

# NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Director

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Coordinador

## EDITORIAL

Un estatuto para la defensa de la democracia.  
Fernando Velásquez V.

40

## DERECHO PROCESAL PENAL

El proceso penal como sistema de garantías constitucionales.

Antonio María Lorca Navarrete

El debido proceso penal en el nuevo Código de Procedimiento Penal.

Antonio Ardila D' León y Jorge Carbonell Cantillo

## FORO ESTUDIANTIL

Exordio sustantivo y criminológico sobre la libertad provisional por condena condicional en el nuevo estatuto penal adjetivo.

Miguel Ángel Pedraza Jaimes

## LEGISLACIÓN

Estatuto para la defensa de la democracia. Consideraciones críticas en torno al estatuto para la defensa de la democracia.

Fernando Velásquez V.

## JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Para una exégesis del artículo 677 del Código de Procedimiento Penal.

Edgar Saavedra Rojas

Constitucionalidad de algunas disposiciones sobre el jurado de conciencia en el nuevo Código de Procedimiento Penal.

Alcance del debido proceso.

Jairo E. Duque Pérez

Estatuto antiterrorista: aprehensión de personas sin mandamiento escrito de autoridad competente.

Fabio Morón Díaz

CO/XIV  
F/Z

2345

ABRIL

MAYO

JUNIO

# NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL

## Director

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

## Coordinador

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

## Consejo de Dirección

HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ  
CARLOS ALBERTO JARAMILLO R.  
JESÚS MARÍA VALLE JARAMILLO  
J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA  
MARIO SALAZAR MARÍN

HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO  
JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA  
IVÁN GÓMEZ OSORIO  
HERNÁN DARÍO BENÍTEZ N.  
CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE

## Auxiliares

SANDRA CRISTINA MORA S. (U. De Medellín)  
MARIO ALBERTO ARENAS (U. de Medellín)  
SERGIO UPEGUI KAUSEL (U. Pontificia Bolivariana)  
FRANCISCO VALBUENA C. (U. de Antioquia)



Editorial TEMIS Librería

Bogotá - Colombia

1988

La responsabilidad por las opiniones emitidas en artículos, notas o comentarios firmados, publicados en esta Revista, corresponde a sus autores exclusivamente.



Juristisches Seminar  
der Universität  
Göttingen

Hecho el depósito que exige la ley.  
Impreso en Talleres Gráficos Nomos.  
Carrera 39 B, núm. 17-98, Bogotá.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de esta Revista, por medio de cualquier proceso, reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis, S.A.

Solo se autoriza la reproducción de *artículos* siempre que se indique que han sido tomados de esta Revista.

## ÍNDICE GENERAL

### EDITORIAL

	PÁG.
Un estatuto para la defensa de la democracia. Fernando Velásquez V. ....	155

### DERECHO PROCESAL PENAL

El proceso penal como sistema de garantías constitucionales. Antonio María Lorca Navarrete .....	161
El debido proceso penal en el nuevo Código de Procedimiento Penal. Antonio Ardila D' León y Jorge Carbonell Cantillo .....	165

### FORO ESTUDIANTIL

Exordio sustantivo y criminológico sobre la libertad provisional por condena condicional en el nuevo estatuto penal adjetivo. Miguel Ángel Pedraza Jaimes.	179
--	-----

### LEGISLACIÓN

Estatuto para la defensa de la democracia .....	191
Consideraciones críticas en torno al estatuto para la defensa de la democracia. Fernando Velásquez V. ....	211

### JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Para una exégesis del artículo 677 del Código de Procedimiento Penal. Edgar Saavedra Rojas .....	235
Comentario de Silvio Marín V.	
Constitucionalidad de algunas disposiciones sobre el jurado de conciencia en el nuevo Código de Procedimiento Penal. Alcance del debido proceso	244
Jairo E. Duque Pérez	
Comentario de Juan Guillermo Jaramillo Díaz	
Estatuto antiterrorista: aprehensión de personas sin mandamiento escrito de autoridad competente. Fabio Morón Díaz .....	256
Comentario de Hernando León Londoño Berrío	

### BIBLIOGRAFÍA

1950

1950

### EDITORIAL

... ..

### EDITORIAL

... ..

### EDITORIAL

... ..

### EDITORIAL

... ..

### EDITORIAL

# EDITORIAL

## UN ESTATUTO PARA LA DEFENSA DE LA DEMOCRACIA

La convulsionada situación de orden público, que se ha agudizado de manera preocupante durante los últimos meses, ha obligado al Presidente, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Carta Fundamental, a expedir diversas normatividades de estado de sitio, entre las que se destaca el denominado "Estatuto para la Defensa de la Democracia" (decretos 180 y 474 de 1988 básicamente), que ha suspendido en buena parte las disposiciones ordinarias, al punto de que puede hablarse de un verdadero código penal de orden público, regulatorio de diversas conductas calificadas como "terroristas", y de una legislación adjetiva que estipula la llamada "Jurisdicción de Orden Público", acorde con unas formas procesales específicas.

Por ello, así como antes se crearon unos "jueces especializados" (que hasta donde tenemos noticia no han recibido un entrenamiento diferente de una pésima formación universitaria anclada en una concepción educativa decimonónica), a los que se otorgó competencia para conocer de delitos como el terrorismo, el secuestro y conexos (ley 2ª de 1984) mediante un "procedimiento abreviado" y, luego de la declaratoria de inexequibilidad de las normatividades de estado de sitio que otorgaban competencia a los militares para juzgar a los civiles por los delitos de tráfico ilegal de estupefacientes y porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, ahora, siguiendo la tendencia a "especializarlo" todo, se crean los "jueces de orden público", quienes, mediante un procedimiento sumarísimo, conocen de los delitos de constreñimiento ilegal, tortura, homicidio, lesiones personales y secuestro que se cometan contra ciertos sujetos calificados cuando se realicen con ocasión de "sus creencias u opiniones políticas, partidistas o no", así como de las diversas conductas de terrorismo (art. 2º del decreto 474 de 1988).

A no dudarlo, la situación excepcional que hoy se vive exige una respuesta institucional por parte del órgano ejecutivo encaminada a controlar tan agobiante estado de cosas, pero tal vez el mayor desacierto en el plano político sea la creencia de que basta con expedir legislaciones a granel, cada vez que un hecho grave conmueve en sus más profundos cimientos a la sociedad colombiana. Hasta ahora la herramienta legal se ha utilizado de manera demagógica, como si las soluciones que se requieren, como tantas veces lo hemos planteado desde estas páginas, no debieran atacar los males que nos aquejan desde sus mismas raíces.

En los últimos días, por ejemplo, se ha venido agitando la idea de una reforma constitucional, como si cambiando la Carta Fundamental (que, pese a todo, es uno de los pasos que deben darse), de la noche a la mañana desaparecieran el hambre, la miseria, los abismos entre las clases, la falta de salud, vivienda y educa-

ción, las formas de justicia privada que han generado asesinatos vergonzosos y horripilantes, etc.

Hemos llegado al convencimiento de que, de seguirse el ejemplo de recientes regulaciones caracterizadas por la improvisación (Código de Procedimiento Penal y Estatuto antiestupefacientes, por ejemplo), el texto de nuestra centenaria Constitución terminará convertido en un incoherente amasijo de disposiciones huérfanas de las más elementales pautas en el arte del buen legislar.

Justamente en esta última línea se mueve el Estatuto del que nos ocupamos hoy. Se pretende combatir la situación de violencia generalizada, pero no se distingue entre el delincuente que actúa por móviles políticos y el delincuente común; para dicha legislación es tan terrorista el sicario como el narcotraficante o el guerrillero. Pareciera, incluso, no saberse qué se quiere reprimir.

Las dificultades empiezan cuando de describir los tipos penales allí vertidos se trata. Las transgresiones a postulados como los de legalidad y de determinación, de rango constitucional y legal, son francamente preocupantes así la Corte Suprema de Justicia, haciendo gala de una sabiduría que no pretendemos discutirle, opine lo contrario. Ya desde la primera disposición del decreto 180 se observa que el propósito del legislador es redactar tipos penales abiertos, gaseosos, indeterminados, que por su amplitud y vaguedad permiten acomodar o excluir hasta el más insospechado comportamiento. Se potencia así la arbitrariedad: dependiendo del capricho del juzgador, unos comportamientos pueden ubicarse como delictivos, mientras que otros no.

De la mano de la indeterminación llega el derecho penal de autor que, irónicamente, al igual que en las épocas totalitarias de triste recordación, nos presenta el primer mandatario como uno de los "avances más eficaces del derecho penal moderno". Ya no se pune el acto sino al autor, no se sancionan los actos del terrorista o del sicario sino la calidad de la persona.

Como es apenas obvio, otros postulados erigidos en "normas rectoras de la ley penal colombiana", al parecer llamadas a jugar un papel meramente decorativo, son transgredidos: el principio del bien jurídico, el de culpabilidad, etc.; diversas conductas se repiten, como recreándose en complicar las cosas, a lo largo del articulado en una desconcertante falta de técnica legislativa. Como bien lo dijo el Presidente, se trata de eliminar de los tipos penales todo aquello que haga difícil probar los hechos; debe castigarse a quien "traicione a la sociedad".

Pero las cosas no terminan ahí. El principio del debido proceso legal, según el cual a todos los ciudadanos residentes en Colombia se les garantiza en cualquier época, sea excepcional o no, un juicio imparcial acorde con las formas propias del juicio, es abiertamente vulnerado.

De la manera más sorprendente el art. 46 del decreto, en una amalgama de muy dudosa legalidad, elimina la distinción entre investigación e indagación preliminar, sumario y juicio, para consagrar en su lugar un procedimiento que a todas luces se lleva de calle las formas propias del juicio, elevadas a la categoría de "principios rectores" del estatuto procesal. La recolección de las pruebas y la investigación, por esas argucias "legales" que solo se detectan con la atenta lectura del texto, se

ha entregado en la práctica a organismos inidóneos y sin preparación para cumplir una misión de estricto orden técnico aduciendo "urgencia o fuerza mayor" (Fuerzas Militares, PN, DAS, y PJ).

El "juez de orden público" termina, en realidad, cruzado de brazos a la espera de unos elementos probatorios idóneos que casi nunca aparecen, para después ser colocado en la picota pública.

Prueba clara de lo anterior es que el período de investigación (¿) de treinta días no se cuenta desde el auto cabeza de proceso, como debiera ser, sino desde "la denuncia o el informe" (art. 46 ídem); que vencido dicho término se da traslado a las partes por sendos períodos de setenta y dos horas, y dentro de los diez días siguientes se debe dictar sentencia.

Un procedimiento así parece hecho para condenar o para absolver dependiendo del temor, del capricho, o de las presiones que sufra el funcionario; el logro de la justicia, verdadero cometido del Estado de Derecho Liberal, se torna en una quimera más. Todo pareciera diseñado para permitir el incremento de la impunidad, incluso las penas draconianas que, si las medidas son transitorias, nunca podrán ser descontadas.

Lo que ha debido ser un estatuto severo, pero respetuoso de la legalidad, bien orientado politicocriminalmente hablando, ha terminado convirtiéndose en una herramienta inútil e inoperante y que no ha contribuido en nada a combatir tan desafortunados brotes de criminalidad. Era necesario legislar a conciencia, con seriedad, expidiendo medidas eficaces, coherentes (en pocos días, por ejemplo, se eliminaron las salas especiales de juzgamiento que prevía el decreto 181, y se creó un Tribunal de Orden Público); pero no, se ha acudido a incógnitos asesores que parecieran ignorar hasta los más elementales postulados jurídicos.

Mientras el país no sea verdaderamente gobernado y se continúen expidiendo legislaciones, dirigidas más a fomentar el caos reinante que a impedirlo, nuestra nación seguirá derrumbándose ante la mirada impasible de quienes tienen el deber de velar por su integridad. El Ejecutivo ha añadido, pues, un desacierto más a esa larga cadena de frustraciones a las que ya estamos acostumbrados los colombianos. A la par, una justicia endémica y acorralada sostiene sobre sus hombros una carga que ya no puede soportar, y el Legislativo continúa dando la espalda al conglomerado que dice representar.

Cabe entonces preguntar: ¿Para qué un estatuto antiterrorista como el expedido, si con él o sin él todo va a seguir igual?

FERNANDO VELÁSQUEZ V.  
COORDINADOR  
Junio de 1988.

# SECCIÓN DE DERECHO PROCESAL PENAL

# EL PROCESO PENAL COMO SISTEMA DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Dr. Dr. ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE \*

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

No cabe duda de que, conjuntamente con cada texto normativo en particular, que contenga una específica y concreta oferta sobre la regulación del proceso penal, es posible diseñar un marco *constitucional* que, en principio, atienda a *hacer efectivo* un determinado plan de relaciones convivenciales *presidido por los derechos y libertades que se reconocen a cada ciudadano en particular*. Desde este punto de vista toda *Constitución*, que se precie de tal, debiera contener auténticas normas jurídicas (y no meras declaraciones programáticas de buenos principios) que la erijan en norma *fundamental y fundamentadora de todo el resto del ordenamiento jurídico*, incluido, claro está, el procesal; por lo que la norma constitucional debiera ser el *único marco de referencia* con el que tendrá que contrastarse el resto de normas jurídicas.

Con base, pues, en este planteamiento, tendría que abrirse paso, por tanto, la concepción del proceso como *sistema de garantías constitucionales* que salvaguardará los derechos y libertades de todos los ciudadanos con miras a evitar situaciones de *indefensión*, de suerte que tales *garantías* no se constituyan en un fin en sí mismas, sino en un *medio* para evitar aquella. Pues bien, las afirmaciones hasta aquí vertidas pueden servir, sin lugar a dudas, para clarificar en gran medida el actual panorama legislativo acerca del proceso penal, y en ellas puede encontrar apoyo una consideración del proceso penal como *sistema de garantías con amplio apoyo constitucional, en orden a la obtención de la tutela judicial efectiva de los derechos, sin que en ningún caso se produzca indefensión*. Esta concepción del proceso penal como *sistema de garantías* surge en el ordenamiento jurídico español a partir, precisamente, de la promulgación de la Constitución de 1978, por lo que, sin duda, se encuentra aún revestida de cierta novedad<sup>1</sup>, siendo en gran medida rupturista con las corrientes doctrinales españolas preconstitucionales acerca del proceso penal<sup>2</sup>.

\* Profesor Titular Numerario de Derecho Procesal. Universidad del país Vasco. San Sebastián (España).

<sup>1</sup> ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE, *Derecho procesal penal*, Madrid, Edit. Tecnos, 1986, págs. 19 y ss.

<sup>2</sup> Cf. LORCA NAVARRETE, ob. cit., pág. 22.

En mi opinión y una vez recobradas o reelaboradas las libertades democráticas, el proceso penal debe adquirir un protagonismo sin duda importante como *auténtico* sistema de garantías, fundamentalmente proyectado hacia la persona del imputado o acusado.

## 2. ¿CÓMO SE PROYECTA EL SISTEMA DE GARANTÍAS QUE HA DE DESARROLLAR EL PROCESO PENAL?

Considero que dos son los frentes en los que hay que presentar batalla. En primer lugar, hay que apartarse de la idea de que el proceso penal *ante todo* debe perseguir una *finalidad práctica*, como pudiera desprenderse del propio art. 1º de la ley procesal penal española (L. E. Crim.) cuando señala que “no se impondrá pena alguna ... sino en virtud de sentencia”, o, lo que es lo mismo, que *no debiera existir proceso penal más que en la medida en que la pena pueda ser actuada*<sup>3</sup>. En tal sentido cabe señalar, como ya lo he hecho antes<sup>4</sup>, que la finalidad del proceso penal abarca no solo la efectiva imposición de la pena mediante la sentencia de la cual deba nacer un título ejecutivo, sino también y además en sentido amplio, el *interés fundamental del Estado en que la acción de la justicia penal no quede imprejuizada*, lo cual puede lograrse mediante la sentencia, que puede contener tanto un fallo condenatorio como uno absolutorio. Por consiguiente, no es cierto —y en esto invito a la doctrina a que dé un nuevo cambio de planteamientos— que el interés fundamental que determina el proceso penal sea, sin más, el dirigido a declarar la punibilidad del culpable.

La Constitución española en el art. 24 proclama la efectiva tutela judicial de los derechos, pero no le impone al Estado, titular del tan manipulado *ius puniendi*, que la promoción de la justicia penal mediante el proceso penal debe tener, fijese el lector, carácter *represivo tout a cour*. Pues, sin duda alguna, no solo es criticable el régimen represivo a que pueda quedar sometido el condenado a través de la ejecución de la pena en los diversos establecimientos penitenciarios, sino además —y en un momento anterior— del que pueda ser objeto en el proceso mismo, porque teóricamente aún se justifica por la doctrina que el fin del proceso penal ha de ser siempre *práctico* o dirigido a “encontrar” un culpable. Ciertamente ese planteamiento o lo que pueda entrañar su formulación no es, en mi opinión, mantenable, y ello porque el derecho del Estado a castigar, de existir, no nace con el hecho punible sino con la sentencia condenatoria, esto es, *después del proceso*, no con el proceso, por lo que no estaría de más despojar de una vez por todas al proceso penal de “finalidades” que por dogmáticas pugnan o pueden pugnar con una situación de respeto con los derechos fundamentales de la persona por medio del proceso mismo. Por ello, al binomio *fin del proceso-imposición de la*

*pena* es necesario contraponer la síntesis *proceso penal-derechos humanos*, como consecuencia del nuevo tratamiento que se debe otorgar a la realización jurisdiccional de la norma penal, en perfecta sintonía con el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, que entró a formar parte del derecho interno español el 4 de octubre de 1979 y, por tanto, con plena acogida de la jurisprudencia emanada en el ámbito penal del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos; o como en el caso americano con amplia acogida de la Convención sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, y en concreto su artículo octavo.

En segundo término, también es necesario desterrar la idea de que la finalidad del proceso penal sea llevar a cabo la realización jurisdiccional de la norma sustantiva penal, esto es, que mediante aquel *se lleve a cabo la aplicación al caso concreto del específico artículo del Código Penal respectivo*<sup>5</sup>. En tal sentido es común predicar del proceso penal su carácter *instrumental*, lo cual es falso<sup>6</sup>, puesto que su fin no es llevar a cabo la realización jurisdiccional de la norma sustantiva penal, sino que aquel *debe atender fundamentalmente a hacer posible la validez de los actos procesales penales con las garantías que la respectiva ley procesal estatal establezca, de conformidad, además, con las propias garantías constitucionales emanadas de la norma constitucional o del tribunal o corte interpretadora de la misma*<sup>7</sup>. En esta nueva dimensión de respeto a los derechos humanos a través de las *garantías* que el propio proceso establece, es *en donde es preciso encontrar el agotamiento de la finalidad que persigue el proceso penal*. Y en esa finalidad, no cabe duda, que el mismo proceso penal *ni es instrumental ni secundario*.

## 3. RECAPITULACIÓN

En consecuencia, la finalidad del proceso penal no es práctica, es simplemente la de realizar la función jurisdiccional penal por medio de la administración de justicia, sin que apriorísticamente sea o deba ser necesario acudir al binomio *proceso-pena*. Como bien señala el art. 117.3 de la Constitución española, el primer fin —práctico o no— del proceso es el de “juzgar”, y luego, en su caso, *ejecutar* lo juzgado. De este modo y junto con la función de administrar justicia aparece, además, la finalidad de ejecutarla como una manifestación más *de carácter jurisdiccional, sin que deba distinguirse*, por lo demás, entre “ejecución” y “cumplimiento” de la condena. Desde el punto de vista jurisdiccional, ambas actividades van unidas indisolublemente, y es además así porque solo cuando ejecución y cumplimiento impliquen una misma cosa será cuando el mandato constitucional de la reeducación social y la inserción de las penas privativas de libertad podrá posibilitarse (Const., art. 25.2) mediante el control por los jueces de vigilancia penitenciaria y con los derechos que asisten a los internos en el proceso penal de ejecución y que implica

<sup>3</sup> Planteamiento erróneo, a mi parecer, de la doctrina española preconstitucional. En concreto E. GÓMEZ ORBANEJA, con V. HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*, Madrid, 1984, pág. 7.

<sup>4</sup> Cf. LORCA NAVARRETE, ob. cit., pág. 23.

<sup>5</sup> Cf. LORCA NAVARRETE, ob. cit., págs. 19 y 20.

<sup>6</sup> Ib., pág. 20.

<sup>7</sup> Ib., pág. 20.

jurisdiccionalmente el cumplimiento mismo de la pena, no siendo ciertamente acomodada a derecho la afirmación del art. 990.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de que la competencia del juez o tribunal para hacer cumplir la sentencia excluye la de cualquier autoridad gubernativa hasta que, fijese el lector, el condenado tenga ingreso en el establecimiento penal o se traslade al lugar en donde deba cumplir la condena. Pues el "hasta que" de ese art. 990 no es homologable y quiere establecer una frontera entre *ejecución* y *cumplimiento* de la pena que, en cambio y con la Constitución actual española, conforman un único *interés*<sup>8</sup> jurisdiccional.

## EL DEBIDO PROCESO PENAL EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Drs. ANTONIO J. ARDILA D'LEÓN \* Y JORGE CARBONELL CANTILLO \*\*

### INTRODUCCIÓN

La perspectiva científica nos enseña que la lógica de la sociedad tiene su base en las relaciones económicas de producción, y de aquí todo el proceso espiritual y cultural de la misma. Siendo el derecho un elemento de este proceso, una Constitución también lo es; pero es, más que todo, un programa social y político de garantía y derechos para todos los asociados, de conformidad y anclada en la base misma de la organización social, sin cuyas pautas y derroteros no se puede entender ni hablar con claridad acerca de lo que es el debido proceso, como puede entenderse en las siguientes palabras del jurista RUEDA CONCHA:

"En el Código de Procedimiento están contempladas las ritualidades a cumplir con las personas a quienes el Estado quiere sancionar por un hecho antisocial, y para establecer estas ritualidades el Estado tiene a buen cuidado dejar a salvo los derechos inalienables de la persona humana, de la dignidad del ser.

"Entonces la enseñanza de estos consistirá en que tanto en la Constitución misma de un pueblo como en su Código de Procedimiento se descubre el carácter republicano de sus instituciones"<sup>1</sup>.

En este mismo sentido se pronuncia el jurista mexicano GONZÁLEZ BUSTAMANTE<sup>2</sup>, cuando razona de la siguiente manera:

"Las normas de procedimiento penal deben estar acordes con los principios sustentados por el Derecho Constitucional de un pueblo. Si la Constitución Política es una de las fuentes del procedimiento, debe existir una completa armonía con las disposiciones contenidas en las leyes procesales. Si no existiese esa identidad, las leyes procesales resultarían violatorias de los preceptos de la Constitución que son de estricto cumplimiento, a pesar de los otros cuerpos de leyes".

Ahora, antes de adentrarnos con mayor profundidad en esta materia, nos parece importante precisar algunos elementos de juicio que se rozan con ella.

\* Magistrado del Tribunal Superior de Montería.

\*\* Profesor de Derecho Procesal en la Universidad del Atlántico (Barranquilla).

<sup>1</sup> LEONEL OLIVAR BONILLA, *Comentarios críticos al nuevo Código de Procedimiento Penal*, Bogotá, Edit. Jurídica Radar, 1987, pág. 18.

<sup>2</sup> JUAN GONZÁLEZ BUSTAMANTE, *Principios de derecho procesal mexicano*, México, Edit. Botas, 1945, pág. 196.

<sup>8</sup> LORCA NAVARRETE, ob. cit., pág. 25.

## 1. EL DEBIDO PROCESO COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL

*Antecedentes históricos.* Los fenómenos naturales, sociales, políticos y aun los jurídicos, no surgen de un golpe, y ello es propio del debido proceso, cuya presencia, entendimiento y comprensión, tienen que mirarse en perspectiva histórica. Este principio es tan valioso, que desde muy vieja data ha tenido vigencia en el mundo jurídico. Su existencia se remonta a muchos siglos, y ha servido de dique de contención a los gobernantes absolutistas, a las dictaduras y a todos aquellos regímenes totalitarios que pretenden menoscabar la dignidad humana desconociendo sus derechos y garantías, reconocidas en textos de muy alto valor. Por ello, hoy por hoy, a nuestro juicio, el índice de cultura de un pueblo se mide por el grado de consagración y reconocimiento que se haga de este principio.

Recojamos, entonces, la información que nos brinda LONDOÑO JIMÉNEZ en este sentido:

“Y tanta ha sido su significación como derrotero firme en la civilización jurídica de los pueblos, que distintas corrientes filosóficas y escuelas del derecho penal lo han declarado su aliado, cuando no es que han reclamado para sí su paternidad. Unos al sostener que encuentra su origen en el Digesto, otros dicen que en la Carta Magna de Juan Sin Tierra, o que proviene del pensamiento rusioniano, o que viene del Iluminismo, con Beccaria.

“Pero las más acertadas investigaciones históricas se lo atribuyen a FEUERBACH en Alemania”<sup>3</sup>.

Es, pues, un principio que ha penetrado profundamente en la conciencia jurídica de los pueblos, y la Revolución Francesa lo plasmó en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada el 26 de agosto de 1789, y en cuyo artículo 8° se dijo:

“Nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada”.

También fue de recibo en la Asamblea General de las Naciones Unidas, que lo plasmó en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre del 10 de diciembre de 1948, artículo 15, así:

“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ella”.

Nuestro país ha querido ser fiel a esa tradición, y en tal virtud se plegó a aquella manifestación por la ley 74 de 1968, aprobatoria de los pactos internacionales de derechos civiles y políticos.

De todas maneras, sociedad que se respete y que aspire a realizar un mínimo de democracia, debe acoger estos principios y arrojar por la borda todo intento de tiranía o de oscurecimiento del panorama de la persona humana.

<sup>3</sup> HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, *Derecho procesal penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 10.

## 2. CONCEPTO DE PROCESO

CALAMANDREI lo define como “La serie de actos coordinados y regulados por el derecho procesal, por medio del cual se verifica el ejercicio de la jurisdicción”<sup>4</sup>.

Para LEONE es “el conjunto de actos encaminados a la decisión jurisdiccional acerca de la *notitia criminis* o acerca de las condiciones requeridas para algunas providencias en orden a la represión del delito o la modificación de las relaciones jurídicas preexistentes”<sup>5</sup>.

Y para BETTIOL, el proceso es “el conjunto de actos organizados por varios sujetos (juez, ministerio fiscal, imputado), con el fin de la fijación de las condiciones de hecho de las cuales se deriva el *jus puniendi* a favor del Estado y el deber de sujetarse a la pena por parte del reo”<sup>6</sup>.

A su turno, CANCINO MORENO entiende el proceso como “El conjunto de fases sucesivas y progresivas que, dependiendo de la naturaleza de la acción respectiva y características del caso concreto, deben cumplirse mediante las respectivas actuaciones legales de los interesados o mediante la oficiosa actividad jurisdiccional del juez del conocimiento o de instrucción”<sup>7</sup>.

*Latu sensu* entendido, el proceso no es más que el resultado material de las actuaciones judiciales de los funcionarios (jueces y magistrados) designados para el ejercicio de la acción originada por el delito o presunto delito.

## 3. NOCIÓN DE PROCEDIMIENTO

Según OLIVAR BONILLA, “Es el orden y método para hacer una cosa; es el modo de tramitar las actuaciones judiciales”, y agrega: “se dice que el procedimiento se relaciona con las formas, mientras que el proceso tiene una significación integral”<sup>8</sup>.

Dentro de este marco, tenemos que el derecho procesal está constituido por los modos, formas, mecanismos y herramientas adecuados para declarar la justicia o reconocer los intereses de las partes que se mueven en el proceso, por lo que el procedimiento resulta el camino más expedito para llegar a esa finalidad.

Por eso CALAMANDREI, al explicar el fundamento racional del derecho procesal, afirma: “En sustancia, el derecho procesal no es sino un método impuesto por la autoridad para llegar a la justicia; un método de razonamiento, prefijado y ordenado por la ley, que las partes y los jueces deben seguir *etapa por etapa*, de acuerdo con una sucesión preestablecida y una coordinación dialéctica, con el fin de obtener una sentencia justa; el proceso no es sino una operación conducida según este método (bastardillas fuera de texto).

<sup>4</sup> OLIVAR BONILLA, ob. cit., pág. 11.

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> GIUSEPPE BETTIOL, *Instituciones de derecho penal y procesal*, Barcelona, 1977, págs. 15-16.

<sup>7</sup> ANTONIO J. CANCINO MORENO, *Diccionario de Derecho Procesal Penal*, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986, pág. 186.

<sup>8</sup> OLIVAR BONILLA, ob. cit., pág. 11.

”Las reglas del derecho procesal, miradas a contra luz —dice el insigne maestro— no son en su esencia otra cosa que máximas de la lógica, del buen sentido y de la habilidad técnica traducidas en reglas obligatorias”<sup>9</sup>.

Así, pues, esas normas, ordenadas y armonizadas metódicamente, tienen un carácter forzoso y obligatorio para constituir el proceso cuya finalidad es un fallo. Pero además tienen otra finalidad aun de mayor trascendencia, cual es la de que en un Estado de derecho, en una democracia, sirvan de faro orientador a gobernantes, legisladores y aplicadores de justicia en la tarea de reconocer y desarrollar los derechos y garantías plasmados en los textos constitucionales en favor de todos los asociados; más aún: deben contribuir en lo más mínimo a la realización material y espiritual de los hombres. Es decir, esos derechos y esas garantías solo pueden mantenerse y respetarse con base en pautas y normas preestablecidas en leyes de procedimiento, que sean eco de los mandatos de la Constitución Política correspondiente. Por eso tienen importancia las palabras de FLORIAN cuando sostiene que “La ley penal no puede aplicarse sino siguiendo las formas procesales establecidas en la ley; en otras palabras, el derecho penal material no puede realizarse más que por la vía del derecho procesal penal, de suerte que nadie puede ser castigado sino mediante un juicio legal. El Estado no puede ejercitar su derecho a la represión más que en forma procesal y ante los organismos jurisdiccionales”<sup>10</sup>.

Y reforzando estas apreciaciones, LONDOÑO JIMÉNEZ afirma: “La plena observancia de las formas propias de «cada juicio», como dice la Constitución, o de «cada proceso» según la ley procesal, permite afirmar que sin el respeto debido a las ritualidades del procedimiento para esclarecer el hecho punible y hacer juzgamiento al autor no se puede llegar a una sentencia absolutoria. Quebrantar esa garantía, es también violar el derecho de defensa”<sup>11</sup>.

#### 4. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR DEBIDO PROCESO?

a) *Opinión de la doctrina.* Hasta aquí podemos inferir cómo el establecimiento de la responsabilidad o de la inocencia de las personas, por medio de pautas o de normas señaladas en los códigos de procedimiento, con respeto de los derechos y de las garantías consagradas en la Constitución, sirven de base a la institución del debido proceso. Sin embargo, para precisar más el contenido de lo que pueda entenderse por esta garantía, daremos las opiniones de algunos autores y el criterio de nuestra máxima corporación judicial.

El tratadista argentino BERTOLINO se refiere al debido proceso en estos términos:

“Ello significa la plena vigencia del orden constitucional. El marco democrático implica, además, una decisiva posibilidad para la cabal implantación en los hechos del principio supremo de justicia, norte de este trabajo y el cual, al decir de Werner

<sup>9</sup> Ídem, ob. cit., pág. 13.

<sup>10</sup> EUGENIO FLORIAN, *Elementos de derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Bosch, s/f. pág. 17.

<sup>11</sup> LONDOÑO JIMÉNEZ, ob. cit., pág. 10.

Goldschmidt, debe incluir de consuno el humanismo, el liberalismo, el igualitarismo y la tolerancia.

”Así, pues, la aspiración a un más funcionalmente ajustado manejo práctico de la normatividad procesal se inscribe en la práctica constitucional del «debido proceso», privilegiando el principio de la legalidad.

”Por su lado, lo axiológicamente justo se asienta en el régimen de justicia como meta valorativa exigente respecto al Estado de derecho”<sup>12</sup>.

O sea que, en su opinión, es un principio clave, fundamental y funcional, realizador de la justicia, la libertad y la dignidad humana en una sociedad de corte democrático.

El profesor PÉREZ plantea el principio que venimos analizando, en los siguientes términos:

“La expresión formas propias de cada juicio no se refiere exclusivamente a las reglas o pautas que han de seguirse, a la guía que la ley señala, sino también al contenido de los actos procesales. «Forma» es aquí una manifestación de la esencia y no tan solo figuración sensible.

”Forma no es únicamente camino, contorno o dibujo, como decir la forma de un triángulo, de una mesa o de una montaña. En la teoría constitucional, «forma» es fisonomía que permite distinguir un juicio de otro, pero es igualmente el conjunto de razones o principios aplicados que coordinan las distintas etapas del proceso y las torna congruentes entre sí y con el resultado”<sup>13</sup>.

A su turno, VELÁSQUEZ analiza el debido proceso en sentido amplio y en sentido restringido:

“En sentido amplio, el debido proceso legal se refiere no solo a ese conjunto de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos, que deben cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa tocante a la libertad individual sea formalmente válida (aspecto objetivo del proceso), sino también para que se constituya en garantía del orden, de la justicia, de la seguridad en cuanto no se lesione de manera indebida la seguridad jurídica propuesta como intangible para el ciudadano en el Estado liberal (aspecto sustantivo del debido proceso).

”En sentido más restringido, en cambio el debido proceso es todo ese conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido al proceso penal, que le aseguran a lo largo del mismo una recta, pronta y cumplida administración de justicia; que le aseguran la libertad y la seguridad jurídicas, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho”<sup>14</sup>.

Por su parte, TORRES ROMERO aboca el estudio del debido proceso así: “La inobservancia de las formas propias de cada juicio se refiere ante todo a la etapa del juicio y no al sumario; es precisamente en el juicio donde puede darse este

<sup>12</sup> PEDRO J. BERTOLINO, *El funcionamiento del derecho procesal penal*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1985, págs. 231, 232.

<sup>13</sup> LUIS CARLOS PÉREZ, *Práctica jurídico-penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1972, pág. 591.

<sup>14</sup> FERNANDO VELÁSQUEZ, *Principios de la nueva ley procesal penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1987, págs. 7, 8.

motivo de nulidad, cuando se altera o se omite parte del esquema de juzgamiento que se ha establecido en el Código de Procedimiento Penal, para la correcta administración del proceso y la defensa del procesado"<sup>15</sup>.

No compartimos este criterio en su totalidad, porque si bien es cierto que este motivo de nulidad se presenta en la etapa del juicio, no es menos cierto que sumario y juicio constituyen una unidad, que el proceso integra las dos etapas y que una buena instrucción sirve de base al juicio para una correcta administración de justicia.

b) *Criterio de la Corte Suprema de Justicia.* A lo largo de mucho tiempo la Corte Suprema de Justicia ha concebido el debido proceso como el conjunto de garantías primordiales que tienen las partes o sujetos intervinientes en cada ordenamiento procesal. Estas garantías están consagradas, como ya se dijo anteriormente, en el artículo 26 de la Carta, con naturaleza, objeto y consecuencias propias así:

- 1) Preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento;
- 2) Legalidad de la jurisdicción;
- 3) Observancia plena de las formas propias del juicio; y
- 4) Aplicación de la ley favorable, aunque posterior al acto imputado.

Así mismo, en diversas oportunidades ha reiterado la Corte que no toda irregularidad que se cometa en un proceso penal puede considerarse como causal de nulidad, sino únicamente aquellas que, por su magnitud, vulneran los fundamentos del mismo. O dicho de otro modo: cuando se suscitan anomalías que por su naturaleza contrahacen el esquema del proceso, afectan fundamentalmente su estructura, socavan las bases del juzgamiento, desconocen garantías esenciales de las partes. Por ello no se puede pretender que toda omisión o informalidad en que se haya incurrido en el desarrollo del proceso, que no lesione los intereses básicos del Estado o de los sujetos vinculados a la relación procesal, sea aceptada como violatoria del debido proceso, y, por consiguiente, erigible en causal de nulidad supralegal al amparo del artículo 26 de la Constitución.

En relación con este tema, podrían citarse algunos ejemplos que contribuyen a reafirmar la posición sustentada por nuestro máximo tribunal de justicia.

Así, ante la omisión del mandato del artículo 167 del anterior Código de Procedimiento Penal dijo la citada corporación:

"Dispone el artículo 167 del C. de P. P., que para la investigación y fallo de cada delito se formará un solo proceso, cualquiera que sea el número de autores y partícipes. Esta regla legal, en virtud de la cual se consagra el principio de la unidad procesal, constituye un valioso mecanismo instrumental para que el proceso se adelante sobre causas de orden y coherencia y con el fin de evitar decisiones judiciales contrapuestas.

"Sin embargo, el desconocimiento del principio de la unidad procesal no constituye nulidad consagrada en la ley y no representa nulidad constitucional por cuanto tal desconocimiento no da lugar a la violación del derecho de defensa. Ade-

<sup>15</sup> JORGE TORRES ROMERO, *Recurso de casación en materia penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1979, pág. 125.

más, como reiteradamente lo ha señalado la Sala, la responsabilidad penal es individual, de modo que la formación de procesos distintos para copartícipes de un mismo hecho punible es irregularidad notoria digna de reproche, que, no obstante, no da lugar a la anulación de la actuación procesal.

"El hecho mismo de que la ley admita excepciones al principio de la unidad procesal está indicando que este no es un principio inflexible y que, por lo tanto, la omisión del mandato contenido en el artículo 167 del ordenamiento procesal no vulnera la estructura del proceso, ni quebranta ritualidades de imperativo cumplimiento, ni desconoce derechos fundamentales de las partes"<sup>16</sup> (sent. de febrero 14 de 1984).

En ocasión más cercana (28 de octubre de 1986), ante una irregularidad de tipo semejante a la reseñada anteriormente, la Corte puntualizó:

"En cuanto al segundo cargo, nulidad constitucional por violación del debido proceso en razón de no haber sido firmada el acta de la audiencia por los jurados, es jurisprudencia reiterada de la Corte que solo las irregularidades procedimentales que violan ostensiblemente el derecho de defensa o la estructura del proceso, genera nulidad.

"La ley, en desarrollo del principio constitucional del debido proceso, ha señalado una serie de trámites para el adelantamiento de las distintas acciones, pero solo ha elevado a la categoría de nulidades el quebrantamiento de los más trascendentales de ellos, señalándolos en forma taxativa. Mal puede entonces el juez, a título de que se está violando el debido proceso, elevar a la condición de nulas las actuaciones en donde no se cumplan trámites cuyo quebrantamiento el legislador no ha sancionado con esta medida, a menos que ostensiblemente quebranten la estructura fundamental del respectivo procedimiento, o el derecho de defensa, por ser estas garantías consagradas en la Constitución misma. Esas violaciones no pueden ser más que irregularidades a veces inocuas, y en otras oportunidades subsanables por mecanismos procedimentales, pero que en ningún caso generan nulidad"<sup>17</sup>.

Y, finalmente, frente al hecho consistente en no haberse elaborado el cuestionario con ajuste a las prescripciones señaladas en la ley, dijo la Corte en sentencia de marzo 22 de 1983:

"Para que exista la nulidad constitucional, o nulidad jurisprudencial, es necesario que el acto procesal que se tilda de írrito carezca de los presupuestos de legalidad y logicidad que lo determinan. Lo que significa que deben estar ausentes todas las exigencias formales y todos los contenidos lógicos que le señala la ley en particular.

"La omisión de esos requisitos de forma y la pretermisión o desvío de esos contenidos lógicos, esenciales para el acto, resultan insuperables y, por ende, constitutivos de nulidad supralegal.

<sup>16</sup> FABIO CALDERÓN BOTERO, *Casación y revisión en materia penal*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1985, págs. 264, 265.

<sup>17</sup> HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, *Jurisprudencia penal 1986*, Medellín, Señal Editora, 1987, págs. 89, 90.

"Por regla general, en este tipo superior de nulidad, el acto-relación nace deforme, pues no tiene la conformación que le prescribe la ley; o bien carece de sentido o va contra el sentido que ella le demanda, es decir, es ininteligible o anfibológico. En ninguno de los dos eventos logra ser apto para la relación procesal a que está destinado.

"Así el cuestionario que no es elaborado en la forma material y lógica indicada por la ley; que quebranta esas condiciones mínimas de existencia de su propio ser procesal, no puede articular una relación jurídica válida, pues resulta cuerpo extraño, que afecta el debido proceso ..."18.

c) *Comentario.* Nos parecen acertadas las precisiones que hace la Corte en aras de la protección y preservación del debido proceso mediante la elaboración jurisprudencial de las llamadas nulidades constitucionales, pues no otra posición debe adoptarse ante actos que de por sí implican la violación de la estructura básica del proceso o el conculcamiento del derecho de defensa por medios que impidan su ejercicio y obstaculicen los fines primordiales de la justicia.

## 5. REGULACIÓN DEL DEBIDO PROCESO EN LAS DISTINTAS NORMATIVIDADES

Como se dijo anteriormente, el legislador colombiano ha sido celoso en el mantenimiento y tratamiento de este principio; y ha querido conservar la tradición en este sentido, propugnando que permanezca en vigor mucho tiempo. Por eso en diversas normas constitucionales y legales continúan con vida estos postulados; es más: se ha estipulado en forma expresa en nuestros ordenamientos procesal y penal, y se le ha dado carácter de nulidad al desconocimiento de estas garantías; pero es necesario manifestar, como lo diremos en su oportunidad, que en algunos casos en materia penal y procesal se ha ensombrecido este panorama.

El principio rige en las siguientes normas constitucionales y legales:

Artículo 23 de la Constitución Nacional: "Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes".

Directriz fundamental del principio es el artículo 26 (inc. 1º) de la Carta, que reza: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Ahora, en desarrollo de esta filosofía constitucional, el principio aparece regulado en el Código Penal bajo la denominación de "Legalidad", referido a la legalidad del hecho punible, a la pena y a la medida de seguridad (C. P., art. 1º); y sabiamente consagrado en el artículo 1º del Código de Procedimiento Penal: "Nadie podrá ser procesado sino conforme a las leyes preexistentes al hecho punible que se impute, ante juez competente previamente establecido y observando la plenitud de las formas propias de cada proceso".

18 CALDERÓN BOTERO, ob. cit., pág. 260.

Aparece también en el artículo 14.1 de la ley 74 de 1968, que es del siguiente tenor: "Toda persona tiene derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquiera acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil".

La ley 16 de 1972 contiene un llamado igual —art. 8º— en este sentido: "Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías, y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella, para la determinación de sus derechos u obligaciones de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter".

También el Código Penal se remonta a este principio con el establecimiento de la garantía del "juez natural": "Nadie podrá ser juzgado por juez o tribunal especiales instituidos con posterioridad a la comisión del hecho punible, ni con violación de las formas propias de cada juicio" (art. 11).

Así mismo, en el artículo 297 del Código Penal Militar está presente el principio: "No se podrá imponer sanción alguna por infracciones de la ley penal, sino en virtud de sentencia proferida por autoridad competente y con plenitud de las formas propias de cada juicio".

Como puede verse, son muchas las normas de nuestro ordenamiento institucional que recogen estos postulados, ratificados también en los tratados internacionales, a los que nuestro país ha adherido.

## 6. ANÁLISIS NORMATIVO DEL DEBIDO PROCESO (C. de P. P., artículo 1º)

Así las cosas, se contiene y se desarrolla aquí el criterio según el cual, para que una conducta sea punible, debe existir una ley que así lo disponga con anterioridad; se prohíbe el juzgamiento mediante normas procesales *ex post facto*, lo cual se traduce en una medida sana y de garantía, que permite establecer una especie de línea visible para que el ciudadano honrado sepa hasta dónde llegan los límites de su conducta.

De igual manera, se consagra el principio del juez natural y legal, ya establecido en materia penal sustantiva, que obra como garantía de seguridad jurídica y personal; y de libertades individuales frente a gobernantes, frente a la ley penal y de procedimiento. "El término tribunal —escribe COPETE LIZARRALDE— está usado en la acepción amplia de persona que conoce de los asuntos de la justicia y pronuncia sentencia"<sup>19</sup>.

Es decir, hace referencia a funcionario que administra justicia en cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales. Por tanto, vale la pena recordar que atenta contra este principio el juzgamiento de civiles por parte de las autoridades

<sup>19</sup> ALVARO COPETE LIZARRALDE, *Lecciones de derecho constitucional*, Bogotá, Edic. Lerner, 1950, pág. 50.

militares, que como común denominador se ha entronizado en nuestro medio en desmedro de la seguridad jurídica y de la dignidad de las personas sometidas a tales procedimientos, por lo demás inconstitucionales e injustos.

Y, por último, contiene en estricto sentido el debido proceso propiamente dicho cuando habla de "observando la plenitud de las formas propias de cada proceso", que si bien es cierto no puede analizarse fuera del contexto constitucional y legal, constituye una voz de mando para gobernantes, legisladores y funcionarios de justicia, y un hito de seriedad y esperanza para los inocentes y para las personas que por cualquier circunstancia se vean implicadas en un proceso penal. A estas personas, como puede verse en los mandatos constitucionales y legales, se les aplicará incluso la ley más favorable.

Esto, por supuesto, constituye una excepción a las normas sobre el debido proceso en relación con el juzgamiento conforme a las "leyes preexistentes" y ante "juez competente"; y obra, en caso de tránsito de una legislación a otra, en que la nueva ley prevalece sobre la anterior, entra a regir en forma inmediata, y cuando establece los jueces o tribunales competentes o determina el procedimiento. Así lo ordena la ley 153 de 1887, artículo 40, en concordancia con el artículo 5° del estatuto procesal actual.

Aspecto esencial de lo anterior es que la jurisdicción y la competencia pueden establecerse legalmente con posterioridad a la realización del hecho punible; como también la ritualidad y sustanciación del proceso, siempre y cuando no se afecten las garantías individuales y el derecho de defensa. Lo cual restringe la extensión del principio de juez competente establecido con anterioridad. Y como dice LONDOÑO JIMÉNEZ: "Y esto es apenas lógico dentro del ordenamiento jurídico procesal, por cuanto la nueva ley de procedimiento se presume más ágil, más adecuada a los fines del proceso, más técnica, más receptora de las nuevas y más avanzadas corrientes del pensamiento jurídico en dichas materias"<sup>20</sup>.

En síntesis, esta norma, al decir de OLIVAR BONILLA, "... sirve de fundamento a los dos principios que de allí se establecen: el debido proceso y el derecho de defensa"<sup>21</sup>.

