio militar obligatorio que implica participar en el conflicto armado se nos presenta como urgente en tanto no se puede aplazar la vida misma (ni siquiera en términos de derecho) hasta que las condiciones de orden público permitan vivirla, o al menos no puede obligarse a dicha espera sin que los fundamentos de las democracias liberales desaparezcan, y con ello los fines que se supone persigue la figura estudiada.

Referencias bibliográficas

Aguilera Peña, Mario. 2001. Justicia guerrillera y población civil, 1964-1999. En: García Villegas, M., y B. Sousa Santos (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis Socio-jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, pp. 389-521.

Aranguren Molina, Mauricio. 2001. *Mi confesión: Carlos Castaño*. Bogotá: Oveja Negra.

Arcila N., Óscar H. 2011. *La Amazonia colombiana urbanizada. Un análisis de los asentamientos humanos*. Bogotá: Sinchi. Disponible en: [sinchi.org.co/images/pdf/dfpublicaciones/20986_export libro amozonia urbanizada.pdf](http://sinchi.org.co/images/pdf/dfpublicaciones/20986_export_libro_amozonia_urbanizada.pdf) [consultado el 02 de agosto de 2013].

Atehortúa Cruz, Adolfo León. 2005. *Militares: otra visión, otros estudios*. Bogotá: Editorial Nomos, pp. 13-58.

Atehortúa Cruz, Adolfo León y Humberto Vélez Ramírez. 1994. *Estado y fuerzas armadas en Colombia*. Bogotá: Tercer Mundo.

Barroso, Cristino. 1990. Funciones del Servicio militar obligatorio. En *Papeles para la paz*, N.º 38, pp. 51-66.

Bedoya Lima, Jineth. 2008. *En las trincheras del Plan Patriota*. Bogotá: Intermedio Editores.

Bejarano, Ana María y Eduardo Pizarro. 2010. Colombia: el colapso parcial del Estado y la emergencia de los “protoestados” [2004]. En: Orjuela E., Luis Javier (comp.), *El Estado en Colombia*. Bogotá: Ediciones Uniandes, pp. 381-412.

Benjamin, Walter. 1921. *Para una crítica de la violencia*. Disponible en: http://www.ddooss.org/articulos/textos/walter_benjamin.pdf [consultado el 2 de agosto de 2013].

Blair Trujillo, Elsa. 1999. *Conflicto armado y militares en Colombia. Cultos, símbolos e imaginarios*. Medellín: Universidad de Antioquia.

———. 2012. *Un itinerario de investigación sobre la violencia: contribución a una sociología de la ciencia*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia.

Bobbio, Norberto. 2003. Para un mapa de la filosofía política. En: *Teoría general de la política*. Madrid: Trotta, pp. 89-97.

Bobbio, Norberto y Michelangelo Bovero. 1985. *Origen y fundamentos del poder político*. México: Grijalbo, pp. 11-16.

Bolívar, Ingrid. 2006. Identidades y Estado: la definición del sujeto político. En: Bolívar, Ingrid (ed.). *Identidades culturales y formación del Estado en Colombia: colonización, naturaleza y cultura*. Bogotá: Uniandes, pp. 3-50.

———. 2010. Sociedad y Estado: la configuración del monopolio de la violencia [1999]. En: Orjuela E., Luis Javier (comp.), *El Estado en Colombia*. Bogotá: Ediciones Uniandes, pp. 263-304.

Botero, Jorge Enrique. 2006. *Últimas noticias de la guerra*. Bogotá: Nomos.

Cabrera Ortiz, Fabricio. 2005. *Relaciones civiles y militares durante el periodo comprendido entre 1994-2002 y su incidencia en la seguridad nacional* (tesis de Maestría en Estudios Políticos). Pontificia Universidad Jave-

riana. Bogotá. Disponible en: <http://repository.javeriana.edu.co/bitstream/10554/265/1/pol52.pdf> [consultado el 10 de enero de 2013].

CIJ —Comisión Internacional de Juristas. 2005. Colombia: socavando el Estado de derecho y consolidando la impunidad. Disponible en: http://www.acnur.org/t3/uploads/media/COI_971.pdf?view=1 [consultado el 02 de agosto de 2013].

Cordero, Fernando. 1989. Servicio Militar Obligatorio y relaciones civilo-militares en América Latina. *Nueva Sociedad*, N.º 104, pp. 51-61. Disponible en: http://www.nuso.org/upload/articulos/1814_1.pdf [consultado el 2 de agosto de 2013].

Cruz Rodríguez, Edwin. 2009. Discurso y legitimación del paramilitarismo en Colombia: tras las huellas del proyecto hegemónico. *Revista Ciencia Política*, N.º 8, pp. 82-114, Bogotá.

El Espectador. 2015. Colombia es el segundo país con más desplazados. El Espectador, 17 de junio. Disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/elmundo/colombia-el-segundo-pais-mas-desplazados-internos-articulo-566944> [consultado el 2 de agosto de 2013].

El Tiempo. 2009, 29 de abril. *52 % de la fuerza quedará fuera de combate tras fallo del Consejo de Estado: comandante de FF.MM.* Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-5099183> [consultado el 2 de agosto de 2013].

———. 2011. Tres soldados muertos en accidente con granada en guarnición militar. El Tiempo, 23 de febrero. Disponible en: http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-8907482.html [consultado el 2 de agosto de 2013].

———. 2013. “Entre honores y llanto despiden a soldados muertos. El Tiempo, 10 de abril. Disponible en: <http://m.eltiempo.com/colombia/medellin/soldados-muertos-vctimas-de-ataque-de-las-farc/11531981> [consultado el 10 de enero de 2014].

———. (2015). “Corte ordena investigar a militares por realizar ‘bati-das’ prohibidas”. El Tiempo, 15 de octubre. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/batidas-para-reclutamiento-militar-estan-prohibidas-por-la-constitucion/16404008> [consultado el 20 de octubre de 2015].

Fundación Seguridad y Democracia. 2004. *El SMO en Colombia. Inequidad corrupción y propuestas para su reforma*. Documentos ocasionales. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/35071935/El-Servicio-Militar-en-Colombia> [consultado el 11 de agosto de 2014].

García Duarte, Ricardo. 1993. Las guerrillas colombianas: la autojustificación de un proyecto imposible. *Revista Foro*, N.º 22, pp. 57-64.

Garreta Lecler, Mariano. 2007. *Legitimidad Política y Neutralidad estatal*. Buenos Aires: Eudeba.

GMH —Grupo de Memoria Histórica—. 2013. *¡BASTA YA! Colombia: Memorias de guerra y dignidad*. Centro Nacional de Memoria Histórica. Disponible en: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/micrositios/informeGeneral/descargas.html> [consultado el 25 de agosto de 2014].

González, Fernán. 2004. A propósito de *Las palabras de la guerra: los comienzos conflictivos de la construcción del Estado nación y las guerras civiles de la primera mitad del siglo XIX*. *Revista Estudios Políticos* N.º 25, IEP, pp. 37-70.

———. 2009. Espacio, conflicto y poder: las dimensiones territoriales de la violencia y la construcción del Estado en Colombia. *Sociedad y Economía*, N.º 17, pp. 185-214.

———. 2010. Un Estado en construcción. Una mirada de largo plazo sobre la crisis colombiana [2003]. En: Orjuela E., Luis Javier (comp.), *El Estado en Colombia*. Bogotá: Ediciones Uniandes, pp. 305-342.

González, Fernán, Ingrid Bolívar y Teófilo Vásquez. 2004. *Violencia política en Colombia. De la nación fragmentada a la construcción del Estado*. Bogotá: Cinep.

Habermas, Jürgen. 1986. Problemas de legitimación en el Estado moderno. En: *La reconstrucción del materialismo histórico*. Madrid: Taurus, pp. 243-272.

Henoa Zapata, Claudia Berónica. 2010. *La formación de los soldados en el ejército como máquinas de guerra* (trabajo de grado en Trabajo Social). Medellín: Universidad de Antioquia.

Hobbes, Thomas. 2007. *El Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* [1651]. Argentina: Fondo de Cultura Económica.

Internacional de Resistentes a la guerra. 2009. *Reclutamiento Militar y Objeción de Conciencia en Colombia*. Informe al Comité de Derechos Humanos, 97.^a Sesión. Londres. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/WRI_Colombia97_sp.pdf [consultado el 10 de enero de 2013].

Joas, Hans. 1996. La teoría de la modernización y el problema de la violencia. *Revista Análisis Político*, N.º 27, pp.33-43.

Leal Buitrago, Francisco. 2010. Intereses de clase e instituciones del Estado. En: Orjuela E., Luis Javier (comp.). *El Estado en Colombia*. Bogotá: Ediciones Uniandes, pp. 43-66.

López Medina, Diego Eduardo. 2011. La objeción de conciencia para la prestación del servicio militar obligatorio. En: *Interpretación jurisprudencial desde la perspectiva de los jueces y juezas en Colombia*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, pp. 141-158.

Manent, Pierre. 1990. *Historia del pensamiento liberal* [1987]. Argentina: Emecé editores S.A.

Martínez Garnica, Armando. 2012a. Ideología y realidad de la Guardia Colombiana, 1863-1885. *Historia y sociedad*, N.º 22, pp. 25-50.

———. 2012b. *Historia de la Guardia Colombiana*. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander, pp. 44-78.

Molano, Alfredo. 2001. La justicia guerrillera. En: García Villegas, M. y B. Sousa Santos. (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis Socio-jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre editores y Universidad de los Andes, pp. 331-385.

Molina, 1996- *Quintas y servicio militar: Aspectos sociológicos y antropológicos de la conscripción (Lleida, 1878-1960)*. Lleida: Servei de Publicacions Universitat de Lleida.

Monsalve Solórzano, Alfonso. 2003. *Soberanía, legitimidad y legitimación en Colombia desde la década de los 90*. Medellín: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

Observatorio de Seguridad Humana. 2012. *Control territorial y Resistencias: una lectura desde la Seguridad Humana*. Disponible en: <http://comunidad-yprevencion.org/wp/wp-content/uploads/2012/03/Control-Territorial-y-Resistencias1.pdf> [consultado el 2 de agosto de 2013].

Oquist, Paul. 2010. El derrumbe parcial del Estado [1978]. En: Orjuela E., Luis Javier (comp.), *El Estado en Colombia*. Bogotá: Ediciones Uniandes, pp. 103-215.

Orjuela E., Luis Javier (comp.). 2010. *El Estado en Colombia*. Bogotá: Ediciones Uniandes.

El País. 2009, 1 de mayo. Fallo pone en peligro la seguridad democrática. Recuperado de <http://historico.elpais.com.co/paisonline/notas/Mayo012009/nal11.html> [consultado el 10 de enero de 2013].

———. 2014. Mindefensa afirma que abolición de servicio militar obligatorio debe ser a largo plazo. *El País*, 4 de junio. Disponible en: <http://www.elpais.com.co/elpais/judicial/noticias/mindefensa-afirma-abolicion-servicio-militar-obligatorio-debe-ser-largo-plazo> [consultado el 06 de junio de 2014].

Parra Macías, Alejandro. 2012. Exportación exótica “soldado universal”. Periódico Desde Abajo, edición 182. Disponible en: <http://www.desdeabajo.info/component/k2/item/20207-exportaci%C3%B3n-ex%C3%B3tica-%E2%80%98soldado-universal%E2%80%99.html> [consultado el 10 de enero de 2013].

Pécaut, Daniel. 2003. *Violencia y política en Colombia. Elementos de reflexión*. Medellín: Hombre Nuevo Editores.

Piccoli, Guido. 2005. *El sistema del pájaro. Colombia, paramilitarismo y conflicto social*. Bogotá: Ediciones Antropos.

Pizarro Leongómez, Eduardo. 1987. La profesionalización militar en Colombia. *Análisis Político*, N.º 1, pp. 20-39.

———. 1987a. La profesionalización militar en Colombia II: el período de la violencia. *Análisis político*. N.º 002, pp. 7-29.

———. 1988. La profesionalización militar en Colombia III: los regímenes militares (1953-1958). *Análisis político* N.º 3, pp. 6-30.

———. 1994. Prólogo. En: Atehortúa Cruz, Adolfo León y Humberto Vélez Ramírez. 1994. *Estado y fuerzas armadas en Colombia*. Bogotá: Tercer Mundo.

Posada Carbó, Eduardo. 2001. *¿Guerra Civil? El lenguaje del conflicto en Colombia*. Bogotá: Alfaomega Colombiana S.A.

———. 2003. *Ilegitimidad del Estado en Colombia. Sobre los abusos de un concepto*. Bogotá: Alfaomega S.A.

Prado Arellano, Luis Ervin. 2005. Conscripción y logística: los límites para la organización del ejército neogranadino en contienda. Disponible en: <http://scienti.colciencias.gov.co:8084/publindex/docs/articulos/0120-4661/2291609/2304480.pdf> [consultado el 10 de enero de 2013].

Red de Seguridad y Defensa en América Latina (Resdal). 2010. *Atlas comparativo de la Defensa en América Latina y el Caribe* (capítulo 14). Disponible en: <http://www.resdal.org/atlas/atlas10-14-colombia.pdf> [consultado el 10 de enero de 2013].

Rincón Jacome, Bibiana A, et al. 2005. *El Servicio Militar Obligatorio y el Soldado Bachiller en la jurisprudencia de la Corte Constitucional 1992-2001*. Monografía para optar al título de abogadas. Chía, Universidad de la Sabana. Disponible en: <http://intellectum.unisabana.edu.co:8080/jspui/bitstream/10818/2191/1/129264.pdf> [consultado el 10 de enero de 2013].

Ritzer, George. 2001. Max Weber. En: *Teoría sociológica clásica*. Madrid: McGraw-Hill Interamericana.

Rodríguez Hernández, Saúl Mauricio. 2004. “¿Centinela? Alerta. ¿Quién Vive? Colombia”. El carácter Militar de la Guardia Colombiana (1863-1885). En *Colombia, memoria y sociedad*. Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Sociales/memoria/memoria16/centinela.pdf [consultado el 10 de enero de 2013].

Romero, Mauricio. 2003. *Paramilitares y autodefensas, 1982-2003*. Bogotá: Planeta.

Rousseau, J. Jacques. 1993. *El contrato social* [1762]. Barcelona: Ediciones Altaya.

Santos, Juan Manuel. (2014). Apenas termine el conflicto se eliminará servicio militar obligatorio: Santos. Caracol radio, 4 de junio. Disponible en: <http://www.noticiascaracol.com/nacion/apenas-termine-el-conflicto-se-eliminara-servicio-militar-obligatorio-santos> [consultado el 10 de junio de 2015].

Schmitt, Carl. 1963. *Teoría del partisano. Observaciones al concepto de lo político* [1962]. Disponible en: http://www.laeditorialvirtual.com.ar/pages/CarlSchmitt/CarlSchmitt_TeoriaDelPartisano.htm [consultado el 02 de agosto de 2013].

