

NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

DIRECTOR

TAHÍ BARRIOS HERNÁNDEZ

COORDINADORA

Leihgabe Prof. Ambos

DOCTRINA

17

Reglamentación del artículo 28
de la Constitución Nacional

Ricardo I. Hoyos Duque.

Responsabilidad objetiva y preterintención

Antonio Vicente Arenas

Las nuevas causales de justificación
del hecho y los derechos civiles y las
garantías sociales

Darío Arcila Arenas

Introducción al estudio del derecho penal especial

Luis Carlos Pérez

El método de casos en la enseñanza del derecho penal

Edgar Saavedra Rojas

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. Interpretación
teleológica del art. 347 del Código Penal: la reparación en los
delitos contra el patrimonio económico.

Fernando Gómez Gómez.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. Delitos contra los
recursos naturales. Problemática de los arts. 242 y 244
del Código Penal.

Juan Fernández Carrasquilla.

CO/XIV
F/Z

2345

1983

ENERO • FEBRERO

AÑO V • Enero • Febrero • 1983 N° 17

Licencia en trámite

NUEVO FORO PENAL

REVISTA BIMESTRAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Director

TAHÍ BARRIOS HERNÁNDEZ

Coordinadora



Editorial TEMIS Librería

Bogotá - Colombia

1983

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

Nódiar Agudelo Betancur, 1983.
Editorial Temis S.C.A., 1983.
Calle 13, núm. 6-53.

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Talleres Gráficos Temis.
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.C.A.

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

ÍNDICE GENERAL

DOCTRINA

La reglamentación del artículo 28 de la Constitución Nacional. Doctor Ricardo I. Hoyos	1
Responsabilidad objetiva y preterintención. Doctor Antonio Vicente Arenas	14
Las nuevas causales de justificación del hecho y los derechos civiles y las garantías sociales. Doctor Darío Arcila Arenas	19
Introducción al estudio del derecho penal especial. Doctor Luis Carlos Pérez	76
El método de casos en la enseñanza del derecho penal. Doctor Edgar Saavedra Rojas	94

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. Interpretación teleológica del art. 347 del Código Penal: la reparación en los delitos contra el patrimonio económico. Ponente: doctor Fernando Gómez Gómez.....	109
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. Delitos contra los recursos naturales. Problemática de los arts. 242 y 244 del Código Penal. Ponente: doctor Juan Fernández Carrasquilla C.	120

DOCTRINA

LA REGLAMENTACIÓN DEL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Dr. RICARDO IGNACIO HOYOS DUQUE

Profesor instructor de la Universidad de Antioquia

Cursa actualmente en la Comisión primera de asuntos constitucionales del Senado un proyecto de ley presentado por el senador FEDERICO ESTRADA VELEZ, tendiente a reglamentar el art. 28 de la Const. Nal., empeño que ha contado con el apoyo del gobierno y ha sido recibido con beneplácito por la opinión pública, como que es bastante plausible el afán que lo inspira: precaver los excesos que al amparo de dicho artículo puedan cometerse, de acuerdo con experiencias de épocas anteriores.

Debió plantearse, sin embargo, una cuestión previa tanto a la presentación como a la discusión del mencionado proyecto: ¿está vigente el decreto 3642, dictado por el gobierno con igual propósito el 23 de diciembre de 1981? Para dar respuesta a este interrogante debemos estudiar la naturaleza jurídica de ese decreto.

Por medio del decreto 2761 de 1981, el presidente de la República, en ejercicio de sus facultades constitucionales¹ integró una comisión con carácter transitorio, a fin de que explorara los caminos mejor indicados para fortalecer la paz pública y el orden social, con miras a facilitar las condiciones que hicieran posible la derogatoria de las medidas de excepción tomadas bajo la vigencia del estado de sitio. Esta comisión —que sesionaría bajo la dirección del expresidente CARLOS LLERAS RESTREPO, ya que la iniciativa de crearla partió de él— debía formular sus recomendaciones al jefe del ejecutivo nacional con carácter reservado.

La aplicación del art. 28 de la Constitución “fue el primer punto de que se ocupó la Comisión de Paz, por estimar que su reglamentación estaba íntimamente vinculada con el respeto de los *derechos humanos*”. Sugerí a la Co-

¹ Entre las que se cuenta el velar por el mantenimiento o conservación y restablecimiento del orden público (Const. Nal., art. 120, ord. 7°). Sobre las recientes interpretaciones jurisprudenciales de esa atribución puede verse la *doctrina de los reglamentos subsidiarios o supletorios de policía*, plasmada en sentencia del 21 de abril de 1982, con ponencia del magistrado MANUEL GAONA CRUZ, que señala cómo la función constitucional asignada allí al presidente “en su condición de jefe de Estado y suprema autoridad administrativa nacional, supone indeclinablemente la competencia o capacidad para poder desempeñarla y el obvio otorgamiento de la atribución reguladora de las actividades ciudadanas en materia de policía sobre aquello que no haya sido normado por ley”. Por su parte, los magistrados disidentes, en salvamento de voto, consignaron: “...es constitucionalmente imposible que puedan existir reglamentos constitucionales autónomos (sic) en relación con las libertades públicas, por cuanto la condición de validez constitucional de estos decretos son las *facultades o atribuciones explícitas o directas* que la Constitución le otorga al presidente de la República...” (subrayamos). Cfr. *Jurisprudencia y Doctrina*, t. XI, núm. 127, julio de 1982, págs. 633 y 641.

² En efecto. Ya la comisión de la organización Amnistía Internacional, que visitó nuestro país entre los días 15 y 31 de enero de 1980, en el informe contentivo de las conclusiones y recomenda-

misión se preparara un *reglamento constitucional* tocante a la manera de aplicar el art. 28 de la Constitución. La Comisión de Paz ha juzgado unánimemente que el primer paso que debía adoptar era el redactar el *reglamento constitucional* que a nombre de ella me permito someter hoy a la consideración del gobierno" (sin subrayas en el original)³.

En acatamiento a esta recomendación, el gobierno nacional, invocando sus facultades constitucionales, puso en vigencia el mencionado proyecto con algunas modificaciones, por medio del decreto 3642 de 1981. ¿Qué incidencia tuvo el levantamiento del estado de sitio sobre esa reglamentación expedida por el gobierno? La respuesta es clara: ninguna. Una vez que se ha declarado restablecido el orden público dejan de regir tan solo los decretos que con carácter extraordinario se hayan dictado bajo su vigencia; y el decreto 3642, tal como fue concebido por sus gestores y desarrollado por el gobierno, es un *reglamento constitucional*, no un decreto de estado de sitio. De ahí que no compartamos lo afirmado por el expresidente LLERAS RESTREPO, en el sentido de que "al haber quedado sin vigencia (se refiere al decreto 3642) por virtud del levantamiento del estado de sitio, parece de toda conveniencia que su aplicación sea regulada por el Congreso"⁴, cuando él mismo había manifestado en la comunicación del 14 de diciembre de 1981, con la que remitió el proyecto discutido en el seno de la Comisión y cuyos apartes transcribimos antes, que este debía ser puesto en vigencia por medio de un *reglamento constitucional* o autónomo, esto es, aquel tipo de actos "que el presidente de la República puede dictar en virtud directa (sic) de la Constitución Nacional, sin que ellos estén ligados a la noción de crisis (serían las facultades del 121 y 122) ni a habilitación legislativa (art. 76, num. 12). Son *competencias conferidas directamente por la Constitución* y que este puede ejercer en todo tiempo independientemente del Congreso" (sin subrayas en el original)⁵.

Tradicionalmente dentro de este tipo de actos se había mencionado la *facultad* que consagra el inciso 2° del art. 28 de la Const. Nal., de tal manera que lo propio puede decirse de su reglamentación. Así, por lo demás, lo entendió el gobierno al expedir el mencionado decreto, en cuyos considerandos se lee: "...corresponde al presidente de la República dictar las normas necesarias para el cabal cumplimiento de las funciones que la propia Constitución le asigna".

ciones hechas al gobierno colombiano con relación a la serie de denuncias puestas en su conocimiento, así lo había señalado. Fundamentalmente se indicaba cómo la facultad de retención concedida por el art. 28 de la Constitución, de ninguna manera exceptuaba los derechos establecidos por el pacto internacional de derechos civiles y políticos —Convención Americana sobre Derechos Humanos— más conocida como "Pacto de San José de Costa Rica", firmado el 22 de noviembre de 1969; aprobado e incorporado a nuestro derecho interno por la ley 16 de 1972, en cuanto al derecho a no ser arrestado arbitrariamente sino de acuerdo con procedimientos establecidos en las leyes (art. 7°, num. 2 de dicha ley). Así mismo el derecho a ser informado, desde el momento mismo de la detención, sobre los motivos de la misma (art. 7° num. 4 *ibid*).

³ CARLOS LLERAS RESTREPO, "El curso de la amnistía y el logro de la paz". Revista *Nueva Frontera*, Bogotá, año VI (406): 8, noviembre 1 a 7 de 1982.

⁴ LLERAS RESTREPO, *op. cit.*, pág. 8.

⁵ LIBARDO RODRIGUEZ R., *Derecho administrativo* —general y colombiano—, Bogotá, Ed. Temis, 1981, pág. 252. EUSTORGIO SARRIA, en su artículo "Orden público sin estado de sitio" *El Espectador*, junio 29 de 1982, considera que el decreto 3642 es un *reglamento constitucional* o autónomo.

Si bien expresamente la Constitución no prevé en su art. 28 que para el ejercicio de la facultad allí contemplada sea preciso expedir una reglamentación, podría objetarse diciendo que el órgano competente para expedirla es el Congreso, comoquiera que es él quien posee la cláusula general de competencia —Const. Nal., art. 76—; lo cierto es que nos hallamos frente al hecho cumplido de que el ejecutivo expidió una reglamentación⁶ sin invocar para nada las facultades del estado de sitio y que, además, esa regulación no ha sido controvertida por el Consejo de Estado, que sería el organismo competente para emitir algún pronunciamiento sobre ese decreto, cuandoquiera que alguna persona así lo solicite (Const. Nal., art. 216).

En virtud de que los reglamentos constitucionales derivan directamente de la Constitución, no se dictan para ejecutar la ley y son actos independientes de esta, "—en el mundo jurídico se localizan en sectores donde no existe ley"⁷ de ahí que también se les conozca como reglamentos autónomos— y desaparecen de la vida jurídica cuando son derogados por otra norma de este tipo, o por una ley, a cuyo alcance se equiparan⁸.

La labor más indicada por parte del Congreso habría sido proponer una reforma constitucional con el objeto de suprimir los incisos primero y segundo del art. 28, consagradorios de una odiosa y anacrónica facultad⁹ que solo sirve para retener a los opositores políticos cuando se prevé la organización de actos de protesta. Porque aquí se presenta un gran absurdo: mientras para dic-

⁶ El punto no ha estado exento de polémica. Ya la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 7 de octubre de 1936, rechazando la doctrina de las facultades implícitas o incidentales del ejecutivo —desarrollada por la Suprema Corte de Estados Unidos de América— porque significaba una grave amenaza para la libertad y agravio al principio de la separación de poderes consideró, sin embargo, que el presidente de la República podía reglamentar ciertas libertades públicas, particularmente la libertad de reunión (Const. Nal., art. 46), la libertad de industria y la libertad de profesión (art. 39), mientras que la reglamentación de otras libertades corresponde al Congreso". Cfr. LIBARDO RODRIGUEZ R., *Los actos del ejecutivo en el derecho colombiano*, Bogotá, Edit. Temis, 1977, pág. 114. En el mismo sentido, el Consejo de Estado, sentencia del 24 de mayo de 1973, con ponencia de MIGUEL LLERAS PIZARRO, cuando al referirse a la *materia reglamentable* señala: c)"...c) La Constitución, cuando el desarrollo de sus mandatos no ha sido expresamente reservado a la ley y mientras esta no lo haga". (Sin subrayas en el original). Cfr. JAIME VIDAL PERDOMO, *Derecho administrativo*, 6ª ed. actualizada, Bogotá, Talleres Gráficos Banco Popular, 1978, págs. 311 y 312. Véase, además, lo dicho en la nota 1.

⁷ VIDAL PERDOMO, *op. cit.*, pág. 317.

⁸ Existe una gran controversia sobre la naturaleza jurídica de los reglamentos constitucionales, surgida, más que todo, al aplicarse la atribución consagrada en el ord. 14 del art. 120 de la Constitución, que no es del caso entrar a detallar aquí. Por vía de información, señalemos que son dos las posiciones:

1ª) *Restictiva*. Estima que son actos simplemente administrativos. Sustentada principalmente por el Consejo de Estado. Doctrinariamente por HERNÁN TORO AGUDELO, JAIME VIDAL PERDOMO y LIBARDO RODRIGUEZ, "...no son substitutivos de la ley" (sentencias del 25 de agosto de 1976 y agosto 6 de 1981). Quiere decir, que ni derogan disposiciones legales ni impiden el ejercicio de la facultad legislativa sobre la materia, en el futuro, cuando lo considere oportuno y necesario, porque "las facultades que se derivan de esa competencia no pueden ser mayores que las del 121 o 122, 76 (11-12) y 80, donde el legislador puede ocuparse de la materia en todo caso. (Lo contrario) sería desvirtuar la doctrina política esencial que el constituyente plasmó en el art. 55 de la Const. Nal. (separación de poderes). Las excepciones a este principio deben serlo con una 'exactitud matemática'. La separación obra como garantía contra la arbitrariedad, esto es, el acto o proceder contra la ley, dictado por la sola voluntad o capricho (en sentido puro)". (Sentencia de octubre 6 de 1972).

2ª) *Amplia*. Reconoce a los decretos constitucionales un valor legislativo, que a su vez significa la inhabilidad del Congreso para regular sobre esos aspectos. Prohibida por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de diciembre 15 de 1973 y doctrinariamente por ALFREDO CONSTAÍN y CARLOS RESTREPO PIDRAHITA. Véase a MANUEL OSPINA ACOSTA y MA. HELENA O. DE OSPINA, *La intervención estatal en el sector financiero*, Bogotá, Legis Editores, S. A., 1980, págs. 63 a 66 y 80 a 89.

⁹ Formulada por demás de manera imprecisa "no define qué debe entenderse por 'graves motivos'", y, por consiguiente, deja su calificación al juicio más o menos sereno del gobierno; un go-

tar auto de detención se exige como presupuesto una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, o (disyuntiva) un *indicio grave* de responsabilidad penal como autor o partícipe del hecho que se investiga (C. de P. P., art. 439), el art. 28 hace una exigencia mayor en el aspecto probatorio: se requiere de *graves indicios* —una pluralidad— que permitan inferir que se va a atentar contra la paz pública. Si lo que se pretende con esta figura es mantener fuera de circulación a los opositores políticos hasta por un término de diez días, y de esta manera dar al traste con los actos de oposición¹⁰, ese resultado bien puede lograrse con el procedimiento que de ordinario se sigue para las detenciones. Veamos:

—De conformidad con el art. 290 del C. de P. P. la policía judicial tiene un término hasta de 24 horas para poner al capturado, junto con las diligencias y el informe correspondiente, a disposición del juez.

—A partir de ese momento, el juez tiene un término hasta de 3 días para recibir indagatoria, término que se aumenta en otro tanto cuando los capturados son dos o más, es decir, 6 días (art. 434 *ibid.*). (No se olvide que los actos a que se refiere el art. 28, por lo general, son actos que comprometen a muchos).

—El término para definir la situación jurídica, decretando la detención preventiva en caso de hallarse mérito para ello u ordenando la libertad inmediata, es hasta de cinco días (art. 437 *ibid.*). Ello significa que una retención ordenada en estas condiciones puede durar cuando menos nueve días y cuando más 15. Por eso, la figura de la retención no se justifica en un Estado de derecho, a menos que se quiera prolongar en el tiempo una facultad cuyos antecedentes se remontan a la época del Estado monárquico o de policía¹¹, es decir, el Estado arbitrario, entendiendo esta expresión no como sinónimo de injusticia sino como ausencia de límites formales, aunque lo cierto es que en ausencia de estos allí se desemboca.

bierno timorato o precipitado puede incurrir en abusos por el mero hecho de su medrosidad, de su temor, fundado en motivos que, a su modo de pensar, son graves. Qué son graves indicios tampoco lo dice la Constitución y siendo la prueba fundada en indicios la más difícil de estimar técnicamente, la más deleznable, la más engañosa, se comprende cómo es fácil caer en abusos al ejercer esta facultad". Cfr. LUIS CARLOS SÁCHICA, *Constitucionalismo colombiano*, 4ª ed. revisada, Bogotá, Ed. Temis, 1974, pág. 399.

"El art. 28 de la Constitución, ...viene desde la Constitución de 1886 y los congresos liberales no han juzgado conveniente derogarlos". LLERAS RESTREPO, "La exposición presidencial", *Revista Nueva Frontera* (280): 6.

¹⁰ La finalidad que inspira la aplicación del art. 28 es fundamentalmente preventiva. "Es un estatuto de carácter preventivo, complementario del estado de sitio —que es represivo— y su finalidad es la de impedir los atentados contra el orden público". SÁCHICA, *ibidem*, pág. 283.

¹¹ El hecho característico del antiguo sistema de gobierno de Francia era la falta de toda garantía para la libertad personal, "Cualquier súbdito de la nación podía ser privado de su libertad por una *lettre de cachet*, es decir, por una orden administrativa extendida bajo el sello privado. La persona así arrestada podía permanecer por tiempo indefinido, puesto que no había proceso legal de cuya conclusión pudiera seguirse su libertad. Puesto que la acción del gobierno era secreta, los amigos de la persona arrestada no podían saber si aquella había desaparecido y desde luego ignoraban la causa del arresto". Cfr. *Historia del Mundo en la Edad Moderna*, t. VII, "La Revolución Francesa", bajo la dirección de Eduardo Ibarra y Rodríguez, Barcelona, Ed. Ramón Sopena S. A., 1941, pág. 81. No se olvide que hasta 1968 el constituyente no determinaba la duración de las retenciones ordenadas al amparo del art. 28.

