

La imposibilidad de definir el concepto de paz en el derecho*

The impossibility of defining the concept of peace in law

Recibido: Febrero 21 de 2017 - Evaluado: Abril 01 de 2017 - Aceptado: Mayo 15 de 2017

David Enrique Mercado Pérez**

Para citar este artículo / To cite this article

Mercado Pérez, D. E. (2017). La imposibilidad de definir el concepto de paz en el derecho. *Revista Academia & Derecho*, 8 (14), 111-130.

Resumen: La PAZ es un concepto político que se entiende como NO Guerra, por ello es inseparable de la lucha política así como esta es inseparable de la lucha por el poder. El Derecho enfrenta una imposibilidad, no puede darle un sentido jurídico al mismo, PAZ es un texto abierto que NO se puede llenar, además, no se puede disminuir su extensión y aumentar su comprensión y el Art. 22 de la Carta del 91 dice que PAZ es “Un Derecho y un deber de obligatorio cumplimiento” lo que es paradójico ya que la Paz no es un derecho fundamental autónomo ni su estructura hermenéutica lo permite y la jurisprudencia de la Corte Constitucional nunca ha afirmado que lo sea. Así, la paz se presenta con fluidez hermenéutica ya que se ha aplicado como principio, como valor y como deber jurídico de los asociados y a cargo del Estado. Luego, si en una sentencia se usa como principio, perfectamente, en otra, se usa como valor y en otra como deber del Estado ya que el Preámbulo de la carta señala que la misión del Estado es procurar la PAZ. El que sea cualquiera de estas eventualidades viene dado por las condiciones del juego político, vale decir de la guerra y como se le pone fin.

* Artículo inédito. Artículo de investigación y de reflexión, producto del proyecto de investigación “La Paz en la Jurisprudencia constitucional colombiana realizado al interior del Grupo de Investigación Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional” y el Semillero de Investigación Theodor Viehweg, adscrito al mismo. Universidad de Cartagena.

** Docente de Teoría Constitucional y de Derecho Constitucional Colombiano de la Universidad de Cartagena. Abogado de la Universidad de Cartagena, Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia.
Correo electrónico: davidmercadoperez@yahoo.com.

Palabras clave: Derecho, Guerra, Paz, Principio, Valor.

Abstract: Peace is a political concept and it is understood as NOT War; therefore, it is inseparable from the political struggle as it is inseparable from the struggle for power. Law faces an impossibility, it cannot give a legal sense to it, peace is an open text that cannot be filled, in addition, you cannot reduce its extent and increase its understanding and Art, 22 of the 91 constitution states that peace is “A Law and a duty of obligatory fulfillment” which is paradoxical since Peace is NOT an autonomous fundamental right nor its hermeneutic structure allows it and the jurisprudence of the Constitutional Court has never affirmed that it is. Thus, Peace is presented with hermeneutical fluidity since it has been applied as Principle, as Value and as legal duty of the associates and in charge of the State. Then, if one sentence is used as a principle perfectly, in another, it is used as value and in another as a duty of the State since the Preamble of the letter states that the mission of the State is to procure PEACE. Whatever any of these eventualities is given by the conditions of the political game, on the War and how its end.

Keywords: War, Peace, Law, Principle, Value.

Resumo: A PAZ é um conceito político que é entendido como um período SEM GUERRA, por isso é inseparável da luta política, assim como é inseparável da luta pelo poder. A Lei enfrenta uma impossibilidade, não pode dar um sentido jurídico a ela, a PAZ é um texto aberto que NÃO pode ser preenchido, além disso, não pode ser diminuída sua extensão e aumentar seu entendimento e Artigo 22 da Carta Política do 91 diz que A PAZ é “uma lei e um dever de cumprimento obrigatório”, que é paradoxal já que a paz não é um direito fundamental autônomo, nem a sua estrutura hermenêutica a permite, e a jurisprudência da Corte Constitucional nunca afirmou que é. Assim, a paz é apresentada com fluidez hermenêutica, uma vez que tem sido aplicada como princípio, como valor e dever legal dos associados e do Estado. Então, se em uma frase é usada como um princípio, perfeitamente, em outra, é usada como um valor e em outra como um dever do Estado, já que o Preâmbulo da carta indica que a missão do Estado é buscar a PAZ. Qualquer uma dessas eventualidades é dada pelas condições do jogo político, isto é, a guerra e como ela termina.

Palavras chave: Direito, guerra, paz, princípio, valor.

Résumé: La PAIX est un concept politique que l'on entend par ABSENCE DE GUERRE c'est pourquoi elle est inséparable de la lutte politique tout comme elle est inséparable de la lutte pour le pouvoir. La loi est confrontée à une impossibilité, elle ne peut pas donner un sens juridique, la paix est un texte ouvert qui ne peut pas être rempli, en outre, il ne peut être diminué son extension et augmenter sa compréhension et Art, 22 de la Constitution Politique de 91 dit que La PAIX est «une loi et un devoir de conformité obligatoire», ce qui est paradoxal puisque la paix n'est pas un droit fondamental autonome ni sa structure herméneutique le permet et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle n'a jamais affirmé qu'elle l'est. Ainsi, la paix est présentée avec une fluidité herméneutique puisqu'elle a été

appliquée en tant que principe, en tant que valeur et en tant que devoir légal des associés et en charge de l'Etat. Alors, si en une phrase il est utilisé comme principe, parfaitement, dans un autre, il est utilisé comme valeur et dans un autre comme devoir de l'État puisque le préambule de la lettre indique que la mission de l'État est de procurer PAIX. Quelle que soit l'une de ces éventualités est donnée par les conditions du jeu politique, c'est-à-dire la guerre et comment elle finit.

Mots-clés: Droit, guerre, paix, principe, valeur.

SUMARIO: Introducción. - Metodología. - 1. Contexto: precisando los contornos.- 2. El concepto de paz en el lenguaje jurídico.- 3. La política como fuente material de Derecho constitucional.- 4. Estado constitucional de Derecho.- 4.1 Democracia y Derecho constitucional.- 5. Contexto de nuestra reflexión. - Conclusiones. - Referencias.