———. 1998. *El concepto de lo político* [1932]. *Texto con un prólogo y tres corolarios*. Traducido de la edición de 1963 por Dénes Martos. Disponible en: http://www.laeditorialvirtual.com.ar/Pages/CarlSchmitt/CarlSchmitt_ElConceptoDeLoPolitico.htm#TOC9 [consultado el 2 de agosto de 2013].

Semana, revista. (2012). Procuraduría confirma destitución a nueve soldados por torturas a subalternos, 23 de octubre. Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/procuraduria-confirma-destitucion-nueve-soldados-torturas-subalternos/266763-3> [consultado el 12 de noviembre de 2012].

———. 2015. “El Congresista que denunciará a Mindefensa por ‘bati-das’”, *Semana*, 8 de septiembre. Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/alirio-uribe-denunciara-al-ministerio-de-defensa-por-batidas/441726-3> [consultado el 22 de diciembre de 2015].

Strauss, Leo. 1999. ¿Qué es filosofía política? En: Velasco, Ambrosio (comp.) *Resurgimiento de la teoría política en el siglo XX* (99-151). México: Unam.

Tilly, Charles. 1992. Prisionero del Estado. *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, N.º 133, pp. 351-365.

———. 2006. Guerra y construcción de Estado como crimen organizado. *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, N.º 5, pp. 1-26. Disponible en: <http://www.relacionesinternacionales.info/ojs/article/view/52.html> [consultado el 2 de agosto de 2013].

Tirado Mejía, Álvaro. 1995. *Aspectos sociales de las Guerras Civiles en Colombia*. Medellín: Colección de Autores Antioqueños.

Uribe, Germán. 2015. "Redadas militares y objeción de conciencia". *Semana*, 13 de febrero de 2015. Disponible en: <http://www.semana.com/opinion/articulo/redadas-militares-objecion-de-conciencia-opinion-german-uribe/417760-3> [consultado el 14 de febrero de 2015].

Uribe de Hincapié, María Teresa. 1993. Legitimidad y violencia: una dimensión de la crisis política colombiana. En Giraldo, Carlos (Ed.), *Rasgando Velos*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, pp. 19-88.

———. 2001. *Nación, Ciudadano y Soberano*. Medellín: Corporación Región.

Vásquez, María de la Luz. 2006. De repúblicas independientes a zonas de despeje. Identidades y Estado en los márgenes. En: Bolívar, Ingrid (ed.). *Identidades culturales y formación del Estado en Colombia: colonización, naturaleza y cultura*. Bogotá: Uniandes, pp. 121-207.

Valencia, Olga Lucía y María Fernanda Daza. 2010. Vinculación a grupos armados: un resultado del conflicto armado en Colombia. *Diversitas: perspectivas en sociología*, N.º 2, Vol. 6, pp. 429-439. Disponible en: http://www.usta.edu.co/otraspaginas/diversitas/doc_pdf/diversitas_10/vol.6no.2/articulo_14.pdf [consultado el 12 de enero de 2014].

Weber, Max. 1992. *Economía y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.

Documentos corporativos

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-409 (1992).

———. Sentencia SU-277 (1993).

———. Sentencia C-511 (1994).

———. Sentencia C-561 (1995).

———. Sentencia SU-200 (1997).

———. Sentencia C-339 (1998).

———. Sentencia C-1409 (2000).

———. Sentencia C-456 (2002).

———. Sentencia C-621 (2007).

———. Sentencia C-728 (2009).

———. Sentencia T-218 (2010a).

———. Sentencia T-711 (2010b).

———. Sentencia C-879 (2011).

———. Sentencia T-018 (2012).

———. Sentencia T-063 (2013a).

———. Sentencia T-420 (2013b)

———. Sentencia T-430 (2013c)

———. Sentencia T-737 (2013d).

———. Sentencia T-739 (2013e).

———. Sentencia T-906 (2013f).

———. Sentencia T-932 (2013g)

———. Sentencia T-023 (2014).

———. Sentencia T-314 (2014b).

———. Sentencia T-414 (2014c).

———. Sentencia T-455 (2014d).

———. Sentencia T-739 (2014e).

———. Sentencia T-051 (2015).

Consejo de Estado de Colombia, Radicación 11.182, 30 de noviembre (2000).

———. Radicación 68001-23-15-000-1994-9890-01(13768), 21 de septiembre (2002).

———. Radicación 19001-23-31-000-1995-02006-01(13607), 21 de abril (2004).

———. Radicación 05001-23-24-000-1993-01344-01(16064), 06 de junio (2007).

———. Radicación 18001-23-31-000-1995-05743-01(15793), 25 de febrero (2009a).

———. Radicación 25000-23-26-000-1995-01600-01(18070), 22 de abril (2009b).

———. Radicación 05001-23-31-000-1997-08940-01(17839), 04 de febrero (2010).

———. Radicación 73001-23-31-000-1998-00842-01(16484), 21 de febrero (2011).

———. Radicación 52001-23-31-000-2001-00559-01(20079), 18 de julio (2012).

———. Radicación 18001-23-31-000-2006-00246-01 (36415), 12 de junio de 2013.

Fuerzas Militares de Colombia, Policía Nacional, Defensoría del Pueblo. 2015. Protocolo de atención y orientación para la definición de la situación militar de ciudadanos que acuden a la Defensoría del Pueblo.

MD —Ministerio de Defensa Nacional-Presidencia de la República de Colombia. 2003. Política de Defensa y Seguridad Democrática. Disponible en: <http://www.oas.org/csh/spanish/documentos/Colombia.pdf> [consultado el 2 de agosto de 2013].

———. 2007. Política de Consolidación de la Seguridad Democrática —PCSD. Disponible en: <http://merln.ndu.edu/whitepapers/Colombia2007.pdf> [consultado el 2 de agosto de 2013].

———. 2010. *Logros de la Política Integral de Seguridad y Defensa para la Prosperidad*. Disponible en: http://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/estudios%20sectoriales/info_estadistica/Logros%20de%20Politica%20CSD%20Nov%202010.pdf [consultado el 2 de agosto de 2013].

———. 2011a. *Política Integral de Seguridad y Defensa para la Prosperidad*. Disponible en: <http://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Minde>

fensa/Documentos/descargas/Documentos_Home/pispd.pdf [consultado el 2 de agosto de 2013].

———. 2011b. Discurso del ministro Rodrigo Rivera en la activación del Batallón de alta montaña no. 8 Coronel José María Vesga. Disponible en: http://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/discursos/20110728batallon_alta_montana_cauca.pdf [consultado el 2 de agosto de 2013].

———. 2011c. Discurso del Ministro de Defensa Rodrigo Rivera en la Ceremonia nacional del día de la reserva activa. Disponible en: http://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/discursos/20110819dia_reserva_activa.pdf [consultado el 2 de agosto de 2013].

———. 2011d. Discurso del Ministro de Defensa Juan Carlos Pinzón en la Ceremonia de Posesión y Reconocimiento de Tropas. Disponible en: <http://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/discursos/DISCURSO%20POSESION%20MINISTRO%20JUAN%20CARLOS%20PINZON-05SEPT-2011.pdf> [consultado el 2 de agosto de 2013].

———. 2013. *Logros de la Política integral de Seguridad y Defensa para la Prosperidad –PISDP*. Disponible en: http://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/estudios%20sectoriales/info_estadistica/Logros_Sector_Defensa.pdf [consultado el 22 de diciembre de 2013].

Segunda parte

El principio de inversión de la carga de la prueba en desplazamiento forzado.

Tutelas en Medellín por registro de víctimas
y ayuda humanitaria, 2012-2013¹

Leidy Jhoana Dávila Cano²

-
- 1 Este artículo es derivado del proyecto de investigación “acción de tutela respecto al registro y las ayudas humanitarias de la población desplazada: ¿garantía de derecho o barrera de acceso?”, admitido e inscrito por el CODI el día 10 de diciembre de 2013, cuyo investigador principal es el Profesor Jaime Alberto Agudelo Figueroa.
 - 2 Egresada de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, quien participó como estudiante en formación de la investigación “acción de tutela respecto al registro y las ayudas humanitarias de la población desplazada: ¿garantía de derechos o barrera de acceso?”. Correo: leidy.davila@udea.edu.co

Introducción

A través de la acción de tutela, los jueces constitucionales en Colombia han jugado un papel esencial para la protección de derechos fundamentales de las víctimas del conflicto armado interno, muy especialmente de quienes han sufrido el drama del desplazamiento forzado, al punto que gracias a la multiplicidad de solicitudes de amparo constitucional que buscaban la garantía de derechos de las víctimas de desplazamiento, en el año 2004, mediante sentencia T-025, la Corte Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucional en esta materia, al observar que las víctimas de ese delito se encontraban en un estado de extrema vulnerabilidad y sus derechos fundamentales no estaban siendo garantizados por las diferentes entidades del Estado responsables de su atención.

Dicha declaración sigue siendo un asunto vigente de vital importancia para el país y para este artículo, ya que permite visualizar si los jueces de tutela en sus fallos acatan o desprecian lo establecido por la Corte Constitucional en su jurisprudencia, es decir, si dan aplicación al precedente judicial en materia de inversión de la carga de la prueba.

La investigación de la cual surgió este artículo estuvo enmarcada en un nivel exploratorio de investigación mixta, donde se delimitó como muestra del estudio 224 fallos de acciones de tutela interpuestas durante el periodo 2012 y 2013 por el Centro de Atención a Víctimas,³ adscrito al Departamento de Prácticas y Consultorio Jurídico “Guillermo Peña Alzate” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Por la naturaleza del estudio, se requirió de la recopilación documental de fallos de tutelas interpuestas por el programa, con los que se realizó una sistematización de la información relevante a través de códigos que determinaban los temas importantes para la investigación en una tabla de Excel, lo cual permitió finalmente cruzar la información allí contenida para realizar el correspondiente análisis de tendencias, con el fin de revisar en qué medida los fallos de las distintas áreas de la jurisdicción eran con-

3 Si bien el nombre utilizado para el momento en que se presentó el proyecto de investigación era Programa de Atención Integral a la Población Víctima de Desplazamiento Forzado, en la actualidad ostenta el nombre de Programa Centro de Atención a Víctimas, adscrito al Departamento de prácticas y Consultorio Jurídico “Guillermo Peña Alzate” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

gruentes con los derechos invocados y los derechos tutelados; y el análisis de conjunto, que buscaba contrastar la aplicación en los fallos objeto de estudio del precedente judicial señalado por la Corte Constitucional en la sentencia T-025 de 2004 y sus autos de seguimiento, para la garantía de los derechos fundamentales de que deben gozar las víctimas de acuerdo con sus especiales condiciones de vulnerabilidad.

En dicho instrumento se observó que la instancia judicial de protección constitucional no protegió en debida forma los derechos de las víctimas, en la medida que la mayoría de las providencias reflejan el temor de los jueces para aplicar adecuadamente los principios constitucionales y precedentes judiciales al momento de impartir la orden.

Lo anterior permitió realizar distintas reflexiones en la investigación, tendientes a mejorar la atención en el Programa Centro de Atención a Víctimas de la Universidad de Antioquia y hacerles algunas recomendaciones a los funcionarios públicos involucrados en el tema, para la aplicación de los criterios constitucionales que buscan la superación del estado de cosas inconstitucional que se mantiene desde hace más de una década; pero además, se busca responder a una pregunta: ¿se da aplicación al principio de inversión de la carga de la prueba en materia de desplazamiento forzado en los fallos objeto de estudio?

El análisis de los 224 fallos permitió revisar si estos constituyeron una garantía o una barrera de acceso para los derechos fundamentales de las víctimas,⁴ frente a la aplicación de la inversión de la carga de la prueba en providencias que deciden sobre la inclusión en el Registro Único de Víctimas —en adelante RUV— y la entrega de las ayudas humanitarias.

Este artículo se desarrolla en cuatro pasos: en primer lugar se hace referencia al conflicto armado y el desplazamiento forzado interno en Colombia, y se abordan los conceptos básicos del mismo a partir de diferentes informes y normativa de Derechos Humanos en los ámbitos nacional e internacional que indudablemente incluyen jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Posteriormente se hace una enunciación de los derechos vulnerados o violados a las víctimas, con énfasis en el derecho a la inclusión en el RUV y el derecho a la ayuda humanitaria en sus

4 Específicamente aquellas víctimas atendidas en el Centro de Atención a Víctimas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

diferentes modalidades, por ser este el objeto de la investigación. Luego se analiza la acción de tutela como el mecanismo idóneo para la garantía de los derechos de las víctimas a la inclusión en el RUV y entrega de la ayuda humanitaria, observando si se aplica el principio de inversión de la carga de la prueba consagrada en la normativa actual de víctimas. Finalmente, aparecen las conclusiones derivadas del análisis de los fallos de tutela estudiados, respecto de la aplicación del precedente judicial de la Corte Constitucional en materia de cargas dinámicas o inversión de la carga de la prueba en las solicitudes de amparo para inclusión en el RUV y la entrega de ayuda humanitaria.

1. El conflicto armado en Colombia y el desplazamiento forzado interno

Colombia se ha visto inmersa en un largo y cruento conflicto armado cuya última etapa, que tiene ya cincuenta años, se inicia a mediados de la década de 1960 (CMH), con el surgimiento de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia —FARC-EP— y otros grupos guerrilleros como el Ejército de Liberación Nacional —ELN—, Ejército Popular de Liberación —EPL—, Movimiento 19 de Abril —M-19—, Partido Revolucionario de los Trabajadores —PRT— y el Movimiento de Autodefensa Obrera —ADO—. Este conflicto armado se agudizó con el surgimiento de los movimientos de autodefensas campesinas en la década de los ochenta, que han acumulado durante todo este tiempo, según la Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas (en adelante Uariv) un total de 7.201.034 víctimas registradas en el país (Uariv), aunque organizaciones de la sociedad civil afirman que la cifra es infinitamente superior a la señalada por entidades estatales.

Como consecuencia del conflicto armado, aproximadamente 5,7 millones de personas han sido desplazadas forzosamente, y solo en 2013, 156.918 personas fueron afectadas por este fenómeno, lo que implica que por lo menos el 12% de las familias del país han tenido que huir de su lugar de residencia y reconstruir sus proyectos de vida en otros lugares del territorio nacional, según un informe presentado en Ginebra, Suiza, el 7 de mayo de 2014 por el Consejo Noruego para refugiados y Acnur (Tabares, 2015); esto a pesar de la disminución de los combates y las operaciones militares

en razón del proceso de paz con las Farc-EP en la actualidad, y de la ya “concluida” desmovilización de los grupos paramilitares.

Aunque el desplazamiento forzado ha sido notorio durante todo el conflicto armado, el Estado colombiano solo afrontó este problema desde lo normativo en 1997, viéndose abocado a puntualizar lo que debía entender por desplazado; en razón de ello la Ley 387 lo definió como

toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: Conflicto armado interno; disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar drásticamente el orden público (Congreso de la República, 1997).