## 7. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA INOBSERVANCIA DEL DEBIDO PROCESO

Nuestro estatuto procesal penal mantiene y desarrolla estas pautas al regular en el libro II, título III hasta el VI, y en el libro III, título I a III, la manera de ser del procedimiento ordinario, parte de la indagación preliminar, incluyendo la etapa de la investigación, hasta llegar a la calificación del proceso. Son estos los mecanismos que en forma general se aplican para el establecimiento de todos los hechos punibles.

<sup>20</sup> LONDOÑO JIMÉNEZ, ob. cit., pág. 11.

<sup>21</sup> OLIVAR BONILLA, ob. cit., pág. 12.

En nuestro ambiente cultural y jurídico se mantiene aún el respeto al debido proceso y la imagen de país democrático en muchas de nuestras instituciones. Ello sucede por ejemplo en materia de pruebas, plasmado sabiamente en los artículos 246 y 252 del actual Código de Procedimiento Penal, que en términos generales consagran el principio de la legalidad de la prueba; lo cual constituye un punto de avance, si se compara con el estatuto derogado (decreto 409 de 1971, art. 220).

Pero es más, es tal la importancia de este principio, que aquellos proceder jurídicos que lo lesionan caen bajo los efectos de una sanción de nulidad; tal sucede con las irregularidades sustanciales (C. de P. P., art. 305-2), la incompetencia del funcionario, la violación del principio del juez natural (art. 305-1 *ibidem*) y la violación del derecho de defensa (art. 305-3 *ibidem*).

Estas nulidades han sido elaboradas por el legislador merced a los esfuerzos de la doctrina y particularmente por la jurisprudencia de nuestra más alta corporación de justicia, en defensa de principios universales acogidos por la Carta Política, especialmente por el artículo 26, cuyo desconocimiento, para infortunio de la justicia, es frecuente en el desarrollo de los procesos penales.

A todo lo anterior hay que agregar que las simples fallas o deficiencias intrascendentes en el curso del proceso, así como los vicios que solo afectan un determinado acto, no son constitutivos de nulidad alguna por considerarse que no tienen la entidad suficiente que pueda afectar las bases mismas del proceso penal, como en reiteradas ocasiones lo ha dejado sentado nuestra Corte.

## 8. CONCLUSIONES

La vida cultural y espiritual de los pueblos está ligada a las condiciones reales de su profunda existencia, y a esto no es ajeno el proceso jurídico de cualquier sociedad. La organización social de hoy no se parece en nada a aquel estado paradisiaco que imaginaron los filósofos. Por ello, se impone la necesaria existencia de instituciones jurídicas que organicen su entorno.

Nada más indicado para tal fin que el derecho, las libertades y las garantías de las personas, plasmadas en las constituciones de los pueblos como garantía de respeto y de dignidad; y que actúan como norte, sirviéndoles de guía a gobernantes y legisladores en la ardua tarea de comandar a la sociedad.

Pero el Estado de derecho, como modelo ideal de organización social y política, en donde se restringe la actividad estatal y se señalan pautas al ciudadano como límites a su conducta, con frecuencia ha sido abandonado a cambio de regímenes totalitarios denegadores de las condiciones más elementales de la existencia humana. Es por esto por lo que en toda organización sociopolítica, principios como el de legalidad, del juez natural y del debido proceso deben mantenerse firmemente en toda su extensión para que la seguridad jurídica, la dignidad de la persona humana y la libertad funcionen como valores fundantes-fundados y se fusionen con todos los quehaceres del pueblo, y, en especial, con aquellas personas designadas para regir sus destinos.

# SECCIÓN DE FORO ESTUDIANTIL

# EXORDIO SUSTANTIVO Y CRIMINOLÓGICO SOBRE LA LIBERTAD PROVISIONAL POR CONDENA CONDICIONAL EN EL NUEVO ESTATUTO PENAL ADJETIVO

Por MIGUEL ÁNGEL PEDRAZA JAIMES \*

“Debemos convencernos de que la pena privativa de la libertad es el recurso extremo con que cuenta el Estado para defender a sus habitantes de las conductas antijurídicas de otros. Es necesario terminar de declamar que las penas cortas privativas de libertad deben ser reemplazadas y reemplazarlas. Toda privación de libertad que no tenga objeto educativo debe eliminarse, salvo la preventiva, que solo debe aplicarse cuando efectivamente cumple la función de seguridad que el instituto demanda”.

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

## 1. PRESENTACIÓN

Bástenos significar, en principio, que la filosofía punitiva acerca de la libertad del procesado y de las prohibiciones de excarcelación aparece contenida en el nuevo Código de Procedimiento Penal bajo el frondaje de una normativa que, si bien antaño rectoró con ánimo de buen visionario el instituto del *favor libertatis*, ahora, previa una aparente construcción, revela de manera poco lúcida el anquilosamiento de nuestro sistema penal en la anacrónica esfera del peligrismo positivista.

Sin embargo, el concepto sobre libertad provisional permanece invariable. Es un derecho establecido en favor de aquellos contra quienes se ha ordenado medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, que obra mientras se mantengan determinadas circunstancias<sup>1</sup>; es decir, no ejecutar en forma material el auto de detención, o mejor, dejar de lado los efectos materiales del mismo; en fin, que no merece cuestionamiento la definición jurídica. Lo que en realidad supone estudio, y por lo tanto, una sana labor de hermenéutica, es la concesión de dicho beneficio o el reconocimiento de tal derecho, previo examen de las causales y prohibiciones previstas, y consecuentemente incoadas.

\* Estudiante de la Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Bucaramanga.

<sup>1</sup> JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, *El proceso penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1987, pág. 123.

Frente a esta libertad provisoria del nuevo Código, es necesario destacar la importancia que reviste especialmente en la praxis —y por qué no también en lo puramente teórico— el contenido y alcance de la causal primera prevista en el art. 439 del mencionado estatuto, la cual reconoce el derecho a la libertad cuando se cumple a cabalidad el requisito objetivo o material que impone la norma del art. 68 del C. P. para otorgar la condena condicional, y siempre que dicha posibilidad no se halle excluida taxativamente a expensas de los eventos que prohíben la excarcelación y que aparecen descritos en el art. 441 de la misma obra procesal.

En términos generales puede afirmarse, sin dubitación alguna, que la *ratio essendi* del instituto de la libertad provisional se encuentra contenida en la previsión normativa a que hemos hecho referencia, en cuanto que no solo desnuda la filosofía del legislador penal en materia de detención preventiva, sino que además deja entrever la concepción expiatoria y retributiva que de la pena aún quiso mantener nuestro Estado, soslayando con desacierto una atención poco original a las orientaciones críticas del derecho penal, la ~~criminología~~ criminología y la sociología juridicopenal.

## 2. MARCO TEÓRICO

a) *La causal primera de libertad provisional.* La nueva legislación procesal penal, retomando los criterios de liberación provisoria consagrados en los derogados decretos 1853 de 1985 y 056 de 1986, estipuló que el procesado sobre quien ha recaído medida de aseguramiento consistente en auto de detención, tendrá derecho a su libertad provisional siempre que en cualquier estado del proceso estén demostrados los requisitos establecidos por la ley penal sustantiva para otorgar el subrogado penal de la condena condicional, sin observancia alguna de si el implicado necesita o no de tratamiento penitenciario.

Dicho de otra forma, frente al análisis de esta causal se impone para el funcionario, o sencillamente para el intérprete de la norma, el estudio tan solo del requisito material de la disposición sobre condena condicional, aspecto en relación con el cual únicamente es posible determinar si la pena por imponer no excede los tres años de prisión. Con la satisfacción de esa sola exigencia, sin otro pormenor, habría de entenderse estructurada la causal.

Para nada debe el juzgador detenerse en la controvertida evaluación del requisito subjetivo que contempla el art. 68 del catálogo represor, puesto que de plano el legislador prohibió la negación del favor de la libertad “con base en que el detenido provisionalmente necesita tratamiento penitenciario”.

b) *Las prohibiciones de libertad provisional.* Como dato singular, las restricciones al beneficio de excarcelación aparecen descritas en el nuevo Código con remisión expresa única y exclusivamente a la causal primera de libertad provisional. Es decir que solo tienen efecto cuando se trata del reconocimiento del derecho o de la concesión del beneficio por conducto de la causal que trae a colación el examen del requisito objetivo de la condena condicional.

Atendiendo a este mandato prohibitivo es por lo que se intensifica la relación directa entre el postulado de la causal primera de libertad provisional (art. 439-1) y las circunstancias que vedan el reconocimiento del derecho excarcelativo (art. 441). Por tal razón fácilmente deben colegir el juzgador o el intérprete que, frente a la causal de libertad del procesado por condena condicional, no basta la mera satisfacción del requisito cronológico que demanda la disposición del art. 68 del cuerpo normativo de derecho penal, sino que además es imprescindible consultar las prohibiciones a que alude el art. 441 del catálogo adjetivo, en cuanto que estas solo fueron establecidas para tener aplicación en función de aquellas, siempre y cuando concurren las condiciones que hacen nugatorio el reconocimiento a la liberación dentro del proceso.

En orden a conocer tales prohibiciones, bastaría con remitirnos a la lectura del citado art. 441. Sin embargo, entre otras, importa señalar que dichas restricciones se extienden a todos aquellos delitos que tengan una pena privativa de la libertad cuyo mínimo sea de más de tres años, así como a una indiscriminada lista de infracciones punibles que, diseñadas con criterio odioso y arbitrario, de seguro habrán de provocar graves confusiones y desdeñosos reflejos de injusticia en el seno de procesos que no tienen por qué figurar con procesado detenido material y físicamente.

## 3. EL PROBLEMA (JURÍDICO Y SOCIAL)

Se discute la causal primera de libertad provisional, que no demanda el análisis del requisito subjetivo de la condena condicional, en consonancia con las expresas prohibiciones del art. 441, que obran precisamente en torno y con remisión a aquella, y que por razones de mera justicia y sana interpretación, sin que lo diga la norma, bien pueden exigir el diagnóstico judicial sobre la personalidad del procesado y la valoración de las circunstancias modales que circundaron el hecho punible.

Se colige entonces que para determinar la plena aplicación de la causal que posibilita la libertad provisional por condena condicional, resulta imperioso no solo examinar la exclusiva satisfacción del requisito objetivo del subrogado, sino que es menester también acudir a la revisión de las cortapisas del art. 441 del catálogo procesal, ya con el compromiso de reconocer el derecho por saber que el procesado no requiere de la terapia penitenciaria, ora con el riesgo de negarlo por atención omnimoda del texto legal.

La pregunta es: ¿Puede concederse la libertad provisional por cumplimiento de las exigencias relativas a la condena condicional sin examen del factor subjetivo (art. 439-1), cuando la situación del procesado encaja en alguna de las prohibiciones de excarcelación contempladas en el art. 441-4, pero entendiendo, a la vez, que este no requiere de tratamiento penitenciario?

## 4. HERMENÉUTICA JURÍDICA (MODELOS DE RESPUESTA AL PROBLEMA)

a) *Interpretación sistemática.* Para entender las normas sobre libertad provisional no basta con remitirnos al examen de su texto tanto en materia de causales

como de prohibiciones, no. Todo lo contrario: peca de exegeta, e incluso de peligrosista, quien así intente hacerlo.

La razón del articulado sobre el *favor libertatis*, más allá de su frío contenido —que se confunde entre lo sustantivo y lo adjetivo, con prevalencia de lo sustantivo—, descansa en normativas que incluso en la estructura piramidal de nuestro sistema jurídico están por encima de la Constitución Nacional. Nos referimos esencialmente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prohijados por nuestro esquema de derecho mediante las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, y por las cuales nuestro país acepta y reconoce los principios de presunción de inocencia y privación de la libertad personal como excepción durante el curso del proceso.

Así, en el art. 3° de la nueva codificación penal adjetiva el legislador sostuvo como principio de garantía juridicoprocesal el de la presunción de inocencia que, universalmente reconocido como está, en manera alguna podía omitirse en cuanto que, al igual que en muchas otras legislaciones, si no todas, es una medida que se entiende vital y necesaria para el respeto de la dignidad de la persona humana procesada. De otra parte, si bien la legislación en el art. 4° no consagró de manera expresa el principio de privación de la libertad como modelo exceptivo durante el trámite procesal, como que se limitó a señalar que esta solo procederá por las causas y en las condiciones preestablecidas en la ley, es menester significar que dicho principio sí se encuentra reconocido dentro del contexto de la libertad provisoria, puesto que esta institución, retomando la filosofía del derogado decreto 1853 de 1985, se enmarcó dentro de los postulados que este enseñaba al querer establecer preponderantemente la fianza como medio de garantizar la presencia del sindicado en el proceso y para asegurar el cumplimiento de la sentencia.

En consecuencia, ambos principios —el de la presunción de inocencia y el de la privación de la libertad como excepción durante el trámite del proceso— están aceptados y reconocidos en la recién expedida legislación procesal penal, y por tanto, haciendo gala de tan humana filosofía, constituyen un imperativo categórico para el funcionario a efectos de que interprete con la más sana lógica el instituto excarcelativo, y de que no caiga en la oprobiosa expresión del derecho de los exegetas que, con rigorismo casi vindicativo, podrían ocultarlo en el frondaje de un auto detentivo tutelar.

Aludiendo a estos dos brillantes principios, en la exposición de motivos del proyecto de Código de Procedimiento Penal<sup>2</sup> se encuentra la siguiente cita:

“En desarrollo de estos claros preceptos, se elimina el auto de detención para una gran cantidad de hechos punibles, porque la detención preventiva indudablemente se opone al principio de la presunción de inocencia. Resulta verdaderamente contradictorio que se presuma legalmente la inocencia de un imputado mientras no se demuestre lo contrario en una sentencia condenatoria, y sin embargo se le mantenga privado de la libertad durante el transcurso del proceso.

<sup>2</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA, *Proyecto de Código de Procedimiento Penal*, edición oficial, 1986.

“La ley de facultades ordena que se establecerá preponderadamente la fianza como medida de aseguramiento, sin desproteger los derechos de la sociedad. Para mantener este principio, se trata de crear un equilibrio entre los intereses de la sociedad y las garantías del imputado”.

Así entendida la cuestión, nadie puede negar la vinculación directa y consecuen- te del articulado sobre libertad provisional con los principios del derecho de gentes expresados en tratados y convenios internacionales; de donde se colige entonces una interpretación sistemática que toca con las coordenadas más altas de la pirámide jurídica de nuestro régimen de derecho.

Además, haciendo referencia especial a la causal primera aquí comentada, vale la pena destacar la remisión que de la norma objetiva conduce hacia la norma sustantiva, como que para desentrañar su espíritu es necesario conocer y revisar cabalmente el sustituto penal de la condena de ejecución condicional, al menos en lo atinente a su aspecto material. Y si lo que se demanda es la concesión o no de la libertad provisional, previo el examen de las prohibiciones excarcelativas, con mayor razón debe el fallador acudir a la interpretación íntegra de todo el subrogado penal en comento, a efectos de no cercenar su contenido y por consiguiente su espíritu y su filosofía. Filosofía esta que demanda sobre todo un análisis cuidadoso de la teoría de la pena con fines de prevención especial y de la política criminal del Estado, circunstancias que implican en particular una interpretación posterior en el plano criminológico.

Mientras tanto queda claro que, con base en el método sistemático de hermenéutica de las fuentes formales del conocimiento jurídico, también es posible determinar el contenido y alcance de las normas que regulan el derecho a la libertad, pues, a no dudarlo, dentro del tecnicismo que acompaña a este método, la institución (libertad provisional) bien puede tipificarse en función de la división formal del ordenamiento jurídico y, consecuentemente, la fuente (libertad provisional por condena condicional) bien puede interpretarse en función de la institución tipificada.

b) *Interpretación sociológica*. La criminología crítica, o lo que al decir de BUSTOS RAMÍREZ enseña y evoluciona con la sociología juridicopenal, incuestionablemente debe acompañar la misión de sínderesis del juez en aras de una correcta interpretación y solución del problema jurídico sobre libertad provisional aquí planteado.

Deberá entonces acudir el funcionario no solo a conocer los fines de la pena previstos en la legislación represora, sino también sus funciones —aun cuando el Código Penal no le asigna funciones determinadas—, con el prístino propósito de entender en derecho y en justicia si acaso el procesado de marras merece o no de la terapia penitenciaria que refiere el art. 68 sobre condena condicional. Por tanto, con sobrado buen criterio BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LYNETT<sup>3</sup> —miembros de la Comisión redactora del nuevo Código de Procedimiento Penal—, replanteando doctrinariamente la posición plasmada en el estatuto, afirman que en

<sup>3</sup> BERNAL y MONTEALEGRE, ob. cit., pág. 128.

determinadas ocasiones resulta insólito “negar la libertad provisional con el argumento del tratamiento penitenciario, y a la postre culminar la actuación con cesación de procedimiento, o sentencia absolutoria”, o lo que también podría ser lo mismo, como negar en el curso del proceso la libertad provisional conforme a la norma prohibitiva, para llegar en últimas a un fallo condenatorio que reconoce el derecho al subrogado penal de la condena de ejecución condicional por tener el juez la convicción de que el inculcado no requiere de tratamiento penitenciario.

A manera de ejemplo, piénsese en el joven aprendiz de raponero, que en su inicial incursión criminosa cae en manos de la justicia para ser procesado por el delito de hurto con arrebatamiento o hurto agravado, infracción que se encuentra prevista dentro del listado de delitos para los que se prohíbe conceder la libertad provisional. De aceptar el funcionario una interpretación exegética de la norma prohibitiva sobre excarcelación (art. 441, num. 4º) y de paso reconocer como única la función retributiva de la pena, no solo estaría privando de libertad al justiciable durante todo el curso del proceso, aun a sabiendas de que no requiere de la terapia de cárcel, sino que además le estaría dando prevalencia a una filosofía punitiva que riñe con el espíritu teórico del subrogado de la condena condicional, el cual, entre otras, se sustenta en entender la pena con fines de prevención especial, es decir, apuntalado con fines racionales para prevenir nuevos delitos del autor, no retribuir el hecho pasado o la reincidencia y permitir la reincorporación del delincuente al seno de la sociedad<sup>4</sup>.

Si el nuevo estatuto procesal penal contempló como causal de excarcelación aquella que se estructura en la medida en que se tiene derecho al sustituto de la condena condicional, es indubitable inferir en su interpretación la presencia de los postulados y las teorías criminológicas que orientan la filosofía del subrogado penal en comento, tanto más cuanto que lo que se pretende es reconocer un derecho para que el procesado no permanezca en cautiverio durante el trámite de la investigación y el juicio.

En tal virtud, no puede negarse la prevalencia de la teoría de la pena con fines de prevención especial, mediante la cual la escuela de la “Nueva Defensa Social” niega el carácter retributivo y preventivo general de la pena, para dar paso entonces a la preferencia de conceptos como “personalidad peligrosa, tratamiento y resocialización” —no obstante, también del positivismo—, considerando que de acuerdo con el delito cometido y la gravedad y la culpabilidad del mismo es posible hacer de la pena una medida innecesaria. Por eso, como bien lo anota LONDOÑO JIMÉNEZ<sup>5</sup>, la esencia misma de la suspensión condicional de la ejecución de la pena se sustenta “en el principio de que no es necesario agotar en la medida de la misma la medida de la culpabilidad”, por lo que debe ser aplicada por los jueces en todos aquellos eventos en que se demuestre que el implicado no necesita tratamiento de internación carcelaria.

<sup>4</sup> CLAUS ROXIN, *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Edit. Reus, 1976, pág. 15.

<sup>5</sup> HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, “La prevención especial en la teoría de la pena”, en *Estudios penales*, Bogotá, Edit. Temis, 1984, pág. 288.

A más de lo precedente, no ha de olvidarse que la condena de ejecución condicional, concebida como expresión de la prevención especial, se implantó entre nosotros como sustitutiva de una pena que, si bien teóricamente puede entenderse como reflejo de dolor<sup>6</sup>, en nuestro medio es igualmente síntesis de humillación, blasfemia de virtud, vilipendio y estigma social. Es también, recordando el grito desgarrador pero verdadero de ESCOBAR MEJÍA<sup>7</sup> acerca de las cárceles colombianas, que es donde se ejecutan los castigos punitivos, “una inacabada pesadilla que, siniestramente, se reanuda, día tras día, por el suceder circular, automatizado y mecánico de unos mismos hechos: equimóticos, fraudulentos y viles”. Por tanto, nadie puede negar que la condena condicional pretende alejar del peligro contaminante de las cárceles al delincuente primario, al desviado ocasional que no requiere tratamiento penitenciario, puesto que su filosofía, aun soportada en lo que podríamos llamar “defensa social moderna”, atendió por demás a las crisis del derecho penal y del derecho penitenciario, reducidas a la postre a gritos implacables de cárcel y a una inusitada indolencia jurisdiccional a costas de salvar un tecnicismo dogmático mal interpretado.

¡Y qué no recordar de nuestro régimen penitenciario y de nuestras penitenciarías! Del primero, cómo una sarta de normas dispersas y diluidas se arrastran muy por debajo de la realidad carcelaria y desconocen, además, las verdaderas causas de la criminalidad; y de las segundas, cómo esos antros de miseria, analfabetismo, insalubridad y delincuencia, en donde las responsabilidades se vuelven venenosas y donde, de la manera más vil, se mancilla la condición humana y se aniquilan los más elementales principios de la civilización. Volvamos a presentar, con GUTIÉRREZ ANZOLA<sup>8</sup>, algunos de los innumerables defectos y vicios de las cárceles colombianas:

“Reclusión masiva en construcciones inadecuadas; promiscuidad de edades y aun de sexos en algunos lugares; carencia de condiciones de higiene y salubridad; precarias, difíciles, antihigiénicas e inhumanas condiciones para dormir, descansar y recrearse; masividad, no clasificación ni separación por grupos o tendencias criminales; homosexualismo abierto y deshonestidad en la práctica de la llamada visita conyugal; delincuencia interna; inexistencia o deficiencia en la asistencia moral, espiritual, educativa así como en las condiciones internas de trabajo, en la prestación de servicios sociales asistenciales, médicos y jurídicos; preparación deficiente del personal de vigilancia, administrativo y directivo de las cárceles; contagio psicológico y corruptor en los elementos humanos desconocedores del ambiente; y desadaptación humana con respecto a determinados valores morales, sociales y religiosos”.

Pero allí, por desgracia y con dolor —como el que inflige la pena— es donde se ejecutan los castigos del Estado represor y, también, infortunadamente, la detención preventiva.

<sup>6</sup> FRANCESCO CARNELUTTI, *Cuestiones sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Ejea, 1961, pág. 396.

<sup>7</sup> GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA, “Ca ira”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, núm. 27, Bogotá, Edit. Temis, 1985, pág. 7.

<sup>8</sup> JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ ANZOLA, “Los problemas de la ejecución penal”, en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 14, 1986, pág. 112.

Todo lo anterior, conjugado en la causal de excarcelación sometida a estudio, conduce a una irrefutable conclusión en el plano de lo criminológico: si la libertad provisional es procedente con arreglo a la satisfacción del presupuesto objetivo de la condena condicional (art. 439, num. 1º), pero aparece así mismo expresamente prohibida a términos del listado de delitos que contempla el art. 441 num. 4º, debe el juez revisar en esta segunda parte todo el contexto del subrogado penal, básicamente en lo atinente al aspecto subjetivo, a fin de verificar la necesidad o no del tratamiento penitenciario para el procesado, respetando a su vez la filosofía preventivo-específica que inspira nuestra legislación en materia de penas y, además, los principios universales de la presunción de inocencia y de la privación de la libertad del procesado como modelo de excepción durante el trámite del proceso.

De otro lado, si al tanto con BUSTOS RAMÍREZ<sup>9</sup> atendemos a la concepción última de la pena como “instrumento de aseguramiento del Estado” o como “autoconstatación general del Estado”, nada más lógico entonces que sea ese Estado —por desgracia entre nosotros productor de delincuencia— el encargado de reconocer un derecho, habida cuenta de la innecesaria aplicación de la terapia carcelaria que, a *posteriori*, obligaría en el fallo de condena a entender como innecesaria también la ejecución efectiva y material de la sanción impuesta.

Resultaría insólito que el Estado, en pos de su reafirmación de existencia y subsistencia, dé rienda suelta a su fuerza sancionadora desde la medida precautelativa de detención, manteniendo de esta forma aquellas censurables funciones latentes que tanto golpean a la población procesada y carcelaria, como el deseo vindicativo de la víctima, la aparente sensación social de seguridad y el destierro de la circulación cívica de sujetos considerados desviados y peligrosos<sup>10</sup>.

## 5. COMENTARIO FINAL

Por último, no sería lógico ni honesto culminar este exordio sin una apreciación de índole eminentemente personal en torno a la construcción legislativa de las normas sobre libertad provisional, de manera especial en lo que concierne al artículo que gobierna la materia de las prohibiciones, apreciación que modestamente dirijo, tal vez, a los comisionados encargados de la redacción y revisión de las nuevas disposiciones adjetivas. En últimas, todo se contrae a observar cómo el redactor de las normas sobre prohibiciones excarcelativas pasó por alto, abriendo campo a un monumental y erróneo abismo hermenéutico, el aspecto subjetivo del subrogado penal de la condena condicional, a sabiendas de que edificaba esas restricciones a la libertad provisoria en tratándose tan solo de la causal que la reconoce por tener derecho a ese subrogado desde el punto de vista objetivo. Si las prohibiciones

<sup>9</sup> JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 142-143.

<sup>10</sup> ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Criminología*, 7ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984, pág. 333.

atendieron únicamente a la causal primera de libertad del procesado, grave fue el yerro del redactor al menoscabar con su texto toda una teoría preventivo-específica de la pena que, gústenos o no, es la que orienta el mecanismo sustitutivo de la suspensión condicional de la condena.

No obstante lo anterior, para fortuna nuestra, del intérprete y del juzgador, ya la doctrina ha venido pronunciándose con acierto y en el mismo sentido anteriormente expuesto sobre la sana y correcta interpretación que debe otorgársele a la concesión de la libertad provisional cuando se tiene derecho al subrogado de la condena condicional. Incluso, para un mayor bienestar, ya algunos miembros de la Comisión redactora del nuevo Código, tal vez —presumo— conscientes del espantoso error, han consignado en sus propios textos una ecuánime posición en torno al problema, la cual empata con la interpretación de las normas en conflicto a partir de su conjugación con todo el sistema normativo y con los postulados teleológicos y criminológicos en que descansa la más prístina teoría filosóficojurídica de la libertad provisional.

Quedan así expresados, para concluir, algunos modestos argumentos y conceptos que intentan sostener la concepción más fiel a la justicia de la libertad provisional por condena condicional, y que aspiran, sobre todo, a contribuir con el eco circundante que ya produjo en esta materia la autorizada voz de otros, y que en especial se dirige a los jueces penales de nuestro sistema de derecho, en el empeño de remediar la “epilepsia normativa” o la “introversión esquizofrénica del conocimiento jurídico” que tanto daño nos ha causado.

## BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- PÉREZ PINZÓN, ÁLVARO ORLANDO: “Tratamiento y resocialización del «desviado» en Colombia”, en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 15, 1986.
- PAUL, WOLF: “Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, núm. 35, Bogotá, Edit. Temis, 1987.

# SECCIÓN DE LEGISLACIÓN

# ESTATUTO PARA LA DEFENSA DE LA DEMOCRACIA

DECRETO 180 DE 1988  
(enero 27)

Por el cual se complementan algunas normas del Código Penal y se dictan otras disposiciones, conducentes al restablecimiento del orden público.

*El Presidente de la República de Colombia,*

en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Política y en desarrollo del decreto 1038 de 1984, y

## CONSIDERANDO:

Que mediante decreto 1038 de 1984 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República;

Que la declaratoria de turbación del orden público se originó en la ocurrencia de actos terroristas en diversas ciudades y, en general, por la realización de hechos violentos que han ocasionado sensibles bajas de miembros de las fuerzas militares, de la policía nacional y en la población civil;

Que tales fenómenos de perturbación del orden público se han agravado considerablemente en todo el territorio nacional manifestándose en actos que atentan contra la vida e integridad de funcionarios del Estado, dirigentes políticos y sindicales, intelectuales; el secuestro de candidatos a alcaldías y corporaciones públicas de elección popular, con fines desestabilizadores de las instituciones democráticas;

Que, igualmente, mediante actos terroristas se han causado graves daños a oleoductos, plantas industriales, edificios públicos, sedes de partidos y agrupaciones políticas, instalaciones militares, policiales y de servicios públicos;

Que el decreto-ley 3418 de 1954, en sus artículos 1° y 5° establece que los canales radioeléctricos que Colombia utiliza o pueda utilizar en el ramo de telecomunicaciones, son propiedad exclusiva del Estado y que en caso de guerra exterior o grave conmoción interna, el gobierno podrá, mientras dura la emergencia, recobrar el dominio pleno de las frecuencias o canales que hubiere cedido en explotación a los particulares;

Que es deber del gobierno nacional enfrentar esta situación de violencia generalizada y de ataques premeditados a las instituciones democráticas que se han manifestado en el auge de actos terroristas, para lo cual es necesario complementar las disposiciones del Código Penal y de Procedimiento Penal;

Que la declaración del actual estado de sitio tuvo origen, igualmente, en la acción criminal de grupos relacionados con el narcotráfico, la cual se ha concretado en actos desestabilizadores de las instituciones democráticas, como la muerte violenta del procurador general de la Nación,

DECRETA:

TÍTULO I

DE LOS DELITOS Y LAS PENAS

CAPÍTULO I

*Delitos que atentan contra la seguridad y la tranquilidad públicas*

**Art. 1º. Terrorismo.**—Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, el que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos mensuales, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con este hecho.

Si el estado de zozobra o terror es provocado mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, video, cassette o escrito anónimo, la pena será de dos (2) a cinco (5) años y la multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales.

**Art. 2º. Circunstancias de agravación punitiva.**—Las penas señaladas en el artículo anterior, serán de quince (15) a veinticinco (25) años de prisión y una multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales, cuando:

- a) Se hiciere partícipes en la comisión del delito a menores de dieciséis (16) años;
- b) Se asalten o se tomen instalaciones militares, de policía, de los cuerpos de seguridad del Estado o sedes diplomáticas o consulares;
- c) La acción se ejecute para impedir o alterar el normal desarrollo de certámenes electorales;
- d) El autor o partícipe hubiere sido miembro de las fuerzas militares, policía nacional u organismos de seguridad del Estado;
- e) Cuando con el hecho se afecten edificaciones de países amigos o se perturben las relaciones internacionales.

**Art. 3º. Auxilio a las actividades terroristas.**—El que preste ayuda a quien desarrolle alguno de los actos previstos en el artículo 1º, mediante el suministro de dinero, aeronaves, embarcaciones, vehículos terrestres, instalaciones, armas, municiones, explosivos, equipos de comunicación, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años y una multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales.

**Parágrafo.**—Se consideran además actos de auxilio a las actividades terroristas, los siguientes:

a) Suministrar información a terroristas o a sus colaboradores sobre instalaciones, edificios públicos y privados de las fuerzas militares, policía nacional, organismos de seguridad del Estado.

b) La construcción, cesión, utilización o arrendamiento de cualquier tipo de alojamiento, inmueble o elemento susceptible de ser destinado a ocultar personas, depósito de armas o explosivos, dinero de los grupos terroristas.

c) Ocultar o trasladar personas integrantes de grupos terroristas.

**Art. 4º. Omisión de informes sobre actividades terroristas.**—El que conociendo de la presencia de terroristas, o sus planes y actividades para cometer alguna de las conductas contempladas en el artículo primero, omitiere informar oportunamente sobre ellos a la autoridad competente, incurrirá en la pena establecida en el artículo 1º, disminuida de una sexta parte a la mitad.

Cuando la omisión sea cometida por empleados oficiales, la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad.

**Art. 5º. Exigencia o solicitud de cuotas para terrorismo.**—Quien por sí, o por interpuesta persona, solicite o exija cuotas pecuniarias o en especie, o de cualquier otra índole, en orden a financiar actividades delictivas previstas en el artículo primero, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años y en multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales.

**Art. 6º. Instigación o constreñimiento para ingreso a grupos terroristas.**—Quien fomente o ejecute actividades tendientes a obtener el ingreso de personas a grupos terroristas, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la acción se realice respecto de menores de dieciséis (16) años, de miembros activos o retirados de las fuerzas militares, de policía nacional u organismos de seguridad del Estado, o cuando se constriña u obligue a alguien a participar o colaborar en actividades terroristas.

**Art. 7º. Concierto para delinquir.**—El que forme parte de un grupo de sicarios o de una organización terrorista incurrirá por este solo hecho en prisión de diez (10) a quince (15) años.

La pena se aumentará en una tercera parte para quienes promuevan, encabecen o dirijan a los integrantes de estos grupos u organizaciones.

**Art. 8º. Instigación al terrorismo.**—El que públicamente incite a otro u otros a la comisión de actos terroristas, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales.

**Art. 9º. Incendio, destrucción o daño de nave, aeronave o medio de transporte por acto terrorista.**—El que incendie, destruya, dañe o cause hundimiento, naufragio, encallamiento de nave marítima o fluvial o caída, incendio o daño de aeronave, destruya vehículo o unidad montada sobre ruedas destinada al transporte de personas o carga de carácter particular u oficial, y con fines terroristas, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos mensuales.

Si como resultado de esta acción se ocasionare muerte a personas, la pena será de quince (15) a treinta (30) años y la multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales.

Si se ocasionaren lesiones personales, la pena será de quince (15) a veinticinco (25) años y multa de quince (15) a ciento veinte (120) salarios mínimos mensuales.

**Art. 10. Disparo de arma de fuego y empleo de explosivos contra vehículos.**—El que en desarrollo de actividades dispare armas de fuego o use explosivos contra vehículos en que se hallen una o más personas, incurrirá, por este solo hecho, en prisión de cinco (5) a diez (10) años.

Si como resultado de esta acción se ocasionare muerte o daño contra la integridad personal la pena será de quince (15) a treinta (30) años y la multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales.

**Art. 11. Tenencia, fabricación, tráfico y uso de armas o sustancias tóxicas.**—El que favorezca la realización de actos de terrorismo mediante la fabricación, adquisición, sustracción, almacenamiento, porte o suministro de armas de fuego, municiones u objetos explosivos, inflamables, asfixiantes, tóxicos, o cualquier otro elemento químico, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, sin perjuicio de la pena contemplada para otros delitos que se pudieren cometer.

**Art. 12. Empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos.**—El que con propósitos terroristas coloque, lance bomba o artefacto explosivo o incendiario, o corrosivo de cualquier tipo, lo envíe, porte o remita, que pueda afectar la integridad física de las personas o los bienes, en la vía pública, centros de recreación, instalaciones deportivas, instituciones de enseñanza, iglesias, en lugares caracterizados por la concurrencia habitual de personas, centros de salud, edificios públicos o privados, en lugares destinados a la meditación, en instalaciones industriales, militares o de policía, estará sometido a la pena de diez (10) a veinte (20) años de prisión y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos mensuales.

**Art. 13. Fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas militares o de policía nacional.**—El que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, porte, repare, almacene, conserve, transporte, adquiera o suministre a cualquier título armas o municiones de uso privativo de las fuerzas militares o policía nacional incurrirá en prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos mensuales.

**Art. 14. Corrupción de alimentos y medicinas.**—El que envenene, contamine, o altere producto o sustancia alimenticia o medicinal que ponga en peligro la vida o la integridad física de las personas con fines terroristas, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales.

**Art. 15. Instrucción y entrenamiento.**—El que sin autorización legal organice, instruya, entrene o equipe a personas en táctica, técnicas o procedimientos militares

o terroristas, o las contrate con fines terroristas, incurrirá en prisión de ocho (8) a catorce (14) años y multa de quince (15) a sesenta (60) salarios mínimos mensuales.

Cuando la instrucción o entrenamiento se refiera a la fabricación o uso de armas de fuego, explosivos, sustancias inflamables, asfixiantes, tóxicas o corrosivas, o se realice con mercenarios, las penas se aumentarán de una tercera parte a la mitad.

**Art. 16. Utilización ilícita de equipos transmisores o receptores.**—El que para los efectos previstos en el artículo primero posea o haga uso de aparatos de radiofonía o televisión, o de cualquier medio electrónico diseñado o adaptado para emitir o recibir señales, incurrirá, por este solo hecho, en prisión de tres (3) a seis (6) años.

**Art. 17. Administración de recursos.**—El que fuera de los casos de complicidad administre dinero o bienes relacionados con terroristas, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos mensuales.

**Art. 18. Intercepción de correspondencia oficial.**—El que viole, intercepte o sustraiga correspondencia oficial, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.

La pena descrita en el inciso anterior se aumentará hasta una tercera parte, cuando la correspondencia esté destinada o remitida a los organismos de seguridad del Estado.

**Art. 19. Utilización ilegal de uniformes e insignias.**—El que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, transporte, almacene, distribuya, compre, venda, suministre, sustraiga, porte o utilice prendas, textiles empleados para la fabricación de uniformes de campaña, insignias o medios de identificación, de uso privativo de la fuerza pública o de los organismos de seguridad del Estado, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años, multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales y en el decomiso de dichos elementos.

**Art. 20. Suplantación de autoridad.**—El que con fines terroristas simule autoridad, suplante a la autoridad legítima, o usurpe sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) a sesenta (60) salarios mínimos mensuales.

**Art. 21. Incitación a la comisión de delitos militares.**—El que en beneficio de actividades terroristas incite al personal de las fuerzas militares, policía nacional u organismos de seguridad del Estado a desertar, abandonar el puesto o el servicio, o ponga en práctica cualquier medio para este fin, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales.

## CAPÍTULO II

### Delitos que atentan contra la libertad individual y el patrimonio económico

**Art. 22. Secuestro.**—El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de quince (15) a veinte (20) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos mensuales.

*Art. 23. Circunstancias de agravación punitiva.*—Las penas señaladas en el artículo anterior, se aumentarán en una tercera parte si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

a) Si el delito se cometiere en persona de inválido, enfermo, menor de dieciséis (16) años, mayor de sesenta (60) años o mujer embarazada.

b) Si se somete a la víctima a tortura durante el tiempo que permanezca secuestrada.

c) Si la privación de libertad del secuestrado se prolongare por más de diez (10) días.

d) Si se comete en ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, hermano o hermana, cónyuge o afín en línea directa en primer grado.

e) Si se comete en persona que sea o hubiere sido empleado oficial y por razón de sus funciones.

f) Cuando se exija por la libertad del secuestrado un provecho o cualquier utilidad.

g) Cuando se presione la obtención de lo exigido con amenazas de muerte o lesión del secuestrado, o con ejecución de acto que implique peligro común, grave perjuicio de la comunidad o de la salud pública.

h) Cuando se cometa para hacer u omitir algo o con fines publicitarios de carácter político.

*Art. 24. Torturas.*—El que en cumplimiento de actividades terroristas, someta a otra persona a tortura física o síquica, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor.

*Art. 25. Extorsión.*—El que con el propósito de facilitar actos terroristas, obligue a otro a hacer, suministrar, tolerar u omitir alguna cosa mediante amenazas, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y en multa de quince (15) a sesenta (60) salarios mínimos mensuales.

*Art. 26. Amenazas personales o familiares.*—El que por cualquier medio apto para difundir el pensamiento atemorice, amenace o cause alarma, zozobra o terror en una persona o familia, incurrirá, por este solo hecho, en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de cinco (5) a veinticinco (25) salarios mínimos mensuales.

Si la persona amenazada o intimidada fuere funcionario público perteneciente a la rama jurisdiccional o al ministerio público o sus familiares, la pena se aumentará en una tercera parte.

*Art. 27. Atentados terroristas contra complejos industriales y otras instalaciones.*—El que mediante bombas o explosivos, o cualquier otro medio apto, destruya o inutilice partes integrantes de complejos industriales, refinerías, factorías, campamentos de exploración, instalaciones submarinas, instalaciones de comunicación, puentes, aeropuertos, terminales portuarias, ayudas a la navegación, equipo o líneas de conducción de hidrocarburos o fluidos, equipos de construcción, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años y multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales.

Si como consecuencia de la conducta o conductas descritas en el inciso anterior, hubiere pérdida de vidas humanas, daño a la integridad personal, o contaminación de fuentes de supervivencia, la pena será de veinte (20) a treinta (30) años y multa de cincuenta (50) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales.

*Art. 28. Secuestro de aeronaves, naves, o medios de transporte colectivo.*—El que mediante violencia, amenazas o maniobras engañosas, se apodere de nave, aeronave, o de cualquier otro medio de transporte colectivo, o altere su itinerario, o ejerza su control, será sancionado con prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos mensuales.

Si como resultado de estos actos se ocasionaren daños a la integridad personal de la tripulación o sus ocupantes, la pena será de quince (15) a veinte (20) años y la multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales.

Si se produce la muerte de una o varias personas, la pena será de veinte (20) a treinta (30) años y la multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos mensuales.

### CAPÍTULO III

#### *Delitos que atentan contra los funcionarios públicos*

*Art. 29. Homicidio con fines terroristas.*—El que con fines terroristas diere muerte a un magistrado, juez, gobernador, intendente, comisario, alcalde posesionado o simplemente elegido, personero o tesorero municipales, o miembro principal o suplente del Congreso de la República, de las asambleas departamentales, de los consejos intendenciales, de los consejos comisariales o de los concejos municipales o del Distrito Especial de Bogotá, presidente de la República, procurador general de la Nación, contralor general de la República, ministro del despacho, jefe de departamento administrativo, candidato, dirigente político, dirigente de comité cívico o gremial, periodista, profesor universitario, o directivo de organización sindical, miembros de las fuerzas militares, policía nacional o de organismo de seguridad del Estado, cardenal, primado, agente diplomático o consular, arzobispo u obispo, incurrirá en prisión de quince (15) a veinticinco (25) años y en multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos mensuales.

*Art. 30. Circunstancias de agravación punitiva.*—Las penas previstas en el artículo anterior, se aumentarán hasta en una quinta parte cuando el hecho se cometa:

a) En el cónyuge, ascendiente, descendiente, adoptivo, hermano o afín en línea directa en primer grado, del presidente de la República.

b) Para preparar, facilitar o consumir otro hecho punible para ocultarlo, asegurar su producto o la impunidad para él o para los partícipes.

c) Valiéndose de las actividades de inimputable.

d) Con sevicia.

e) Con cualquiera de las circunstancias contempladas en los numerales 3° y 4° del artículo 324 del Código Penal.

f) Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación.

**Art. 31. Lesiones personales con fines terroristas.**—El que con fines terroristas cause daño físico o mental a alguna de las personas mencionadas en el artículo 28 del presente decreto, incurrirá en las siguientes penas:

a) Si el hecho produjo incapacidad para trabajar o enfermedad que no pase de treinta (30) días, la pena será de dos (2) a cuatro (4) años de prisión y multa de cinco (5) a veinte (20) salarios mínimos mensuales.

b) Si la incapacidad o la enfermedad pasare de treinta (30) días, sin exceder de noventa (90) días, la pena se aumentará hasta en una tercera parte.

c) Si la incapacidad o enfermedad excediere de noventa (90) días, la pena se aumentará en dos terceras partes.

**Art. 32.** Si el daño consistiere en deformidad física transitoria, la pena será de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de cinco (5) a cuarenta (40) salarios mínimos mensuales.

Si fuere permanente la deformidad, la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión y multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales.

Si la deformidad afecta el rostro, las penas se aumentarán hasta en una tercera parte.

**Art. 33. Perturbación funcional.**—Si el daño consistiere en perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro, la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales.

Si fuere permanente, la pena será de seis (6) a doce (12) años de prisión y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales.

**Art. 34. Perturbación síquica.**—Si el daño consistiere en perturbación síquica transitoria, la pena será cinco (5) a diez (10) años de prisión y la multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales.

Si fuere permanente, la pena será de siete (7) a trece (13) años de prisión y la multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos mensuales.

**Art. 35. Pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro.**—Si el daño consistiere en la pérdida de la función de un órgano o miembro, la pena será de ocho (8) a catorce (14) años de prisión y la multa de veinte (20) a ciento veinte (120) salarios mínimos mensuales.

**Art. 36. Unidad punitiva.**—Si como consecuencia de la conducta se produjeren varios de los resultados previstos en los artículos anteriores, solo se aplicarán las penas correspondientes al de mayor gravedad.

#### CAPÍTULO IV

##### Disposiciones comunes a los artículos anteriores

**Art. 37. Atenuante de responsabilidad por colaboración eficaz.**—Quien habiendo participado como autor, cómplice o auxiliador en la comisión de los delitos

referidos en el presente decreto, colabore eficazmente con las autoridades al esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad penal de quienes hubieren intervenido a cualquier título en su ejecución, se les reducirá la pena correspondiente hasta en las dos terceras partes. Si la colaboración fuere totalmente eficaz, el juez podrá ordenar la extinción de la acción penal o el perdón judicial.

**Art. 38. Gratificación por información eficaz.**—El que suministre oportuna y eficaz información que permita la captura de quien hubiere intervenido en la perpetración de cualesquiera de los hechos de que trata el presente decreto, recibirá del erario, a título de gratificación, hasta el equivalente de quinientos (500) salarios mínimos, exentos de todo impuesto en el respectivo año gravable.

Para los efectos del presente artículo se aplicará lo dispuesto por el artículo 7° del decreto 1199 de 1987.

#### TÍTULO II

##### ACTUACIÓN PROCESAL Y POLICÍA JUDICIAL

**Art. 39. Cuerpo Técnico de Policía Judicial.**—Dentro del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, créanse los equipos especializados por orden público. Sin embargo, en caso de urgencia y cuando las necesidades así lo exijan, pueden participar miembros de las fuerzas militares, policía nacional y del Departamento Administrativo de Seguridad que no estén incorporados a la policía judicial, para auxiliar a los jueces de orden público.