Introducción

El Derecho Constitucional tal como lo conocemos es el más elaborado y fino producto de la modernidad, nace como forma jurídica de las Revoluciones Liberales que destruyeron algunas fuerzas políticas, transformaron otras de índole económica en políticas, replantearon la función política de otras y, en fin, creó una nueva estructura de poder.

Por ello, la epistemología del derecho liberal y de las constituciones liberales es históricamente monolítica al partir de la concepción de que su razón de ser es conservar el orden político fruto del ciclo de revoluciones liberales, por ello adopta un carácter dogmático con el objeto de no hacerse preguntas sobre el entorno político y la dimensión social de la fenomenología jurídica en general y de la constitucional en particular. Este dogmatismo causó en el mundo de lo jurídico contradicciones insalvables a partir de la revolución industrial, el desarrollo de la clase obrera y la aparición del pensamiento marxista, que no tenían cabida en el universo nacido de esas revoluciones liberales.

La respuesta fue elaborar una teoría jurídica constitucional y una filosofía que la soportase y respaldase, tarea ya comenzada en el proceso de formación de la unión americana por los llamados *Padres fundadores de la nación* en sus escritos en *The Federalist*. Para 1848 estaba claro que la matriz cultural liberal, netamente burguesa y anclada en la modernidad solo se verificaba en el mundo anglosajón. En la Europa continental, ni siquiera en la Francia hija de 1789, existía esa matriz, como quedó comprobado cuando Napoleón estabiliza la revolución al celebrar un concordato con los Estados Pontificios (el Papado) y el trato indulgente dado

a Francia después de la derrota del emperador por maniobras del Papa frente a Meternich en el Congreso de Viena, donde el ex obispo de Autun, Talleyrand, la representó.

Esto conduce a que la racionalidad cartesiana del constitucionalismo liberal se agote quedando presa de un puro formalismo jurídico, la exégesis no fue algo que aparece porque sí, es hija de las contradicciones políticas burguesas que se disimularon bajo un ropaje liberal en Francia. Siglos de evolución del conocimiento jurídico de repente se muestran desfasados ante la nueva realidad enunciada que por sí mismo es incapaz de explicar mientras esta se despliega con fuerza y lo jurídico liberal se repliega.

Realidad que sirve de telón de fondo a Víctor Hugo en su novela *Los Miserables*: Jean Val Jan es condenado porque tenía hambre y roba un pedazo de pan, grave afrenta para la santidad de la propiedad privada, base del orden liberal.

El eje temático que sirve de nodo de esta reflexión es el de la paz y la incapacidad del derecho de definirla; a su vez, este tema se inserta en la relación existente entre la justicia y la política, ya que la primera es muy problemática de precisar porque lo político la permea pudiendo subvertirla, donde más lo observamos es en el campo del Derecho constitucional.

Debe precisarse la relación entre el Derecho constitucional como creación de la concepción iusfilosófica liberal, a partir del contractualismo y del modelo de Estado de pesos y contrapesos, expresados hoy en mecanismos idóneos de control con la democracia representativa basada en partidos políticos, que por medio de leyes y de su propia dinámica controlan los controles, ¿Cómo articular la concepción contractualista con el funcionamiento de los controles, sobre la base de que el soberano que origina la legalidad y la legitimidad es el pueblo?

Esta articulación se enmarca en un texto llamado constitución, cuyas reglas tienen la doble función de definir qué es lo legal y, a la vez, suministrar los criterios para saber si la actuación de los órganos de poder del Estado es o no legítima. Pero, ¿En esta perspectiva que es Constitución? André Hauriou nos dice que es el encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos (Hauriou, 1971).

Con este concepto de Constitución en mente, abordamos el segundo aspecto: ¿Qué es el Derecho constitucional? Entendemos por este, en la perspectiva liberal actual, a la rama del Derecho que estudia las normas que buscan regular dicho encuadramiento jurídico, por lo que se mueve entre dos polos que parecen excluirse y, que al considerárseles en solitario, la concepción contractualista estima que imposibilitan la vida social, el de la autoridad y el de la libertad; el Derecho constitucional es simultáneamente una técnica de autoridad y una de libertad.

El mismo busca, al decir de Hauriou, organizar en el marco del estado-nación una coexistencia pacífica del poder y de la libertad. Este objeto del Derecho constitucional es titánico y por serlo, le confiere a la labor de interpretar la normativa de una constitución características muy concretas y específicas (Hauriou, 1971).

El eje temático que sirve de nodo a la reflexión de este trabajo es el de la paz y la incapacidad del Derecho de definirla; a su vez, este tema se inserta en la relación existente entre la justicia y la política, ya que la primera es muy problemática de precisar por ser un valor axiológico siempre expuesto a que lo político lo permee pudiendo subvertirla; donde más observamos esto es en el campo del Derecho constitucional, ya que el valor justicia adquiere una inevitable calificación ideológica.

Metodología

Este trabajo se inserta en los campos de la Teoría Política, la Filosofía del Derecho y del Derecho Constitucional, sintetiza contenidos de marcos teóricos de proyectos de investigación pendientes de ejecutarse. Reconoce que solo es a partir de lo filosófico como se puede abordar el estudio del Derecho y de la Teoría Política es que puede elaborarse la teoría constitucional; por ello, se basa en defender una tesis mediante su justificación por medio de argumentación dialéctica válida en una racionalidad práctica y no de una de técnica jurídica ya que en Derecho constitucional, su lenguaje *jurídico* es de contenido político.

1. Contexto: precisando los contornos¹

“Para mí la paz es un deseo, todas las Teorías sobre la paz parecen falsas, Abstractas, utópicas”

ORTEGA Y GASSET.

Constatamos, cuando comenzamos el estudio del Derecho constitucional, algo fundamental *que el derecho proviene de la política*, que es hijo de ella. El derecho no es una deidad ni la justicia tampoco. Las realidades políticas no cambian por que cambien las normas, como en uso del exagerado leguleyismo colombiano hemos pretendido o aún se pretende hacer. La política es fuente material del derecho de modo especial y más que en cualquier otro evento, lo es del Derecho constitucional.