Por otro lado, en la Ley 1448 de 2011, o “Ley de víctimas y restitución de tierras”, se consagró que por víctima del desplazamiento forzado se tendría a toda persona forzada a migrar dentro del territorio nacional, abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas Internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno desde el 1 de enero de 1985, permitiendo un margen de discrecionalidad para que la UARIV excluyera los afectados de grupos denominados *delincuencia común*⁵. De lo anterior se observa la posibilidad brindada por la Ley 1448 de 2011, de desconocer la calidad de víctimas a quienes fueron afectados en sus derechos por los actores de nuevas formas de paramilitarismo, hoy conocidos como Bacrim —como nombra el Consejo de Seguridad Nacional de Colombia a las Bandas Criminales— u Odín —como son

5 Es de anotar que esta expresión de “delincuencia común” es tomada en este aparte como una denominación o interpretación que hace la UARIV para el no reconocimiento de hechos contenidos en el artículo 3° de la Ley 1448, de actuaciones realizadas por nuevas estructuras del paramilitarismo o actores armados desmovilizados. Ver entre otros pronunciamientos, la sentencia C-781 de 2012 o el Auto 119 de 2013 (seguimiento a T-025 de 2004).

nombradas las Organizaciones Criminales Integradas al Narcotráfico—, pues a la luz del artículo 3.º de la Ley, estos son considerados como delincuencia común.⁶

En la normativa internacional de derechos humanos se hacen las referencias iniciales para lograr una protección a los civiles que sufrieran el desplazamiento forzado a través del Protocolo Segundo Adicional de los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, expedido en 1977, que en el artículo 17 protege a la población civil en el marco del conflicto, al señalar que

no se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que sea para garantizar la seguridad de los civiles o razones militares imperiosas y en caso de efectuarse, se deben tomar las medidas necesarias para que la población civil tenga un adecuado alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación (Cicr, 1977).

Sin embargo, solo a partir de 1998 son desarrollados los Principios Rectores de los desplazamientos internos,⁷ labor que emprendió el entonces representante del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la cuestión de los desplazados internos, señor Francis Deng; en dichos principios se recopilieron y sistematizaron las diferentes normas consagradas a los instrumentos de derechos humanos del Sistema Universal. Allí se definió que

A los efectos de estos Principios, se entiende por desplazados internos [a] las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser

6 A pesar de esto, la Corte en múltiples oportunidades ha aceptado que a las Bacrim u otras bandas emergentes se les debe reconocer como actores activos y actuales del conflicto armado, como lo dijo en la Sentencia C-781 de 2012, o en la C-253A de 2012, y con base en el principio de la buena fe ha establecido que ante la ocurrencia de una afectación grave de derechos humanos o de una infracción de las normas del derecho humanitario, en caso de duda sobre si tal hecho ha ocurrido en el marco del conflicto armado interno, debe darse prevalencia a la interpretación en favor de la víctima.

7 Aprobados por la ONU en la Comisión de Derechos Humanos, en su 54.º período de sesiones, y expedidos en 1998.

humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida (ONU, 1998).

Estos principios han tomado relevancia en la normativa interna, contribuyendo de manera significativa al desarrollo de la misma, pues la Corte Constitucional ha asumido que los Principios Rectores hacen parte del bloque de constitucionalidad,⁸ con lo que bien podría señalarse, son de obligatoria aplicación en el país.

En la definición legal colombiana anteriormente señalada, en contraposición a los Principios Rectores de los desplazamientos internos, se observa la sutileza adoptada por el legislador, que en vez de tener como causa del desplazamiento el verse “obligado a huir” de la víctima, consagra el “abandono” de su lugar de residencia, lo que implica no solo un matiz del acto violento, sino además de carácter político en cuanto se asume como un acto de liberalidad de la víctima y no una consecuencia de la incapacidad del Estado para garantizarles la protección de sus derechos a las personas vulneradas por esos hechos.

De este modo, quien escribe de este artículo, afirma que en comparación con lo prescrito en la normativa nacional, los instrumentos internacionales contemplan causas de desplazamiento forzado interno que trascienden las establecidas en las normas internas, haciéndolas más garantistas para la población civil. De ahí que la Corte Constitucional (2013c) trate el asunto en su precedente judicial acogiendo dicha normativa, y que en el Auto 119 de 2013 señale:

[...] esta Sala Especial considera que la práctica de la Dirección de Registro que consiste en negar la inscripción en el Registro Único de Víctimas a las personas desplazadas por situaciones de violencia gene-

8 En este sentido, véase la sentencia de la C. Const. (2000b) SU-1150 de 2000: “Los Principios Rectores no han sido aprobados mediante un tratado internacional. Sin embargo, dado que ellos fundamentalmente reflejan y llenan las lagunas de lo establecido en tratados internacionales de derechos humanos y que han recibido una gran aceptación por parte de distintos organismos internacionales de derechos humanos, esta Corporación considera que deben ser tenidos como parámetros para la creación normativa y la interpretación en el campo de la regulación del desplazamiento forzado y la atención a las personas desplazadas por parte del Estado. Lo anterior, claro está, sin perjuicio de que todos sus preceptos que reiteran normas ya incluidas en tratados internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario aprobados por Colombia gocen de rango constitucional, como lo señala el artículo 93 de la Constitución”.

realizada (como se ha presentado en aquellos casos en los que los actores son las Bacrim y sus acciones no se presentan con ocasión del conflicto armado) y, en términos más amplios, en aquellas circunstancias en las que el desplazamiento no guarda una relación cercana ni suficiente con el mismo, no es acorde con la lectura que esta Corporación ha realizado de la definición operativa de víctima incorporada en la Ley 1448 de 2011, ni con la abundante y consistente jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con los elementos mínimos para adquirir la condición de persona desplazada; con el derecho fundamental del que goza a ser reconocida mediante el registro; y con la consecuente garantía de su protección, asistencia, y atención desde el momento mismo del desarraigo hasta lograr su estabilización socioeconómica mediante el retorno o la reubicación [...].

Por lo anterior, el papel asumido por la Corte Constitucional en la definición y precisión conceptual del desplazamiento forzado interno y las causas que lo originan ha sido fundamental, no solo para el desarrollo mismo del tema, sino para garantizar los derechos fundamentales de las víctimas, labor desarrollada a través de casi medio millar de fallos proferidos a partir de la Sentencia T-025 de 2004. Se resaltan aquí dos decisiones que se erigen como fundamentales para este acápite y en las que la Corte Constitucional ha ampliado, y si se quiere, precisado el concepto de desplazamiento forzado interno, en procura de garantizar los derechos de las víctimas.

Una primera decisión fue adoptada en la Sentencia T-268 de 2003 (2003a), en la cual la Corte le precisó a la Red de Solidaridad Social, ente encargado de administrar el Registro Único de Población Desplazada, el concepto de desplazamiento, haciéndolo independiente del lugar del territorio nacional en el que se produjera el evento del desplazamiento, dando paso al reconocimiento del desplazamiento intraurbano, y dejando sentados los requisitos con base en los cuales se debería, en lo sucesivo, analizar las declaraciones de quienes se reputaban víctimas de estos hechos, con tres elementos cruciales: la coacción, el traslado y la permanencia dentro de las fronteras de la nación.

Por otro lado, pero continuando con la trascendencia que tiene el precedente de la Corte para el presente artículo, cobra importancia el Auto 119 de 2013 (2013c), en el cual la Corte incluye otras causales de desplazamiento forzado que las entidades no estaban tomando en cuenta (Ver también Auto 052 de 2013, C. Const., 2013a), como la situación de vio-

lencia generalizada,⁹ y que va en procura de posibilitar la inclusión en el RUV a quienes fueron afectados por el desplazamiento forzado interno, señalando que

[...] en relación con la condición de persona desplazada por la violencia que se adquiere con ocasión de la violencia generalizada. (i) La condición de desplazamiento forzado no se limita a situaciones de conflicto armado; (ii) es independiente de los motivos de la violencia, de la calidad del actor (política, ideológica, común o legítima), o de su modo de operar; (iii) la violencia generalizada puede tener lugar a nivel rural o urbano, en una localidad, un municipio, o una región; (iv) para que una persona adquiera la condición de desplazada por la violencia basta un temor fundado, aunque es usual que la violencia generalizada se acompañe de amenazas, hostigamientos o ataques tanto a la población civil como a la fuerza pública; en este último caso con repercusiones en la primera (C. Const., 2013c).

De acuerdo a Agudelo Figueroa, al intentar construir un concepto con base en las normativas vigentes, Ley 387 artículo 1.º, Ley 1448 artículo 3 y 60, y jurisprudencia de la Corte Constitucional, se puede establecer como definición de desplazamiento forzado

Se entenderá que es víctima de desplazamiento toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas con ocasión del conflicto armado interno. Ha de entenderse como conflicto armado in-

9 Acerca de la violencia generalizada, la Corte (2001) sostuvo que “Usualmente, las causas de un desplazamiento no se pueden concretar en un hecho puntual, sino que son el resultado de numerosos detalles que van llenando de temor a las víctimas. [...] La sumatoria de la situación de violencia generalizada y los hechos que han vulnerado o pretendido vulnerar la vida y bienes de la persona desplazada hacen que la necesidad de huir y dejarlo todo pese más que la vida construida en una región. Es deber del funcionario que esté estudiando el caso reunir cuidadosa y diligentemente las piezas o pruebas dispersas que en su totalidad arrojan claridad en el hecho a probar”. En el mismo sentido, la Corte (2000b) consideró que las personas desplazadas “tienen que abandonar su domicilio en razón del riesgo que observan para su vida e integridad personal, peligro que se deriva de la percepción que desarrollan por los múltiples actos de violencia que tienen lugar en sus sitios de residencia”. Y de igual forma, afirmó que “en el desplazamiento forzado las personas y su núcleo familiar se ven obligadas a abandonar su domicilio para escapar de los graves hechos de violencia que azotan la región donde habitan para huir de los violentos” (2003c).

terno un fenómeno complejo que no se agota en la ocurrencia confrontaciones armadas, en las acciones violentas de un determinado actor armado, en el uso de precisos medios de combate, o en la ocurrencia del hecho en un espacio geográfico específico, sino que recogen la complejidad de ese fenómeno, en sus distintas manifestaciones y aún frente a situaciones en donde las actuaciones de los actores armados se confunden con las de la delincuencia común o con situaciones de violencia generalizada. En caso de duda sobre si tal hecho ha ocurrido en el marco del conflicto armado interno, debe darse prevalencia a la interpretación en favor de la víctima.

Es causa de desplazamiento cualquiera de las siguientes situaciones: disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar drásticamente el orden público.

Son hechos acaecidos en el marco del conflicto armado (i) los desplazamientos intraurbanos, (ii) el confinamiento de la población; (iii) la violencia sexual contra las mujeres; (iv) la violencia generalizada; (v) las amenazas provenientes de actores armados desmovilizados; (vi) las acciones legítimas del Estado; (vii) las actuaciones atípicas del Estado; (viii) los hechos atribuibles a bandas criminales; (ix) los hechos atribuibles a grupos armados no identificados, y (x) por grupos de seguridad privados, entre otros ejemplos” (2013)¹⁰

2. Derechos de las víctimas: la inclusión en ruv y la ayuda humanitaria

La Constitución Política de 1991 establece un amplio catálogo de derechos que sistematizan los contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Dentro de este catálogo, en el Título II, Capítulo I (artículos 11 al 41) se consagraron aquellos inherentes a la condición misma del ser humano y se les denominó Derechos Fundamentales, y en el

10 Importante tener en cuenta que el artículo 60 de la Ley 1448 de 2011 no derogó la Ley 387 de 1997, Por lo que Profesor une ambas normativas para construir el intento de definición. Ver Sentencia C-280 de 2013: “(...) y visto que en efecto la regla contenida en el segundo inciso del artículo 60 de la Ley 1448 de 2011 podría ser interpretada, como lo entienden los actores, como derogatoria de la Ley 387 de 1997 y de otras normas previamente existentes en beneficio de la población desplazada, la Sala declarará inexecutable la expresión “que no contraríen la presente ley” (...)”

Capítulo II, de los artículos 42 al 77, los Derechos Sociales, Económicos y Culturales; no obstante, en esos dos capítulos no están contenidos todos los derechos, pues el constituyente del 91 no pretendió desarrollar una lista taxativa de derechos.

Así mismo, en la Carta de 1991 se determinó que Colombia es un Estado Social de Derecho, lo que a la luz de la jurisprudencia constitucional

le imprime un sentido vinculante para las autoridades, quienes deberán guiar su actuación hacia el logro de los cometidos particulares propios de tal sistema: la promoción de condiciones de vida dignas para todas las personas, y la solución de las desigualdades reales que se presentan en la sociedad, con miras a instaurar un orden justo (C. Const., 2003b).

Esta definición cobra vital importancia en la garantía de los derechos de las víctimas de desplazamiento forzado, porque son múltiples los derechos constitucionales que se violan, amenazan o vulneran en este proceso, como los derechos fundamentales entre los cuales hay que incluir los derechos económicos, sociales y culturales; y en esa labor de identificación de los derechos innominados, el papel de la Corte Constitucional ha sido determinante. Dentro de los primeros encontramos, entre otros, el derecho a no ser víctima de desaparición forzada, de torturas ni de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 12.); el derecho a la igualdad real y material (artículo 13); el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 14); el derecho a la intimidad personal y familiar y a su buen nombre (artículo 15); el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16); el derecho a la libertad de conciencia (artículo 18); el derecho a la libertad de pensamiento y opiniones (artículo 20); el derecho a la paz (artículo 22); el derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades (artículo 23); el derecho a la libre circulación y a residenciarse en el territorio nacional (artículo 24); el derecho al trabajo (artículo 25); el derecho a escoger profesión u oficio (artículo 26); el derecho a no ser víctima del destierro (artículo 34); a la participación política (artículo 40); los derechos fundamentales de los niños (artículo 44). Dentro de los segundos, el derecho a la familia y a su protección integral (artículo 42); el derecho a la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad (artículo 46); el derecho a la Seguridad Social (artículo 48); el derecho a la vivienda digna (artículo 51); el derecho a la propiedad privada (artículo 58); el derecho a la educación (artículo 67). Y si bien muchos de los derechos incluidos en esta última categoría han sido denominados como prestacionales, casi todos, en razón de

su estrecha relación o conexidad con los derechos fundamentales, pueden recibir el mismo tratamiento de los fundamentales.

Así pues, dada la amplitud de la lista de derechos afectados con el desplazamiento forzado, merecen especial atención algunos de los cuales fueron referenciados por la Corte Constitucional en la sentencia T-025 de 2004, cuando determinó que en las víctimas de desplazamiento forzado se presenta una mayor vulneración de los derechos fundamentales, como el derecho a la vida en condiciones de dignidad, los derechos de los niños, de las mujeres cabeza de familia, los discapacitados y las personas de la tercera edad, y de otros grupos especialmente protegidos; el derecho a escoger su lugar de domicilio, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de expresión y de asociación, el derecho a la salud, en conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho a la seguridad personal, el derecho a la libertad de circulación por el territorio nacional y el derecho a permanecer en el sitio escogido para vivir, el derecho al trabajo y la libertad de escoger profesión u oficio, el derecho a una alimentación mínima, el derecho a la educación, el derecho a una vivienda digna, el derecho a la paz, el derecho a la personalidad jurídica, el derecho a la igualdad, y el derecho de sus miembros a la unidad familiar (C. Const., 2004a).

