

Sentencia C-340/98

SERVICIO MILITAR POR MENOR DE EDAD-Prohibición/VINCULACION VOLUNTARIA DE MENORES AL SERVICIO MILITAR-Prohibición de participación en zonas de guerra

La Corte no encuentra vulnerado ni amenazado el derecho a la vida de los menores a quienes se refiere la norma acusada, toda vez que, por una parte, no resulta obligatoria para ellos la prestación del servicio militar -por el contrario, se prohíbe que tal obligación se les haga exigible antes de los dieciocho años- y, por otra, se estatuye que los menores reclutados, a partir del supuesto de su vinculación voluntaria, avalada por los padres, no puedan ser destinados a zonas en las cuales se desarrollen operaciones de guerra ni empleados en acciones de confrontación armada. El servicio militar no representa per se que la persona a él vinculada quede expuesta sin protección alguna a los riesgos inherentes al conflicto armado, puesto que los dos conceptos no pueden confundirse. Y si los mandos militares cumplen a cabalidad la disposición que se examina, habrán de respetar la limitación del servicio militar que prestan los menores voluntariamente reclutados a actividades inofensivas, no riesgosas para sus vidas y su integridad personal.

SERVICIO MILITAR-Excepciones para vinculación voluntaria

No ve la Corte cómo puede haberse vulnerado el artículo 98 de la Constitución, sobre pérdida de la ciudadanía y suspensión de los derechos políticos, pues la de prestar el servicio militar es justamente una obligación cuyas excepciones y prerrogativas competen a la ley, y no un derecho, salvo lo dicho en lo referente a la vinculación voluntaria; y además, del precepto constitucional que la consagra no se deduce que sea indispensable la ciudadanía para cumplirla voluntariamente.

DERECHO A LA LIBERTAD DEL MENOR-Vinculación voluntaria al servicio militar

La Corte estima, claro está, que para no desconocer el derecho a la libertad de los menores, ni por consiguiente los demás que aquí se invocan, la voluntariedad en la prestación del servicio militar por quienes no han llegado a los dieciocho años no puede ser aparente sino real. Es decir, el acto del menor ha de ser espontáneo, libre de presiones, apremios,

amenazas o constricciones de cualquier índole, las que, si llegaran a presentarse en casos concretos, implicarían violación de la norma legal y simultáneamente de los derechos fundamentales de rango constitucional a los que se ha hecho referencia y de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Es evidente que, en semejantes eventos, los responsables de tales conductas tendrían que ser procesados y sancionados con arreglo a las leyes.

Referencia: Expediente D-1956

Magistrado Ponente:

Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los ocho (8) días del mes de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. ANTECEDENTES

Acude a la Corte Constitucional la ciudadana MARIA TERESA GARCES LLOREDA -invocando el derecho consagrado en los artículos 40, numeral 6, y 241, numeral 4, de la Carta Política-, con el objeto de demandar que se declare parcialmente inexecutable el artículo 13 de la Ley 418 de 1997, cuyo texto se transcribe subrayando lo acusado:

“LEY 418 DE 1997

(diciembre 26)

por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

Artículo 13.- Los menores de 18 años de edad no serán incorporados a filas para la prestación

del servicio militar. A los estudiantes de undécimo grado, menores de edad que, conforme a la Ley 48 de 1993, resultaren elegidos para prestar dicho servicio, se les aplazará su incorporación a las filas hasta el cumplimiento de la referida edad, excepto que voluntariamente y con la autorización expresa y escrita de sus padres, opten por el cumplimiento inmediato de su deber constitucional. En este último caso, los menores reclutados no podrán ser destinados a zonas donde se desarrollen operaciones de guerra ni empleados en acciones de confrontación armada.

Si al acceder a la mayoría de edad el joven que hubiere aplazado su servicio militar estuviere matriculado en un programa de pregrado en institución de educación superior, tendrá la opción de cumplir inmediatamente su deber o de aplazarlo para el momento de la terminación de sus estudios. Si optare por el cumplimiento inmediato, la institución educativa le conservará el respectivo cupo en las mismas condiciones; si optare por el aplazamiento, el título correspondiente sólo podrá ser otorgado una vez haya cumplido el servicio militar que la ley ordena. La interrupción de los estudios superiores hará exigible la obligación de incorporarse al servicio militar.

La autoridad civil o militar que desconozca la presente disposición incurrirá en causal de mala conducta sancionable con la destitución”.

Para la actora han sido violados los artículos 13, 16, 44 y 98 de la Constitución Política, el “Mandato por la paz, la vida y la libertad”, aprobado mediante el voto de más de diez millones de ciudadanos, y el artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño, aprobada mediante la Ley 12 de 1991.

Expone que, al permitir que algunos niños, los bachilleres, puedan ser reclutados, así sea voluntariamente y con la autorización de sus padres, la norma impugnada vulnera sus derechos a la vida, a la integridad física y a la salud, “por cuanto es sabido que en nuestro medio el que porte un uniforme se convierte en objetivo de los violentos”.

Además, el ingreso a filas militares -afirma- implica la separación del niño de su familia, interrumpe el proceso educativo del niño, lo introduce en un ambiente cultural de guerra, lo expone a todo tipo de violencia física y moral y obstaculiza el libre desarrollo de su personalidad.

Por otro lado, considera que el reclutamiento, al ser aceptado cuando el menor puede voluntariamente incorporarse a filas con autorización de los padres, desconoce el principio de igualdad plasmado en el artículo 13 de la Carta Política.

Dice que la protección especial contenida en el artículo 44 de la Constitución se refiere a los menores de dieciocho (18) años, como se deduce de la misma Carta al señalar en el párrafo del artículo 98 esa edad como aquella que fija el límite hasta el cual una persona no ha llegado a la edad adulta y por tanto no tiene la calidad de ciudadano.

Es indudable entonces -deduce de lo dicho- que los derechos de los niños, prevalentes sobre los de todas las demás personas, se predicen de aquellas que no tienen aun la calidad de ciudadanos, según la misma Constitución.

Por tanto -señala-, siendo los dieciocho (18) años la edad a partir de la cual una persona se considera adulto y ciudadano, con derecho de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y en particular, de elegir y ser elegido, acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (artículo 40 C.P.), es a partir de esta edad que el Estado puede, a través de sus fuerzas militares, exigirle el servicio militar obligatorio o admitirla en sus filas si quisiera hacerlo voluntariamente.

Aduce que el Ejecutivo y el Congreso han observado una posición errática frente al tema.