Si el órgano legislativo no emprendió una labor de tanta envergadura, por lo menos ha debido partir del decreto reglamentario que ya había dictado el gobierno, para no caer en una duplicidad o reiteración de esfuerzos: la exposición de motivos del proyecto de ley no menciona para nada la existencia del decreto 3642, lo que en cierta manera explica las contradicciones que se presentan entre esas dos normatividades. Así no se desarrolla la colaboración armoniosa en la realización de los fines del Estado, planteada por el art. 55 de la Const. Nal. No discutimos la competencia del Congreso para regular estas y otras materias; antes bien, lo reiteramos: de acuerdo con nuestro sistema institucional posee la cláusula general. Pero, si ya existía un estatuto reglamentario del derecho de retención, dictado por el gobierno nacional al amparo de sus facultades constitucionales —reglamento constitucional o autónomo— sin invocar para nada las atribuciones conferidas por la declaratoria del estado de sitio, y que por lo tanto no se vio afectado por el levantamiento del mismo, la tarea que en este caso correspondía al Congreso era mejorarlo y ampliarlo a algunos aspectos no definidos en aquel.

En términos generales, las previsiones contenidas en el proyecto de ley son semejantes a las del decreto 3642. Este último, como lo expresamos antes, acogió en lo fundamental las recomendaciones formuladas por la comisión de la organización Amnistía Internacional que visitó nuestro país¹². Veamos:

El art. 1º exige que del concepto del Consejo de Estado y del dictamen de los ministros, así como de los motivos que hacen temer la perturbación del orden público quede constancia escrita. Parece que estas actas han existido, pero el gobierno les ha dado el carácter de reservadas, al punto que ni la comisión internacional tuvo acceso a ellas. Es importante de todas maneras que se exija la constancia por escrito de esos aspectos. De esta manera se les sale al paso a interpretaciones tan laxas que llegan a considerar ajustado a la legalidad el concepto previo de los ministros, aun *telefónicamente* dado¹³. De ahí que Amnistía Internacional haya sugerido (Recomendación núm. 3): "a. Poner a disposición de los abogados de personas retenidas en virtud del art. 28 de la Constitución las respectivas actas de retención, o hacerlas públicas, con los motivos que llevaron al gobierno a ordenar las retenciones"¹⁴. El proyecto de ley, por su parte, establece —quizá con la misma finalidad de hacer públicos los motivos de la retención— "la certificación a los interesados sobre fecha y motivo de captura y retención (sic) de cualquier ciudadano" (art. 6º).

¹² La comisión estuvo integrada por Antonio Carretero Pérez, magistrado y profesor de derecho en Madrid; Federico Allodi, siquiatra y miembro del grupo médico canadiense de Amnistía Internacional en Toronto, Canadá, y Edmundo García, del Secretariado Internacional de Amnistía Internacional en Londres. Cabe advertir que los trabajos realizados por este organismo hacen parte de la doctrina jurídica del derecho internacional en materia de derechos humanos, que bien le valieron el premio Nobel de la Paz, al lado de organismos tan importantes como la Comisión Internacional de Juristas. Sobre el origen de esta organización puede verse *Revista Nueva Frontera*, "¿Qué es Amnistía Internacional?", Bogotá (279): 11, abril 21-27, 1980.

¹³ Cfr. JACOBO PÉREZ ESCOBAR, *Derecho constitucional colombiano*, 2ª ed., Bogotá, Ed. Horizontes, 1977, pág. 213.

¹⁴ No existe un texto oficial del informe y las recomendaciones. Puede consultarse *Violación de los Derechos Humanos en Colombia. Informe de Amnistía Internacional* —texto integro—, setiembre de 1980, publicado por el Comité de Solidaridad con los Presos Políticos (s.p.i.), pág. 28.

El art. 3° consagra el derecho a ser informado desde el momento mismo de la captura de los motivos por los que esta procede, derecho contemplado en el Pacto de San José de Costa Rica.

El art. 4° recoge lo dispuesto por el art. 68 del Código Nacional de Policía —decreto 1355 de 1970— que la comisión internacional se permitió recordar al gobierno, “dado que la información en que se mantiene al retenido es uno de los mecanismos que facilita la práctica de la tortura...”¹⁵.

Entre los arts. 8° del decreto y 4° del proyecto, se presenta una contradicción, con respecto a la intervención del ministerio público en los interrogatorios practicados por la policía judicial: para el gobierno esta intervención es facultativa —“podrá”, afirma el decreto—¹⁶, en tanto que el proyecto de ley expresa: “el interrogatorio a los retenidos *solo podrá hacerse* por el personal del Departamento Administrativo de Seguridad, *en presencia de un delegado del ministerio público*”. De llegar a aprobarse el proyecto en esta forma ¿quién resolvería este conflicto de normas? Se daría lugar, nuevamente, a la polémica ya enunciada sobre la naturaleza jurídica de los reglamentos constitucionales y su vigencia frente a la ley.

Igual cosa sucede con los arts. 10 y 2° del decreto y del proyecto respectivamente, en cuanto al lugar donde debe cumplirse la reclusión. Mientras el primero señala que esta “se cumplirá en dependencias de la Policía Nacional o en los lugares que determine el gobierno”, el segundo afirma que será “en los locales del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)”. Aquí cabe formular, también, la pregunta hecha antes: ¿cómo se resuelve esta colisión de normas?

Los arts. 12 del decreto y 7° del proyecto, no hacen más que reiterar la procedencia del recurso de *habeas corpus*, una vez que ha vencido el término de retención máxima señalado por el inc. 3° del art. 28, esto es, diez días, situación ya contemplada por el art. 425 del C. de P. P. Habría que agregar que la regulación del Código es más amplia, en cuanto faculta a cualquier persona para que a nombre de la agraviada con la retención que se considera violatoria de la ley, formule el recurso (art. 418).

Merece destacarse en el proyecto de ley que cursa en el Congreso, el haber consignado en su art. 1°, inc. 2°, la exigencia de orden escrita para el cumplimiento de la retención: “la orden de captura y retención se dictará *siempre por escrito*”, pues de esta forma se acaba con una peligrosa tesis que sostiene puede darse aun verbalmente “Orden del gobierno. En nuestro concepto esta orden puede ser escrita o verbal, haciéndose aquí una excepción a la exigencia de mandamiento

¹⁵ Informe de Amnistía Internacional, op. cit., pág. 27. LLERAS RESTREPO, por su parte, estima que “debe ser obligatorio dar aviso a los familiares del aprehendido y al procurador general de cada caso de aprehensión, dentro del término improrrogable de doce horas. De otra manera queda abierto el camino a las desapariciones que se han registrado en otros países de América”. Cfr. “La exposición presidencial”, Revista Nueva Frontera, Bogotá (280): 6, abril 28 - mayo 4, 1980.

¹⁶ En el mismo sentido el art. 292, inc. 2° del C. de P. P. La procedencia del interrogatorio no es del todo muy clara: “...hay que advertir que una persona aprehendida bajo el artículo 28 no puede ser sujeta a interrogatorio sino por los jueces competentes cuando sea colocada a disposición de estos, porque el interrogatorio ya es un comienzo de sumario que excede la simple medida preventiva”. Cfr. LLERAS RESTREPO, *ibid.*, pág. 6.

escrito hecha por el art. 23 de la Carta”¹⁷, lo que condujo al uso excesivo y arbitrario de esa facultad, como lo expresara la comisión de Amnistía Internacional:

“El art. 28 de la Constitución tampoco autoriza al gobierno para delegar en los mandos militares o en otras autoridades el discernimiento de los ‘graves indicios’ que pesan sobre *cada persona* cuya retención se ordena en virtud de este artículo, ni la decisión de dicha retención. Las denuncias que ha recibido Amnistía Internacional referentes al uso excesivo y arbitrario del artículo en cuestión, acusan, por ejemplo, la *inexistencia en muchos casos, de una orden previa de retención*, expedida por el gobierno”¹⁸ (subrayo).

Hubiera sido el momento propicio —aún lo es— para que el proyecto de ley recogiera la recomendación contenida en el proyecto que la Comisión de Paz envió al presidente de la República en cuanto al derecho a ser asistido por un abogado desde el momento mismo de la retención:

“Por desgracia, en ese texto (se refiere al decreto 3642) se prescindió de la exigencia, por la Comisión propuesta, de que, desde el primer momento de una aprehensión, el detenido debiera estar asesorado por un abogado. El ministro de defensa de ese entonces se opuso a la medida y en ese caso, como en otros, el presidente Turbay se plegó a sus puntos de vista”¹⁹.

Muy saludable habría sido que el Congreso se ocupara, además, de los siguientes aspectos:

1) Exigir la individualización de todas y cada una de las personas sobre las que recaen sospechas, ya que en la práctica, al procederse en forma generalizada, se ha establecido una nueva fuente de arbitrariedad, al lado de las muchas que ya existían por la aplicación ilimitada de la facultad de retención. Ya la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 13 de agosto de 1970, con ponencia del magistrado JOSÉ GABRIEL DE LA VEGA, hablando de los requisitos que debía llenar el gobierno cuando pretendía aplicar el art. 28 de la Constitución, sostuvo que:

“Para llegar a ese resultado (la retención) se requiere cumplir varias formalidades sucesivas: dictamen previo de los ministros en el sentido de que puedan ser privadas de libertad, por medio de retención, *las personas nominalmente designadas*, contra quienes haya «graves indicios de que atentan contra la paz pública» según la convicción de dichos ministros; y concepto, asimismo previo, *en cada caso*, del Consejo de Estado respecto de la retención de las mismas personas (arts. 28 inciso 2° y 141 C. N.)”²⁰ (sin subrayas en el original).

¹⁷ JACOBO PÉREZ ESCOBAR, op. cit., pág. 213. En sentido contrario SÁCHICA: “No es esta una situación excepcional en la cual se omita ni la orden previa de retención ni se eluda el dejar su constancia por escrito, ni se dejan de observar formalidades procesales...”, op. cit., pág. 399.

¹⁸ Informe..., pág. 28.

¹⁹ LLERAS RESTREPO, Nueva Frontera (406): 9.

²⁰ Gaceta Judicial, t. CXXXVIII bis, núm. 2338 bis, 1970, pág. 325. El informe de Amnistía Internacional, sobre este punto consigna lo siguiente: “Teóricamente, la retención de *cada persona* debe ser aprobada por el Consejo de Ministros (sic) y posteriormente ordenada por el gobierno, *mediante mandamiento escrito*. En la práctica, sin embargo, en muchos casos no se cumplen estos requisitos... se ha denunciado la práctica por parte de las fuerzas militares de arrestar (sic) personas sin motivos previamente definidos por las leyes y sin que se exhiba la orden judicial pertinente. En ocasiones cuando existe la *orden judicial*, esta ha sido *expedida en blanco, dejando indefinida la identidad de quien se debe arrestar...*” (He subrayado. Cfr. pág. 28 del informe. En el Consejo de Estado, algunos consejeros han sostenido la tesis de que cada caso debe consultarse. Sin embargo, la mayoría se inclina por la tesis contraria, por considerar que se trata de un *concepto general e indeterminado*. En el mismo sentido JACOBO PÉREZ ESCOBAR, para quien “no se requiere que el Consejo (de Estado) conceptúe para cada caso particular sino que puede ser *in genere*”. Cfr. op. cit., pág. 213.

2) Regular lo relativo a la aplicación del art. 28 estando vigente el estado de sitio, ya que existe una corriente doctrinaria según la cual, durante la vigencia del art. 121 no se precisa cumplir con las formalidades señaladas en los arts. 28 y 141 de la Constitución, ni existe el límite de 10 días en cuanto a la duración de la retención²¹. Así, el Consejo de Estado, en concepto de diciembre de 1965 sostuvo:

"Por tanto, cuando el Consejo de Estado en desarrollo del mandato del art. 122 de la Constitución (hoy 141) ha conceptuado favorablemente sobre la declaración del estado de sitio, este concepto implica el hacer uso de las medidas contempladas en el art. 28"²².

No estamos de acuerdo con esta posición. Compartimos los planteamientos expresados por LUIS CARLOS SÁCHICA en la última edición de su obra en cuanto a que la consulta que debe elevarse al Consejo de Estado "sirve de moderador de su aplicación".

No obstante que ese concepto no es vinculante, los ministros de gobierno, justicia y defensa deben explicar al Consejo de Estado las razones y fundamentos que justifican las retenciones. Creemos que deben cumplirse las mencionadas formalidades aun estando en vigor el estado de sitio, porque si el art. 28 no hizo expresamente la distinción debe aplicarse aquel sano principio de hermenéutica, "donde la ley no distingue no le es dable hacerlo al intérprete".

Sobre el límite de duración de la retención, ha debido expresarse de manera perentoria, que aun bajo la vigencia del 121, este no puede superar, de ninguna manera, el término de diez días, para evitar que llegue a aplicarse la tesis contraria, propugnada nada menos que por el expresidente LLERAS RESTREPO:

"Cuando se discutió la reforma del art. 28 de la Constitución, la aprehensión que puede ordenar el gobierno de aquellas personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública, fue muy clara la intención del constituyente con respecto a que el tiempo que se fija como máximo para que un ciudadano pueda ser retenido sin someterlo a los trámites jurídicos ordinarios solo es aplicable en tiempo de paz. La limitación restringe una peligrosa facultad del ejecutivo y por sí sola bastaría para mostrar que la reforma no tiene un carácter cesarista. Pero, es inadmisibles en mi entender, pretender que en tiempo de guerra o bajo el estado de sitio rija el límite en cues-

²¹ Este límite fue introducido mediante el acto legislativo núm. 1 de 1968, durante el gobierno de LLERAS RESTREPO. Inicialmente el proyecto del gobierno habló de un término de 72 horas, exigía orden escrita del gobierno, y dictamen no ya de los ministros sino del Consejo de Ministros. Mencionaba expresamente el derecho de defensa de los retenidos. En los debates parlamentarios se consideró excesivo el requisito de orden escrita, en virtud de la "rapidez de los hechos de orden público y el apremio de proceder en frente de ellos...", se juzgó exiguo el plazo de 72 horas y se regresó a la redacción anterior, en cuanto a que el dictamen debía rendirse por los ministros y no por el Consejo de ministros. En la última etapa de la segunda vuelta, finalmente, se redujo el término a 10 días, tal como existe ahora. Cfr. JAIME VIDAL PERDOMO, *Historia de la reforma constitucional de 1968 y sus alcances jurídicos*, Biblioteca Jurídica Contemporánea, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Ed. Presencia, 1970, pág. 49.

²² "G.J." citada, pág. 329. En la práctica, aún en estado de sitio, se venía solicitando *concepto especial* al Consejo de Estado para la aplicación del art. 28. Empero, posiblemente en aplicación de esta tesis, el gobierno ordenó una serie de retenciones — más de 300 en todo el país, según informaciones periodísticas — con el objeto de impedir la realización del segundo paro cívico nacional (octubre 21 de 1981). Cfr. *El Espectador*, "Indebidas retenciones por el Paro", setiembre 27 de 1981.

ción. El art. 121 debe primar sobre el 28, no solo porque es posterior a este sino que se refiere específicamente a una situación determinada de carácter excepcional"²³ (sin subrayas en el original).

Si bien esta posición fue expresada hace más de 10 años, es posible que haya sido variada, teniendo en cuenta que en el pensamiento de su autor, de tiempo atrás se percibe su afán por reglamentar el art. 28 con el objeto de establecer los mecanismos que permitan conjurar los peligros que surgen al aplicarse dicha norma²⁴. Precisamente por venir de quien viene, debe clarificarse esa tesis por vía de regulación positiva. Nuestro criterio es que por tratarse de una *institución policiva de carácter excepcional*, en la que se enfrentan el autoritarismo y la libertad individual, sus vacíos deben llenarse con igual criterio y a favor de esta última. Teniendo en cuenta, además, que se trata de la "facultad más amplia y peligrosa encomendada a la autoridad porque deja desguarnecida la libertad individual..."²⁵. Sin límite de duración, así sea bajo la vigencia del estado de sitio, el art. 28 se equipara en un todo a la *lettre de cachet*, y constituye verdadera manifestación de cesarismo.

CONCLUSIONES

1) Existe una reglamentación del art. 28: el decreto 3642 de 1981, que no se vio afectado por el levantamiento del estado de sitio, esto es, se encuentra vigente, por tratarse de un reglamento constitucional o autónomo.

2) Más que pretender reglamentar algo que ya está regulado, el Congreso debe buscar una reforma a la Carta tendiente a suprimir los incisos 2° y 3° del art. 28, por ser consagradorios de una facultad anacrónica y peligrosa para el ejercicio de las libertades públicas.

3) Punto de partida de la tarea legislativa debió serlo el decreto 3642, bien entendido que está vigente, y a fin de mejorarlo supliendo los vacíos encontrados en aquel.

²³ VIDAL PERDOMO, *Historia...*, pág. X.

²⁴ "Personalmente considero que el artículo (28) es necesario; yo lo apliqué desde el gobierno cuando se quiso perturbar el orden público. Así lo expuse a la Comisión de Amnistía. La experiencia, empero, me ha mostrado también cuáles peligros surgen al valerse de esa norma y pienso que se deben estudiar los mecanismos de conjurarlos". *Nueva Frontera* (280): 6.