Para garantizar el acceso a tales derechos de las víctimas del conflicto armado en Colombia, y por supuesto, de quienes han sufrido el desplazamiento forzado, es relevante tener en cuenta la importancia de un paso previo que deben llevar a cabo las víctimas para lograrlos, esto es, la declaración de los hechos victimizantes ante el Ministerio Público, que determinará la inclusión o no en el RUV, que ha sido definido por la Corte como un derecho fundamental,¹¹ el cual ha sido vulnerado o violado constantemente por la Uariv cuando niega la inclusión en el mismo.

11 Como se observa en la sentencia T-821 (C. Const., 2007a): “La Corte ha señalado, con extrema claridad, que la situación de desplazamiento se adquiere no a raíz de la inscripción en el Registro Único de Población Desplazada, sino cuando concurren dos condiciones fácticas: la causa violenta y el desplazamiento interno (que incluye tanto la expulsión del lugar de residencia como la imposibilidad de regresar). Ante la concurrencia de los hechos mencionados, la persona tiene derecho fundamental a ser reconocida como persona en situación de desplazamiento y a los derechos que de tal reconocimiento se derivan”.

Es importante aclarar que dicho registro no ha sido estático, sino que ha evolucionado en lo institucional,¹² lo normativo,¹³ y en lo técnico,¹⁴ para pasar del Registro Único de población desplazada (en adelante Rupd) al actual Registro Único de Víctimas —RUV—, y que ha sido la Corte la que a través de sus pronunciamientos ha definido los parámetros con los cuales debe actuar la Uariv al momento de analizar las declaraciones y decidir la inclusión o no en el RUV, entre los cuales se destacan el de la sentencia T-265 de 2010, en la cual se estipula:

La entidad accionada al exigir que de la declaración realizada por la accionante se debe extraer si las agresiones, causa del desplazamiento, provienen de un grupo armado motivado por consideraciones ideológicas o si por el contrario corresponde a delincuencia común, contraviene los postulados que deben guiar su actuar frente a este grupo de especial protección constitucional, por cuanto hacer imperativo una prueba en extremo rigurosa implica el requerimiento de condiciones no previstas en la ley.

En efecto, se ha de ver que el artículo 1.º de la Ley 387 de 1997 exige para la constitución de la calidad de desplazado el acaecimiento de una causa violenta y la migración dentro del territorio nacional. Dicha causa violenta, es descrita de manera no taxativa por la ley, y la ejemplifica como un conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público.

De este modo, lo importante es la determinación de la migración interna en razón a una causa violenta, sin ser necesario identificar si la violencia, motivo del desplazamiento, fue política, ideológica o común.

12 Con tres entidades fundamentales, primero la Red de Solidaridad Social –RSS, luego la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional (Acción Social), y en la actualidad la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

13 Tres momentos, primero el Decreto 2569 de diciembre del año 2000, posteriormente el Decreto 2467 de 2005, finalmente la Ley 1448 de 2011 y sus decretos reglamentarios.

14 Mediante tres instrumentos: inicialmente el Registro Único de Población Desplazada, Sistema Único de Registro (SUR), Formato Único de Declaración (FUD); después, el Sistema de Población Desplazada-Sipod, y en la actualidad el Registro Único de Víctimas-RUV.

[...] (Sentencia T-821-07) [...] exigir especificaciones más detalladas, resulta exagerado (C. Const., 2010).

Como se enuncia en la anterior jurisprudencia, se vulneran derechos fundamentales de las víctimas cuando se les niega la inclusión en el RUV en razón del desconocimiento de los autores de los hechos, ya que las mismas no están obligadas a demostrar quiénes son los autores de los hechos victimizantes; por el contrario, le corresponde al Estado investigar y determinar quiénes fueron los perpetradores; y en caso de duda frente a los mismos, presumir la buena fe a favor de las víctimas.

Otro de los múltiples casos en los que se observa vulneración de derechos por parte de la Uariv en sus negativas de inclusión en el RUV lo encontramos en la sentencia T-821 de 2007, cuando se indica desconocer los hechos de violencia en el lugar de ocurrencia señalado por la víctima para negar la inscripción en el RUV, ya que olvida los parámetros establecidos por la Corte en materia de aplicación del principio de buena fe cuando hay dudas frente a la ocurrencia de los hechos narrados por la víctima, o la inversión de la carga de la prueba a cargo de la administración, que debe probar que la víctima está faltando a la verdad en la declaración de los hechos victimizantes:

El desconocimiento o la ignorancia de las autoridades administrativas sobre la situación de violencia de la región de la cual proviene quien solicita la inscripción en el RUV no es razón suficiente para negar tal inscripción. [...]

Dicho razonamiento contraría los parámetros fijados por esta Corporación, la que justamente ha considerado que el desconocimiento que pueda predicarse de las autoridades en lo relacionado con un hecho de violencia no es siquiera indicio de su no ocurrencia. Efectivamente, la visibilidad de la violencia admite varias gradas: desde los acontecimientos notorios, de repercusión nacional, hasta violaciones más selectivas o invisibles, más sutiles y por ello difíciles de probar pero no por ello inexistentes (C. Const., 2007a).¹⁵

Respecto al RUV en los pronunciamientos de la Corte, se desprende, por un lado, que si la Uariv pretende negarle a una víctima la inclusión en aquel, debe hacerlo de acuerdo a la inversión de la carga de la prueba, probando cada uno de los argumentos que lo llevan a razonar que no se produjo el

15 Se agregaron las subrayas.

desplazamiento forzado interno, de tal forma que no se impongan más cargas de las que las víctimas han tenido que soportar; por el otro, que tal como se observa en el Informe Nacional de Desplazamiento Forzado en Colombia 1985 a 2012, el proceso del registro de víctimas

es una herramienta técnica del Gobierno Nacional para administrar la información referente a todas las víctimas de graves y manifiestas violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario en el marco del conflicto armado en Colombia. A través del RUV es posible identificar, persona a persona, el tipo de afectación a la que fue sometida, así como sus características generales y específicas, con el fin de facilitar la determinación de las medidas de asistencia, atención y reparación que se adecuen al daño sufrido y las necesidades de cada víctima (Uariv, 2013).¹⁶

Lo anterior para enfatizar en el argumento que esgrime la Corte cuando señala que si bien el registro es importante para entender que una persona es víctima, dicho registro no es sino una formalidad que facilita la determinación de medidas de atención, asistencia y reparación, pero no es en sí mismo la condición de la persona desplazada, según está planteado en la sentencia T-268 de 2003:

No es justo que si no se expide la certificación por la Red de Solidaridad, se crea que una persona no tenga la condición de desplazado. Si lo válido únicamente fuera tal certificación, los derechos fundamentales de los desplazados se estarían condicionando, en cuanto a su exigibilidad al mencionado certificado. El no otorgamiento por las autoridades del correspondiente certificado de desplazado a quien tiene derecho a él, es una violación a derechos fundamentales como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional. La Corte ha dicho que existe una presunción de buena fe y necesidad de trato digno en el trámite de inscripción en el Registro Nacional de Desplazados (C. Const., 2003a).

La sentencia T-156 de 2008 también hace énfasis en la presunción de buena fe con la que se deben analizar los hechos que declaran las víctimas y la inversión de la carga de probar en caso de duda frente a las declaraciones de las víctimas:

Esta Corporación, en múltiples ocasiones, ha realizado precisiones acerca del valor probatorio de las declaraciones que rinde la población víctima del desplaza-

16 Se agregaron las cursivas y las subrayas.

*miento interno, con el fin de enfatizar que aunque Acción Social está facultada para estudiarlas y confrontarlas con la información que obre en sus bases de datos sobre los hechos alegados por los solicitantes, esta prerrogativa tiene ciertos límites siendo el principal de ellos la presunción de buena fe del declarante. (Artículo 83 C.N.). Tal presunción conlleva a que no pueda argumentarse para la negación de la inscripción en el registro, el desconocimiento de la ocurrencia del hecho por autoridad gubernamental o la existencia de contradicciones en las declaraciones rendidas por los desplazados, como quiera que estas pueden ser ocasionadas por la misma situación en la que tuvieron que abandonar sus hogares y en todo caso corresponde a la autoridad probar de forma cierta la no ocurrencia del hecho (C. Const., 2008).*¹⁷

No obstante la meridiana claridad en el tema y la posición de la Corte según la cual el registro es apenas una herramienta técnica que sirve para verificar el cumplimiento de las obligaciones prestacionales del Estado para con las víctimas de desplazamiento forzado, y que en Colombia se es desplazado mientras concurren los hechos requeridos, fuerza que obliga y movilización dentro de las fronteras del territorio nacional, en la realidad si una persona no es incluida en el RUV o en su momento en el Rupd, solo tendrá derecho a la entrega de la ayuda humanitaria inmediata si declaró dentro de los tres meses siguientes al desplazamiento, haciéndose nugatorios sus demás derechos fundamentales porque dependen de la inclusión en el RUV.

En suma, se consagra como fundamental el reconocimiento de la condición de persona víctima del desplazamiento forzado, y su inclusión en el RUV, ya que de este se desprende el acceso a los beneficios para las víctimas de desplazamiento forzado.

Es de reiterar que con anterioridad a la expedición de la Ley 1448 de 2011, la Corte Constitucional había desarrollado los principios que debían guiar la interpretación de las disposiciones relativas a la valoración de las declaraciones previo a la inclusión en el RUV, y había señalado criterios que deben ser tenidos en cuenta por las autoridades encargadas de recibir y tramitar las declaraciones de quienes se dicen víctimas o desplazados, para que sus decisiones respeten la condición de sujetos de especial protección constitucional que cobija a las víctimas de este fenómeno. Como pautas generales en esta temática, la Corte ha expresado que

17 Se agregaron las subrayas.

(1) Las disposiciones legales deben interpretarse y aplicarse a la luz de las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad sobre el tema de desplazamiento forzado, en particular, el artículo 17 del Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra de 1949 y los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, consagrados en el Informe del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para el Tema de los Desplazamientos Internos de Personas; (2) el principio de favorabilidad; (3) el principio de buena fe y el derecho a la confianza legítima; y (4) el principio de prevalencia del derecho sustancial propio del Estado Social de Derecho. (C. Const. 2007c).

Como se enuncia en la anterior jurisprudencia, las víctimas no están obligadas a demostrar quiénes son los autores de los hechos victimizantes; por el contrario, le corresponde al Estado investigar y determinar quiénes fueron los causantes, porque tiene la carga de probar que las declaraciones de las víctimas no son acordes a la realidad, y en caso de duda, se presume la buena fe a favor de las víctimas.

Otro de los derechos del cual deben gozar las víctimas de desplazamiento forzado es al *acceso a la atención humanitaria*, porque como lo señala Jaime Agudelo,

confluyen principios y derechos constitucionales inherentes al ser humano, que ante la catástrofe social que representa el desplazamiento, están llamados a operar de manera eficiente como fundamento jurídico para el cumplimiento de nuevas obligaciones para proteger a las personas de una situación que el mismo Estado no fue capaz de evitar (2007).

Señala el autor que la ayuda humanitaria ha sido contemplada en la mayoría de la normativa de víctimas expedidas por el Estado colombiano, y esto comenzó desde la aceptación implícita del desplazamiento forzado por la violencia en el Conpes 2804 de 1995, en el que se estableció la atención humanitaria, con el fin de emprender las acciones inmediatas tendientes a socorrer y asistir a la población desplazada y atender sus necesidades de alimentación, aseo personal, manejo de abastecimientos, utensilios de cocina, atención médica y psicológica, transporte de emergencia y alojamiento transitorio dotado con servicios sanitarios, determinando que se entregaría por el lapso de tres meses, prorrogables excepcionalmente por otros tres, y que tendrían prioridad la población infantil, las personas de la

tercera edad y las mujeres cabeza de familia (Departamento Nacional de Planeación, 1995).

No obstante haber iniciado con el Conpes, posteriormente fue expedida la Ley 387 de 1997, "Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia", desarrollada por el Decreto presidencial 2569 del 2000 y el Decreto 250 de 2005 del Ministerio del Interior, normas que en términos generales consagraban los mismos componentes antes señalados y que solo pretendían resolver la situación de manera temporal.

En la actualidad, la Ley 1448 de 2011 establece en su artículo 47 que las víctimas recibirán ayuda humanitaria según las necesidades inmediatas que guarden relación directa con el hecho victimizante, con el objetivo de socorrer, asistir, proteger y atender sus necesidades de alimentación, aseo personal, manejo de abastecimientos, utensilios de cocina, atención médica y psicológica de emergencia, transporte de emergencia, alojamiento transitorio en condiciones dignas y con enfoque diferencial.

De esta forma, en la actualidad la ayuda humanitaria se divide en tres etapas: la primera ayuda que puede recibir la víctima es la inmediata,¹⁸ que se entrega desde el momento del desplazamiento hasta que se realice la inscripción en el RUV, siempre y cuando la declaración de los hechos se haga dentro de los tres meses siguientes al desplazamiento, y está a cargo del municipio receptor de la víctima; la segunda es la ayuda de emergencia,¹⁹ que se entrega a partir de la inclusión en el RUV hasta un año posterior a dicha inclusión; y la ayuda de transición,²⁰ que va desde este último año hasta que la víctima sea incluida en los demás programas sociales del Estado o haya superado las condiciones de vulnerabilidad por las cuales solicitaba la ayuda.

Frente a la ayuda humanitaria indica Agudelo:

18 De este tipo de ayuda se hablaba desde el año 2000, como puede verse en el Decreto 2569 del Ministerio del Interior, de ese año, concretamente en el artículo 16, sobre ayuda inmediata. Y en la actualidad también se cuenta con el artículo 63 de la Ley 1448 de 2011 y su decreto reglamentario 4800 de 2011.

19 Decreto 2569 del año 2000, artículo 17, sobre ayuda de emergencia; y la Ley 1448 de 2011 y su decreto reglamentario 4800 de 2011.

20 Establecida únicamente en la Ley 1448 de 2011 y el Decreto 4800 de 2011.

ha señalado la Corte Constitucional que es una expresión al derecho a una subsistencia mínima y al mínimo vital, señala que se refiere además de la ayuda humanitaria de emergencia, al cubrimiento de la asistencia mínima durante las etapas de restablecimiento económico y de retorno. Considera la Corte que este tipo de ayuda se debe dar ininterrumpidamente (2007)

Respecto al término temporal para la entrega de la ayuda humanitaria de emergencia y de transición, es importante tener en cuenta que el artículo 15 de la Ley 387 de 1997 establece que se entrega por períodos de tres meses, prorrogables por tres meses más según el parágrafo de dicho artículo. Dicho parágrafo fue demandado por inconstitucional, y en la sentencia C-278 de 2007, al realizar el estudio de constitucionalidad de esa norma, la Corte determinó:

[...] bajo la actual perspectiva del control abstracto de constitucionalidad, la Corte estima que la ayuda humanitaria no puede estar sujeta a un plazo fijo inexorable. Si bien es conveniente que la referencia temporal exista, debe ser flexible, sometida a que la reparación sea real y los medios eficaces y continuos, de acuerdo a las particularidades del caso, hasta salir de la vulnerabilidad que atosiga a la población afectada, particularmente en esa primera etapa de atención, en la cual se les debe garantizar condiciones de vida digna que hagan viable parar el agravio, en tránsito hacia una solución definitiva mediante la ejecución de programas serios y continuados de estabilización económica y social.