Recuerda, en efecto, que, al firmar la Convención sobre los Derechos del Niño el 20 de diciembre de 1989, Colombia hizo una reserva del artículo 38, numerales 2 y 3, reserva que fue confirmada al momento de ratificar la Convención, en el sentido que para efectos de las citadas normas “se entiende que la edad a la que se refieren (...) es la de 18 años, en consideración a que el ordenamiento legal de Colombia establece la edad mínima de 18 años para reclutar en las Fuerzas Armadas el personal llamado a prestar el servicio militar”.

Expresa a continuación:

“Inexplicablemente, a pesar de las normas garantistas para los derechos de los niños, contenidas en la Constitución Política de 1991, mediante comunicación del 8 de julio de 1996, el Gobierno Colombiano levantó la reserva que había hecho, a pesar de la oposición que manifestaron numerosas organizaciones no gubernamentales de carácter nacional e

internacional. El levantamiento de la reserva no respondió a la participación que tienen las tres ramas del poder público en el trámite de las convenciones a nivel interno, ya que se trató de un acto unilateral del Ejecutivo, sin intervención del Congreso y la Corte Constitucional, como lo exige hoy la Constitución. Por ello dicho levantamiento carece de valor en el ordenamiento jurídico colombiano. Por el contrario, al haberse hecho la reserva al momento de firmar la Convención, se presume su aprobación por el Congreso cuando expidió la Ley que la ratifica.

El Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), se celebró en Ginebra el 8 de junio de 1977; aunque fue sometido al Congreso de la República en cuatro oportunidades (1985, 1986, 1990, 1994), sólo fue aprobado en 1994 mediante la Ley 171. En el artículo 4, numeral c), dispone: “se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten y, en particular: c) los niños menores de 15 años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades”. Inexplicablemente el Gobierno Colombiano no hizo reserva con relación a esta norma, al ratificar el respectivo Convenio.

Lo mismo puede decirse del contenido en el mismo sentido, del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), en cuyo artículo 77 sobre Protección de los niños, numeral 2, dispone: “las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años pero menores de dieciocho años, las Partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad”.

A estas contradicciones internas en relación con la edad de reclutamiento de los colombianos, se suma la expedición de la Ley 48 de 1993 que obliga a los estudiantes que obtengan su título de bachiller, a definir su situación militar, aunque no hayan cumplido los dieciocho (18) años. Y la Ley 418 de 1997, objeto de la presente demanda, que no los obliga, pero que permite a los menores de dieciocho (18) años optar, con la autorización de sus padres, por la prestación del servicio militar”.

Acerca de la violación del “Mandato por la paz, la vida y la libertad”, dice la demandante:

“EL MANDATO CIUDADANO POR LA PAZ, LA VIDA Y LA LIBERTAD tuvo su origen en la gran preocupación de los ciudadanos colombianos por la situación de violencia crónica que se vive en el país, la cual es cada día más compleja y tiene sumidos a los habitantes del territorio nacional en un peligroso escepticismo sobre el futuro de las nuevas generaciones.

El tarjetón por el cual votaron casi diez millones de colombianos mayores de edad, dice:

VOTO POR LA PAZ, LA VIDA Y LA LIBERTAD

Me comprometo a ser constructor de Paz y Justicia Social, a proteger la vida y a rechazar toda acción violenta y acojo el Mandato de los Niños por la Paz.

Se trata de un compromiso personal de todos y cada uno de contribuir a esa gran empresa que es la construcción de la paz, la cual no es viable si no se cumplen los postulados de la Justicia Social. Este Mandato es consecuencia del mandato por el cual votaron casi 3'000.000 de niños en el mes de octubre de 1996, que nos obliga a los adultos a emprender la gran tarea de la paz. El compromiso de cada persona que apoya el mandato se concreta en la protección de la vida y en el rechazo de toda acción violenta, con el hondo significado civilizador que implica adoptar la forma pacífica de resolución de los conflictos, cuando en Colombia es inveterada la actitud de una gran parte de las personas de acudir a la violencia para resolver cualquier tipo de problema.

Exijo a los actores armados:

NO MAS GUERRA: resuelvan pacíficamente el conflicto armado. Esta forma de resolver el conflicto conlleva a la necesidad de negociar, de dialogar, de buscar fórmulas de acuerdo de manera concertada.

NO MAS ATROCIDADES: respeten el Derecho Internacional Humanitario. A pesar de que Colombia suscribió los Protocolos I y II de Ginebra, los cuales fueron ratificados mediante Ley de la República, en la práctica este ordenamiento que se aplica a las situaciones de guerra por los países firmantes, no se respeta.

A continuación se rechazan conductas especialmente contrarias al Derecho Internacional

Humanitario:

*No vinculen menores de 18 años a la guerra. En la actualidad se calcula que seis mil menores se encuentran comprometidos en acciones de guerra.

*No asesinen.

*No secuestren personas.

*No desaparezcan personas.

*No ataquen a la población civil ni la desplacen por la fuerza.

*No vinculen civiles al conflicto armado.

Como puede verse, se trata de una manifestación de la población solicitando que los actores armados busquen soluciones negociadas al conflicto, y que mientras éste subsista, se cumplan las normas tendientes a la humanización de la guerra, las cuales son vinculantes internacionalmente para Colombia”.

Hace luego la demandante un recuento de la jurisprudencia constitucional en torno al tema y agrega que ella es anterior al “Mandato por la paz, la vida y la libertad”, por lo cual, en su sentir, existe claramente un elemento nuevo, de suma importancia, que la Corte debe tener en cuenta para tomar su decisión en el presente proceso.

II. INTERVENCIONES

La ciudadana CLAUDIA PATRICIA CÁCERES CÁCERES, apoderada del Ministerio de Defensa, ha solicitado a la Corte declarar la exequibilidad del precepto acusado.

La interviniente expresa principalmente:

“Cabe destacar que si existe manifestación de la voluntad del menor y de sus padres para ingresar a las filas de la Fuerza Pública, esta es precisamente la expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política”.

(...)

“...no puede alegarse el derecho al libre desarrollo de la personalidad para incumplir con la obligación constitucional de prestar el servicio militar. De la misma forma, el Estado no puede limitar la libre voluntad de aquellos jóvenes que deseen prestar el servicio militar antes de cumplir los 18 años de edad.

De otro lado, a esta manifestación de voluntad tienen derecho todos los menores que se encuentren en las condiciones establecidas en la norma cuyo aparte se demanda, por lo cual no se vulnera el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.