**Art. 40. Atribuciones.**—Además de las funciones o atribuciones establecidas en el artículo 334 del Código de Procedimiento Penal a la policía judicial, cualquier miembro de las fuerzas militares, policía nacional, policía judicial y del Departamento Administrativo de Seguridad, podrá coadyuvar en caso de urgencia o fuerza mayor y practicar las siguientes actuaciones:

a) *Aprender sin orden judicial a persona o personas indiciadas de participar en actividades terroristas, debiéndolas poner a disposición de su superior inmediato en el término de la distancia, quien, a su vez, informará dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al juez de orden público competente de la jurisdicción.*

b) *Practicar registros en sitios donde se presume se encuentren terroristas o que se hayan cometido actos encaminados a consumar un delito que implique el uso o posesión de explosivos, armas de fuego o cualquier otro elemento similar\*.*

c) *Penetrar a residencias donde se tenga indicio de que se guarden ilegalmente municiones, armas de fuego o explosivos, cuando fueren requeridos por algún morador.*

d) *Someter a requisa a las personas en cualquier sitio público, con el objeto de constatar si portan ilegalmente armas de fuego, municiones, explosivos, sustancias químicas, inflamables, corrosivas, material electrónico o equipo utilizable para comunicaciones que pueda ser empleado en actividades terroristas.*

**Art. 41. Términos para la práctica de pruebas por la policía judicial.**—Para hacer las indagaciones y ejercer las funciones a que se refiere el artículo 334 del

\* Los apartes en bastardilla fueron declarados inexecutable mediante decisión de marzo 3 de 1988, que aparece en nuestra sección de Jurisprudencia.

Código de Procedimiento Penal y las señaladas en el artículo anterior, la policía judicial y los equipos especializados en orden público dispondrán de cinco (5) días a partir de la captura, de lo cual deberán informar al respectivo juez de orden público dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la iniciación de las indagaciones, pudiendo este asumir el conocimiento de las diligencias. En todo caso, se entregarán las diligencias y los retenidos dentro de los cinco (5) días subsiguientes, más los términos de la distancia, en caso de que sean lugares apartados o rurales.

**Art. 42. Ampliación del término.**—El juez de orden público podrá ampliar dicho término hasta por diez (10) días para que se concluyan los seguimientos, pesquisas y diligencias que esté adelantando el cuerpo técnico de policía judicial para orden público.

**Art. 43. Embargo y secuestro de bienes.**—El juez de orden público, al proferir auto de detención preventiva, deberá decretar el secuestro de los bienes muebles pertenecientes a los sindicados de cometer cualquiera de los delitos de que trata el presente decreto, y el embargo de los bienes inmuebles, debiéndose disponer en la sentencia la condena al pago de los perjuicios, para cuyo fin el remate deberá efectuarse según lo previsto en los artículos 521 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, por el mismo juez de orden público.

**Art. 44. Definición de situación jurídica.**—A los sindicados por los delitos de que trata el presente decreto, se les definirá la situación jurídica por auto interlocutorio, dentro de los diez (10) días siguientes a su indagatoria. Si fueren más de tres (3) los aprehendidos el término será de veinte (20) días.

**Art. 45. Libertad provisional.**—Solo tendrán derecho a libertad provisional los sindicados por los delitos de que trata el presente decreto, si pasados doscientos diez (210) días de privación de la libertad no se ha proferido sentencia, mediante caución prendaria o hipotecaria, que será establecida al arbitrio del juez, de acuerdo a la gravedad del hecho imputado, entre cinco (5) y veinte (20) salarios mínimos mensuales.

**Art. 46. Término para instrucción y fallo.**—Los delitos tipificados en este decreto, se investigarán y fallarán de acuerdo al siguiente procedimiento: recibida la denuncia o informe, el juez especial de orden público perfeccionará la investigación dentro de los treinta (30) días siguientes. Si no fuere posible recibir las indagatorias al sindicado o sindicados dentro de los diez (10) días siguientes, se les emplazará por dos (2) días y se les designará defensor de oficio.

Perfeccionada la investigación se correrá traslado para concepto de fondo al fiscal por setenta y dos (72) horas y luego al defensor para su alegato, por el mismo término. Regresado al despacho el proceso, se proferirá el fallo dentro de los diez (10) días siguientes.

Estos términos se duplicarán cuando hubiese más de diez (10) capturados.

Si la pena privativa de la libertad impuesta fuese de cinco (5) o más años, la sentencia respectiva será consultada con la Sala competente del Tribunal Superior del Distrito Judicial si no hubiese sido apelada.

Contra las sentencias de segunda instancia que se dicten proceden los recursos extraordinarios de casación y revisión ante la Corte Suprema de Justicia.

**Art. 47. Atribuciones para interceptación de comunicaciones.**—El jefe del cuerpo técnico de la policía judicial para orden público, en sus indagaciones podrá ordenar a las oficinas telegráficas o telefónicas que se intercepten las comunicaciones o mensajes transmitidos o recibidos, si fueren conducentes para el descubrimiento o comprobación de los delitos definidos en este decreto.

**Art. 48.**—Los tipos penales previstos en el presente decreto, adicionan y modifican transitoriamente los contemplados en el Código Penal y en las normas que lo adicionan y reforman.

### TÍTULO III

#### DISPOSICIONES FINALES

**Art. 49.**—Queda prohibida la transmisión de todo mensaje, noticia, grabación o información que identifique en cualquier forma a testigos de actos terroristas.

**Art. 50.**—Queda prohibida la transmisión radial en directo, desde el lugar de los acontecimientos, de actos terroristas mientras estos hechos estén ocurriendo.

**Art. 51.**—El gobierno nacional podrá recobrar el dominio pleno de las frecuencias radiales, en caso de cualquier infracción a las disposiciones del presente título, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5° del decreto-ley 3418 de 1954.

**Art. 52.**—El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, se aplica a los delitos cometidos desde su vigencia y suspende las disposiciones que le sean contrarias.

#### DECRETO 181 DE 1988 (enero 27)

Por el cual se modifica la composición de los tribunales superiores de Distrito Judicial, se establecen nuevas competencias y se dictan otras disposiciones.

*El Presidente de la República de Colombia,*

en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Política, en desarrollo del decreto 1038 de 1984, y

CONSIDERANDO:

Que por decreto 1038 de 1984 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional;

Que en diversas partes del territorio nacional se han venido cometiendo hechos criminales que agravan la situación generalizada de violencia por la que se encuentra atravesando el país;

Que estos hechos impiden el ejercicio de los derechos civiles y las garantías sociales consagrados en la Constitución Política, en especial el derecho a la vida, la libertad de expresión y los derechos políticos;

Que corresponde a las autoridades de la República proteger a todas las personas que habitan en el territorio nacional;

Que es indispensable fortalecer los mecanismos jurisdiccionales del Estado instituidos para la investigación y sanción de los delitos;

Que los tribunales superiores de distrito judicial poseen las características adecuadas para garantizar la mayor eficiencia en el juzgamiento de aquellos delitos que causen grave perturbación del orden público;

Que mediante decreto 1631 de 1987, declarado constitucional por la Corte Suprema de Justicia, se crearon los juzgados de orden público, para conocer de las conductas punibles previstas en el Código Penal, cuando su acción aparezca encaminada a perseguir o intimidar a cualquier habitante del territorio nacional por sus creencias u opiniones políticas, partidistas o no;

Que el fortalecimiento de los tribunales superiores de distrito judicial y de los juzgados de orden público para agilizar el juzgamiento de los delitos que causan especial agravación del orden público, constituye un medio eficaz para combatir las causas generadoras de la turbación del orden público;

Que hechos de reciente ocurrencia en diferentes partes del territorio nacional han evidenciado la necesidad de adoptar medidas conducentes a proteger la vida, la integridad personal y el ejercicio de las libertades constitucionales y el ejercicio de los derechos políticos;

Que corresponde al presidente de la República velar porque en todo el territorio nacional se administre pronta y cumplida justicia,

#### DECRETA:

*Art. 1º.—Modificado. Decr. 474 de 1988, art. 1º.*—Créase el Tribunal Superior de Orden Público con jurisdicción en todo el territorio nacional y con sede en la ciudad de Bogotá.

Este tribunal estará compuesto por doce (12) magistrados divididos en cuatro (4) salas de tres (3) magistrados cada una.

*Art. 2º.—Modificado. Decr. 474 de 1988, art. 2º.*—Los jueces de orden público creados por el artículo 4º del decreto 1631 de 1987 conocerán en primera instancia de los siguientes delitos:

1º) De los delitos de constreñimiento ilegal, tortura, homicidio, lesiones personales, secuestro y secuestro extorsivo que se cometan en la persona de un magistrado, juez, agente del ministerio público, gobernador, intendente, comisario, alcalde, personero o tesorero municipales, o de un miembro principal o suplente del Congreso

de la República, de las asambleas departamentales, de los consejos intendenciales, de los consejos comisariales o de los concejos municipales o del Distrito Especial de Bogotá, presidente de la República, procurador general de la Nación, contralor general de la República, ministro del despacho, jefe de departamento administrativo, director nacional de instrucción criminal, director seccional de instrucción criminal y demás miembros del cuerpo técnico de policía judicial, candidato, dirigente político, dirigente de comité cívico o gremial, periodista, profesor universitario, o directivo de organización sindical o de cualquier habitante del territorio nacional por sus creencias u opiniones políticas, partidistas o no.

2º) De los delitos de terrorismo, auxilio a las actividades terroristas, omisión de informes sobre actividades terroristas, exigencia o solicitud de cuotas para terrorismo, instigación o constreñimiento para ingreso a grupos terroristas, concierto para delinquir, instigación al terrorismo, incendio, destrucción o daño de nave, aeronave o medio de transporte por acto terrorista; disparo de arma de fuego y empleo de explosivos contra vehículos, tenencia, fabricación, tráfico y uso de armas o sustancias tóxicas; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas o de policía nacional; corrupción de alimentos y medicinas; instrucción y entrenamiento, utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, administración de recursos, intercepción de correspondencia oficial, utilización ilegal de uniformes e insignias, suplantación de autoridad, incitación a la comisión de delitos militares, torturas, extorsión, amenazas personales o familiares, atentados terroristas contra complejos industriales y otras instalaciones; secuestro de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo, homicidio con fines terroristas; lesiones personales con fines terroristas y conexos (artículos 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 31 del decreto 180 de 1988).

La segunda instancia de los procesos a que se refiere el presente artículo, se surtirá ante el Tribunal Superior de Orden Público, bien sea mediante apelación o mediante consulta, de acuerdo con lo dispuesto por el Código de Procedimiento Penal.

*Art. 3º.*—Para los fines del artículo anterior, se entiende por:

a) Candidato, la persona que haya sido inscrita para ser elegida en cualquiera de las corporaciones o los cargos de elección popular.

b) Dirigente político, la persona que haya sido elegida o designada para dirigir o integrar los órganos de gobierno y administración de un partido o movimiento político.

c) Periodista, la persona que en forma habitual, remunerada o no, se dedique en un medio de comunicación social al ejercicio de labores intelectuales, en los términos del inciso 1º del artículo 2º del decreto 733 de 1976.

*Art. 4º.—Modificado. Decr. 474 de 1988, art. 3º.*—La designación de los magistrados del tribunal creado por el presente decreto corresponderá a la Corte Suprema de Justicia. A su turno, los jueces de orden público serán designados por el Tribunal Superior de Orden Público, de acuerdo con la distribución numérica que

señale el Consejo Nacional de Instrucción Criminal y sin perjuicio de los jueces designados con anterioridad a la vigencia del presente decreto. Queda, en estos términos, modificado el artículo 4° del decreto 1631 de 1987.

El período de los funcionarios a que se refiere el inciso anterior, será de dos (2) años, sin perjuicio del previo levantamiento del estado de sitio.

Art. 5°.—Modificado. Decr. 474 de 1988, art. 5°.—El Tribunal Superior de Orden Público adoptará su reglamento interno de funcionamiento.

Art. 6°.—Derogado. Decr. 474 de 1988, art. 27.

Art. 7°.—Derogado. Decr. 474 de 1988, art. 27.

Art. 8°.—Los jueces de orden público serán competentes para investigar y fallar las conductas punibles de que trata el art. 2° del presente decreto, y tendrán jurisdicción en el territorio de su respectivo distrito, sin perjuicio de que sean comisionados por el director nacional de instrucción criminal, en casos de excepción y por necesidades del orden público, para instruir procesos en municipios de distrito judicial diferentes (sic) al de su sede.

Art. 9°.—Derogado. Decr. 474 de 1988, art. 27.

Art. 10.—Derogado. Decr. 474 de 1988, art. 27.

Art. 11.—En lo no previsto por este decreto, en el decreto 180 de 1988 o en la ley 2ª de 1984, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal. (Derogado tácitamente. Decr. 474 de 1988, art. 22).

Art. 12.—Modificado. Decr. 474 de 1988, art. 6°.—Créanse cuatro (4) fiscalías para el Tribunal Superior de Orden Público que serán proveídas en la forma establecida por la Constitución Nacional.

Art. 13.—Modificado. Decr. 474 de 1988, art. 9°.—Los empleados oficiales están obligados a prestar su colaboración a los magistrados y a los jueces de la jurisdicción de orden público.

Incurrirá en causal de mala conducta sancionable con destitución, que impondrá el respectivo superior, previa audiencia del inculpado, el empleado oficial, que sin justa causa, se abstenga de prestar la colaboración que de él se requiera, o la retarde.

No podrá oponerse reserva alguna respecto de los documentos, informes y declaraciones que requieran los magistrados y jueces de la jurisdicción de orden público.

Art. 14.—Modificado. Decr. 474 de 1988, art. 10.—La planta de personal del Tribunal Superior de Orden Público estará conformada de la siguiente manera:

Número	Cargo	Grado
12	Magistrado de Tribunal Superior de Orden Público	
1	Secretario de Tribunal	13
12	Auxiliar Judicial	11
2	Oficial Mayor	09
3	Escribiente	07
2	Citador	04

Art. 15.—Modificado. Decr. 474 de 1988, art. 11.—La planta de personal de cada una de las fiscalías ante el Tribunal Superior de Orden Público será la siguiente:

Número	Cargo	Grado
1	Fiscal de Orden Público	
1	Secretario	13
1	Auxiliar de Fiscal	11
1	Citador	04

Art. 16.—Modificado. Decr. 474 de 1988, art. 13.—Los cargos administrativos previstos en los artículos 14 y 15 del presente decreto, se proveerán conforme a los procedimientos y reglas aplicables a las demás corporaciones judiciales y al ministerio público respectivamente.

Art. 17.—Derogado. Decr. 474 de 1988, art. 27.

Art. 18.—Modificado. Decr. 474 de 1988, art. 20.—Los jueces, magistrados y fiscales de la jurisdicción de orden público podrán solicitar la protección personal, la de su vivienda y familia a la fuerza pública y a los organismos de seguridad del Estado. Por petición de estos, el gobierno nacional dispondrá la asignación de guardias o agentes de seguridad para su sede, vivienda y familia.

Art. 19.—Autorízase al gobierno para realizar todas las operaciones presupuestales necesarias para el debido cumplimiento de lo dispuesto en este decreto.

Art. 20.—Este decreto rige a partir de la fecha de su publicación, se aplicará a los delitos cometidos después de su vigencia, modifica en lo pertinente el decreto 1631 de 1987 y suspende las disposiciones que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

DECRETO 182 DE 1988  
(enero 27)

Por el cual se dictan disposiciones encaminadas al restablecimiento del orden público.

El Presidente de la República de Colombia,

en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Política, en desarrollo del decreto 1038 de 1984 y,

CONSIDERANDO:

Que el decreto 1038 de 1984 declaró turbado el orden público por la acción reiterada de grupos armados que atentan contra el régimen constitucional, así como

por la acción persistente de grupos antisociales relacionados con la comisión de los delitos actualmente tipificados en la ley 30 de 1986;

Que se hace necesario impedir la fuga o la liberación fraudulenta de personas relacionadas con grupos terroristas, con el propósito de que no abusen de la ley para evadir la acción de la justicia,

DECRETA:

Art. 1º.—Cuando se invoque el derecho de *habeas corpus* en favor de alguna persona vinculada por cualquiera de los delitos previstos en el decreto 180 de 1988 y en la ley 30 de 1986, se aplicarán las normas vigentes sobre la materia siempre que no sean contrarias a la disposiciones contenidas en el presente decreto.

Art. 2º.—Será competente para conocer y decidir sobre el derecho de *habeas corpus*, en los delitos descritos en el decreto 180 de 1988 y en la ley 30 de 1986, el juez superior del lugar donde se encuentre detenida la persona, a quien le corresponda por reparto.

El juez a quien corresponda una petición de *habeas corpus*, informará, dentro de las doce (12) horas siguientes, al respectivo agente del ministerio público, acerca de su contenido.

El agente del ministerio público dispondrá de un término de doce (12) horas para emitir concepto escrito, el cual no será obligatorio para el juez.

Sin embargo el juez no podrá decidir hasta tanto no se haya emitido el concepto señalado en el presente artículo.

Art. 3º.—El Ministerio de Justicia ofrecerá al juez todos los auxilios necesarios para el cumplimiento de lo indicado en el artículo 461 del Código de Procedimiento Penal.

Art. 4º.—El juez superior que tramite una solicitud de *habeas corpus*, podrá ser recusado por el agente del ministerio público correspondiente o por el procurador general de la Nación, por cualquiera de las causales previstas en el artículo 103 del Código de Procedimiento Penal.

Art. 5º.—Cuando se invoque el derecho de *habeas corpus* en favor de una persona privada de la libertad, por un delito diferente de los indicados en el decreto 180 de 1988 y en la ley 30 de 1986, el juez ante el cual se haya invocado deberá solicitar, dentro de las seis (6) horas siguientes, a los organismos de seguridad del Estado le informen si contra el detenido existe orden de detención o sentencia condenatoria por esos delitos.

Si la respuesta fuere positiva, el juez remitirá la petición al juez superior, a quien le corresponda por reparto, para que este continúe el trámite previsto en el presente decreto.

Art. 6º.—Este decreto rige a partir de la fecha de su publicación y suspende las normas que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

## DECRETO 474 DE 1988\*

(marzo 16)

Por el cual se organiza la jurisdicción de orden público, se establecen nuevas competencias y se dictan otras disposiciones.

*El Presidente de la República de Colombia,*

en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, en desarrollo del decreto 1038 de 1984, y

CONSIDERANDO:

Que por decreto 1038 de 1984 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional;

Que en diversas partes del territorio nacional se han venido cometiendo hechos criminales que agravan la situación generalizada de violencia por la que se encuentra atravesando el país;

Que estos hechos impiden el ejercicio de los derechos civiles y las garantías sociales consagrados en la Constitución Nacional, en especial el derecho a la vida, la libertad de expresión y los derechos políticos;

Que corresponde a las autoridades de la República proteger a todas las personas que habitan en el territorio nacional;

Que es indispensable fortalecer los mecanismos jurisdiccionales del Estado, instituidos para la investigación y sanción de los delitos;

Que mediante decreto 1631 de 1987, declarado constitucional por la Corte Suprema de Justicia, se crearon los juzgados de orden público, para conocer de las conductas punibles previstas en el Código Penal, cuando su acción aparezca encaminada a perseguir o intimidar a cualquier habitante del territorio nacional por sus creencias u opiniones políticas, partidistas o no;

Que hechos de reciente ocurrencia en diferentes partes del territorio nacional han evidenciado la necesidad de adoptar medidas conducentes a proteger la vida, la integridad personal y el ejercicio de las libertades constitucionales y de los derechos políticos;

Que corresponde al presidente de la República velar porque en todo el territorio nacional se administre pronta y cumplida justicia,

DECRETA:

\* Mediante decisión de abril 28 de 1988, con ponencia del magistrado Dr. Jairo Duque Pérez, la H. Corte Suprema de Justicia declaró constitucional el decreto 474 de 1988. Hemos insertado en el texto del decreto 181 de 1988 los apartes pertinentes para una mejor consulta.

Art. 2º.—...

Art. 3º.—...

Art. 4º.—Para ser magistrado o fiscal del Tribunal Superior de Orden Público se requieren las mismas condiciones que para ser magistrado de tribunal superior de distrito judicial. Los jueces de orden público deberán reunir los mismos requisitos que se exigen para ser juez especializado y tendrán su misma categoría y remuneración.

Art. 5º.—...

Art. 6º.—...

Art. 7º.—Las funciones del ministerio público ante los juzgados de orden público serán ejercidas por los fiscales de que trata el artículo 8º del decreto 1631 de 1987.

Art. 8º.—La asignación mensual de los magistrados y de los fiscales del Tribunal Superior de Orden Público, será equivalente a un ochenta por ciento (80%) de la devengada en todo tiempo por los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Art. 9º.—...

Art. 10.—...

Art. 11.—...

Art. 12.—El artículo 7º del decreto 1631 de 1987 quedará así: *Artículo 7.*—Los juzgados de orden público tendrán la siguiente planta de personal:

Número	Cargo	Grado
1	Juez de Orden Público	
1	Secretario	10
1	Escribiente	07
1	Citador	04

*Parágrafo.*—Los cargos administrativos previstos en este artículo, se proveerán conforme a los procedimientos y reglas aplicables a las demás corporaciones judiciales.

Art. 14.—La Dirección Nacional y las direcciones seccionales de instrucción criminal colaborarán con los jueces y magistrados de orden público para la realización de citaciones, notificaciones, requerimientos y demás diligencias análogas.

Art. 15.—Los funcionarios de la jurisdicción de orden público estarán sometidos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y disciplinario a que se refiere el decreto 0052 de 1987.

Art. 16.—Los conflictos de competencia que se suscitaren entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción de orden público serán dirimidos por la Sala Penal de

la Corte Suprema de Justicia de acuerdo con lo dispuesto por el Código de Procedimiento Penal.

Art. 17.—El artículo 80 del decreto 0052 de 1987 quedará así: *Artículo 80.*—La Corte Suprema de Justicia conoce de los procesos disciplinarios así:

*En única instancia*

De los adelantados contra sus propios empleados y contra los magistrados de los tribunales superiores de Distrito, superiores de Aduanas y Superior de Orden Público.

*En segunda instancia*

De los resueltos en primera por los tribunales superiores, de Aduanas y de Orden Público.

Art. 18.—El artículo 82 del decreto 0052 de 1987 quedará así: *Artículo 82.*—Los tribunales superiores de Distrito Judicial, de Aduanas y de Orden Público, conocen de los procesos disciplinarios así:

*En única instancia*

- a) De los procesos adelantados contra sus propios empleados cuando no procede la apelación.
- b) Contra los jueces cuyo nombramiento les corresponde.

*En primera instancia*

De los adelantados contra sus propios empleados cuando procede la apelación.

*En segunda instancia*

De los procesos adelantados, en primera contra los empleados de los juzgados.

Art. 19.—El juzgamiento de los empleados de los juzgados y fiscalías de orden público, corresponderá a los respectivos jueces y fiscales en concordancia con lo dispuesto por el artículo 84 del decreto 52 de 1987.

Art. 21.—Los jueces de orden público realizarán las diligencias de investigación y juzgamiento, previo reparto. El trámite de los procesos a que se refiere el artículo 2º del presente decreto se regirá por las normas de la ley 2ª de 1984 en todo aquello que no sea contrario a lo dispuesto en el decreto 180 de 1988.

Art. 22.—En lo no previsto por este decreto, en el decreto 180 de 1988 o en la ley 2ª de 1984 se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

Art. 23.—Mientras subsista turbado el orden público los jueces especializados conocerán en primera instancia de los siguientes delitos:

1) De los delitos establecidos en los artículos 32, 33, 34 y 35 de la ley 30 de 1986 y conexos.

2) De los delitos de secuestro a que se refieren los artículos 268 y 269 del Código Penal y el artículo 22 del decreto 180 de 1988, con excepción del secuestro consagrado en el artículo 1º del presente decreto.

3) De los delitos de extorsión (artículo 355 del Código Penal), con excepción del referido en el artículo 25 del decreto 180 de 1988.

Art. 24.—Los jueces especializados y magistrados de las salas penales continuarán tramitando hasta su culminación, aquellos asuntos respecto de los cuales hubiesen asumido el conocimiento con arreglo a las normas de la ley 2ª de 1984 y a los decretos anteriores al presente.

Art. 25.—Mientras se designan y asumen funciones los magistrados y jueces de orden público, continuarán conociendo de la investigación y fallo de los delitos a que se refiere al artículo 2º del presente decreto, los jueces y magistrados que hasta la fecha de su expedición tenían la respectiva competencia.

Art. 26.—Autorízase al gobierno para realizar todas las operaciones presupuestales necesarias para el debido cumplimiento de lo dispuesto en este decreto.

Art. 27.—Deróganse los artículos 10 y 13 del decreto 1631 de 1987 y los artículos 6º, 7º, 9º, 10 y 17 del decreto 181 de 1988.

Art. 28.—El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, se aplicará, mientras dure turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, a los delitos que se cometan a partir de su vigencia y suspende las disposiciones que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

## CONSIDERACIONES CRÍTICAS EN TORNO AL ESTATUTO PARA LA DEFENSA DE LA DEMOCRACIA \*

GRUPO DE ESTUDIOS DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD  
PONTIFICIA BOLIVARIANA (Dr. FERNANDO VELÁSQUEZ V. Redactor)

### 1. INTRODUCCIÓN

Mediante los decretos 180, 181 y 182 del 27 de enero del año en curso, el gobierno nacional invocando las facultades que le confiere el art. 121 de la Constitución Nacional y especialmente el decreto 1038 del 1º de mayo de 1984, por medio del cual se declara “turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República”, ha expedido el denominado “Estatuto Para la Defensa de la Democracia” (EPDD) o “Estatuto Antiterrorista”, según otros, amén de otras regulaciones.

Tales disposiciones, que la prensa y los diversos medios de comunicación han calificado como “severas medidas de orden público”<sup>1</sup>, no constituyen un estatuto verdaderamente coherente del cual se pueda predicar uniformidad; ni siquiera, y esto es lo más lamentable, puede afirmarse que se trata de una normatividad respetuosa de las pautas propias de la técnica legislativa. Si algo queda claro, después de un estudio detenido de dichas regulaciones, es que se ha legislado de manera desorganizada, incoherente, generando hondo caos en la administración de justicia y suspendiendo en buena parte la legislación penal vigente tanto en materia sustantiva como procesal.

Los aludidos decretos, que ya han sido objeto de sorpresivas modificaciones (cfr. decrs. 474 de marzo 16 y 478 de abril 28), amén de algunas declaratorias de inexecutable por parte de la Corte Suprema de Justicia, se suman a un amplio número de medidas tomadas durante los últimos cuatro años para conjurar las gravísimas perturbaciones del orden público y la tranquilidad ciudadana que se han venido presentando (terrorismo, tráfico ilegal de drogas, etc.) sin que, ni por

\* Este trabajo constituye el documento final correspondiente al Seminario que sobre el Estatuto para la Defensa de la Democracia, se celebró durante los meses de febrero-mayo en la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, bajo la coordinación de los Drs. CONSUELO DEVIS SAAVEDRA y FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ como redactor del documento; con la participación de los estudiantes CLAUDIA JIMÉNEZ JARAMILLO, LUIS DIEGO MONSALVÉ, JUAN CARLOS MEJÍA, SERGIO UPEGUI KAUSEL, JUAN GABRIEL RESTREPO, JORGE IGNACIO CALLE, CÉSAR BETANCUR y JUAN CARLOS PELÁEZ. Como es apenas obvio, no se puede predicar unanimidad en cuanto a los criterios aquí sostenidos, especialmente lo atinente al principio de determinación en relación con el EPDD, lo que fue objeto de múltiples discusiones, pero creemos que la publicación de estos materiales se justifica en cuanto se hace indispensable fomentar un sano debate sobre el asunto.

<sup>1</sup> Cfr. por ejemplo, el Diario “El Colombiano” de enero 28 de 1988, págs. 2A y 13A.

asomo, se observen unas directrices politicocriminales claras que nos permitan colegir que el tratamiento legal (uno de los mecanismos que, dentro de la amplia gama de recursos con que cuenta, puede utilizar el Estado) dado a tan preocupantes fenómenos apunta hacia vías de solución concretas, superadoras de tan agobiante realidad.

Lo anterior, justamente, es lo que nos ha motivado a estudiar con detenimiento la susodicha normatividad desde diversos ángulos, especialmente los aspectos constitucionales, penales sustantivos y procesales imperantes durante un largo período de tiempo, fruto de lo cual son las consideraciones que a manera de síntesis presentamos hoy a la opinión pública, profundamente esperanzados en que puedan contribuir en algo a orientar por cauces más racionales el actual desorden institucional, que afecta hasta en los cimientos más profundos la vida nacional. Es por ello por lo que, siguiendo el orden señalado, nos proponemos abordar a continuación cada uno de tales aspectos.

## 2. ASPECTOS CONSTITUCIONALES

Antes de adentrarnos en el estudio del EPDD, desde este ángulo, es pertinente formular algunas consideraciones generales en torno al mecanismo excepcional del estado de sitio.

A. *Razón de ser de la institución.* Uno de los cometidos de todo ente estatal es organizar y mantener la sociedad en relativa tranquilidad, propugnando un armónico desarrollo del orden público y la convivencia social. Por ello, en épocas de normalidad, el ente estatal cumple tales finalidades acudiendo a los recursos ordinarios propios de una sociedad regida por una separación funcional de las ramas del poder público (Const. Nal., art. 55).

Pero como el orden público (político, jurídico, social, económico y cultural) no permanece estático, invariable, pues es el fruto de las relaciones de contradicción que van presentándose entre los titulares del poder y los gobernados que se traducen en conflictos de diversa índole, los cuales alcanzan a configurar a veces situaciones de crisis y profunda perturbación, el Estado tiene que acudir a diversos mecanismos de excepción tendentes a prevenir, reprimir, y controlar los diversos atentados que amenazan desbordar los cauces institucionales normales.

Para el caso, el moderno derecho constitucional prevé tres tipos de mecanismos dirigidos a tales propósitos: la llamada "ley marcial", los poderes extraordinarios y el estado de sitio<sup>2</sup>.

Dentro de ellos sobresale este último, cuyo origen se remonta a la Roma republicana, aunque el vocablo como tal solo aparecerá con la Revolución Francesa de 1791, de donde fue tomado por la Constitución para el Estado de Cundinamarca

<sup>2</sup> LUIS CARLOS SÁCHICA, *Constitucionalismo colombiano*, 7ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1983, pág. 202. En Colombia, a efectos de prevenir y reprimir el desorden, se han previsto tres tipos de instituciones: la retención, el estado de sitio y la emergencia económica (arts. 28, 121 y 122 C. N.).

de 1811 (art. 53, título V) que lo regulaba de manera muy democrática, pues se necesitaba autorización previa del Senado y la suspensión de las normas constitucionales no podía sobrepasar los seis meses<sup>3</sup>.

No está de más agregar que la institución pasó a las demás constituciones provinciales, y luego a las de la República hasta llegar a la actualidad, habiendo sido sometida a diversas reformas, dependiendo, claro está, del accidentado período que hemos atravesado desde el primer grito de independencia.

B. *Concepto.* Este mecanismo excepcional, de origen castrense, es un recurso extraordinario de orden constitucional que pretende la tutela del orden jurídico vigente en tiempos de perturbación, con miras a restaurar y garantizar el orden público interno y la seguridad de la nación. O, como se ha dicho, "consiste en la posibilidad de suspender en caso de turbación del orden público material, declarada con las formalidades constitucionales, la vigencia de ciertos derechos y garantías individuales o colectivas, o de restringir su ejercicio. Compete al Ejecutivo esta suspensión y está obligado a explicar sus actuaciones ante el Congreso, para que se le deduzca la responsabilidad en que incurra por extralimitación de poderes"<sup>4</sup>.

El sistema colombiano en esta materia es mixto pues, como se deduce del art. 121 de la Carta Fundamental, pareciera combinar la fórmula del estado de sitio con la de los poderes extraordinarios cuando no solo se inviste al ejecutivo (en cabeza del presidente de la República según el art. 120-7 de la Constitución) de las "facultades legales" y de las que "la Constitución autoriza" para tiempos de guerra o perturbación del orden público, sino también de las que, conforme al "derecho de gentes, rigen para la guerra entre naciones" (Const. Nal., art. 121).

En desarrollo de las potestades que la Constitución confiere al presidente, este puede expedir decretos legislativos de carácter obligatorio (siempre que lleven la firma de todos los ministros, lo cual constituye una especie de control) con el fin de conjurar hechos de extrema gravedad que perturben la paz social y conducir el país hacia el orden institucional. Aunque por medio de dichas normas no se pueden derogar las leyes, en principio, las que les sean incompatibles quedan suspendidas hasta tanto se presente el restablecimiento de la normalidad.

La evolución histórica del estado de sitio muestra, sin embargo, que entre nosotros su carácter excepcional y temporal no pasa de ser una mera aspiración, pues, si algo queda claro, es que en contra del mismo texto constitucional desde que nos constituimos en República Unitaria, se ha acudido de manera reiterada a tal herramienta como forma normal de gobernar; de ser una excepción, el ES se ha convertido en la regla general<sup>5</sup>.

C. *Facultades.* De lo hasta aquí dicho se infiere que del art. 121 de la Carta, se desprenden tres tipos de facultades de las cuales está investido el presidente, aunque la imprecisión del texto constitucional deja mucho que desear.

<sup>3</sup> MANUEL ANTONIO POMBO y JOSÉ JOAQUÍN GUERRA, *Constituciones de Colombia*, t. I, Bogotá, Edición del Banco Popular, 1986, pág. 333.

<sup>4</sup> SÁCHICA, ob. cit., pág. 202.

<sup>5</sup> ÁLVARO MAZO BEDOYA: "Criminalización para la represión. Estatuto de Seguridad" en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 4, Cali, Ed. Feriva, 1981, pág. 75.

1) *Legales*. Son las constituidas por las potestades ordinarias de policía que tiene el gobierno en épocas de paz.

2) *Constitucionales*. Expresamente autorizadas por la Carta Magna para tiempos de guerra o de perturbación del orden público como son, por ejemplo, las consagradas en los arts. 33, 38, 42, 43, 206, 61, 120 ords. 5 y 9 y 121-3.

3) *Aceptadas por el derecho de gentes que rigen para la guerra entre las naciones*. Han sido objeto de muchas polémicas, empezando por lo atinente a si deben aplicarse solo en caso de guerra exterior o si también en eventos de conmoción interior, aunque la generalidad de las opiniones pareciera inclinarse por la doble utilización, siempre y cuando las reglas superestatales que las consagran hayan sido suscritas por el Estado colombiano<sup>6</sup>.

Lo que sí aparece claro, como que así lo ha sostenido jurisprudencia reiterada de la Corte, es que las garantías individuales y sociales no pueden ser rebasadas ni aun en épocas de estado de sitio, tales como las que se desprenden de los arts. 22, 23, 25, 26, 29, 30, 31, 34, 36, 37, 39, 41, 44, 49 y 53 de la Carta<sup>7</sup>.

D. *Controles*. El carácter limitado de las facultades presidenciales en uso del ES, impone dos tipos de controles: uno *a priori* y otro *a posteriori*.

El primero está constituido por la consulta previa, no vinculante para el gobierno, al Consejo de Estado (Const. Nal., art. 141) que en realidad es un control político.

El segundo es doble: político y jurisdiccional. El político lo ejerce el Congreso, y persigue determinar las posibles responsabilidades que le quepan al ejecutivo por las motivaciones aducidas al decretar el estado de excepción, así como los abusos que se pudieren cometer.

A su turno, el jurisdiccional corresponde a la Corte Suprema de Justicia, encargada de velar por el adecuado ejercicio de las facultades conferidas al gobierno, con miras a que se respete la Carta y exista una real conexidad entre las medidas adoptadas y las causas inspiradoras de la declaratoria del estado de sitio.

E. *El control de constitucionalidad del EPDD y demás normatividades*. Los decretos aludidos fueron objeto de control automático por la Corte, la cual los ha encontrado ajustados a la Constitución no solo desde el punto de vista formal, sino asimismo por considerar que existe la debida conexidad entre los motivos que originaron la declaratoria de turbación del orden público y los considerandos esgrimidos, como que se da entre ellos una relación de medio a fin, salvo algunas inconstitucionalidades parciales de relativa trascendencia<sup>8</sup>. Incluso, la alta corporación ha legitimado la teoría de las "circunstancias o motivos sobrevinientes" aceptada en otras oportunidades sin que fuera preciso expedir un nuevo decreto que las

<sup>6</sup> SÁCHICA, ob. cit., pág. 207. También pueden consultarse las decisiones de la Corte de marzo 5 y 12 de 1987, publicadas en *Nuevo Foro Penal*, núm. 37, Bogotá, Edit. Temis, 1987, págs. 241 y ss. También MAZO BEDOYA, idem, págs. 85 y ss.

<sup>7</sup> Así, por ejemplo, el trascendental fallo de abril 19 de 1955. Cfr. JAIME BETANCUR CUARTAS, *Derecho constitucional colombiano*, Medellín, Edit. Bedout, 1979, pág. 357.

<sup>8</sup> Así se desprende de las sentencias núms. 21, 22 y 23 del 3 de marzo de 1988. También el decreto 474/88 fue declarado exequible en su totalidad, mediante sentencia de abril 28.

fundamentara<sup>9</sup> y que, para el caso, no habría sido necesario dada la generalidad de las motivaciones.

Solo encontró dicho organismo como violatorios de la Carta Fundamental los literales a) y b) del decreto 180 de 1988 y un aparte del art. 12 del 181 del mismo año (ya derogado), en cuanto establecía que el agente del ministerio público era "nombrado por el procurador general de la Nación", con lo cual desconoció el alcance constitucional de principios como los de legalidad, de determinación, de acto, de culpabilidad y de igualdad ante la ley, entre otros, tal como será objeto de análisis en seguida.

A pesar de que tales fallos tienen efectos *erga omnes*, ello no significa que las disposiciones contenidas en dichos decretos no puedan ser objeto de crítica y de controversia, máxime cuando tan alta corporación pareciera no haber tenido en cuenta importantes precedentes sobre la materia, que bien han debido extender a otras consagraciones la declaratoria de inexequibilidad, como sucede en tratándose del principio de determinación con respecto al decreto 180, y del debido proceso en cuanto al 182 en materia del *habeas corpus*, como muy claro lo consignó un salvamento de voto en este último caso<sup>10</sup>.

### 3. ASPECTOS SUSTANTIVOS

El decreto 180, contentivo de la regulación material del "Estatuto Antiterrorista", ofrece diversos aspectos de interés que es menester destacar.

a) *Estructura del EPDD*. Desde el ángulo objeto de análisis el Estatuto, un verdadero Código Penal de emergencia que suspende la legislación ordinaria en buena medida, incluye en su título I, "De los delitos y las penas", varios capítulos: el primero, que tutela como bienes jurídicos dignos de especial protección "la seguridad y la tranquilidad públicas", en el que se describen diversos comportamientos vinculados con el delito de terrorismo, con un total de veintiún artículos contentivos de un elevado número de normas penales.

El capítulo segundo, dedicado a los delitos que "atentan contra la libertad individual y el patrimonio económico", que son los bienes jurídicos objeto de tutela, donde en siete artículos se describen comportamientos como el secuestro, la extorsión y la tortura vinculados con la figura del terrorismo, y sus respectivas sanciones.

La investidura del funcionario público, a su turno, es el bien jurídico que se protege en el capítulo tercero, el cual, en siete artículos, regula el homicidio y las lesiones con fines terroristas, tal como se desprende de la incorrecta intitulación dada al mismo: "Delitos que atentan contra los funcionarios públicos", cuando debió hablarse de la vida y la integridad personal de los funcionarios públicos como bienes objeto de tutela. Esta regulación supone la suspensión transitoria,

<sup>9</sup> Así, concretamente, en la sentencia núm. 21.

<sup>10</sup> En este sentido se pronunciaron los magistrados MANTILLA JÁCOME, SAAVEDRA ROJAS y MARTÍNEZ ZÚÑIGA.

de carácter parcial, de los títulos V, X, XIII y XIV del Código Penal, así como la creación de nuevas figuras delictivas y de sanciones no previstas con antelación, destacándose como nuevo bien jurídico objeto de tutela "la tranquilidad pública".

b) *Los tipos penales del EPDD y las normas rectoras de la ley penal colombiana.* Tal como ya se señaló, la Corte declaró constitucional el decreto 180, con excepción de los literales a) y b) del art. 40, aduciendo, en respuesta a las tesis esgrimidas por quienes afirmaban la inconstitucionalidad del EPDD, que "no considera la Corte, como lo afirma alguno de los impugnantes, que en la tipificación de las nuevas formas delictivas a las que hace referencia el capítulo 1º se haya desconocido el principio de determinación y tipicidad que emerge de los artículos 23, 26 y 28 de la Carta ... no obstante pueden señalarse algunos errores de técnica legislativa, que no alcanzan a constituirse en vicios de inconstitucionalidad ...". Consideración que también reiteró en relación con el título III: "No advierte la Corte violación de la norma superior en estas disposiciones".

No obstante ello, creemos que el EPDD da lugar a serios reparos de constitucionalidad, los cuales, de la manera más respetuosa queremos dejar aquí consignados, pues no se trata de meros "errores de técnica legislativa" ni de que el legislador haya acudido a "normas en blanco" (concepto utilizado con evidente impropiedad), como ha dicho tal organismo.

1. *El principio de determinación.* Una de las prohibiciones que emanan del postulado de legalidad es la de indeterminación de los supuestos de hecho consignados en la norma penal [*nullum crimen sine lege certa*], de donde la doctrina y la jurisprudencia tanto nacionales como extranjeras han desprendido el principio de determinación, de taxatividad, de certeza, o de tipicidad inequívoca, como también se lo suele denominar<sup>11</sup>. De conformidad con este principio, que es norma rectora de la ley penal colombiana (cfr. arts. 26 y 28 de la C. N., 1º y 3º del C. P., 9º de la ley 16/72 y 15 de la ley 74/68), "la ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca", lo cual significa que el tipo penal tiene que determinar claramente el mandato o la prohibición excluyendo los tipos penales abiertos, las cláusulas generales que impiden concretar cuál es la conducta tipificada, y desechar el empleo excesivo de los llamados "elementos normativos".

Por ello, la esencia del principio es que este no se limita a que una ley diga de cualquier manera que se impondrán determinadas penas para quienes realicen ciertos comportamientos, sino que la descripción que el legislador ordinario o extraordinario haga de un tipo penal debe ser de tal naturaleza que en ella aparezca con suficiente claridad la clase de comportamientos, esto es, la acción u omisión que ha de realizar la persona, no siendo de recibo la inclusión de expresiones vagas, oscuras o ambiguas, que impidan a su destinatario el conocimiento previo de la naturaleza de su comportamiento que podría generar una respuesta punitiva del Estado.

<sup>11</sup> FERNANDO VELÁSQUEZ V., "El principio de determinación del hecho punible", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núms. 27 y 28, Bogotá, Librería del Profesional, 1985-86, pág. 136. También JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 352 y ss. En la doctrina italiana véase a FRANCESCO PALAZZO, *Il Principio di Determinatezza nel Diritto Penale*, Padova, Cedam, 1979, págs. 3 y ss.

Por tanto, si en la descripción de un tipo penal se incurre en tales vaguedades, imprecisiones, ambigüedades u oscuridades, se estará lesionando con ello gravemente el principio en examen y, con él, la garantía de orden constitucional.

Al respecto es bueno recordar que existen diversos precedentes jurisprudenciales. En efecto, en tal sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de octubre de 1978, que decidió sobre la constitucionalidad del decreto 1923 de 1978, llamado "Estatuto de Seguridad", verdadero antecesor del actual EPDD<sup>12</sup>. La corporación, entonces, decidió que expresiones como "propaganda subversiva", "escritos ultrajantes o subversivos" eran notoriamente vagas y ambiguas, al punto tal que le entregaban al juez la posibilidad de decidir a su arbitrio cuándo una determinada propaganda o leyenda podía ser considerada como "subversiva" o cuándo un escrito tenía carácter de "ultraje". Tal tesis llevó a la Corte a declarar inexecutable dichas consagraciones porque violaban el principio de tipicidad cuya fuente natural y directa es la Constitución Nacional, en sus disposiciones citadas.

Por lo demás, el planteo se había venido reiterando en aplicación de dicho postulado fundamental, como en efecto se pronunció la misma corporación el 31 de marzo de 1982 en relación con el art. 83 de la ley 23 de 1981 o Estatuto de Ética Médica, el cual establecía la aplicación de diferentes sanciones sin clara referencia a la descripción de conductas. Del mismo modo, en junio 1º de 1982, al ocuparse de la demanda entablada contra el decreto 960 de 1970 o Estatuto de Notariado y Registro, la Corte declaró la inexecutable de disposiciones que sancionaban a empleados del notariado que realizaran conductas tales como la concurrencia a lugares indecorosos, o el tener un mal comportamiento social, decisión de suma trascendencia, pues en virtud de ella se extendió el principio en estudio no solo a las contravenciones penales sino también a las faltas administrativas<sup>13</sup>.

Sin embargo, pese a las elaboraciones doctrinarias y a los susodichos precedentes jurisprudenciales, la Corte, cambiando en nuestra opinión de orientación, ha decidido declarar la executable de disposiciones abiertamente violatorias del postulado, como veremos en seguida.

Prueba de lo anterior son las consideraciones que el presidente de la República comunicó a la Nación entera en alocución televisiva, y que tienen valor de preceden-

<sup>12</sup> Para un estudio del Estatuto de Seguridad véase a MAZO BEDOYA, ob. cit., págs. 73 y ss. También a RICARDO IGNACIO HOYOS DUQUE, "Los delitos políticos frente al Estatuto de Seguridad" en *Nuevo Foro Penal*, núm. 2, Medellín, Edit. Acosta, 1979, págs. 72 y ss.

<sup>13</sup> Un precedente que debe tenerse en cuenta es la decisión de marzo 12 de 1987, en la cual se declaró executable el art. 247 C. P., demandado por violentar el postulado de determinación, al considerar el alto tribunal de justicia que dicha disposición contenía una *norma en blanco*, cuyo supuesto de hecho se hallaba claramente consignado en el art. 8º del decreto 2811/74. Al respecto dijo:

"El mandato constitucional también cobija al propio legislador, en cuanto que para erigir un delito en conducta, está obligado a definir, a precisar sus contornos, o, como dice el precepto constitucional citado, a *determinar el hecho* (se refiere al art. 28 C. N.) en forma que no deje lugar a dudas sobre cuándo se delinque y cuándo no, y la consecuencia punitiva correspondiente. En esto consiste el principio de legalidad, básica garantía constitucional que sustenta los principios y normas del Código Penal". (Cfr. revista *Jurisprudencia y Doctrina*, t. XVI, núm. 186, junio de 1987, págs. 538 y ss.).

tes históricos reveladores de la voluntad del codificador extraordinario al expedir la normatividad.