Teniendo en cuenta, entonces, que el estatus de desplazado no depende del paso del tiempo sino de una condición material, dichos programas solo pueden iniciarse cuando exista plena certeza de que el desplazado tiene satisfecho su derecho a la subsistencia mínima, al haber podido suplir sus necesidades más urgentes de alimentación, aseo personal, abastecimientos, utensilios de cocina, atención médica y psicológica, transporte de emergencia y alojamiento transitorio en condiciones dignas, aspectos a los que apunta este componente de atención de acuerdo con lo estipulado en el artículo 15 de la Ley 387 de 1997 (C. Const., 2007b).

De lo anterior se desprende que la ayuda humanitaria de emergencia o de transición deberá entregarse hasta que se haya alcanzado el autosostenimiento del grupo familiar; es decir, hasta que el peticionario de la ayuda sea capaz de garantizar condiciones de vida digna para su grupo familiar, lo que constituye una garantía para los derechos de las víctimas, específi-

camente al mínimo vital, consistente en los elementos mínimos necesarios para la subsistencia de las personas.

Un argumento importante que plantea Alzate, para tener en cuenta frente al tema de la ayuda humanitaria, es

que el derecho internacional reconoce que ciertos grupos de personas tienen necesidades de protección diferenciales a raíz de sus situaciones específicas, o en algunos casos por su vulnerabilidad manifiesta o por inequidades estructurales de la sociedad. Estas necesidades especiales de protección han sido reiteradas por órganos de supervisión de los Derechos Humanos, como el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1966), para lo cual se ha estructurado la figura del llamado *enfoque diferencial*, consistente en un método de análisis que toma en cuenta las diversidades e inequidades existentes en la realidad, con el propósito de brindar una adecuada atención y protección de los derechos de la población. En este sentido, el enfoque diferencial permite visibilizar las vulnerabilidades y vulneraciones específicas de grupos e individuos; y partiendo del reconocimiento de la diferencia, se busca garantizar el principio de equidad lo cual en múltiples sentencias y autos de la Corte Constitucional se convierte en un criterio de protección especial y de priorización en la entrega de las ayudas humanitarias (2015).

Si bien este concepto ha ido ganando terreno en su consagración legal, ha sido bien importante el papel asumido por la Corte, que después de la sentencia T-025 de 2004, y en función del seguimiento a dicha sentencia, en 2007 comenzó un estudio de las vulneraciones sufridas por grupos históricamente discriminados o cuya mayor vulnerabilidad exige que el Estado implemente medidas afirmativas o discriminaciones positivas para lograr su equiparación hasta la procura de garantizarles unos derechos mínimos frente al resto de personas desplazadas.

Como resultado de dicho estudio, la Corte profirió los autos conocidos como de enfoque diferencial, Autos 092 de 2007, 251 de 2008, 004, 005 y 006 de 2009, 234 de 2013, y el 173 de 2014, entre otros, que protegieron en su orden a madres cabeza de familia, niños en contexto de conflicto armado interno, indígenas, afrodescendientes y personas con discapacidad, para lo cual, en materia de ayuda humanitaria, señaló la existencia de una doble presunción constitucional de vulnerabilidad, determinando que estos grupos requerían de la ayuda humanitaria permanente y no estaban en

capacidad de proveerse su autosostenimiento. Con esto se pretende señalar una senda a la institucionalidad y a los jueces de instancia para prevenir la violación de los derechos fundamentales de los grupos vulnerables.

3. La acción de tutela por el RUV y las ayudas humanitarias

Si bien desde 1997 existe una amplia normativa en materia de atención a víctimas, esta ha sido ineficaz al punto que ha sido la acción de tutela consagrada en la Constitución de 1991 el mecanismo idóneo para la protección de los derechos fundamentales, lo que permitió en última instancia que la Corte, por la revisión de múltiples solicitudes de amparo constitucional,²¹ asumiera un papel protagónico y se convirtiera en la máxima garante de los derechos fundamentales vulnerados por acciones u omisiones de las autoridades administrativas y judiciales a través de sus fallos, contribuyendo de paso a que se produjera un mayor desarrollo normativo a lo largo de los años para la garantía de los derechos de las víctimas.

Así se plantea la declaratoria del estado de cosas inconstitucionales en materia de desplazamiento forzado, que comporta un desconocimiento flagrante de la Constitución y una violación grave de los derechos fundamentales de los ciudadanos, por cuanto, como lo señaló la Corte, la situación de los desplazados constituye “un verdadero estado de emergencia social”, “una tragedia nacional, que afecta los destinos de innumerables colombianos y que marcará el futuro del país durante las próximas décadas”, y “un serio peligro para la sociedad política colombiana” (C. Const., 2000b).

Por las graves vulneraciones a los derechos fundamentales de las víctimas y su necesidad de acudir al amparo constitucional de manera recurrente y como último recurso, el máximo tribunal constitucional en varias oportu-

21 Señala el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 en su inciso final que “Los fallos que no sean impugnados serán enviados al día siguiente a la Corte Constitucional para su revisión”. En igual sentido, señala el artículo 33 que “La Corte Constitucional designará dos de sus magistrados para que seleccionen, sin motivación expresa y según su criterio, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas. Cualquier magistrado de la Corte, o el Defensor del Pueblo, podrá solicitar que se revise algún fallo de tutela excluido por estos cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Los casos de tutela que no sean excluidos de revisión dentro de los 30 días siguientes a su recepción, deberán ser decididos en el término de tres meses” (Presidencia de la República, 1991).

tunidades se ha pronunciado en relación con la procedencia de la acción de tutela en materia de desplazamiento forzado, afirmando en tal sentido:

Un Estado social de derecho debe procurar a sus habitantes los mecanismos suficientes para el disfrute de las garantías mínimas, de manera que puedan vivir en condiciones dignas. Así, la Constitución Política colombiana, con la finalidad de lograr la efectiva protección de los derechos de los asociados, aun más si se trata de personas que, por sus condiciones económicas, físicas o psíquicas, se hallan en estado de debilidad manifiesta (art. 13 Const.) y, por ende, de mayor vulnerabilidad, estableció una especial protección que, en lo ahora atinente, se extiende a las víctimas de desplazamiento forzado (C. Const., 2012a).

Según jurisprudencia de esta corporación, aunque la acción de tutela tiene un carácter subsidiario, es decir que procede cuando no exista otro mecanismo judicial para la defensa de los derechos, o cuando existiendo, estos no sean idóneos para la protección, puede ser utilizada como el primer recurso jurídico para la defensa de sus derechos fundamentales por cuanto señala la Corte que “resulta desproporcionado exigir el agotamiento previo de trámites ordinarios, como requisito para procurar un amparo efectivo a personas que han sido desarraigadas, dejando atrás la mayoría de sus derechos para tratar de preservar la propia vida y la del núcleo familiar, frecuentemente disminuido” (C. Const., 2011a); con lo que se obvia para las víctimas de desplazamiento el requisito de inexistencia de otro mecanismo judicial. En este sentido, ha expresado ese organismo:

[...] debido a la gravedad y a la extrema urgencia a la que se ven sometidas las personas desplazadas, no se les puede someter al trámite de las acciones judiciales para cuestionar los actos administrativos de la Red, ni a la interposición de interminables solicitudes a la coordinadora del Sistema. Aquello constituye la imposición de cargas inaguantables, teniendo en cuenta las condiciones de los connacionales desplazados, y son factores que justifican la procedencia de la acción de tutela. En este contexto, se ha admitido que cuando quiera que en una situación de desplazamiento forzado una entidad omite ejercer sus deberes de protección para con todos aquellos que soporten tal condición, la tutela es un mecanismo idóneo para la protección de los derechos conculcados (C. Const., 2006).

Así pues, se concluye que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para la garantía de los derechos de las víctimas, especialmente cuando los dere-

chos vulnerados tienen que ver con la inclusión en el RUV y el derecho a la ayuda humanitaria de las víctimas de desplazamiento forzado.

4. La tutela y el principio de inversión de la carga de la prueba

Si bien se predica que la acción de tutela es un mecanismo cuyo procedimiento es breve, sumario y desprovisto de engorrosas formalidades jurídicas, basado en principios internacionales de derechos humanos, el artículo 18 del Decreto 2591 de 1991 establece que “el juez que conozca de la solicitud podrá tutelar el derecho, prescindiendo de cualquier consideración formal y sin ninguna averiguación previa, *siempre y cuando el fallo se funde en un medio de prueba del cual se pueda deducir una grave e inminente violación o amenaza del derecho*” (Presidencia de la República, 1991).²²

Lo anterior permitiría pensar que para acceder a la protección de derechos fundamentales es necesario probar cada uno de los hechos que fundamenten los argumentos de vulneración de los mismos, como lo plantea Inés Lépori White cuando afirma que “La teoría que impone al que afirma, la carga de probar, originada también en el aforismo romano *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, impone la carga de la prueba a quien afirma un hecho y libera a quien lo niega” (citado por Peyrano, 2004: 48). Para Lépori, la tradición heredada del derecho romano, receptada por los legisladores del siglo XIX a través de la elaboración doctrinal del derecho común, funda el concepto de carga de la prueba sobre la necesidad práctica de que cada una de las partes alegue y pruebe en el proceso aquellos hechos a los cuales la norma jurídica vincula el efecto deseado. Continúa Lépori: “la carga de la prueba consiste en la necesidad práctica de probar una relación o un hecho afirmado, para evitar una decisión desfavorable, o también aquella otra según la cual la carga de la prueba es la obligación de probar, de presentar la prueba, de suministrarla” (citado por Peyrano, 2004: 48).

Gian Antonio Micheli por su parte afirma que “la elaboración doctrinal del derecho común, funda el concepto de carga de la prueba sobre la necesidad práctica de que cada una de las partes alegue y pruebe en el proceso aquellos hechos a los cuales la norma jurídica vincula el efecto deseado” (1982: 59).

22 Se agregaron las cursivas.

Es cierto que este tipo de cargas probatorias tradicionales han sido aceptados por la Corte Constitucional en algunas acciones de tutela, como en la sentencia T-835 del año 2000, en la que afirma que

quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que se funda su pretensión, afirmación que encuentra su razonabilidad en que quien conoce la manera exacta como se presentan los hechos y las consecuencias de los mismos, es quien padece el daño o la amenaza de afectación (C. Const., 2000a).

Sin embargo, este tipo de cargas probatorias no es aplicable en materia de desplazamiento forzado; por ejemplo, en el año 2001 la Corte hizo evidente el problema que constituía para las víctimas la consecución y demostración de sus afirmaciones, no solo para alcanzar la inclusión en el Rupd, hoy RUV, sino para solicitar las ayudas humanitarias y demás derechos adquiridos con dicho estatus, tal como se observa en la sentencia T-327 de 2001, donde aduce que

Al presumirse la buena fe, se invierte la carga de la prueba y, por ende, son las autoridades las que deben probar plenamente que la persona respectiva no tiene la calidad de desplazado. Por lo tanto, es a quien desea contradecir la afirmación a quien corresponde probar la no ocurrencia del hecho. El no conocimiento de la ocurrencia del hecho por autoridad gubernamental alguna no es prueba de su no ocurrencia. Es apenas prueba de la inmanejable dimensión del problema que hace que en muchas ocasiones las entidades gubernamentales sean desconocedoras del mismo. En muchas ocasiones las causas del desplazamiento son silenciosas y casi imperceptibles para la persona que no está siendo víctima de este delito. Frente a este tipo de situaciones es inminente la necesidad de la presunción de buena fe si se le pretende dar protección al desplazado (C. Const., 2001).²³

En ese mismo sentido, en cuanto a la flexibilización de la carga de la prueba en materia de inclusión en el entonces Rupd, la Corte dejó establecido que la exigencia probatoria debe morigerarse cuando quien reclama el amparo constitucional es una persona que, como las víctimas de desplazamiento forzado, se encuentra en una situación de mayor vulnerabilidad. Así, en la sentencia T-397 de 2009 señaló que

23 Se agregaron las cursivas y las subrayas.

[...] teniendo en cuenta a partir de los requerimientos derivados de tan compleja crisis humanitaria, es indispensable establecer instrumentos eficaces que permitan reconocer esa condición y proteger realmente al grupo vulnerable, de donde la discusión actual no radica en establecer si el Estado debe proteger al desplazado, sino en definir quién lo es y cómo debe demostrarse esa calidad. En otras palabras, el problema relevante en la actualidad es definir cuáles son los medios probatorios y cuáles los instrumentos procesales previstos en el ordenamiento jurídico para probar que el accionante de tutela es una persona desplazada por la violencia (C. Const., 2009).

Los desarrollos jurisprudenciales anteriores que restan exigencias formales a las pruebas en la acción de tutela constituyen una aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, que para el magistrado constitucional Alberto Rojas Ríos significa que:²⁴

en la línea de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, se verificara el tratamiento que se ha dado a la carga de la prueba, y de sus decisiones en sede de tutela, así como en algunos pronunciamientos de constitucionalidad. Se ha posibilitado la protección de los derechos fundamentales de quienes se encontraban en dificultad para acreditar su lesión o amenaza, permitiendo así perfilar el derecho a probar como genuina garantía de protección de los derechos fundamentales.

Una definición dogmática de la carga dinámica de la prueba que se ajusta al presente trabajo es la adoptada por Jorge W. Peyrano, retomada por Lépori, según la cual

24 Según este jurista, en la situación vivida en la Sentencia T-327 de 2001, la Corte da aplicación a la teoría de la carga dinámica de la prueba en materia de desplazamiento forzado. En dicha sentencia se establece que “En virtud de la aplicación del artículo 83 de la Carta Política, debe presumirse la buena fe en la actuación de los particulares. En el caso de los desplazados, se debe presumir la buena fe al estudiar su inclusión en el Registro Nacional de Desplazados para recibir la ayuda del Gobierno. El exigir aportar nuevos documentos, sin que estos estén siquiera relacionados en un decreto, implica presunción de mala fe. Al presumirse la buena fe, se invierte la carga de la prueba y, por ende, son las autoridades las que deben probar plenamente que la persona respectiva no tiene la calidad de desplazado. Por lo tanto, es a quien desea contradecir la afirmación a quien corresponde probar la no ocurrencia del hecho. En muchas ocasiones las causas del desplazamiento son silenciosas y casi imperceptibles para la persona que no está siendo víctima de este delito. Frente a este tipo de situaciones es inminente la necesidad de la presunción de buena fe si se le pretende dar protección al desplazado”.