¹ Varios de los conceptos aquí plasmados figuran en mi Ensayo La Paz en Colombia, Marco Histórico, Político y Jurídico Revista Jurídica N°. 12. 1998. Universidad de Cartagena, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. ISSN: 0122- 9028.

El mentado artículo 22 de nuestra Constitución Política² sobre la paz como derecho y deber de obligatorio cumplimiento es ilusorio, ya que, cómo derecho, ¿Quién lo ejerce? y como obligación ¿a quién se reclama? Es en realidad una confesión de un buen deseo y nada más dado que la paz es un problema político y no jurídico.

Si las normas constitucionales son de orden político porque nacen de la política, solo pueden provenir de quienes controlen el poder y estos son las fuerzas o factores de poder más fuertes dentro de una sociedad según una correlación que se dé entre ellos; pues bien, las normas en mención figuran en lo llamado “Constitución del Estado”, que es escrita o consuetudinaria. Ellas se desarrollan en los distintos códigos, leyes, decretos, etc. Y algo esencial: la jurisprudencia constitucional. Es absurdo imaginar una constitución a-política. Se deduce que el Derecho solo es funcional dentro de un orden político y en la medida que ese orden lo haga viable y, además, jamás va en contra del equilibrio de fuerzas de los factores reales o sujetos que generan tal orden.

Por último, pero no por ello lo menos importante, en todas las sociedades existe una dicotomía entre su ideal de justicia y la seguridad política, de modo tal que en cada momento histórico sólo obtendrán tanta justicia como sea posible siempre que no peligre la seguridad. Esta es la base de cualquier ordenamiento político. A su vez, el ideal de justicia es cambiante ya que se desarrolla según la evolución cultural de cada pueblo, por lo que es, primariamente, un importante componente ideológico del orden constitucional; lo justo siempre da pie a rudos debates y cambia con la historia, de allí que la guerra no es regulable por reglas per se (Clausewitz, 1972, pág. 55), sino que los beligerantes se imponen unas normas mínimas a nombre de la civilización, en eso consiste el Derecho Internacional Humanitario y los distintos pactos que lo plasman. Suena cruel pero siempre ha sido así, es más, si la dinámica de la guerra lo demanda, las reglas de derecho dejan de ser tenidas en cuenta o bien se reelaboran o se reinterpretan al son de los tambores bélicos. Al respecto los romanos acuñaron una de sus tantas máximas que plasmaban en sentencias breves, patrones a seguir de modo ineludible, aunque en principio nos repugnen; la que aquí nos ocupa reza: *inter arma silent leges*, es decir, *en medio de las armas la ley calla*.

Churchill, por cierto, basándose en tal máxima suspendió toda legislación consuetudinaria, que se opusiese a las necesidades de la supervivencia de Inglaterra frente a Hitler, apoyándose en un remoto precedente de Cromwell que modificó las leyes que trabasen su esfuerzo militar a nombre del parlamento y el protestantismo

² “LA PAZ ES UN DERECHO Y UN DEBER DE OBLIGATORIO CUMPLIMIENTO”. Art. 22 de la Constitución Política de Colombia.

en contra del monarca católico que no aceptaba que el poder venía del pueblo. Lo expuesto nos indica que una Constitución es ante todo el producto de una negociación política de los sujetos que la hacen y por ella se forma un sistema político, que es negado violentamente cuando uno de esos sujetos se siente excluido.

Hablar de paz es, inevitablemente, hablar de su contrario, la guerra, este concepto solo se comprende a partir de entender que solo existe paz cuando no hay guerra; por ende, es una noción política y no jurídica, convalidada con el principio romano: *si vis pacem, para bellum*, Si quieres la paz, prepárate para la guerra, expresión en sí paradójal que implica que si queremos ser pacíficos debemos estar preparados para los ataques de los que piensen que dicho pacifismo es cobardía o debilidad.

Lo expuesto nos permite entender la íntima imbricación existente entre la política y la guerra, de modo tal que la guerra siempre es un instrumento de la política y esta última la lleva en sus entrañas tal como el ser adulto tiene todas sus características en el embrión que se forma en su madre, según afirma Clausewitz, lo que complementa con la muy conocida afirmación:

Tal vez las almas filantrópicas den en la idea de que existe alguna manera, alguna forma artificiosa de desarmar y de vencer al adversario sin demasiada efusión de sangre, y que a eso tiende el verdadero arte de la guerra. Por más deseable que eso parezca, tal idea no deja de constituir un error; un error que conviene eliminar. En asunto tan peligroso como es la guerra, los errores achacables a la bondad de corazón y a la grandeza de alma son precisamente los peores ... (Clausewitz, 1972, pág. 57).

Dejamos de lado el conjunto numeroso de definiciones de la política que se parecen en el hecho de entenderla como una actividad del hombre en sociedad que busca un orden justo por medio leyes que tengan la pretensión de realizar la justicia usando el arte del gobierno, por que olvidan lo más relevante, que el poder es un fenómeno social.

Desde que León Duguit (2013) abordara el estudio de la política empleando la perspectiva sociológica de Comte, a principios del siglo XX, se entiende que la política antes que orden, es lucha previa de los sujetos políticos de una sociedad para controlar el poder; el orden político es un efecto del equilibrio de fuerzas de tales sujetos llamados por él “factores reales del poder”, ese equilibrio permite expedir las normas del orden en cuestión. Esos factores son: -Religioso, Militar, Político, Social, Económico (Duguit, 2013, pág. 78).

Así pues, la lucha por el poder es un fenómeno o hecho social inherente a las sociedades humanas, que en sí mismo no posee carácter alguno de legitimidad sino que es producto de una evolución social que conduce a una relación llamada de *mando--obediencia*, ya que en todos los grupos sociales que se califiquen como

Estados, en los primitivos o simples, como en los más civilizados se verifica la existencia de una realidad muy patente, individuos más fuertes que los demás que pueden imponerles su voluntad si así lo quieren. Tal relación *mando—obediencia* es asimétrica porque opera a favor de la minoría que manda y tiene una dimensión nacional y una internacional que se expresa en guerras cuando el equilibrio de poder subyacente al orden se resquebraja.