Finalmente, se hace necesario informar que la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional, impartió precisas instrucciones a los Comandantes de Zonas y Distritos Militares, para dar cabal cumplimiento a la Ley 418 de 1997, en el sentido de permitir la incorporación de menores solamente con el consentimiento escrito de sus padres y de disponer que una vez incorporados sean destinados a las actividades que los mantengan alejados de la confrontación armada”.

Dos personas cuyas firmas son ilegibles y quienes no acreditan su condición de ciudadanos ni dan a conocer los números de sus documentos de identidad también intervienen mediante escrito enviado a la Corte, para pedir la inexecutable de lo acusado.

III. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL

El Procurador General de la Nación solicita a la Corte declarar la constitucionalidad del artículo demandado.

Señala especialmente:

“La Ley 48 de 1993 estableció, como regla general, que los menores de 18 años de edad no están obligados a prestar el servicio militar, a excepción de los estudiantes de bachillerato que, sin importar la edad, deben definir su situación militar cuando hayan obtenido el respectivo título académico.

La norma parcialmente demandada modificó el régimen legal del servicio militar de los menores bachilleres, al postergar su incorporación a filas hasta el cumplimiento de la mayoría de edad, salvo que voluntariamente y con la autorización expresa de sus padres,

opten por cumplir con dicho deber constitucional, evento en el cual no podrán ser enviados a zonas de guerra, ni empleados en acciones de confrontación armada.

El precepto acusado no desconoce los mandatos de la Carta Política, como quiera que la obligación de prestar el servicio militar es un deber impuesto por la propia Norma Superior, y en el caso de los menores bachilleres el Legislador ha regulado esta obligación, aplicando criterios protectores de su integridad síquica y física, de forma tal que una vez instruidos en teoría y práctica militar deben dedicarse a la realización de actividades de bienestar social a la comunidad y en especial a las tareas de preservación del medio ambiente y conservación ecológica (Ley 48 de 1993, art. 13).

Como se observa, la incorporación de menores bachilleres al servicio militar no afecta sus derechos fundamentales, pues en ningún caso serán enviados a zonas donde se desarrollen operaciones de guerra, ni empleados en acciones de confrontación armada, ya que únicamente desempeñarán tareas de carácter administrativo, comunitario o ecológico, las cuales procuran su desarrollo personal y fomentan el espíritu patriótico de los jóvenes vinculados a la tarea de defender las instituciones democráticas.

(...)

Además, la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991 y el Protocolo I de la Convención de Ginebra, prohíben el reclutamiento de menores de quince (15) años, obligando a los Estados signatarios a otorgarles un tratamiento especial a quienes presten el servicio militar siendo mayores de quince pero menores de dieciocho (18) años, en el sentido de no ser enviados a zonas de confrontación militar, ni expuestos a situaciones riesgosas que pongan en peligro sus vidas. Así lo estableció la Corte Constitucional en la parte resolutive de la Sentencia N° C-511 del 16 de noviembre de 1993, al expresar:

“Tercero.- En relación con los menores de más de 15 años y menores de 18 años se cumplirán las normas de protección consagradas en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, adoptada en la Resolución 44/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada por Colombia (Ley 12 de 1991)”.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para resolver de modo definitivo acerca de la demanda incoada y sobre la constitucionalidad del precepto que se impugna, pues hace parte de una ley de la República (artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política).

2. El asunto objeto de controversia. Desestimación del cargo sobre violación al “Mandato por la paz, la vida y la libertad”. Los demás cargos

Lo que debe resolver la Corte es, en suma, si la Constitución resulta violada por la norma objeto de proceso en cuanto, aun excluyendo por vía general la prestación obligatoria del servicio militar por parte de menores de dieciocho años, la permite cuando el menor voluntariamente decida cumplir anticipadamente su deber constitucional previa autorización expresa y escrita de sus progenitores.

Uno de los argumentos que expone la demandante se refiere a la posible vulneración del “Mandato por la paz, la vida y la libertad”, votado por los colombianos durante las elecciones efectuadas el día 26 de octubre de 1997, uno de cuyos acápites dice textualmente: “No vinculen menores de 18 años a la guerra”.

Este cargo no puede prosperar, pues la Corte, mediante Sentencia C-339 de la fecha (M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz) ha dejado en claro que el aludido acto no tiene jerarquía constitucional ni representa una norma de Derecho a la que debiera estar sometido el legislador.

Así las cosas, la Corte entrará a verificar la constitucionalidad de lo demandado a la luz de las normas integrantes de la Constitución que la accionante estima vulneradas.

Es necesario aludir inicialmente a la obligación de prestar el servicio militar, que resulta de la condición de nacional colombiano, como lo previene el artículo 217 de la Constitución, sin que para su efectividad sea menester la ciudadanía -a la que se refiere uno de los argumentos de la demanda-, pues ésta ha sido reservada por la Carta como condición para el ejercicio de los derechos políticos, mientras que lo concerniente a la indicada obligación debe ser regulado por la ley, a su vez limitada por principios constitucionales diversos de los que regulan los derechos políticos y por los tratados internacionales, como se verá.

Respecto de la obligación de prestar el servicio militar, la Corte insiste en su ya reiterada doctrina:

“No se trata de tiránica imposición sino de la natural y equitativa consecuencia del principio general de prevalencia del interés social sobre el privado, así como de las justas prestaciones que la vida en comunidad exige de cada uno de sus miembros para hacerla posible.

Una concepción equilibrada de los derechos subjetivos implica el reconocimiento de que ninguno de ellos es absoluto, pues los que emanan de unas cláusulas constitucionales encuentran límite en las obligaciones que imponen otras, por lo que es necesario conciliarlas impidiendo que la aplicación indiscriminada de una deje a las demás sin contenido”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-409 del 8 de junio de 1992).

“Dispone el artículo 216 de la Constitución, como regla general, que todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas.

El precepto consagra el servicio militar como obligatorio, lo cual resulta no solamente del perentorio mandato aludido sino de la referencia constitucional a las condiciones eximentes, que únicamente son las determinadas por la ley.

El artículo 217 señala que la Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes, constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, las cuales tienen como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

Resulta indudable que, a menos que se configure una de las causales legales de exención, la prestación del servicio militar corresponde a un deber ineludible de la persona, que tiene su fundamento en el principio constitucional de prevalencia del interés general (artículo 1 C.P.) y que se exige a los nacionales como expresión concreta de la obligación genérica, a todos impuesta, de cumplir la Constitución y las leyes (artículos 4º, inciso 2º, y 95 C.P.). Este último precepto ordena a las personas, de manera específica, el respeto y apoyo a las autoridades democráticas legítimamente constituídas para mantener la independencia y la integridad nacionales”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-561 del 20 de noviembre de 1995).