Que se pretendía consagrar tipos penales indeterminados, se infiere de la afirmación del primer mandatario en el sentido de que "... en este estatuto se define y castiga severamente el delito de terrorismo. *Su definición es más amplia que la del Código Penal para cobijar de esta manera al mayor número posible de organizaciones y actividades terroristas. Además, se ha suprimido de la definición de terrorismo todo aquello que hacía difícil probar que alguien era un terrorista...*". Amén de que se considera como "*otra de las innovaciones de la técnica jurídica (?)*, describir un delito de tal forma que sea más sencillo demostrar que se ha cometido"<sup>14</sup>.

Con lo cual queda claro que el ejecutivo tenía pleno conocimiento de la transgresión del postulado de la taxatividad, transgresión que, acudiendo a argumentos propios de un derecho penal autoritario, se considera como una gran "innovación". ¡Como si el desconocimiento de los postulados liberales, de la noche a la mañana, hubiera alcanzado el grado de moderna conquista y de avanzada en el campo de la técnica!

Esas transgresiones comienzan con la tipificación que a la figura de terrorismo se ha dado en el art. 1º, piedra angular de todo el Estatuto, cuando se incluyen expresiones tan vagas y gaseosas como "estado de zozobra", "estado de terror", "medios capaces de causar estragos", "mediante actos que pongan en peligro", etc., los cuales hacen casi de imposible precisión las conductas que se quieren reprimir en los dos tipos penales que contiene dicha disposición, y que como es lógico se refleja a lo largo del EPDD en virtud de que todas las demás consagraciones giran en torno a esta.

Por ello, si no se precisó qué debía entenderse por "terrorismo" o, mejor, si no describió la conducta de manera inequívoca como lo ordena la norma rectora, no es de extrañar que a la hora de precisar lo que constituye "auxilio o actividades terroristas" (acorde con las previsiones del art. 3º al parecer también consagradas en el art. 11 EPDD), el juez se encuentre ante una cláusula abierta, en la cual puede ubicarse hasta el más desprevenido comportamiento.

Y, siguiendo con el desconocimiento de la "norma rectora" encontramos el art. 4º que contempla la "omisión de informes sobre actividades terroristas" en el cual, acudiendo a cláusulas generales se comprueba que es verdad, como lo dijera el presidente, que "*ha llegado la hora de castigar la falta de solidaridad ... el que no colabore será sancionado*", pues está "*... traicionando la sociedad ...*"<sup>15</sup>. Que sepamos, es la primera vez que un derecho penal pretendidamente liberal como el colombiano, castiga a los hombres por "traicionar a la sociedad" colocando el desvalor de acción por encima del desvalor de resultado (el bien jurídico).

Lo mismo sucede con los tipos vertidos en los arts. 5º a 21, cuando se trate de determinar qué debe entenderse por "cuotas para terrorismo", "grupos terroris-

tas", "organización terrorista", "actos terroristas", "actos de terrorismo", "fines terroristas", "propósitos terroristas", "en beneficio de actividades terroristas", etc., que nos sitúan, volvemos a insistir, ante consagraciones que desconocen el postulado de tipicidad, similares a las que encontramos en los arts. 22 y ss., 29 y ss., destacando tipos tan abiertos como aquel que castiga al que "*en cumplimiento de actividades terroristas, someta a otra persona a tortura física o síquica*" (art. 24); o al que "*con el propósito de facilitar actos terroristas, obligue a otro a hacer, suministrar, tolerar u omitir alguna cosa mediante amenazas*" (art. 25), o el que "*por cualquier medio apto para difundir el pensamiento atemorice, amenace o cause alarma, zozobra o terror en una persona o familia*" (art. 26). Esto para no mencionar el tipo del art. 27, mal ubicado, como quiera que su lugar ha debido ser el cap. I y no el III.

Son tales los yerros de técnica legislativa, la vaguedad con la cual se han redactado los diversos tipos penales, que no sería osado afirmar que de una u otra manera, todos encajan en el art. 1º. Por ello concluimos que existían, y siguen existiendo, argumentos de mucho peso para que la Corte hubiese declarado la inexecutable de las disposiciones del EPDD que se llevan de calle el mandato constitucional, lo cual habría obligado al ejecutivo a legislar con el necesario respeto de la técnica legislativa y de los postulados basilares de nuestro derecho penal, con lo que se hubiera logrado tal vez un estatuto encaminado a controlar, por lo menos en el plano legal, los brotes de brutalidad, barbarie y delincuencia desenfrenada que vienen azotando nuestra Nación.

2. *El principio del acto.* También el EPDD, en contrariedad con un postulado como el del acto, pareciera dar más importancia al autor que al hecho mismo cometido. Se habla de un derecho penal de acto "cuando las normas punitivas se dirigen a lo que el hombre hace y no a lo que es, vale decir, a su conducta social y no a su modo de ser, su carácter, su temperamento, su personalidad, su pensamiento, afectividad o sus hábitos de vida"<sup>16</sup>.

Pues bien, que el EPDD se muestra más interesado en dar cabida al derecho de autor, se desprende de la alocución presidencial referente a la exposición de motivos del mismo: "*ya no se castiga el acto sino la situación de la persona. Al sicario se le sancionará por ser sicario, así mate o no mate, secuestre o no secuestre. Claro está que si mata o secuestra la pena será mucho más grande. Lo mismo sucederá con los miembros de organizaciones dedicadas al terrorismo. Por el solo hecho de ser integrante de una de estas organizaciones habrá una sanción. De esta manera, se ha introducido en Colombia uno de los avances (?) más eficaces del derecho penal moderno*"<sup>17</sup>. Igual cosa sucede, como ya dijimos, cuando se dice que "*ha llegado la hora de castigar la falta de solidaridad*".

Así las cosas, ya no se requiere, para castigar a un hombre, que este realice una conducta típica, antijurídica y culpable (arts. 2º y 19 del C. P.), una conducta que se traduzca en una acción u omisión humanas (arts. 26 y 28 C. N., 9º ley

<sup>14</sup> Véase *El Colombiano*, cit. nota 1, pág. 13A. Con razón PALAZZO (*II Principio*, cit.) señala que la indeterminación es una característica del Estado totalitario (págs. 109 y ss.).

<sup>15</sup> Ídem.

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, ob. cit., pág. 346.

<sup>17</sup> Ob. cit., nota 14, pág. 13A.

16/72, 15 ley 74/68). Ahora se castiga al autor no por el acto realizado como se desprende del tipo de "concierto para delinquir" (art. 7º), o del de "omisión de informes sobre actividades terroristas" (art. 4º). Lo mismo sucede con diversos eventos en los cuales se reprimen meros actos preparatorios, o resoluciones manifestadas (arts. 3º, 5º, 6º, 8º, 11 y 15).

3. *El principio de culpabilidad.* Acorde con este postulado, que también es norma rectora de nuestro derecho penal (arts. 5º, 35, 61-1 C. P., y 20 C. N., 5º y 9º ley 16/72, 15 ley 74/68), no hay pena sin culpabilidad [*nulla poena sine culpa*], pues la pena criminal solo debe fundarse en la seguridad de que el hecho puede serle reprochado al autor. De aquí se infieren dos consecuencias diferentes: no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad, toda pena supone culpabilidad, con lo cual se excluye la responsabilidad objetiva o por el mero resultado; esto de un lado, del otro, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, debe medirse atendiendo al grado de culpabilidad.

Ahora bien, podría caerse en formas de responsabilidad objetiva si se olvida que las diversas circunstancias de agravación solo pueden deducirse cuando el agente haya actuado con dolo respecto de ellas, pues no se ha previsto la imputación a título distinto (art. 39 del C. P.), como sucede con los casos de los arts. 2º, 23, 30, o cuando en el párrafo del art. 3º, literal b), se entiende como auxilio a actividades terroristas "la construcción, cesión, utilización o arrendamiento de cualquier tipo de alojamiento, inmueble o elemento susceptible de ser destinado a ocultar personas, depósito de armas o explosivos, dinero de los grupos terroristas", independientemente del actuar doloso del agente.

Observación igual cabe cuando se regulan aparentes delitos cualificados por el resultado más grave, como sucede en los arts. 10-2 y 28 2 y 3, o cuando se está frente a consagraciones tan incomprensibles como la del art. 17, o las del 19.

c) *Otros aspectos.* Para entender mejor el EPDD, es bueno concretar otras facetas desde el punto de vista que venimos examinando.

1. *Algunas dificultades en materia de participación criminal.* Al examinar atentamente los arts. 1º, 2º y 11, se encuentra una reiteración de regulaciones, si se tiene en cuenta que acudiendo a los dispositivos amplificadores del tipo, los comportamientos de favorecimiento del art. 11 (y no de tenencia, fabricación y tráfico de armas o sustancias tóxicas, como impropiamente lo ha titulado el legislador) caben en los arts. 1º y 2º en gran parte, generando no pocas dificultades en materia de autoría y participación, las cuales encontramos también en el art. 3º, que no permiten deslindar el favorecimiento (C. P., art. 176) de la participación en sentido estricto (art. 24 del C. P.). Genera también dificultades la figura de la "interpuesta persona" a que alude el art. 5º EPDD, pues esta podría ser un mero instrumento, con lo cual se presentaría una hipótesis de autoría mediata o un evento de instigación; o, sencillamente, un caso de coautoría o de complicidad.

Pero, a no dudar, la figura típica que más perplejidades suscita es la del art. 17 que, en nuestro sentir, es completamente inaplicable dada su confusa redacción. En efecto, se regula allí la administración de bienes o dinero para efectos terroristas, *por fuera de los casos de complicidad*, con lo cual el autor del hecho

no puede ser cómplice del autor de la conducta de terrorismo; no se trata de eventos de coautoría, pues el coautor realiza la conducta del art. 1º; no se trata de "concierto para delinquir" (art. 7º EPDD), pues tal figura supone "formar parte"; no se trata de casos de receptación o encubrimiento (arts. 176 y 177 del C. P.), pues no se dan los supuestos típicos de tales figuras, máxime que ellas suponen un "sin concierto previo"; tampoco se consagra un "auxilio a actividades terroristas" (art. 3º), con lo cual debe concluirse que lo reprimido es la administración de tales bienes sin mediar dolo por parte del agente, con lo que se incurre en formas de responsabilidad objetiva, como se dijo.

Que el legislador desconoció la teoría de la participación criminal, lo demuestra el antitécnico uso que de la misma hace en el art. 2º cuando agrava el terrorismo si "se *hiciera partícipes* en la comisión del delito a menores de 16 años", y que también se percibe en el art. 37.

2. *Un régimen sancionatorio draconiano.* La nota predominante del EPDD es el severo aumento de las penas, con lo cual, según el presidente, se persigue "disuadir a los delincuentes"<sup>18</sup>, haciendo notable énfasis en la función de prevención general para que, por el temor de la pena amenazada, los potenciales infractores de la ley se abstengan de delinquir. Por ello se han consignado penas de hasta treinta años de prisión en la mayoría de los casos, con unos marcos punitivos demasiado amplios, y se ha acudido a elevadas sanciones de multa como penas de carácter principal, las cuales se tasan en salarios mínimos.

Como es obvio, para la imposición de estas sanciones se deben tener en cuenta los criterios señalados en el Código Penal (arts. 46 y ss., 61), amén del régimen en materia de penas accesorias (arts. 42 y 52).

3. *Tratamiento punitivo preferente para delatores.* Como un mecanismo de excepción enderezado a controlar la impunidad, el EPDD ha dado un trato preferente a los delatores atenuando la punibilidad, extinguiendo la acción penal, o concediendo el perdón judicial (art. 37). Estas instituciones, sin embargo, tienen algunos precedentes entre nosotros si se tiene en cuenta que el perdón judicial aparecía en el C. P. de 1936, y las atenuantes punitivas entraron en escena con la ley 2ª de 1984, los decretos 1631 (art. 12) y 1198 de 1987 (art. 8º), e incluso con la ley 30 de 1986 (art. 45).

Ocupémonos brevemente de cada una de ellas:

En primer lugar, la atenuante de punibilidad hasta de las dos terceras partes beneficia al autor, cómplice o auxiliador que, habiendo participado en la comisión de los delitos sancionados en el EPDD, "colabore eficazmente con las autoridades al esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad" de los demás intervinientes.

En segundo lugar, aparece la extinción de la acción penal cuando la colaboración fuere "totalmente eficaz", con lo cual se introduce una nueva causal de extinción de la acción penal que se suma a las del art. 76 y ss. del C. P., que debe entenderse parcialmente adicionado en este punto.

<sup>18</sup> Ídem.

Finalmente se consagra el perdón judicial, de conformidad con el cual se olvida por parte del Estado el delito cometido, siempre y cuando la colaboración "fuere totalmente eficaz".

Como se ve, la efectividad de una u otra institución depende de un criterio tan etéreo como la "eficacia" de la colaboración que debe ser determinado por el juez en cada caso concreto, con las arbitrariedades y abusos que ello implica.

4. *Gratificación por información eficaz.* Según el art. 38 se puede conceder una retribución en dinero, que alcanza hasta el monto de 500 salarios mínimos mensuales (cerca de 15 millones de pesos), a la persona que "suministre oportuna y eficaz información" que permita la captura de los infractores del Estatuto, procediendo acorde con el art. 7° del decreto 1199 de 1987. Como es apenas obvio, la oportunidad y la eficacia de la información debe ser valorada por el juez en cada caso concreto, lo cual, al igual que en el evento anterior, abre campo a la comisión de injusticias.

#### 4. ASPECTOS PROCESALES

En lo que hace a los aspectos adjetivos del EPDD, creemos pertinente abordar por separado dos problemáticas diferentes que aparecen reguladas en el título II del Estatuto, así:

a) *La Policía Judicial.* Pese a que a estas alturas no ha entrado a funcionar el Cuerpo Técnico de Policía Judicial que creaba el Código Procesal Penal de 1987 (arts. 326 y ss.) y tal tarea la cumplen la Policía Nacional (PN) y el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), lo cual constituye de por sí una burla a los postulados inspiradores de dicha reforma, el EPDD anuncia la creación de un "Cuerpo Técnico de Policía Judicial para Orden Público" (CTPJOP). Como es apenas obvio, semejante cometido se queda en mera teoría, pues la persecución penal se ha entregado a las fuerzas militares y a los organismos que la venían ejerciendo (DAS y PN), con el comodín de que ello procede "en caso de urgencia y cuando las necesidades así lo exijan", o por "fuerza mayor" (arts. 39 y 40).

Lo anterior equivale, ni más ni menos, a la militarización del proceso penal en este campo específico de la jurisdicción de orden público, otra de las innovaciones del Estatuto (decr. 181/88, modificado y derogado en gran parte por el 474/88), si se tiene en cuenta la amplia injerencia que se le otorga al estamento militar. Ello solo genera notables tropiezos a la marcha de las investigaciones por caminos acertados, pues los organismos militares no disponen de los recursos técnicos adecuados ni de la debida preparación para adelantar la persecución de tan complejos fenómenos delictivos; de esta suerte, los jueces ordinarios se ven maniatados porque penden de la actividad de aquellos.

Se llega así a una extraña simbiosis que termina en una especie de jurisdicción castrense-ordinaria, que busca respetar la jurisprudencia de la Corte en estas materias, como ya precisó el primer mandatario en su alocución televisiva<sup>19</sup>, pero que de todas maneras la desconoce.

<sup>19</sup> Aludimos a las sentencias citadas en nota 6.

Pero lo más cuestionable son las atribuciones, a más de las del art. 334 del C. de P. P., que se otorgan a tal organismo, algunas de las cuales, por ser abiertamente inconstitucionales, fueron declaradas inexecutable. La que más llama la atención es la del literal a) del art. 40, que permitía la aprehensión "sin orden judicial" de personas "indiciadas de participar en actividades terroristas", que desconocía de plano garantías constitucionales (Const. Nal., art. 23-1) y supraconstitucionales, pues también burlaba el art. 9.1 de la ley 74 de 1968 (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos): "Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta".

No sobra afirmar que de la misma forma se transgredía el art. 7.1, 2 y 3 de la ley 16 de 1972, o Pacto Americano de Derechos Humanos: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario".

También, en el literal b), se otorgaba facultad a la policía judicial para "practicar registros" en sitios donde "se presume" la presencia de terroristas o donde se hayan cometido actos encaminados a cometer un delito que implicara uso o posesión de explosivos, armas de fuego o "elemento similar".

Si se repara en las consideraciones de la Corte para declarar la inexecutable, tanto de este literal como del anterior, se verifica que aquellas se apoyan en el principio del juez natural, y más concretamente en su manifestación de la competencia del juez: "En estos eventos, el mandamiento escrito de autoridad competente, a la luz de la jurisprudencia de la Corte, presupone la presencia del juez con sus competencias jurisdiccionales, previamente definidas en la ley e indica que se ha iniciado un proceso, o cuando menos sus etapas preliminares... Entonces, conforme a la Constitución, no se puede prescindir de la orden judicial, como aparece en los literales a) y b) del artículo 40"<sup>20</sup>.

Y agrega la corporación: "tales disposiciones desconocen el derecho a la libertad e intimidad de las personas, y de la inviolabilidad del domicilio, principios que son esenciales dentro del Estado de Derecho".

A las anteriores facultades se suma la muy discutible del literal c), que autoriza "penetrar a residencias" a petición de algún morador, siempre que se tenga indicios de que se guardan armas, explosivos o municiones, también sin orden judicial, que fue declarada executable, y la muy procedente del literal d) de someter a requisas a los ciudadanos.

Finalmente, debemos aludir a la atribución que el art. 47 del EPDD otorga al jefe del CTPJOP para la interceptación de las comunicaciones que, a nuestro modo de ver, vulnera no solo el art. 375 del C. de P. P. que asigna tal función a los jueces de instrucción (principio de judicialidad), sino también el art. 38 de la Constitución, amén del art. 17 del pacto contenido en la ley 74 de 1968 y el art. 13 de la ley 16 de 1972.

<sup>20</sup> Sentencia núm. 21, ob. cit.

Para terminar lo atinente a la Policía Judicial, debe señalarse cómo, contrariando la sana filosofía del art. 355 del C. de P. P., según la cual el Cuerpo Técnico debe avisar *inmediatamente* al juez sobre el inicio de la investigación, el EPDD establece que el aviso debe darse *24 horas después de la captura*, con lo cual el retenido puede permanecer hasta *por cinco días* en manos del funcionario de dicho Cuerpo, esto es, de las Fuerzas Militares, la PN o el DAS, quienes vienen ejerciendo tales tareas en la práctica (cfr. art. 41 EPDD), como un síntoma más de lo que podemos denominar como la "militarización del proceso en materia de la jurisdicción de orden público", con el consecuente desplazamiento del juez natural.

b) *El nuevo procedimiento abreviado y el debido proceso.* Pese a que el principio rector del proceso penal colombiano es el debido proceso, según el cual la ley penal solo puede aplicarse por órganos y jueces instituidos legalmente para esta función, y nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio legal [*nemo iudex sine lege, nemo damnetur nisi per legale iudicium*], postulado ampliamente consignado en nuestra legislación (arts. 26 y 28 C. N.; 8.1 ley 16/72, 14.1 ley 74/68, 11 C. P., 1° C. de P. P., 297 C. P. Militar), el EPDD sigue la tendencia generalizada en los últimos años de introducir procedimientos abreviados o breves y sumarios para juzgar hechos punibles<sup>21</sup>.

La competencia para rituar este procedimiento se ha otorgado a los jueces de orden público en primera instancia y al Tribunal Superior de Orden Público, en segunda (cfr. decr. 474/88, art. 2°), este último con jurisdicción en todo el territorio nacional (idem, art. 1°), mientras que los primeros solo tienen competencia para investigar y fallar las conductas punibles cuyo conocimiento se les ha asignado, "en el territorio de su respectivo distrito", sin perjuicio de que sean comisionados por el director nacional de instrucción criminal para instruir procesos fuera de su sede (decr. 181/88, art. 8°)<sup>22</sup>.

Ahora bien, la competencia por razón de la materia está circunscrita a los delitos de constreñimiento ilegal, tortura, homicidio, lesiones personales y secuestro extorsivo cometidos en la persona de ciertos sujetos calificados (funcionarios públicos, candidatos, dirigentes políticos, etc.) por sus creencias u opiniones políticas, los cuales se tramitan por el procedimiento de la ley 2ª de 1984 (decr. 474/88, arts.

<sup>21</sup> Modelo de estos procedimientos fue el introducido por el decreto 522/71 para las contravenciones penales (arts. 71 y ss.), y luego el de la ley 2/84 (arts. 13 y ss.) que ha servido de comodín para el juzgamiento de diversos comportamientos durante el actual estado de sitio, hasta llegar al "procedimiento abreviado" del C. de P. P. vigente (arts. 474 y ss.).

<sup>22</sup> Recuérdese que los jueces de orden público fueron creados mediante el decreto 1631/87, como mecanismo para obviar la atribución de competencia a los jueces militares que, como ya dijimos, fue declarada inexecutable por la Corte. Un paso similar significó la adscripción de competencia a los llamados "jueces especializados" que había creado la ley 2ª de 1984 (art. 12), para conocer de algunas de las conductas del Estatuto Nacional de Estupefacientes y de las de tráfico de armas y explosivos (véase decr. 468/87, que derogado fue puesto en vigencia por el decreto 1203/87; y el decreto 565/87, expedido luego de la derogatoria de que fue objeto por el 1204/87); actualmente, tales jueces conocen de los delitos consagrados en los arts. 32 a 35 de la ley 30/86, 268 y 269 del C. P. y 22 del decreto 180/88, salvo el secuestro con fines terroristas, y el art. 355 del C. P., excepto la extorsión con fines terroristas (art. 23 dec. 474/88).

2° ord. 1 y 21); y, además, a los delitos consagrados en el decreto 180 de 1988, que se ritúan por el procedimiento breve y sumario específicamente regulado para ellos (art. 41 y ss.).

Circunscribiéndonos al nuevo procedimiento, digamos que este se caracteriza por haber eliminado completamente la etapa del juzgamiento; por reducir la investigación a un período de treinta días, que se cuentan desde la denuncia (que puede presentarse ante el cuerpo técnico de policía judicial o ante el mismo juez) o el informe (debiéndose entender que es el del art. 41 suministrado por la policía judicial al juez); por permitir que los retenidos permanezcan en manos de la policía judicial hasta cinco días después de la captura, como ya se dijo; por prohibir la excarcelación en todos los casos, salvo que se hayan vencido 210 días sin dictar sentencia; por llenar los vacíos legales que se presenten acudiendo al procedimiento de la ley 2ª de 1984, en subsidio del C. de P. P. Así mismo, se trata de un procedimiento que recorta de manera visible el derecho de defensa, puesto que reduce el término para alegaciones a 72 horas y limita la actividad probatoria a la investigación, ya notablemente recortada porque parte del término corre en manos de la policía judicial, la cual, en la práctica, suele impedir la intervención de la defensa, máxime cuando los retenidos permanecen en recintos y guarniciones militares.

El proceso se torna así notablemente inquisitivo, desaparece la fase acusatoria, asume carácter reservado y no público, aunque sin perjuicio de la intervención de las partes (defensor, ministerio público) en las limitadas oportunidades que se les otorgan.

En fin, se trata de uno más de esa cadena de procedimientos breves y sumarios llamados a sacrificar el debido proceso, que también debe asegurarse en épocas de anormalidad institucional y en estado de excepción.

c) *Disposiciones tendentes a asegurar la prueba.* También en las "disposiciones finales" del EPDD, encontramos mecanismos encaminados al aseguramiento de la prueba, como el de evitar la injerencia indebida de los medios de comunicación que muchas veces, en aras de la información, conducen las investigaciones al fracaso. Por ello se prohíbe la transmisión de todo mensaje, noticia, grabación o información que identifique a testigos de actos terroristas (art. 49); se prohíbe también la transmisión radial en directo desde el lugar de los acontecimientos y mientras los hechos estén ocurriendo, de actos terroristas (art. 50). Las anteriores prohibiciones, caso de no ser observadas, pueden llevar al gobierno a asumir el dominio pleno de las frecuencias radiales (art. 51), aunque no se dice qué ocurre con los otros medios de comunicación (prensa, televisión) cuando no observen la prohibición.

d) *Restricciones en el goce del "habeas corpus".* Otro aspecto procesal de importancia es el atinente a las medidas de estado de sitio encaminadas a restringir tal garantía fundamental consagradas en el decreto 182 de 1988, y que cobijan no solo los delitos consagrados en la ley 30 de 1986 sino también los que regula el EPDD.

1. *Apuntes generales.* Esta institución, cuyo verdadero precedente histórico es el *Fuero o Juicio de Manifestaciones del Reino de Aragón* (1428), y que también aparecía en la ley 26 del título XI del *Fuero de Vizcaya* (1527) y en las *Habeas Corpus Acts* de 1679, 1816 y 1862, es de importancia fundamental si se tiene en

cuenta que es un mecanismo de control consagrado en el orden jurídico con el propósito de evitar atentados contra la libertad individual, que puedan originarse en el ejercicio arbitrario del poder por parte de los funcionarios estatales.

Con razón se ha dicho que tal garantía es el "paladín de las libertades públicas"<sup>23</sup>, y que "de gran importancia para el pueblo es la preservación de la libertad personal, aunque si se abandonara en manos de un magistrado el poder de detener cuando él o sus agentes lo consideraran adecuado, pronto desaparecerían todos los demás derechos e inmunidades"<sup>24</sup>.

Mucho se ha discutido la naturaleza del *habeas corpus*, desde los que sostienen que es un recurso procesal, hasta quienes consideran que es una acción de derecho público, constituida en garantía constitucional por excelencia, tesis que consideramos más viable. Esto, siguiendo la doctrina más generalizada, nos lleva a caracterizar la institución como sigue<sup>25</sup>: el *habeas corpus* es una acción y no un recurso; se da en amparo de la libertad arbitrariamente restringida y no solamente contra detenciones ilegales; no ampara la libertad contra la ley sino contra los actos de la autoridad; abarca todos los derechos individuales y procede no solo contra la supresión de ellos, sino contra cualquier restricción. Además, *no debe tener intervención del ministerio público*; termina con la decisión del juez ante quien se interpone; *puede ser interpuesto ante cualquier juez*; no hay posibilidad de interponer recurso alguno contra la decisión que lo declara procedente; lo resuelto no causa instancia ni tiene efectos de cosa juzgada para el agraviado, quien puede recurrir a otro funcionario distinto del que le ha denegado el amparo; y, finalmente, procede contra cualquier acto de autoridad, aunque provenga de juez o autoridad colegiada.

Lo anterior ha motivado la consagración de la institución en los diversos países, incluso en los de corte socialista, en sus respectivas constituciones. Así sucede en las constituciones de la Unión Soviética de 1977 (art. 54), República Socialista de Bulgaria (arts. 9° y 48); Reino de Marruecos (art. 10) y España (art. 55). Entre nosotros la Carta Magna de 1886 regula en su título III aspectos relativos a la libertad individual, sin consagrar de manera expresa la garantía en estudio, aunque la doctrina la entiende consagrada en el art. 23<sup>26</sup>.

El estatuto procesal penal, por su parte, consagra en forma clara y permanente el *habeas corpus* en los arts. 454 a 466, normas que, pese a su carácter legal, fueron suspendidas por el decreto 182 de 1988 que lo ha tornado en un trámite engorroso, lleno de controles y prácticamente ineficaz. Pero las consagraciones no paran ahí si se tiene en cuenta que, con toda claridad, la garantía emerge de los arts. 9° de la ley 74 de 1968 y 7° de la ley 17 de 1972 que incorporan a nuestro ordenamiento

<sup>23</sup> JUAN CARLOS REBORA, *El estado de sitio y la ley histórica de desborde constitucional*, La Plata, Universidad Nacional de La Plata, 1935, pág. 108.

<sup>24</sup> WILLIAM BLACKSTONE, *Commentaries of the Laws of England*, t. 1, New York, T. S. Roberto y Mc Guill, 1947, pág. 135.

<sup>25</sup> Cfr. CARLOS SÁNCHEZ VIAMONTE, *Habeas Corpus: la libertad y sus garantías*, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1957, pág. 51.

<sup>26</sup> SÁCHICA, ob. cit., pág. 295.

los pactos mundiales de derechos humanos, lo cual la convierte en una norma de carácter internacional contra la cual no puede atentar el ordenamiento interno, por más difícil y convulsionado que se encuentre el orden público y por muy loables que sean los medios utilizados para el logro de la seguridad perdida y el freno a la creciente impunidad.

2. Un "*habeas corpus*" especial. Si se compara la regulación del *habeas corpus* en la ley procesal ordinaria con la del decreto 182, llegamos a la conclusión de que la normatividad de estado de sitio nos sitúa ante lo que se podría denominar un *habeas corpus especial*, por oposición al ordinario.

Como características de esta nueva redacción legal tenemos las siguientes: sustrae de las normas generales los delitos previstos en el decreto 180 y en la ley 30 de 1986, para someterlos a disposiciones específicas, lo cual envuelve, de suyo, una violación del principio de la igualdad procesal (art. 8° C. P.). Además, olvidando que el mencionado derecho puede ser invocado ante cualquier juez penal (C. de P. P., art. 456), establece que en los casos mencionados anteriormente solo será competente "el juez superior del lugar donde se encuentre detenida la persona" (decr. 182/88, art. 2°) con lo cual, como lo precisó uno de los salvamentos de voto, caemos en "una negación precisamente del debido proceso, porque ... se deja desguarnecida a la ciudadanía en general durante el tiempo de vacaciones judiciales ... es precisamente lo contrario al debido proceso, es la inexistencia de mecanismos procesales por medio de los cuales el ciudadano pueda defenderse de la arbitrariedad, porque todos esos recursos defensivos deben ser permanentes, puesto que ella puede presentarse en cualquier momento y la sola posibilidad de que durante una época por breve que ella sea, el ciudadano no tenga mecanismos procesales para defenderse y reaccionar contra la arbitrariedad es más que suficiente para concluir en la negación del debido proceso"<sup>27</sup>.

De igual modo, pese a que en la ley ordinaria se establece que no habrá reparto de la solicitud "en ningún caso" (art. 460-2), el decreto 182 alude al juez superior "a quien corresponda el reparto", lo cual significa una traba procesal que no tiene razón de ser. Es combinar los criterios territorial y jerárquico en materia de competencia, para efectos de la tramitación de la garantía.

También, pese a que la ley ordinaria dice que la solicitud se tramitará "inmediatamente" (C. de P. P., art. 455), el decreto 182 establece un trámite conforme al cual el ministerio público está obligado a conceptuar, pues sin su dictamen el juez superior no podrá decidir. Lo que equivale a introducir un nuevo requisito de procedibilidad que torna en condicionada una institución incondicionada, y que excepciona el carácter de decisión de plano que tiene el trámite ordinario (C. de P. P., art. 462). Con razón el salvamento de voto señalado más arriba afirma: "Pero lo que no es permitido, y esto sí afecta la integridad de la Carta, es el que por cualquier mecanismo se inhiba la decisión judicial ... es la negación total del debido proceso, porque con ella se posterga indefinidamente la decisión y no puede pensarse en la existencia de un proceso legal y democrático, cuando es un

<sup>27</sup> Así el salvamento de voto cit. nota 10.

funcionario de quien no debe depender la decisión final quien con su actividad o inactividad señala a su arbitrio la solución de un amparo que universalmente se ha consagrado para que de una manera rápida y eficaz garantice la libertad ciudadana contra toda forma de arbitrariedad”<sup>28</sup>.

Agréguese que se puede recusar al funcionario por parte del ministerio público, o por el procurador general, cuando normalmente ello no es procedente (C. de P. P., art. 457). Como si lo anterior fuera poco, se adicionan los arts. 454 a 466 del C. de P. P. al establecer la obligación para el juez superior de solicitar a los organismos de seguridad del Estado —que podrán demorar su respuesta indefinidamente— información tocante a saber si contra el detenido existe orden de detención o sentencia condenatoria por los delitos que ya señalamos. Esta restricción implica, a no dudarlo, una transgresión al debido proceso.

Los anteriores son los peligros de legislar para casos concretos, una vez que estos ya no se pueden remediar, a costa de los postulados inspiradores del proceso penal colombiano, y desconociendo abiertamente los pactos de derechos humanos (arts. 7.6 ley 16/72, y 94<sup>a</sup> ley 74/68).

En nuestra opinión, la Corte debió declarar la inexequibilidad de este decreto en cuanto que vulneraba el debido proceso legal. Por desgracia ello no ha ocurrido, lo cual legitima al ejecutivo para seguir legislando de manera apresurada en medio de una cascada normativa sin precedentes.

## 5. REGULACIONES COMPLEMENTARIAS DEL EPDD

También el ejecutivo ha expedido otras normatividades en alguna medida vinculadas con el Estatuto examinado, entre las cuales cabe mencionar el decreto 789 del año en curso, por medio del cual se amplía la planta de personal de los juzgados de orden público incluyendo como tales al juez, un abogado auxiliar, un secretario, tres escribientes y un citador, se integran las fiscalías correspondientes y se adoptan otras previsiones de tipo administrativo. Igualmente, mediante el decreto 262 de 1988, reglamentado por la resolución 1467 de 1988 y complementado con el decreto 310 de 1988 modificadorio del 2203 de 1981, se expidió una regulación en materia de helicópteros y aeronaves encaminada a controlar de manera más eficaz el uso de estos aparatos los cuales, como dice el ejecutivo en los considerandos respectivos, por sus características han facilitado la realización de los delitos tipificados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes e impedido la acción de los organismos de seguridad del Estado.

Es así como se han establecido diversos mecanismos a objeto de controlar los registros de tales aparatos y de las pistas de aterrizaje; se les da carácter de oficiales de reserva de la Fuerza Aérea Colombiana a todos los titulares de licencias de tripulante, independientemente de su condición, lo cual significa que quedan

<sup>28</sup> Ídem.

investidos de la calidad de empleados públicos\* con funciones públicas, sometidos a las disposiciones del C. P. Militar y por tal razón son juzgados por jueces militares, lo que a nuestro modo de ver implica sustraer a estos sujetos penales de su juez natural. Gracias a ello, se le da la calidad de documento público a la bitácora de vuelo y se consagra como delito de falsedad el comportamiento del que “falsifique el libro de vuelo o consigne en él una falsedad o calle total o parcialmente la verdad”, el cual, según el caso, se asimila a falsedad material de empleado oficial en documento público (C. P., art. 218), o a falsedad ideológica en documento público (C. P., art. 219), aunque no se determina quién es el funcionario competente para conocer de dichos delitos.

Igualmente, debe destacarse la absurda previsión de responsabilizar a todo propietario o poseedor “de predios utilizables para el aterrizaje y despegue de aeronaves” por los aterrizajes que puedan efectuarse en ellos, so pena de su ocupación y el decomiso de las aeronaves, y de la imposición de las sanciones correspondientes acudiendo al Código Penal ordinario y al Militar (arts. 13 a 15). Ello, a nuestro modo de ver las cosas, atenta contra las disposiciones constitucionales en materia de expropiación con indemnización previa (Const. Nal., art. 33), dado que tal evento nos sitúa ante una verdadera expropiación de hecho.

## 6. CONCLUSIONES

Como fruto del estudio realizado nos permitimos presentar, a guisa de conclusiones, las siguientes consideraciones:

1<sup>a</sup>) A pesar de que el estado de sitio es una medida excepcional, de carácter temporal, destinada a conjurar las situaciones de anormalidad que se presentan dentro del conglomerado social y que puede jugar un papel preponderante en el restablecimiento de la normalidad institucional en épocas de crisis, creemos que la manera como viene funcionando entre nosotros, dada su inadecuada regulación legal y el abuso que del mismo se viene cometiendo al exceder el ejercicio de los poderes que la Carta le confiere, hacen necesaria una pronta y adecuada reforma de dicho instrumento para adaptarlo a las exigencias de nuestra realidad.

2<sup>a</sup>) Un análisis retrospectivo de la institución nos muestra que esta ha servido, históricamente, para asegurar el predominio de las clases detentadoras del poder, desconociendo el carácter abiertamente democrático con que lo concebían nuestras primeras constituciones, hasta convertirla en una herramienta fuertemente autoritaria.

3<sup>a</sup>) Los abusos que de este mecanismo excepcional se han presentado, son de carácter tanto positivo como negativo. Lo uno, porque se ha tratado de evitar de manera relativa la anormalidad por la cual atraviesa el país; y lo otro, porque

\* Téngase en cuenta, sin embargo, que mediante decisión de marzo 17 de 1988, con ponencia del magistrado Jairo E. Duque Pérez, la H. Corte Suprema de Justicia declaró *inexequibles* las expresiones “doble”, “de militares” del art. 5º, y el fragmento “... y el Código de Justicia Penal Militar”. Cfr. *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, núm. 198, junio, Bogotá, Legis, 1988, pág. 453. Se ha reivindicado así el *postulado del juez natural* cuya transgresión criticábamos en el texto.

se ha acudido a él para conjurar hasta los problemas más insulsos, dando como resultado una legislación excepcional desvinculada de los motivos que generan la turbación del orden público.

Pese a lo anterior, desde la década de 1960 se observa un interés por parte del ejecutivo de darle una mejor utilización a dicha herramienta, así como de parte de la Corte Suprema de Justicia de ejercer un control efectivo sobre el mismo, aunque se han cometido diversos excesos.

4ª) Observadas las motivaciones que adujo el ejecutivo para declarar turbado el orden público y las que invocó para expedir los decretos en examen, verificamos que ellas son de tal generalidad que difícilmente podría presentarse una falta de conexidad entre unas y otras, no solo formal sino materialmente. Máxime que la jurisprudencia de la Corte ha institucionalizado la teoría de las circunstancias sobrevinientes.

5ª) Es paradójico, pero se observan diversas coincidencias entre el Estatuto de Seguridad de la época de TURBAY AYALA y el actual EPDD, al punto de que aquel es el verdadero precedente de este, habida cuenta de que ambos han sido expedidos por gobiernos que invocan los postulados liberales como sustento ideológico de los mismos y que se caracterizan por la vaguedad de las tipificaciones de los comportamientos reprimidos, lo que de suyo desconoce los principios de legalidad, de tipicidad inequívoca, del acto, del debido proceso y de igualdad, que son de rango constitucional y legal.

6ª) Observamos con preocupación los innumerables yerros de técnica legislativa cometidos en la elaboración de las normatividades expedidas y la improvisación con que se ha procedido, cuyo resultado son las diversas modificaciones que de la noche a la mañana se han hecho a tales medidas, lo cual denota que el ejecutivo no tiene políticas claras y coherentes para combatir, por lo menos desde el plano legal, tan preocupantes fenómenos.

7ª) Estamos convencidos acerca de la necesidad de expedir un verdadero estatuto de emergencia, encaminado a combatir manifestaciones delictivas como el narcotráfico, el terrorismo y el genocidio, pero ello no puede hacerse desconociendo los postulados del derecho penal liberal, para dar paso a derechos penales de corte autoritario. El ejemplo de países como Alemania e Italia, tan frecuentemente invocado por el ejecutivo pero ignorado a la hora de la verdad, nos muestra que tales situaciones deben combatirse precisamente dentro del marco de las garantías penales. Nuestro país tiene una tradición suficiente como para darse una normatividad coherente, redactada por verdaderos juristas, y no una regulación apresurada que, como la actual, si algo muestra son las falencias en que incurren sus desconocidos redactores.

8ª) En definitiva, estamos convencidos de que ni siquiera con una buena legislación de emergencia se puede conjurar una situación como la actual. Mientras no haya una efectiva persecución penal de los hechos punibles, realizada por organismos idóneos, técnicamente preparados y asistidos de una adecuada dotación material, no se ven caminos hacia una solución, al menos parcial, de la cual no se pueden desligar por ninguna razón medidas de tipo socioeconómico que conjuren en su raíz los profundos abismos de clase y la miseria colectiva que hoy se observan.

9ª) Es ilusorio creer que con la cascada de decretos gubernamentales y el aumento draconiano de las penas —que no se alcanzarán a ejecutar dado el carácter transitorio del estado de sitio— con las que pretende el ejecutivo conjurar el actual estado de cosas, se van a lograr resultados efectivos. Es evidente el afán gubernativo de tranquilizar a la opinión pública mediante la expedición de normatividades sin objetivos claros ni posibilidades de ejecución práctica (v. gr. los jueces especializados). Cabe aquí invocar la afirmación de CLAUS ROXIN en el sentido de que se trata de “un abuso al que una política criminal racional debe oponerse”<sup>29</sup>.

10ª) Al parecer, se parte de la premisa según la cual el derecho penal liberal es ineficaz convirtiéndolo, más que en un mecanismo para la protección de la colectividad, en un arma que el Estado esgrimiera contra la sociedad misma. Se desconfía, pues, de los postulados que el legislador ha acogido como rectores de los estatutos penales, y que obligan a Colombia en el concierto de las naciones.

11ª) La manera como se ha legislado ha generado un caos de proporciones, especialmente en el ámbito procesal, lo cual nos sitúa ante un fenómeno de anomia generalizada, entendiendo por tal con PAVARINI “una situación de crisis de la estructura cultural en la que la discrepancia entre fines culturales por una parte y posibilidades sociales de actuar lícitamente en conformidad con ellos, por otra, es acentuada y profundizada para inducir a estratos sociales, cada vez más amplios a adherirse a los fines culturales sin el respeto a los medios institucionalizados”<sup>30</sup>.

12ª) Síntoma inequívoco del fracaso de la legislación de emergencia vigente es el empeoramiento de la crisis que se dice conjurar, lo cual se ha traducido en un notable incremento de la impunidad, sembrando el desconcierto entre amplias capas de la colectividad que demandaban una respuesta gubernamental acorde con la gravedad de los fenómenos turbadores de la armónica convivencia social.

<sup>29</sup> CLAUS ROXIN, “La política criminal en la actualidad”, en *Política criminal y reforma del derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 11.

<sup>30</sup> MASSIMO PAVARINI, *Control y dominación*, México, Edit. Siglo XXI, 1983, pág. 110.

# SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

# Corte Suprema de Justicia

(Sala Penal)

## PARA UNA EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 677 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Si se interpreta el contenido del art. 677 del C. de P. P. se debe concluir que los procesos que el 1º de julio de 1987 tuvieron auto de cierre de investigación ejecutoriado, deben seguirse tramitando conforme a las previsiones de la norma procesal anterior, por lo cual debe respetarse la competencia señalada en aquel estatuto. La Corte dirime conflicto de competencias entre el señor juez superior de Santa Marta y el juez penal del circuito de Riohacha, en favor del primero, para conocer de un delito de falsedad y estafa.

Comentario: Dr. SILVIO MARÍN VÁSQUEZ \*

Magistrado ponente: Dr. ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS

25 de febrero de 1988 \*\*

VISTOS:

Por auto del ocho (8) de octubre de mil novecientos ochenta y siete (1987) el Juzgado Segundo Superior de Santa Marta ordenó la remisión del proceso que por falsedad y estafa se sigue contra N. B. A. B. y A. D. C., al Juzgado Penal del circuito de Riohacha al considerar que era el competente para conocer del mismo.

Por auto del cinco (5) de noviembre de mil novecientos ochenta y siete el Juzgado Penal del circuito de Riohacha no avocó el conocimiento del proceso y ordenó su remisión a esta corporación para que resolviera el conflicto planteado.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, resolverá lo pertinente luego de los siguientes

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS:

El proceso que origina este conflicto fue calificado por auto del dieciocho (18) de julio de mil novecientos ochenta y seis (1986) y con posterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, el juez del conocimiento consideró en una muy confusa providencia que el art. 677 del nuevo estatuto procesal no tiene como finalidad contravenir los principios rectores, puesto que en estos se estipula en su art. 5º que las normas relacionadas con la ritualidad y sustanciación del proceso, así como las que señalan la jurisdicción y competencia son de cumplimiento inmediato, y por tanto el querer del legislador no fue que varios jueces conocieran de los procesos asignados a una misma competencia.

\* Fiscal del Juzgado 9º Superior de Medellín.

\*\* El expediente en el cual se halla contenida esta decisión se radicó bajo el núm. 2580: Colisión de competencias de Nohora Aranguren Barros y otro. Decisión aprobada mediante acta núm. 12 del 23 de febrero de 1988.

Manifestó que el decreto 1200 de 1987 era inconstitucional, por declaración que sobre las materia hiciera el Consejo de Estado, que además distorsionaba los postulados fundamentales del Código porque daba la oportunidad que jueces de diversas categorías hicieran juzgamientos en procesos que en principio estaban dentro de la órbita de competencia de jueces de una misma categoría.

El juez de Riohacha por su parte consideró que lo dispuesto en el art. 677 del Código de Procedimiento Penal no admitía discusión porque allí se establecía que los procesos que para el 1° de julio de 1987 se encontraran con auto de cierre de investigación ejecutoriado o que hubieran sido calificados, continuarán tramitándose hasta su terminación con base en el ordenamiento procesal anterior y que evidentemente en el proceso donde se origina el conflicto ya recibió la correspondiente calificación, razón por la cual debe continuar con su conocimiento hasta su finalización.

El art. 677 del nuevo Código de Procedimiento Penal dispuso que los procesos que se encontraran con auto de cierre de investigación para el momento de entrada en vigencia del nuevo estatuto procesal continuarían su tramitación conforme a las disposiciones del Código anterior.

Con la norma antes mencionada se establecía una excepción al principio rector enunciado en el art. 5°, puesto que según este, las leyes relativas a la sustanciación y ritualidad de los procesos serán de cumplimiento inmediato, queriendo indicar con ello que todos los procesos, independientemente del estado en que se encontraran, debían continuar tramitándose conforme a las disposiciones del nuevo estatuto, por ser normas de cumplimiento inmediato; pero como evidentemente se establecían diferencias sustanciales en cuanto a la tramitación de los procesos, especialmente durante el período de la causa, consideró el legislador que para evitar traumas y confusiones interpretativas era conveniente establecer una excepción a ese principio, que es precisamente la que se consagra en ese

artículo, porque como ya se decía, como consecuencia de lo dispuesto en el mencionado artículo quinto, desde el día de entrada en vigencia del nuevo Código procesal, todos los procesos en trámite debían seguir rituándose por las concepciones del nuevo estatuto, obviamente siempre y cuando no entraran en juego las diversas hipótesis de favorabilidad que podrían darse por la sucesión de leyes procesales. Con esta norma se trataba de evitar entonces, que procesos ya perfeccionados en su instrucción o en el trámite de la causa, por tanto ya conocidos por los funcionarios competentes, fueran a parar a manos de nuevos jueces que tenían un total desconocimiento de los mismos y por tales circunstancias se imponía nuevo estudio total del proceso, originándose demoras y una mayor congestión en la administración de justicia.