²⁵ SÁCHICA, *op. cit.*, pág. 398, quien además encuentra como reparo a esta facultad el que "como realmente la turbación misma no se ha producido aún, y se puede desistir del intento, parece como si se estuviera castigando de antemano un delito aún no cometido, una intención no manifestada, una decisión íntima no llevada al acto, una pena contra potenciales perturbadores, sin que se esté plenamente seguro de que lo serán". Es evidente, que "el derecho solo tiene que ver con la conducta externa, no con la actitud interna y el ánimo... lo correcto es que la actitud interna y el ánimo no dan lugar a pena... Pero si se da una conducta externa en contravención a las leyes penales, tiene importancia para la respuesta que a ello otorga en derecho penal la actitud y el ánimo efectivo" PETERS citado por HANS WELZEL, *Derecho penal alemán*, 11ª ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 1976, págs. 12 y 13.

APÉNDICE

DECRETO NÚMERO 3642 DE 1981
(dic. 23).

Por el cual se dictan disposiciones
sobre la retención de personas.

*El presidente de la República
de Colombia,*

en uso de sus facultades constitucionales y

CONSIDERANDO:

Que corresponde al presidente de la República dictar las normas necesarias para el cabal cumplimiento de las funciones que la propia Constitución Política le asigna;

Que el artículo 28 de la Constitución Nacional, en concordancia con el artículo 141 de la misma, autoriza al gobierno nacional para aprehender y retener, oído el concepto del Consejo de Estado y previo dictamen de los ministros, a las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública, en los términos y condiciones que la misma disposición señala;

Que el espíritu de esta disposición tiende a garantizar la paz pública mediante el aislamiento preventivo y oportuno de tales personas, hasta por diez (10) días;

Que es preciso asegurar la continuidad de la defensa de la suprema dignidad y los derechos de la persona humana, sin desvirtuar el espíritu precautelativo de la norma constitucional;

Que la retención por sí misma no constituye un proceso judicial, sino procedimiento administrativo de carácter especial que el gobierno considera necesario reglamentar;

Que la comisión creada por decreto núm. 2761 del 8 de octubre de 1981, presidida por el señor expresidente doctor Carlos Lleras Resprepo, e integrada por

eminentes ciudadanos, ha recomendado al gobierno dicha reglamentación,

DECRETA:

Art. 1º.—La aprehensión y retención de las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública la ordenará el gobierno una vez oído el concepto del Consejo de Estado y previo dictamen de los ministros, de lo cual quedará constancia escrita, lo mismo que de los motivos para temer la perturbación del orden público.

Art. 2º.—El gobierno podrá liberar a los retenidos o ponerlos a disposición del juez competente, si hubiere lugar a ello, aun antes de vencidos los diez (10) días a que se refiere el artículo 28 de la Constitución Nacional. En ningún caso la retención podrá sobrepasar el término de diez (10) días, contados a partir del momento de la aprehensión, sin que el retenido sea liberado o puesto a disposición de los jueces competentes junto con las pruebas allegadas.

Art. 3º.—Al retenido se le informará desde el momento de la aprehensión, sobre los motivos de la misma.

Art. 4º.—Toda persona retenida tiene derecho a que se dé aviso inmediato a sus allegados sobre el lugar donde se encuentra. Asimismo, si lo pide, a ser visitado por un médico oficial y a recibir prendas y elementos de uso personal necesarios durante el tiempo de la retención, así como a disfrutar de adecuada alimentación y de los servicios de biblioteca del respectivo establecimiento. De igual manera, el gobierno suministrará al retenido un intérprete de su lengua nativa, si fuere necesario.

Art. 5º.—La orden de retención será comunicada por los conductos regulares a la entidad encargada de su cumplimiento.

Art. 6º.—La autoridad que cumpla la orden de retención pondrá a la persona retenida a órdenes del gobierno, en el respectivo establecimiento dentro de la siguiente hora hábil a la de la captura, descontando el tiempo de recorrido o el de cualquier demora debida a circunstancias insuperables. Asimismo, dará aviso al procurador general de la nación, para los fines a que se refiere el artículo 11 de este decreto.

Art. 7º.—Los allanamientos que sean necesarios para efectos de la captura de las personas en los casos a que se refiere el artículo 28 de la Constitución, se practicarán con las formalidades prescritas en el Código Nacional de Policía.

Art. 8º.—Los retenidos no serán sometidos a interrogatorios, sino por funcionarios de la policía judicial.

En las indagaciones que adelante la policía judicial, podrá intervenir el agente del ministerio público, tal como lo dispone el inciso 2 del artículo 292 del Código de Procedimiento Penal.

Art. 9º.—Es prohibido el empleo de promesas, coacciones o amenazas y todo acto o procedimiento que pueda antentar contra la autonomía y dignidad personal.

Art. 10.—Las personas retenidas en virtud de la facultad que le confiere al gobierno el artículo 28 de la Constitución, no serán recluidas en establecimientos carcelarios. La privación de su libertad se cumplirá en dependencias de la policía nacional o en los lugares que determine el gobierno.

Art. 11.—La Procuraduría General de

la Nación, por intermedio de sus agentes ejercerá permanente vigilancia en los sitios de reclusión de las personas retenidas de que trata este decreto, velará por el adecuado tratamiento a las mismas y por la preservación y respeto de sus derechos.

Art. 12.—Transcurridos los diez (10) días de que trata el artículo 28 de la Constitución nacional se librará la respectiva orden de libertad. Si esta no se hubiere producido o el retenido no se hubiere puesto a órdenes del juez competente, procederá el recurso de *habeas corpus*, de conformidad con el artículo 425 del Código de Procedimiento Penal, el cual podrá solicitarse por el retenido, el ministerio público o por un apoderado.

Art. 13.—Cuando hubiere lugar al envío de la persona retenida ante el juez competente, conforme al artículo 28 de la Constitución nacional, deberá rendirse un informe detallado sobre su situación y el motivo de su aprehensión, relacionando todos los aspectos, tanto favorables como desfavorables.

Art. 14.—Este decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

Comuníquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, a los veintitrés días del mes de diciembre de mil novecientos ochenta y uno.

(Fdo) Julio César Turbay Ayala.

El ministro de Gobierno,

(Fdo) Jorge Mario Eastman.

El ministro de Justicia,

(Fdo) Felio Andrade Manrique.

El ministro de Defensa Nacional,

(Fdo) General Luis Carlos Camacho Leyva.

PROYECTO DE LEY

Presentado al Senado de la República por el doctor FEDERICO ESTRADA VÉLEZ

EL CONGRESO DE COLOMBIA,

DECRETA:

Art. 1°.—Para que el gobierno pueda ejercer la atribución que le confiere el artículo 28 de la Constitución Nacional, se requiere que el Consejo de ministros califique los indicios en los términos previstos en el Código de Procedimiento Penal, de lo cual se dará constancia en el acta respectiva.

La orden de captura y retención se dictará siempre por escrito.

Art. 2°.—La retención a que se refiere el artículo 28 de la Constitución Nacional se cumplirá en los locales del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

Art. 3°.—Inmediatamente después de producida la aprehensión, se hará saber al retenido el motivo de la misma, y el derecho que tiene de nombrar abogado para su defensa.

La incomunicación no podrá exceder los términos prescritos para el efecto en el Código de Procedimiento Penal.

Art. 4°.—Las autoridades del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) recibirán por escrito que deberá firmar el retenido en señal de aceptación, la versión que este quiera suministrar libre y espontáneamente sobre los motivos y circunstancias de su aprehensión.

El interrogatorio a los retenidos solo podrá hacerse por el personal del Departamento Administrativo de Seguridad, en presencia de un delegado del ministerio público.

Art. 5°.—Si de los elementos de información que posea el gobierno se deduce que el retenido ha realizado un hecho punible, lo pondrá inmediatamente a disposición de la autoridad jurisdiccional correspondiente con los antecedentes que se tengan.

Art. 6°.—Las autoridades del Departamento Administrativo de Seguridad

(DAS) deberán certificar a los interesados sobre fecha y motivo de captura y retención de cualquier ciudadano.

Art. 7°.—Transcurridos diez días desde la captura, si el retenido no ha sido puesto a disposición de la autoridad jurisdiccional correspondiente, ni puesto en libertad, el juez penal o promiscuo municipal la ordenará inmediatamente, con la sola prueba del tiempo de retención.

Art. 8°.—La Procuraduría General de la Nación vigilará el estricto cumplimiento de las disposiciones de esta ley.

Art. 9°.—Esta ley rige a partir de su promulgación.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El proyecto de ley que someto a consideración del Senado constituye una importante etapa en la evolución de nuestro derecho público, y un mecanismo fundamental para la tutela de la libertad individual.

El artículo 28 de la Carta Política, originario de la Constitución de 1886, ha sobrevivido a las sucesivas reformas como extravagante norma a cuyo amparo se han cometido atropellos y excesos contra las libertades públicas, incompatibles con un verdadero Estado de derecho. Inexplicablemente, casi a lo largo de un siglo la disposición subsistió intocada en nuestras instituciones constitucionales, sin que políticos y gobernantes se preocuparan por *derogarla* o mejorarla, a sabiendas de que otorgaba un amplio poder arbitrario al gobierno nacional para disponer a su antojo, sin reglamentación ni límite temporal alguno, de la libertad de los ciudadanos en tiempo de paz. Curiosamente la norma está ubicada, como peligrosa espada de Damocles, en la parte dogmática de la Carta, dentro del título III que define y protege "los derechos civiles y garantías sociales".

Solo en 1968, por medio del artículo 5° del acto legislativo núm. 1 de ese año, se introdujo una limitación temporal al poder discrecional absoluto del gobierno, al establecer que la retención de las personas por motivos de orden público y por fuerza de las previsiones del Código de Procedimiento Penal, no pueden durar más de diez días.

Esta limitación constituye sin duda alguna un importante paso en el difícil proceso de hallar mecanismos institucionales eficaces para la guarda de la libertad individual.

Y es que la norma es vaga en extremo, pues al paso que señala como presupuesto fáctico para su aplicación el de que haya graves motivos "para temer perturbación de orden público" (que serán calificados por el Consejo de Estado sin fuerza vinculante; artículo 141, inciso 1 de la C. N.), dispone que el gobierno pueda ordenar la aprehensión y retención de "las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública", lo que parecía indicar que se puede aprehender a cualquier persona, de quien se sospecha que pueda cometer cualquier hecho punible, pues todos ellos incuestionablemente atentan contra la paz pública.

De otra parte, nada se dice acerca de cómo y en qué forma debe emitirse el "dictamen de los ministros", ni la orden de aprehensión. Esta imprecisión de técnica legislativa ha creado peligrosas incertidumbres aun en la doctrina, pues al paso que algunos respetables tratadistas sostienen que la orden de aprehensión pueda emitirse verbalmente (JACOBO PÉREZ ESCOBAR), otros afirman que solo puede hacerse por escrito (COPEPE LIZARRALDE). De otra parte, como ya se anotó, la

imprecisión terminológica de la norma ha permitido que con el pretexto de preservar el orden público se cometan los más repudiables atropellos, que intencionalmente han menguado el prestigio democrático de nuestra patria.

La norma, pues, debe tener un alcance restringido, pues si es cierto que la subversión crece y se tecnifica cada día, también lo es que el Estado moderno dispone de suficientes elementos técnicos y humanos para combatirla. De otra parte, el hecho de vivir bajo la protección de un estado representativo y democrático, es decir bajo un régimen electivo y de derecho, importa un costo social que todos los ciudadanos pagamos gustosamente. Ese costo social se traduce en un procedimiento ajustado a las leyes y especialmente difícil para la lucha contra todas las formas de delincuencia, como sistema indispensable para preservar valores fundamentales de la axiología social, como son las libertades públicas.

Creo que el proyecto de ley que someto al estudio del Senado es una contribución importante al sistema institucional de protección a la libertad. Contiene él una serie de reglamentos y procedimientos para que la defensa del Estado no lesione irreparablemente la libertad de los ciudadanos. No aspiro a que se crea que se trata de una obra perfecta. Solo deseo que con la colaboración de los miembros del Congreso, y ojalá del gobierno, podamos mejorarlo y perfeccionarlo, con la certidumbre de que es bueno para la República y para la libertad.

Bogotá, agosto 18 de 1982.

FEDERICO ESTRADA VÉLEZ

RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y PRETERINTENCIÓN

Dr. ANTONIO VICENTE ARENAS

JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, magistrado del Tribunal de Medellín y profesor universitario, ha publicado un libro de indiscutible interés para jueces y abogados. “Es —según palabras de su autor— una invitación a repensar los temas introductorios del derecho penal general, es decir, a estudiarlos en sus fundamentos filosóficos, técnicos, políticos y constitucionales”.

Es —en verdad— una obra que despierta inquietudes e invita a controvertir las diversas materias que ella trata con desenvoltura y elegancia. Previo reconocimiento de que representa aporte bibliográfico de primera importancia en el campo de las disciplinas penales, queremos responder a ese ánimo polémico expresando nuestra inconformidad con la tesis de que varias conductas de doble resultado, descritas en la parte especial, no son aplicables por contrariar el principio rector que proscribía toda forma de responsabilidad objetiva.

—I—

La proscripción de la responsabilidad objetiva no es nueva en nuestro derecho positivo. También la prohibía tácitamente la anterior legislación penal.

El Código de 1936 disponía (art. 13) que “en las contravenciones la simple acción u omisión hace responsable al agente”.

La interpretación literal de esta norma llevó a pensar que ella desconocía el aspecto subjetivo en las contravenciones y consagraba la responsabilidad objetiva con exclusivo fundamento en la materialidad de la conducta. Así lo sostuvo MIGUEL LLERAS PIZARRO cuando dijo que “se ha adoptado como base de la responsabilidad contravencional, únicamente la imputabilidad física, en atención a que las sanciones de policía, por ser de carácter rigurosamente preventivo, deben ser aplicadas rápidamente”.

No era ese, sin embargo, el alcance de la disposición. Lo que allí se establecía era la sanción indiscriminada de las contravenciones sin necesidad de averiguaciones sobre el grado de la culpabilidad. Por consiguiente las causales de exclusión de la antijuridicidad o de la culpabilidad, como la legítima defensa, el estado de necesidad, el caso fortuito, etc., eran aplicables por igual a los delitos y a las contravenciones.

También el Código Penal italiano de 1930, en el cual se inspiró el nuestro en buena parte, parecía desconocer el elemento subjetivo en las contravenciones y admitir el principio de la responsabilidad objetiva. Pero BETTIOL, al precisar el alcance del inciso final del art. 42 expuso claramente:

“La conclusión a que llegamos respecto al elemento subjetivo de las contravenciones puede compendiarse en estos términos: mientras en lo que se refiere a los delitos se responde comúnmente a título de dolo y solo por excep-

—14—

ción a título de culpa, es decir, siempre que la ley consienta esta forma psicológica de realización, en lo concerniente a las contravenciones *estas pueden realizarse indiferentemente a título de dolo o de culpa*. Esto significa que aun respecto de las contravenciones el error de hecho puede excusar y particularmente la buena fe derivada del convencimiento razonable de ejercer un derecho”.

—II—

Tampoco para los delitos de doble resultado regía el principio de la responsabilidad objetiva. Eran ellos la violencia carnal “si los actos ejecutados sobre la víctima le ocasionaren la muerte o grave daño en su salud” (art. 318); el homicidio preterintencional si “con el propósito de perpetrar una lesión personal se ocasionare la muerte” (art. 365); las lesiones personales, “si a causa de las inferidas a una mujer encinta sobreviniere aborto o parto prematuro con resultados nocivos para la salud de la agredida o del feto” (art. 376); el aborto cuando “por los medios empleados para causarlo, se ocasionare la muerte de la mujer” (art. 387), y el abandono cuando a consecuencia del mismo sobreviniere la muerte del niño (art. 396).

Para ninguna de estas formas preterintencionales regía el principio de la responsabilidad objetiva, porque, de acuerdo con el art. 12, las infracciones cometidas por personas imputables tenían que ser “intencionales o culposas”. Las primeras se sancionaban sin excepción. Las segundas solo en los casos expresamente previstos. Los resultados *fortuitos*, o sea los que no habían sido queridos, ni previstos, ni eran previsibles, no aparejaban responsabilidad penal porque no eran intencionales ni culposos. En las formas preterintencionales se imputaba el segundo resultado (muerte, aborto, etc.) solo cuando se había producido con *culpa*, es decir, cuando no habiendo sido querido ni previsto, era *previsible*.

Así, una lesión personal, causada con propósito de dañar —*animus nocendi*— pero desprovista de intención de matar —*animus necandi*— y seguida de la muerte del lesionado, no podía calificarse de homicidio preterintencional si este segundo resultado había sido imprevisible. El aborto causado a una mujer, cuando solo existía el propósito de inferirle daño en el cuerpo o en la salud, tampoco era imputable si el embarazo había sido ignorado por el agente. El abandono de niños no constituía forma agravada si el modo de ejecución (exposición, por ejemplo) hacía imprevisible la muerte de la criatura. Y así en los casos restantes.

Si algún juez, durante la vigencia del Código de 1936, hubiese sancionado cualquier forma preterintencional cuando el segundo resultado no previsto ni querido era, además, imprevisible, habría procedido con el criterio de la responsabilidad objetiva, tácitamente rechazado por la ley, la cual exigía que el resultado, cualquiera que fuese, de una conducta en ella tipificada como punible, debía realizarse con intención o con culpa.

—III—

Sostiene el doctor FERNÁNDEZ CARRASQUILLA que “el Código respetó bastante bien, en su articulado, la extensión significativa de sus propias normas

—15—

rectoras. Sin embargo —agrega—, rastreando solamente en un sentido muy general, pueden encontrarse algunas dificultades de armonización o compatibilidad que son, en el fondo, más aparentes que reales”.