La Corte no encuentra vulnerado ni amenazado el derecho a la vida de los menores a quienes se refiere la norma acusada, toda vez que, por una parte, no resulta obligatoria para ellos la prestación del servicio militar -por el contrario, se prohíbe que tal obligación se les haga exigible antes de los dieciocho años- y, por otra, se estatuye que los menores reclutados, a partir del supuesto de su vinculación voluntaria, avalada por los padres, no puedan ser destinados a zonas en las cuales se desarrollen operaciones de guerra ni empleados en acciones de confrontación armada.

El servicio militar no representa per se que la persona a él vinculada quede expuesta sin protección alguna a los riesgos inherentes al conflicto armado, puesto que los dos conceptos no pueden confundirse. Y si los mandos militares cumplen a cabalidad la disposición que se examina -no se olvide que la misma norma contempla las transgresiones a sus mandatos como causales de mala conducta sancionables con destitución-, habrán de respetar la limitación del servicio militar que prestan los menores voluntariamente reclutados a actividades inofensivas, no riesgosas para sus vidas y su integridad personal.

Más todavía, la disposición legal debe entenderse y aplicarse a la luz de los criterios que ya esta Corte tuvo oportunidad de exponer en el fallo de Sala Plena SU-200 del 17 de abril de 1997 (Ms.Ps.: Drs. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo):

“La Convención de los Derechos del Niño de 1989 contiene varias disposiciones destinadas a proteger los derechos del menor de 18 años; entre ellas, su artículo 3 dispone: “En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración principal a que se atenderá será el interés superior del niño...”.

A su vez, el artículo 6, numeral 2, ibídem establece: “Los estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo de niño”. Asimismo, el artículo 38 estatuye en sus numerales 1 y 3: “1. Los estados partes se comprometen a respetar y a velar porque se respeten las normas del Derecho Internacional Humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño... 3. Los estados partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los estados partes procurarán dar prioridad a los de más edad”.

En cuanto hace, entonces, a los soldados bachilleres menores de edad, es claro que, como regla general, no se les puede permitir participar en combate sin violar sus derechos fundamentales e infringir claras normas de Derecho Internacional incorporadas debidamente al ordenamiento interno; sólo en casos extremos, y no habiendo al menos una persona mayor que pueda cumplir con la labor riesgosa, puede aceptárseles como voluntarios para tareas diferentes a las administrativas y de servicio social, debido a la especial protección que el Estado está obligado a proporcionarles.

(...)

La situación de orden público por la que atraviesa el país justifica plenamente la preocupación de los actores por la vida de sus hijos. Es innegable que el derecho a la vida de los soldados bachilleres, como el de todos los miembros de las Fuerzas Armadas, está en peligro, sea cual fuere el lugar en el que les corresponda cumplir su misión. Y en las llamadas zonas de orden público tal riesgo se agrava por los constantes y en muchos casos sorpresivos enfrentamientos armados, así como por los conflictos de otro orden -la actividad de grupos de justicia privada, del narcotráfico o de la delincuencia común-, a los que, encontrándose allí, el soldado no puede sustraerse, dada su obligación militar.

La condición, tanto física como psicológica de los soldados bachilleres menores de edad, y la especial protección que para ellos se encuentra consagrada en la normatividad interna y la internacional, hace de su traslado a zonas de orden público una exigencia desproporcionada, que sobrepasa los límites de la exigibilidad del servicio militar respecto de su corta edad y casi nula experiencia en la actividad castrense.

Teniendo en cuenta la imperiosa diferenciación por edades que, como quedó expuesto, corresponde a situaciones jurídicas distintas, reconocidas por el orden jurídico y que, en últimas, concretan el valor de la justicia real y efectiva, considera la Sala que el Ejército Nacional sí violó, o al menos puso en grave e injustificado peligro los derechos a la vida y a la integridad personal de los soldados bachilleres menores de edad que envió a las denominadas “zonas rojas” ; y en cuanto a los soldados bachilleres mayores de edad, es necesario reiterar que, si bien su obligación va más allá que la de los menores, sólo pueden ser enviados a zonas denominadas del orden público, siempre que hayan recibido un entrenamiento suficiente que les permita enfrentar en igualdad de condiciones al enemigo.

Aunque las cifras conocidas por la Corte no dan cuenta de que, hasta ahora, haya muerto algún soldado menor de edad en las zonas de alto riesgo, no implica ello que los allí destacados se encuentren fuera de peligro para sus vidas, ni descarta tampoco la vulneración de los convenios internacionales al respecto, la cual se produce por el sólo hecho de colocar a la persona que no alcanza los dieciocho años en una circunstancia de objetivo y evidente peligro para su vida o su integridad”.

En cuanto a la posible vulneración del artículo 13 constitucional, tampoco se configura, si se tiene en cuenta que el precepto acusado confiere el mismo trato a todos aquellos que se encuentran en la hipótesis indicada -la de ser menores de 18 años-, pues en principio prohíbe que sean llamados, con carácter forzoso, a prestar el servicio militar. Y también a todos, en los mismos términos, concede la oportunidad de optar por el cumplimiento de su obligación antes de dicha edad, en las condiciones expuestas, sin introducir ninguna discriminación contraria al postulado de la igualdad.

Obviamente, la norma en estudio contempla un trato diferente por razones de edad, distinguiendo frente a la obligación constitucional entre los mayores y los menores de dieciocho años, pero precisamente esa diferenciación se establece, no con criterio de preferencia o de predilección, sino con el propósito de proteger a los menores, como se deduce del artículo 44 de la Carta, del 13 y de los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, y que prevalecen en el orden interno (art. 93 C.P.), justificando plenamente la diversidad en la reglamentación legal sobre el reclutamiento.

También ha distinguido el legislador entre quienes, siendo menores y estando amparados por la norma general, se ofrecen voluntariamente a prestar el servicio, y quienes simplemente se acogen a la regla básica. Ello no es inconstitucional, por cuanto la distinción no es arbitraria. Parte del supuesto de reconocer la voluntad del menor, fundada en el libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.P.) y respaldada por sus padres, lo que en el sentir de la Corte justifica que se les permita prestar el servicio militar en actividades que no impliquen riesgo para su vida ni para su integridad personal.