Esto nos indica que la guerra es una constante histórica determinada por la política en cuanto lucha por el poder, por lo que podemos establecer que:

- A. No hay sociedad humana sin poder.
- B. No hay sociedad humana sin un orden plasmado en reglas.
- C. Todo poder existente es el que dicta las reglas.
- D. El cumplimiento efectivo de las reglas sólo se logra por medio del poder.

Sobre esto, Avendaño, Mogrovejo y Bastos Osorio dicen:

Thompson (1998: 28) hace un análisis extensivo y concreto del poder a partir del papel del individuo en la sociedad. Explica: la vida social está compuesta por individuos que llevan a cabo propósitos y objetivos de varios tipos, y aclara más adelante que las posiciones de dichos individuos dependen de “los diferentes tipos y cantidad de recursos disponibles” para ello. En otras palabras, el poder se manifiesta en el uso que hacen los individuos de los recursos y medios que disponen conforme a los intereses que persiguen (2014, pág. 159).

Hemos visto como las reglas de orden político solo pueden provenir de quien manda y que sólo mandan los factores de poder más fuertes dentro de una correlación que se dé entre ellos; pues bien, las reglas son normas que figuran en eso que llamamos “Constitución del Estado”, que es escrita o consuetudinaria y en los distintos códigos, leyes, decretos, etc.

El derecho solo es funcional dentro de un orden político y en la medida que ese orden lo haga viable, además, nunca puede ir en contra del orden en cuanto a equilibrio de fuerzas de los sujetos que lo generan. Nuestros jueces dictan sus sentencias en nombre de la República y en subordinación a la Constitución y las leyes, no puede ser de otra forma.

2. El concepto de paz en el lenguaje jurídico

La Paz, el medio ambiente sano y el patrimonio cultural de la humanidad son derechos fundamentales que integran el llamado grupo de “Derechos de tercera generación”.

Los mismos han sido desarrollados por la ONU o sus entes adscritos como la Unesco, se caracterizan porque se predicen de toda la especie humana y es esta, por medio de Naciones Unidas, la que se los impone a todos los Estados. La paz en particular figura en el documento fundante de esta organización al afirmar que se propone librar a la humanidad del flagelo de la guerra. De modo tácito se acepta que paz es *no guerra*. Lo dicho nos lleva a la pregunta: ¿Cuáles han sido los períodos de paz como no guerra de la humanidad?

La respuesta es, si se quiere, dura, ya que los amplios períodos de paz siempre han ido de la mano de la hegemonía de un imperio cuyo poder militar ha avasallado a los pueblos de su entorno; dentro de la cultura occidental tenemos a la Grecia de Alejandro Magno y su *Helenismo*, a Roma y su *Pax Romana*, a Inglaterra y su *Rule Britannia* y a Estados Unidos y su *Pax Americana*. En todos los casos, cuando la hegemonía se resquebraja reaparece la guerra para definir un nuevo hegemon. En eso estamos hoy, Estados Unidos ve disputada su pretensión de *Number One* que a su juicio consolidó al ganar la guerra fría, por parte de China y Rusia. La economía china no para de crecer desde fines de la década de los setenta del siglo XX y la de USA ha sufrido dos recesiones desde finales de los ochenta de dicho siglo. Europa sigue siendo un *Enano* político desde su decadencia ocasionada por las dos guerras mundiales, donde Alemania, su locomotora, es un gigante a escala europea pero poca cosa a escala mundial.

Por ende, el Derecho enfrenta una imposibilidad, Paz es un texto abierto imposible de llenar, además, no se puede disminuir su extensión y aumentar su comprensión y el texto del artículo 22 de la Constitución Nacional dice que ella es *un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento* lo que *ab Initium* es paradójico ya que la paz no es un derecho fundamental autónomo ni su estructura hermenéutica lo permite, es más, la jurisprudencia de la Corte Constitucional afirma que lo sea. Por ello, la paz según el derecho se presenta con mucha fluidez hermenéutica ya que se ha aplicado como principio, como valor y como deber jurídico de cada uno de los asociados y en particular, a cargo del Estado. Luego, si en una sentencia se usa como principio, perfectamente, en otra, se usa como valor y en otra como deber del Estado ya que el artículo 22 señala que la misión del Estado es procurar la paz. El que sea cualquiera de estas eventualidades viene dado por las condiciones del juego político, vale decir de la guerra y como se le pone fin. Es así que para la Corte Constitucional la paz es un principio que subordina la actuación de las ramas de poder del Estado de modo tal que estas han de precaver guerras o conflictos armados y, si ellos se han presentado, salir de los mismos lo más pronto posible. Por último, como valor, Paz significa NO Guerra, donde *Guerra* referida a nuestro contexto significa lucha armada para modificar o destruir el orden constitucional.

En el ámbito internacional, la *Declaración de Oslo sobre el Derecho Humano a la Paz*, aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura, en su 29ª Asamblea celebrada en París del 21 de octubre al 12 de noviembre de 1997, afirma en su artículo 1º que *la Paz es un derecho humano, inherente a su dignidad, que excluye todo tipo de guerra y de conflicto armado y que se debe garantizar sin ningún tipo de discriminación*. Pues bien, este concepto de PAZ, al ser este de Tercera Generación se considera predicable de toda la humanidad y oponible a todos los Estados, hace parte del bloque de constitucionalidad.