Un día antes de la entrada en vigencia del estatuto procesal se dictó el decreto reglamentario 1200 de 1987, que en su art. 1° establece que para los efectos de lo regulado en el art. 677 de 1987 "los procesos de conocimiento de los jueces superiores y de circuito que a la fecha del 1° de julio de 1987 se encuentren con auto de cierre de investigación ejecutoriado, o en los que haya recaído calificación, cualquiera que haya sido la decisión adoptada, continuarán tramitándose hasta su terminación en aquellos despachos".

Con la norma reglamentaria se trataba de evitar que por los cambios de competencia que se habían establecido en el nuevo Código se presentara una situación caótica de envío de expedientes de unos despachos a otros, con el consecuente entorpecimiento en la tramitación normal de los procesos. Se trató de evitar igualmente con esta norma, que especialmente los jueces de instrucción criminal, recargados de trabajo por las nuevas disposiciones y en número insuficiente mientras tanto el gobierno no creara las nuevas plazas que la reforma exigía, fueran a recibir un mayor volumen de procesos con el envío de los que por las nuevas disposiciones eran de su competencia hasta la etapa de la calificación.

Es decir, que las normas comentadas, tanto la del Código como la del decreto que lo reglamenta, están guiadas fundamentalmente por razones de conveniencia y tiene plena justificación, puesto que es bien sabido que por las modificaciones procesales, el volumen de trabajo de los jueces superiores y del circuito disminuyó notablemente en cuanto a que cesaron sus labores de instrucción y de calificación, mientras que a los juzgados de instrucción, escasos en número, se les multiplicaron funciones que antes no tenían.

Es labor propia del legislador y además encomiable, que ante una reforma legislativa de esta naturaleza, tome las medidas que sean necesarias para que no se presenten grandes traumas, explicables, precisamente por modificaciones en la competencia y el procedimiento.

Podría discutirse la constitucionalidad del decreto reglamentario, y algunos han anticipado la decisión de la corporación competente para decidir sobre su constitucionalidad, al considerar que el decreto excede las facultades reglamentarias en cuanto a que regula situaciones no contempladas en el estatuto reglamentado; pero considera la Sala que en principio no existe tal extralimitación porque, precisamente, si se interpreta el contenido del art. 677, se ha de concluir que allí lo que se dispone es que los procesos que para el primero de julio tuvieran auto de cierre ejecutoriado debían seguir tramitándose conforme a las previsiones de la norma procesal anterior, y ello indica precisamente que debía de respetarse la competencia señalada en ese estatuto y que, por ejemplo, los procesos por falsedad que estuvieran en tal situación procesal debían seguir siendo conocidos por los jueces superiores, pues eran estos los funcionarios competentes para conocer de dicho delito conforme a lo previsto en las normas del Código anterior.

Cuando el art. 1° del decreto 1200 de 1987 dispone que los procesos de competencia de superiores y circuitos en estado de cierre para el primero de julio de 1987, sigan siendo conocidos por esos despachos, no hace más que reiterar lo que el Código había dispuesto en el art. 677 y trata ante todo de dar claridad a la norma para que no se fueran a presentar conflictos en su interpretación. En las condiciones anteriores, mal puede pensarse que pu-

diera haber existido una extralimitación de las facultades reglamentarias por el ejecutivo porque, como bien se ve, su función se desarrolló dentro de los estrictos límites de la materia tratada en el Código reglamentado.

Debe recordarse igualmente que la Corte Suprema de Justicia por providencia del 26 de noviembre de 1987 declaró exequible el mencionado art. 677 que es reglamentado por el decreto antes mencionado.

Maliciosamente peligrosa es la afirmación que el juez de Santa Marta hace en relación a la presunta declaratoria de inconstitucionalidad del decreto reglamentario; porque la verdad es que contra este se han formulado cuatro (4) demandas buscando tal declaratoria, de las cuales tres (3) fueron rechazadas y solo una admitida, pero sobre la cual dicha corporación no ha hecho ninguna clase de pronunciamiento. Es lamentable que un juez de la República, sin tener un conocimiento cierto sobre hechos tan delicados, y en este caso la única forma de poder hacer tal tipo de afirmaciones era con el conocimiento directo de la sentencia, haga afirmaciones de tal naturaleza con el único propósito de desembarazarse de un proceso de su conocimiento.

Es claro entonces por las consideraciones precedentes que la competencia en este proceso le corresponde al juez superior de Santa Marta, a quien se ordenará continuar la tramitación de la causa, informándose al juez del circuito de Riohacha de lo decidido en esta providencia.

Son suficientes las consideraciones anteriores, para que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE:

*Dirimir* el conflicto de competencia suscitado, determinándose que el funcionario competente para seguir conociendo de este proceso, lo es el Juzgado Superior de Santa Marta.

*Infórmese* de lo resuelto por medio de esta providencia al juez penal del circuito de Riohacha.

*Ordénesse* la devolución del proceso al juez segundo superior de Santa Marta.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

## 1. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

Todo cambio de legislación es traumático, máxime cuando el tránsito se refiere a materias procesales. Así lo comprendió el legislador de 1987 y por eso trató de atenuar las dificultades que la entrada en vigencia del decreto 050 de ese año habría de presentar, incluyendo en el cuerpo del estatuto dos normas referidas a la aplicabilidad de la legislación derogada y su armonización con la nueva. Una de esas normas es el art. 5° del Código de Procedimiento Penal, que reitera el *principio de favorabilidad* contenido en el art. 26 de la Constitución Nacional y en la ley 153 de 1887, con la añadidura de que las normas relativas a la ritualidad de los procesos y a la competencia para conocer de estos son de aplicación inmediata.

La otra norma es el art. 677<sup>1</sup> del mismo estatuto, que a la letra dice:

“Art. 677.—*Aplicación del procedimiento anterior.* El Código de Procedimiento Penal anterior se aplicará a los procesos que para la vigencia de este decreto estén con auto de cierre de investigación ejecutoriado”<sup>2</sup>.

Nadie creería que una norma tan claramente redactada, y en la cual aflora casi que a primera vista la intención del legislador, iba a ser objeto de debate, en desarrollo del cual esa intención del legislador resultaría torcida.

En efecto, basta con leer el texto del artículo para entender que la única frontera existente entre la aplicación de la codificación anterior y la ahora vigente (excepción hecha de los aspectos abiertamente favorables de la primera sobre la segunda), es el auto de cierre de investigación debidamente ejecutoriado. O, lo que es lo mismo, el hecho de tratarse de sumarios en instrucción o de procesos llegados a la etapa de la causa, o cuya calificación en cierne hacían desaconsejable cambiar la ritualidad y la competencia.

Pero surgió una circunstancia: algunos jueces se encontraron con el hecho inesperado de que negocios cuya investigación se había cerrado aunque calificado el mérito sumarial con un sobreseimiento temporal, se había ordenado la reapertura de aquella en razón de que en el art. 493 del Código procesal penal anterior obraba expreso mandato de hacerlo, en los términos siguientes:

“Art. 493.—*Reapertura de la investigación.* En el auto de sobreseimiento temporal se reabrirá la investigación hasta por seis meses, con indicación precisa de las diligencias que deban practicarse”.

¿Qué hacer entonces con tales procesos?, se preguntaron, y al consultar el art. 677 del nuevo Código, aunque leyeron “estén con auto de cierre”, ellos interpretaron “tener auto de cierre”, como si ambos verbos fueran sinónimos, y como si fuera lo mismo, por ejemplo, “estar muerto en casa” que “tener muerto en casa”.

<sup>1</sup> Este art. 677 del C. de P. P., fue declarado constitucional por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 26 de noviembre de 1987 y con ponencia del magistrado Jesús Vallejo Mejía.

<sup>2</sup> La fecha de entrada en vigencia del Código de Procedimiento Penal fue el 1° de julio de 1987.

A esta confusión en los términos interpretativos contribuyó, tenemos que decirlo con el debido respeto, el auto de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia con ponencia del magistrado doctor Édgar Saavedra Rojas, aquí transcrito, en el cual se asegura al comentar el art. 677 que “allí lo que se dispone es que los procesos que para el primero de julio tuvieran auto de cierre de (sic) ejecutoriado debían seguir tramitándose conforme a (sic) las previsiones de la norma procesal anterior ...”

Pero se olvida en esta interpretación que la exigencia es la de *estar* con auto de cierre, es decir, que la etapa investigativa se encuentre concluida y, por tanto, clausurada; que al momento de entrar en vigencia el Código haya cesado, así sea de momento, la práctica investigativa, y no simplemente la de que exista con anterioridad un auto de cierre de la investigación. Porque lo primero (estar) supone que ya no se va a instruir más por el momento, y lo segundo (tener) hace caso omiso del estado en que se encuentra el proceso.

De lo uno se deduce que en el negocio está en cierne la calificación, o que ya fue proferida con un vocatorio a juicio o un sobreseimiento definitivo, casos en los cuales la investigación permanece cerrada después de su primera evaluación. De lo otro se desprende que no importa cuál haya sido la calificación que se haya dado a las sumarias.

Y las mejores pruebas de que la interpretación propuesta por algunos jueces y avalada por el mencionado auto de la Corte Suprema, no es la más ajustada al tenor del art. 677, son, a saber, las siguientes:

a) Para poder dar aplicación al Código procesal anterior, en los casos que para el 1° de julio de 1987 tenían un sobreseimiento temporal, el juez, como primera medida, tiene que ordenar el cierre nuevamente de la investigación. Es decir, que es necesario poner el proceso en estado de investigación clausurada porque no lo estaba. Si la interpretación propuesta por la Corte Suprema y por los jueces que a ella se atienen fuera la correcta, bastaría entrar de una vez a calificar el mérito sumarial sin más dilaciones y sin autos previos. Y entonces cabe preguntar: ¿Si el proceso, para el primero de julio, se encontraba con la investigación cerrada, qué le impide al juez proceder a su evaluación inmediata? La respuesta lógica es que para el 1° de julio el negocio no estaba con auto de cierre de investigación debidamente ejecutoriado. Entonces, ¿cómo es posible aplicar allí el Código de Procedimiento Penal anterior? Nadie lo sabe, nadie entiende esa clase de lógica.

b) El gobierno nacional, consciente de que el art. 677 del nuevo Código adjetivo penal no abarcaba los negocios que se hallaban con auto de sobreseimiento temporal, temió una saturación de los despachos de instrucción criminal. Para evitarlo dictó el decreto 1200 de 1987. Si el ejecutivo no hubiera estado seguro de que aquellos negocios quedaban fuera del alcance de la norma en comento, no habría tenido necesidad de expedir tal decreto, el cual vamos a comentar enseguida.

## 2. EL DECRETO 1200 DE 1987

Destinado a entrar en vigencia el mismo día que el Código de Procedimiento Penal, fue expedido por el gobierno nacional, el 30 de junio de 1987, el decreto

1200. Su objetivo: evitar la saturación de los despachos instructores ante la virtual avalancha que, procedente de los juzgados superiores y de circuito, iba a llegarles. Su fundamento: el ordinal 3° del art. 120 de la Constitución Nacional, que contempla la potestad reglamentaria del presidente de la República.

Allí, sin considerando, se decreta:

“Artículo 1°: Para efectos de lo establecido en el artículo 677 del decreto-ley 0050 de 1987, los procesos de conocimiento de los jueces superiores y de circuito, que para la fecha del 1° de julio de 1987 se encuentren con auto de cierre de investigación ejecutoriado, o en los que haya recaído calificación cualquiera que haya sido la decisión adoptada, continuarán tramitándose hasta su terminación en aquellos despachos”<sup>3</sup>.

Aquí se cambió el verbo *estar* por el verbo *encontrar*, que el diccionario da como sinónimos para algunos efectos. Sin embargo para los intérpretes del decreto vale por *tener*.

Pero no es ahí donde está el primer inconveniente del decreto 1200, sino en el hecho de que en él se introduce una circunstancia nueva, que no había sido contemplada por la norma que se pretendía reglamentar. Tal formalidad nueva está contenida en la frase “o en los que haya recaído calificación, cualquiera que haya sido la decisión adoptada ...”. Porque es evidente que, mientras que en el art. 677 se establecía como frontera divisoria entre ambos códigos el auto de cierre de investigación debidamente ejecutoriado, o, lo que es lo mismo, el estado de investigación concluida en el decreto reglamentario el criterio divisorio entre ambas codificaciones resulta ser la existencia de una anterior calificación. Y es innegable que se trata de autos distintos, de jerarquía e implicaciones diferentes, dado que en un caso se habla de un auto sustanciatorio, contra el cual solo procede el recurso de reposición, en tanto que en el otro se habla de un auto interlocutorio, susceptible de reposición y apelación, con fuerza vinculante cuando la decisión es de enjuiciamiento o de sobseimiento definitivo.

El segundo inconveniente que podemos anotarle al decreto 1200, en su art. 1°, está relacionado con la restricción que hace de la aplicación del art. 677 del C. de P. P. En efecto, mientras que la norma del Código se refiere en general a procesos que tengan concluida la etapa de instrucción, el decreto reglamentario restringe la aplicación de dicha norma (con detrimento evidente del principio de favorabilidad) solamente a los procesos de conocimiento de los jueces superiores y de circuito, dejando entonces por fuera aquellos casos de conocimiento de los juzgados municipales.

Frente a esta situación no podemos menos que apartarnos respetuosamente del criterio de la Sala Penal de la Suprema Corte, cuando en la ponencia suscrita por el magistrado Saavedra Rojas se afirma que el decreto 1200 en su art. 1° “no hace más que reiterar lo que el código había dispuesto en el artículo 677 y trata ante todo de dar claridad a la norma para que no se fueran a presentar conflictos

<sup>3</sup> El decreto 1200 de 1987 fue publicado en el *Diario Oficial* número 37.943 del 30 de junio de 1987, y en su artículo final se ordena que comenzará a regir el 1° de julio.

en su interpretación. En las condiciones anteriores mal puede pensarse que pudiera haber existido una extralimitación de las facultades reglamentarias por el ejecutivo, porque como bien se ve, su función se desarrolla dentro de los estrictos límites de la materia tratada en el código reglamentado”.

Es que en el art. 1° del decreto 1200 lo que se hace es, precisamente, cambiar el criterio de aplicación de las normas procedimentales expuesto por el art. 677 del estatuto adjetivo penal. Sus tenores son distintos, sus connotaciones diversas y, por tanto, sus consecuencias disímiles.

Pero hay otro punto primordial que el auto de la Corte no aborda. Se trata de los límites que a la facultad reglamentaria del ejecutivo ha establecido el Consejo de Estado, en doctrina sostenida desde hace mucho tiempo.

Una primera limitación apunta a restringir la posibilidad de añadir o consagrar nuevas circunstancias y formalidades en las normas que se pretende reglamentar. Al respecto sostuvo el Consejo de Estado:

“La razón de ser del decreto —dijo el Consejo en su fallo de 28 de marzo de 1939— es la necesidad de hacer eficaz la norma de derecho, facilitando su inteligencia y cumplimiento de parte de la misma Administración y de los particulares; que todo aquello que está contenido en la ley puede desenvolverlo de manera pormenorizada y comprensiva el decreto reglamentario; pero nada más que eso, porque la potestad reglamentaria está limitada por la misma Constitución a expedir los decretos necesarios «para la cumplida ejecución de las leyes», y no puede por tanto, el jefe del Estado, bajo pretexto de reglamentación, dictar normas nuevas, y así, no puede establecer ni una pena ni un impuesto que no estén previstos en la ley, ni dictar ninguna disposición que viole una ley cualquiera, *ni ampliar o restringir el alcance de la ley*, tanto en lo que se refiere a las personas como a las cosas, *ni exigir formalidades distintas de las establecidas por la ley*, pues el reglamento no tiene más objeto ni razón de ser que asegurar la aplicación de la ley que él completa, y en rigor se halla contenido en la ley a que se refiere” (subrayas fuera de texto)<sup>4</sup>.

Con esta doctrina nos damos cuenta entonces de la improcedencia del agregado que hizo el ejecutivo al contemplar circunstancias que modifican o restringen el alcance de la norma inicial, toda vez que, como ya se dijo, el criterio de investigación concluida como frontera entre la aplicación de un Código u otro, es desplazada por el criterio de calificación anterior “cualquiera que haya sido la decisión adoptada”, y restringida la aplicación en general a la órbita exclusiva de los asuntos de competencia de los jueces superiores y de circuito.

Pero hay una limitación de mayor calado y que fue señalada con posterioridad por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo. Se trata de la imposibilidad de aplicar la potestad reglamentaria, por parte del ejecutivo, a las leyes (o decretos-leyes, como en este caso) contentivas de códigos, ya sean estos civiles, penales o procesales. Para establecer esta restricción el Consejo de Estado cita

<sup>4</sup> *Anales del Consejo de Estado*, año XXV, t. XLIX, núms. 317 a 322, pág. 91, Bogotá, Imprenta Nacional.

en primer término a la Corte Suprema, y luego añade un comentario aclaratorio con el cual se pretende, según expresa manifestación de la corporación, sentar doctrina al respecto. Veamos:

“... «Pero es oportuno recordar que esta Corte ha sostenido la doctrina invariable de que cuando el reglamento extralimita la ley, extravasa la competencia constitucional del Ejecutivo y equivale entonces a una nueva ley, lo cual es contrario a nuestros principios constitucionales, sobre limitación de los poderes públicos.

”»Al precisar esta tesis sobre ejercicio normal y regular de la potestad reglamentaria, conviene afirmar que *el jefe del Estado carece de competencia constitucional para reglamentar las leyes que versan sobre materia civil o penal, organización judicial y normas procesales en general*. Se justifican estas excepciones en el ejercicio de la potestad reglamentaria, porque las relaciones jurídicas que origina el derecho privado contractual, la institución de la propiedad, las acciones civiles para ejercitar los derechos en juicio, el derecho de castigar y las formas de proceder, no pueden ser del resorte del poder administrativo, sino de competencia privativa de la ley».

”Esta jurisprudencia está acorde con las enseñanzas de los tratadistas. Para Maurice Hauriou, los reglamentos «tienen por fin asegurar la organización y funcionamiento de los servicios públicos». Y, como es sabido, el funcionamiento normal de los servicios públicos es lo que constituye la actividad regular de la administración.

”La tesis de que la potestad reglamentaria solo puede versar sobre las leyes administrativas se funda en la consideración de que si la potestad reglamentaria tiene por objeto habilitar al Gobierno para que pueda dictar las medidas necesarias «para la cumplida ejecución de las leyes», mal puede extenderse a los Códigos Civil, Penal, Judicial, etc., respecto de los cuales no cabe el concepto de *ejecución por parte del gobierno*, sino el de *aplicación* por parte de las autoridades jurisdiccionales, y para la cumplida aplicación de dichos Códigos lo que tiene cabida es la *interpretación*, la cual con autoridad solo corresponde al legislador, según precepto de la Constitución: *ejus est interpretari, ejus est legem condere*.

“Lo anteriormente dicho se consigna aquí únicamente por vía de doctrina ...”<sup>5</sup>.

Desde este punto de vista entonces el decreto 1200 de 1987 carece de fundamento constitucional, puesto que se le ha cimentado sobre una potestad reglamentaria que la Carta confiere al jefe del ejecutivo, solo para lograr la “cumplida ejecución de las leyes”, y no para la aplicación de las mismas.

### 3. CONCLUSIÓN

De todo lo dicho hasta aquí se puede entonces concluir:

1) De acuerdo, pues, con esta interpretación del art. 677 del C. de P. P., los procesos que para el 1° de julio de 1987, fecha de entrada en vigencia del decreto-ley 0050, se encontraran en la etapa de instrucción, o bien, habiéndose calificado el mérito del sumario con un sobreseimiento temporal y, por tanto, orde-

nado la reapertura de la investigación, la ritualidad y competencia aplicables es la establecida por el nuevo Código adjetivo penal, salvo los casos de abierta favorabilidad de la norma derogada, en cuyo caso prevalecería esta.

2) De igual manera, en los casos en que para la citada fecha estuviere vigente el auto de cierre de investigación (esto es, que no se le hubiere desvirtuado por un auto posterior que ordenara la reapertura de la investigación), o en cierne la calificación del mérito sumarial, o bien ya existiendo una calificación, esta fuere de llamamiento a juicio o de sobreseimiento definitivo, el Código de Procedimiento Penal anterior sería el aplicable.

3) El art. 1° del decreto 1200 de 1987 es una norma inaplicable, ya que fue expedida excediendo las facultades reglamentarias contenidas por el art. 120/3 de la Constitución, no solo porque en su tenor se introdujeron elementos, circunstancias y formalidades no contenidos en la norma original que se pretendía reglamentar, sino también porque la potestad reglamentaria del ejecutivo no tiene eficacia en tratándose de códigos civiles, penales, procesales, etc., pues tal atribución del gobierno tiene por fin garantizar la cumplida ejecución de las leyes, y los códigos regulan materias que no se ejecutan sino que se aplican.

4) Ante la disyuntiva generada por un conflicto entre las normas constitucionales y una norma legal (ley o decreto), se impone la aplicación en cada caso en concreto, de la norma constitucional, según se establece en el art. 215 de la Carta, desechando la disposición legal por aplicación del principio de excepción de inconstitucionalidad, mientras que el Consejo de Estado invalida la norma por vía de acción.

<sup>5</sup> *Anales del Consejo de Estado*, año XXVI, t. LIII, núms. 341 a 346, Bogotá, Imprenta Nacional.

# Corte Suprema de Justicia \*

(Sala Plena)

## CONSTITUCIONALIDAD DE ALGUNAS DISPOSICIONES SOBRE EL JURADO DE CONCIENCIA EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. ALCANCE DEL DEBIDO PROCESO

La Corte considera exequibles el art. 531 del C. de P. P. en cuanto establece la deliberación separada de los jurados de conciencia, y el 533-2 en cuanto permite variar la calificación correspondiente, sin que ello implique transgresión alguna del principio del debido proceso. Este, según se afirma, comprende un complejo de garantías de índole penal y procesal que apuntan al logro de la justicia, la seguridad, la libertad, la racionalidad y fundamentación de las resoluciones judiciales, con base en tres aspectos: juzgamiento por el juez competente, preexistencia de la ley, y observancia de las formas propias de cada proceso.

Comentario: Dr. JUAN GUILLERMO JARAMILLO DÍAZ

Magistrado ponente: Dr. JAIRO E. DUQUE PÉREZ

Julio 16 de 1987.

### I. ANTECEDENTES

Por haberse agotado los trámites del proceso constitucional a que alude el epígrafe, procede la Corte a decidir la demanda de inexecutable presentada por el ciudadano VÍCTOR EDUARDO CORREDOR GARNICA contra los fragmentos que posteriormente se indicarán de los arts. 529, 531 y 533 del decreto 050 de 1987 (Código de Procedimiento Penal). El impugnante actúa en ejercicio del derecho que consagra el art. 214 de la Constitución Nacional.

### II. NORMA ACUSADA

El texto de los artículos a que pertenecen los fragmentos acusados y que para mayor

claridad y precisión se subrayarán, es el siguiente:

“DECRETO 050 DE 1987

”(enero 13)

”Por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal

”...

”TÍTULO II

”Capítulo I

”Juicio con intervención de jurado  
de conciencia

”...

\* Esta decisión puede consultarse en el expediente núm. 1604. Actor: Víctor Eduardo Corredor Garnica, aprobada mediante acta núm. 33. Sentencia núm. 80.

”Artículo 529.—Cuestionario al jurado. El cuestionario que el juez someterá, en sendas copias al jurado al terminar el debate oral, versará exclusivamente sobre la responsabilidad que en los hechos tenga el acusado, se formulará así: El acusado N. N. es responsable, ‘sí’ o ‘no’ de los hechos (aquí se determinará el hecho o hechos materia de la causa, con indicación de las circunstancias objetivas de lugar, tiempo y modo).

”...

”Artículo 531.—Decisión del jurado. Terminado el debate oral, el juez exhortará a los jurados acerca de la gravedad del juramento que prestaron y los separará para que contesten el cuestionario o cuestionarios respectivos, que se les entregará inmediatamente a fin de que emitan su veredicto.

”Cada uno de los jurados deberá contestar los cuestionarios que le hayan sido entregados con un ‘sí’ o un ‘no’ exclusivamente. Cualquier agregado a la respuesta se entenderá como no escrito.

”La decisión de la mayoría constituye el veredicto. El escrutinio de la decisión constará en acta que suscribirán inmediatamente el juez, los jurados y el secretario.

”...

”Artículo 533.—Concordancia de la sentencia con el veredicto. En los procesos con intervención del jurado, el juez dictará la sentencia de acuerdo con el veredicto, con la resolución de acusación, con las pruebas aportadas en el juicio y con el debate oral de la audiencia pública.

”Podrá por tanto, variar la denominación del delito dentro del género del capítulo correspondiente del Código Penal y declarar cualquier otra circunstancia modificadora de la culpabilidad y de la punibilidad. En todo caso se consignarán con claridad las razones que el juez ha tenido para acoger o rechazar los planteamientos del debate oral”.

### III. RAZONES DE LA DEMANDA

Considera el actor que las normas parcialmente acusadas violan los arts. 53 y 26 de la Constitución Nacional.

Apoya su afirmación en los siguientes argumentos:

1) El texto del art. 53 de la Constitución se quebranta por las partes subrayadas en los arts. 529 e inciso 2º del 531, porque estas disposiciones les imponen a los miembros del jurado de conciencia la obligación de responder afirmativa o negativamente, con un “sí” o un “no” categóricos sobre la responsabilidad del procesado, sin permitirles ninguna agregación a su veredicto, y con estas expresiones se consagra “una arbitraria injerencia del legislador, limitando la facultad soberana del jurado de conciencia para tomar su decisión, la cual se conforma de los elementos de convicción deducidos del proceso ... ciertamente es la forma más aviesa de intromisión y desconocimiento de su libertad de conciencia”.

2) El inciso 2º del art. 533 es contrario al canon 26 del Estatuto Fundamental porque desconoce “la plenitud de las formas propias de cada juicio” que exige la Constitución, ya que le otorga al juez una facultad amplia para proferir su decisión permitiéndole declarar cualquier circunstancia modificadora de la culpabilidad, incluso la posibilidad de deducir situaciones que agraven la responsabilidad del procesado que no se concretaron en la resolución de acusación o no fueron tenidas en cuenta en el cuestionario sometido al jurado, lo que le permite al juez prácticamente hacer agregados al veredicto e implica incurrir en la arbitrariedad de suplantarse el jurado en sus funciones, auspicando con este fenómeno que unilateralmente un jurado en derecho, a la sombra, complete o adicione su decisión; “en estas condiciones, agrega el demandante, el jurado de conciencia resulta ser un convidado de piedra, por cuanto únicamente se le permite pronunciar un ‘Sí’ o un ‘No’, que puede adicionar el juez con un criterio eminentemente legalista”.

Por otra parte, la facultad que al juez le otorga el inciso segundo del art. 533 para que modifique la calificación del hecho y declare circunstancias no contempladas en la resolución de acusación, “rompe el equilibrio que debe existir entre resolución de acusación, cues-

tionario y veredicto y la sentencia ... y permite inferir que incluso puede deducir alguna circunstancia de agravación punitiva no imputada en la resolución de acusación" lo que conduce obviamente a "que el procesado se enfrente a un nuevo cargo no deducido en la resolución de acusación ni demostrado en el plenario, siendo tomado de sorpresa para controvertirlo en la audiencia pública". Por todo lo anterior concluye el acusante, que el art. 533, es una "disposición colmada de ambigüedades, vacíos e irregularidades que no observan la plenitud de las formas propias del juicio, exigidas por el art. 26 de la Constitución Nacional".

#### IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL

El jefe del ministerio público desestima el cargo de violación del art. 26 de la Carta porque las normas acusadas no atentan contra el derecho de defensa ni el debido proceso, toda vez que ellas contienen un mandato para el juez y no para el defensor, quien, como ocurre en los juicios sin jurado, tiene la facultad de hacer uso de los remedios procesales (recursos ordinario o extraordinario) para impugnar la sentencia desfavorable al reo, en el supuesto de que ella desconozca o modifique la imputabilidad de este o introduzca causales de agravación no contempladas en la resolución de acusación.

Considera que si la pretensión de inconstitucionalidad que plantea el demandante se ubica en armonía con el esquema procesal, la Corte debería proferir decisión inhibitoria por proposición jurídica incompleta porque no se impugnaron disposiciones que están en conexión sustancial con las acusadas "y que no se explicarían sino vinculadas a la subsistencia y validez de las que se tachan de inconstitucionales"; a este propósito cita, a manera de ejemplo, el párrafo del art. 226 que eleva a causal de casación en los juicios con jurado el haber omitido el juez de derecho cualquier circunstancia modificadora de la culpabilidad o punibilidad, tal como lo exige el inciso 2° del art. 533.

En cuanto a la lesión del art. 53 de la Constitución según lo alega el demandante, considera que no se violenta la convicción moral, política o religiosa de los jurados, pues las normas acusadas simplemente determinan el ámbito de la función que se les ha confiado a estos y los requisitos o condiciones en que deben ejercerla: afirmando o negando simplemente la responsabilidad del acusado pero sin que importen los fundamentos íntimos de su convicción. Por tanto las normas así entendidas no afectan la opinión o libertad religiosa de los jueces populares, ni por medio de ellas se les compele a profesar determinadas creencias o a observar prácticas contrarias a su personal conciencia. Tampoco desconocen, en sentir de la agencia fiscal, las demás libertades en que se concreta la libertad de conciencia, tales como la de opinión o enseñanza.

#### V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

*Primera.—La competencia.* Como las normas acusadas forman parte del decreto extraordinario 050 de 1987, expedido por el gobierno en ejercicio de las facultades que le confirió la ley 52 de 1984, de conformidad con el numeral 12 del art. 76 de la Constitución, la Corte es competente para decidir sobre su exequibilidad por disponer así el art. 214 del Estatuto Fundamental.

*Segunda.—El ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la ley 52 de 1984.* Verifica la Corte que la constitucionalidad de los preceptos demandados en punto a la expedición del estatuto que los contiene (Código de Procedimiento Penal) dentro de los límites materiales y temporales que exige la Carta, fue definida por esta corporación en sentencias números 49 de mayo 21 de 1987 (proceso 1582) y 74 de julio 9 de 1987 (proceso 1585), mediante las cuales declaró exequible el decreto 050 de 1987 "en cuanto su expedición y vigencia se cumplieron dentro de los términos previstos en la ley 52 de 1984" y el presidente "no excedió el límite material" que le señaló la referida ley.

*Tercera.—La constitucionalidad del inciso 2° del artículo 531 y de las expresiones "SÍ" o "NO" del artículo 529.* Con respecto a las expresiones "... con un 'SÍ' o un 'NO' exclusivamente, cualquier agregado a la respuesta se entenderá como no escrito", del precepto citado, cabe advertir que igualmente fueron declaradas exequibles mediante sentencia núm. 73, de julio 9 de mil novecientos ochenta y siete, por haber considerado la Corte que, según el art. 164 de la Constitución, es facultad del legislador instituir jurados para causas criminales y delimitar sus atribuciones (expediente 1581).

Como la anterior decisión ha hecho tránsito a cosa juzgada y tiene carácter definitivo y efectos *erga omnes*, se dispondrá en este proceso estarse a lo en ella resuelto.

Igualmente y por las mismas razones se ordenará estar a lo decidido en la sentencia núm. 75 de julio 9 de 1987 (proceso 1588) que declaró exequible el art. 529 del decreto 050 de 1987.

*Cuarta.—La deliberación del jurado.* Corresponde entonces analizar las expresiones "los separará" del inciso 1° del art. 531 y "cada uno de los jurados" del inciso 2° del art. 533, sobre las cuales no ha recaído aun pronunciamiento de la Corte.

Las expresiones aludidas indican que los jurados no podrán deliberar sobre el asunto sometido a su conocimiento, ya que terminado el debate oral el juez, previa exhortación acerca de la gravedad del juramento que prestaron y a sus imponderables deberes, los aísla para que individualmente se pronuncien sobre las cuestiones que les someta el juez del conocimiento.

Esta modificación que introduce el decreto 050 de 1987 al juicio con intervención de jurado, obedeció a los inconvenientes que se presentaban en la práctica por integrarse el *jure* con personas que no tenían la misma preparación intelectual, por lo cual el juez de mayor nivel cultural imponía su criterio a los otros, resultando el veredicto como la expresión de la convicción de un solo jurado y no de la unanimidad o mayoría según lo pretendía la ley.

En orden a establecer si los fragmentos de las disposiciones acusadas violan realmente el Estatuto Fundamental, es necesario hacer las siguientes consideraciones:

a) El cardinal principio de la "legalidad del proceso" que la doctrina y jurisprudencia denominan "debido proceso", comprende un complejo de garantías de índole penal y procesal que apuntan al logro de la *justicia, seguridad, libertad, racionalidad y fundamentación de la resolución judicial*; está consagrado en el art. 26 de la Constitución Nacional y, a la vez, en los arts. 1° del nuevo estatuto procesal penal (decreto 050 de 1987), 8-1 de la ley 16 de 1972, 14-1 de la ley 74 de 1968, 11 del decreto 100 de 1980 (C. Penal), 297 del Código Penal Militar, y en los arts. 1° y 3° del decreto 409 de 1971.

Tal como está establecido en el precitado texto constitucional, el "debido proceso" tiene tres aspectos o modalidades netamente separables, con autonomía conceptual y efectos jurídicos propios; son ellos: a) el juzgamiento debe ser hecho por *juez competente* previamente establecido por el ordenamiento; b) al tiempo de cometerse el hecho punible, materia de dicho juzgamiento, debe *preexistir* ley penal que lo tipifique como delito y a la vez, la ley procesal que señale el rito a seguirse para establecer la sanción y demás medidas pertinentes; y c) finalmente, en todas las actuaciones, se debe observar la *plenitud de las formas* propias de cada proceso.

En fallo de 2 de octubre de 1981 consideró la Corte que el derecho de defensa es también emanación del debido proceso y que el art. 26 de la Carta Fundamental tiene por objeto principal su garantía; perentoriamente declaró que "No hay sistema procesal alguno que lo pueda excluir".

Los derechos de impugnación y de contradicción, en que se descompone en la práctica el derecho de defensa, se encuentran específicamente proclamados según aquella decisión en los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos" aprobados por la

Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966 y convertidos en norma nacional mediante la ley 74 de 1968.

Haciendo mayor énfasis sobre tan trascendentes garantías, esta corporación en sentencia del 7 de marzo de 1985 dijo que "los principios del debido proceso y el derecho de defensa exigen el respeto a las formas normadas también preexistentes para cada juicio, la carga de la prueba para el Estado y no para el sindicado, la controversia probatoria plena y previa a la evaluación y decisión, y la prohibición no solo de la penalidad sino también del juzgamiento *ex post facto*, o sea para hechos sobrevenientes, no probados o no controvertidos, o no inculcados inicialmente, o aún no establecidos previa y claramente en norma alguna".

La violación, en la actuación procesal penal, de los anteriores principios está erigida en causal de nulidad de la actuación (arts. 305-2, 305-1ª y 3ª); y en caso de que mediare privación de la libertad "con violación de las garantías constitucionales o legales" (art. 409 del Código de Procedimiento Penal) con la libertad inmediata y el *habeas corpus* (art. 455 *ibidem*).

Pero cuando la infracción de esas garantías, en cualquiera de sus aspectos, proviene de la ley, la inconstitucionalidad de esta se impone a fin de restablecer el imperio de la normatividad constitucional perturbada por el precepto correspondiente.

b) Ahora bien: confrontando las expresiones acusadas de los incisos primero y segundo del art. 531 ("y los separará" y "cada uno") con los principios que fluyen del derecho de defensa y del debido proceso en los señalados aspectos o modalidades, no se encuentra que ellas quebranten en forma alguna la Carta Fundamental, pues no es de su naturaleza propia que la función del jurado sea deliberante ni la Constitución le ha dado este carácter. Todo lo contrario, para que se logre una verdadera convicción de sus integrantes y el veredicto sea el reflejo de su personal persuasión

es menester evitar la recíproca influencia que entre ellos se pueda presentar, ya que su deliberación es propicia, como lo anotó FERRI, para que "afloren los sentimientos personales de manera más instintiva prevaleciente".

El análisis ponderado de los hechos, prolegómeno obligado de la decisión final, se logra con la reflexión individual de los jueces de conciencia, y este proceso psicológico podría verse afectado si no tuvieran la más absoluta independencia para sopesar las circunstancias sometidas a su consideración por el juez de la causa.

De lo anterior es obligado colegir que no pugnan con el art. 26 de la Carta Fundamental las expresiones demandadas de los incisos primero y segundo del art. 531 del nuevo Código de Procedimiento Penal. Así se declarará en la parte resolutive de este fallo.

Quinta.—Variación de la denominación jurídica del delito y de las circunstancias que modifican la culpabilidad y/o punibilidad. El art. 533 del estatuto procesal penal a que pertenece el inciso demandado forma parte del capítulo I, título II del libro tercero y le da facultad al juez del conocimiento de "variar la denominación del delito dentro del género del capítulo correspondiente del Código Penal y declarar cualquier circunstancia modificadora de la culpabilidad y de la punibilidad". A la vez, el art. 501 del mismo Código, que no es objeto de acusación en este proceso, pertenece al título I del libro tercero y prevé igualmente la variación de la adecuación típica del hecho dentro del título del Código Penal, y le impone al juez la obligación de dictar el fallo con base en dicha variación.

Los textos de estas disposiciones, unidos al hecho de que entre ellas hay notables puntos de divergencia, permiten considerarlas como normas jurídicas autónomas, que si bien pueden integrarse como más adelante se indicará, no están sin embargo en relación de dependencia o subordinación que permita aceptar la tangencial sugerencia e implícita solicitud del señor *procurador general de la Nación* de fallo inhibitorio por proposición jurídica

incompleta, ya que el inciso segundo del art. 533 puede recibir un juzgamiento de constitucionalidad con independencia de lo que estatuje el art. 501.

Si bien es cierto que el censor de la constitucionalidad del multicitado inciso del art. 533 estriba al ataque en el hecho de que el juez del conocimiento, al hacer uso de la facultad que le impone esa disposición resulta en la práctica completando y adicionando la decisión del jurado, tal modificación no puede referirse a ninguno de los hechos sometidos a la consideración de este, porque es forzoso para el juez acoger el veredicto del jurado o declararlo contraevidente si considera que no corresponde a la realidad procesal. Pero esta consideración por sí sola no conlleva quebranto de norma o principio constitucional alguno, pues, como antes se dijo, es de incumbencia de la ley señalar los requisitos o condiciones en que el jurado popular decide las cuestiones que somete a su consideración el juez de la causa.

Además, para que el juez se pueda apartar "de los cargos deducidos en la resolución de acusación" y adecuar el *nomen juris* del hecho punible, cuya calificación es provisional según el numeral 3º del art. 471, a la realidad procesal es menester que del acervo probatorio de la causa, constituido por los distintos elementos de convicción aportados a ella o practicados en la audiencia pública, se evidencien los hechos o circunstancias en que haya de cimentarse la modificación de la denominación del delito o de la culpabilidad o punibilidad del agente ya que, como lo tiene definido la jurisprudencia de esta corporación en Sala de Casación Penal, "el término probatorio del juicio no constituye un ritual inútil. Significa que su finalidad, entre otras, es probar que las circunstancias específicas favorables o desfavorables deducidas en el auto de proceder (hoy resolución de acusación) pueden ser demeritadas y aún quedar demostradas las que no se pudieron tener en cuenta en ese pronunciamiento" (casación penal, marzo 12 de 1985).

Si pues, de las pruebas practicadas y debidamente controvertidas se desprenden tales circunstancias, corresponde al juez hacer la nueva adecuación típica, dictando auto de sustanciación motivado cuando la variación se produzca dentro del correspondiente título del Código Penal, y debiéndose suspender la audiencia pública por el término de dos días para que las partes soliciten las pruebas que tengan relación con la nueva adecuación, tanto en los juicios con jurado como en los que se realicen sin la participación de este (art. 501 del C. de P. P.). Cuando el cambio de adecuación se produce dentro del mismo capítulo, el juez procederá, con base en él, a dictar la sentencia en los juicios sin jurado, o a incorporar los nuevos elementos modificadores del tipo penal dentro del cuestionario que someterá al jurado, en los juicios en que este participa.

A pesar de la facultad que da la ley al juez para cambiar el *nomen juris*, no por eso puede el procesado considerarse sorprendido ni afectado en su derecho de defensa, ni menos vulnerado el debido proceso, pues, como antes se dijo, los hechos emergen de las pruebas practicadas durante el juicio, y para controvertirlas tiene nueva oportunidad en el debate oral, pudiendo inclusive pedir nuevas pruebas cuando el cambio de denominación se produce dentro de los distintos capítulos del mismo título.

No son por eso exactas las afirmaciones que hace el demandante cuando dice que la norma acusada permite al juez hacer agregados al veredicto, suplantando al jurado en sus funciones, pues es claro que la variación del tipo delictivo tiene que reflejarse necesariamente en el cuestionario que el juez somete a la consideración de los miembros que lo integran, el cual se elabora precisamente al terminarse el debate oral (art. 531), sin que le sea dado al juez separarse del veredicto, el que de acuerdo con el nuevo estatuto procedimental se limita a aceptar o rechazar con un SÍ o un NO los hechos consignados en el cuestionario.

Podría ocurrir eventualmente que el juez incluyera en el veredicto hechos sin respaldo en el material probatorio del proceso, pero ello no afecta en manera alguna el derecho de defensa de las partes, pues para corregir estos posibles errores existe la declaratoria de contraevidencia del veredicto. No es pues posible que se sorprenda a las partes intervinientes en el proceso con hechos no controvertidos durante el debate probatorio.

Es evidente entonces que el solo *debate oral* sin pruebas que lo respalden, no constituye por sí solo medio de convicción o elemento probatorio autónomo suficiente para que el juez de la causa, con prescindencia de tales elementos de prueba, cumpla con el deber que le impone el inciso acusado; deber o facultad que no puede ejercer en forma discrecional.

Se repite que es presupuesto necesario que el fallador debe tener en cuenta que las circunstancias adventicias en que ha de apoyar la nueva nominación del hecho o la variación de las circunstancias que lo califican, hubieren recibido adecuada comprobación en la etapa probatoria o en la audiencia pública y que estas hayan sido previamente sometidas a la apreciación del jurado, en razón de que el juez del conocimiento no puede hacer adiciones al veredicto de los jueces populares. Así lo había establecido ya la Sala de Casación Penal de esta corporación bajo la vigencia del anterior Código a pesar de que en este estatuto no había norma tan perentoria como el fragmento del art. 533 del nuevo, materia de la presente impugnación. Sobre el particular se puede citar, entre otras, la sentencia de 22 de mayo de 1975, en la que se dijo:

“De manera que la potestad del jurado (hoy juez de la causa) para declarar circunstancias agravantes o atenuantes de la responsabilidad que no hayan sido deducidas en el auto de proceder (resolución de acusación en el nuevo estatuto procesal penal), depende de que lo pertinente para tomar tal decisión se haya acreditado ya en la etapa probatoria del juicio o ya durante la audiencia pública, mediante

las pruebas que a ella pueden aportarse”; y, reiterando esta doctrina, precisó aún más su criterio en sentencia de casación de la Sala Penal de 30 de noviembre de 1978, con ponencia de José María Velasco Guerrero, en donde se afirmó: “No basta que la prueba aparezca en la etapa probatoria del juicio para que pueda el jurado valorarla en el veredicto, sino que es necesario *que se hubiere discutido con el sindicado y su defensor, con la amplitud debida*, de forma que no resulte sorpresiva, ni secreta, y que se haya aducido al juicio con la observancia de sus requisitos formales, legalmente obligatorios”.

Es pertinente pues reiterar esta doctrina, y al hacerlo la Corte se limita a constar que ella ha sido incorporada a la nueva legislación procesal penal, como bien se advierte en el inciso segundo de la disposición acusada. Así se evita el riesgo que el censor destaca con tanta insistencia en su demanda, de resultar enfrentado el procesado en la audiencia pública a cargos que lo tomen de sorpresa y resultar quebrantado de contera el principio del debido proceso.

La precedente interpretación del inciso acusado del art. 533 del decreto 050 de 1987 conduce inexorablemente a afirmar su total constitucionalidad. Así se habrá de decidir.

## VI. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, previo estudio de la Sala Constitucional y oído el concepto del procurador general de la Nación,

### RESUELVE:

*Primero.*—Estese a lo resuelto en la sentencia núm. 73 de julio 9 de 1987 (proceso 1581), que declaró exequible el inciso segundo del art. 531 del decreto 050 de 1987 (Código de Procedimiento Penal) en la parte que dice: “... con un ‘Sí’ o un ‘No’ exclusivamente. Cualquier agregado a la respuesta se entenderá como no escrito”.

*Segundo.*—Declarar *exequibles* las palabras: “... y los separará” del inciso primero del art. 531 y “cada uno” del inciso segundo del mismo artículo del decreto 050 de 1987 (Código de Procedimiento Penal).

*Tercero.*—Estar a lo decidido en la sentencia núm. 75 de julio 9 de 1987, que declaró exequible el art. 529 del decreto 050 de 1987 (Código de Procedimiento Penal).

*Cuarto.*—Declarar *exequible* el inciso segundo del art. 533 del mismo estatuto, conforme al cual “Podrá por tanto, variar la denominación del delito dentro del género del capítulo correspondiente del Código Penal y declarar cualquier otra circunstancia modificadora de la culpabilidad y de la punibilidad. En todo caso se consignarán con claridad las razones que el juez ha tenido para acoger o rechazar los planteamientos del debate oral”.

Cópiese, publíquese, comuníquese al gobierno nacional, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

## SALVAMENTO DE VOTO

D<sup>tes.</sup> JUAN HERNÁNDEZ SÁENZ, GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, JESÚS VALLEJO MEJÍA, LISANDRO MARTÍNEZ ZÚÑIGA y HÉCTOR MARÍN NARANJO

Queremos manifestar, muy respetuosa y cordialmente, las razones de nuestro dissentimiento con el fallo de exequibilidad proferido respecto del inciso 2° del art. 533 del decreto-ley 30 (sic) de 1987.

Consideramos que dicha disposición es contraria a la garantía del derecho de defensa que implícitamente consagra el art. 26 de la Carta y que ha sido explícitamente desarrollado por el Pacto de San José de Costa Rica, el cual debe ser observado por la legislación nacional mientras no se lo modifique mediante el trámite que la Constitución establece para el efecto.