Eso sí, debe tenerse en cuenta que, como lo consagran los tratados internacionales, los menores de quince años en ningún caso pueden, ni siquiera voluntariamente, ser admitidos y menos convocados a la prestación de tal servicio, según reiterada jurisprudencia de esta

Corporación. Ha de reafirmarse en esta ocasión lo ya dicho en sentencias C-511 del 16 de noviembre de 1993 (M.P. Dr. Fabio Morón Díaz), SU-200 del 17 de abril de 1997 (Ms.Ps. Drs.: Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo) y en la número C-339 de la fecha (M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz).

En cuanto a los mayores de quince años y menores de dieciocho, la Corte reitera que, si bien pueden ser vinculados al servicio militar, bajo las condiciones que hoy contempla la norma demandada -excepcionales-, de todas maneras no pueden ser llevados o destinados a desempeñar oficios o a cumplir obligaciones o tareas que impliquen participación en los combates propios del conflicto armado, ni se les pueden confiar responsabilidades relativas a las hostilidades, ni asignarles funciones que signifiquen peligro para sus vidas o riesgo para su integridad personal -física o psicológica-, pues en cualquiera de estas hipótesis sería violado el artículo 44 de la Constitución, que ordena su protección prevalente contra toda forma de violencia física o moral y hace obligatorio para el Estado “asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”.

Como lo deja dicho esta Corte en la Sentencia C-339, proferida en esta misma fecha, “las Fuerzas Armadas deben evitar el reclutamiento de tales menores y preferir siempre el alistamiento de los de mayor edad”, según perentorios mandatos de convenios internacionales sobre derechos del niño y de conformidad con las prescripciones del Derecho Internacional Humanitario.

Bajo estas condiciones, juzga la Corte que el artículo 44 de la Constitución tampoco se afecta con la norma atacada, pues, según lo expuesto, su estricta aplicación no implica atropello a los menores por su envío al combate o por su exposición al peligro inherente a la confrontación armada.

No ve la Corte cómo puede haberse vulnerado el artículo 98 de la Constitución, sobre pérdida de la ciudadanía y suspensión de los derechos políticos, pues la de prestar el servicio militar es justamente una obligación cuyas excepciones y prerrogativas competen a la ley (art. 216 C.P.), y no un derecho, salvo lo dicho en lo referente a la vinculación voluntaria; y además, del precepto constitucional que la consagra no se deduce que sea indispensable la ciudadanía para cumplirla voluntariamente.

La Corte estima, claro está, que para no desconocer el derecho a la libertad de los menores,

ni por consiguiente los demás que aquí se invocan, la voluntariedad en la prestación del servicio militar por quienes no han llegado a los dieciocho años no puede ser aparente sino real. Es decir, el acto del menor ha de ser espontáneo, libre de presiones, apremios, amenazas o constricciones de cualquier índole, las que, si llegaran a presentarse en casos concretos, implicarían violación de la norma legal y simultáneamente de los derechos fundamentales de rango constitucional a los que se ha hecho referencia y de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Es evidente que, en semejantes eventos, los responsables de tales conductas tendrían que ser procesados y sancionados con arreglo a las leyes.

Pero de la eventualidad de que se produzcan violaciones del género expuesto no puede deducirse la inconstitucionalidad de la norma legal atacada, que en sí misma no se opone a la Constitución.

Los apartes demandados se declararán exequibles, bajo los condicionamientos que resultan de las consideraciones precedentes.

Por no ser de su actual competencia, dentro del presente proceso, no entra la Corte a definir lo relativo a la reserva que el Ejecutivo había formulado y después retiró, respecto de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), a la que alude la demandante cuando alega una posición gubernamental errática frente al tema del servicio militar obligatorio. No es esta la oportunidad para que se adopte resolución alguna sobre el particular.

DECISION

En mérito de lo dicho, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Decláranse EXEQUIBLES los apartes demandados del artículo 13 de la Ley 418 de 1997, en el entendido de que los menores que se recluten sólo podrán ser vinculados al servicio militar si tienen más de quince años, si se los excluye de toda actividad de riesgo y se los destina exclusivamente a cumplir funciones ajenas al combate y sólo en zonas que no sean de orden público, siempre sobre la base de la total espontaneidad de su decisión.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

VLADIMIRO NARANJO MESA

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Aclaración de voto a la Sentencia C-340/98

Referencia: Expediente D-1956

Aunque la ponencia original en este proceso proponía la inconstitucionalidad de lo acusado, no puedo hacer nada distinto de acatar -aunque no comparta- la decisión de la Corte en el sentido de negar todo efecto jurídico vinculante al “Mandato por la paz, la vida y la libertad” (Sentencia C-339 de la fecha, con ponencia del H. Magistrado Carlos Gaviria Díaz).

Desaparecido el argumento, ante la definición que ya hizo la Sala Plena, las cosas quedan como estaban antes de la expresión de esos “buenos deseos” del pueblo y, por tanto, lo procedente es reiterar, como se hace, lo que en ocasiones anteriores ha sostenido la jurisprudencia.

Me remito al salvamento de voto depositado en torno a la mencionada Sentencia.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

Fecha, ut supra.

Aclaración de voto a la Sentencia C-340/98

SERVICIO MILITAR POR MENOR DE EDAD-Prohibición absoluta (Aclaración de voto)

En este caso, no salvo el voto sino simplemente lo aclaro, no sólo por cuanto el carácter voluntario de la vinculación puede dar mayor sustento a la norma estudiada en el presente proceso sino, además, porque, al ser derrotada en la sentencia C-339 de 1998 mi posición de declarar la inconstitucionalidad de toda incorporación de los menores a la Fuerza Pública, debo acoger la doctrina de la Corporación, por más de que no la comparta, por las razones que señalé en el salvamento de voto a esa sentencia y por las consideraciones suplementarias de la presente aclaración.

MANDATO POR LA PAZ-Tiene efectos jurídicos vinculantes (Aclaración de voto)

Es también plausible considerar que el mandato ciudadano tiene efectos jurídicos vinculantes, no tanto por haber sido realizado por un medio de participación política previsto por el ordenamiento, sino por configurar una manifestación del pueblo, como poder constituyente que es. No se puede desconocer que ninguna decisión en toda la historia de

nuestro país ha contado con un respaldo ciudadano tan importante, pues recibió unos diez millones de votos en su favor. La Corte debió entonces analizar si efectivamente nos encontrábamos frente a una verdadera manifestación del poder constituyente, por lo cual no debió limitarse a señalar que ese mandato carecía de todo efecto, únicamente por no haberse realizado por los medios ordinarios previstos por la Constitución.