3. La política como fuente material de Derecho constitucional

Nadie ignora que en un sistema jerárquico normativo, la Constitución está en la cúspide de allí que se le diga norma de normas; Kelsen, a quien se le tiene como creador de dicho sistema dice que la norma de normas valida a todas las que le sean de inferior jerarquía pero que ella se valida a si misma por ser un acto puramente político, es decir, fundante del sistema (Kelsen, 1991). Nadie ignora que la Constitución Política de 1991, es el resultado de varios procesos de negociación con grupos armados al margen del orden político—jurídico de la Carta de 1886 en virtud del descontento generalizado de una sociedad que sentía que el marco constitucional vigente estaba lejos de responder a las necesidades sociales de la época. Desde el inicio de la violencia del medio siglo XX la Carta del 86 siempre estuvo dos o tres pasos por detrás de la realidad histórica de nuestro país, máxime que la reforma de 1968, de modo subrepticio, en el parágrafo del numeral 1º del artículo 120 pretendió prolongar el bipartidismo; en un momento en el que empezaba la llamada *Bonanza marimbera*.

Conocida como una “Constitución para la Paz”, el texto del 91 hace referencia a la Paz en diversos artículos y desde diferentes ópticas. Se habla en el Preámbulo de ella de la Paz como valor, en el Artículo 22 de la Paz como derecho y un deber situado en el capítulo de los Derechos Fundamentales y el Artículo 95 considera la Paz como deber constitucional. Se añade a esto que la jurisprudencia de la nuestra Corte Constitucional asume la Paz desde una polisemia más amplia en la que se incluye la Paz como un estado ideal, como principio, tanto desde la perspectiva de derecho fundamental como de derecho de la colectividad. El que sea cualquiera de estas eventualidades viene dado por las condiciones del juego político, vale decir de la Guerra y como se le pone fin, según afirmamos.

Empero, la imposibilidad de un concepto definitivo lleva a enormes dificultades en la comprensión de lo que es jurídicamente la paz y en la reclamación judicial de las garantías que del mismo se podrían desprender. Las dificultades aumentan

exponencialmente cuando, como ocurre en este momento, se reforma la Constitución Política de 1991 para introducirle un *Marco jurídico para la paz*, pasando así el concepto “Paz” al lenguaje común como parte de la cotidianidad nacional.

Vale la pena hacer constar que, en el caso colombiano, no existen estudios sobre el alcance de la Paz en la Constitución Política de 1991 y, por ende, también se carece de estudios sobre la lectura que de la Paz hace la Corte Constitucional. Por ello cualquier análisis debe centrarse en la comprensión de la jurisprudencia y los fundamentos teóricos, sean los que se usaron en otras negociaciones que se hicieron con grupos armados que generaron normatividad constitucional; es, si se quiere, un estudio de derecho comparado, donde se verifica como el acuerdo de paz necesariamente generó normatividad constitucional.

Ahora bien, con base en lo dicho, al interpretar el artículo 22 de la Carta, surge una pregunta crucial: ¿Cuál es el precedente vinculante?

Formalmente no existe, ya que lo que se está modificando es la Constitución misma en el entendido de darle fuerza normativa a los *Acuerdos de la Habana* por ser estos fuente material de Derecho constitucional, sobre todo, después del traspies histórico del plebiscito del 2 de Octubre de 2016, donde una ligera mayoría al votar por el NO realmente manifestó que mejor era seguir con la guerra, aunque se disfrazase dicho NO por medio de la argucia de que el *NO era un SI mejorado: pura Pos verdad*, como ahora se llama mentirosamente a la mentira.

Aquí está el punto nodal de la pregunta; el NO era meramente político y resultaba inadmisibile que produjese consecuencias políticas contrarias al Preámbulo y al artículo 22 ya que generaría el absurdo de que el contrato social celebrado mediante la integración de la Asamblea Constituyente y la aprobación de la Carta de 1991 se invalidaba. En todos los filósofos contractualistas siempre estuvo claro que las Constituciones contienen una dimensión axiológica que sirve de unidad de medida del ordenamiento jurídico e impulsan ciertos comportamientos. Entre los valores más citados se encuentran *el bienestar general, la justicia y la Paz*. La idea de la Paz como valor la encontramos en el LEVIATHAN de Hobbes para quien existen pasiones que inclinan naturalmente al hombre hacia la Paz. Dichas pasiones se encuentran gobernadas por unas leyes naturales que por serlo, son “inmutables y eternas” que se pueden descubrir por medio de la razón. Las reglas formuladas por Hobbes pueden resumirse así: I) la Paz debe buscarse aun usando la guerra; II) Todos deben estar dispuestos a renunciar a sus derechos en beneficio de la Paz; y, III) cumplimiento sagrado de los pactos acordados para terminar la guerra.

Los puntos I y II nos remiten a los aforismos romanos vistos: *si vis pacem, para bellum e inter arma silent leges* y el III reconoce (con lenguaje del siglo XVIII) que la guerra como expresión de la política es fuente material del derecho

en general y del Constitucional en especial. La fundamentación axiológica del valor Paz se materializa en dos elementos sumamente importantes: la naturaleza de la Constitución como un tratado de paz y la relación estrechísima que en torno a ella se construye en el ordenamiento jurídico entre los derechos, los deberes y los mecanismos de protección de los mismos.

En este orden de ideas la Corte Constitucional, ha enfocado la Paz de diversas formas:

(I) como fin o propósito, tanto del derecho interno como del derecho internacional. (II) como estado ideal. (III) como protocolo para actuar en medio de los conflictos. (IV) como derecho colectivo. (V) como derecho fundamental o subjetivo y, (VI) como deber ciudadano o constitucional (Sentencia C- 370/2006.).

Esta clasificación no está sostenida por criterios hermenéuticos que permitan efectuar la distinción entre todos ellos, al contrario, algunos podrían terminar significando lo mismo y otros tendrían relaciones causa/efecto. Por ejemplo, la Paz es un valor que tiende hacia un estado ideal y, simultáneamente, es un derecho que prevé un deber correlativo.

Por ello, al considerar la paz como un concepto polivalente, el que sea cualquiera de estas eventualidades viene dado por las condiciones del juego político, vale decir de la guerra y como se le pone fin, que adquiere diferentes dimensiones, cualidades y fuerza vinculante según sea el contexto desde el que se mire, los sujetos que involucra, las herramientas de protección y el fin que persigue, sirviendo incluso como parámetro directo del control de constitucionalidad de las normas. No existe ni puede existir un concepto omnicompreensivo o fuerte de paz desde el derecho pero ella, la Paz, es la razón de ser de la Constitución de 1991. ¡Qué paradoja!