En efecto, uno de los aspectos fundamentales de tan significativa garantía jurídica consiste en permitirles a quienes figuren como

procesados o demandados en las actuaciones judiciales, el conocimiento oportuno de los cargos que se les formulen, para así poder solicitar las pruebas y presentar los alegatos pertinentes para aclarar la situación.

A esto se refiere en forma precisa el Pacto de San José de Costa Rica, que ha sido debidamente aprobado por el Congreso (ley 16 de 1972) y ratificado por el presidente de la República, cuando exige como garantías judiciales mínimas que se dé “comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada”, y se haga “concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa” (art. 8° num. 2°, literales b y c).

La posibilidad que abre la disposición cuestionada de que el juez varíe en forma indefinida, antes y después del veredicto del jurado, los cargos inicialmente comunicados al procesado, sin que este pueda solicitar de manera efectiva (tiempo, conocimiento, recursos, etc.) la práctica de nuevos medios de prueba contra la modificación de la resolución acusatoria, ni alegar eficazmente respecto de la misma, vulnera en forma grave el derecho de defensa.

No se diga que la disposición es inocua porque las modificaciones que se permite introducir al juez deben versar sobre hechos punibles ubicados en los mismos capítulos legales que los inicialmente incriminados, pues aun así esas modificaciones pueden ser sustanciales. Hay mucha diferencia, en efecto, entre una calificación inicial, v. gr. por concepto de homicidio culposo, y otra sobreviniente en razón de un homicidio agravado.

Tampoco puede argumentarse en favor de este sistema la disposición del art. 491 del Código, que ordena anunciar desde un principio el propósito que se tenga al pedir la práctica de cada una de las pruebas, pues esta regla se aplica a las que soliciten las partes o el ministerio público, pero no a las que el juez ordene practicar de oficio. En consecuencia, es posible que al término de la etapa probatoria e inmediatamente antes de la intervención de las partes, se produzcan pruebas decretadas

oficiosamente que conduzcan a variar sustancialmente la acusación contra las cuales ya no sea posible oponer otras ni preparar oportunamente la defensa del procesado.

La situación no se remedia con el art. 501 del Código, pues a las claras se ve que esta norma ha sido prevista para los casos en que se decida variar la adecuación del hecho punible, dentro del correspondiente título del Código Penal, antes de que se produzca el veredicto del jurado.

Si bien la Corte ha declarado exequible la disposición que deja en manos de los jurados de conciencia el veredicto sobre los hechos, vedándoles al tiempo toda intervención en la calificación jurídica de los mismos, tarea que reserva al juez, ello no significa necesariamente que deba atribuirse a este último la potestad de modificar la resolución acusatoria cuando ya no tenga el procesado otra posi-

bilidad de defenderse que la interposición del recurso de apelación contra la sentencia, el cual, por la forma como se lo ha concebido, solo permite alegar respecto de la calificación de los hechos pero no brinda nuevas oportunidades para atacar las pruebas que hayan sido practicadas al término del período probatorio de la audiencia.

Por último, no debe olvidarse que tal como está ordenado el título que comprende el art. 533, de su texto mismo y de su interpretación armónica, resulta la posibilidad de que la variación de la denominación se haga en la misma sentencia, esto es, que se agrave un cargo sin posibilidad de que sobre él se ejerza oportunamente el derecho de defensa.

Esta sola hipótesis de la oportunidad procesal robustece aún más nuestra apreciación de que la norma demandada viola en forma ostensible el derecho de defensa.

\*\*\*

## COMENTARIO

### SOBRE LA INSTITUCIÓN DEL JURADO DE CONCIENCIA

Si bien es cierto que, entre otras muchas razones, para frenar las tenebrosas exageraciones en que incurría el dispensador de justicia, poderoso y omnímodo, se estableció la institución del jurado de conciencia, también lo es que por la ineptitud y total extravagancia que a poco le caracterizó, se clama, tiempo ha, por su abolición.

La sentencia anterior, por medio de la cual la Corte Suprema de Justicia declara exequibles algunos apartes de los cánones 529, 531 y 533 del decreto 050 de 1987, o nuevo Código de Procedimiento Penal, ostenta histórica importancia por las siguientes dos razones, en referencia específica a la institución del jurado de conciencia, así:

1ª) Ratifica la providencia la completa libertad que asiste al legislador ordinario o excepcional para desarrollar la norma constitucional y, en ese orden de ideas, "instituir jurados por causas criminales" cuando y de la manera que lo estime pertinente, señalarle con claridad y precisión su ámbito de acción y la dinámica mediante la cual cumpliría los fines previstos (Const. Nal., título xv, "De la administración de justicia"; inciso final del art. 164).

En esta materia, el actual estatuto, en referencia al anterior, presenta un basilar avance. De suerte que la novedosa dinámica consistente en que cada integrante

del tribunal popular debe dar respuesta "personal" al cuestionario o cuestionarios propuestos por el juez de derecho sin consultar conciencia extraña a la suya, no puede de ninguna manera constituir quebranto constitucional porque, importa repetir, la misma Carta Fundamental habilita a su desarrollador legítimo para determinar como lo estime necesario su propio funcionamiento.

La constitucionalidad de las disposiciones censuradas ('SÍ', o 'NO', art. 529; "y los separará", arts. 531, primer inciso; "cada uno", ibídem, inciso segundo, todos del decreto 050 de 1987) se evidencia en el contexto mismo del citado art. 164 de la Constitución patria, y porque esa ritualidad de ninguna manera lesiona o resquebraja el principio de legalidad o debido proceso jurisdiccional penal. En efecto, la garantía de defensa que también lo integra, así asistemáticamente no lo haga el Código de la materia, no se ve afectada porque cada miembro del jurado de conciencia responda de la manera como lo impone hoy el inciso segundo del texto 531 del ordenamiento procesal penal. Por el contrario, se advierte ahora mayor cobertura porque la defensa, tanto como los restantes intervinientes en la audiencia pública, tienen como destinatarios de sus argumentaciones y pedimentos al jurado de conciencia y al propio juez de derecho, este sí en plena y absoluta capacidad de comprender la exacta dimensión del proceso.

2ª) La añeja institución del jurado de conciencia se ha convertido, hace mucho tiempo ya, en inagotable fuente de injusticias e impunidad. Sus integrantes, bien en la estructura anterior o en la actual, no están a salvo de presiones de interminable número y diferentes origen y naturaleza.

La limitación que hoy tienen los integrantes del jurado de responder independientemente con un SÍ o un NO al cuestionario o cuestionarios propuestos por el juez superior, ostenta clara nota de constitucionalidad y de ventura para los fines de la justicia. En efecto, estaba el legislador en mora de establecer un control a los desafueros que constantemente cometían los jurados con la mayor parte de sus veredictos, al amparo desde luego de una mal entendida soberanía que ciertamente no podía tener esos alcances.

De suerte que ese control tiene la infinita virtud de impedirles, a riesgo de sanción de inexistencia, los ya casi que constantes "agregados", que no eran otra cosa que una vulgar y sorprendente forma de transacción que los jurados acostumbraban al término del debate público, con ostensible violación del juramento que previamente habían hecho de no juzgar asistidos por el temor, el afecto o el odio, transacción que no pocas veces se originaba en el lirismo y la elocuencia en que muchos desbordan, de tantísima usanza en los estrados judiciales, en razón de lo cual lograban, por ejemplo, la impunidad total o parcial de los crímenes más horripilantes e ignominiosos. Veredictos de esa laya se dieron, también por la vía de la transacción, luego de tediosas intervenciones durante las cuales se les hacía ver que las penas en Colombia no cumplen las funciones previstas en el canon 12 del Código Penal o que los centros penitenciarios en lugar de resocializar son auténticos antros de criminalidad, lo cual lamentablemente es cierto, pero, con todo y ello, esas reflexiones no pueden conducir, por sí mismas, a la negación de la responsabilidad penal. Ni la *compositio* punitiva, según bochornosos cálculos que hacían, escapó a la manera de actuar del jurado en la estructura funcional anterior.

Tal es, pues, el avance que en esta materia revela el actual Código de Procedimiento Penal. Pero fue un avance a medias porque, con todo y el control dicho, la institución del jurado de conciencia subsiste. Nada de lo que pudiera escribirse en estas páginas respecto de su necia e inconveniente permanencia en la estructura del proceso penal que maneja el juez superior en los específicos asuntos en los que ese infortunado tribunal sentencia lo procedente (homicidio, rebelión o sedición y los conexos con estos) podría en modo alguno superar las refinadas argumentaciones esbozadas en procura de su eliminación, obra de ínclitos juristas nacionales y foráneos de todas las épocas, el último de cuyos trabajos, también cautivante y persuasivo, es el del jurista antioqueño FERNANDO GÓMEZ GÓMEZ, magistrado integrante de la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior con sede en esta ciudad, a no dudarlo un immaculado y persistente demócrata (cfr. *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Penal*. Autores varios, Medellín, Señal Editora, 1987, págs. 215 a 236).

De manera que una institución que no puede ser expresión democrática por el origen y la forma de su composición; que no es, no ha sido ni será garantía de auténtica administración de justicia por el desgano con que el jurado cumple su función, en razón de que muy probablemente no es el impoluto ciudadano que se creía, o porque carece de los valores éticos, morales y sociales que se requieren para desempeñar cargo de tanta significación y dignidad, o porque su presencia es el resultado de un amago o efectiva orden de conducción, o porque su única preocupación consiste en los miles de pesos que dejará de percibir como consecuencia de esa designación, a todo lo cual debe agregarse, para colmo, la ignorancia que registra sobre las incidencias del proceso y de al menos algunas cuestiones jurídicas cuyo conocimiento se impone para una justa decisión; en fin, una institución que es génesis de severos trastornos procesales; que ha degenerado en deficiencias de todo orden y se ha convertido en monstruoso monumento de impunidad e injusticias, extraña su existencia en un país que, como el nuestro, hace gala de tradición democrática.

La importancia mayúscula de la sentencia del máximo tribunal de justicia estriba en que, en su parte estimativa, reseña con sobrada razón el hecho de que se trata de una institución "influenciable". Y aunque la Corte esbozó esa única censura en razón de la concreción de la aparente violación constitucional acusada, pero que en otras circunstancias podría abundar en ellas, tal como lo han hecho en otras oportunidades, de manera clara y categórica, distinguidos magistrados adscritos a esa corporación como los doctores Gustavo Gómez Velásquez y Rodolfo Mantilla Jácome, esa sola censura es apenas suficiente para desconfiar abiertamente de la institución del jurado de conciencia, dada la calidad de la función que está llamada a cumplir desplazando al juez de derecho.

Nadie puede sostener hoy válidamente que los delitos de homicidio, rebelión y sedición son los más graves y que, por lo tanto, su juzgamiento debe estar a cargo del jurado. A más de que todo delito es grave en sí mismo considerado, nadie osaría mantenerse en esa manera de pensar frente a los delitos de secuestro, narcotráfico, extorsión, entre otros, por cuya diaria y abundante consumación este país se ha convertido en el objeto fundamental de los medios de comunicación,

morbosos o no, nacionales y extranjeros, y en un país poblado de dementes y paranoicos, desgracias a las que pocos tienen la fortuna, por lo pronto, de escapar. Por ello el juzgamiento final a cargo del jurado de conciencia de esos tres únicos delitos degenera en *odiosa desigualdad*, aunque también para todo tipo de delito en *inminente inconveniencia*.

Si, pues, la doctrina y la jurisprudencia, así no sea en forma unánime, han enjuiciado de tal manera a la institución del jurado de conciencia, no se ve por qué entonces, a no ser que sea mera torpeza ante tantos y refinados argumentos, el legislador patrio insiste en su mantenimiento. Con su abolición se termina desde luego con el desplazamiento que hacen del juez de derecho y en él seguirá concentrada tan difícil pero enaltecedora tarea de administrar justicia; porque precisamente es el juez, según la muy autorizada opinión del maestro Luis Zafra, quien está científicamente preparado para esa función, hoy con mucha más razón cuando comienza a hacerse efectiva la carrera judicial con la cual se aspira al mantenimiento en ella del funcionario honesto, capaz y esmerado, según la propia inspiración del estatuto o decreto 050 de 1987, para fortuna de quienes realmente entiendan el buen sentido de la justicia y para tranquilidad de tanto escéptico, entre ellos, con razón desde luego, incontable número de abogados penalistas expertos en defensas ante el jurado de conciencia a quienes observamos muy frecuentemente preocupados por la manera como finalmente se integra el tribunal popular, porque a ellos los inquieta el sexo, la edad, origen y condición social, oficio, profesión, color, etcétera, de cada integrante, porque esos parámetros determinan el cuerpo mismo de la exposición, eleva de tono la incertidumbre en cuanto las resultas del debate y agudiza a cada quien, tortuosamente, la tensión propia y previa a la emisión del veredicto.

Junio de 1988.

# Corte Suprema de Justicia

(Sala Plena)

## ESTATUTO ANTITERRORISTA: APREHENSIÓN DE PERSONAS SIN MANDAMIENTO ESCRITO DE AUTORIDAD COMPETENTE \*

Son inexecutable los literales a) y b) del art. 40 del decreto 180 de 1988 (Estatuto para la Defensa de la Democracia), por violar el texto del art. 23 de la Constitución, en cuanto permitían a cualquier miembro de las Fuerzas Militares, Policía Nacional y Departamento Administrativo de Seguridad en casos de urgencia o fuerza mayor, aprehender sin orden judicial a personas indiciadas de participar en actividades terroristas, y practicar registros en lugares donde se presume se encuentren terroristas, o se hayan cometido actos encaminados a consumir un delito.

Comentario: Dr. HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO

Magistrado ponente: Dr. FABIO MORÓN DÍAZ

Marzo 3 de 1988.

### I. ANTECEDENTES

La Secretaría General de la Presidencia de la República ha remitido a esta corporación copia del decreto 180 del 27 de enero de 1988, "por el cual se complementan algunas normas del Código Penal y se dictan otras disposiciones conducentes al restablecimiento del orden público". Mediante oficio 948 del 28 de enero de 1988, y dentro del término señalado por el art. 121 de la Constitución Nacional, este decreto legislativo fue enviado para su revisión en atención a que fue dictado en ejercicio de las

facultades que al gobierno incumbe ejercer, en virtud de la declaración de estado de sitio hecha por medio del decreto 1038 de 1984. Corresponde decidir sobre su constitucionalidad.

### II. TEXTO DEL DECRETO

El texto del decreto que se revisa es el siguiente:

"....."  
El anterior decreto fue firmado por el presidente de la República y por todos los ministros de su Despacho.

\* El texto insertado corresponde a la sentencia núm. 21, acta núm. 11, expediente núm. 1776 (265 E). También, mediante sentencia núm. 22, de marzo 3/88, expediente 1777 (266 E), la Corte, con ponencia del magistrado JAIRO DUQUE PÉREZ, declaró exequible el decreto 181 de 1988, salvo el art. 12 en la parte que dice: "... nombrado por el Procurador General de la Nación"; el tenor de dicho decreto fue modificado en gran parte por el decreto 474 de 1988, tal como se puede confrontar en la sección de legislación.

De conformidad con lo dispuesto por el art. 14 del decreto 432 de 1969, en providencia del 3 de febrero de 1988 se ordenó la fijación del asunto en lista y el envío del expediente al señor procurador general de la Nación para que emitiera el concepto fiscal correspondiente una vez cumplido el término de rigor.

Mientras permaneció el expediente fijado en lista en la Secretaría General de esta corporación, presentaron escritos de impugnación los ciudadanos Carlos Medina Torres; Darío Garzón; Héctor Rodríguez Cruz; y Gerardo Molina, Iván Almarales, Claudia Marcela Paz y Marina Goenaga de Almarales; además presenta escrito de coadyuvancia sobre la constitucionalidad del decreto, el ciudadano Freddy E. Jaramillo Sánchez.

### III. EL CONCEPTO DEL PROCURADOR

El señor procurador general de la Nación emitió el concepto núm. 1293 del 19 de febrero de 1988, en el que opinó favorablemente sobre la exequibilidad del decreto que se revisa, con excepción de los numerales a) y b) del art. 40 y de todo el art. 47, para los que pide se declare la inexecutable.

Las siguientes son, en resumen, las consideraciones del jefe del ministerio público:

1) Todo el texto del decreto cumple con las exigencias formales y materiales señaladas por el art. 121 de la Carta, ya que es una norma con fuerza solo transitoria, que fue firmada por el presidente de la República y todos sus ministros y, además, guarda estrechos vínculos de conexidad con los motivos invocados por el decreto 1038 de 1984 para decretar el régimen de excepción.

2) En su concepto, los arts. 1º a 36 que crean nuevas figuras delictivas; modifican parcialmente el Código Penal vigente; señalan penas privativas de la libertad y consagran especiales circunstancias de agravación punitiva, corresponden al ejercicio de las facultades que tiene el gobierno en el estado de sitio y no resultan contrarios a ninguna de las disposiciones de la Carta constitucional. Son el

resultado del ejercicio de las facultades propias del gobierno en este régimen, que consisten en la posibilidad de suspender las leyes que se consideran inconciliables con la alteración del orden público.

3) Aunque las normas que se revisan sean objeto de reparos de orden técnico en cuanto que la descripción de las conductas que se tipifican manifiestan algunos errores, ello no indica violación a los principios consagrados por los arts. 23, 26 y 28 de la Carta. En su concepto:

"La mayoría de los artículos impugnados por este concepto prescriben tipos penales subordinados, en blanco o de reenvío, que para su cabal entendimiento y aplicación precisan su integración con el respectivo tipo básico. Así es posible que si se toman separada o aisladamente los literales a), b) y c) del párrafo del artículo 3º, resulte equívoco el comportamiento que penaliza el legislador extraordinario al señalar ciertas conductas como constitutivas de auxilio a actividades terroristas. Pero es obvio que tales disposiciones, en la labor interpretativa propia de los jueces competentes, deben ser armonizadas con criterios sistemáticos, especialmente con el artículo 1º que define con claridad y precisión la conducta constitutiva de terrorismo, y también con las normas ordinarias del estatuto penal relativas al aspecto intencional del delito (culpabilidad) y a la complicidad criminal.

"En estos términos igual respuesta debe ofrecerse a la impugnación presentada en relación con la expresión «o de una organización terrorista» del artículo 7º (concierto para delinquir), pues su contenido y alcance deben comprenderse con los elementos compositivos de la figura del terrorismo precisados en el artículo 1º.

"Se tiene entonces que ninguno de los artículos del Estatuto en revisión que describen hechos punibles y circunstancias de agravación punitiva o elevan a categorías autónomas delictivas simples formas de participación criminal, ofrecen ambigüedad en su redacción, por lo que se avienen a la Constitución

Nacional y de modo especial a los principios prescritos en los artículos 23, 26 y 28".

4) Sostiene que el art. 4º, que tipifica como delictiva la omisión de informes sobre actividades terroristas, debe integrarse con las normas generales del Código Penal, a cuyo tenor el hecho se justifica plenamente cuando la acción u omisión se realice en legítimo ejercicio de un derecho. La garantía constitucional del art. 25 de la Carta está implícita en esta disposición y en otras semejantes.

5) El art. 38 del decreto que se revisa, es similar al art. 12 del decreto legislativo 1631 de 1981, respecto del cual la Corte declaró su exequibilidad. Con base en las consideraciones que para este último caso hizo la Corte, procede reconocer la constitucionalidad de la disposición referida. Los arts. 39 y 41 a 46 no se oponen a los mandatos de la Constitución ni la infringen, ya que también son compatibles con las facultades que el art. 121 de la Carta otorga al ejecutivo y se cifan a las garantías del debido proceso y de la defensa.

6) De otra parte, los literales a) y b) del art. 40 del decreto 180 de 1988 quebrantan lo prescrito por los arts. 23 y 24 de la Carta Fundamental que consagran, respectivamente, la libertad personal, el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio el primero, y señala una excepción prevista solo para casos de flagrancia el segundo. La existencia de un indicio o una presunción en ningún momento reemplaza la orden escrita de autoridad competente cuando no se está frente a la hipótesis de la flagrancia, la que tampoco puede bajo ninguna circunstancia sustituirse por las causales de "urgencia o fuerza mayor".

7) Por último, advierte el jefe del ministerio público que el art. 47 del decreto en revisión automática, también quebranta el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia que consagra el art. 38 de la Carta, puesto que dentro de este concepto también quedan comprendidas las comunicaciones telefónicas. Este artículo "prescinde de la orden del funcionario competente, que lo es el juez del

proceso y permite la interceptación de las comunicaciones telegráficas y telefónicas en un campo distinto del estrictamente señalado por la Constitución: el proceso".

Para los arts. 49, 50 y 51 pide que se apliquen las mismas consideraciones que llevaron a la Corte a declarar la constitucionalidad de los decretos 1923 de 1978 y 3418 de 1954.

#### IV. INTERVENCIÓN CIUDADANA

1) Las impugnaciones presentadas oportunamente son las siguientes:

a. El ciudadano Carlos Medina Torres solicita que se declare la inexecutable del art. 40 del decreto que se revisa por ser violatorio del art. 23 de la Carta. Sostiene que aunque se hace necesario el establecimiento de normas de excepción se deben respetar los preceptos constitucionales que le dan razón de ser al Estado de Derecho, uno de los cuales es el que consiste en garantizar que ninguna persona puede ser molestada ni reducida a prisión o arresto, ni su domicilio registrado sino en virtud del mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos por las leyes.

b. El ciudadano Darío Garzón Garzón impugna la constitucionalidad del art. 29 del decreto y el numeral 1º del art. 30 de la misma norma, porque desconocen el principio de la tipicidad contenido en el art. 26 de la Carta. El art. 31 del mismo decreto desconoce el principio de la tipicidad, ya que no arroja ninguna claridad sobre los sujetos pasivos de la conducta delictiva, quedando el sujeto activo a merced de la arbitrariedad judicial. Solicita, además, la declaratoria de inexecutable del art. 37, puesto que por ninguna parte la legislación vigente establece esta figura, y no se sabrá cuándo se debe conceder y bajo qué circunstancias es procedente la misma, dando origen a un amplio margen de discrecionalidad judicial.

c. El ciudadano Héctor Rodríguez Cruz manifiesta que el art. 40 en sus litera-

les a), b) y c) y el art. 47 del decreto que se revisa, son contrarios a lo dispuesto por la Constitución Nacional en los arts. 23, 25, 38, 55 y 58, porque entregan funciones a los cuerpos de seguridad del Estado que corresponden exclusivamente a los órganos jurisdiccionales. También estima que, de conformidad con las normas de la Carta Fundamental, nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo y que la Carta garantiza la privacidad de las comunicaciones habladas y escritas. Las normas que impugna recortan funciones a los jueces, los que en adelante van a ser unos simples espectadores del proceso penal, encargados solo de recibir las pruebas que les lleven los organismos encargados de las funciones de policía judicial. En su parecer las normas que impugna conllevan al abuso y a la arbitrariedad de las autoridades habilitadas para cumplir las funciones previstas en este nuevo Estatuto.

d. El ciudadano Pedro Pablo Camargo solicita que se declare la inconstitucionalidad de todo el decreto 180 de 1988, puesto que viola lo prescrito por el art. 121 de la Constitución Nacional al no existir conexidad entre el mismo decreto y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de sitio. Manifiesta que no hay conexión directa entre las dos disposiciones y que, por el contrario, la norma que se revisa agrega causales de turbación del orden público no contempladas por el decreto 1038 de 1984. En su sentir, lo previsto por el decreto 180 de 1988 en cuanto complementa las disposiciones del Código Penal y de Procedimiento Penal no se encamina al restablecimiento del orden público como lo exige el art. 121 de la Carta.

Además, todo el decreto acusado viola lo dispuesto por los arts. 55 y 76 de la Constitución porque, de una parte, solo al Congreso corresponde hacer las leyes y reformarlas, y lo que hace el decreto es complementar las disposiciones del Código Penal y de Procedimiento Penal con vocación de permanencia y, de otra, rompiendo el principio de la separación de poderes, dado que no acudió al Con-

greso para adoptar las medidas contenidas en el "Estatuto para la Defensa de la Democracia". El art. 40 del artículo (sic) 180 de 1988 desconoce lo prescrito por los arts. 23, 28 y 61 de la Carta, ya que no respeta las garantías constitucionales de la libertad, seguridad e inviolabilidad de domicilio, que son sagradas para nuestro orden constitucional. Esta última norma conduce a la concentración de facultades judiciales en autoridades militares y además establece un procedimiento absurdo de retención de personas, en contra de lo dispuesto por el art. 28 de la Carta.

El art. 47 del mismo decreto desconoce lo prescrito por el art. 38 de la Constitución Nacional en cuanto que la correspondencia privada puede ser objeto de retención y apertura y, además, las comunicaciones telegráficas y telefónicas pueden ser interceptadas e conocimiento de las facultades privativas del poder judicial. Además, los arts. 1º a 36 también violan el art. 26 de la Carta porque desconocen el principio de favorabilidad en materia penal y extienden hasta los máximos punitivos que prevén, la vigencia de las normas que son eminentemente transitorias. Por último considera que el artículo (sic) 180 de 1988 viola en particular el art. 20 de la Carta, puesto que la conducta prevista por esta norma no puede engendrar responsabilidad criminal sin que exista infracción del Código Penal o de las leyes conexas.

e. Los ciudadanos Gerardo Molina, Iván Almarales, Claudia Marcela Paz y Marina Goenaga de Almarales, sostienen en su impugnación que el párrafo del art. 3º, y los arts. 4º, 7º, 17 y 40 lts. a) y b) son contrarios a los arts. 23, 26 y 28 de la Constitución. Las normas impugnadas no describen de manera expresa las conductas típicas correspondientes a los hechos punibles que prevén; contienen expresiones imprecisas y ambiguas que permiten el enjuiciamiento y condena de inocentes. Es el juez el que arbitrariamente puede determinar el contenido de la conducta sancionable, lo mismo que los alcances del delito. Las normas impugnadas no señalan

con precisión en qué consiste "ser susceptible de ser destinada", "organización terrorista", "cualquier tipo de alojamiento", "fuera de los casos de complicidad", "relacionados con terroristas", etc., expresiones todas vagas e imprecisas, carentes de sentido jurídico penal.

El art. 4º obliga, en contra de lo previsto por el art. 40 de la Carta, a todas las personas a declarar contra sí mismas y contra sus parientes más cercanos. Además el art. 40 del decreto 180 de 1988 en sus literales a) y b) autoriza el desconocimiento de fundamentales derechos y garantías constitucionales como los de la libertad personal y la inviolabilidad del domicilio. Estas normas prescinden totalmente del mandamiento escrito de autoridad competente que ordena la Carta, pues la "urgencia" de que trata esta norma no equivale a la del delincuente cogido *in flagranti*, previsto en el art. 24 de la Constitución.

2) En coadyuvancia de la constitucionalidad de la norma que se revisa, el ciudadano Freddy Enrique Jaramillo Sánchez presentó escrito, dentro del término de fijación en lista correspondiente, y solicita a esta corporación que tenga en cuenta que los arts. 40, 49 y 50 se ajustan en todas sus partes a la Constitución Nacional. En su opinión el art. 24 de la Carta Política habilita a cualquier persona para aprehender a un delincuente y debe entenderse que también lo hace con la fuerza pública. El delito de terrorismo hace difícil la verificación de los estados de flagrancia; su percepción se puede obtener quizá solo con leves indicios. El art. 40 debe entenderse de conformidad con lo dispuesto por el art. 24 de la Constitución. Además, sobre el art. 49 del decreto 180 de 1988 sostiene que se expidió dentro de lo señalado por el art. 42 de la Carta, que les impone deberes y responsabilidades a los periodistas. Lo mismo predica el art. 50 bajo examen y agrega que se ajusta al mandato del art. 16 de la Constitución, que impone al Estado el deber de asegurar la vida de los ciudadanos.

3) Fuera del término de fijación en lista y por la Secretaría de la Sala Constitucional

de la Corte, los ciudadanos Carlos Alfonso Moreno Novoa, Arnulfo Cruz Castro y otros, presentaron escrito de impugnación contra los arts. 1º, 17, 37, 38, 40 literales a) y c), 47 y 50 del decreto 180 de 1988.

#### V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1) *Competencia*. Como el decreto 180 de 1988 fue dictado por el gobierno en ejercicio de las facultades del estado de sitio, compete a la Corte el control de su constitucionalidad, conforme a lo previsto en el parágrafo del art. 121 de la Carta, en concordancia con el 214 *ibídem*.

2) *Requisitos formales*. Desde el punto de vista formal el decreto que se revisa llena los requisitos constitucionales, pues fue expedido por el presidente de la República y lleva la firma de todos los ministros del Despacho y su vigencia es transitoria, ya que solo suspende las disposiciones que le sean contrarias.

3) *Conexidad*. El decreto 180 de 1988 desarrolla el decreto 1038 de 1984, que declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional y que se encuentra vigente, con fundamento en las siguientes consideraciones:

"Que en diversos lugares del país han venido operando reiteradamente grupos armados que han atentado contra el Régimen Constitucional, mediante lamentables hechos de perturbación del orden público y suscitando ostensible alarma en los habitantes;

"Que para conjurar la grave situación, especialmente en los departamentos de Cauca, Huila, Meta y Cauca, el Gobierno declaró turbado el orden público y en estado de sitio el territorio de dichos departamentos por medio del decreto 615 de 14 de marzo anterior;

"Que el gobierno ha utilizado para el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales los medios que le atribuye la legislación ordinaria, sin que haya bastado su efecto para recobrar la normalidad;

"Que con posterioridad a la expedición del Decreto 615 de 1984, han tenido lugar asaltos

a poblaciones por obra de grupos armados, entre ellos los ocurridos sobre Acevedo en el departamento del Huila, Corinto en el departamento del Cauca, Sucre y Jordán Bajo en el departamento de Santander, Giraldo en el departamento de Antioquia y Miraflores en la Comisaría del Guaviare;

"Que por la acción persistente de grupos antisociales relacionados con el narcotráfico, viene perturbándose gravemente el normal funcionamiento de las instituciones en desafío criminal a la sociedad colombiana, con sus secuelas en la seguridad ciudadana, la tranquilidad y la salubridad públicas y en la economía nacional;

"Que recientemente ocurrieron actos terroristas en las ciudades de Medellín, Cali y Bogotá, causantes de la destrucción de numerosos vehículos de transporte colectivo;

"Que al anoecer del día de ayer fue asesinado el señor Ministro de Justicia Rodrigo Lara Bonilla;

"Que en general, hechos de violencia provocados por las circunstancias antes mencionadas han ocasionado sensibles bajas del personal de las Fuerzas Militares y de Policía, lo mismo que víctimas en la población civil;

"Que se hace necesario, ante la gravedad de la situación, adoptar las medidas de excepción contempladas en el artículo 121 de la Constitución Política;

"..."

En el decreto 180 que se revisa, el gobierno estima además:

"Que tales fenómenos de perturbación del orden público se han agravado considerablemente en todo el territorio nacional, manifestándose en actos que atentan contra la vida e integridad de funcionarios del Estado, dirigentes políticos y sindicales, intelectuales; el secuestro de candidatos a Alcaldías y Corporaciones Públicas de elección popular, con fines desestabilizadores de las instituciones democráticas;

"Que igualmente, mediante actos terroristas se han causado graves daños a oleoductos, plantas industriales, edificios públicos, sedes

de partidos y agrupaciones políticas, instalaciones militares, policiales y de servicios públicos;

"Que el decreto ley 3418 de 1954, en sus artículos 1º y 5º, establece que los canales radioeléctricos que Colombia utiliza o pueda utilizar en el ramo de telecomunicaciones, son propiedad exclusiva del Estado y que en caso de guerra exterior o grave conmoción interna, el Gobierno podrá, mientras dura la emergencia, recobrar el dominio pleno de las frecuencias o canales que hubiere cedido en explotación a los particulares.

"Que es deber del Gobierno Nacional enfrentar esta situación de violencia generalizada y de ataques premeditados a las instituciones democráticas que se han manifestado en el auge de actos terroristas, para lo cual es necesario complementar las disposiciones del Código Penal y de Procedimiento Penal;

"Que la declaración del actual estado de sitio tuvo origen, igualmente, en la acción criminal de grupos relacionados con el narcotráfico, la cual se ha concretado en actos desestabilizadores de las instituciones democráticas, como la muerte violenta del Procurador General de la Nación;

"..."

Como se advierte objetivamente, el decreto 180 de 1988 se apoya en las motivaciones del decreto 1038 de 1984 que declaró turbado el orden público y en estado de sitio toda la Nación, y además agrega otras causas de perturbación del orden público que lo han agravado considerablemente en todo el territorio nacional, lo que viene a constituir las llamadas circunstancias o motivaciones sobrevinientes que la Corte ha aceptado en otras oportunidades como justificativas de nuevas regulaciones de orden público, sin que sea necesario producir ningún nuevo decreto que las fundamente.

La validez constitucional de las normas objeto de examen depende, como lo ha dicho la jurisprudencia, de que las disposiciones suspensivas de leyes vigentes y las que establezcan las transitorias que las sustituyen, tengan conexión directa con los motivos de

perturbación que se pretenden superar con su aplicación, así como de su conformidad con el art. 121 y las demás disposiciones constitucionales. El estudio de constitucionalidad que se confía a la Corte debe atenerse por lo común previamente, de manera principal, al examen objetivo de la vinculación que exista entre las providencias decretadas por el gobierno y las necesidades del orden público turbado. (Sentencia de mayo 14 de 1980. *Gaceta Judicial* 2338 Bis de 1970, pág. 154).

El estado de sitio, como lo ha dicho también en forma reiterada la jurisprudencia, es un régimen de excepción previsto en la Constitución, por eso mismo no puede implicar la sustitución de sus preceptos. En estado de sitio rige la Constitución con las restricciones en ella establecidas de manera expresa. Esa es la razón del control de constitucionalidad que compete a la Corte sobre el ejercicio de los poderes propios de aquel régimen. Para este efecto ha distinguido la jurisprudencia tres grupos de norma: las que rigen plenamente tanto en tiempo de normalidad como de turbación, las que prevén limitaciones temporales por razón del estado de sitio, y aquellas que permiten suspender el ejercicio de algunos derechos y libertades por igual causa. Las dos clases mencionadas últimamente, es obvio, son excepcionales y de aplicación restrictiva y temporal. La Corte ha dicho que los criterios determinantes de este juicio de constitucionalidad son la conexidad entre el contenido de los decretos que se juzgan, con las causas que fundaron la declaración de turbación del orden público y el carácter sustitutivo, transitorio y restrictivo de esas disposiciones frente al régimen legal de tiempo de paz.

La Corte también ha precisado que "solo en casos extremos en los que se viera de bulto la falta de conexidad material de un decreto legislativo por los motivos invocados por el gobierno para decretar el estado de sitio o su evidente inconducencia para lograr el fin propuesto estaría legitimada la Corte para declarar su inexecutable" (sentencia de 16

de junio de 1987). También ha dicho la Corte en ese fallo que el examen de conexidad es de carácter formal "pues el juicio sobre si, en el fondo, una medida conduce o no a superar la alteración del orden público y a procurar se restablecimiento versa sobre cuestiones de hecho extrañas a este tipo de procesos amén de que implicaría pronunciarse sobre la conveniencia de las medidas adoptadas, que es asunto que debe ser decidido por el Presidente de acuerdo con los elementos de juicio de que disponga".

Por estos aspectos se concluye que existe en el decreto 180 de 1988 la conexidad exigida por la reiterada jurisprudencia de la Corte en materia de decretos de estado de sitio.

4) *Examen material*. El decreto 180 de 1988 consta de tres títulos. El primer título, que trata de los delitos y las penas, está integrado por un capítulo primero relativo a los delitos que atentan contra la seguridad y la tranquilidad públicas; el capítulo segundo se refiere a los delitos que atentan contra la libertad individual y el patrimonio económico; el capítulo tercero trata de los delitos que atentan contra los funcionarios públicos, y el capítulo cuarto contiene disposiciones comunes a los artículos anteriores. El título segundo recoge las normas sobre la actuación procesal y la policía judicial y el título tercero contiene las disposiciones finales.

El título primero contiene la creación de nuevos tipos delictivos, la modificación parcial de normas del Código Penal vigente, el aumento de penas privativas de la libertad y el señalamiento de circunstancias de agravación punitiva, especialmente en relación con los delitos de terrorismo, secuestro, extorsión, homicidio con fines terroristas, lesiones personales con fines terroristas, etc.

Esta normatividad es una facultad que le corresponde al gobierno en estado de sitio, pues la gravedad de la turbación del orden público va exigiendo que se adopten nuevas formas delictuales, ya que en ocasiones la legislación que está establecida para los tiempos de la normalidad jurídica no es suficiente

para superar la conmoción interna o las perturbaciones del orden público. Sobre este particular también la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterada en el sentido de reconocer la facultad propia del gobierno, dentro del régimen del estado de sitio, de suspender las leyes que se consideran inconciliables con la perturbación del orden público, así como la de intervenir y reprimir con medidas especiales la situación social que se desborda en graves fenómenos de violencia y de aumento de la criminalidad. En este sentido se considera que no se ha violado el art. 76 de la Carta, que establece las competencias del Congreso para la reforma, interpretación y derogatoria de las leyes y la expedición de códigos y reformas de los mismos.

La jurisprudencia de la Corte ha considerado que la creación de nuevas figuras delictivas e infracciones policivas, así como la reestructuración de las existentes y el establecimiento de las consiguientes sanciones, es una facultad indiscutible del gobierno en estado de sitio. La presencia de nuevas modalidades criminales viene a ser precisamente la causa de la perturbación justificativa de la implantación y el mantenimiento del estado de sitio, ya que aquellas no se pueden enfrentar dentro de la legalidad normal. Es igualmente clara la potestad para aumentar las penas privativas de la libertad de los delitos y contravenciones establecidos en la normatividad de tiempos de paz, si el gobierno considera que este es un medio conducente y eficaz para restablecer el orden. En esta situación, cabe una drasticidad punitiva mayor que la ordinaria y una aceleración de los procedimientos, aunque ellos impliquen modificación transitoria de los códigos. La Corte ha sostenido este punto de vista así: "El Gobierno puede, incluso, suspender las leyes que reputé incompatibles con el Estado de Sitio (hagan o no parte de Códigos) sin derogarlos, artículo 121 inciso 3°; salvo, es claro, prohibición especial consignada en la Carta". Y agrega en la misma sentencia: "El decreto 1988 (sic) en efecto, prescribe montos de penas para ciertos delitos que se cometan durante su vigencia relativo a la salud e integridad colecti-

va, a la libertad individual, al homicidio, a lesiones personales, al hurto, al robo, e ilícitos contra la propiedad en general y también señala nuevos agravantes. Da en los ojos que las medidas mencionadas modifican y adicionan mandatos anteriores por considerarlos incompatibles por una alteración al orden público, necesitada de preaver y reprimir, con más rigor, conductas propensas a agravar el trastorno social que el Estado de Sitio supone. Se trata pues de un acto del gobierno ajustado a la Carta, y tanto, que además de respetar las prohibiciones constitucionales que vedan, en todo tiempo, imponer penas como la de muerte, confiscación o prisión por deudas (arts. 29, 34-23), se aviene así mismo con el artículo 28 inciso 1°, a cuyo tenor «nadie podrá ser penado ex post facto sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinádose la pena correspondiente» (Sentencia de noviembre 9 de 1971. *Gaceta Judicial*, núm. 2340 de 1971, pág. 406).

No considera la Corte, como lo afirma alguno de los impugnantes, que en la tipificación de las nuevas formas delictivas a las que hace referencia el capítulo 1° se haya desconocido el principio de la determinación y tipicidad que emerge de los arts. 23, 26 y 28 de la Carta. En este sentido, no obstante que puedan señalarse algunos errores de técnica legislativa, que no alcanzan a constituirse en vicio de inconstitucionalidad, se trata más bien de que varias formas delictivas corresponden al concepto de normas en blanco o de reenvío de que se habla en el ámbito del derecho penal; por eso cuando se toman aisladamente los literales a), b) y c) del párrafo del art. 3° puede parecer, a la luz de lo afirmado por el impugnante, que existe equívoco sobre el comportamiento penalizado por el legislador extraordinario al señalar ciertas conductas como constitutivas de auxilio a actividades terroristas, pero naturalmente los jueces competentes deberán interpretar tales literales con criterio sistemático armonizándolo con el art. 1° que define cuál es la conducta constitutiva de terrorismo y también con las normas ordinarias del Código Penal relativas al

aspecto intencional del delito, es decir, a la culpabilidad y a la complicidad criminal. Por tanto puede afirmarse que en cuanto a la impugnación que señala el art. 7° cuando se habla "o de una organización terrorista" y que se refiere al concierto para delinquir y a la integridad del art. 17, administración de recursos, es claro que el análisis de estas normas debe hacerse teniendo en cuenta lo prescrito por el art. 1° en relación con el terrorismo. De modo pues que en cuanto a la descripción de nuevas formas punibles y a las circunstancias de agravación punitiva, no observa la Corte que haya violación de las normas constitucionales consagradas en el (sic) arts. 23, 26 y 28.

El art. 4° del decreto que se revisa, tipifica como delictiva la omisión de informes sobre actividades terroristas, y ha sido cuestionada también su legitimidad constitucional por el impugnante, al considerarlo violatorio del art. 25 de la Carta que consagra el derecho a no declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad. Ciertamente no advierte la Corte el vicio que se señala, pues esta garantía constitucional debe entenderse como implícita en esta y otras disposiciones semejantes. Además, hay que recordar que esta norma debe coordinarse con el sentido general que impregna las normas generales del Código Penal e integrarse con ellas, pues este estatuto establece que el hecho se justifica plenamente cuando la acción u omisión se realiza "en el legítimo ejercicio del derecho" (art. 29, num. 3°). Por otra parte el art. 30 consagra una gratificación por información eficaz, muy parecida a la que estableció el inciso 2° del art. 12 del decreto legislativo 1631 de 1981, declarado constitucional por la Corte. En ese entonces dijo esta corporación: "la prohibición impuesta por el artículo 78-5 de la C. N. al Congreso, y por ende al Gobierno cuando ejerza funciones legislativas, de «decretar a favor de ninguna persona o entidad gratificaciones, indemnizaciones u otra erogación que no esté destinada a satisfacer créditos o derechos reco-

nocidos con arreglo a ley preexistente, salvo lo dispuesto en el artículo 76 inciso 18» (en realidad el 20), no se ve desconocida por dicho texto, ya que este configura precisamente la ley preexistente que genéricamente establece los supuestos necesarios para adquirir derecho a la gratificación de que se trata. Por otra parte, la exención tributaria acordada a esta gratificación debe ser dispuesta mediante decreto legislativo, dado que al tenor del art. 43 de la C. N., implícitamente en tiempo de no paz, o sea de Estado de Sitio, también el Gobierno goza de la potestad de suspender y modificar transitoriamente la legislación tributaria". (Sentencia de 15 de octubre de 1987).

Por tanto se declarará la constitucionalidad del art. 38 del decreto que se revisa.

Bajo la misma consideración de falta de tipicidad se impugna la constitucionalidad del art. 29, el numeral 1° del art. 30, y el art. 31 del decreto 180 de 1988. No advierte la Corte violación de la norma superior en estas disposiciones, que se encaminan a regular situaciones gravísimas que han tenido profunda proyección en la vida jurídica y social, como es el caso del homicidio con fines terroristas que escoge como víctimas a funcionarios de las ramas del poder público, a dignatarios de la Iglesia o figuras representativas de la política, del periodismo, de los gremios o de los sindicatos.

Se trata exclusivamente de aumentar el monto de las penas cuando el homicidio o las lesiones personales se cometen con fines terroristas, en esas circunstancias.

También se impugna el art. 37 del decreto 180, con el argumento de que en la legislación vigente no se encuentra figura parecida a la que reglamenta esta disposición. Este artículo establece el "atenuante de responsabilidad por colaboración eficaz", al determinar que "Quien habiendo participado como autor, cómplice o auxiliador en la comisión de los delitos referidos en (sic) esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad penal de quienes hubieren intervenido a cualquier título en su ejecu-

ción, se les reducirá la pena correspondiente hasta en las dos terceras partes. Si la colaboración fuere totalmente eficaz, el juez podrá ordenar la extinción de la acción penal o el perdón judicial".

Si bien es cierto que se trata de una nueva figura en el campo de nuestra legislación penal, no encuentra la Corte violación a normas de la Carta, ya que se trata, como se ha visto antes, del ejercicio constitucional de competencias legislativas, con el preciso carácter transitorio del estado de sitio. Solo se observa un error que consiste en facultar al juez para otorgar el perdón judicial, figura esta que ha desaparecido de la legislación vigente y que, al restaurarse por el legislador extraordinario ante la falta de reglamentación, resulta a todas luces inaplicable.

El decreto en su art. 39 crea dentro del Cuerpo Técnico de Policía Judicial los equipos especializados para el orden público; determina además, que en caso de urgencia y cuando las necesidades así lo exijan, pueden participar miembros de las Fuerzas Militares, Policía Nacional y Departamento de Seguridad, que no estén incorporados a la Policía Judicial para auxiliar a los jueces de orden público. Además, en este sentido los arts. 41 a 46 señalan las normas de procedimiento para agilizar el juzgamiento de los delitos previstos en el decreto que se revisa, medidas tomadas dentro de los mandatos de la Constitución que, como se ha visto antes, no la lesionan en ninguna de sus disposiciones, pues son compatibles con las facultades que el art. 121 de la Carta otorga al ejecutivo para restablecer el orden público y por lo demás se ciñen a las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa (art. 26 de la C. N.), y por otra parte constituyen el desarrollo natural del deber del gobierno para procurar el cumplimiento de una pronta y debida justicia (art. 119-2 de la Carta).

El art. 40 ha sido el más cuestionado por parte de los impugnantes. Extiende las atribuciones que el art. 334 del Código de Procedimiento Penal asigna a la Policía Judicial a

cualquier miembro de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y del Departamento Administrativo de Seguridad y los autoriza, además, para coadyuvar en caso de urgencia a realizar, entre otras, las siguientes actuaciones: "a) Aprender sin orden judicial a persona o personas indiciadas de participar en actividades terroristas, debiéndolas poner a disposición de su superior inmediato en el término de la distancia, quien, a su vez, informará dentro de las 24 horas siguientes al juez de orden público competente de la jurisdicción; b) Practicar registros en sitios donde presuma se encuentren terroristas o que se hayan cometido actos encaminados a consumir un delito que implique el uso o posesión de explosivos, armas de fuego o cualquier otro elemento similar". La Corte considera que estos literales del art. 40, violan lo dispuesto por el art. 23 de la Carta. Ciertamente esta garantía constitucional es fundamento supremo de la libertad, de la intimidad y de la inviolabilidad del domicilio que no se pueden desconocer por la ley. Conviene transcribir esta disposición de la Carta, que dice: "Artículo 23.—Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes".