MANDATO POR LA PAZ-Naturaleza (Aclaración de voto)

Creo que la sentencia C-339 de 1998 y la presente sentencia tienen razón en señalar que el mandato ciudadano por la paz no configuró una expresión del poder constituyente originario a fin de consagrar un nuevo orden institucional o reformar la Constitución de 1991 en aspectos esenciales. Así, no sólo la convocatoria misma no comunicó inequívocamente al electorado que el objetivo era reformar la Carta sino que el texto votado no tiene esas pretensión. Además, si bien existió previamente a la elección una importante movilización ciudadana en favor de la paz, ésta no manifestó nunca la voluntad de erigirse en una expresión del poder constituyente, a diferencia de las movilizaciones ciudadanas ocurridas en 1990, y que dieron lugar a la convocación de la Asamblea Constituyente soberana de 1991. Sin embargo, esto no significa que ese mandato tenga un valor puramente moral y político, y por ende carezca de todo efecto jurídico vinculante y se limite a ser “una exhortación del pueblo a los órganos del poder y a los ciudadanos para que conformen su acción y su conducta a los principios políticos consignados en el Preámbulo y muy específicamente a la directriz contenida en el artículo 22”, según el cual “la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.”

MANDATO POR LA PAZ-Interpretación (Aclaración de voto)

La Corte debió reconocer dos cosas: de un lado, era importante destacar que el sentido general del mandato coincide con los valores esenciales del ordenamiento constitucional, y en especial con la preferencia de la Carta por la paz y por el respeto de las normas humanitarias en el conflicto armado. De otro lado, algunos apartes del mandato son suficientemente precisos como para configurar verdaderos preceptos, en especial aquellos que prohíben la vinculación de los civiles y de los menores de 18 años a la guerra, e incluso aquel otro que exige a los actores armados resolver pacíficamente el conflicto. En tales condiciones, la Corte hubiera podido, sin atribuir efectos constituyente plenos al mandato,

admitir que éste puede ser entendido como un desarrollo de la Constitución, pues la ciudadanía habría precisado el alcance de ciertos valores constitucionales, como el respeto del derecho humanitario y el contenido del derecho y el deber de la paz. ¿Qué significa lo anterior? Algo muy simple: que se hubiera podido reconocer al mandato por la paz un valor esencial, como criterio interpretativo vinculante, en tanto que la propia ciudadanía habría concretado el sentido de ciertos artículos constitucionales. Por ende, el mandato debió ser considerado como un desarrollo ciudadano de la Constitución, lo cual hubiera tenido efectos jurídicos importantes.

Referencia: Demanda ciudadana contra el artículo 13 (parcial) de la Ley 418 de 1997.

Con mi acostumbrado respeto, me veo obligado a aclarar mi voto en la presente sentencia, en virtud de la cual la Corporación declaró la exequibilidad condicionada del aparte del artículo acusado, el cual permite la vinculación al servicio militar de bachilleres que sean menores de edad, siempre y cuando se haga de manera voluntaria y con la autorización de sus representantes legales.

Esta decisión se basa en gran parte en los criterios adelantados en la sentencia C-339 de 1998, en la cual salvé mi voto, por cuanto considero que la vinculación de los menores a filas implica un riesgo desproporcionado a sus derechos a la vida y a la integridad personal, derechos que tienen una protección preferente en la Carta. Sin embargo, en este caso, no salvo el voto sino simplemente lo aclaro, no sólo por cuanto el carácter voluntario de la vinculación puede dar mayor sustento a la norma estudiada en el presente proceso sino, además, porque, al ser derrotada en la sentencia C-339 de 1998 mi posición de declarar la inconstitucionalidad de toda incorporación de los menores a la Fuerza Pública, debo acoger la doctrina de la Corporación, por más de que no la comparta, por las razones que señalé en el salvamento de voto a esa sentencia y por las consideraciones suplementarias de la presente aclaración.

De otro lado, también me aparto parcialmente de la posición expresada en las sentencias C-339 de 1998 y en la presente ocasión, en donde la Corte concluye que el mandato por la paz, votado por los colombianos en las elecciones efectuadas el 26 de octubre de 1997, carece de todo efecto jurídico vinculante, por cuanto no se desarrolló con base en uno de los mecanismos de participación previstos por la Constitución y no tiene la estructura de una

norma jurídica.

El argumento de la Corte es totalmente válido si se toma en cuenta únicamente la supremacía de la Constitución (CP art- 4º), puesto que los ciudadanos se encuentran sometidos a los mandatos de la Carta, por lo cual deben en principio manifestar sus preferencias y opiniones por las vías previstas por el ordenamiento. Por ende, si el mandato por la paz no se fundó en ninguno de los mecanismos de participación previstos por el ordenamiento para producir normas jurídicas, entonces debemos concluir que, desde esta perspectiva normativista, ese mandato carece de efectos jurídicos. Sin embargo, el ordenamiento jurídico colombiano se funda en la soberanía popular, de la cual emana no solo todo el poder público organizado por la Constitución (CP art. 4º) sino incluso la propia norma constitucional, la cual fue decretada por el pueblo colombiano, en ejercicio de su soberanía, tal y como lo señala el Preámbulo de la Carta. Por ende, es también plausible considerar que el mandato ciudadano tiene efectos jurídicos vinculantes, no tanto por haber sido realizado por un medio de participación política previsto por el ordenamiento, sino por configurar una manifestación del pueblo, como poder constituyente que es. No se puede desconocer que ninguna decisión en toda la historia de nuestro país ha contado con un respaldo ciudadano tan importante, pues recibió unos diez millones de votos en su favor. La Corte debió entonces analizar si efectivamente nos encontrábamos frente a una verdadera manifestación del poder constituyente, por lo cual no debió limitarse a señalar que ese mandato carecía de todo efecto, únicamente por no haberse realizado por los medios ordinarios previstos por la Constitución.

Estoy consciente de que el problema que plantea el mandato toca con uno de los temas más difíciles de la teoría constitucional, a saber, cuál es el status del pueblo en una democracia constitucional, pues la relación entre pueblo y constitución es muy compleja. Así, conforme al principio democrático, la soberanía reside en el pueblo, la comunidad de ciudadanos, quien es titular del poder constituyente originario. Por ende, en tanto que poder constituyente originario, el pueblo no aparece limitado por el ordenamiento jurídico-constitucional puesto que él es el origen mismo de la Constitución. En síntesis, siendo el pueblo el titular del poder constituyente, es él quien gobierna y los gobernantes (ejecutivo, legislativo y jurisdiccional) no son más que sus representantes y delegados. Sin embargo, el gran problema del pensamiento democrático reside en determinar como se manifiesta esa voluntad popular en concreto.