4. Estado constitucional de Derecho

La Ley fundamental de Bonn de 1949 o Constitución de Alemania, definió a esta como un Estado Social de Derecho. En el aspecto jurídico este se caracteriza por establecer, con carácter casi de militancia ideológica, de compromiso ideológico, la defensa y protección del orden definido en la constitución. Por eso el Estado Social de Derecho también recibe el nombre de “Estado Constitucional de Derecho”, por el compromiso activo, responsable y actuante de la defensa del orden constitucional. Eso explica la evolución que ha tenido la teoría constitucional a partir de 1950.

Colombia, en la Carta de 1991, adopta esta fórmula seguida por otros países antes. Dicha Ley fundamental de Bonn de 1949 o Constitución de Alemania, de modo expreso establece que el tribunal constitucional de Alemania, que cumple entre ellos las funciones de defensa de la supremacía de la constitución de nuestra

Corte Constitucional, tiene la obligación de defender activamente la democracia liberal, por lo que necesariamente se fortaleció el control constitucional. La Ley Fundamental le impone al tribunal constitucional alemán el que, aun sin violar la letra o los procedimientos constitucionales, desaloje del orden jurídico cualquier normatividad que vaya contra el espíritu, sentido y alcance de la constitución, vale decir, que defienda los fundamentos ideológicos liberales. La función de defensa de la intangibilidad de la Carta es pues de índole política y por serlo, es ideológica.

Puede afirmarse, dentro del contexto de la Filosofía del Derecho que se desarrolla en Alemania a partir de 1949, que la jurisprudencia constitucional alemana está seriamente cumpliendo este deber. Nuestra Corte Constitucional la ha seguido.

4.1. Democracia y Derecho constitucional

El Derecho Constitucional es el que propende por el reforzamiento del juego democrático protegiendo los derechos que hacen posible la participación de todos en condiciones de libertad e igualdad. Inducir cambios en los hábitos de comportamiento político por el fácil expediente de modificar reglas constitucionales aprovechando temporales *mayorías* o si se quiere, *mayorías arrolladoras*, viola el consenso sobre lo mínimo o fundamental que es la materialidad de una Constitución Liberal. La modificación de las reglas constitucionales debe partir de una convergencia o de un consenso en el sentido de admitir que la reforma está justificada para enmendar errores o imprevistas injusticias que el orden vigente toleraba o hacía posible. Lo contrario sería la guerra.

Al respecto Dubán Rincón Angarita afirma:

Asimismo, y de acuerdo con los informes del Centro Nacional de Memoria Histórica (2013), puede hablarse de cuatro periodos en la historia del conflicto armado colombiano: el periodo 1958-1982, que se caracteriza por el surgimiento de la violencia subversiva a partir de la violencia partidista; el periodo 1982-1996, en el que fue determinante el crecimiento y consolidación de las guerrillas, así como el surgimiento de los grupos paramilitares; el periodo 1996-2005, que se define por el recrudecimiento del conflicto armado y el fortalecimiento de los grupos guerrilleros y paramilitares, frente a la definición de soluciones militares al conflicto; finalmente, de 2005 a día de hoy, puede hablarse de un “reacomodo” del conflicto armado, con estructuras ilegales marcadas por la actividad del narcotráfico (Puede verse al respecto Centro Nacional de Memoria Histórica (2014) ¡Basta ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad. Informe General Grupo de Memoria Histórica. En el mismo sentido, véase Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas (2015). Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia). No puede dejar de mencionarse que los últimos años han estado sin embargo determinados por la posibilidad de hallar soluciones de justicia

negociada y restaurativa, teniendo como crisol el proceso de paz que se adelanta en la actualidad (Rincon, 2015).

En el contexto de este trabajo, el Principio Democracia tiene una gran fuerza porque se puede mover en todas las direcciones y contribuye de modo decisivo no solo en la consolidación sino en la expansión del sistema de control de constitucionalidad, expansión que va de la mano con el reconocimiento de los derechos humanos como factor determinante de la legitimidad de los gobiernos y con un avance cualitativo de la democracia a raíz de las experiencias traumáticas de los fascismos y totalitarismos que provocaron un fortalecimiento de la jurisdicción constitucional como mecanismo de salvaguardia de la tiranía de las mayorías que en forma de procesos electorales con ropaje democrático destruyeron el sistema de libertades y derechos fundamentales.

Por democracia constitucional se entiende hoy NO solo que la Constitución sea límite de los poderes públicos, sino que promueva algo considerado esencial, posibilitar un gobierno democrático, convencido de la bondad de esta. Una Constitución es democrática no solo por ser un instrumento de esta, sino que se legitima a sí misma, por el fin al cual sirve.

La fuerza de una constitución liberal depende del ejercicio responsable, por el nivel de conciencia ética y cívica que implica, de las tareas de todos los órganos de poder del Estado. la sola existencia de la Jurisdicción Constitucional con su papel ampliado, no solo como Legislador Negativo, sino como creador de derecho vía modulación del efecto de sus sentencias y de la fuerza vinculante de la *ratio decidendi* de estas, hace de ella un Actor Político, cuya actividad jurisprudencial tiene la virtud de influir en los demás actores de la política y encauza el debate político e, incluso, sus resultados, de modo tal que un Tribunal o Corte Constitucional es en sí y por sí un factor político.

5. Contexto de nuestra reflexión

En nuestro país se han dado dos fenomenologías con relación al juego democrático como democracia constitucional: La reelección presidencial inmediata y la conjunción (Tormenta Perfecta) del paramilitarismo, la parapolítica y la guerrilla de la mano de la debilidad de los partidos convertidos en simples máquinas clientelistas; nos proponemos abordar la segunda de estas por medio de dos interrogantes: ¿Cómo considerar el caso Colombiano, donde el paramilitarismo, la parapolítica, el clientelismo y la guerrilla perturban e, incluso, invalidan la democracia?; ¿Cómo considerar en el caso colombiano la sempiterna debilidad de los partidos y su conversión en poderosas máquinas clientelistas que al interior del sistema político corrompen la democracia?