El decreto que se revisa en las disposiciones que se han señalado, permite a cualquier miembro de las Fuerzas Militares, Policía Nacional y Departamento Administrativo de Seguridad, en caso de urgencia o fuerza mayor, aprehender sin orden judicial a persona o personas indiciadas de participar en actividades terroristas y practicar registros en donde se presume se encuentren terroristas, o que se hayan cometido actos encaminados a consumir un delito. Estas normas están desconociendo el requisito del mandamiento escrito de autoridad competente que precisa la Constitución como necesario para aprehender a cualquier ciudadano y registrar su domicilio, ya que

dentro de las facultades de los literales glossados para que cualquier miembro de las Fuerzas Militares, de Policía o del Departamento Administrativo de Seguridad pueda cumplir una de tales funciones, basta la existencia de un indicio o de una presunción. El indicio es un elemento probatorio de difícil valoración para cualquier funcionario, mucho más si este no tiene la formación profesional idónea y adecuada para adoptar un juicio en esta materia; por lo tanto, en ningún momento puede reemplazar la orden escrita de autoridad competente y sin que esté frente a la hipótesis de flagrancia que tampoco puede, bajo ninguna circunstancia, sustituirse por causales como las de "urgencia o fuerza mayor".

Además, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado con precisión que el "mandamiento escrito de autoridad competente" que exige la Carta para los efectos previstos por el art. 23, se refiere a la orden judicial, que constituye la garantía de las personas para cuando se trate de limitar la libertad personal y física y la inviolabilidad de su domicilio.

En estos eventos, el mandamiento escrito de autoridad competente, a la luz de la jurisprudencia de la Corte, presupone la presencia del juez con sus competencias jurisdiccionales, previamente definidas por la ley, e indica que se ha iniciado un proceso, o cuando menos sus etapas preliminares, ante la ocurrencia de un hecho delictivo y que este se dirige contra las personas a quienes se les sindicada de ser autores o partícipes del mismo. Entonces, conforme a la Constitución, no se puede prescindir de la orden judicial, como aparece en los literales a) y b) del art. 40, que por tal motivo se declaran inexecutable.

Por eso es evidente que tales disposiciones desconocen el derecho a la libertad e intimidad de las personas, y de la inviolabilidad del domicilio, principios que son esenciales dentro del Estado de Derecho y por ende violan en consecuencia la Constitución Nacional, cuya integridad debe mantenerse aun bajo el imperio del estado de sitio.

El art. 47 del decreto establece que el jefe del Cuerpo Técnico de la Policía Judicial para Orden Público, en sus indagaciones podrá ordenar a las oficinas telegráficas y telefónicas que se intercepten las comunicaciones o mensajes transmitidos o recibidos si fuere conducente para el descubrimiento o comprobación de los delitos definidos en este decreto. La anterior norma no desconoce lo prescrito por el art. 38 de la Constitución Nacional que dispone: "La correspondencia confiada a los telégrafos y correos es inviolable. Las cartas y papeles privados no podrán ser interceptados ni registrados sino por la autoridad, mediante orden del funcionario competente, en los casos y con las formalidades que establezca la ley y con el único objeto de buscar pruebas judiciales".

A juicio de la Corte, la norma que se revisa no desconoce los límites que evidentemente establece el art. 38 de la Carta, puesto que se dirige a permitir que una autoridad competente, que en este caso es solo el jefe del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, y con el único objeto de buscar pruebas judiciales tendientes al descubrimiento o comprobación de los delitos que expresamente define el decreto 180 de 1988, ordene, siempre que sea conducente, la interceptación (sic) de comunicaciones o mensajes.

La retención y apertura de la correspondencia, lo mismo que la interceptación (sic) de comunicaciones telegráficas y telefónicas, son facultades que la Carta permite ejercer solo por excepción a aquella autoridad a la que por virtud de la ley le haya sido atribuida esta competencia, siempre que esta lo ordene respetando las formalidades que también, como lo exige la Carta, debe señalar el legislador, y con el único fin de buscar pruebas judiciales.

Como se ve, el art. 47 establece cuál es la autoridad competente y con qué formalidades puede adelantarse la actuación, es decir, que esta solo se cumpla durante las indagaciones que le corresponde legalmente adelantar al jefe del Cuerpo Técnico de Policía Judi-

cial, mediante orden suya, siempre que aparezca que lo así buscado es conducente como prueba judicial. Cumple pues el art. 47 del decreto 180 de 1988 con las exigencias constitucionales que prescribe la norma superior aquí transcrita, por lo que debe declararse su exequibilidad.

El título tercero contiene las disposiciones finales, por medio de las cuales "queda prohibida la transmisión de todo mensaje, noticia, grabación o información que identifique en cualquier forma a testigos de actos terroristas" (art. 49); "queda prohibida la transmisión radial en directo desde el lugar de los acontecimientos de actos terroristas mientras estos hechos estén ocurriendo" (art. 50).

Dispone el art. 42 de la Constitución: "La prensa es libre en tiempo de paz; pero responsable, con arreglo a las leyes cuando atente a la honra de las personas, al orden social o a la tranquilidad pública". Esta norma consagra la libertad de la prensa, con responsabilidad, que es plena en tiempo de paz y que constituye uno de los pilares básicos del Estado Democrático de Derecho. Pero como lo ha sostenido también la jurisprudencia, cuando la Constitución habla de esta libertad de prensa "en tiempo de paz" obviamente reconoce que ella no es plena durante la perturbación del orden público, lo que justifica por sí solo las limitaciones a su ejercicio. Estas limitaciones a la prensa, bajo el régimen de estado de sitio son de general aceptación en la doctrina y en la jurisprudencia. En este sentido, las prohibiciones de la transmisión de noticias que sirvan para identificar testigos de actos terroristas o que se produzcan en directo mientras se desarrolla un acto de esta clase, encuentran su fundamento en la Constitución, ya que tales limitaciones van encaminadas a restablecer el orden público perturbado. Se trata de competencias del legislador extraordinario que encuentran su apoyo en las previsiones del art. 121, ya que así se tutela el orden público y se propende por (sic) su restablecimiento. Por estos motivos la Corte considera que estos artículos se avienen con la Constitución Nacional.

El art. 51 establece que: "El Gobierno Nacional podrá recobrar el dominio pleno de

las frecuencias radiales, en caso de cualquier infracción a las disposiciones del presente título, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto Ley 3418 de 1954".

El art. 5° del decreto-ley 3418 de 1954 dispone: "En caso de guerra exterior, o grave conmoción interna, o peligro inminente de que se presenten estas circunstancias, el Gobierno podrá, mientras dure la emergencia, recobrar el dominio pleno de las frecuencias o canales que de acuerdo con las normas del presente Decreto hubiere cedido en explotación a los particulares.

"Sin embargo, mediante acuerdo especial con el Gobierno, las empresas particulares podrán operar sus equipos durante este término".

Entonces, el decreto 180 que se revisa, está dando aplicación con esta disposición a normas vigentes, sin que esté creando un régimen de excepción, pues agrega tan solo lo relativo a la sanción que les corresponde a quienes infrinjan los arts. 49 y 50 del mismo estatuto.

En consecuencia tampoco observa la Corte violación de la Constitución en la norma que se ha analizado.

Por último el art. 52 del decreto 180 determina que él rige a partir de la fecha de su publicación; se aplica a los delitos cometidos desde su vigencia y suspende las disposiciones que le sean contrarias; normas que encuadran dentro de la normatividad constitucional.

#### DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena—, previo estudio de su Sala Constitucional y oído el concepto del señor procurador general de la Nación,

#### RESUELVE:

*Declárase constitucional el decreto 180 de 1988, salvo los literales a) y b) del art. 40 que se declaran inexecutable y que dicen así:*

'Artículo 40.—...

'a) Aprehender sin orden judicial a persona o personas indiciadas de participar en actividades terroristas, debiéndolas poner a disposición de su superior inmediato en el tér-

mino de la distancia, quien, a su vez, informará dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al juez de orden público competente de la jurisdicción.

”b) Practicar registros en sitios donde se presume se encuentren terroristas o que se hayan cometido actos encaminados a consumir un delito que implique el uso o posesión de explosivos, armas de fuego o cualquier otro elemento similar”.

Cópiese, publíquese, comuníquese al gobierno nacional, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

El suscrito Secretario General  
de la Corte Suprema de Justicia,

DEJA CONSTANCIA:

Que el magistrado Juan Hernández Sáenz, no asistió a la sesión de Sala Plena celebrada el día tres (3) de marzo del presente año, por encontrarse con excusa justificada.

Bogotá, nueve de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

\*\*\*

### COMENTARIO

Hemos querido transcribir los apartes de la sentencia que hace alusión a las impugnaciones ciudadanas que exigen la declaratoria de inexecutable, ya de la totalidad del Estatuto, ora de artículos específicos del mismo. Compartimos la mayoría de sus argumentos, pero no nos referiremos individualmente a cada uno de ellos, porque nuestro interés está en ilustrar al estudioso y al investigador sobre los fundamentos de las impugnaciones hechas al Estatuto, para que cada uno evalúe la validez o la sinrazón de las refutaciones, y en qué medida la Corte Suprema de Justicia fue leal a su responsabilidad de guardiana de la Constitución, en materias tan importantes y en momentos históricos tan decisivos.

Igualmente, por lo dilatado que sería abarcar cada uno de los planteamientos contenidos en la sentencia, nos circunscribiremos a los puntos que consideramos de mayor importancia:

1º) En la sentencia se sostiene que el Estatuto tiene una vigencia *transitoria*, con lo que se da cumplimiento a este requisito formal que la Constitución exige para las normas expedidas con base en las facultades que el art. 121 de dicha Carta otorga al presidente de la República. Esta afirmación contiene un despropósito mayúsculo, puesto que el Estatuto en su generalidad prescribe penas privativas de la libertad de larga duración —en algunos casos, hasta de 30 años: arts. 8º, 10, 30—, cuyo cumplimiento demanda la vigencia (*ininterrumpida*) tanto del estado de sitio como del Estatuto, por el mismo tiempo. Pregonar entonces que el decreto 180 de 1988 simplemente *suspende* las normas del C. P. y del C. de P. P., cuando tiene como pretensión permanecer vigente hasta por treinta años —más de 7 períodos presidenciales—, constituye una osada ficción con la que se quiere encubrir la violación flagrante del *principio de transitoriedad*, de la esencia del estado de sitio y de las normas expedidas con base en este.

De allí que encontremos plenamente válidos los cuestionamientos formulados por el jurista Pedro Pablo Camargo en su demanda de declaratoria de inexecutable para la integridad del Estatuto, porque las modificaciones establecidas para el C. P. y el C. de P. P. tienen “vocación de permanencia”, de lo cual resultan, en última instancia, que se desconocen las facultades del Congreso para hacer y modificar las leyes (Const. Nal., art. 76) y se vulnera el principio de separación de poderes (ib. art. 55).

La situación denunciada, tal como ha ocurrido en reiteradas ocasiones, llevará a que se preteje la imposibilidad de levantar el estado de sitio porque ello implicaría la derogatoria de las normas del Estatuto. Será entonces un factor de presión para la institucionalización del estado de sitio, por una parte, y de otra, una coacción para que este exabrupto sea llevado a ley de la República.

2º) Con obstinación se afirma en la sentencia que las innumerables disposiciones impugnadas por la intervención ciudadana, no lesionan el *principio de determinación o tipicidad inequívoca* —que emerge de los arts. 23 y 26 de la Constitución—, siendo dichos casos simples “errores de técnica legislativa”, sin entidad suficiente para constituir un vicio de inconstitucionalidad. Por el contrario, la corta experiencia de la vigencia del Estatuto, ha demostrado que la *desjudicialización* de la indagación preliminar a que ha dado pábulo el mismo y la ostensible *inseguridad jurídica* a que ha conducido la ambigüedad y equivocidad de sus tipos penales, han determinado su manipulación como instrumento para reprimir y aterrorizar las inconformidades, protestas y reivindicaciones populares. De aquí que organizaciones populares de muy diversa índole (sindicales, cívicas, indígenas, campesinas, estudiantiles, etc.) hayan formulado reiteradas denuncias contra el Estatuto<sup>1</sup>.

Con esto queda claro de nuevo que el estado de sitio, con vigencia ininterrumpida por varias décadas en Colombia, no ha sido más que un desesperado recurso para controlar, por medio de la represión, el esfuerzo denodado de sectores mayoritarios del país, en procura de hacer realidad la vigencia integral de los derechos humanos, cuyo desarrollo, respeto y protección, por paradójico que resulte, le competen a las autoridades de la República (Const. Nal., art. 16)<sup>2</sup>.

Para dar un solo ejemplo sobre la ambigüedad de los tipos y el subsecuente peligro derivado de ello, mencionemos expresiones como “grupos terroristas” u “organizaciones terroristas”. ¿A qué alude el decreto cuando formula estas expresiones? ¿Cuáles son dichos grupos?: ¿Las organizaciones vinculadas al narcotráfico? ¿Los grupos de autodefensa o paramilitares? ¿Cobija a los miembros de organismos de seguridad que resultaren vinculados a grupos paramilitares e implicados en la “guerra sucia”? ¿Comprende a la delincuencia juvenil organizada que actúa en el ámbito urbano? ¿Cobija a la totalidad de los grupos guerrilleros que existen

<sup>1</sup> Cfr. Congreso Nacional de Convergencia “Por la vida, por la paz y justicia social, por la soberanía nacional”, *Solidaridad*, núm. 93, Bogotá, abril 1988. Véase también, *Colombia Hoy informa*, núm. 57, Bogotá, mayo 1988.

<sup>2</sup> Cfr. por todos: ALFONSO REYES ECHANDÍA, “Legislación y Seguridad Nacional en América Latina”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 32, Bogotá, Edit. Temis, 1986.

en el país? ¿Y de ser afirmativa la respuesta en este último caso, cuáles son entonces los grupos rebeldes? ¿Desaparecieron en Colombia los delitos políticos (rebelión, sedición y asonada)?

3º) Pasando a otros aspectos, es conveniente que nos refiramos al art. 41 del decreto, que faculta a la policía judicial y a los "grupos especializados en orden público" para disponer de los retenidos hasta por diez días, con el supuesto fin de que puedan cumplir con las atribuciones conferidas en los arts. 334 del C. de P. P. y 40 del Estatuto. En cuanto a esto, son varias las objeciones que debemos formular:

a) El numeral 6º del art. 334 del C. de P. P., en forma expresa y sin dubitación alguna, prohíbe a la policía judicial recibir la "versión libre y espontánea" a los "posibles autores o partícipes" de hecho delictivo; el art. 40 ya mencionado, no modifica el Código de Procedimiento Penal en esta materia. De consiguiente, si la policía judicial —o la autoridad que haga las veces de tal— no puede recibir versión alguna de los retenidos o capturados, ¿Qué objeto tiene permitir que estas personas permanezcan privadas de su libertad por tantos días a su entera disposición?: concluimos que ninguna, en forma rotunda.

b) Sabemos que el art. 28 de la Carta es la máxima atribución constitucional con que cuenta el Estado para la restricción de la libertad personal y que, atendiendo a la importancia del derecho afectado, ha sido severamente reglamentado por la ley 25 de 1983, que exige, entre otras cosas: graves indicios de que se atenta contra la paz pública; concepto previo del Consejo de Estado; retención exclusiva en dependencias del Das o de la policía nacional; derecho a ser informado de los motivos de la retención y a designar un apoderado; límite temporal a la incomunicación; fiscalización de la Procuraduría General de la Nación; y que la retención no puede rebasar los 10 días.

La privación de la libertad con base en el art. 41 del Estatuto resulta ser más gravosa que la del art. 28 de la Constitución, pues no cuenta siquiera con las garantías legales prescritas por esta. Y por ser excepcional la facultad del art. 28 de la Constitución, podemos concluir que la del 41 del Estatuto es una extralimitación de las atribuciones constitucionales que el Estado tiene para restringir la libertad personal (Const, Nal., arts. 23 y 26).

Se configura con esto un descuartizamiento del Estado de Derecho —cuyo cometido central es garantizar el derecho a la libertad—, que supuestamente se pretende proteger con el Estatuto.

c) Nadie puede aseverar que los arts. 394 y 405 del C. de P. P., que obligan al cuerpo técnico de policía judicial —como a cualquier otra autoridad— a poner *inmediatamente* el capturado a disposición de los jueces, constituyan normas incompatibles con el estado de sitio o que sean factor causal de la alteración del orden público. Por lo tanto, contrariamente a lo que se sostiene en la sentencia, la suspensión de las normas aludidas no tiene justificación alguna, pues no hay conexidad directa ni indirecta con los motivos de perturbación del orden público que se pretende conjurar con el Estatuto. Además, todos sabemos que los artículos del C. de P. P. mencionados, son resultado de una larga experiencia, los cuales pretenden servir

de garantía para inhibir los abusos contra los derechos humanos de los retenidos, contándose entre aquellos los derechos procesales de estos (art. 403 del C. de P. P.). Dentro de este orden podemos decir que el art. 41 contradice la ley 70 de 1986, por medio de la cual se aprobó el "Convenio contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" —adoptado por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984—, cuyo art. 2.1, prescribe:

"Todo Estado parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción".

Incluso, se desconocen también los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (leyes 74 de 1968 art. 9.3, 9.4, y 16 de 1972, art. 7 a, b), que obligan a poner al retenido o detenido, sin ninguna demora, a disposición de las autoridades jurisdiccionales, para que estas decidan sobre la legalidad del arresto o detención y ordenen la libertad en caso de ser ilegales.

Es innegable que tanto el art. 41 como el 42 del Estatuto, dan lugar a la violación del *principio de judicialización del proceso penal* (Const. Nal., arts. 26-1 y 58; ley 74 de 1968, art. 14-1; ley 16 de 1972, art. 8º, al otorgar omnímodas facultades a la policía judicial —que en la actualidad las viene ejerciendo el conjunto de los organismos de seguridad del Estado, incluidas las fuerzas militares— para participar, sin control judicial alguno, en la indagación preliminar o, lo que es lo mismo, en la investigación de los procesos<sup>3</sup>. Además, las normas del Código de Procedimiento Penal suspendidas con estos artículos tampoco son incompatibles con la vigencia del estado de sitio ni factor de alteración del orden público, de donde se infiere que no existe vínculo de conexidad entre esta suspensión y los motivos pretextados para la declaratoria del estado de excepción.

4º) Si el principio constitucional de *favor libertatis o libertad personal* (Const. Nal., art. 23; ley 74/68, art. 9º; ley 16/72, art. 7º; C. de P. P., art. 4º), sufre una seria mengua con el art. 41 atrás analizado, este queda ya virtualmente desconocido con el art. 45 del mismo Estatuto, que prescribe como única causal de libertad provisional (excarcelación), el cumplimiento de 210 días de privación de la libertad sin que se haya proferido sentencia. Como ya advertíamos en relación con otros decretos<sup>4</sup>, se establece aquí una "odiosa discriminación en materia procesal que no tiene razón de ser a la luz de los principios de equidad e igualdad procesal", pues ninguna tesis que se sustente en un mínimo de cientificidad puede justificar la negación de la libertad provisional, en los eventos de que tratan los numerales 2, 3 y 6 del art. 439 del C. de P. P.

Incluso el término de 210 días para dictar la sentencia, o en su defecto otorgar la libertad provisional, es desproporcionado si se le compara con los términos superbreves para instruir y fallar los procesos, establecidos en el art. 46 del decreto 180 de 1988.

<sup>3</sup> Cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Principios rectores de la nueva ley procesal colombiana*. Monografías jurídicas, núm. 57, Bogotá, Edit. Temis, págs. 74 y ss., ppalmente pág. 81.

<sup>4</sup> Cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ V. y otros, *Regulación sobre armas y estupefacientes*. Anexo. Colegas, Medellín, 1987.

5º) Los principios más caros para el Estado de Derecho son conculcados por el procedimiento señalado en el art. 46 del Estatuto. Este procedimiento tiene como características predominantes la brevedad del término para la investigación, la eliminación de la etapa del juicio, el equiparamiento del auto de detención con la resolución de acusación, el hecho de que un mismo juez es el que investiga y falla el proceso, etc. Todos estos factores entrañan una ominosa discriminación que incuestionablemente viola el *principio de igualdad* (ley 74/68, art. 14; ley 16/72, art. 24; C. P., art. 8º) y, de contera, también arrasa con el *derecho de defensa* y con la *verdad material*, fin último del proceso penal. Esta realidad en nada se compadece con los intereses en juego, porque la severidad de las penas prescritas por el Estatuto y la gravedad de las conductas cobijadas por el mismo exigen de la justicia, más que apremio y ligereza, toda la cautela, prudencia y mesura que sean necesarias, para hacer que la investigación se acerque lo más posible a la *verdad material*.

¡Que afán por condenar! Esta expresión resume las razones consultadas para prescribir el procedimiento analizado.

6º) Ante la ostensible violación de la Carta constitucional, no podía menos la Corte que declarar la inexecutable de los literales a) y b) del art. 40 del Estatuto. Pero ello no ha sido cortapisa para que sistemáticamente se sigan presentando capturas y allanamientos ilegales por parte de los organismos de seguridad, pasando displicentemente por encima de esta decisión de nuestro máximo tribunal. Esta realidad impone a la judicatura colombiana un gran compromiso, que consiste en desarrollar en toda su dimensión los principios de *legalidad de la prueba* (Const. Nal., art. 26; C. de P. P., arts. 1, 246, 310 y 414) y de *libertad personal* (C. de P. P., arts. 409 y 454 y ss). Esperar que estos proceder delictivos (detenciones arbitrarias, violaciones al domicilio o sitio de trabajo, abusos de autoridad, etc.) sean sancionados, lo consideramos ilusorio, mientras los cobije el fuero militar y policivo.

7º) Para concluir, no podemos dejar de mencionar las fuertes presiones de que fue objeto la Corte Suprema de Justicia en momentos previos a esta sentencia, por parte de representantes del poder económico y político. Por ser la más visible, mencionamos la alocución del presidente de la República por los canales de la televisión nacional, reproducida luego por diferentes medios de comunicación<sup>5</sup>, en la que le imputó temerariamente a la alta corporación la responsabilidad por el deterioro del orden público al haber declarado inexecutable algunos decretos del estado de sitio (juzgamiento de civiles por los militares; tribunal especial; seguro de vida para los jueces; agilización de la contratación de equipos de telecomunicaciones para zonas de conflicto), que supuestamente iban a servir para conjurar la

<sup>5</sup> Cfr. "Inoperante el estado de sitio por fallos de la Corte: Barco". *El Espectador*, enero 15 de 1988. Esta intervención pública del presidente de la República mereció una tímida respuesta del presidente de la C. S. J., doctor JUAN HERNÁNDEZ SAENZ. Cfr. "La Corte aclara y justifica decisiones". *El Mundo*, Medellín, enero 15/88.

crisis en esta materia. Y le "exhortaba" para que, atendiendo a la gravedad del momento, interpretara con elasticidad el art. 121 de la Constitución "devolviéndole" así al ejecutivo su capacidad de acción "que se ejercerá plenamente para controlar con eficacia y prontitud la situación de orden público".

Este acto constituye una indebida intromisión del ejecutivo en la independencia y autonomía de nuestro máximo tribunal de justicia, lesivo indudablemente de las normas constitucionales que desarrollan el principio de separación de poderes. Después de los hechos del 6 y 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia, nada puede extrañarnos. Pero los frutos de esta política ya se están cosechando, como se evidencia en las últimas decisiones de la Corte que tienen que ver con los decretos de estado de sitio, entre las cuales se encuentra la sentencia analizada.

# Corte Suprema de Justicia

(Sala Plena)

## RÉGIMEN ESPECIAL EN MATERIA DE HABEAS CORPUS \*

Es ajustado a la Constitución Nacional el decreto 182 de 1988, por medio del cual se modificó el régimen ordinario del *habeas corpus* en relación con los delitos contemplados en los estatutos antiterrorista y de estupefacientes. Reitera la alta corporación que no es competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de una norma contraria a los pactos internacionales.

Comentario: Dr. HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO

Magistrado ponente: Dr. HERNANDO GÓMEZ OTÁLORA

Marzo 3 de 1988.

### II. IMPUGNACIONES

El ciudadano Pedro Pablo Camargo impugna el decreto transcrito diciendo que no tiene relación de causalidad con los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de sitio; que, a través de dicho decreto, el presidente de la República invadió la órbita legislativa del Congreso, pues no se suspende sino que se modifica el estatuto procesal penal en materia de *habeas corpus*, y que el decreto en revisión vulnera la ley 16 de 1972 aprobatoria de la "Convención Americana de Derechos Humanos" de 1969.

Otro escrito, firmado por los ciudadanos Carlos Pinzón Bernal, César A. Capera, Franklyn J. Pérez, Paulina Ruiz, Oscar González Izquierdo, Nina Salamanca, Carlos Alfonso Moreno, Arnulfo Cruz Castro, Álvaro

Moreno Novoa, Julio César Pachón, Pablo Cruz y Rafael Ramírez, fue presentado extemporáneamente, es decir, vencido el término de fijación en lista y cuando la ponencia ya había sido elaborada, razón por la cual no se considera.

### III. CONCEPTO DEL PROCURADOR

El procurador general de la Nación sostiene que el decreto 182 de 1988 es exequible y, en apoyo de esa tesis, expresa:

"El Gobierno al expedir el Decreto que se revisa, señaló la necesidad de «impedir la fuga o la liberación fraudulenta de personas relacionadas con grupos terroristas» con el propósito «de que no abusen de la ley para evadir la acción de la justicia».

"La confrontación de tales motivaciones con las causas que dieron origen a la declaratoria del estado de sitio, a juicio del Despacho,

guardan en verdad la debida relación de conexidad con las razones que han perturbado la paz social de la República, porque son precisamente los hechos delictivos los que han ocasionado un mayor traumatismo a la tranquilidad ciudadana.

"...

"No comparte el Procurador los argumentos expresados por el impugnante en el sentido de que el Gobierno, al expedir el Decreto 182 de 1988, se inmiscuyó en atribuciones propias de la Rama Legislativa. Según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el Gobierno puede suspender la vigencia de leyes que sean incompatibles con el estado de sitio, profiriendo todas las medidas que considere indispensables para restablecer el orden turbado, ya que en los casos del artículo 121 Superior, actúa como Legislador de excepción, expidiendo normas con fuerza de Ley, de carácter obligatorio, que tienen la virtualidad de suspender disposiciones legales que no permiten tal restablecimiento; el legislador extraordinario en el ordenamiento revisado, y en especial en lo previsto por los artículos 1° y 4°, solo suspendió algunas normas de competencia, mas no reformó, mediante su abolición el *habeas corpus*, de manera que en este aspecto no invadió la órbita del legislador ordinario y por tanto no vulneró los preceptos 55, 76, ni el parágrafo 3 del 121 Superiores.

"(...) Tanto los motivos de inconveniencia citados por el impugnante, como el argumento de que el Decreto 182 es violatorio de la Ley 16 de 1972, no son de recibo, porque de una parte en los procesos de inconstitucionalidad no se tienen en cuenta las razones de inconveniencia o conveniencia de las disposiciones acusadas, sino su adecuación o desarmonía con las normas del Estatuto Superior y de otra, una norma legal no puede considerarse violatoria de otra de la misma categoría".

### IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Puesto que se trata de un decreto expedido por el presidente de la República con fundamento en las facultades previstas por el art. 121 de la Constitución, la Corte Suprema de

Justicia tiene competencia para revisarlo y decidir en forma definitiva acerca de su exequibilidad.

Desde el punto de vista formal, el decreto 182 de 1988 reúne los requisitos exigidos por el art. 121 de la Carta, en especial en lo relativo a la firma del señor presidente de la República y la totalidad de los ministros del despacho.

En cuanto al fondo de las medidas por él adoptadas, encuentra la Corte:

1) Guardan estrecha conexidad con los motivos por los cuales se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio (decreto 1038 de 1984), toda vez que se trata de impedir que las bandas de delincuentes armados y los individuos vinculados a la comisión de delitos previstos en el estatuto de estupefacientes y en el decreto 180 de 1988 abusen de las disposiciones legales para evadir la acción de la justicia, y que los funcionarios a cuyo cargo ella se encuentre incurran eventualmente en delitos contra su administración.

El decreto en revisión establece al efecto una serie de medidas tendentes a eliminar las posibilidades de uso indebido o distorsionado del derecho de *habeas corpus* a través de lo que uno de sus considerandos denomina "liberación fraudulenta", que no es cosa distinta de una forma de abuso de las garantías procesales.

Disposiciones tales como la que obliga al reparto entre los jueces superiores del lugar donde se encuentre detenida la persona a cuyo nombre se invoca el derecho de *habeas corpus* (art. 2°, inc. 1°); la que ordena al juez informar sobre la petición al ministerio público en breve término (art. 2°, inciso 2°); la que confiere término al ministerio público para rendir concepto (art. 2°, inciso 3°); la que faculta al ministerio público para recusar al juez (art. 4°) y la que ordena solicitar información a los organismos de seguridad del Estado cuando el delito no es de los contemplados en el estatuto de estupefacientes y en el decreto 180 de 1988, tienen por fin asegurar una recta aplicación de las normas constitucionales sobre libertad personal y, en concreto, un uso adecuado de la garantía del *habeas corpus*.

\* Sentencia núm. 23, aprobada mediante acta núm. 11, expediente 1778 (267-E).

También establece el decreto (art. 3º) que el Ministerio de Justicia ofrecerá todos los auxilios necesarios para el cumplimiento de lo indicado en el art. 461 del Código de Procedimiento Penal, con lo cual se logra ampliar las posibilidades de información del juez a cuyo conocimiento se halla la petición de *habeas corpus* cuando la autoridad que decretó la captura no fuere del mismo lugar en que tal solicitud se tramita.

Todo ello tiene relación con las causas por las cuales permanece vigente el estado de sitio, ya que la paz pública se halla amenazada tanto por la acción de grupos armados (Decreto 1038 de 1984) como por las actividades ilícitas que estos despliegan para la evasión de sus integrantes, distorsionando en su provecho aquellas prescripciones de la ley ordinaria que aseguran la normal preservación de las libertades.

2) Considera la Corte que el decreto objeto de estudio, además de cumplir el requisito constitucional de la conexidad, encaja dentro del propio ámbito del art. 121 de la Carta en cuanto tiene por fin la suspensión (no la modificación ni derogatoria como sostiene el impugnador) de las normas del Código de Procedimiento Penal sobre derecho de *habeas corpus* que se estiman incompatibles con la vigencia del estado de sitio. Se trata, pues, de medidas de carácter temporal, según se desprende del art. 6º del decreto, sin que exista motivo fundado para pensar que derogan la normatividad preexistente o que aspiran a regir de modo definitivo, por lo cual carece de asidero la censura que en este sentido formula el escrito de impugnación.

3) Tampoco es válido el argumento sobre invasión de la órbita del legislativo por parte de la rama ejecutiva, pues durante el estado de sitio el presidente es verdadero legislador (arts. 118, ordinal 8º, y 121 C. N.) y está facultado para expedir decretos con fuerza de ley mientras lo haga dentro de los límites que le impone la Constitución Nacional, como juzga la Corte que lo ha hecho en el presente caso.

4) En cuanto al posible desconocimiento de la Convención sobre derechos humanos, reitera la Corte que no cabe el pronunciamiento de constitucionalidad o inconstitucio-

nalidad de una norma por contrariar pactos internacionales, sino que opera tan solo frente a preceptos de la Carta. Además, en el decreto materia de análisis ni se vulnera ni se elimina el derecho de *habeas corpus*, sino que se establecen normas relativas a la tramitación de las solicitudes correspondientes sin afectar en nada las garantías de quienes lo invocan, pues ni resulta aumentado el término máximo de detención, ni se niega la liberación de la persona, ni se desmejoran sus posibilidades de actuar ante las autoridades, aunque es evidente que sí se hace más difícil la reglamentación del *habeas corpus* respecto de las normas que sobre el particular ha consagrado el actual Código de Procedimiento Penal.

Los preceptos integrantes del decreto en cuestión buscan rodear el proceso respectivo del suficiente conocimiento por parte de las autoridades competentes acerca de si en realidad procede, en los términos constitucionales y legales, la invocación del *habeas corpus*.

5) Por las razones que se acaban de indicar, tampoco resulta quebrantado el art. 26 ni ningún otro canon de la Constitución.

En cuanto a los motivos de conveniencia invocados en la demanda, ya ha dicho la Corte varias veces que no es de su incumbencia resolver sobre ellos.

#### DECISIÓN:

Puesto que no se encuentra que las disposiciones revisadas vulneren ningún precepto superior, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena—, previo estudio de la Sala Constitucional y oído el concepto del procurador general de la Nación,

#### RESUELVE:

Declarar ajustado a la Constitución el decreto 182 (enero 27) de 1988, “Por el cual se dictan disposiciones encaminadas al restablecimiento del orden público”.

Cópiese, publíquese, comuníquese al gobierno nacional, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

## SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Dr. DÍDIMO PÁEZ VELANDIA

Con mi acostumbrado respeto, me permito exponer las razones que en mi sentir ameritaban la declaratoria de inexecutable de la competencia que el decreto legislativo 182 de 1988 le asignó al juez “superior” para tramitar y decidir las peticiones del derecho de *habeas corpus* respecto de los delitos referidos allí.

Una de las garantías más antiguas que conoce el hombre de la cultura occidental es el *habeas corpus*, el que de Inglaterra ha pasado a las Américas con gran influencia en todas las legislaciones. Muchos Estados americanos lo consagran en los propios textos constitucionales para hacer más efectivo el derecho esencial de la libertad individual del hombre.

Colombia no consigna este instrumento jurídico en la Carta en forma expresa, pero con fundamento en sus disposiciones (arts. 23 y 26) que implícitamente lo contienen, el Código de Procedimiento Penal lo trae como un derecho especialísimo para obtener la libertad inmediata cuando se ha privado de ella ilegalmente a un ser humano.

Es, entonces, una garantía para asegurar la legalidad de la actuación de la autoridad que tiene como función privar de la libertad a las personas en desarrollo del debido proceso o fuera de él en los casos que la Constitución y la ley permiten. Con ella indirectamente se asegura la vigencia y primacía de la Constitución, donde se consagra la libertad individual de las personas como uno de los derechos esenciales del hombre y, por lo mismo, inalienable, imprescriptible y permanente.

El punto par (sic) dilucidar, por consiguiente, es determinar si la Corte Suprema de Justicia, como órgano controlador de la constitucionalidad de la ley, puede cumplir su función únicamente respecto de normas que violen directamente, en forma material —por contenido— o formal —por procedimiento—, la Constitución, o si también su competencia

se extiende a violaciones indirectas.

Tradicionalmente se ha dicho que las violaciones indirectas a la Carta son cuestiones de ilegalidad cuyo control compete a la jurisdicción contencioso-administrativa. Esto está bien si existe contradicción entre normas jurídicas de diversa jerarquía o entre un acto administrativo y la ley; pero en tratándose de normas de rango igual, se ha dicho, no hay ilegalidad porque simplemente opera un fenómeno de derogación o suspensión, ya que no pueden existir leyes ilegales. Sin embargo, es bueno recordar que la facultad que en tal sentido da el art. 121 al gobierno es la de “suspender las leyes que sean incompatibles con el estado de sitio”, de donde emerge el deber que tiene la Corte Suprema de declarar inexecutable un decreto legislativo que suspenda una ley que no sea incompatible con ese estado de excepción y con mayor razón si la suspensión conlleva indirectamente un desconocimiento o violación a uno de los derechos esenciales del hombre expresamente consagrados en la Constitución. Frente a competencias excepcionales la interpretación siempre debe ser restrictiva, es un apotegma en derecho, luego la tesis según la cual “todo lo que puede hacer el legislador ordinario le es permitido al legislador extraordinario”, está mandada a recoger.

En este orden de ideas tenemos que una ley de la República como lo es el Código de Procedimiento Penal (decreto-ley 50), que señala la competencia para tramitar y decidir las peticiones sobre *habeas corpus* a “cualquier juez penal del lugar donde se encuentre el aprehendido, o ante el juez penal del municipio más próximo cuando la captura ha sido ordenada por el único juez penal que labora en el municipio”, con lo cual se garantiza en forma ininterrumpida la efectividad del derecho consagrado en el art. 23 pudiendo formularse la petición a cualquiera de los jueces de la rama penal incluso durante los días de vacancia judicial (jueces de instrucción criminal), no puede ser considerada incompatible con un estado de sitio crónico como el

que se vive, y menos para señalar esa competencia en funcionarios que conforme a leyes vigentes no cumplen funciones permanentes afectando, de contera, el sagrado derecho de la libertad.

La Constitución consagra tal derecho para toda persona sin distinción alguna y señala los casos, las circunstancias y los motivos por los cuales puede restringirse, luego establece controles al procedimiento que señala el estatuto adjetivo para garantizar ese derecho universal es permitido, siempre que no lo haga nugatorio; por ello comparto el traslado al fiscal y su concepto dentro del breve término que se señala, e incluso la posibilidad de ser recusado el juez por el ministerio público, porque aunque dilata la decisión lo es por causas debidas al propio solicitante, quien escoge el funcionario; pero no se está ante la imposibilidad absoluta de invocar el derecho, como ciertamente ocurre durante el tiempo de vacancia judicial al fijar la competencia en los juzgados superiores.

Es cierto que en algunos Estados se da la competencia a la Corte Suprema de Justicia, como en Costa Rica, y, en otros, a autoridades incluso diferentes de las judiciales, como en el Ecuador, porque lo consagran las propias Constituciones (arts. 48 y 19 respectivamente); pero de ahí a afirmar que porque en Colombia la Constitución no señala la competencia la pueda hacer el legislador sin limitación alguna, es algo muy diferente. Obviamente que puede hacerlo, pero solamente en relación con aquellos funcionarios que por ley deban actuar en todo tiempo. Es lo que permite garantizar la efectividad del derecho esencial de la libertad que obra como límite natural a la actividad del legislador ordinario u extraordinario.

#### SALVAMENTO DE VOTO

Doctores RODOLFO MANTILLA JÁCOME  
ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS  
LISANDRO MARTÍNEZ ZUÑIGA

Es de la esencia del debido proceso, de consagración constitucional, que los procedimien-

tos previstos para la investigación y juzgamiento de los delitos sean la sucesión ordenada de actos procesales cuyas formalidades estén expresamente señaladas; igualmente que estén estrictamente indicados los términos dentro de los cuales se deben producir y el tiempo que tienen las partes para poder intervenir, de la misma manera que el señalamiento preciso de los recursos, para que las partes puedan manifestar la discrepancia contra las decisiones que afecten negativamente sus pretensiones.

Cualquier disposición procesal que afecte de una u otra manera aquella estructura que constituye la síntesis y esencia del debido proceso, necesariamente lo desconoce y conculca. Por ello cuando en el decreto 1038, dictado en ejercicio de las facultades que el art. 121 de la Constitución Nacional concede al presidente de la República, se toman una serie de disposiciones reglamentarias sobre el *habeas corpus*, se está desconociendo la norma superior, porque es consecuencia normal de la investigación criminal el que se puedan limitar o restringir derechos y garantías legales o constitucionales para las personas sometidas a proceso; pero el debido proceso igualmente debe prever las acciones y recursos por medio de los cuales los ciudadanos puedan protestar contra las actuaciones de los funcionarios policiales o judiciales que los afecte, o que puedan mediante ellos reaccionar y defenderse contra la arbitrariedad pública, y concreta y especialmente cuando se menoscaba la libertad de locomoción de un ciudadano; pero las previsiones del decreto, considerado en su integridad constitucional por la Sala Mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia, y de cuyo criterio respetuosamente nos apartamos, es una negación precisamente del debido proceso, porque al establecerse que son los jueces superiores los competentes para conocer del *habeas corpus*, se deja desguarnecida a la ciudadanía en general durante el tiempo de las vacaciones judiciales época en que todos estos funcionarios estarán libres y por tanto los ciudadanos no tendrán ante quien acudir para rescatar la libertad perdida por la arbitrariedad de los funcionarios oficiales. Es precisamente

lo contrario del debido proceso, es la inexistencia de mecanismos procesales por medio de los cuales el ciudadano pueda defenderse de la arbitrariedad, porque todos esos recursos defensivos deben ser permanentes, puesto que ella puede presentarse en cualquier momento y la sola posibilidad de que durante una época, por breve que ella sea, el ciudadano no tenga mecanismos procesales para defenderse y reaccionar contra la arbitrariedad, es más que suficiente para concluir en la negación del debido proceso.

Y esa eventualidad es sumamente grave en una verdadera democracia no solo cuando se afecten los intereses de verdaderos delincuentes, sino como muchas veces ha ocurrido, cuando los afectados son ciudadanos honestos que accidental y equivocadamente se han visto involucrados en investigaciones criminales.

Pero la afectación del debido proceso como concepción teórica no solo se altera por la situación antes analizada, sino que igualmente y de manera diversa se conculca cuando en el art. 2º, inciso final, se establece que el juez no podrá resolver sobre la solicitud de *habeas corpus* hasta tanto el agente del ministerio público no haya emitido su concepto, porque es evidente que está dentro de la potestad legal establecer una reglamentación sobre la tramitación del *habeas corpus* y es perfectamente legal que se pueda prever en la misma la intervención del ministerio público; pero lo que no es permitido, y esto sí afecta la integridad de la Carta, es el que por cualquier mecanismo se inhiba la decisión judicial y esto es lo que aquí hace cuando se prohíbe al juez tomar cualquier decisión con respecto al *habeas corpus* tramitado mientras el agente del ministerio público no haya opinado, porque por esta indebida disposición la solución sobre este especialísimo e importante recurso queda postergada indefinidamente, y él dependerá de la voluntad de alguien que precisamente no es quien, conforme a la ley, debe tomar la decisión.

El debido proceso teóricamente se identifica con la existencia de términos, de plazos

previamente prefijados dentro de los cuales se deben cumplir las actuaciones judiciales y de las partes procesales, pero es evidente que la existencia de una norma que inhibe al juez de manera absoluta de poder tomar una decisión sobre la libertad de un ciudadano, que posiblemente la ha podido perder como consecuencia de la conducta arbitraria de un funcionario es la negación total del debido proceso, porque con ella se posterga indefinidamente la decisión y no puede pensarse en la existencia de un proceso legal y democrático cuando es un funcionario de quien no debe depender la decisión final quien, con su actividad o inactividad, señala a su arbitrio la solución de un amparo que universalmente se ha consagrado para que de una manera rápida y eficaz garantice la libertad ciudadana contra toda forma de arbitrariedad.

La norma no tendría, en nuestro concepto, objeciones de inconstitucionalidad, si en lugar del inciso criticado existiera uno que estableciera que vencido el término que tiene el agente del ministerio público para dar su opinión y no cumpliere con su obligación, el juez procederá a resolver de inmediato; pero ante la inexistencia de la norma aquí vislumbrada, es evidente entonces la violación de la integridad de la Carta.

En el art. 5º existe igualmente norma similar al anterior que en nuestro concepto desconoce el debido proceso puesto que allí y en relación con los *habeas corpus* presentados en favor de personas sindicadas por delitos diversos a los relacionados con el estatuto de estupefacientes y antiterrorista se impone al funcionario la obligación, dentro de las seis horas siguientes, de solicitar a los organismos de seguridad para que informen si contra el detenido existe orden de detención o sentencia condenatoria por esos delitos, pero, al igual que sucede en el caso anterior, no se establece qué tiempo tienen organismos de seguridad para contestar esta solicitud y por cuánto tiempo debe esperar el juez la respuesta y en caso de que esta no llegue, si puede el juez resolver, ni dentro de cuánto tiempo, porque la norma

extraordinaria se limita a prever que si la respuesta es positiva se deberán remitir las diligencias de *habeas corpus* al juez superior para que continúe con su tramitación.

Como ya se sostuvo con anterioridad, la indefinición en cuanto a los términos que se tienen para el cumplimiento de esta actividad jurisdiccional es una negación evidente del debido proceso y por ello igualmente se viola la integridad de la Carta, además de que en la realidad se van a presentar graves perjuicios a la libertad de los ciudadanos, porque dentro del clima existente en la ciudadanía y por las consecuencias que se originaron por el suceso judicial que dio origen y nombre a este decreto, los jueces tendrán la tendencia a

esperar indefinidamente la respuesta de los organismos de seguridad y se abstendrán de continuar con la tramitación del *habeas* mientras no reciban respuesta de los mismos; finalmente, entonces, los organismos de seguridad son los que con sus respuestas o con sus no respuestas son quienes determinan la duración del trámite del *habeas*, pudiendo en un momento determinado impedir de manera indefinida y absoluta que el juez pueda resolver sobre el mismo.

Son las anteriores reflexiones sucintamente planteadas las que respetuosamente nos llevan a manifestar nuestra discrepancia de la decisión mayoritaria de la Sala.

\*\*\*

### COMENTARIO

1º) El *habeas corpus*, que es una garantía para proteger la *libertad personal* contra actos arbitrarios de cualquier autoridad, demanda, por la importancia que para el Estado demoliberal tiene el “sagrado derecho a la libertad”, un procedimiento expedito, de máxima celeridad, para hacer eficaz la restitución de la libertad arbitrariamente desconocida. En contraste con esto, el decreto 182 de 1988 prescribe un sinnúmero de requisitos para la tramitación del *habeas corpus*, cuyo cumplimiento termina desconociendo en la práctica el *principio de celeridad* que es de la naturaleza de esta institución. Son tantas las limitaciones y restricciones establecidas para el ejercicio de esta garantía, que terminan haciéndola inexistente, con lo que, de contera, se afecta el derecho a la libertad personal, que ostenta una tutela privilegiada en la Constitución Nacional (arts. 23 y 56)<sup>1</sup>.

2º) Igualmente, el haberles asignado a los jueces superiores la competencia para tramitar el *habeas corpus* en los casos señalados en el decreto, hace nugatoria e inexistente la garantía durante el tiempo de vacancia judicial, ya que en el curso de esta tales funcionarios interrumpen sus labores. Compartimos entonces el análisis que en este sentido formulan los salvamentos de voto a la sentencia comentada<sup>2</sup>, pero estos se quedan cortos por cuanto las repercusiones de dicha competencia son de mayor magnitud.