Así, teniendo en cuenta la dificultad de determinar la voluntad popular, los ordenamientos jurídicos establecen los procedimientos que deben ser respetados por los poderes y los ciudadanos y mediante los cuales se protegen los derechos esenciales de los asociados y se aseguran mecanismos formales para permitir la manifestación de la voluntad popular: funcionamiento de elecciones, organización de partidos, mecanismos de control jurisdiccional, etc. El conjunto básico de esas reglas es el ordenamiento jurídico y su fundamento es la constitución o ley de leyes. La integridad y continuidad de la constitución debería asegurar así el mejor funcionamiento democrático, mientras que la ruptura de sus reglas puede conducir a gobiernos autocráticos. Como vemos, en esta segunda acepción, el pueblo aparece como una entidad jurídicamente organizada, subordinada a reglas jurídicas que los gobernantes y los ciudadanos están obligados a cumplir.

Es pues necesario distinguir entre el pueblo como soberano, titular del poder constituyente, del pueblo como entidad jurídica organizada por las normas constitucionales. El primero es una “magnitud no formada, no regulada en la ley constitucional” (Carl Schmitt. Teoría de la constitución, p 291), es el “pueblo, antes y por encima de la Constitución” (p 276), mientras que el segundo es el pueblo “dentro de la Constitución, en el ejercicio de facultades reguladas por ley constitucional”, (p 276) “siendo de observar que aquí, en realidad, no es el pueblo el formado y el organizado, sino que existe sólo un procedimiento para las elecciones o la votación, y la voluntad del pueblo sólo surge como resultado de un sistema de vigencias o acaso ficciones” (p 291). Esta tensión se ve en el texto mismo de nuestra Carta, en donde se señala que la soberanía reside en el pueblo, quien decretó la constitución, pero acto seguido se establece que es deber de los ciudadanos -es decir del pueblo- “acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades” (CP art. 4º).

Esta tensión entre el pueblo soberano, titular del poder constituyente, y el pueblo súbdito o entidad jurídicamente organizada -que no es más que una reformulación de la distinción de Rousseau entre el ciudadano y el súbdito- es la que ha llevado a los teóricos a distinguir entre el poder constituyente originario -fuente del ordenamiento y de la soberanía- y los llamados poderes constituidos, cristalizados en las normas positivas. Esta distinción es uno de los aspectos más problemáticos de la dinámica de la democracia constitucional. En efecto, si se asume una concepción puramente formal de constitución, vemos que el carácter democrático del ordenamiento puede desvanecerse: el pueblo queda atado a los rituales jurídicos y así, de soberano, se trastoca en reflejo del ordenamiento jurídico, en simple elemento

subordinado y conformativo del Estado, en el mero ámbito de validez del ordenamiento jurídico que se desenvuelve por la misteriosa virtud autocreativa del Derecho. Sin embargo, el abandono de todo ritual procedimental -la ruptura de los mecanismos jurídico-constitucionales- puede ser también un camino hacia autocracias plebiscitarias, puesto que los gobiernos pueden invocar voluntades populares difusas, a través de mecanismos irregulares y, de esa manera, legitimar todo tipo de decisión política.

¿Cómo conciliar esas tendencias contrarias, inmanentes a la democracia constitucional, entre el carácter potencialmente inorgánico de la voluntad popular y el rigor formal de los procedimientos constitucionales?

Cuando la voluntad popular se manifiesta a través de los cauces previstos por el ordenamiento, no hay problema. La dificultad con el mandato ciudadano por la paz reside en que amplios grupos se pronunciaron por un procedimiento no previsto expresamente por el ordenamiento. La situación es entonces compleja, pero creo que un análisis matizado hubiera permitido llegar a una solución jurídica adecuada.

Según mi criterio, para resolver esta tensión, es necesario aceptar que en una democracia constitucional, el pueblo nunca delega totalmente su poder constituyente. No se puede considerar que una vez ejercido el poder constituyente originario popular, éste queda totalmente agotado en las normas positivas, pues ello implicaría limitar enormemente el potencial democrático hacia el futuro. Al respecto bien vale la pena transcribir una extensa cita de Carl Schmitt -cuando éste aun no había adherido a las tesis nacionalsocialistas- por su gran claridad en este punto. Dice el jurista alemán:

“Según la doctrina democrática del Poder Constituyente del pueblo, éste, como titular del poder constituyente, se encuentra fuera y por encima de toda regulación constitucional. Cuando, por ley constitucional, se le transfieren ciertas competencias (elecciones y votaciones), no por ello se agota y acaba, en una democracia, su posibilidad de actuar y su significación política. Junto a todas estas normaciones sigue subsistiendo el pueblo como verdadera magnitud inmediatamente presente -no a través de normaciones, vigencias y ficciones circunscritas de antemano-. Ni aun cuando se añaden a la organización estatal instituciones constitucionales de la llamada democracia directa queda desconectado el pueblo para todas las demás relaciones; aunque a los electores y a los ciudadanos con

derecho a voto se les asigne facultades constitucionales el pueblo no se transforma por ello en una autoridad. Precisamente en una democracia, el pueblo no puede llegar a ser autoridad y simple “órgano” del Estado. Es siempre algo más que un órgano que funciona con competencia para resolver asuntos oficiales, y subsiste, junto a los casos de una actuación constitucionalmente organizada (elecciones y votaciones populares), como entidad esencialmente no organizada y estructurada” (Teoría de la Constitución. p 280-281)

La anterior precisión permite reformular el artículo 4º de la Carta. Así, esa norma señala que la soberanía reside en el pueblo, del cual emana el poder público, y luego agrega que el pueblo ejerce esa soberanía “en los términos que la Constitución establece”. Una acepción absoluta de esa última parte del artículo elimina a mi juicio la soberanía residual que conserva el pueblo, por lo cual hay que aceptar que la soberanía popular, siempre y cuando ésta se manifieste en forma unívoca y clara, se puede expresar por cauces distintos a los previstos formalmente por el ordenamiento. De esa manera se evita una acepción puramente formal de Constitución -que le restaría enormemente su vitalidad- y se reconoce el contenido popular y democrático que ella debe tener. Como dijo alguna vez el jurista alemán Herman Heller, “la constitución es una forma abierta a través de la cual pasa la vida, vida en forma y forma que nace de la vida”. Así se restituye el carácter dinámico -que no arbitrario- de las normas constitucionales. Ellas son reglas formales para tramitar los conflictos sociales; son entonces vida en forma. Pero la constitución igualmente cristaliza pactos sociales y decisiones del poder constituyente por medio de los cuales las sociedades se autoorganizan; es entonces una forma que nace de la vida. Es conforme a esos criterios generales que la Corte debió estudiar si el mandato por la paz configuraba realmente una norma jurídica vinculante.