Como una de tales incompatibilidades está la presencia, en la parte especial, de disposiciones que “aparentan” contener responsabilidad objetiva. “Se trata —expresa el doctor FERNÁNDEZ— de los arts. 338 (lesiones personales seguidas de aborto o parto prematuro nocivo) y 348 (abandono de personas desvalidas seguido de lesión o muerte). En una conferencia dictada sobre el tema de los delitos contra la vida y la integridad personal, el doctor GUILLERMO DUQUE RUIZ sugirió, como solución al aparente conflicto con el art. 5º, la vía de la preterintención contenida en el art. 38. Según esta tesis, se obviaría la responsabilidad objetiva de esos aparentes delitos calificados por el resultado, tomándolos como delitos preterintencionales y exigiendo que el segundo resultado se cause al menos culposamente, es decir, que sea previsible. Este conato de solución, tan serio que puede llegar a imponerse en la práctica, es susceptible, sin embargo, de algún reparo, pues el art. 39 no somete a pena la preterintención, como la culpa sino «en los casos expresamente determinados en la ley», de suerte que en los demás se trata de un indebido procedimiento analógico. Los arts. 338 y 348 no mencionan expresamente la preterintención, de la que no se ve cómo podría aludirse a ella en tal forma sino mencionándola *expressis verbis*. De consiguiente, creemos, la solución está en la inaplicabilidad de las agravantes, por ser contrarias a la prohibición de responsabilidad objetiva que tajantemente impone el art. 5º, salvo, claro está, el dolo”. (Las bastardillas son nuestras).

Compartimos el criterio del doctor DUQUE RUIZ. Las conductas descritas en los arts. 338 y 348 son formas preterintencionales que por haber sido previstas expresamente deben tener aplicación. Los elementos del delito preterintencional están insitos en ellas: un primer resultado doloso, un segundo resultado culposo y relación de causalidad entre el primero y el segundo.

En la parte especial de nuestros *Comentarios* (t. II, vol. II, pág. 307, cuarta edición) sostuvimos que la conducta descrita en el art. 338 del Código Penal es *preterintencional* cuando el parto prematuro o el aborto, siendo previsibles, exceden la intención del agente, cuyo propósito era causar un daño en el cuerpo o en la salud de la agredida, no un aborto ni un parto anticipado. En esta modalidad —dijimos— “lo esencial es que las lesiones acarreen parto prematuro o aborto, no previstos ni queridos por el agente, pero sí *previsibles*”. Lo cual quiere decir que si estos resultados no fueron queridos, ni previstos, ni eran previsibles, no hay lugar a responsabilidad penal, pues de lo contrario se quebrantaría la terminante prohibición del art. 5º.

Siendo, pues, “aparente” la incompatibilidad entre los arts. 5º y 338, como lo reconocen los doctores FERNÁNDEZ CARRASQUILLA y DUQUE RUIZ, no vemos la razón para que el primero sostenga que “la solución está en la inaplicabilidad de las agravantes”. Inaplicables sí, cuando fuere fortuito el segundo resultado, o sea cuando no se quiso, ni se previó, ni era previsible; no cuando se ocasionare con culpa consciente, por ejemplo, cuando era ostensible el embarazo de la mujer agredida en su integridad personal.

Lo anterior es aplicable, *mutatis mutandi*, al art. 348, citado también por el doctor FERNÁNDEZ.

Los antecedentes del nuevo Código revelan que sus autores no tuvieron en mientes crear tipos penales reñidos con la norma rectora sobre responsabilidad.

El doctor BAQUERO, ponente del capítulo sobre “lesiones personales”, dijo que el parto prematuro, acompañado de consecuencias nocivas para la salud, o el aborto “no pueden ser indiferentes a la ley penal por más que el agente no las haya querido y deben ser sancionadas severamente porque configuran un atentado a la integridad personal de la mujer o del ser que está por nacer”. Y aclaró: “Es entendido que se trata de un resultado no querido por el agente pero respecto del cual concurren, obviamente, todos los elementos de la infracción”. Lo cual quiere decir que si el segundo resultado no fue previsto, ni querido, ni era previsible, no se configura el delito preterintencional por faltarle uno de sus elementos esenciales: la culpabilidad (Acta núm. 109).

De acuerdo con el criterio del ponente se propuso en el art. 358 del anteproyecto de 1974 una fórmula que coincide sustancialmente con la acogida por el art. 338 del Código Penal.

También el doctor LONDOÑO, ponente del capítulo sobre “aborto”, dio la calificación de “preterintencional” “al que se causare con violencia en la mujer” pero “sin quererlo o sin aceptarlo... ya que en realidad de verdad se trata de una consecuencia no querida por el agente, quien solo quiso ejercer violencia contra la mujer, sabiendo o constándole que se encontraba embarazada. Con este factor previo, resulta indudable que el aborto tenga que ser previsible, razón por la cual debe imputarse a título de preterintención”. (Acta núm. 117).

El comité designado para estudiar la ponencia del doctor LONDOÑO ratificó así el carácter de conducta preterintencional de las lesiones seguidas de parto prematuro o aborto, no previstos ni queridos:

“El art. 7º de la ponencia se refiere al aborto preterintencional. El comité prescindió de él, pues en los casos en que el aborto se presenta como consecuencia no querida, la preterintención se da no respecto del dolo de hacer abortar que no se tenía, sino del dolo diferente que se tenía, como el de lesionar o el de acceder carnalmente a una mujer embarazada.

“El primer caso quedó contemplado en el capítulo de las lesiones en el artículo referente a la lesión personal seguida de aborto o parto prematuro con consecuencias nocivas para la salud de la mujer o el feto.

“Respecto de la segunda hipótesis, este comité formula una recomendación al que está estudiando precisamente el título referente a los delitos contra la libertad y el honor sexuales, para que se estudie la forma de establecer como agravante del delito de violencia carnal no solo el hecho de que se siga de ella la muerte o lesión de la ofendida, como lo establece el art. 318, sino también el caso de que se siga el aborto como consecuencia del acceso carnal violento con la mujer embarazada”. (Acta núm. 118).

La segunda recomendación (violación seguida de aborto) no tuvo acogida. A nuestro juicio ha debido tipificarse esta conducta preterintencional, pues si

el aborto era previsible, por ejemplo por tratarse de mujer en notorio estado de embarazo, la penalidad mayor se justifica plenamente.

—V—

Conclusiones:

a) La responsabilidad objetiva está expresamente prohibida en el nuevo Código Penal. En el de 1936 tampoco era admisible, aunque se creyó, sin fundamento, que era procedente en las contravenciones.

b) Los arts. 338 y 348 del Código Penal de 1980 no se oponen a la norma rectora que proscribe toda forma de responsabilidad objetiva.

c) Si el segundo resultado (parto prematuro, aborto, lesiones o muerte) no hubiere sido querido, ni previsto, ni fuere previsible, es decir, si no fuere culpable, no podrá aplicarse la forma preterintencional.

d) La violación seguida de aborto (previsible) es forma preterintencional no punible por no haber sido expresamente prevista.

LAS NUEVAS CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN DEL HECHO Y LOS DERECHOS CIVILES Y LAS GARANTÍAS SOCIALES

Dr. DARÍO ARCILA ARENAS

Profesor de Derecho penal en la Universidad de Antioquia.
Miembro de la Junta Directiva de la Asociación de Profesores
de la Universidad de Antioquia y de "Colegas".

"Cuando uso una palabra —dijo Humpty Dumpty con algo de desprecio— significa lo que me da la gana que signifique. Ni más ni menos". "El problema —dijo Alicia— es el de si se puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes". "El problema —dijo Humpty Dumpty— es el saber quién manda. Eso es todo". (LEWIS CARROLL, *Alicia en el país de las maravillas*).

I. OJETIVO

Al atrevernos a publicar este modesto ensayo, desarrollo de la ponencia que presentamos en el "Primer encuentro nacional de abogados por la plena vigencia del estado de derecho" celebrado en Bogotá entre el 4 y el 6 de diciembre de 1981 y al cual concurrimos como delegados del Colegio Antioqueño de Abogados, "Colegas", solo queremos dar a conocer algunas de las inquietudes y de los temores que nos han suscitado las nuevas "causales de justificación del hecho", o, como prefieren decirlo los miembros de la Comisión Asesora del nuevo Código Penal¹, la nueva y técnica redacción que se dio al num. 1° del art. 25 del Código Penal de 1936 "con criterio realista"².

¹ Al culminar el trabajo iniciado en 1972, cuando mediante el decreto 416 el gobierno nacional creó la Comisión de Reforma del Código Penal, en la ley 5ª de 1978 se otorgaron al presidente de la República facultades extraordinarias por el término de un año, "para expedir y poner en vigencia un nuevo Código Penal, sobre las bases, principios y lineamientos generales del proyecto presentado por el gobierno al Senado de la República el 3 de agosto de 1978, y el anteproyecto publicado en 1974 por el Ministerio de Justicia...", y se creó una Comisión Asesora del presidente "integrada por dos senadores y tres representantes... y por sendos miembros de las comisiones redactoras, designados por el gobierno", quienes a la postre resultaron ser los doctores FEDERICO ESTRADA VELEZ, CIRO LÓPEZ, ANDRÉS WILCHES BALSERIO, JAIRO ORTEGA RAMÍREZ, EDUARDO ROSAS BENAVIDES, LUIS CARLOS GIRALDO MARÍN y JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ ANZOLA, casi sin excepción, reconocidos políticos.

² FEDERICO ESTRADA VELEZ, *Presentación del nuevo Código Penal al gobierno por el presidente de la Comisión Asesora; nuevo Código Penal*, publicaciones Suárez Melo Consultores Jurídicos Asociados, Bogotá, 1980, pág. 25.

Buscamos con ello llamar la atención sobre los abusos de poder a que dichas causales pueden dar lugar, sobre la diversidad de actos ilícitos que pueden llegar a justificarse con su laxa y política interpretación y aplicación y, en consecuencia, sobre el grave peligro que consideramos representan ellas para los derechos civiles y las garantías sociales consagradas en nuestra Constitución Nacional, habida consideración de la actual situación sociopolítica del país, sobre la cual escribía a principios del año el doctor ALBERTO MENDOZA:

"Hace años que Colombia entró en la fase subversiva. Fijaría hacia 1924 la fecha inicial del atormentado proceso. La marcan los acontecimientos obreros sucedidos en Barrancabermeja, Santander. Ante las exigencias de mejoras planteadas en la huelga por los sobreexplotados obreros de la «Troco», el gobierno responde poniéndose al lado de la compañía: militariza los campos petroleros, encarcela a los líderes obreros, patrocina la expulsión de cientos de trabajadores. La situación queda igual. El gobierno colombiano descubre la eficacia de los operativos.

"El estado de sitio fue herramienta eficaz para hacer naufragar las reivindicaciones sociales de un pueblo, para acallarlo, para vencerlo, para cerrarles el paso a justísimas reclamaciones. La línea divisoria entre los que están abajo y deben obedecer y los que están arriba destinados a mandar y usufructuar queda claramente demarcada.

"De entonces para acá, durante 60 años, el Estado colombiano perfeccionó las técnicas inhibitorias, idóneas para mantener una «encerrona» social y evitar cualquier cambio de fondo. Así congelaron a Colombia.

"Poco después de los sucesos barranqueños, ratifica sus brutales mecanismos de represión. Los aplica con sonado éxito contra los trabajadores de la zona bananera, departamento del Magdalena. Exigían los obreros en 1929 mejoras más que justificadas. La respuesta gubernamental fue violenta. En acuerdo con la «United Fruit Company», disparan las fuerzas militares contra la multitud inerme. A bala definen la raya que no podían traspasar. El alma colombiana iba quedando herida por la brutalidad represiva.

"Posteriormente se marcó la brecha entre campesinos y obreros.

"Los campesinos fueron olvidados, relegados prácticamente en calidad de semovientes rústicos, débilmente unidos en ligas campesinas. De vez en cuando les soltaban encima a la policía. Con unos pocos muertos era suficiente para tranquilizarlos.

"Los obreros urbanos avanzaron. Se organizaron en sindicatos. Actuaron en la vida nacional. Hasta que también encontraron sus linderos. Con mano de hierro en guante de seda el gobierno los detuvo. Propiciadas desde el gobierno se crearon centrales paralelas, se fomentó la formación de oligarquías obreras, de «cuello blanco», se les halagó y capturó por medio de halagos, viajes al exterior, reconocimiento social y otros desperdicios que los mantuvieron gordos y contentos.

"Pero los problemas sociales siguieron represados, sin resolver o resueltos a medias.

"La llamada «violencia», de la cual no hemos salido, ayudó a detener el progreso social. Acción demoledora. Desorganizó por completo las capas populares, les quitó la fuerza. Preparó el terreno para fundar un nuevo orden oligárquico: el Frente Nacional, seco, amarillo, cínico, estéril. Reinó sobre un pueblo descoyuntado.

"Una sociedad se torna subversiva cuando sus dirigentes, en lugar de implantar los cambios necesarios que el conglomerado reclama, los impiden sistemáticamente apelando al ciego recurso de la fuerza. Es el caso colombiano.

"Han pasado cuatro quintas partes del siglo XX. La situación del pueblo colombiano no es mejor hoy que a principios del siglo. Es peor. Hay hambruna generalizada, carestía, derrota campesina, anarquía urbana, desempleo, inseguridad, rompimiento social en fracciones enfrentadas entre sí, crisis en las personas y en las familias. Carece el país de partidos políticos que recojan los anhelos populares, quedan dos cascarones alcanforados, no recogen los superiores intereses de la nación sino los pequeños de una casta, ocupada en el minúsculo trajín de defender y cultivar lo que es propio y de beneficio personal.

"El control armado para defender lo establecido es cada vez más estrecho, la legislación más agresiva, la vigilancia sobre los ciudadanos más activa. La subversión crece. La sociedad comienza a reventar por todas partes como un volcán de múltiples caracteres. Los gobiernos quieren tapar a la fuerza todas esas bocas. Pero nadie baja a apagar la hoguera. La injusticia sigue campan- te, el horror asoma diariamente su cara lívida.

"Para salir de la subversión, Colombia necesita un marco revolucionario de acción"³.

Como la protección o el peligro que una norma legal represente para los derechos individuales y sociales no depende del cientificismo de su redacción, el cual muchas veces solo logra dificultar su adecuado entendimiento y conocimiento, nuestras inquietudes y temores no las suscita el frío y posiblemente técnico texto del art. 29 del nuevo Código Penal, en sí mismo pacífico e inofensivo para dichos derechos y libertades, sino el relacionarlo con la realidad sociopolítica en que va a ser aplicado.

Y en esta realidad, nuestra realidad, de hecho se han "justificado" delictuosas y bárbaras conductas⁴ que ahora ya podrán justificarse en derecho

³ ALBERTO MENDOZA "Colombia Sociedad Subversiva", en el diario "El Colombiano", 27 de enero de 1982, pág. 3 A.

⁴ "Abundante material probatorio permite concluir que durante el estado de sitio muchos colombianos han sido muertos por miembros de las Fuerzas Armadas, en circunstancias bien lejanas a las de una causal de justificación; que durante el estado de sitio muchos colombianos han sido sometidos a torturas físicas y síquicas, para obligarlos a declarar contra sí mismos o contra otros; que durante el estado de sitio muchos colombianos han sido privados de su libertad sin mandamiento escrito de autoridad alguna.

"Mediante oficio núm. 961 del 18 de agosto de 1978, el procurador delegado para la Policía Nacional da cuenta al procurador general de la Nación de varios homicidios imputados a miembros de la policía secreta. En comunicación del 21 del mismo mes y año, el procurador delegado para la contratación administrativa informa igualmente al procurador general de otros homicidios cuyos sindicados son también miembros de aquella institución...

"Los informes indicados también atribuyen a miembros del F-2 de la Policía Nacional la responsabilidad por torturas a personas por ellos detenidas. Particular mención ha de hacerse a las torturas de que fueron víctimas numerosos detenidos durante el mes de octubre de 1978; el diario «El Espectador» de Bogotá publicó en su edición del 11 de noviembre cartas de algunos de ellos en las que relatan los maltratos de que fueron víctimas; el Instituto de Medicina Legal encontró

con fundamento en algunos numerales de la citada norma; crece y se cualifica la inconformidad popular con el injusto sistema político y económico imperante⁵; ha desaparecido el equilibrio entre las ramas del poder público

evidencias de lesiones traumáticas en 18 detenidos; y una comisión de la Cámara de Representantes, luego de objetiva investigación, manifestó en documento público su «convicción de la ocurrencia de los hechos cuya investigación nos encomendó la Cámara». El 7 de febrero de 1979 un grupo de abogados defensores de presos políticos presentó al presidente de la República un documento en el que se puntualizan torturas sobre detenidos...

"Pocos días después el primer mandatario, en discurso público difundido por todos los medios de comunicación, absolvió a los sindicatos, antes de producirse fallo alguno por parte de los jueces encargados de investigar los hechos y que eran miembros de la misma institución armada a que pertenecían aquellos, al declarar: «No hay en Colombia nadie que pueda ser torturado. Las autoridades de la República no están torturando a nadie. He ordenado las correspondientes investigaciones...».

"El 23 de marzo la Procuraduría General de la Nación informó a la opinión pública que después de «exhaustiva» investigación adelantada por la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Armadas, se había llegado a la conclusión de que las torturas denunciadas no existieron".

(ALFONSO REYES ECHANDÍA "Los derechos humanos y la justicia punitiva durante el Estado de Sitio en Colombia", en Revista *Derecho Penal y Criminología*, vol. 2, núm. 6, julio de 1979, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, págs. 25 a 42).