Se conoce como una nueva doctrina que trató de flexibilizar la rigidez en que habían caído las reglas sobre la carga de la prueba y la consecuente dificultad que la aplicación de las mismas tenía en ciertos casos [...] esta teoría sostiene que, más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentra en mejores condiciones para producirla (Peyrano, 2004: 50).

Comenta Lépori (Peyrano: 2004: 61) que la primera declaración pública sobre la teoría de las cargas probatorias dinámicas se produjo en las V jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, comercial e informático de 1992, donde se dijo:

La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del *onus probandi*,²⁵ según fueran las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquel puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien esté en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado [...].

En esta medida, como lo indica Juliana Pérez, una definición precisa acerca de la carga dinámica de la prueba es la que afirma que esta es “una regla que permite al juez en el caso concreto determinar cuál de las partes debe correr con las consecuencias de la falta de prueba de determinado hecho, en virtud a que a esta le resulta más fácil suministrarla” (2011: 207); lo que en el caso de las víctimas de desplazamiento resulta completamente adecuado ya que, como se ha observado las páginas anteriores, estas personas son sujetos de especial protección, y sus extremas condiciones de vulnerabilidad, así como la complejidad en la que se desarrolla el conflicto armado en Colombia, no siempre permite identificar al victimario, lo que pone en un mayor riesgo a la víctima, hace que la carga de probar esté en cabeza del Estado, que es en última instancia el que cuenta con el aparato policial, investigativo y judicial, cuando la víctima no se encuentre en condiciones de probar los fundamentos fácticos de su solicitud de protección constitucional. Lo anterior pese a no desconocer planteamientos como el formulado por Pérez, en el sentido que

25 Expresión latina que significa carga de la prueba.

la carga de la prueba no está señalada de antemano, no se establece previamente el sujeto que debe probar de acuerdo con lo que se persigue. Dependiendo de las circunstancias del caso concreto, del objeto litigioso y la mayor o menor posibilidad de consecución de la prueba, esta le corresponderá aportarla a aquella parte que esté en mejores condiciones para hacerlo (2011: 207).

De lo anterior se desprende que excepciones al *onus probandi* como la carga dinámica o la inversión de la carga de la prueba, consagrada en toda la normativa actual sobre víctimas,²⁶ deben ser la guía al momento de decidir las acciones de tutela presentadas por víctimas de desplazamiento, en la medida que si la víctima no puede probar las afirmaciones de hechos en su acción, le corresponde al juez tener en cuenta el principio de inversión de la carga de la prueba, o la presunción de buena fe cuando la entidad accionada no demuestre lo contrario a lo que afirma la víctima,²⁷ tal como explica Pérez:

La carga dinámica de la prueba es, finalmente, una obligación para el juez, que debe contar con la capacidad de estructurar los hechos jurídicamente relevantes y la respectiva parte a la que le incumbe probarlos, en este sentido el juez es un ente activo que debe repartir las cargas probatorias. En otras palabras, el juez es el único que tiene la posición de obligado con la carga de la prueba, pues las partes no tienen deber u obligación de llevar la prueba (2011: 208).

26 Artículo 78, Ley 1448 de 2011 INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA. Bastará con la prueba sumaria de la propiedad, posesión u ocupación y el reconocimiento como desplazado en el proceso judicial, o en su defecto, la prueba sumaria del despojo, para trasladar la carga de la prueba al demandado o a quienes se opongan a la pretensión de la víctima en el curso del proceso de restitución, salvo que estos también hayan sido reconocidos como desplazados o despojados del mismo predio. Y en caso específico de inclusión en el RUV artículo 35 del decreto 4800 de 2011 establece que frente a la valoración la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas deberá garantizar que la solicitud de registro sea decidida en el menor tiempo posible, en el marco de un trámite administrativo ágil y expedito, en el cual el Estado tendrá la carga de la prueba.

27 El artículo 5 de la Ley 1448 de 2011 establece: “PRINCIPIO DE BUENA FE. El Estado presumirá la buena fe de las víctimas de que trata la presente ley. La víctima podrá acreditar el daño sufrido, por cualquier medio legalmente aceptado. En consecuencia, bastará a la víctima probar de manera sumaria el daño sufrido ante la autoridad administrativa, para que esta proceda a relevarla de la carga de la prueba”.

5. Valor del precedente judicial en las sentencias de la Corte

Aunque es polisémico, el precedente judicial puede entenderse, según Marina Gascón Abellán, como

el criterio, principio o razón jurídica en el que se funda una decisión judicial previa usada como fuente para la adopción de futuras decisiones. Lo dicho significa que en una determinada sentencia no vincula como precedente cualquier afirmación contenida en ella, sino exclusivamente su *ratio decidendi* o fundamento; es decir, los principios y criterios que la “fundamentan” (2011: 134).

En Colombia, el tema del precedente ha tenido un mayor desarrollo a partir de la expedición de la Constitución de 1991, que en materia legislativa, por ejemplo, saltó del pensamiento legalista del siglo XIX (Ley 153 de 1887) a contemplar que la parte resolutive de las sentencias de constitucionalidad eran de obligatorio cumplimiento,²⁸ como se observa en el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, que establece:

ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. <Condicionalmente exequible> Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto *erga omnes* en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.

2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.²⁹

28 Esta claridad también se observa en el Decreto 2067 de 1991, artículo 21, que establece: “Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares”.

29 De esta parte fueron declaradas inexecutable las expresiones “Sólo” y “el Congreso de la República”, bajo el entendido de que “la interpretación que por vía de autoridad hace la Corte Constitucional, tiene carácter obligatorio general (C. Const, 1996).

La anterior norma, aunque declarada exequible, fue aclarada por la Corte, la cual indicó que el único criterio auxiliar de sus sentencias es la parte motiva, pero que la *ratio decidendi* y la decisión, es decir los elementos o partes obligatorias de la sentencia, se erigen como precedente, y en la medida en que se apliquen de manera vertical a casos decididos por jueces de las demás instancias, son de obligatorio cumplimiento. Incluso la Corte trató el tema del precedente en la Sentencia C-836 de 2001, donde resalta la importancia del mismo y defiende el papel del juez, ya no como mero aplicador del Derecho, sino como verdadero creador del mismo, que busca una seguridad jurídica a través de la previsibilidad de las decisiones judiciales, es decir, en la certeza que se les debe dar a los ciudadanos de que los jueces decidirán los casos iguales de la misma forma.

De acuerdo con la definición de Gascón (2011), es posible afirmar que en Colombia, para el caso del RUV y de la ayuda humanitaria en materia de desplazamiento forzado, puede hablarse de dos tipos de precedente de la Corte Constitucional: el autoprecedente y el precedente vertical, que relacionados con los temas de este trabajo, se desarrollan en los siguientes términos:

Se denomina autoprecedente o precedente horizontal al “que procede de las decisiones previas adoptadas por el mismo juez o tribunal que ahora tiene que decidir” (Ibíd: 134), que para este caso se evidencia en la consistencia de la línea jurisprudencial de la Corte en las materias que trata el artículo, incluso desde la expedición de la sentencia, T-227 de 1997, pasando por la T-327 de 2001, la T-268 de 2003 y la T-025 de 2004, sentencia hito en la materia y que es el nuevo punto de partida para la garantía de los derechos a la inclusión en el RUV y la entrega de la ayuda humanitaria, pasando por la sentencia C-278 de 2007 y la T-821 de 2007; y de manera más reciente, las sentencias de constitucionalidad proferidas por distintas salas de decisión, que examinan si la Ley 1448 se ajusta a la Constitución de 1991, o si se ajusta a lo señalado en los Principios Rectores de Desplazamientos Internos como parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, acatando las reglas y subreglas constitucionales fijadas por la Corte.³⁰

30 La Corte, en Sentencia C 634 de 2011, las define así: “En términos simples, el deber de acatar los mandatos superiores y legales incorpora, de suyo, el mandato imperativo de asumir como reglas formales de derecho las decisiones que unifican jurisprudencia y/o hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, en tanto la *ratio decidendi* de esas sentencias contienen las subreglas que, mediante la armonización concreta de las distintas fuentes de derecho, dirimen los conflictos sometidos al conocimiento de las autoridades judiciales y administrativas”.

En ese mismo sentido, es de resaltarse que las decisiones tomadas en los Autos 099 de 2013 y 119 de 2013 son reflejo de consistencia de la línea jurisprudencial señalada, que le indica por ejemplo al Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas que en los casos donde procede la ayuda humanitaria, las autoridades deben tener en cuenta que la situación de desplazamiento es una cuestión de hecho que requiere la entrega oportuna de las medidas, ya que vulnera el derecho fundamental al mínimo vital de la población desplazada cuando las autoridades no reconocen la ayuda humanitaria o su prórroga aduciendo únicamente requisitos, formalidades y apreciaciones que no se corresponden con la situación en la que se encuentra esa población, o no se encuentran establecidos en la ley; esto cobra importancia en las demás providencias judiciales que se tomen frente al tema, ya que deben ajustarse a este tipo de lineamientos establecidos por la Corte.

Siguiendo con Gascón,

llamamos precedente vertical al que procede de una decisión anterior de un juez o tribunal de rango superior al del juez o tribunal que tiene que decidir ahora un caso dado. La regla que vincula a los órganos juzgadores al precedente vertical se conoce como *stare decisis et quita non moveré*,³² e indica que los precedentes tienen autoridad y deben ser seguidos (2011: 134).³¹

Por precedente vertical, en las materias que se está tratando aquí, ha de entenderse entonces como la omisión o desconocimiento adrede de parte de los Jueces del Circuito de Medellín para aplicar en sus sentencias las decisiones que ha tomado la Corte Constitucional en materia de desplazamiento forzado, acatando o no en el caso específico las reglas y subreglas constitucionales inherentes a la inclusión en el RUV y en la ayuda humanitaria, que como se observó anteriormente, tiene coherencia dentro del precedente horizontal que ha trabajado la Corte Constitucional desde hace por lo menos un década.

Entre los muchos desarrollos normativos y doctrinales que se le han hecho al término *precedente judicial*, son varios los pronunciamientos relevantes de la Corte respecto al tema de inclusión en el RUV y en la ayuda humani-

31 Locución latina que significa “mantenerse con las cosas decididas”.

taria por desplazamiento forzado,³² en los cuales se observa que la Corte es consistente y coherente con su autoprecedente o precedente horizontal, ya que la línea jurisprudencial que se ha trazado sobre estos temas del desplazamiento forzado no solo está basado en la T-025 de 2004, sino que además esta ha sido la base para el desarrollo de fundamentos que implican cambios en las políticas públicas de desplazamiento a través de sus autos; por ejemplo, en materia de ayuda humanitaria, se encuentran también la sentencia C 278 de 2007³³ y el Auto 099 de 2013,³⁴ y sobre la inclusión en el RUV, el 119 de 2013,³⁵ que tuvieron origen en el Auto 050 de 2004, en el

32 Sentencias C-113 de 1993, C-131 de 1993, C-083 de 1995, C-037 de 1996, C-037 de 2000, C-836 de 2001, T-292 de 2006 y C-335 de 2008. La Sentencia C-278 de 2007 dice al respecto: “En los fallos nombrados la Corte estableció temas como; (i) la Corte Constitucional como única autoridad judicial que puede fijar los efectos en el tiempo y alcance de sus decisiones; (ii) las partes de las sentencias de constitucionalidad que poseen el carácter de cosa juzgada; (iii) la distinción entre la función interpretativa y la función integradora de la doctrina constitucional, como un instrumento orientador, más no obligatorio; (iv) sobre la aplicación e invocación de la excepción de ilegalidad; (v) respecto a la noción de la doctrina probable; (vi) la importancia del principio de seguridad jurídica en el desarrollo y seguimiento de los precedentes jurisprudenciales de los órganos de cierre de cada jurisdicción, y la obligatoriedad de la *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte Constitucional como fuente del derecho; y, (vii) el reconocimiento de la obligatoriedad de los precedentes reconocidos por órganos de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción contencioso administrativa, y el deber de todas las autoridades de respetar el precedente constitucional, entre otros”.

33 La Sentencia C- 278 de 2007 declaró INEXEQUIBLES las expresiones “*máximo*” y “*excepcionalmente por otros tres (3) más*”, contenidas en el parágrafo del artículo 15 de la Ley 387 de 1997, y EXEQUIBLE el resto del parágrafo, en el entendido que el término de la atención humanitaria de emergencia previsto en esa disposición será prorrogable hasta que el afectado esté en condiciones de asumir su autosostenimiento.

34 En este Auto se afirma que de conformidad con el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, “el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza. 1. En desarrollo de esta norma, la Corte Constitucional ha proferido, además de la sentencia T-025 de 2004, numerosos autos de seguimiento respecto de las medidas adoptadas para la superación del estado de cosas inconstitucional, así como para garantizar el goce efectivo de los derechos de la población desplazada [...] La Corte Constitucional ha reconocido la fuerza vinculante de los Principios Rectores al considerarlos como parte del bloque de constitucionalidad para resolver casos concretos [...]”.

35 En el Auto 119 de 2013, la Corte declara inconstitucional “la práctica de la Dirección de Registro de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, que consiste en no inscribir en el Registro Único de Víctimas a las personas que se vieron forzadas a desplazarse por situaciones de violencia generalizada, como la producida por las acciones de las BACRIM cuando no se presentan con ocasión del conflicto armado y en general, en aquellas situaciones en las que el desplazamiento no guarda

cual la Corte fundamentó su competencia para realizar el seguimiento al cumplimiento de la sentencia T-025 de 2004, señalando que

De conformidad con lo que establece el artículo 27 del decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia de esta Corporación, en relación con las órdenes complejas dictadas para superar el estado de cosas inconstitucional, la Sala Tercera de Revisión, después de proferida la sentencia T-025 de 2004, conserva la competencia para adoptar determinaciones que permitan ajustar las órdenes complejas originalmente dictadas a las nuevas circunstancias que se puedan presentar, todo con miras a garantizar el goce efectivo del derecho fundamental amparado y sin modificar la decisión ni el sentido original y esencial de la orden impartida que hizo tránsito a cosa juzgada.

Así pues, en materia de precedente, y en aras de lograr claridad del valor y obligatoriedad de sus decisiones por parte de los jueces de tutela, la Corte también ha desarrollado o aclarado conceptualmente el tema en relación con los dos tipos de decisiones que nos ocupan.