En las intencionalidades y comisarias del país, que comprenden gran parte del territorio nacional, no existen juzgados superiores e, incluso, vastas zonas pertenecientes a los departamentos se encuentran demasiado distantes de las sedes de estos juzga-

<sup>1</sup> Cfr. JAIME POSADA ORRÉGO, “La desnaturalización del *habeas corpus*. Decreto 182 de 1988”, en *Tribuna Penal*, núm. 6, Medellín, Edit. Lealón, 1988, págs. 83 y ss.

<sup>2</sup> Cfr. *supra*, págs. 277 y ss.

dos, que generalmente son las capitales de departamento. En estos casos, la carencia de vías de comunicación, las dificultades del transporte y el tiempo que demanda el mismo, razones económicas, dificultades laborales, carencia de asesoría jurídica, las deficiencias del correo nacional, etc., hacen prácticamente imposible el ejercicio del *habeas corpus*. Y esta consideración alcanza dimensiones dramáticas si se tiene en cuenta que precisamente en estas zonas el conflicto social y la subsecuente militarización alcanzan su punto más álgido, produciéndose innumerables capturas y prolongaciones ilegales de privación de la libertad, de donde surge imperiosa la necesidad de disponer de acceso fácil a la garantía en mención, para que la libertad se restituya con la mayor rapidez y eficacia posibles.

3º) El art. 456 del C. de P. P. —que otorga la competencia para conocer del *habeas corpus* a cualquier juez penal—, suspendido por el art. 2º del decreto comentado, nunca ha constituido un factor que facilite el “abuso de disposiciones legales”. Afirmar lo contrario, como implícitamente lo hace el decreto, es dar pábulo a la cizaña sembrada por sectores con intereses autoritarios, que tienen como norte el desprestigio y descrédito de la rama jurisdiccional, por ostentar esta los últimos vestigios democráticos del Estado colombiano. De ahí que podamos concluir que la suspensión de la norma aludida no tiene justificación alguna a partir de los motivos pretextados para la declaratoria de estado de sitio.

4º) No podemos olvidar que esta institución constituye uno de los pocos mecanismos de que aún dispone el ciudadano para evitar no solo las restricciones arbitrarias de la libertad sino también, y principalmente, actos lesivos de la dignidad humana, la vida y la integridad personal. Los numerosos casos de atentados contra estos derechos, denunciados por personas y organismos en el campo nacional e internacional, son el mejor testimonio de la necesidad de rodear con toda eficacia garantías como la aludida.

5º) El criterio contenido en la sentencia, en el sentido de que los Pactos Internacionales de Derechos Humanos —leyes 74/68, 16/72— no han de ser consultados para el pronunciamiento de constitucionalidad de una norma, está fundado en una concepción que no se compadece con la evolución y desarrollo del derecho internacional. Dichos pactos constituyen un compromiso del Estado colombiano con las naciones del orbe, de donde se infiere que su cumplimiento obliga a todas las autoridades de la República, incluyendo naturalmente a las de la rama jurisdiccional. Dentro de este criterio, es a la Corte Suprema de Justicia a quien le corresponde garantizar que tanto la ley ordinaria como la excepcional no lesionen los pactos internacionales, puesto que en este ámbito es la única autoridad que dispone de poder para darles una auténtica vigencia a los mismos.

# SECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA

ADOLFO TRIANA ANTORVEZA: *Grupos étnicos, derecho y cultura*. Bogotá, Editorial Presencia, 1987, 224 págs.

La Fundación para las Comunidades Colombianas (FUNCOL), a través de la serie "Cuadernos del Jaguar", nos hace llegar los frutos del primer seminario-taller de antropología jurídica realizado bajo los auspicios de dicha entidad y de la Universidad Nacional de Colombia, sede de Bogotá, entre el trece y el quince de agosto de 1985.

La dispersión temática que ostenta el libro no debe confundir en ningún momento al lector, ya que el evento solo exigía como común denominador "la reiteración acerca de la importancia de la cultura, y de la necesaria interdisciplinariedad de las investigaciones en el marco de la comprensión político-social"; así, encontramos conferencias-artículos que versan sobre historia, derecho, antropología, criminología, medicina legal, etc. En síntesis, no es otra cosa que la constancia gráfica de un primer paso hacia un contacto interdisciplinario de vasta magnitud.

El primer texto que hallamos es el de ADOLFO TRIANA ANTORVEZA, antropólogo que ha realizado valiosas incursiones en la temática jurídica, como fue la recopilación de los estatutos legales que han regido a los sectores indígenas del país, y las relaciones del Estado con estos, a partir de la independencia (*Legislación Indígena Nacional*, Bogotá, Edit. América Latina, 1980). En esta oportunidad nos entrega un ensayo de 127 páginas, titulado "Estado, nación y minorías étnicas" que por su contenido es uno de los más importantes del libro y el más notable por su extensión. Estructurado sobre tres elementos fundamentales —las raíces españolas, el Estado-nación y sus antecedentes europeos, y la realidad americana del Estado-nación—, pretende contribuir a la explicación de "las políticas justificatorias de la expansión terri-

torial del Estado en relación con los territorios indígenas", objetivo que logra mediante una apretada y bibliográficamente bien documentada síntesis histórica, que anticipando unas nociones acerca de cultura y nacionalismo, concluye exponiendo la política sobre áreas de frontera desarrollada por el general Santander en los primeros años de la república de Colombia, y la manera como esta política afectó a los indígenas, pasando por la dominación romana de España, las invasiones moras, las guerras de reconquista y unificación, la centralización monárquica española, la influencia de la Revolución Francesa sobre la Colombia colonial, la forma en que durante esta última época se desarrolló la dominación española frente al indígena, y lo que para este significó el advenimiento de la independencia criolla. Toda esta reseña histórica se despliega en un ilustrativo y conciso análisis institucional que no excluye factores económicos, jurídicos y sociales.

Igualmente, encontramos otras reflexiones de importancia en las intervenciones de los antropólogos ESTHER DE GUZMÁN (*Costumbre, cultura y ley nacional*) y ROBERTO PINEDA CAMACHO. La primera envuelve una serie de consideraciones criminológicas: el delito como producto de condiciones socioculturales variables, la necesidad de ajustar la definición socioantropológica y la jurídica del comportamiento desviado por medio de los dictámenes periciales elaborados por el antropólogo, y la constatación del saber jurídico como expresión de un poder que resulta oprimiendo a quienes no comparten los mismos raseros que rigen la cultura hegemónica. La segunda muestra los esfuerzos del grupo étnico Andoque para reconstruir su comunidad mediante procedimientos rituales derivados o emparentados con su entorno cultural ancestral, luego de la agresión y expoliación de los caucheros; y, *contrario sensu*, la reacción

social de los Nonuya, cuyo contacto directo con los caucheros y el alejamiento de la casi totalidad de sus tradiciones, les impidió retornar al equilibrio institucional simbólico, superando el factor desestabilizante (violencia).

Aparecen simultáneamente con estos trabajos: *Indígenas y reforma agraria* de LIBORIO BELALCÁZAR, quien, valiéndose de las leyes pertinentes, desenmascara el verdadero alcance de estas en lo que atañe a los indígenas y denuncia su carácter inoperante, tema que sin duda resulta del mayor interés para los especialistas del derecho agrario (dicho sea sin disminuir la importancia medular que reviste el problema de la desposesión de la tierra al que están por fuerza sometidos los indígenas); *Los que nacieron procesados* de NINA S. DE FRIEDMANN, y *Definición de lo indígena: tratamiento médico legal* por RICARDO MORA IZQUIERDO, que giran, respectivamente, en torno a dos ideas centrales: la exclusión de los grupos étnicos no indígenas, que también constituyen fragmentos importantes de la población colombiana, de los proyectos gubernamentales; y lo problemático que resulta calificar a alguien como indígena, cosa que finalmente queda al arbitrio de quien califica. Infortunadamente, la falta de rigor académico y concreción impiden el desarrollo efectivo de estas dos ideas, que encallan en lo anecdótico debido al calado de los argumentos que los acompañan.

Encontramos además la conferencia "Derecho penal y cultura", cuyo autor es el extinto y malogrado ALFONSO REYES ECHANDÍA, en la que reitera, con su ya acostumbrada adscripción al evolucionismo sociológico, su posición dogmática en favor de la inimputabilidad como institución que permite ubicar la conducta del indígena delincuente por condicionamiento cultural, creando de paso, como causal de inimputabilidad, una que no figura en el art. 31 del Código Penal: la inmadurez sico-socio-cultural. El abogado ADOLFO SALAMANCA CORREA, en el apartado intitulado "El indígena y el derecho penal colombiano", luego de aludir a las leyes 31

de 1967, 89 de 1890 y 72 de 1892, al fallo de la Corte Suprema de mayo 14 de 1970, y al "concepto Zafra" de la Procuraduría General de la Nación, concluye en una serie de "inquietudes sin respuesta", absteniéndose de sugerir por su parte alguna solución.

Solo resta por agregar que la presentación del volumen reseñado corrió a cargo del entonces decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, EDUARDO UMAÑA LUNA.

HERNÁN DARÍO BENÍTEZ NARANJO  
Profesor de Derecho Penal General  
Universidad de Medellín  
Enero 25 de 1988

LEONEL CALDERÓN CADAVID: *Los inimputables en los nuevos estatutos penales*, Medellín, Edit. Diké, 1987, 235 págs.

No ha sido óbice para el doctor LEONEL CALDERÓN CADAVID su investidura de magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, para desempeñarse como doctriante en un tema tan controvertido como es la inimputabilidad. Su obra, fruto de una encomiable labor, consta de seis capítulos e incluye un apéndice de legislación extranjera sobre la materia.

En el *primer capítulo*, intitulado "Aspectos Generales", comienza por definir la inimputabilidad como "el mínimo de capacidad en el agente para comprender las connotaciones antijurídicas de su comportamiento y para determinarse conforme a ese entendimiento" (pág. 14). Señala a continuación los fundamentos de la misma, después de exponer las dos orientaciones básicas que han enmarcado el examen de la inimputabilidad: el criterio del libre albedrío y el positivista; para expresar, finalmente, el adoptado por nuestro Código Penal, culminando con su posición personal acerca de la ubicación de la inimputabilidad dentro de la estructura del hecho punible. En este punto merece destacarse su autonomía y coherencia, pues, acorde con su concepción acerca de la inimputabilidad co-

mo "capacidad de actuar culpablemente", rechaza la tentativa de otros autores de ubicarla como elemento de la culpabilidad o como presupuesto de la pena, reiterando que ella ocupa un lugar intermedio entre la antijuridicidad y la culpabilidad.

"La delimitación legal del tema" es el título del *segundo capítulo* que conforma el libro. Aquí el autor se detiene en un pormenorizado análisis de las causas que dan lugar a la inimputabilidad y las consecuencias psicológicas que generan, para lo cual retoma el art. 31 del estatuto penal, enfatizando en sus antecedentes: el Código Penal Tipo para Latinoamérica y el Código Penal Alemán.

En relación con el aspecto causal, realiza un pedagógico estudio del trastorno mental y de la inmadurez psicológica, reseñando en primer lugar todas las categorías que se incluyen en la noción de trastorno mental, como son: la sicosis, la neurosis, etc., para posteriormente escudriñar en las tres instituciones que se derivan del concepto de trastorno mental: el trastorno mental transitorio sin secuelas, el trastorno mental permanente, y el trastorno mental preordenado.

Respecto al trastorno mental transitorio sin secuelas, no solo explica por qué está exento de pena sino que, además, expone sus características, e igualmente los fenómenos que pueden dar lugar a él. Aquí llama la atención el interés del autor en afianzar el concepto peligrosista como guía para establecer si el trastorno mental transitorio es con secuelas o sin secuelas, actitud esta que no se compatibiliza con la elaboración de un derecho penal liberal y que más bien continúa anclada en corrientes positivistas, ya revaluadas.

En cuanto al trastorno mental permanente es muy somero, pero insiste en "la importancia de determinar las características de cada entidad nosológica para resolver los efectos consecuenciales de la inimputabilidad" (pág. 54). Siguiendo esta línea examina rigurosamente la *actio liberae in causa*, señalando sus bases filosóficas, su precedente histórico y, especialmente, los presupuestos que ha

de reunir, según se trate de una imputación dolosa o culposa, resaltando con beneplácito que el art. 32 del Código Penal haya adoptado al respecto una fórmula cerrada, y no la abierta, que haría al sujeto responsable de todo el proceso causal subsecuente al trastorno, por el solo hecho de incurrir voluntariamente en él, lo que implicaría una responsabilidad objetiva.

Ya en lo relacionado con la otra premisa que contempla el art. 31 como susceptible de generar inimputabilidad, es decir, la inmadurez psicológica, el autor subdivide su estudio, ocupándose primero de los menores, sosteniendo que el legislador consagró el criterio biológico para determinar su inimputabilidad, apartándose del mixto que orienta en líneas generales esta materia. Si bien reitera las ventajas que este último ofrece, pues "la presunción de que los menores de 16 años son inimputables es *de jure*, aunque se establezca que un menor de 16 años tuvo plena conciencia y pleno dominio con relación al delito cometido, sería imposible someterlo a pena" (pág. 70). Pero es realmente en su referencia al indígena donde más resalta su espíritu investigativo, al recopilar los distintos enfoques que se han presentado para cobijar la situación de aquél. Concluye el autor, respecto a la solución de inimputabilidad admitida por el Código, que "aunque la asimilación a la inmadurez psicológica no sea la más adecuada desde una perspectiva psiquiátrica y social, introduce el equilibrio entre los intereses en juego. Si bien es perceptible en ese tratamiento la asignación de cierta inferioridad a esos grupos étnicos" (pág. 77). Asimismo, se suma a las numerosas críticas formuladas a la regulación de las medidas de seguridad a ellos aplicables, afirmando que "era más adecuada y eficaz la medida que establecían los anteproyectos iniciales: la internación en un centro oficial donde se le podría dar adecuación o adiestramiento artesanal, industrial o agrícola y la reintegración al medio ambiente natural en casos muy especiales" (pág. 78). Termina este capítulo, el

más extenso de su obra, planteando la fase consecuencial de la inimputabilidad.

En el *capítulo tercero* trata la semi-imputabilidad o culpabilidad disminuida, reclamando un tratamiento punitivo más benigno para las personas que fluctúan entre la normalidad y la alienación mental pero que, ante el silencio del legislador, se encuentran desprotegidas, llegando las aspiraciones del autor a extender los efectos de la semi-imputabilidad a otras situaciones afines a esta noción, como lo son todos aquellos eventos que no dan lugar a reconocer la causal de inculpabilidad o de justificación, y para todos ellos propugna "la introducción de una norma general que permita al juez atenuar la pena en hipótesis como estas en las cuales el carácter de la acción le resta entidad al hecho punible" (pág. 101).

Lo atinente a la responsabilidad del inimputable, es desarrollado en el *capítulo cuarto*, en el que CALDERÓN CADAVID adhiere a la postura del profesor FERNÁNDEZ CARRASQUILLA al sostener que los inimputables responden penalmente. Y, conforme a este criterio, se pronuncia sobre el esquema formal de los hechos típicos cometidos por los inimputables, aclarando que la estructura de los hechos realizados por los inmaduros o los trastornados mentales difiere de la que se atribuye a los inimputables, sin que ello obste al reconocimiento de las causales de justificación que se pudiesen presentar, pues "en lo que respecta a la antijuridicidad el examen formal no presenta mayores problemas por cuanto en la estratificación del hecho punible ocupa un lugar anterior a la imputabilidad" (pág. 112). En igual sentido se manifiesta en relación con los errores de prohibición, distinguiendo, eso sí, la naturaleza de la consecuencia psicológica para efectos de reconocer la inculpabilidad o la necesidad de una sanción.

Cabe mencionar también que dentro de este capítulo fundamenta la presencia de los dispositivos amplificadores del tipo en los actos realizados por los inimputables, a la vez que analiza su prescripción y la vigencia de los principios rectores del Código Penal.

El *capítulo quinto* está dedicado a las medidas de seguridad, y en él aborda el estudio

de su naturaleza jurídica desde el punto de vista de las teorías unitarias y dualistas. En esta materia es menester anotar que el autor engrosa la lista de doctrinantes que pretenden encontrar en la peligrosidad un criterio garantizador que proscriba el carácter perpetuo que hoy ostentan las medidas asegurativas. Solución esta planteada con innegable buena fe pero que constituye un rezago de viejas construcciones positivistas, en mora ya de ser superadas.

Finalmente, en el *capítulo sexto*, denominado "La inimputabilidad y el procedimiento", se despejan algunos interrogantes que había en materia adjetiva; especialmente en lo referente al proceso abreviado, a la intervención del jurado de conciencia en los eventos de inimputabilidad, entre otros, y que el autor resuelve, a la luz del nuevo Código de Procedimiento Penal, con mucha propiedad.

Solo resta señalar el gran valor pedagógico que encierra este libro y el meritorio trabajo de su autor, por lo que es de esperar que goce de acogida entre los estudiosos del derecho penal.

SANDRA CRISTINA MORA SOTO  
Abogada egresada de la Universidad  
de Medellín.

Enero 30 de 1988

*Revista del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del delito y tratamiento del delincuente (ILANUD)*. Año 7, núm. 19 (junio 1986). San José, Costa Rica, C. A.

La presentación de esta importante publicación semestral está a cargo de los doctores Jorge A. Montero, director del Instituto, y Elías Carranza, quienes en su sección *Carta de la Dirección* destacan la gran tarea de las Naciones Unidas en su ayuda a los Estados en la prevención del delito por medio de la expedición de importantes documentos referidos a la tortura, a los tratos inhumanos y al tratamiento de los reclusos, además de los suscritos en el VII Congreso.

Aparece en seguida un aparte destinado a informar acerca de la *Forma de envío de material a Ilanud* y otro referente a las *Actividades en Ilanud*, actividades que fueron

programadas para 1986 y que tenían por finalidad capacitar a aquellas instituciones y personas que se encuentran en un contacto más directo con el sistema de justicia penal (magistrados, fiscales, jueces y abogados), así como la forma de difusión de esas actividades.

De gran importancia es su sección *Información de interés*, en la que se informa acerca del X Aniversario de ILANUD, se enuncian los logros del Instituto y se comunica acerca de los diferentes convenios, suscritos por este con diversos países y universidades de América Latina, Europa y Asia. Además, se hace una exaltación de la memoria de eminentes juriconsultos, y particularmente de los doctores Heleno Claudio Frago, Alfonso Reyes E., Emiro Sandoval H. y Mario Alejandro Bustos B.

De especial interés es el *Informe sobre drogas*, en el que se hace alusión a una conferencia sobre el tema realizada en abril de 1986 en Río de Janeiro y a un "seminario para funcionarios responsables de la fiscalización de estupefacientes en Latinoamérica y el Caribe" celebrado en marzo de 1986, el cual llegó a conclusiones de máximo interés en torno a los principales medios de enfrentar el flagelo de la droga y sus consecuencias en la comunidad.

La *Agenda internacional*, por su parte, informa acerca de las fechas en que se celebraron algunos congresos referentes a temas como la victimología, los derechos humanos y algunos otros de elevado interés.

La sección central de la revista la constituye el capítulo dedicado al *Informe del VII Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente*, celebrado en Milán (Italia) del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, el cual consta de 6 instrumentos principales, 24 resoluciones y 1 decisión. En este Congreso se insistió sobre la importancia de prevenir el delito, y es así como se formularon algunos principios cimentados, en el plano nacional, en una correcta planificación y en la creación de un nuevo orden económico-social, y en el orden internacional, en una relación armónica entre los Estados para poder, en ambos casos, ex-

pedir instrumentos jurídicos eficaces. Acerca del *menor* como sujeto especialmente propenso a actuar delictuosamente, se establecieron algunos baremos para su pronta reinserción a la vida social. Se pronunció también el Congreso sobre el *tratamiento de reclusos extranjeros*, en cuanto se hace imperiosa la necesidad de expedir tratados internacionales que permitan el traslado del reo a su país de origen o a aquel donde tenía su domicilio. Se analizó igualmente lo referente al *tráfico ilícito de drogas*, estatuyendo como necesario para combatirlo la colaboración armónica entre los Estados, tanto en cuanto hace referencia a acciones jurídicas como a acciones de carácter material.

De enorme trascendencia resulta asimismo lo estatuido acerca de temas de latente vigencia nacional e internacional referidos a *las víctimas de delitos y del abuso de poder*, así como la *independencia de la judicatura*.

Continuando la cadena ilimitada de aportes para el lector, encontramos en la revista 2 secciones que contienen bibliografía selectiva acerca de la *Rehabilitación para liberados* y *El trabajo en el tratamiento penitenciario*, además de su *Comentario de libros*, en el cual se alude a las siguientes obras: *Crónica de muertes silenciadas* de ELÍAS NEUMAN, *Bases críticas de un nuevo derecho penal* de JUAN BUSTOS RAMÍREZ, y *Poder económico y delito* de KLAUS TIEDEMANN.

Por último, trae también en sus páginas una completa información acerca de las publicaciones llevadas a cabo por el Instituto y de la forma como este se pone en contacto con el lector.

Es de destacar la gran importancia de esta publicación como un poderoso instrumento dado a los países latinoamericanos para la información y consulta, necesarios en la formulación de políticas que permitan una lucha conjunta en la prevención del delito.

JUAN CARLOS BERNAL V.  
Estudiante Facultad de Derecho  
Universidad de Medellín

ELENA LARRAURI: *Libertad y amenazas*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, S. A., 1987, 317 págs.

Esta obra constituye la tesis doctoral de la autora que, bajo el título "El bien jurídico protegido en el delito de amenazas", mereció la calificación de sobresaliente *cum laude* por parte del tribunal constituido en la Universidad Autónoma de Barcelona. Ahora sale a la luz en la colección "El Sistema Penal", que dirigen Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malareé.

La autora, profesora de Derecho Penal de la misma Universidad, ha logrado elaborar una obra creativa sobre un tema de suyo complejo. Estamos seguros de que va a constituir libro de lectura obligada para todo aquel que desee iniciarse en el estudio de los delitos contra la libertad.

La manera como ELENA LARRAURI analiza el bien jurídico "libertad" (con especial referencia al delito de amenazas), le permite dar soluciones dogmáticas a diferentes tipos legales: coacciones, extorsión, chantaje, detenciones ilegales, etc.; porque todos estos actos son formas de ataque a las diversas manifestaciones de ese valor inalcanzable llamado *Libertad*. Además, al plantear las respuestas teóricas dentro de la estructura del delito de amenazas que se deducen del contenido material de la libertad, la autora toma posición dentro de la corriente doctrinal que considera a la categoría del bien jurídico como la base fundamental para la construcción dogmática del injusto, como criterio político criminal idóneo de enlace entre la realidad y el derecho penal (desde VON LISZT hasta ROXIN, HASSEMER, BUSTOS, FERNÁNDEZ C., etc.).

Debido al peculiar tratamiento del tema, la metodología utilizada adquiere particular relevancia. Después de ofrecer el panorama histórico legislativo español sobre el delito de amenazas (cap. I), ELENA LARRAURI estudia de manera profunda el contenido material de la libertad desde un plano político-social (cap. II). Con este objeto expone los diversos factores que señalan la evolución del Estado absoluto al Estado liberal en el siglo XVIII: los

descubrimientos geográficos, la ruina de la economía feudal, la crisis de la Iglesia, la revolución científica, etc., hechos sociales que modelan una nueva sociedad (con una nueva filosofía) en la que *la libertad deviene una condición indispensable para el desarrollo de la economía capitalista* (pág. 45). De esta manera, la libertad se afirma como *derecho natural del individuo apto para garantizarle un ámbito de actuación y oponer unos límites al poder del Estado* (pág. 49).

De allí el ineludible vínculo entre libertad y seguridad: *la libertad (= capacidad de actuación para la satisfacción de las necesidades por medio de la apropiación, solo era posible que se desarrollase plenamente si había seguridad (= certeza del nexo existente entre actividad y resultado)* (pág. 61). Será este contenido de la libertad y de la seguridad, el que animará la configuración de los códigos penales españoles del siglo pasado y de comienzos del presente; en especial los tipos de los cuales parte este estudio: arts. 493 y 494 del Código Penal de 1944.

Es este capítulo, sin duda, el que constituye toda una innovación en la investigación de las ciencias penales. Con esta metodología ELENA LARRAURI expresa que detrás del tipo de amenazas existe un ámbito situacional de relaciones sociales que el legislador quiere proteger. Así desentraña los intereses económicos y sociales que subyacen en la citada tipificación. Con singular manejo de las ciencias sociales, se adentra a analizar la evolución del Estado (siguiendo los respectivos cambios económicos) y la filosofía que lo anima; filosofía que se pretende consagrar en los tipos penales. De esta manera la autora demuestra cómo se trata de generalizar a todos los integrantes de la sociedad por medio de los mecanismos de control y, en definitiva, por la coerción penal, las concepciones del mundo que tiene el grupo social hegemónico (BUSTOS, "Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología", en *El Pensamiento Criminológico II*, Barcelona, Edit. Península, 1983).

Asimismo, prueba la justeza de la siguiente denuncia hecha por la criminología crítica: "la criminalidad es «un bien negativo» distribuido desigualmente según la jerarquía de los intereses fijados en el sistema económico y según la desigualdad social de los individuos" (BARATTA, "Criminología Crítica y Política Penal Alternativa", en *Revue Internationale de Droit Penal*, 1978, núm. 1, pág. 46). Sin embargo, lamentamos que la autora no haya continuado su estudio con el análisis de las relaciones sociales del Estado actual, toda vez que las nuevas formas sociales, propias de lo que los teóricos llaman "la crisis del Estado Social" o "crisis del Estado Tardocapitalista" (BARATTA, FERRAJOLI, DE CABO, etc.), plantean una revisión del contenido material de la libertad; análisis necesario para realizar las reformas que estos delitos requieren.

En los siguientes capítulos, la autora aborda la problemática jurídica que plantea el bien "libertad" en la configuración de los delitos de amenazas simples y amenazas condicionales, apelando a la casuística y al estudio comparado del derecho alemán e italiano, con las reservas que las distintas legislaciones merecen.

Al reseñar los estudios que sobre el tema ha efectuado la doctrina española (cap. III), ELENA LARRAURI muestra un difuso panorama, propio de la dificultad de determinar el bien jurídico en las amenazas.

En el cap. IV, la autora se aboca al análisis del bien jurídico en los delitos de amenazas condicionales, señalando que, dado el carácter instrumental de la libertad, se entiende que todo delito lesiona la libertad. Entonces se presenta la necesidad de esclarecer cuándo la libertad es atacada como medio y cuándo como fin. Zanja la discusión estableciendo que este grupo de delitos requieren de *una lesión (o puesta en peligro) de la voluntad por medio de la violencia o intimidación, dirigidos a conseguir un comportamiento* (pág. 112). Ello sucede "desde el momento en que el autor decide incidir en el proceso de auto-determinación de la persona" (pág. 113). Con

esto, ELENA LARRAURI indica la indestructible unión entre voluntad y comportamiento (como proceso indisoluble del pensamiento y la acción) y clarifica la intimidación como un *medio para vencer la voluntad* y no como un objeto como tantas veces se confunde. Ahora bien, "en los casos en que junto a esta lesión (o puesta en peligro) se produzca además un ataque a otro bien jurídico, se estaría ante problemas a resolver mediante la aplicación de criterios concursales" (pág. 122), los cuales son señalados en las págs. 122-124.

Sobre el estudio de la doctrina alemana, la autora destaca la teoría de JAKOBS (Restricción de la libertad a la libertad jurídicamente garantizada), sometiéndola a serias críticas, en especial, que el contenido material del injusto cedería paso a un contenido formal, con lo cual se pierde el criterio garantista del bien jurídico como noción antepuesta a la norma (pág. 137); sin embargo, rescata el hecho de que en estos delitos el autor amplía su esfera de libertad no a través de los medios de desarrollo de la víctima, sino a través del propio comportamiento de ella (pág. 279).

Luego de realizar el análisis de los diferentes supuestos de las amenazas condicionales, ELENA LARRAURI se pronuncia —en concordancia con su posición manifestada sobre los delitos contra la libertad—, por la exigencia de que el mal sea simplemente injusto (típico, antijurídico de acuerdo con la globalidad del ordenamiento jurídico) y, al mismo tiempo, señala la idoneidad del criterio de la "debida conexión interna" para valorar la exigencia de que la condición sea lícita (pág. 160).

Al analizar la discusión que se desató en torno a los criterios de "libertad de resolución" y "libertad de actuación" como bien jurídico protegido en los delitos contra la libertad (sustentados por BINDING y VON LISZT, respectivamente), la autora se decide en el sentido de que la libertad de resolución no puede considerarse bien jurídico autónomo por su necesaria conexión con la actuación, al menos en cuanto a relevancia penal se refiere, como lo comprueba con los ejem-

plos de las págs. 178-179. Así, *el delito de amenazas condicionales protege la libertad de actuación como tipo de lesión* (cuando el culpable ha conseguido su propósito) y *como tipo de peligro concreto* (cuando el culpable no ha conseguido su propósito), pues el art. 493.1 del C. P. español castiga aun cuando la lesión a la libertad de actuación no se haya producido (pág. 184). Además, la autora observa que la seguridad como presupuesto objetivo-individual de la libertad, queda absorbida por la lesión o puesta en peligro de la libertad de actuación (bien jurídico protegido en el delito de amenazas condicionales) (pág. 197); pero en el caso del *delito de amenazas simples, sí puede afirmarse como un delito de lesión a la seguridad* (pág. 237).

Hay que destacar en la obra el estudio sobre la amenaza con omisión, como uno de los supuestos de amenazas condicionales, la cual valorativamente tiene las mismas características que la realizada con acción, porque la vulneración de la voluntad puede tener la misma entidad, por lo que deben aplicársele los mismos parámetros.

Finalmente, ELENA LARRAURI se ocupa de los medios aptos para lesionar el bien jurídico en las amenazas (cap. VI), formulando críticas válidas al criterio de futuridad del mal (ya fuertemente discutido por la doctrina española), que —entre otras deficiencias— obvia la consideración del mal presente, que puede tener la misma virtualidad. Asimismo, cuestiona el circunscribir la amenaza a un mal, cuando pueden presentarse otros hechos que sean también idóneos para lesionar o poner en peligro la libertad de actuación.

El estudio de ELENA LARRAURI tiene una importancia significativa por entender el problema criminal como un todo complejo (político-social), lo que permite una visión crítica y, en consecuencia, garantista y democrática del Derecho Penal. Para Latinoamérica tiene una particular relevancia. En efecto, en países donde la violencia es estructural, donde la participación de los ciudadanos está seriamente limitada, la lucha por el respeto de los dere-

chos humanos, por la vigencia de todos y cada uno de los derechos fundamentales que eufemísticamente están consagrados en las respectivas constituciones, cobra real importancia. Obviamente, no es mediante el sistema penal como puede lograrse una defensa más eficaz de estos derechos; pero solamente comprendiendo lo que verdaderamente se protege penalmente, se pueden establecer criterios valorativos alternativos de resolución de los conflictos; criterios que, para el caso de “la libertad”, significan un mínimo real de justicia política y social, es decir, la propia posibilidad de la autodeterminación de nuestras sociedades.

LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ

Becaria de Investigación  
Salamanca, febrero de 1988

JOSÉ HURTADO POZO: *Manual de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Lima, Editorial y Distribuidora de Libros, S. A., 1987, 640 págs.

Que el derecho penal latinoamericano ha alcanzado en los últimos decenios un inusitado desarrollo, lo confirma la obra de la cual nos ocupamos. No solo se escriben en el continente trabajos de hondo contenido académico y científico, sino que sus autores son llamados a regentar cátedras de esta disciplina en países europeos, tal como ha acaecido con el profesor HURTADO POZO quien, desde 1983, ha sucedido a su maestro FRANCOIS CLERC en la cátedra de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Universidad de Friburgo (Suiza).

El *Manual* en comento, desgraciadamente poco conocido en nuestro medio, es un buen ejemplo de una exposición didáctica y sencilla de un derecho penal que, como el del Perú, ha surgido de la curiosa amalgama de influencias española, suiza, italiana, sueca, uruguaya y argentina. Aunque se destaca, sin lugar a dudas, la fuerte ascendencia del modelo helvético al punto que, como dice el autor, el Código de 1924, que es el vigente, le ha rendido su máximo tributo: “sin exagerar se puede afirmar que se la encuentra

en todos los títulos del Código, desde los primeros artículos concernientes al principio de legalidad hasta en las reglas del último Libro, consagradas a la regulación de la entrada en vigor del código y de su aplicación” (pág. 111).

Justamente, siguiendo los pasos del legislador de su país el autor de la obra reseñada se trasladó a Suiza, donde, después de cinco largos años en la Universidad de Neuchatel, se doctoró con un trabajo dedicado a desentrañar el origen de las instituciones penales peruanas (*L' influence de la Législation Péna- le suisse sur le Code Péruvien*, 1971). Más tarde, luego de una corta estadía en su patria nativa, HURTADO POZO viaja a Alemania, y más concretamente al Max Planck Institut de Freiburg i. Br., donde escribe la primera edición de su *Manual* (1978), del cual nos ocupamos ahora, cuando ya el paso de los años lo ha decantado.

Lo que más llama la atención, circunscribiéndonos a la obra, es que se trata de un trabajo muy bien documentado, en el cual se manejan con toda propiedad la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de países como Suiza, Alemania, Italia, Francia y, por supuesto, del Perú. No persigue el expositor mostrar su erudición, sino el estudio del derecho punitivo de su patria, acudiendo a las fuentes que lo han posibilitado; como precisa, se trata de una “exigencia resultante del carácter propio de nuestro derecho penal, perteneciente a la familia eurocontinental, traído por los conquistadores españoles y reformado y perfeccionado mediante la recepción de otros modelos legales foráneos” (pág. 15).

Cuatro partes fundamentales conforman el texto. La primera dedicada a los “Fundamentos Generales” (el *ius puniendi*, la política criminal, el derecho penal y la criminología, y la evolución histórica del derecho penal en el Perú). Es allí donde postula, perfilando su enfoque crítico, que “el derecho penal es un medio de control social ... utilizado para controlar, orientar y planear la vida en común” (pág. 35).

De la mano de este planteo, sostiene que una de las conquistas fundamentales del derecho penal liberal es haber determinado que

solo pueden ser reprimidos penalmente los actos que atentan contra los bienes jurídicos, aunque sin olvidar que también persigue “forjar y consolidar ... cierta conciencia social” (pág. 41), con lo cual la acción delictuosa solo puede concebirse como la suma de dos factores: desvalor de acción y desvalor de resultado.

Aunado a lo anterior afirma que el derecho penal tiene carácter fragmentario y secundario, y que el fundamento y los fines de la pena se explican a partir de las teorías de la unión, exponiendo la manera como el principio de culpabilidad se constituye en garantía propia del derecho penal liberal (pág. 49).

Al entrar en el campo de las relaciones entre derecho penal, dogmática, y política criminal, precisa con toda claridad que la dogmática juridicopenal tiene una doble función: una, *declarada u oficial*, consistente en descubrir el derecho positivo; y, otra, *latente u oculta* encaminada a “reconstruir el sistema legal despojándolo de sus imprecisiones” (pág. 60). Con base en ello concluye que “la dogmática penal sirve, de esta manera, para un mejor conocimiento del sistema normativo y para garantizar su aplicación coherente e igualitaria, concurriendo así a la proyección de una correcta política criminal” (pág. 62). De la política criminal dice que debe estar estrechamente vinculada con la realidad social, económica y cultural de cada país, llamando la atención sobre el peligro que se corre cuando se aplican mecánicamente las explicaciones doctrinarias propias de países desarrollados a los nuestros: “sus explicaciones y conclusiones deben ser constantemente confrontadas con nuestra realidad” (pág. 91), concluye.

Al final de esta parte, hace una muy completa exposición de la evolución histórica del derecho penal en el Perú, algunas de cuyas consideraciones tienen perfecta validez en nuestro país.

En la *segunda parte*, expone con precisión la ley penal (el principio de legalidad, la interpretación de la ley, y los ámbitos de validez de la ley penal). Sobresale, desde luego, el afortunado tratamiento dado al principio de legalidad, que no es frecuente en los textos

sobre la materia, pese a que se trata del postulado más importante del derecho represivo.

Por lo demás, la exposición coincide con los planteos que es usual encontrar en obras como esta, con la diferencia de que aquí están referidos al derecho penal peruano.

La teoría del delito, expuesta desde un punto de vista estrictamente dogmático, es el objeto de estudio en la *tercera parte*. Allí, de manera separada, encontramos abordados todos y cada uno de los elementos del concepto de delito.

En torno al *concepto de acción*, después de que la polémica entre causalistas y finalistas terminara a comienzos de la década de los años sesentas, HURTADO POZO concluye que "resultan vanos los intentos para concebir un concepto único y englobante de toda forma de accionar humano relevante para el derecho penal" (pág. 338), y que "al interior del sistema, lo que interesa es el comportamiento típico", de donde infiere que la caracterización de la infracción no depende de la determinación de la noción de acción, y que este concepto solo cumple una función negativa: eliminar los hechos irrelevantes para el derecho penal (*idem*).

En lo atinente a la *tipicidad*, la exposición realizada se ciñe estrictamente a un enfoque neoclásico de influencia neokantiana, si se tiene en cuenta que concibe el tipo penal como predominantemente objetivo.

Al ocuparse de la *antijuridicidad* sostiene que esta es objetiva, aunque nada obsta para reconocer la presencia de elementos subjetivos que juegan un papel importante en la tentativa y en las causas de justificación.

Luego de exponer la *capacidad penal* se detiene en la culpabilidad y, por ende, en el principio "no hay pena sin culpabilidad", así como en las formas de culpabilidad y en el error.

Del principio *nulla poena sine culpa* afirma que este, al lado del de legalidad, constituye la base de nuestro derecho penal, y que el juicio de culpabilidad se formula en razón del acto cometido; descartando la llamada cul-

pabilidad por "la conducta de la vida" o por "el carácter".

Como formas de culpabilidad, acorde con el esquema neoclásico, estudia el dolo y la culpa, ubicando dentro del primero la teoría del error que, pese a no considerarla acertada, se compadece con la distribución error de hecho-derecho que es la acogida por el C. P. Es aquí donde nos dice que la preterintención no puede ser una "forma" de culpabilidad sino una mezcla de dolo y culpa.

Finalmente, la *cuarta* y última parte la destina al estudio del *iter criminis*, la participación y el concurso, exponiendo en su orden cada uno de los dispositivos amplificadores del tipo y las diversas formas especiales de adecuación típica.

Hasta aquí el esquema general del texto en el cual se hecha de menos el estudio de la sanción penal, tema que, al decir del autor, ha alcanzado una independencia tal que hace aconsejable su estudio de manera independiente, lo que, aunado al "enorme abismo existente ... entre la ley y la realidad" (pág. 16), sirve al autor como justificación para su no inclusión.

A ello cabría objetar que si dicho abismo fuera un argumento preponderante, también habría que prescindir de exponer la concepción dogmática del delito, pues el desfase es también de proporciones; lo que debe hacer, justamente, un penalista crítico, es construir una teoría de la sanción penal que algo aporte a cambiar tan agobiante realidad.

El gran mérito del trabajo, pese a que la sistemática del delito no es la más actualizada, lo que tal vez se compadece con la realidad peruana, es la enorme simplificación de los problemas dogmáticos. En frente a "abs-trusas" construcciones de lógica formal, propias de lo que el texto denomina "una mala dogmática", se opone una construcción simple y sencilla que permite a los principiantes y a los iniciados en estas disciplinas hacer sus incursiones con éxito.

Obras como esta, que no por su sencillez sacrifican la profundidad, contribuyen a "de-

sembrar" la dogmática y a tornarla en un instrumento racional al alcance de todos, al contrario de aquella disciplina esotérica que llenara en el pasado bibliotecas enteras con la discusión de problemas que, como el de la acción, no terminaron cumpliendo ninguna función.

De gran utilidad sería en nuestro país una exposición como la del prof. HURTADO POZO, donde este tipo de construcciones empiezan a adquirir una complejidad tal que solo están al servicio de unos pocos, a los que peyorativamente cabe el calificativo de "dogmáticos", a veces tan en boga.

Para terminar, pues, digamos que el volumen examinado está dirigido fundamentalmente a estudiantes universitarios, tornándose herramienta fundamental en la enseñanza, dejando como principal inquietud la necesidad de simplificar las construcciones juridicopenales, para que puedan así llegar a ser "una buena dogmática" o, por lo menos, un derecho penal al servicio de los intereses democráticos.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Profesor de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín.  
Mayo de 1988.

REVISTA DOCTRINA PENAL. *Teoría y práctica en las ciencias penales*, año 10, núm. 38. Buenos Aires, Edic. Depalma, 1987.

Esta importante publicación argentina consagra sus secciones habituales, entre las cuales se destaca la de *doctrina*, encabezada por un artículo del profesor JOSÉ I. CAFFARETA NORES acerca de las "Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Procesal Penal", en el que se analiza críticamente, luego de plantear soluciones enfrente al problema, lo atinente a si es o no el derecho procesal un instrumento eficaz para la realización del derecho penal. Según el articulista, es la misma Constitución la que otorga al proceso el doble carácter de canal y cauce: lo primero, porque es válvula de escape para la pretensión punitiva que surge de la comisión de un delito, y lo segundo,

pues delimita el camino por donde debe correr esa pretensión.

Según el autor, aunque el derecho procesal es un freno a la realización directa del derecho penal, jamás puede el Estado negar la posibilidad de aplicar su potestad abstracta en los casos delictivos concretos. Por ello, dice, existe una serie de medidas tendentes a que el derecho procesal cumpla su verdadero papel: de un lado la inversión del sistema, de modo que sea el Estado el que demuestre cuándo es necesario acudir al encarcelamiento con miras a lograr una oportuna justicia; y, del otro, fijar la duración máxima de la restricción de la libertad, sancionando cualquier exceso.

En conclusión sostiene que, como es apenas obvio, nada de esto funciona en la práctica, por lo cual es indispensable darle una mayor amplitud a ciertos mecanismos procesales que, aunque implican nuevas concepciones, constituyen un punto de partida fundamental.

El investigador del UNSDRI, EMILIO GARCÍA MÉNDEZ, a su turno, diserta en torno a la "Violencia doméstica y el sistema de la justicia penal" destacando la magnitud de tal problema social, consistente en acciones u omisiones que al producirse en el seno de la familia atentan contra la integridad de alguno de sus miembros. Para el análisis de la etiología del fenómeno sostiene que es necesario ubicarse dentro de factores socioeconómicos y acorde con los valores culturales imperantes; debe, pues, indagarse por la legitimidad y justificación de la intervención del sistema de la justicia penal en situaciones como las aludidas, que son aparentemente privadas.

Al efecto, advierte el autor que esa injerencia, aunque no disminuye el problema, lo hace al menos transparente, dándoles cabida al debate social y a la búsqueda de soluciones.

JULIO B. MAIER publica un trabajo intitulado "Desobediencia debida (a propósito de la llamada Ley de 'Obediencia Debida')". Según sostiene, con un texto legal es imposible regular comportamientos realizados con anterioridad a su vigencia (prohibición de la re-tractividad); justamente, la mencionada ley

supone un desbordamiento de las funciones asignadas al Parlamento Argentino, tales como las atinentes al juzgamiento de casos concretos, que les da a los jueces una serie de órdenes y pactos para juzgar.

El cierre de esta sección está a cargo del profesor español FRANCISCO MUÑOZ CONDE, quien publica un interesante trabajo atinente a "La provocación al suicidio mediante engaño", que ya había sido publicado en España.

DAVID BAIGUN encabeza la sección de *jurisprudencia* con un trabajo en el que analiza la posición asumida por un tribunal de su país, frente a la "legítima defensa" en caso de defensas mecánicas predisuestas, y el "dolo eventual" frente a la culpa consiente. Para el autor, como para el tribunal, no era posible equiparar los bienes jurídicos en juego en la aparente legítima defensa. BAIGUN respalda también la decisión del tribunal en cuanto a que la instalación de medios mecánicos de defensa implica actos de reflexión y consentimiento en torno al resultado en materia del dolo eventual.

"Injuria y propaganda por la prensa" es el trabajo del catedrático DANIEL P. CARRERA, quien, después de estudiar los conceptos de "injuria" y "prensa" para la legislación gaucha, analiza brevemente la sentencia allí inserta por medio de la cual se condena al autor de los ilícitos a la publicación de la misma en el medio de comunicación donde se hizo la imputación deshonrosa.

Para terminar la sección en examen, encontramos un comentario de BERNADETTE MIENVIELLE en torno al problema de "Allanamiento ilegal, en relación con la violación del derecho a la intimidad y las garantías del debido proceso". Al respecto se plantea la tesis de la inadmisibilidad procesal de la prueba obtenida

nida por tales medios, pues el allanamiento es un acto funcional que produce tanto efectos sustantivos como procesales, y el derecho a la intimidad se deduce sin necesidad de consagración expresa de la Constitución.

En un *Apéndice* a la sección de doctrina, el director de la Revista, profesor RICARDO C. NÚÑEZ, se pregunta: "¿Son ilimitadas las facultades del Congreso?", en relación con la Ley de Obediencia Debida, que tantas discusiones ha suscitado en la Argentina.

En la sección de *legislación*, GUILLERMO LEDEZMA comenta brevemente algunas modificaciones tanto sustantivas como procesales que a partir de enero de 1987 rigen en materia penal en el país sureño. Allí se insertan los textos legales correspondientes que ofrecen algún interés desde el punto de vista del derecho comparado.

En la sección de *debates* aparece la interesante respuesta que JAIME MALAMUD GOTI y RICARDO ENTELMAN formulan al profesor JULIO B. MAIER acerca de su trabajo sobre la ley de "Punto Final", aparecido en el núm. 37 de la publicación, hondamente vinculado con la frustrante situación que ha vivido la Argentina en la época postmilitar en lo que hace a la respuesta penal por parte del Estado con respecto a los militares que violaron los derechos humanos y cometieron horrendos crímenes contra la humanidad.

Por último, aparece la sección de *bibliografía*, donde, como es habitual, se presentan y comentan las obras nacionales y extranjeras de interés en los campos del derecho penal, procesal penal y la criminología aparecidas en 1986-87.

MARIO ALBERTO ARENAS  
Estudiante de la Facultad de Derecho  
de la Universidad de Medellín.

Juristisches Seminar  
der Universität  
Göttingen