Véanse, además, *El libro negro de la represión*, publicación del "Comité de solidaridad con los presos políticos colombianos", Bogotá, 1974; Informe de Amnistía Internacional sobre Colombia, en el diario "El Espectador", enero 18 de 1980; "Doctrina contra la Pena de Muerte", en "El Espectador", febrero de 23 de 1980, págs. 1 A y 10 A; "Las tragedias entre policías y civiles: Indemnizaciones por 30 millones en un año", en "El Espectador", febrero 1^o de 1981, pág. 11 A; y "Último informe de Amnistía Internacional sobre los Derechos Humanos en Colombia", en "El Espectador", marzo 27 de 1982, págs. 1 A y 12 A; y "El asesinato de 3 jóvenes de Mompós; Muerte desde el helicóptero arrendado por Ecopetrol", en "El Espectador", mayo 27, págs. 1 A y 7 A; mayo 28, págs. 1 A y 7 A; mayo 29, págs. 1 A y 12 A y mayo 30 de 1981, págs. 1 A y 12 A.

⁵ La mayoría del pueblo colombiano subsiste y muere, que no "vive", en una gran miseria, que trae como graves y naturales consecuencias el hambre, la desnutrición, la enfermedad, la desnudez, el analfabetismo, el hacinamiento, la promiscuidad, la prostitución, la delincuencia, etc.; y la minoría privilegiada disfruta de la vida en medio de la más hiriente opulencia.

Tan aberrante e injusta situación, tan indignante desequilibrio socioeconómico, no es desconocido por nadie. Y hasta los voceros de la clase opulenta, de los detentadores del poder: políticos, terratenientes, grandes industriales y comerciantes, financieros, militares de alta graduación y jerarquía eclesiástica, la denuncian y expresan públicamente su propósito de hacer algo para que desaparezca, ó, a lo menos, para que se atempere. Pero nunca lo hacen, porque, aunque así lo quisieran sinceramente, sus caros intereses de clase terminan acallando sus buenas intenciones. Así, el doctor FABIO ECHEVERRI CORREA, presidente de la ANDI, dijo en Medellín el 23 de octubre de 1980:

"Sería demasiado largo entrar en el problema de los desequilibrios tremendos de la sociedad colombiana; nos hemos acostumbrado a mirar el progreso del país por los tantos por ciento... la sociedad colombiana está dividida en un grupo de alto capitalismo y en un grupo de miseria represetada... el de la clase del rostro del pobre, del hombre que en los barrios apartados no puede gastar sino una comida al día, porque no hay plata para más... Esto algún día va a estallar, la sociedad y la gente tienen capacidad limitada de aguante y esto está llegando a su fin" (Cita hecha por ALFREDO VÁSQUEZ CARRIZOSA, "Los Derechos Humanos en Colombia", *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 4, 1^o semestre de 1981, Cali, pág. 139).

"En la «ciudad industrial de Colombia» había en 1980 103.000 desempleados y 135.000 subempleados; el 75.4% de sus niños en edad escolar padecía de desnutrición y el 27.1% mostraba un estado avanzado de privación o mal nutrición; 12.000 familias, aproximadamente unas 70.000 personas, vivían en «casas» de lata, cartón y escombros, desprovistas de servicios públicos y en condiciones infrahumanas; había un déficit de unas 106.000 viviendas; el 79.1% de las personas ocupadas en cualquier actividad, empleos formales o informales, percibían menos de \$ 5.000 mensuales de ingresos; y en una escuela del barrio de tugurios «Fidel Castro», las condiciones económicas no les permitían a la mayoría de los alumnos tener siquiera una comida completa al día «viéndose el caso de muchas familias» que consumen lo que consiguen en el basurero».

al fortalecerse notoriamente la ejecutiva; y día a día aumenta la influencia de las fuerzas armadas en todas las actividades de la vida nacional, bajo la inspiración de la doctrina de la "seguridad nacional"⁶; se ha institucionalizado

(Cámara de Comercio de Medellín, "Un ensayo acerca de la génesis del subempleo y algunas consideraciones referentes al desempleo en Medellín", periódico "El Mundo", Documentos, 26 de marzo de 1981).

La XXXVII asamblea plenaria de la Conferencia Episcopal Colombiana reunida en Bogotá el año pasado, en su "Mensaje Pastoral" llama la atención sobre:

"...el injusto acaparamiento de bienes y el hiriente desequilibrio social de nuestra sociedad; cuestiona a los grupos financieros, en los cuales cada día se concentran más las riquezas y el poder y que crean poderes por encima de la ley, y resalta que sobre el mal de la concentración económica viene el de la concentración del poder; denuncia la generalizada corrupción administrativa que hace del presupuesto público botín de oportunidades; y afirma que la realidad política colombiana es que las decisiones que definen el destino de la patria se toman al margen de las necesidades y esperanzas del pueblo y solo se consulta al pueblo en la rapiña electoral radicalmente manipulada, lo que ha hecho que este sufra una grave desilusión de sus gobernantes, de las instituciones y de la clase política".

En declaración formulada el 10 de setiembre del mismo año 1981, el Directorio Conservador de Antioquia dijo:

"El partido debe empeñarse en promover cambios constitucionales, legales y de aptitud general, que permitan controlar los abusos de la riqueza...", pues "solo acabando con las diferencias abismales y los hirientes contrastes que hoy caracterizan la concentración de riqueza en nuestra patria, podrá llegarse a la armonía y al equilibrio necesarios en la convivencia social... con la consecuente eliminación de la miseria... Evidentemente es una meta que habrá de encontrar resistencia en los poderosos, pero que se impone por fuerza del mandato evangélico, si queremos encontrar la paz social" ("Gran cobardía de los partidos tradicionales denuncia el conservatismo antioqueño al oficializar apoyo al documento de los obispos", en "El Colombiano", 13 de setiembre de 1981, pág. 9 A).

Y el senador conservador JOSÉ MARÍA VELASCO GUERRERO, exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia, en su intervención en la sesión conjunta de las comisiones primeras del Senado y de la Cámara en donde se debate el proyecto de amnistía para los alzados en armas, realizada el miércoles 6 de octubre del año en curso, sostuvo:

"...Hay dos clases de violencia una espectacular y cruel como el asesinato de los niños Álvarez, del exministro Rafael Pardo Buelvas y del profesor de Medellín, que no pueden ser cubiertas por la amnistía en ningún país civilizado. Y otra violencia de tipo económico y social que ha sido denunciada en los últimos meses por el exministro de Hacienda, Eduardo Wiesner Durán y el presidente de Anif, Pedro Javier Soto Sierra, y que consiste en que cinco familias privilegiadas y amparadas en el tráfico de influencias reciben el 45% del presupuesto nacional, lo cual configura una de las formas de violencia más inicuas que se ha cometido con las clases menos favorecidas y en la muerte por inanición de millares de niños que llegan a la escuela ya con retardos mentales por falta de una nutrición apropiada..." ("El Tiempo", "Velasco Guerrero denuncia «subversión económica»", 7 de octubre de 1982, pág. 6 A).

⁶ "La doctrina de la seguridad nacional plantea una estrategia global que incluye todas las actividades de la vida humana, por cuanto considera que el enemigo se encuentra al interior de la sociedad infiltrado en todos los niveles. En consecuencia, todas las actividades de la sociedad son susceptibles de ser tratadas a través de los métodos propios de la estrategia represiva. No se repara en métodos y el énfasis fundamental se hace en la acción psicológica y en las técnicas de control policial de la sociedad. No se repara en los medios por cuanto el principio que informa el actuar por la seguridad nacional supone que los medios de la subversión, o sea los medios del comunismo, son sin principios. En consecuencia, la democracia debe endurecerse, y no pudiendo obrar por los métodos tradicionales, debe acudir, incluso, a los métodos del comunismo para repelerlo y reprimirlo. Esto, desde luego, justifica aquello que ha venido repitiendo el gobierno colombiano con respecto al problema de los derechos humanos: si ellos los violan, nosotros ¿por qué no podemos violarlos?... La ideología de la seguridad nacional se basa en tres conceptos fundamentales: geopolítica, geoestrategia y papel privilegiado de los militares... Los intereses del Estado, en orden a alcanzar la seguridad nacional, se colocan muy por encima de los intereses individuales e,

el excepcional "estado de sitio"⁷.

incluso, si es necesario, son sacrificados en beneficio de la seguridad y del desarrollo de la Nación-Estado..." (*Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 4, Cali, 1981, págs. 99 y 101).

"La defensa nacional como fundamento de la soberanía externa, del orden y de la paz interior de los Estados es una realidad permanente, una constante histórica que debe alumbrar la mente de todo estadista, animar la acción de todo soldado y preocupar a todo buen patriota, so pena de que su nación desaparezca de la escena geograpicopolítica del mundo... Tales condiciones han obligado al gobierno actual a realizar un esfuerzo significativo para tratar de modernizar el equipo y el material militares con el fin de evitar que un desequilibrio armado desfavorable pueda provocar ambiciones de otros Estados en perjuicio de nuestra soberanía o de nuestro ordenamiento jurídico..." (periódico "Fuerzas Armadas de Colombia", Bogotá, julio de 1982, año XXI, núm. 291, pág. 4. Editorial "Defensa Nacional y Solidaridad Continental". La comisión directiva del periódico la encabeza el ministro de Defensa).

"La propaganda del Estado alienta a la gente para estar dispuesta a aceptar los sacrificios inherentes a este tipo de guerra interna de carácter antisubversivo contra el «enemigo común». En primer lugar, la población debe aceptar la suspensión de sus libertades y derechos individuales en la forma usual bajo las situaciones de emergencia. Pero, más importante aún, el pueblo debe estar dispuesto a subordinar sus expectativas, demandas y disputas a las necesidades de la guerra interna, presentada por el gobierno como la primera prioridad para la salvación de grupo social. En esta situación, el mito de la guerra y del enemigo interno permiten al «Estado militar» instaurar sus políticas represivas y convertir la policía en el instrumento «moralizador» de que dispone el régimen, factores indispensables para desmovilizar a la población y aglutinarla forzosamente en torno a los objetivos nacionales (seguridad y desarrollo) y a las tácticas bélicas...

"El tipo de guerra a que recurre la DSN para imponer su proyecto político es, esencialmente, el denominado «guerra sicológica». Las técnicas sicosociales y el desarrollo de los medios de comunicación adquieren principal relevancia, en función de la tarea de manipular grandes masas de población mediante una variada gama de medios propagandísticos, de reeducación y disuasión. Cabe recordar que, en este terreno, se parte del principio de que el pueblo puede ser conducido a creer en y hacer lo que el liderato disponga, a condición de que se utilicen las técnicas convenientes. Algunos de los medios son fáciles de suponer e identificar. Se recurrirá en forma importante a todos los tipos de propaganda y al uso de símbolos y slogans, se controlará férreamente el uso de los medios de información o se hará un uso discrecional de los medios, y se manipulará abiertamente el sistema educacional en todos los niveles...

"Cabe tener presente que la adjetivación de «sicológica» no priva a esta forma de guerra de su carácter violento. Por de pronto, habrá acciones armadas, reducidas o limitadas, en contra de enemigos reales o ficticios dispuestos a combatir militarmente a la autoridad. Su utilización propagandística es, sin embargo, la meta principal de tales encuentros, que normalmente serían evitados a través de una moderada prevención policial.

"El componente «enemigo interno» que exhibe la DSN, cuya definición oficial y la caracterización de sus actitudes y conductas deben presentarlo como bárbaro y repugnante, juega un papel táctico múltiple. Tal vez de las más importantes finalidades de la táctica del enemigo interno sea la de mantener la cohesión y espíritu de cuerpo del grupo que detenta el poder. Puede ser políticamente sabio velar porque siempre haya un enemigo, real o imaginario, con tal que pueda ser presentado como una amenaza para la sobrevivencia del grupo, y ello obligue al grupo a superar sus disidencias internas y dinamizar sus acciones.

"Aparte de esta función aglutinante, la existencia de un enemigo interno cumple otra, no menos importante. La percepción del enemigo es proyectada desde la élite gobernante hacia las masas, de modo que pueda servir como una válvula de escape y seguridad. Los riesgos de fracaso y los fracasos mismos de las políticas de gobierno son atribuidos a la acción del enemigo, desplazándose así los sentimientos de hostilidad que las masas dirigirían contra la élite dominante, hacia los eventuales enemigos. Toda la maquinaria propagandística del régimen tiende a desviar la atención de las masas de la deficiencia e impracticabilidad de sus planes e ineptitud de sus miembros, hacia la «acción insidiosa» del enemigo oculto. Las tensiones creadas por las privaciones y represiones que el pueblo ha debido soportar, son liberadas y canalizadas contra el enemigo, que es exorcizado por los medios que dan la policía y la propaganda.

De esa realidad no pueden aislarse los particulares y los empleados oficiales⁸ que invoquen en su favor las nuevas causales de justificación ni los

"Por último, la existencia del enemigo interno y la necesidad de una guerra permanente en su contra sirve otro importante propósito: la posibilidad de mantener al país en un estado de permanente emergencia que, aun cuando de base ficticia, resulta muy efectivo desde el punto de vista policial y jurídico. En efecto, el estado de emergencia permite la imposición de restricciones extraordinarias sobre las libertades y derechos individuales y sociales, y respecto de los procedimientos para protegerlos. Ello facilita el control policial de la población, autoriza el uso discrecional de la fuerza pública y permite el aislamiento del «enemigo». Juridicamente hablando, el estado de excepción habilita al gobierno con facultades excepcionales que no solo le permiten excepcionarse del cumplimiento de la legislación común vigente, sino aumentar su poder normativo y poner en funcionamiento mecanismos extraordinarios en materia penal y de jurisdicción criminal". (JORGE TAPIA VALDÉS, "La Doctrina de la Seguridad Nacional y el Rol Político de las Fuerzas Armadas", en revista *Nueva Sociedad*, marzo-abril 1980, Caracas, Venezuela, págs. 31, 32 y 33).

⁷ "Tal vez al cabo de unos cuantos meses el nuevo gobierno levante el estado de sitio. Y tal vez al cabo de otros tantos lo vuelva a decretar. Pero lo cierto del caso es que todos los indicios permiten predecir hoy una evolución del estado de sitio hacia una nueva institucionalización en el futuro próximo. En efecto, los años transcurridos desde la reforma constitucional de 1968 han mostrado a las clases dominantes que el régimen político no puede ser mantenido sin la ayuda indispensable de los poderes extraordinarios del art. 121. Nada más lógico en estas condiciones que dar un carácter ordinario a los mecanismos que por el momento están formalmente previstos como excepcionales. Tales parecían ser los propósitos que se ocultaban detrás del extraño proyecto de creación de una Asamblea Constituyente presentado por el presidente López al Congreso en 1976 y aprobado por este en diciembre de 1977, después de varias maniobras políticas... El estado de sitio no es un instrumento en las manos exclusivas del ejecutivo. Es todo el aparato de Estado el que interviene en su aplicación, incluido el Parlamento y el aparato judicial, a quienes corresponde ejercer el control político y jurídico. Ellos otorgan de esta manera su apoyo al uso de las atribuciones extraordinarias. Además, detrás del empleo del estado de sitio se pueden percibir las manifestaciones de una influencia creciente del ejército sobre el aparato estatal... El estado de sitio constituye, pues, un mecanismo de poder que, mediante el cercenamiento de derechos, garantías y libertades elementales, pretende impedir la expresión de las reivindicaciones o de los proyectos globales de las clases populares, o simplemente de su descontento, y en general de sus posibilidades de organización, o reprimir dichas expresiones cuando en efecto se formulen. Es un mecanismo que, bajo las más diversas justificaciones para su utilización, ha estado dirigido de manera preferencial, aunque no exclusiva, contra la población urbana. Su vigencia se ha convertido en un elemento esencial para el funcionamiento del Estado colombiano y, en parte a través de ella, se han modificado las relaciones de poder y de equilibrio entre los diversos aparatos y esferas del régimen político, especialmente en lo relativo a la presencia y el peso de la corporación militar en su seno". (GUSTAVO GALLÓN GIRALDO, *Quince años de estado de sitio en Colombia: 1958-1978*, Bogotá, Librería y Editorial América Latina, 1979, págs. 117 y 118; y 124-126).

"Conclusiones:

"1º) La fachada de un Estado de derecho oculta todo el aparato represivo de un Estado policía.

"2º) La existencia de reducidos y generalmente antiguos grupos guerrilleros, que en los últimos veinte años no han puesto en peligro evidente la estabilidad de los gobiernos, ha sido hábilmente manipulada por las fuerzas armadas para presentar la subversión como un peligro real de graves proporciones, con el fin de golpear y acallar la oposición de izquierda.

"3º) Derechos humanos —como los de la vida, la integridad personal, la libertad— reconocidos por nuestra Constitución Nacional y por la ley que aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, vienen siendo violados con reiterada frecuencia.

empleados encargados de investigar y juzgar los hechos respecto de los cuales se haga tal invocación, ni los particulares a quienes afecten los hechos y el reconocimiento de aquellas.

Confiamos en que nuestro atrevimiento cree alguna inquietud y mueva a los amigos del estado de derecho y en especial a los juristas demócratas a interesarse, crítica y profundamente, en el tema que ocupa ahora nuestra atención.

"4°) La prolongación del estado de sitio durante veinte años de los últimos treinta de nuestra historia nacional, viola sustancialmente el espíritu y la esencia misma de una institución creada por el constituyente para periodos excepcionales y temporalmente breves.

"5°) La represión de estado de sitio extiende una cortina de silencio y de miedo que pretende cubrir graves injusticias socioeconómicas de regímenes que edifican la prosperidad de sus pocos validos a costa de la miseria de los muchos desposeídos y explotados". (ALFONSO REYES ECHANDÍA, artículo citado en nota 4, "Conclusiones", pág. 42).