Es preciso tener en cuenta un pronunciamiento que evidencia la importancia que tiene para la Corte la figura del precedente horizontal o autoprecedente, según el cual

El respeto a los precedentes cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tri-

una relación cercana ni suficiente con el mismo bajo los escenarios descritos en la Ley 387 de 1997, para efectos de garantizar sus derechos de protección, asistencia y atención, no es acorde con el esquema de protección a favor de la población desplazada por la violencia, ni con los pronunciamientos que ha realizado la Sala Plena de esta Corporación acerca de la definición del concepto de víctima de la Ley 1448 de 2011 (...) y ordena que se adopte las medidas que sean necesarias para asegurar que, de manera inmediata, se inscriba en el Registro Único de Víctimas a la población que se ve forzada a desplazarse bajo los escenarios enunciados en la Ley 387 de 1997, siempre que se cumplan los dos requisitos mínimos necesarios para adquirir tal condición, es decir, con independencia de si el desplazamiento forzado se presenta con ocasión del conflicto armado y sin distinciones en razón de la calidad o motivos del actor (política, ideológica o común) y de su modo de operar. Lo anterior, con el fin de que acceda de manera urgente e inmediata a las medidas de protección, asistencia y atención en tanto población desplazada por la violencia, desde el momento mismo del desarraigo hasta alcanzar la estabilización socio-económica por medio del retorno o la reubicación, en los términos de la Ley 387 de 1997, las normas que le siguen y reglamentan, y los distintos autos proferidos por la Corte Constitucional en seguimiento a la sentencia T-025 de 2004, con especial énfasis en el auto 219 de 2011”.

bunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas,³⁶ al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional. En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica [...]. En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos. Por todo lo anterior, es natural que en un Estado de derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas (C. Const., 1999).

En el mismo sentido, encontramos que la Corte entiende el precedente vertical en los siguientes términos:

El carácter vinculante de los precedentes de las altas cortes se explica, desde la perspectiva teórica expresada, de la necesidad de eficacia a principios básicos del Estado Constitucional, como la igualdad y la seguridad jurídica. Dentro de las distintas cualidades deseables de los sistemas jurídicos en los Estados democráticos está su predecibilidad y coherencia de las decisiones judiciales. Los ciudadanos esperan que, en todo caso, ante la existencia de asuntos análogos en sus hechos jurídicos relevantes, los jueces otorguen decisiones igualmente similares. No basta, por ende, que se esté ante la estabilidad y coherencia de las reglas del derecho legislado, sino también ante la ausencia de arbitrariedad en las decisiones judiciales. Esto se logra a partir de dos vías principales: (i) el reconocimiento del carácter ordenador y unificador de las subreglas creadas por los altos tribunales de justicia, como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional; y (ii) la exigencia que las decisiones judiciales cumplan con las condiciones propias de todo discurso racional, esto es, que (a) incorporen todas las premisas obligatorias para la adopción de la decisión, esto es, las diversas fuentes formales de derecho, otorgándose prevalencia a aquellas de superior jerarquía, como la Constitución; (b)

36 Véanse por ejemplo, entre otras, las sentencias T-13 de 1995 y C-400 de 1998.

cumplan con reglas mínimas de argumentación, que eviten las falacias y las contradicciones; (c) sean consistentes con las demás decisiones adoptadas por el sistema judicial, de modo que cumplan con el requisito de predecibilidad antes anotado (C. Const., 2011b).

En suma, la relevancia o la importancia del precedente judicial de la Corte Constitucional, en el presente trabajo, nos permite verificar en el siguiente acápite la aplicación de las decisiones obligatorias y vinculantes de ese organismo en materia de inclusión en el RUV y la ayuda humanitaria a víctimas de desplazamiento forzado interno, en los casos objeto de estudio de la investigación, en especial cuando se trata de aplicar los principios de buena fe e inversión de la carga de la prueba en ambos supuestos, y el concepto de enfoque diferencial, cuando se trata de ayuda humanitaria.

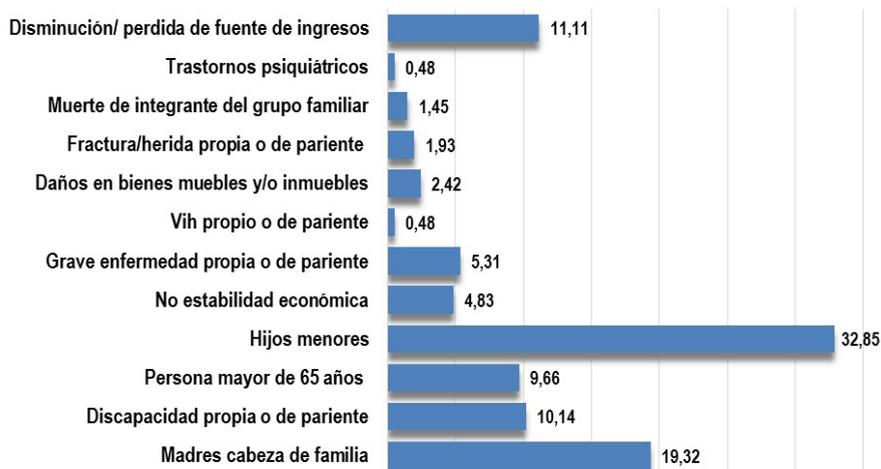
6. Los fallos de acción de tutela en Medellín respecto a la ayuda humanitaria e inclusión en el RUV

De las cien acciones de tutela instauradas en el año 2012, diez reclamaban el amparo de los derechos a la igualdad, al reconocimiento de la condición de víctima, al principio de la buena fe y a la igualdad, y solicitaban como consecuencia de dicha protección una orden final de inclusión en el RUV; y las otras 90 abogaban por el derecho de petición, la vida digna, igualdad, mínimo vital y dignidad humana, solicitando como consecuencia la entrega de la ayuda humanitaria en cualquiera de sus componentes.

En dichos fallos se estableció que el 77% de los solicitantes contaban con una o varias de las condiciones de vulnerabilidad establecidas como causales de enfoque diferencial consagradas en el artículo 13 de la Ley de Víctimas, o en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por ser personas que requerían garantías especiales por estar expuestos a mayor riesgo de violaciones de sus derechos en el marco del conflicto armado, tales como madres cabeza de familia, niños, adultos mayores, personas en situación de discapacidad, comunidades étnicas, afrodescendiente y víctimas de desplazamiento forzado, los cuales además contaban con los siguientes criterios de vulnerabilidad determinados en el programa de atención a víctimas y plasmados en las acciones de tutela presentadas:

Figura 1. Criterios de vulnerabilidad según las acciones de tutela en Medellín por ayuda humanitaria e inclusión en el ruv, 2012

CRITERIOS DE VULNERABILIDAD 2012



Fuente: Derivado del proyecto de investigación en proceso “Acción de tutela respecto al registro y las ayudas humanitarias de la población desplazada: ¿garantía de derecho o barrera de acceso?”, admitido e inscrito por el CODI el 10 de diciembre de 2013, dirigido por Jaime Alberto Agudelo Figueroa, Universidad de Antioquia.

Pese a lo anterior, en el año 2012, de los 90 fallos que solo trataron sobre la ayuda humanitaria, únicamente el 3% de los mismos ordenaron la entrega de la ayuda; es decir que en la mayoría de los casos no se tuvo en cuenta lo establecido por el precedente judicial de la Corte Constitucional para ese momento:

En el marco del proceso de seguimiento a la sentencia T-025 de 2004 la Corte ha establecido que algunos de los grupos que presentan mayores niveles de vulnerabilidad dentro de la población desplazada tienen el derecho a que la prórroga de la ayuda humanitaria se realice de manera automática, es decir, de manera ininterrumpida y sin necesidad de condicionarla a una verificación previa hasta que demuestre que el afectado está en condiciones de auto sostenerse [sic]. Tal es el caso de las mujeres desplazadas y las personas desplazadas con discapacidad. Las consideraciones anteriores han sido reiteradas en varias ocasiones por la Corte Constitucional en sede ordinaria de tutela. En estos pronunciamientos, teniendo en cuenta que el status de desplazado es una condición material concreta, “en especial cuando se trata de discapacitados y de mujeres cabeza de hogar”, esta Corporación ha ordenado a

las entidades responsables la aplicación de la prórroga automática. A pesar de que expresamente solo se consideró a las mujeres desplazadas y a las personas desplazadas con discapacidad como beneficiarios de la prórroga automática, de acuerdo con los autos 092 de 2008 y 006 de 2009, la Corte Constitucional en sede ordinaria de tutela la ha extendido a otros grupos con características similares, como las personas de la tercera edad (C. Const., 2013b).

En esta medida, principios como la buena fe, enfoque diferencial, presunción de veracidad e inversión de la carga de la prueba, fueron quedando relegados en muchos de los fallos; otros, aunque en la parte motiva de la sentencia tuvieron en cuenta de forma retórica el enfoque diferencial, en la mayoría de los casos terminaron con órdenes tímidas que no dieron solución al problema de inclusión en el RUV o de la entrega efectiva de la ayuda humanitaria que rogaba el accionante; es decir, en el caso de la ayuda humanitaria no se ordenó, por ejemplo, la entrega de la prórroga automática de la ayuda cada tres meses para las personas que deben gozar de un enfoque diferencial por sus especiales condiciones de vulnerabilidad. Por lo anterior se llega a la conclusión de que los jueces de circuito no están respetando el precedente la Corte Constitucional, relatado a lo largo de estas páginas, que hace referencia a la ayuda humanitaria, y por ende se somete a las víctimas a una espera larga e injustificada, discorde a los lineamientos jurisprudenciales de esta corporación en la materia.

Preocupa entonces que en sede de tutela, el 96% de las decisiones analizadas no contemplan los principios de buena fe e inversión de la carga de la prueba como garantías para que las víctimas de desplazamiento accedan en debida forma a las ayudas humanitarias, de acuerdo con los parámetros que detalladamente ha establecido la Corte Constitucional en la última década, ya que la situación se convierte en una clara vulneración de los derechos y una revictimización de los accionantes, cuando los jueces de instancia justifican las negligencias de la Uariv frente al reconocimiento de los derechos fundamentales de los desplazados, ya que hacen mal uso de los argumentos de la Corte y terminan decidiendo en forma contraria a la línea jurisprudencial de ésta, lo que podría leerse o interpretarse como un desconocimiento del precedente judicial garantista.

Ni siquiera en el 3% de los fallos que la ordenaron se observó la entrega inmediata de la ayuda humanitaria, referencia directa o análisis derivado de las reglas y subreglas fijadas por la Corte Constitucional en la materia, sino

que, por el contrario, en gran parte de ellos se encuentran sentencias de tipo *citra petita*,³⁷ como sucede en los casos en los que se solicita protección de los derechos fundamentales constitucionales a la vida, mínimo vital, igualdad, dignidad humana y derecho de petición, y el juez solo se limita en su fallo a decidir con base en la vulneración o no al derecho de petición.

En el tema de inclusión en el RUV, de las diez tutelas presentadas solicitando la inclusión en éste, solo dos de los fallos ordenaron la inclusión, dos la negaron, y seis fallos se limitaron a ordenar la respuesta a los derechos de petición o a realizar el seguimiento del caso; es decir, se observa nuevamente la inaplicabilidad del precedente vertical obligatorio expedido por la Corte Constitucional, ya que las negativas de no inclusión siguen siendo las mismas que ese organismo ha aclarado a lo largo de los años para que exista una verdadera protección a la población víctima aplicando los principios rectores de desplazamiento forzado y el bloque de constitucionalidad.

Para el año 2013, ninguno de los 124 fallos estudiados solicitaba ordenar la inclusión en el RUV, y es importante aclarar que esto no quiere decir que todas las víctimas son reconocidas e incluidas en el RUV adecuadamente, sino que en muchas oportunidades esta situación se resuelve en la instancia administrativa a través de los recursos de reposición y apelación, o bien a través de revocatorias directas, donde en últimas las víctimas logran desvirtuar los argumentos esbozados inicialmente por la Uariv frente a las negativas de inclusión en el RUV, esto es, demandando aplicación de la normativa internacional que hace parte del bloque de constitucionalidad o los pronunciamientos de la Corte Constitucional que ordenan la aplicación de los principios de presunción de buena fe e inversión de la carga de la prueba a favor de las víctimas, como los casos de duda frente a los autores del hecho victimizante, el tiempo de ocurrencia de los hechos, o inconsistencia en los hechos narrados por la víctima, ya que se aclara a la Uariv que es el Estado el que debe entrar a desvirtuar lo afirmado por la víctima, que está en posición más desfavorable para probar los hechos.

Ahora bien, de los 124 fallos en 2013 que tenían que ver con la entrega de la ayuda humanitaria, únicamente 39 de ellos ordenan la entrega de dicha

37 Entiéndase por sentencia *citra petita* aquella que omite pronunciarse sobre algunas de las cuestiones sometidas por las partes al juicio. Véase Consejo de Estado, sentencia del 13 de agosto de 2008, p. 9, 58.

ayuda, y solo en nueve fallos se ordena la entrega inmediata de la misma, de lo que se infiere que apenas en el 7,2% de los casos se aplican los principios establecidos por el precedente judicial como el principio de buena fe, de enfoque diferencial, o el de inversión de la carga de la prueba, para garantizar efectivamente el derecho a la vida en condiciones de dignidad, y el mínimo vital para las víctimas de desplazamiento forzado, pues, como lo estableció la Corte en el Auto 099 de 2013,

En la jurisprudencia constitucional es posible encontrar varias situaciones en las cuales las autoridades responsables no reconocen la ayuda humanitaria o su prórroga a la población desplazada en situaciones que la ameritan y que se adecuan a los requisitos establecidos. Frente a estas situaciones, la Corte ha fijado una regla general según la cual en el momento de evaluar la procedencia de la ayuda humanitaria las autoridades deben tener en cuenta que la situación de desplazamiento es una cuestión de hecho, y en esa medida, son las condiciones materiales y las circunstancias fácticas las que determinan la procedencia de la ayuda humanitaria. A partir de esta regla general, la Corte ha establecido una serie de subreglas relacionadas con la protección del derecho a la ayuda humanitaria. Así, la Corte ha considerado que se pone en riesgo y/o se vulnera el derecho fundamental al mínimo vital de la población desplazada cuando se niega el reconocimiento de la ayuda humanitaria aduciendo únicamente requisitos, formalidades y apreciaciones que (i) no son fieles con la situación en la que se encuentra la población desplazada (i.e. la no inclusión en el Registro, el carácter extemporáneo de la solicitud, o la sola afiliación al sistema contributivo de seguridad social); y (ii) que no se encuentran establecidos en la ley (i.e. la constancia de la modificación de la jefatura familiar) (C. Const., 2013b).

Así pues, ha determinado la Corte Constitucional en el anterior auto que

[...] frente a la ayuda humanitaria señala que al tratarse de bienes y servicios que son apremiantes y esenciales, solo tiene la capacidad de solventar las necesidades básicas, presentes y actuales de la persona que la solicita. No prevé resolver las necesidades mínimas de la persona desplazada en el futuro lejano. En ese sentido, la ayuda humanitaria es de carácter temporal, y la permanencia indefinida de la población en la etapa de emergencia como resultado del desplazamiento trae consigo la persistencia de unas “condiciones de vida violatorias de su derecho al mínimo vital”. De tal forma que el Estado es responsable de garantizar el tránsito del asistencialismo al auto sostenimiento [sic] sin traumatismos. Pero si el Estado es incapaz de asegurar este tránsito, subsiste en principio la obligación de este en cuanto a

la entrega de prórrogas de la Ayuda humanitaria de emergencia, hasta tanto se logre brindar a la persona soluciones duraderas (2013b).