Así, en una situación ordinaria del devenir constitucional y no existiendo normas positivas que faculden al ejecutivo a convocar al pueblo ni evidencias de la formación de una voluntad popular constituyente, es lógico que no se reconozca carácter constituyente ni fuerza jurídica vinculante a una manifestación ciudadana irregular. Debido a la normalidad institucional, prima la consideración de la Constitución como norma fundamental, vida cristalizada y formalizada, como conjunto de reglas y procedimientos que deben ser respetados, ya que no se debe permitir una ruptura alegre de la continuidad de los procedimientos constitucionales. Sin embargo, en otras circunstancias históricas, sobre todo cuando existen evidencias de que estamos frente a una voluntad popular constituyente -ya desarrollada, ya en formación-, los

actos del constituyente primario no pueden ser considerados rupturas del ordenamiento constitucional sino que se les debe aceptar un poder vinculante. En tales circunstancias prima la consideración de la constitución como acto y decisión del poder constituyente, como pacto social por medio del cual una sociedad se autoorganiza; aquí la constitución es una forma que nace de la vida, y el papel del intérprete debe ser permitir la manifestación concreta de esa agitada vida democrática. Esa fue precisamente la razón por la cual esta Corte se inhibió de conocer de las demandas contra la Constitución de 1991, por cuanto concluyó que en este caso había operado una manifestación del pueblo colombiano, que en tanto que poder constituyente originario, se encuentra libre de ataduras jurídicas. Dijo entonces la Corte:

“La Asamblea Nacional Constituyente que expidió la nueva Constitución Política de Colombia fue un poder comisionado del pueblo soberano. La Constituyente actuó una vez superados los obstáculos que establecía el artículo 13 del plebiscito de 1957 para el pronunciamiento del constituyente primario, y en ese sentido las decisiones populares que permitieron la convocatoria hicieron irreversible el proceso de renovación institucional.

La comprensión del proceso colombiano de reforma se encuentra pues en el concepto de anormalidad constitucional; y este concepto sólo puede ser definido políticamente, por ser acto fundacional, pues se refiere a un presupuesto del derecho que todavía no es jurídico.¹”

Con base en los anteriores argumentos, creo que la sentencia C-339 de 1998 y la presente sentencia tienen razón en señalar que el mandato ciudadano por la paz no configuró una expresión del poder constituyente originario a fin de consagrar un nuevo orden institucional o reformar la Constitución de 1991 en aspectos esenciales. Así, no sólo la convocatoria misma no comunicó inequívocamente al electorado que el objetivo era reformar la Carta sino que el texto votado no tiene esas pretensión. Además, si bien existió previamente a la elección una importante movilización ciudadana en favor de la paz, ésta no manifestó nunca la voluntad de erigirse en una expresión del poder constituyente, a diferencia de las movilizaciones ciudadanas ocurridas en 1990, y que dieron lugar a la convocación de la Asamblea Constituyente soberana de 1991. Sin embargo, esto no significa que ese mandato tenga un valor puramente moral y político, y por ende carezca de todo efecto jurídico vinculante y se limite a ser “una exhortación del pueblo a los órganos del poder y a los ciudadanos para que conformen su acción y su conducta a los principios políticos consignados en el Preámbulo y

muy específicamente a la directriz contenida en el artículo 22”, según el cual “la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.” Según mi criterio, la Corte hubiera podido interpretar de otra manera el alcance de esa expresión ciudadana, que la propia sentencia C-339 de 1998 reconoce que tuvo una votación particularmente significativa. Así, teniendo en cuenta que no nos encontrábamos en un momento constituyente, y en virtud de la supremacía de la Carta y de la existencia de mecanismos precisos para reformar las disposiciones constitucionales, me parece razonable negar efectos de reforma constitucional al mandato por la paz. Sin embargo, en virtud del principio de soberanía popular y de la masiva votación que recibió ese mandato, también me parece equivocado negar todo efecto jurídico a ese mandato. ¿Cuál era entonces la alternativa? A mi juicio, la Corte debió reconocer dos cosas: de un lado, era importante destacar que el sentido general del mandato coincide con los valores esenciales del ordenamiento constitucional, y en especial con la preferencia de la Carta por la paz y por el respeto de las normas humanitarias en el conflicto armado. De otro lado, algunos apartes del mandato son suficientemente precisos como para configurar verdaderos preceptos, en especial aquellos que prohíben la vinculación de los civiles y de los menores de 18 años a la guerra, e incluso aquel otro que exige a los actores armados resolver pacíficamente el conflicto. En tales condiciones, la Corte hubiera podido, sin atribuir efectos constituyente plenos al mandato, admitir que éste puede ser entendido como un desarrollo de la Constitución, pues la ciudadanía habría precisado el alcance de ciertos valores constitucionales, como el respeto del derecho humanitario y el contenido del derecho y el deber de la paz. ¿Qué significa lo anterior? Algo muy simple: que se hubiera podido reconocer al mandato por la paz un valor esencial, como criterio interpretativo vinculante, en tanto que la propia ciudadanía habría concretado el sentido de ciertos artículos constitucionales. Por ende, el mandato debió ser considerado como un desarrollo ciudadano de la Constitución, lo cual hubiera tenido efectos jurídicos importantes. Por ejemplo, antes de ese mandato, podía haber discusión sobre la constitucionalidad o no de la vinculación de los menores de 18 años a la Fuerza Pública, en el contexto de la guerra que vive el país, pero después de esa masiva manifestación ciudadana de octubre de 1997, a mi juicio la única interpretación admisible del sentido de las normas humanitarias y de la prevalencia de los derechos de los niños es que tal vinculación es inconstitucional.

Por todo lo anterior, considero que la Corte, al negar todo efecto jurídico al mandato por la paz, no sólo perdió la oportunidad de dinamizar la interpretación de la Constitución por la propia ciudadanía sino que incluso ha desestimulado la participación ciudadana en asuntos

esenciales para el país, como la búsqueda de la paz, lo cual es contrario a valores esenciales de nuestro ordenamiento. En efecto, la Carta es clara en señalar que Colombia es una república democrática y participativa en donde la soberanía reside en el pueblo (CP arts 1º y 3º).

Fecha ut supra,

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Magistrado

1 Sentencia C-544 de 1992. MP Alejandro Martínez Caballero.