"No es logrando la derogatoria del decreto 1923 de 1978, como se obtendrá la guarda del respeto por las libertades y derechos democráticos del pueblo; ni exigiendo el levantamiento del vigente estado de sitio se obtendrán la paz y la armonía sociales como fin máximo de la colectividad. Es precisamente removiendo los órdenes institucionales que permiten o patrocinan la emisión de los decretos antidemocráticos, como son el art. 121 de la Const. Nal. y el inciso 2° del art. 28 de la misma obra. Mientras subsistan disposiciones de ese talante en nuestra máxima ley, el Estado de derecho pretendido no lo será plenamente, ya que el albergue jurídico dado a esas normas en la Constitución contradice la estructura más o menos democrática consagrada en sus principios fundamentales. La Nación se encontrará siempre, sea quien fuere el que gobierna, bajo el imperio de aquella contradicción que justificará de la misma manera, al presidente o al dictador, prevaleciendo así sobre cualquier institución juridicopolítica, como base o instrumento institucional que legitimará por siempre la represión de quienes persiguen la reivindicación del Estado pleno de derecho.

"Que no se diga, para controvertir lo expuesto, que de obtenerse la erradicación de las normas que permiten la institucionalización del estado de sitio y las detenciones por simples motivos de sospecha (arts. 121 y 28, inc. 2°) podría quedar el país bajo el yugo de los «perturbadores del orden público», pues la misma Constitución Nacional consagra normas de sano sentido democrático que permiten, en circunstancias especiales y bajo el cumplimiento de ciertos requisitos y procedimientos desarrollados por la ley, enfrentar los verdaderos fenómenos de terrorismo, como los arts. 46, 47, 48, 120 num. 7°, y otros". (RAFAEL ANTONIO DUQUE RESTREPO, Ponencia presentada en el "Primer encuentro nacional de abogados por la plena vigencia del Estado de derecho", celebrado en Bogotá entre el 4 y el 6 de diciembre de 1981, en nombre de la Asociación de Juristas Demócratas, Seccional del Quindío).

Mediante el decreto 1674 del 9 de junio de 1982, el entonces presidente Dr. Julio César Turbay Ayala, en decisión sorpresiva, calificada por voceros del partido conservador como "políticamente oportunista" y por los obispos reunidos en conferencia episcopal como "importuna e inconveniente", y en forma desacostumbrada y no muy acorde con el inc. 7° del art. 121 de la C. N., levantó el estado de sitio y declaró restablecido el orden público en todo el territorio nacional "a partir del 20 de junio", no obstante subsistir, acrecentados, los motivos que había invocado para decretarlo en el decreto 2131 de 1978 (Véase "El Espectador", junio 13, págs. 1 A y 11 A; junio 14, pág. 1 A, y junio 20, pág. 2 A, de 1982).

⁸ Código Penal de 1980: "Art. 63. Empleados oficiales. Para todos los efectos de la ley penal son empleados oficiales los funcionarios y empleados públicos, los trabajadores oficiales, los miembros de las corporaciones públicas o de las fuerzas armadas, y toda otra persona que ejerza cualquier función pública, así sea de modo transitorio, o estuviere encargada de un servicio público" (edición citada en la nota 2).

II. TESIS

Dijimos que los num. 1° y 3° del art. 29 del Código Penal de 1980, consagratorios de nuevas causales de justificación del hecho, amplían bajo una más técnica y sutil redacción el alcance del decreto 070 de 1978, que adicionó una causal al art. 25 del Código Penal de 1936⁹.

⁹ Código Penal de 1936 (ley 95 de 1936): "Art. 25. El hecho se justifica cuando se comete:

"1°) Por disposición de la ley u orden obligatoria de autoridad competente.

"2°) Por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

"Se presume que se encuentra en el caso previsto en este numeral, el que durante la noche rechaza al que escala o fractura las cercas, paredes, puertas o ventanas de su casa de habitación o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor, o el que encuentra un extraño dentro de su hogar, siempre que en este último caso no se justifique su presencia allí y que el extraño oponga resistencia.

"3°) Por la necesidad de salvarse a sí mismo o de salvar a otro de un peligro grave e inminente contra la persona, no evitable de otra manera, que no se haya causado por obra propia y que no debe afrontarse por obligación profesional". (Colección "Codex Brevis", Editorial Voluntad, 1969).

Decreto legislativo 070 de 1978:

"Por el cual se dictan medidas 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 Nacional, y

"Considerando:

"Que por decreto 2131 de 1976 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional;

"Que la perturbación del orden público se ha agudizado con la intensificación de la delincuencia organizada, especialmente por la comisión de delitos contra la libertad individual, contra la vida y la integridad personal y contra la salud y la integridad colectiva;

"Que es deber del gobierno tomar todas aquellas medidas que conduzcan al restablecimiento de la normalidad.

"Decreta:

"Art. 1°. Mientras subsista turbado el orden público y en Estado de sitio todo el territorio nacional, el artículo 25 del Código Penal quedará así:

"«Art. 25. El hecho se justifica cuando se comete:

"1°) Por disposición de la ley u orden obligatoria de autoridad competente.

"«...

"4°) Por los miembros de la fuerza pública cuando intervengan en operaciones planeadas para prevenir y reprimir los delitos de extorsión y secuestro, y producción, procesamiento y tráfico de estupefacientes».

"Art. 2°. El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición y suspende las disposiciones que le sean contrarias.

"Comuníquese y cúmplase.

"Dado en Bogotá, D. E., a enero 20 de 1978.

"Alfonso López Michelsen.

"Presidente.

"El ministro de Gobierno: Alfredo Araújo Grau". (Diario Oficial, año CXIV, núm. 34.944, pág. 137. Las subrayas no son del texto).

Código Penal de 1980 (decreto legislativo núm. 100 de 1980):

"...

"Art. 29. Causales. El hecho se justifica cuando se comete:

III. SUSTENTACIÓN

A) *El tristemente célebre decreto 070 de 1978: "Licencia para matar"*

1. Algunos antecedentes del decreto 070 de 1978

1.1. Art. 5° del acto legislativo núm. 1 de 1968

El citado artículo adicionó el 28 de la Constitución Nacional¹⁰, quedando el texto de este así:

"Aun en tiempo de guerra 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 determinándose la pena correspondiente.

"Esta disposición no impide que aun en tiempo de paz, pero habiendo graves motivos para temer perturbación del orden público, sean aprehendidas y retenidas mediante orden del gobierno, y previo dictamen de los ministros, las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública.

"Trascurridos diez días desde el momento de la aprehensión sin que las personas retenidas hayan sido puestas en libertad, el gobierno procederá a ordenarla o las pondrá a disposición de los jueces competentes con las pruebas allegadas, para que decidan conforme a la ley"¹¹.

¹¹1. *En estricto cumplimiento de un deber legal.*

¹²2. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.

¹³3. *En legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.*

¹⁴4. Por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

"Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas, cualquiera sea el daño que le ocasiona, y

¹⁵5. Por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar". (Edición citada en la nota 2. Subrayado nuestro).

¹⁶6. "...durante la administración de Carlos Lleras Restrepo se inició la aplicación del artículo 28 de la Constitución, que autoriza al gobierno para ordenar la retención de las personas «sospechosas de atentar contra la paz pública»... Desde esa época no se había vuelto a hacer uso de dicha facultad, a pesar de que invariablemente se ha sostenido que existe un estado de perturbación del orden público. El 13 de setiembre de 1978 el gobierno de Turbay Ayala solicitó y obtuvo del Consejo de Estado concepto favorable para aplicar de nuevo el referido artículo 28, aunque algunos magistrados salvaron su voto. Las razones que se adujeron ante el Consejo por los ministros de Defensa, Justicia y Gobierno, no se conocen exactamente, pues tanto el informe del ejecutivo como la respuesta que a él se le dé están sometidos a reserva". (GUSTAVO GALLÓN GIRALDO, obra citada en la nota 6, págs. 140 y 141).

Mediante el decreto 3642 de 1981 el entonces presidente Julio César Turbay Ayala, atendiendo recomendación que le había hecho la "Comisión de Paz", creada por el decreto 2761 del mismo año y presidida por el expresidente Carlos Lleras Restrepo, reglamentó el art. 28 de la Const. Nal.

¹⁷7. Constitución Política de la República de Colombia, Editorial Bedout, S. A., 1974.

Según el Consejo de Estado, o, al menos, la mayoría de sus miembros que suscribieron la constancia anexa al dictamen proferido el 28 de enero de 1969, la retención autorizada por el art. 28 de la Const. Nal., se debe fundamentar en la existencia de "graves motivos" para temer la perturbación del orden público y de "graves indicios" de que las personas cuya retención se ordena atentan contra la paz pública, no en simples "sospechas", como se propuso cuando se discutía el artículo original de la Constitución de 1886 y como de hecho se ha venido haciendo en los últimos años, y exige que previamente el Consejo de Ministros y el Consejo de Estado emitan sendos fundamentados dictámenes sobre la existencia de los dos requisitos anotados, debiéndose determinar los hechos que constituyen indicios graves contra cada una de las personas a quienes se quiere privar de la libertad¹².

Cumplidos dichos requisitos y solo entonces, el gobierno, es decir, el presidente, el ministro de gobierno, puede ordenar por escrito (Const. Nal., art. 23) la captura y retención de las personas contra quienes resultaron los graves indicios de que "atentan contra la paz pública".

No contiene, pues, el art. 28 de la Constitución Nacional una amplia e incondicional autorización a los miembros de la fuerza pública para que capturen y retengan a toda persona de quien "sospechen" que altera o puede alterar el orden público, como se ha interpretado en los últimos años, en los que se han hecho frecuentes las capturas y allanamientos sin orden escrita de autoridad competente, y no es extraño que si esta se pide en su lugar se exhiba un arma de fuego.

Refiriéndose al citado artículo escribió el excanciller ALFREDO VÁSQUEZ CARRIZOSA:

"Se convirtió en la llave maestra de la antijuridicidad en Colombia. Porque no había precedente ninguno de que de orden del gobierno, de cualquier autoridad militar o civil, se pudiera allanar una casa y detener a una persona, vendarle los ojos y llevarla a un lugar desconocido, apartarla de sus parientes. Eso es lo que hemos tenido. Cuando los abogados defensores solicitaron que se les comunicara la orden del Consejo de Ministros allí prevista, orden, decreto o cualquier mandamiento semejante, se les contestó que «las órdenes del Consejo de Ministros o sus deliberaciones son reservadas».

"Se sentó la tesis desde el año 1978 de que todo arresto en nombre del art. 28 es permitido; y el constituyente de lo que habla es del gobierno, y el gobierno es cualquier autoridad, el gobierno tiene una conformación precisa que es el presidente y sus ministros. Pero un comandante de brigada no es el gobierno, un agente de policía no es el gobierno, un juez militar tampoco es el gobierno. Y por este sistema, desgraciadamente, se ha ido poco a poco conformando una justicia paralela y una antijuridicidad paralela a las normas del título III de la Carta. El art. 28 de la Const. Nal., como un cheque en blanco para

¹² Véase a ALFONSO REYES ECHANDÍA, artículo citado en la nota 4, págs. 30, 31, 40 y 41.

toda clase de ilegalidades, es uno de los grandes defectos de la situación actual..."¹³.

1.2. Decreto 2578 de 1976

El 8 de diciembre de 1976, el presidente de la República, en ejercicio de las facultades que le confería el art. 121 de la Const. Nal., y en desarrollo del decreto 2131 del mismo año, expidió el decreto 2578, mediante el cual estableció "caución de buena conducta" hasta de mil pesos o "retención hasta de treinta días", exigible o imponible a personas "sospechosas", desempleadas, portadoras de instrumentos de trabajo, etc.

He aquí algunos de los amplísimos artículos de tan arbitrario y represivo decreto:

"Art. 1°. Establécese caución de buena conducta como garantía que debe prestar una persona que incurra en cualquiera de los casos de que trata este decreto...

"La caución personal o prendaria deberá prestarse inmediatamente después de notificada la resolución de que trata el artículo 4°...

"Art. 2°. Mientras se mantenga el actual estado de sitio en el territorio nacional, los alcaldes municipales, inspectores de policía o quienes hagan sus veces, podrán exigir la caución de buena conducta a:

"a. Los que por sus antecedentes, actividades, hábitos o formas de vivir, estén en situación que haga temer que van a incurrir en delito o contravención;

"b. Los que teniendo antecedentes personales o policivos, asuman conductas que permitan sospechar que van a cometer infracción penal o policiva;

"c. Los que de ordinario deambulen por las vías públicas en actitud sospechosa en relación con las personas o los bienes;

"d. Los forasteros cuya actitud sospechosa haga temer la comisión de un delito o contravención;

"...;

"f. Los que lleven consigo armas blancas o peñillitas, cuchillos, leznas u otros instrumentos de trabajo, en lugares o circunstancias que hagan presumir el ánimo de usarlas ilegalmente...

"Art. 3°. Si dentro de los términos señalados en el inciso tercero del artículo 1° el infractor no prestare la garantía, será retenido hasta cuando la otorgue, sin que la retención pueda exceder de treinta días..."¹⁴.

¹³ ALFREDO VÁSQUEZ CARRIZOSA, artículo citado en la nota 5, págs. 141, 142 y 114.

¹⁴ Decreto 2578 del 8 de diciembre de 1976,

"por el cual se dictan medidas 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 y en desarrollo del decreto 2131 de 1976, y

"Considerando:

"Que por el decreto 2131 del presente año se declaró turbado el orden público y en estado de sitio toda la Nación;

"Que una de las causas del estado de inseguridad que se vive en los distintos municipios del país es la falta de medidas policivas adecuadas y ágiles que permitan contrarrestar la acción de quienes, por sus actividades contra las personas o los bienes, impiden el pronto restablecimiento del orden. Decreta..." (Revista Derecho Colombiano, tomo XXXIV, núm. 180, Bogotá, diciembre de 1976, pág. 577).

Ya en 1970, mediante el decreto 1132, el presidente de la República en uso de las facultades que le confiere el estado de sitio había autorizado al DAS para elaborar listas de "sospechosos" para, previa revisión por el Consejo de Ministros, someterlos a vigilancia policiva y a la obligación de dar aviso previo de 24 horas para poder ausentarse de su domicilio¹⁵.

1.3. Declaración pública de los altos mandos militares

El 19 de diciembre de 1977 el comandante general de las fuerzas militares, el comandante de la armada nacional, el comandante del ejército, el comandante de la fuerza aérea, los comandantes de brigada y los comandantes de las bases aéreas y navales del país, reunidos en Bogotá "en forma unánime y solidaria" hicieron una "declaración pública" en la cual solicitaban "nuevamente al gobierno que dicte por el procedimiento de emergencia eficaces medidas adicionales para garantizarles a la institución militar y a sus integrantes la honra a que tienen derecho y a todos los ciudadanos la seguridad que requieren dentro de una patria amable..." y "...de la honorable Corte Suprema de Justicia, en su función de colaborar como rama del poder público para asegurar la realización de los fines del Estado... comprensión y solidaridad..." para con "...las nuevas medidas que tome el gobierno... y las correspondientes acciones de las fuerzas militares, por enérgicas que ellas sean, en virtud de que tienen que garantizar el régimen institucional y la seguridad ciudadana..."¹⁶.

2. Decreto 070 de 1978

El 20 de enero de 1978 el entonces presidente de la República doctor ALFONSO LÓPEZ MICHELSEN, en rápida respuesta al llamado que le habían hecho los altos mandos militares en su "declaración pública" del 19 de diciembre del año anterior, y en uso de las facultades que le confería el decreto 2131 de 1976, declaratorio del estado de sitio, expidió el decreto 070, clara y "eficaz" garantía "a la institución militar y a sus integrantes" en "las correspondientes acciones" tendientes a "garantizar el régimen institucional y la seguridad ciudadana, por enérgicas que ellas sean".

3. Reacción de la opinión pública ante el decreto 070 de 1978

El citado decreto provocó un cuasi general asombro y rechazo. Con razón se afirmó que, en la práctica, consagraba la pena de muerte, proscrita en el art. 29 de la Carta, y autorizaba a los miembros de la fuerza pública para aplicarla¹⁷;

¹⁵ El decreto 744 de 1967 autorizó a los agentes de inteligencia de la fuerza pública a rendir sus informes judiciales y las respectivas ratificaciones y ampliaciones bajo juramento, sin suministrar su identidad, sino solo el número de su carnet y estampando su huella digital.

¹⁶ "El Tiempo", Bogotá, diciembre 20 de 1977, págs. 1 A y 6 A.

¹⁷ "El decreto antisequestro... Según algunos, este es el remedio providencial que hacía falta para librar con buen éxito la lucha contra varios de los más afflictivos dramas colombianos. Según otros, es la «institucionalización» de la pena de muerte o del «sálvese quien pueda»... Al comentar el nuevo decreto, la opinión pública debe tener en cuenta que no se trata ni de atenuantes ni de exculpantes del delito, sino de la justificación plena de un hecho. La legítima defensa, según los grandes maestros del derecho penal, no solo es un derecho: es un deber. ¿Quién no debe defenderse a sí mismo, y defender a los suyos, de una bárbara agresión criminal? Por eso quien tenga que repeler la acometida de los criminales, en una acción planeada contra ellos, obviamente está amparado por ese artículo. Su ampliación no nos parece redundante, pero acaso tampoco era necesaria..." (editorial, del periódico "El Espectador", Bogotá, enero 23 de 1978, pág. 2 A).

que legalizaba la llamada "ley de fuga"¹⁸, utilizada desde muchos años atrás para encubrir el asesinato de delincuentes comunes y políticos en los campos y aun en las ciudades, ante el convencimiento de que de ser puestos a disposición de la autoridad competente pronto serían dejados en libertad; que era abiertamente inconstitucional, pues justificaba cualquier violación de los derechos

"De hecho, las Fuerzas Armadas, Policía y Ejército, fundamentalmente, han establecido en Colombia la pena de muerte, según le acaba de reconocer el Consejo de Estado en lo que constituye una nueva doctrina sobre los asesinatos de particulares a manos de agentes del orden. Durante 1979 se presentaron 37 demandas de responsabilidad de la Nación que buscan la indemnización por perjuicios morales y materiales que se causaron con la muerte violenta de igual número de personas ocasionada por miembros de la Policía Nacional o el Ejército, quienes, con muy pocas excepciones, fueron absueltos por la justicia penal militar. En este mismo lapso, el Consejo de Estado condenó a la Nación a pagar indemnización por valor superior a los cien millones de pesos, por concepto de los asesinatos imputables a las autoridades. El valor de los procesos en curso supera fácilmente la suma anterior, pues son más de un centenar. Y hay que tomar en cuenta que en un porcentaje altísimo se desconoce la facultad de acudir a los tribunales para reclamar indemnización por esos asesinatos" ("Doctrina contra la pena de muerte", en "El Espectador", febrero 23 de 1980, págs. 1 A y 10 A).