En esta medida, de los fallos referentes a la ayuda humanitaria para 2013, se observó que más del 90% de los jueces evitan darle relevancia material al precedente de la Corte tendiente a superar el Estado de Cosas Inconstitucionales, utilizando argumentos incongruentes con lo establecido por esa corporación en materia de principios como el de buena fe e inversión de la carga de la prueba o, entre líneas, dándole más importancia al impacto fiscal que pueda tener su providencia, sin tener en cuenta la supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales de las víctimas que llevan más de diez años aceptando que prácticamente no existe constitución para el tratamiento de sus derechos.

Figura 2. Criterios de vulnerabilidad según las acciones de tutela en Medellín por ayuda humanitaria e inclusión en el RUV, 2013



Fuente: Derivado del proyecto de investigación en proceso “Acción de tutela respecto al registro y las ayudas humanitarias de la población desplazada: ¿garantía de derecho o barrera de acceso?”, admitido e inscrito por el CODI el 10 de diciembre de 2013, dirigido por el profesor Jaime Alberto Agudelo Figueroa, Universidad de Antioquia.

En el año 2013, el 76% de las acciones de tutela también fueron presentadas por personas que debían gozar de un enfoque diferencial de acuerdo a la ley de víctimas, y las acciones interpuestas argumentaban los criterios de vulnerabilidad adicionales que tenían las mismas, lo cual indica una tendencia a mantener las cifras de 2012 anteriormente descritas, ya que

solo disminuyeron en un 1% las negativas de protección constitucional por estos criterios de especial vulnerabilidad.

Así las cosas, como afirma Montoya,

como el propósito no es atacar a los jueces y hacer juicios de valor en torno a sus decisiones [...] quiero traer a colación algunas consideraciones del profesor Carlos Ignacio Jaramillo, quien al analizar la forma en que fallan los jueces de instancia, ha llegado a la conclusión que “los actores jurídicos (jueces distintos a los magistrados de las ‘Altas Cortes’ y abogados), en veces, realizan citaciones asimétricas, y en oportunidades se limitan a citar simplemente algunos párrafos de sentencias que no siempre configuran o traducen la jurisprudencia vigente; es más, se realizan citas de extractos insulares, desconectados del caso juzgado” (citado por Tamayo y Jaramillo, 2012: 256) (2015).

Así pues, aunque los jueces incluso piensen que ordenar la entrega inmediata de las ayudas humanitarias significaría una vulneración al derecho a la igualdad de los demás desplazados que sí deben esperar de forma indeterminada la entrega de su ayuda, parecen estar olvidando que la Corte ha sido reiterativa en indicar que existen casos excepcionales derivados de situaciones de extrema vulnerabilidad, como los establecidos en las tutelas objetos de estudio en este trabajo, que permiten dar prelación a la entrega de las ayudas por esas situaciones de especial protección, y consecuentemente priorización en las mismas.

En esta medida, no es aceptable para las víctimas que los jueces de tutela sigan consintiendo la vida de los desplazados en un estado inconstitucional, esto es, aceptando como normal que cada día en la vida de un desplazado se enmarque en la figura jurídica de estado de cosas inconstitucional, que pese a haber sido declarado hace más de una década, no parece avanzar en la superación de la vulneración generalizada de derechos, omisión de las instituciones obligadas a garantizarlos, o en la adopción de medidas presupuestales bien planeadas y suficientes para superarlo.

A manera de conclusiones

Se debe tener presente que el Protocolo Segundo Adicional de los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional y los Principios Rectores de Desplazamiento

Forzado hacen parte del bloque de constitucionalidad, como lo ha señalado en múltiples oportunidades la Corte, en especial en las sentencias T-327 de 2001 y la T-328 de 2007, que explican, entre otras cosas, que para adquirir la condición de desplazado no se necesita ser reconocido por una autoridad administrativa, y que en todo caso todas las autoridades involucradas en la atención de la población desplazada deben ajustar sus conductas a lo previsto en la Constitución y en los Principios Deng (como se conocen los Principios rectores de los desplazamientos internos, por el apellido del relator de la ONU que los compiló), ya que estos últimos, como lo ha definido la Corte, hacen parte del Bloque Constitucional colombiano en sentido estricto.

En el mismo sentido, se observó que se vulneran derechos fundamentales de las víctimas cuando se les niega la inclusión en el RUV en razón del desconocimiento de los autores de los hechos, aduciendo que existía violencia generalizada en la zona, que existen inconsistencias en la declaración de los hechos, que no se aportaron los elementos de prueba suficientes para demostrar el hecho, entre otras excusas para la no inclusión, ya que de acuerdo al principio de inversión de la carga de la prueba, que tiene inmerso además el principio de buena fe, las víctimas no están obligadas a demostrar quiénes son los autores de los hechos victimizantes; por el contrario, le corresponde al Estado investigar y determinar quiénes fueron los perpetradores, y en caso de duda frente a los mismos, presumir la buena fe a favor de las mismas.

Otra de las aclaraciones importantes que hace la Corte está relacionada con el tema de ayuda humanitaria, cuando se establece que las entidades encargadas de entregar los componentes de esta ayuda no pueden negarla solo por el paso del tiempo, sino que deben verificar que dicho grupo familiar haya alcanzado el autosostenimiento y, por tanto, superado sus condiciones de vulnerabilidad, además de reforzar a través de sentencias y autos de seguimiento el tema del enfoque diferencial de las víctimas de desplazamiento forzado, en especial cuando se trata de madres cabeza de familia, niños en contexto de conflicto armado interno, indígenas, afrodescendientes, personas con discapacidad y adultos mayores, concepciones que fueron desconocidas en el caso particular, ya que en más del 70% de los fallos de los jueces de instancia no fue aplicado el enfoque diferencial que deben recibir las personas más vulnerables de esta población.

Si bien la acción de tutela es un mecanismo idóneo para buscar la protección de los derechos fundamentales de las víctimas, la misma, al igual que

toda la normativa de víctimas, no ha logrado los alcances que pretendía la Corte al declarar el estado inconstitucional de cosas en la materia, debido a que el fenómeno del conflicto armado ha causado innumerables casos de violaciones a los derechos humanos, que la institucionalidad no está preparada para afrontar, máxime cuando sobre el Estado recaía la obligación de proteger a los civiles en medio de la guerra; al no hacerlo, no solo debió reconocer su responsabilidad, sino además afrontar la reparación de los daños, tarea que hasta el momento se le ha salido de las manos.

Así las cosas, se evidencia que existe una gran brecha entre las decisiones de la Corte Constitucional y las que toman los jueces de instancia, ya que la Corte ha sido coherente con su precedente horizontal al mantener una línea jurisprudencial en estos dos temas, buscando la protección efectiva de los derechos fundamentales de la víctima de desplazamiento, mientras que de acuerdo a las observaciones realizadas en este artículo, los jueces del circuito de Medellín desconocen abiertamente la obligatoriedad de precedente vertical, cuando el 90% de las decisiones analizadas desconocieron los principios y derechos fundamentales que estaban siendo amenazados, vulnerados o violados por las entidades encargadas de garantizarlos.

Para finalizar, y abarcando los dos derechos principales tratados aquí, se puede determinar que en providencias analizadas en el proceso investigativo se creó una tajante barrera de acceso a los derechos fundamentales de las víctimas de desplazamiento forzado, lo cual es un panorama devastador para las miles de víctimas de desplazamiento forzado del conflicto social y armado del país, ya que solo una cantidad ínfima de personas o grupos familiares logran acceder a una verdadera protección constitucional respecto de la vulneración de la carta de derechos fundamentales o conexos a una vida en condiciones de dignidad, que les permita mínimos como la alimentación, un lugar dónde vivir o simplemente elementos de vestido o de aseo personal que les permitan cultivar la ilusión de que el Estado que no les garantizó su derecho a la paz, a permanecer en el lugar escogido para vivir, a tener una familia y los demás derechos que perdieron al momento de su desplazamiento, pueda en un futuro cercano reconocerles, más allá de lo normativo, unas adecuadas condiciones materiales de existencia en el lugar al que se vieron obligados a llegar por la carga de esa guerra que no les correspondía soportar.

Referencias bibliográficas

Agudelo Figueroa, Jaime. 2007. Consultoría jurídica para recopilación y análisis de las principales normas que regulan el desplazamiento interno forzado por la violencia. Medellín. Disponible en: <http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPolíticas/ConsultorioJuridico/Programas/Desplazados/Legislaci%C3%B3n/Marco%20Juridico.doc> [consultado el 1 de abril de 2015].

———. 2013. Notas de clase sobre desplazamiento forzado en Colombia. Manuscrito inédito. Medellín.

Alzate Vargas, Rafael. 2015. El acceso a la ayuda humanitaria de las mujeres víctimas de desplazamiento forzado, protección a su enfoque diferencial [inédito]. Medellín.

CHM —Centro Nacional de Memoria Histórica—. 2013. Gonzalo Sánchez (coord.). ¡BASTA YA! Colombia: memorias de guerra y dignidad. Colombia.

Cicr. Comité Internacional de la Cruz Roja. 1977. Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977.

Congreso de la República de Colombia. 1887. Ley 153, por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887, 15 de agosto.

———. 1996. Ley 270, estatutaria de la administración de justicia, 7 de marzo.

———. 1997. Ley 387, por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia, 18 de julio.

———. 2011. Ley 1448, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones, 10 de junio.

. C. Const. —Corte Constitucional de Colombia—. 1996. Sentencia C-037, 5 febrero. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

———. 1997. Sentencia T-227, 5 de mayo. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

———. 1999. Sentencia SU-047 de 1999, 29 de enero. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

———. 2000a. Sentencia T-835 del 2000, 5 de julio. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

———. 2000b. Sentencia SU-1150 de 2000, 30 de agosto. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

———. 2001. Sentencia T-327, 26, marzo. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

———. 2003a. Sentencia T-268, 27 de marzo. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

———. 2003b. Sentencia T-772, 4 de septiembre. M.P. Manuel Cepeda Espinosa.

———. 2003c. Sentencia T-985, 23 de octubre. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

———. 2004a. Sentencia T-025 de 2004, 22 de enero. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

———. 2004b. Sentencia T-1094 de 2004, 4 de noviembre. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

———. 2006. Sentencia T-086 de 2006, 9 de febrero. M. P. Clara Vargas Hernández.

———. 2007a. sentencia T-821 de 2007, 5 de octubre. M.P. Catalina Botero Marino.

———. 2007b. Sentencia C-278 de 2007, 18 de abril. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

———. 2007c. Sentencia T-328 de 2007, 4 de mayo. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

———. 2008. Sentencia T-156 de 2008, 15 de febrero. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

———. 2009. Sentencia T-397 de 2009, 4 de junio. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

———. 2010. Sentencia T-265 de 2010, 19 de abril. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

———. 2011a. Sentencia T-856 de 2011, 15 de noviembre. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

———. 2011b. Sentencia C-634 de 2011, 24 de agosto. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

———. 2011c. Sentencia C-818 de 2011, 1 noviembre. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. ———. 2012a. Sentencia T-036 de 2012, 2 de febrero. MP. Nilson Pinilla Pinilla.

———. 2012b. Sentencia T-327 de 2001, 26 de marzo. M.P. Marco Monroy Cabra.

———. 2013a. Auto 052 de 2013, 19 de marzo. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

———. 2013b. Auto 099 de 2013, 21 de mayo. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

———. 2013c. Auto 119 de 2013, 24 de junio. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera. 2008, sentencia 11001-03-26-000-2007-00063-00(34594), 13 de agosto de 2008. M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

Departamento Nacional de Planeación. Colombia. 1995. Conpes 2804 — Programa Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia—. Bogotá, 13 de septiembre.

Gascón Abellán, Marina. 2011. Racionalidad y (auto) precedente. Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla de autoprecedente. *Teoría y Derecho revista de pensamiento jurídico*, N.º 10, pp. 133-150.

Michelli, Gian Antonio. 1982. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Mundo Editores.

Ministerio del Interior, Colombia. 2000. Decreto 2569, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 387 de 1997 y se dictan otras disposiciones, 12 de diciembre.

Montoya Villegas, Jorge Luis. 2015. El precedente judicial y el acceso a la ayuda humanitaria por parte de la población víctima del desplazamiento forzado: análisis de los fallos de tutela proferidos por los jueces del Circuito de Medellín en los años 2012 y 2013 [inédito]. Medellín.

ONU. 1966. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1966. Comité de Derechos Humanos y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

———. 1998. Derechos humanos, éxodo en masa y personas desplazadas. Principios rectores de los desplazamientos internos. Informe del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para el tema de los Desplazamientos Internos de Personas, Sr. Francis Deng. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0022> [consultado el 30 de enero de 2015].

Pérez Restrepo, Juliana. 2011. La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica —decaimiento de su aplicabilidad. *Revista Estudios de Derecho* Vol. LXVIII, N.º 152, diciembre. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Medellín.

Peyrano, Jorge W. 2004. *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. Presidencia de la República de Colombia. 1991. Decreto 2591, por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, 19 de noviembre.

———. 2000. Decreto 2596, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 387 de 1997 y se dictan otras disposiciones, 12 de diciembre.

———. 2005. Decreto 250, por el cual se expide el Plan Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia y se dictan otras disposiciones, 7 de febrero.

Rojas Ríos, Alberto. 2013. La carga dinámica de la prueba en la jurisprudencia de la corte Constitucional. En: aa. vv. *Escritos sobre diversos temas de derecho procesal*, pp. 944-953. Disponible en: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/37alberto-rojas-rios.pdf> [consultado el 9 de noviembre de 2014].

Tabares, María Luisa. 2014. Colombia es el segundo país del mundo con más desplazados, tras Siria. *El Tiempo*, 14 de mayo. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/desplazamiento-en-colombia-segun-consejo-noruego-para-los-refugiados-/13989688> [consultado el 4 de abril de 2015].

Tamayo Jaramillo, Javier y Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. *El precedente Judicial en Colombia, papel y valor asignados a la jurisprudencia*. Bogotá: Ibáñez.

Uariv —Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas—. 2013. Informe nacional de desplazamiento forzado en Colombia 1985 a 2012. Bogotá, junio.

———. 2015. “Reseña de la unidad”. Disponible en: <http://www.unidad-victimas.gov.co/es/rese%C3%B1a-de-la-unidad/126> [consultado el 20 de febrero de 2015].

La colección Mejores trabajos de grado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, surge con el objetivo de hacer visibles los trabajos de grado de pregrado y posgrado de nuestra Unidad Académica que han sido distinguidos con la máxima calificación, y como una manera de reconocer a quienes, gracias a su esfuerzo, recibieron recomendación de publicación del texto completo por parte de sus jurados.



**Imprenta
Universidad de Antioquia**

Teléfono: (574) 219 53 30. Telefax: (574) 219 50 13
Correo electrónico: imprenta@udea.edu.co
Impreso en diciembre de 2017