La Carta del 91 es formalmente un producto, de las *Fuerzas Mayoritarias de la Constituyente*, de allí que sea necesario precisar los actores de dicho acuerdo, que lo son las élites políticas, económicas y sociales tradicionales del País, junto con las guerrillas desmovilizadas, los indígenas, los intelectuales y la academia, entre otros, antes excluidos del orden político-constitucional nacido en 1886 a pesar de sus varias y diversas reformas. Por consiguiente, bajo circunstancia alguna, debemos hacer de la Constitución de 1991 una hipostasis de dioses o fuerzas divinas, como cuando se oye decir que ella es *Fruto del ángel de la paz guiando a los sufridos colombianos* o algo semejante. Si debemos ser críticos frente a algo, analizar el proceso de la crisis del sistema de 1886 y su “cambio” por el sistema de 1991, es la mejor razón.

Ahora, ¿Por qué no reformar la Carta de 1886 que contaba con 105 años de vida y en cambio adoptar una nueva? Esta pregunta es el punto de partida para realizar la valoración crítica del proceso en mención.

En principio, puede decirse que la razón era la de la imposibilidad de reformar, dentro de sus propias reglas, la carta del 86. Las que intentaron hacer López Michelsen y Turbay Ayala, fueron declaradas inexecutable por la Corte Suprema y el intento de Barco Vargas fue inicialmente abortado por el Consejo de Estado; luego, el sistema político para superar las contradicciones acumuladas y “legalizar” a las guerrillas desmovilizadas debía hacer uso del recurso ya probado ante en todas las reformas de la Carta del 86 —el de generar una Superproducción Normativa que obrase como un exorcismo radical que provocase una profunda catarsis capaz de arrojar los demonios del paramilitarismo y de las guerrillas, mientras estas seguían practicando su cerco de violencia que les permitiese cooptar el poder (AUC) o ejercerlo hegemónicamente (FARC).

El *Reformismo* entre nosotros actúa como un fetiche jurídico—ideológico que parece anular todas las contradicciones por medio de *Disolverlas* en una *Legalidad* que es en el imaginario cultural popular una liturgia mágica; nunca nuestro pueblo se ha planteado el problema de la colombianidad como proyecto de nación tal cual es y coadyuva así a impedir los necesarios cambios sociales mediante el uso de los mitos liberales de la Voluntad del Constituyente y de la Sabiduría del Legislador. Es tan poderosa la carga cultural de esta mitología política que ha sido capaz de garantizar la estabilidad institucional y el conformismo de lo que Duguit llamó “La Mayoría que obedece”.

El reformismo constitucional y los cambios de constitución han sido instrumentos muy eficaces del *Culto* al orden que significa en términos sociológicos impedir que cualitativamente nuestra sociedad cambie. En otras palabras, los cambios de constitución y el reformismo de las mismas han sido siempre eficaces para crear

capital político y valorización ideológica que legitimen el elemento psicológico del poder, perpetuándose así la hegemonía pura y simple de los factores reales siempre dominantes y de su expresión formal: Los Partidos Políticos que actúan bajo la pretensión de Representar al Pueblo.

Desde las Guerras de Independencia hasta hoy, tres cuartas partes de esos 208 años de vida republicana han sido signados por la violencia, ¿Nueve Constituciones del orden nacional, para no contar las del período de la patria boba ni las de la época centro federal y federal, que representan frente a esto? La democracia colombiana se ufana de ser la más *estable* de América Latina, esto puede ser formalmente cierto, en cuanto no hemos tenido muchas dictaduras y se hacen elecciones para conformar el gobierno, pero es en sí un atractivo sofisma distractor, ya que en el siglo XIX padecimos 11 guerras civiles en el plano nacional, sin contar las que se dieron al interior de las regiones (Estados Soberanos) mientras fuimos centro federalistas o federalistas; además, la carta del 86 experimentó unas 70 reformas y desde 1948 solo fue viable por medio de usar con abundante liberalidad los recursos propios de la legalidad marcial permitidos en su célebre artículo 121. Fuera de que la precedieron siete constituciones nacionales. Se constata así la superproducción normativa y su volumen ha resultado ser inversamente proporcional a la eficacia democrática de los cambios adoptados.

Sobre lo expuesto, los citados Avendaño, Mogrovejo y Bastos Osorio, dicen:

Sin duda alguna, los actos de violencia, las guerras, la barbarie, la perpetración de crímenes realmente graves para la humanidad, así como una cultura marcada por la indiferencia, la indolencia y la poca solidaridad, son evidencias claras y concretas de un mundo particularmente alejado de las bases que sustentaban la modernidad. En el caso de Colombia, la violencia ha jugado un rol fundamental en donde multiplicidad de actores se ven involucrados a través de diferentes momentos socio-culturales. Desde la independencia hasta la primera mitad del siglo XX, en Colombia las prácticas autoritarias y de dominio descansaron sobre las cabezas visibles de la escuela, la familia y la iglesia (2014, p. 156).

Responder la pregunta planteada en el párrafo precedente permite encontrar la clave que nos posibilite comprender la endémica coexistencia de violencia y de formalismo constitucional, sello inconfundible del sistema político colombiano. Tal formalismo ha escondido una realidad que siempre está allí para obligarnos a vernos tal cual somos pero que evitamos mirar: la de no haber podido construir un proyecto viable de nación. Esta es la tragedia de los pueblos de la América Hispánica, sostener que solo es válida la herencia cultural y católica hispánica, contra reformista, encarnada por la antigua clase de los criollos y no la “Otra América”, la Precolombina (India), la Afroamericana (Negra), la mulata, la mestiza y la zamba. ¿Podemos imaginar al Taita Lorenzo Muelas, ex constituyente, como Presidente de la República?

Ninguna sociedad que practique exclusiones sociales como parte esencial de su cosmovisión cultural y por tanto de su ideología, puede ser considerada como democrática.