"Una revisión de las providencias del Consejo de Estado dictadas en 1980, ante la imposibilidad de reunir los datos de los tribunales de lo contencioso administrativo departamentales que también conocen de este tipo de acciones indemnizatorias, demuestra que en ese año judicial se produjeron un total de 28 fallos, en 15 de los cuales se condenó a la Nación a pagar indemnización, en 12 se absolvió, económica pero no moralmente, a la policía por otros tantos homicidios, pero por ausencia de pruebas o falta de técnica en la presentación de la demanda, y en solo una se la absolvió. Las 28 demandas se relacionan todas con igual número de muertes de ciudadanos ocasionadas en distintas circunstancias por agentes de la policía. Con la simple lectura de los fallos se conocen casos verdaderamente gráficos de lo que puede llegar a ser (y a hacer) un individuo investido de autoridad, sin la suficiente preparación para responder por ella..."

(Véase "Las tragedias entre policías y civiles. Indemnizaciones por 30 millones en un año", en "El Espectador", febrero 1° de 1981, pág. 11 A).

¹⁸ En muchas providencias proferidas en los últimos 3 años el Consejo de Estado ha ratificado la doctrina de que "...el desatender la orden de «alto» no da lugar a que los soldados o agentes utilicen sus armas contra el presunto fugitivo", ante la creciente costumbre de los miembros de la fuerza pública de disparar a matar si una persona no les atiende la orden de «alto».

"El 26 de mayo de 1973, unidades del Batallón Girardot, del ejército, cumplían el que denominaron «Plan Fantasma» en Girardot. En el marco del operativo se dio la orden de «alto» al señor Luis González Correa, quien se movilizaba en un jeep de su propiedad. Como el conductor no hiciera caso, le hicieron disparos al vehículo y uno de ellos causó su muerte. Posteriormente se comprobó que la causa por la cual González no había atendido la orden era que el jeep había perdido sus frenos. El autor de los disparos fue absuelto por la justicia penal militar..."

"El 15 de octubre de 1973, el vicepresidente del Sindicato de Trabajadores del Departamento de Antioquia, Luis Carlos Cárdenas Arbeláez, cuando se encontraba en la sede gremial, recibió una llamada en donde presuntamente le pusieron una cita. Cárdenas Arbeláez salió del sindicato y fue detenido por agentes del servicio de inteligencia del ejército B-2, que lo llevaron en un taxi presuntamente con destino a la IV Brigada.

"A la altura del puente Colombia (Medellín), el vehículo se varó; Cárdenas Arbeláez aprovechó la oportunidad y salió corriendo, pero frente a un estacionamiento resbaló. Allí fue alcanzado por los secretos, uno de los cuales utilizó su arma contra el líder sindical, sin importarle que este se encontraba desarmado y en estado de indefensión. La justicia penal militar absolvió a los miembros del B-2..."

"El 9 de noviembre de 1974, Francisco José Torres Torres se encontraba bebiendo con unos amigos y fue detenido por tres sujetos vestidos de civil, que a la postre resultaron ser un oficial, un suboficial y un agente de la policía. Estos llevaron a Torres Torres en una patrulla móvil a la Estación Sexta de Policía de Bogotá y allí, hablando de la «ley de fuga», le dieron muerte..."

y garantías ciudadanas por parte de miembros de la fuerza pública, con la única exigencia de que lo hicieran al intervenir "en operaciones planeadas para prevenir y reprimir los delitos de extorsión y secuestro, y producción, procesa-

"El 16 de marzo de 1976, en Bogotá, fue capturado Héctor Hernando Ariza, quien conducía su vehículo a alta velocidad, y fue llevado a una estación de policía. Aprovechando un descuido de los guardias, huyó en su mismo carro; los agentes del F-2 lo persiguieron y alcanzaron. Ariza salió del automóvil con los brazos en alto y fue acorralado. Sus asesinos fueron absueltos por la justicia penal militar..."

"En la madrugada del domingo 26 de febrero de 1978, el joven administrador de empresas Francisco Luis Duque Posada, quien vivía cerca a las instalaciones del comando de la IV Brigada (Medellín), se dirigía a su residencia y al pasar cerca de un puesto de vigilancia un soldado-centinela le interceptó el paso de manera brusca y le exigió que se identificara. El joven profesional le demandó respeto y le recordó que no podía ser molestado sino por orden de autoridad competente, «según fundamento de los derechos humanos». Pero el soldado le respondió manifestándole que quedaba detenido. Duque Posada se sentó en el piso a la espera de la patrulla que debía llevarlo a las cámaras del B-2. Trascorrida media hora, ante insinuaciones del centinela para que le diera dinero, el joven profesional le dijo que no podía perder más tiempo y se fue. En ese momento el soldado le hizo dos disparos por la espalda, y se devolvió a su puesto de vigilancia. Dos personas que pasaban en ese momento por el lugar, fueron a auxiliarlo pero varios soldados que habían llegado trataron de impedir su traslado a un hospital. El soldado fue juzgado en consejo verbal de guerra y absuelto.

"El 5 de mayo de 1981 los jóvenes José Benjamín Luna Rosales, José Derismel Asís Meneses, Olimpo Gutiérrez y Carmelo Farallán Sierra caminaban por un potrero del corregimiento de San Francisco de Loba, municipio de Mompos, y vieron acercarse un helicóptero, que resultó haber sido arrendado por la empresa Ecopetrol y a bordo del cual viajaban el piloto, un trabajador de la empresa, experto en sellamiento de tubería perforada, y dos agentes de la policía comisionados para la vigilancia del oleoducto mediante colaboración que prestaba la institución a dicha empresa del Estado.

"Cuando la tripulación de la aeronave divisó a los jóvenes, viró y se acercó a ellos y desde las ventanillas del aparato salió la primera ráfaga de tiros, uno de los cuales alcanzó a Olimpo Gutiérrez, quien cayó al suelo, se paró y huyó despavorido con una herida en la cabeza. El piloto dió muestras de su habilidad en el manejo de la nave y de inmediato cortó el paso al muchacho sangrante y se escuchó el segundo tiroteo que puso fin a su vida.

"Sus tres compañeros comenzaron a correr desesperadamente, pero al ver que el helicóptero se les acercaba mucho, uno de ellos, Carmelo Farallán, se alejó del grupo y se tiró al suelo, mientras que los dos restantes veían los cañones de las armas policivas asomándose por las ventanillas de la aeronave y quedaron petrificados hasta el momento en que sus piernas tuvieron que ceder porque sus cuerpos sin vida ya no podían sostenerse en pie y cayeron al suelo casi que uno sobre otro.

"A unos treinta metros había caído Olimpo Gutiérrez, quien había invitado al paseo y como a cincuenta estaba Carmelo Farallán, tendido boca abajo a la orilla de un charco. Sobre su cuerpo el helicóptero voló rasante en dos ocasiones para comprobar su muerte..."

(Véase "El Espectador", ediciones de febrero 23 de 1980, págs. 1 A y 10 A; febrero 1° de 1981, pág. 11 A; noviembre 9 de 1981, pág. 1 A; mayo 27, págs. 1 A y 7 A, mayo 28, págs. 1 A y 7 A, mayo 29, págs. 1 A y 12 A y mayo 30, págs. 1 A y 12 A, respectivamente).

"Les dieron el «paseo» a dos presuntos delincuentes y los mataron a balazos. Estaban atados de pies y manos con alambre. Uno presentaba 28 balazos y el otro 15" ("El Colombiano", 11 de octubre de 1982, pág. 12 B).

"Tres muertos y 17 heridos en el primer día de paro cívico. 64 personas detenidas en los disturbios. Henry Estrada de 23 años, conductor de un bus, Desiderio Baño, minero de 28 años, y Julián Alberto Trejos, estudiante de 17, fueron muertos por la policía, en violentas pedreas escenificadas en Riosucio (Caldas). La alcaldesa, Amparo Velásquez Betancur, pidió el acuartelamiento de la policía y el ejército, en el marco de las medidas de seguridad adoptadas, recibiendo una respuesta negativa". "El Colombiano", 12 de octubre de 1982, pág. 9 B).

Artículo 30 del decreto 1355 de 1970, "por el cual se dictan normas de policía", modificado por el 109 del decreto 522 de 1971: "Para preservar el orden público la policía empleará solo medios autorizados por la ley o reglamento y escogerá siempre, entre los eficaces, aquellos que causen menor daño a la integridad de las personas y de sus bienes. Tales medios no podrán utilizarse más allá del tiempo indispensable para el mantenimiento del orden o su restablecimiento.

miento y tráfico de estupefacientes¹⁹; y, en fin, que era una “estrambótica barbaridad”²⁰.

4. Concepto del señor procurador delegado

El agente del ministerio público, representante de la sociedad, al recorrer el traslado que le dio la Corte Suprema de Justicia, previo al pronunciamiento de esta sobre la exequibilidad del decreto 070 de 1978 y de conformidad con el párrafo del art. 121 de la Constitución, conceptuó sobre la nueva causal de justificación del hecho en él establecida:

“...Quiere esto decir que la fuerza pública puede lesionar, sin incurrir en delito, la vida, la integridad personal, la libertad individual, el domicilio ajeno, la privacidad de la correspondencia, la propiedad y aun la honra de las personas, cuando intervenga «en operaciones planeadas para prevenir y reprimir» determinados delitos, sea o no el sujeto pasivo de la acción copartícipe de estos últimos... Se exponen todos los bienes jurídicos protegidos por el legislador y a todos sus titulares sin excepción, a la acción arbitraria de la fuerza pública...”²¹.

5. Decisión mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia sobre la exequibilidad del decreto 070 de 1978.

No obstante la adversa opinión pública y del representante de la sociedad, la Corte Suprema de Justicia, en infortunado fallo del mes de marzo del mismo año, declaró exequible el dicho decreto, a pesar de haber considerado que “... tiene ella (la nueva causal de justificación), por una parte, *un amplio alcance en cuanto no limita los medios de acción*, ya que tanto puede referirse al uso de las armas como a otros medios de coacción, persuasión y discusión. Así podría aplicarse a quienes disparan sobre los secuestradores o traficantes de drogas, como a los que requisan un domicilio sin cumplir los preceptos legales o a los

“Salvo lo dispuesto en la ley sobre régimen carcelario, las armas de fuego no pueden emplearse contra fugitivo sino cuando este las use para facilitar o proteger la fuga” (Código Nacional de Policía, decretos 1355 y 2055 de 1970, y 522 de 1971, Editorial Biblioteca Actualidad Jurídica, Bogotá, 1980).

Véase, además, a EDUARDO FRANCO ISAZA, *Las guerrillas del Llano*, Bogotá, 1956; Monseñor GERMAN GUZMÁN CAMPOS, ORLANDO FALS BORDA y EDUARDO UMAÑA LUNA, *La violencia en Colombia*, Bogotá, Ed. Tercer Mundo, 1962; y a FRANCISCO POSADA, *Colombia: violencia y subdesarrollo*, U. N., 1969.

¹⁹ “...el decreto extiende las causales de legítima defensa a «los miembros de la fuerza pública cuando intervengan en operaciones planeadas para prevenir y reprimir los delitos de extorsión y secuestro, y producción, procesamiento y tráfico de estupefacientes»... no se trata ni de atenuantes ni de exculpanes del delito, sino de la justificación plena de un hecho... En lo que hace relación a la legítima defensa, por la propia delicadeza del tema, se requiere una especial escrupulosidad de los jueces para que no sirva de abusiva protección a actos que se salen del honesto espíritu con que está consagrada en todas las legislaciones del mundo. ¿Se logrará eso con el decreto?” (“El Espectador”, enero 23 de 1978, pág. 2 A).

²⁰ GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ y otros, “Salvamento de voto respecto de la providencia en que la Corte Suprema de Justicia declaró exequible el decreto 070 de 1978”, revista *Estudios de Derecho*, núm. 93, marzo de 1978, Medellín, Facultad de Derecho U. de A., pág. 210.

²¹ GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, Salvamento de voto citado, pág. 226.

que interfirieran comunicación telefónica, etc... *No se trata en este caso de la represión penal... sino de la represión policiva, o sea del empleo de la fuerza o de cualquier otro medio para eliminar directamente las manifestaciones contrarias a los derechos individuales que sean necesarias para que se mantenga el orden jurídico... está protegida (la fuerza pública) por una justificación de los hechos punibles que se vean forzados a cometer, para actuar válidamente en defensa de los derechos de la sociedad, fuera de los cuales, como se ha dicho antes en esta providencia, los ilícitos no se justificarian*”²².

Ante tal decisión bien puede pensarse que no fue vano el llamado a la comprensión y a la solidaridad pero con “las nuevas medidas que tome el gobierno... por el procedimiento de emergencia, ...por enérgicas que ellas sean...”, que le habían hecho los altos mandos militares a dicha corporación en su “declaración pública” del 19 de diciembre de 1977.

6. Posición minoritaria en la Corte sobre la exequibilidad del decreto 070 de 1978

El fallo por el cual la Corte Suprema de Justicia declaró exequible el decreto 070 no fue aprobado por unanimidad, pues varios distinguidos magistrados, entre ellos el doctor GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, salvaron su voto. En este salvamento de voto se argumentó:

“¿Cómo aceptar, resignadamente, que fenómenos de delincuencia común (como los que menciona el decreto 070 de 1978) lleven a despojar a los jueces ordinarios de sus atributos, en beneficio de la justicia castrense, y que indefinidamente se borre el imperio del título constitucional de los derechos civiles y garantías sociales, para que la fuerza pública pueda operar sin límite ni contención?...”

“Si se hubiera querido adicionar las justificantes, evitando la comisión de delitos tan reprobables como los que tratan de conjurarse, bien podría haberse establecido la *presunción* de obrar dentro de la defensa justa, o de cumplir con orden obligatoria o la disposición de la ley o del estado de necesidad, en beneficio del que obra dentro de los aspectos objetivos que señala el decreto 070/78, ord. 4°. La cuestión así tratada consigue una protección adecuada del agente y mantiene en un camino de rectitud su comportamiento, porque *aproxima* a la justificante pero no la reconoce y así vincula aquella a requisitos morales y civilizados, excluyentes de acciones innobles, degradantes, nocivas.

“Cuando el legislador presume la legítima defensa en los casos del morador que rechaza al asaltante nocturno o ejerce violencia contra el desconocido que no explica su presencia en el hogar, apenas *supone* que existió la defensa con todos los requisitos... quien en esas circunstancias elimina a otro, estando este indefenso, se presume que no lo hizo así, pero es factible comprobar que fue eliminado cuando de rodillas suplicaba clemencia. Pero la 4ª causal de justificación del decreto 070/78, no presume sino que establece la justificante, reclamando apenas moderámenes objetivos, artificiales, de tan fácil cumplimiento que los requisitos se confunden con la simple intervención del miembro de

²² GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, Salvamento de voto citado, págs. 228 y 229.

la fuerza pública. Allí no se alude a la actualidad o inminencia de agresión, a necesidad de la repulsa, ni a su proporcionalidad, ni a su inevitabilidad. Únicamente que obre en operación para prevenir o reprimir esos delitos..."²³. (Subrayamos).

En el mencionado salvamento de voto se advierte, en pronóstico que empezó a tener cumplimiento con el denominado "Estatuto de Seguridad Nacional" (decreto 1923 de 1978)²⁴, el nuevo Código Penal (decreto 100 de 1980)²⁵

²³ Ídem, págs., 217, 225 y 226.

²⁴ "La expedición y ejecución del denominado Estatuto de Seguridad (decreto 1923 de 1978) por parte del ejecutivo ha suscitado una amplia controversia a nivel nacional, la cual se ha polarizado nítida y rápidamente: por una parte, los altos funcionarios del gobierno y la prensa adicta, quienes lo defienden con diferencias de matiz que van desde la entusiasta apología hasta la aceptación como un mal necesario de carácter transitorio; de otra parte, un vasto sector de opinión que considera que el estatuto es peligroso para las libertades públicas o francamente atentatorio de ellas..."

"La oposición al estatuto, expresada por diferentes sectores de opinión pública nacional e internacional por considerarlo lesivo o peligroso para los derechos humanos, ha forzado a sus defensores a plantear la siguiente cuestión: quienes reclaman respeto para los derechos humanos de los delincuentes olvidan los derechos humanos de las víctimas violadas por esos delincuentes; para defender los derechos de ellas ha sido expedido, precisamente, el Estatuto de Seguridad. Esa posición gubernamental invierte, en su favor, lo que ha sido concepción clásica de las libertades políticas, vale decir, que ellas se definen y afirman frente a los gobernantes y que por eso mismo su deber fundamental es «proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes» (Const. Nal., art. 16). La preocupación constante de CARRARA, viviente en todas sus páginas, es la construcción de un derecho penal protector del ciudadano inocente... «Es cierto que las víctimas tienen derechos, pero no lo es menos que los tienen las personas honestas, y los de aquellas no se defienden ni restituyen lesionando o suprimiendo los de los inocentes. No todo el que soporta la acción represiva del Estado es un delincuente, aunque se ha vuelto cosa corriente equiparar sospecha y certeza para fines políticos e investigativos, y se recurre al alegato de la defensa de los derechos humanos de muchas personas inocentes, en la desenfrenada carrera por ofrecer a la opinión pública resultados acentuadamente efectivos, cuando no se trata en verdad, muchas veces, de escamotear una descarada represión de grupos opositores»..."