Pero la violencia en Colombia tiene raíces profundas. La encomienda, el esclavismo, la administración por medio de virreinos, la iglesia y el ejército de la corona fueron los encargados de administrar el poder de los reyes de España en su imperio colonial. Las relaciones entre españoles, aborígenes y afroamericanos basadas en una categorización social racista y feudal, dieron lugar a mestizajes, y cruces, lo que generó varias crisis de identidad por la marginalidad que los *no blancos* experimentaban. Las luchas independentistas del siglo XIX, fueron presentadas por la *Historia Patria* oficial como algo que en si no sucedió como allí se narraba, fue fabulada por las élites como un esfuerzo de los criollos por entrar en la modernidad mientras se superaba el colonialismo, pero las guerras civiles al interior de cada Provincia del Virreinato y los intereses clasistas de los terratenientes (Iglesia y Criollos) mantuvieron el carácter feudal de las nacientes repúblicas americanas lo que siempre ha impedido la consolidación de un Estado moderno, democrático y con conciencia nacional. ¡Esa es nuestra Tragedia!

La etapa o fase de violencia política más reciente en Colombia, tuvo sus orígenes a partir del asesinato de Jorge Eliecer Gaitán y se exacerbó a partir de 1950 cuando se desataron los odios políticos y el homicidio sadista entre liberales y conservadores, ya que la Iglesia bendecía las armas de la Popol y de las bandas de *Pájaros*; los campesinos aumentaron el desplazamiento a las ciudades conservando en su memoria la tragedia de su persecución y la total impotencia ante la ausencia de la justicia. Lo que se constata en la interpretación de nuestra historia es que la *violencia* fue una estrategia utilizada por las élites para conservar el poder político y así incrementar sus propiedades rurales que ya lo eran demasía desde la formación de los latifundios coloniales, mientras se aceleraba una urbanización no planificada.

La Democracia es, desde que naciera en Atenas, un concepto complejo que se desdobra en una concepción ética del hombre inscrita en una eticidad de la vida en la *polis*, nada de eso ha existido entre nosotros. La práctica de la democracia solo sirve para legitimar a las élites que han raptado al Estado en su exclusivo beneficio por lo que solo es dable considerar una mera Democracia de Formas y un cuasi fascismo o “Fascismo Fuzzi” como lo llama Umberto Eco en el contenido material del sistema. Esa es nuestra cruda realidad.

Veamos desde la teoría política algunas definiciones de PODER POLÍTICO que uso en la cátedra de Teoría Constitucional:

“El PODER es una energía de la voluntad que se manifiesta en quienes asumen la empresa de gobierno de un grupo y que les permite imponerse gracias al doble juego de la fuerza y la competencia” (Hauriou 1971, p. 10).

PLURALISMO: “Es la libre competencia entre los grupos existentes para el mejor acuerdo político que pueda lograrse. La democracia es una poliarquía” (Dahl, 1999, pág. 42).

ÉLITES COMPETITIVAS: “Las élites por medio de la democracia adquieren legitimidad dado que ya tiene el Poder” (Schumpeter, 1983, pág. 362).

El francés y los dos anglosajones citados dan definiciones de democracia, válidas para sus países y, en general, válidas para las democracias liberales.

Con base en las anteriores definiciones, debemos concluir que la “Realidad” del Derecho en general y del Derecho Constitucional en especial consiste:

- 1.- El Derecho pertenece al ámbito de la vida humana. Solo somos humanos al asumirnos como seres sociales.
- 2.- No existe sociedad que no posea una noción de lo que estime como justo y deseable en específicas situaciones históricas.
- 3.- El contenido material del derecho es político por lo que trata de concretar valores de naturaleza política.
- 4.- Las formas lícitas del uso del poder son las que dan la validez formal de las normas.

Conclusiones

Primero, Pese a lo que dice en su enunciado el Artículo 22 de la Constitución Nacional, la Paz no es un derecho fundamental autónomo porque su estructura hermenéutica no lo permite, pero la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha pretendido aplicarlo como tal.

Segundo, el mayor peso que ostente una consideración hermenéutica sobre la paz (valor, principio, deber), no significa, per se, que se excluyan las demás. En tal sentido, su naturaleza particular dependerá de las condiciones en juego del caso planteado.

Tercero, según las reglas de ponderación, la Paz es un principio dirigido a los órganos del poder público, cuyo contenido hermenéutico de base filosófica es el de evitar los conflictos armados y salir de los mismos cuando existan.

Se puede afirmar que la Jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional ha cumplido, conforme a lo analizado, con lo que se espera de ella, a pesar de soportar todo el alud de ataques de la derecha para que el país siguiera en guerra.

Referencias

- AVENDAÑO CASTRO, W. R., MOGROVEJO ANDRADE, J. M., & BASTOS OSORIO, L. M. (2014). Una mirada de la violencia en Colombia desde la teoría del poder de J. Thompson. *Revista Academia & Derecho*, 5(9), 153-182.
- CLAUSEWITZ, C. (1972). (1972). *Arte y Ciencia de la Guerra*. México: Editorial Grijalbo. Colección 70.
- Corte Constitucional. (2006). Sentencia C- 370/2006. (págs. Referencia: expediente D-6032.). M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- DAHL, R. (1999). *La democracia: una guía para los ciudadanos*. México: Ed. Taurus.
- DUGUIT, L. (2013). *Duguit, L. (2013). Soberanía y Libertad. Editorial Comares*. Málaga. España: Editorial Comares.
- HAURIOU, A. (1971). *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. . Madrid: Ariel.
- KELSEN, H. (1991). *Teoría Pura del derecho, 1ª. Edición*. México: Porrúa.
- RINCÓN ANGARITA, D. (2015). Presupuestos del régimen de responsabilidad frente a los derechos de las víctimas de los delitos cometidos por menores combatientes en el marco del conflicto armado colombiano y la justicia restaurativa. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 297-332.
- SCHUMPETER, J. (1983). (1983). *Capitalismo, socialismo y democracia*. . Barcelona : Orbis.