FERNANDO MEZA MORALES, *editorial* "La democracia, si es consecuente, no puede disfrutar las ventajas del totalitarismo" (CAMUS, en revista *Estudios de Derecho*, núm. 94, setiembre de 1978, Medellín, págs. 259 a 261).

"...el terrorismo ya no respeta, no tiene ningún límite y trata de desestabilizar los países y los gobiernos, nos sindicando de atentar contra los derechos humanos, como si los derechos humanos no fueran también para los jueces y los funcionarios y de los campesinos y los hacendados y de toda la gente que sufre persecución por parte de las bandas armadas" ("Minjusticia analiza el fracaso de la amnistía". Entrevista con el entonces ministro de Justicia Felio Andrade Manrique, Medellín, periódico "El Colombiano", 12 de julio de 1981, pág. 11 A).

²⁵ "Por un gesto que habría que averiguar exactamente cuándo empezó, pero del cual podemos estar seguros que aún no ha terminado de dibujarse, las personas dedicadas al quehacer jurídico, se han visto relegadas a un plano secundario, dedicadas casi exclusivamente a resolver pequeños litigios entre los particulares y a emplear un lenguaje cada vez más metafísico... Mientras tanto los grandes problemas del país, aquellos que afectan a la mayoría de sus habitantes, se convierten en patrimonio exclusivo de los poderosos grupos económicos y los minúsculos círculos de expertos."

"Esto ha venido sucediendo en Colombia, con sus códigos; tal vez fuera del cuerpo originario del Código Civil, ningún otro entre los vigentes ha sido expedido siguiendo los conductos que podrían considerarse regulares, es decir, mediante leyes. No solo se ha despojado al Congreso, con su complicidad o complacencia, de una de sus funciones principales, sino que se ha entregado el trabajo de elaboración y discusión de los códigos a comisiones de expertos, integradas por escaso número de personas; la competencia de los individuos que las integran no puede, en ningún caso, suplir la opinión de los colombianos, o, cuando menos, del sector de personas que dedican sus vidas a estos menesteres: jueces, abogados, profesores, etc."

"Hace apenas seis meses la opinión oficial del país recibió alborozada la entrada en vigencia del nuevo Código Penal y la promulgación del Código de Procedimiento Penal. Hoy, no solo se discute la constitucionalidad del segundo sino que se anuncia la creación de comisiones, de expertos obviamente, para estudiar modificaciones a ambos..."

y el por ahora fallido nuevo Código de Procedimiento Penal (decreto 181 de 1981)²⁶, que "...esta insólita medida (el decreto 070 de 1978) cierra admirablemente cuarenta años de abuso del artículo 121 de la Carta y parece constituir el principio de una legislación, en esta órbita, sin antecedentes en el país, por sus implicaciones en el régimen republicano y las sanas costumbres jurídicas..."²⁷.

7. Defensa del decreto 070 por el gobierno y las fuerzas militares

La nueva causal de justificación del hecho fue defendida como "un derecho de defensa social"²⁸, locución bien equívoca y con nexos doctrinarios

Cuando el legislador se despoja paulatinamente de sus funciones y el ejecutivo se agiganta a sus costas, más de uno de los pilares del Estado de derecho se tambalea peligrosamente. Si a esto se agrega un desprestigio, real o presunto, de la rama jurisdiccional, una precaria satisfacción de sus necesidades, un desconocimiento, por parte del gobierno, de su importancia, la primera víctima y tal vez la más lamentable, es la libertad individual..." (JULIO GONZÁLEZ ZAPATA, *editorial* de la revista *Estudios de Derecho*, Facultad de Derecho U. de A., núms. 97-98, marzo-setiembre de 1980, Medellín, págs. 5 y 6).

Opinión contraria expresó el dr. FEDERICO ESTRADA VÉLEZ el 5 de diciembre de 1979, al presentar el nuevo C. P. al gobierno: "La elaboración de un Código es una tarea difícil en extremo, altamente técnica y especializada. Su entendimiento, interpretación y aplicación corresponde también, como es obvio, a los técnicos, a los expertos en la materia. La crítica, no solo aceptable sino necesaria, debe ser responsable. Los inexpertos, los que carecen de conocimientos especializados, no pueden, con justicia, criticar una obra que no pueden entender porque carecen de formación...". Y contradictoriamente terminó manifestando: "Entregamos, pues, este Código al juicio (?) de nuestros compatriotas..." (obra citada en la nota 2, pág. 70).

²⁶ "El nuevo Código de Procedimiento Penal implica un retroceso jurídico de más de un siglo. Basta con decir que el Código que deroga, consagra y respeta todos los derechos y garantías que ahora suprime y niega el nuevo ordenamiento, como el respeto por el derecho de defensa, la igualdad de las partes dentro del proceso penal, la libertad de los medios de prueba, la controversia probatoria en la etapa de instrucción, la impugnación de las providencias contra la libertad individual emanadas de la fiscalía, el control directo de las actuaciones del instructor, etc. Es decir, que jamás en la historia jurídica del país se había asestado, como ahora, tan duro golpe institucional contra el derecho de defensa y la libertad individual, garantías todas que si reconocidas en la etapa final del juzgamiento, no por ello deja de significar un gravísimo y perjudicial atentado contra los supremos intereses de la justicia, cuando esas mismas garantías se niegan a las primeras etapas del proceso."

"Por estas razones y muchísimas más otras que en su oportunidad expondremos, hemos podido concluir que el nuevo Código de Procedimiento Penal, además de violar flagrantemente varios pactos internacionales contraídos por nuestro país, sobre la obligación de reconocer y consagrar en nuestros códigos todos los derechos que ahora se le niegan al procesado y al defensor, también se viola abiertamente nuestra Constitución Nacional en sus mandatos sobre la misma materia. Y fuera de ello, el nuevo Código no respetó, en aspectos muy sustanciales, lo ordenado por la ley 6ª de 1979, sobre facultades extraordinarias para su expedición..." (Declaración del Colegio de Abogados Penalistas de Antioquia, en "El Colombiano", 12 de junio de 1981).

²⁷ GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ y otros, Salvamento de voto citado en la nota 20.

²⁸ "...rechazadas las ideas utópicas o vejatorias del correccionalismo o del moralismo, y la fórmula arbitraria y enrevesada de la defensa social, se encuentra que, tanto con respecto a la represión como en cuanto a la prohibición, la razón fundamental del hecho criminal está en la tutela jurídica o defensa del derecho... Y si se le diera al castigo humano como único fundamento la defensa, se autorizaría la represión de actos no malvados, con el pretexto de utilidad pública, y se le concedería a la autoridad social la tiranía de la arbitrariedad..."

(FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, parte general, vol. I, Bogotá, Editorial Temis, 1971, págs. 6 y 18).

poco compatibles con un Estado de derecho, demoliberal y no totalitario²⁹.

Los altos mandos militares, en la ya citada *declaración pública* del 19 de diciembre de 1977, manifestaron:

"...Estamos hondamente preocupados por la *inseguridad* reinante en el país, la cual, a pesar de los esfuerzos realizados por el gobierno dentro de los moldes jurídicos clásicos y las realizaciones efectuadas por las fuerzas militares para con- tenerla, aparece a veces con fuero desafiante, casi planificada, ante la mirada atónita de una sociedad acobardada... *Las justas, necesarias e imprescindibles actuaciones de las tropas en guardia del orden institucional...*, son frecuentemente motivo de injustos ataques de prensa y de especial actividad de abogados y de jueces... *La institución militar es una de las pocas que le quedan a la república con capacidad de asegurarle su integridad institucional y la defensa de la vida, honra y bienes a que tienen derecho todas las personas de bien...*"³⁰.

El gobierno y sus incondicionales defensores adujeron que el decreto 070 de 1978 buscaba proteger a los miembros de la fuerza pública en su lucha contra delincuentes tan peligrosos como los secuestradores, los extorsionistas y los narcotraficantes, y vencer vacilaciones suyas en cumplimiento de su deber por temor a ser injustamente detenidos y procesados por acciones ejecutadas en la lucha contra aquellos³¹.

Y como en ese entonces, igual que ahora, la nación estaba atemorizada por la frecuencia de dichos delitos³², el gobierno supo aprovechar el momento para

²⁹ "La causa de justificación conocida con el nombre de *legítima defensa del Estado o del gobierno*, ha tenido defensores vehementes entre algunos penalistas contemporáneos, especialmente en algunos filósofos nazis. En España se abrió camino en las exposiciones y comentarios de SÁNCHEZ TEJERINA. *Tal causa de justificación o de excusa es insostenible en la teoría y peligrosa en la práctica...*" (LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de derecho penal*, t. III, Bogotá, Editorial Temis, 1974, pág. 110).

³⁰ "En un Estado de derecho nadie puede quedar fuera del amparo del derecho, ni aun el delincuente" (CARLOS LOZANO Y LOZANO, *Elementos de derecho penal*, Bogotá, Editorial Temis, 1979, pág. 214).

³¹ "Se dice, para justificar la expedición del decreto 070, que numerosos agentes de la fuerza pública han sido tratados injustamente por los jueces, con ocasión de actos en que defendían la sociedad contra secuestradores y traficantes de drogas. No entendemos cómo ello ha podido pasar, ni por qué, dentro del texto vigente del art. 25 del Código Penal, no se consideró que su acto era justificado, siendo, como lo era, el más justificado de todos: la defensa social. Vistas así las cosas, no nos parece que fuera indispensable ampliar el art. 25, sino aplicarlo rectamente. En sus términos anteriores a esta reforma temporal, hecha en desarrollo del art. 121 de la Constitución, dicha norma daba suficiente protección a los agentes del Estado, militares, policías o civiles, en cuanto no se extralimitaran en sus funciones, ni trataran de encubrir hechos ajenos al sentido mismo de la legítima defensa..." (*editorial del periódico "El Espectador"*, enero 23 de 1978, pág. 2 A).

³² "En Medellín se cometieron 119 secuestros en 1981 y 126 en el Valle del Aburrá..." (*periódico "El Colombiano"*, 15 de agosto de 1982, pág. 9 B). En 1981 se cometieron en Colombia más de 10.000 homicidios. Los desaparecimientos de personas son cada día más frecuentes en todo el país. En la zona del Magdalena medio, casi a diario en los últimos meses, se encuentran cadáveres mutilados de campesinos, situación que movió al obispo y a los sacerdotes de la Diócesis de Barrancabermeja a enviar un mensaje al señor presidente, doctor Belisario Betancur, denunciando "...la situación de violencia que se ha venido desarrollando en el Magdalena medio y que ha llegado a la expresión más dolorosa para nosotros con la amenaza de muerte a dos hermanos sacerdotes por el MAS y el asesinato de un profesor y de cinco campesinos que estaban vinculados a nuestro trabajo pastoral... La existencia en la vereda de San Juan Bosco de la Verde, municipio de San Vicente de Chucurí, de un grupo de campesinos que fueron armados como banda para imponer la ley... En Puerto Berrio la desaparición de los campesinos Marco Tulio Andrade, Luis Eduardo Agudelo y Luis Mosquera; la muerte de 9 campesinos en la vereda de Caño Baúl; y el asesinato en la zona urbana de Alejandro Peña, Jairo Herrera y el concejal Jaime Nevado..." y otros graves hechos. (Véase periódico "El Colombiano", 2 de octubre de 1982, págs. 1 A y 2 A).

introducir la peligrosa nueva causal de justificación en relación con acciones preventivas o represivas de esos ilícitos, pero seguramente con la perspectiva de extenderla a otras o a todas las infracciones en ocasión propicia. Nosotros consideramos que ello se hizo al expedir el nuevo Código Penal, cuya necesidad creó y recreó el ejecutivo por largos años y mediante una bien adecuada propaganda³³.

Con criterios como los anotados se mediatiza la "defensa social" no a un proceso justo, legal y completo, acorde con "los moldes jurídicos clásicos" sino a la mera sospecha (decreto 2578 de 1976 P. C.) y a la reservada e incontralada decisión que tomen los responsables del operativo militar o policivo para prevenir o reprimir los mencionados delitos, como ocurrió en lo trágicos hechos protagonizados por miembros del F2 en el barrio "El Contador" de Bogotá el domingo 14 de abril de 1978 y al cual nos referiremos adelante.

Pero la aducida protección y el supuesto estímulo a la fuerza pública en la lucha contra tan peligrosos delincuentes no eran necesarios, pues en el Código Penal (art. 25) y en el de Justicia Penal Militar (art. 24) se consagraban causales suficientes para justificar los hechos que en justicia y en derecho merecieran ser justificados, y desde hacía ya muchos años se habían expedido otras normas reguladoras y protectoras de la normal y civilizada acción de la fuerza pública en cumplimiento de sus deberes y obligaciones constitucionales y legales, tales como el Estatuto Orgánico de la Policía Nacional (decreto 1667 de 1966), el Código Nacional de Policía (decreto 1355 de 1970), el Código Reorgánico de la Policía (decreto 2347 de 1971), el decreto orgánico de la Policía Nacional (decreto 2967 de 1977), el Código de Régimen Penitenciario (decreto 1817 de 1964), el de Régimen Disciplinario de la Policía (decreto 1835 de 1979) y el de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Militares (decreto 1776 de 1976), normas legales suficientes para impedir que los miembros de la fuerza pública llegaran a ser ligera e injustamente sindicados y para garantizarles un imparcial juzgamiento, llegado el caso³⁴.

³³ "Vivir bajo un régimen de la Doctrina de la Seguridad Nacional (DSN) equivale a vivir en medio de una angustia constante acerca de la seguridad personal y de grupo, aunque ello sea el producto de una mera manipulación de situaciones e informaciones. A partir de allí, la conclusión de que uno debe luchar para mantener su seguridad es una simple prueba geométrica. La solución política que se ofrece supone el mantenimiento de especialistas en violencia preparados para luchar por el grupo en cualquier momento..."

"El uso sistemático del asesinato, de la tortura, del desaparecimiento de personas y del arresto arbitrario por los regímenes de la DSN, son una simple forma de guerra psicológica que ellos ponen en práctica. La notoriedad y cuasi-publicidad que dichos actos aberrantes han recibido, y la campaña de rumores desatada en torno a ellos, apoyadas por las justas protestas internas y externas de los sectores afectados, contribuyen a la autopreparación del resto de la población de todo intento de demostrar oposición y críticas capaces de afectar las bases del sistema..." (JORGE TAPIA VALDÉS, artículo y revista citados en la nota 7, págs. 31 y 32).

³⁴ Decreto 1667 de 1966: "Art. 20. Los miembros de la policía emplearán los medios de coerción expresamente autorizados por la ley o los reglamentos, para asegurar el cumplimiento de la Constitución Nacional, las leyes, los decretos... y órdenes emanadas de las autoridades competentes; pero no podrán hacer uso de las armas sino cuando sea estrictamente necesario para impedir la perpetración de un delito o para reprimir una reunión tumultuaria que degenera en asonada, sedición o rebelión".

"Art. 22. Cuando alguna o algunas personas se opusieren al cumplimiento de una ley, reglamento u orden legítima, podrán ser obligadas por la fuerza a desistir de su oposición, pero sin hacer uso de instrumentos que pongan en peligro la vida, o la integridad personal, salvo que la resistencia está acompañada de agresión o violencia". (Código Nacional de Policía, edición citada en la nota 18).

La adición gubernamental del art. 25 del Código Penal de 1936 mediante el decreto 070 de 1978, jurídicamente innecesaria y políticamente peligrosa, introdujo una nueva causal de justificación del hecho que ninguna relación tiene con las otras ya tradicionales: la disposición de la ley, la orden obligatoria de autoridad competente, la defensa legítima y el estado de necesidad, cuyo alcance y límite, al menos en cuanto a las dos últimas, están claramente precisados por la jurisprudencia y la doctrina penales, nacionales e internacionales, cuasales que son suficientes y eficaces para justificar la conducta que en derecho deba justificarse y que no ponen en peligro los derechos y garantías individuales y sociales, pues no exponen a nadie a injustos ataques y sindicaciones y a la vez protegen a los asociados de los abusos del poder.

¿Por qué tan precisas y universales causas de justificación en un momento determinado resultaron no ser suficientes, junto con los decretos orgánicos citados, para asegurar el cabal, eficaz y seguro e indemne ejercicio de la función oficial de los miembros de la fuerza pública, comprometidos por deber constitucional y legal en la prevención y represión de todas las conductas ilícitas?

Quizás porque, siendo idénticas a las consagradas en el art. 24 del Código de Justicia Penal Militar, son de estirpe humanitaria y civilista, democrática y jurídica; porque son contrarias a la justificación de hechos injustificables por su atrocidad y barbaridad; porque están clara, objetiva y universalmente determinadas y delimitadas; porque pueden ser invocadas por todos los ciudadanos sin discriminaciones de ninguna clase, pues en un estado de derecho a toda persona se le reconoce a su vida, honra y bienes, y no solo a "las personas de bien..."; porque se quería consagrar una causal de justificación especial para "los miembros de la fuerza pública" en su lucha por salvaguardar el orden establecido; y, en fin, porque no resultaban adecuadas para servir a los aciagos fines que desde un principio entrevió la opinión pública en el decreto 070, mediante el cual tales causales fueron adicionadas para el efecto, *ad hoc*, con calculadas amplitud y vaguedad.

Para justificar un hecho típico con fundamento en el decreto 070 de 1978 bastaba probar la simple circunstancia objetiva de que su autor era "miembro de la fuerza pública" y que lo había realizado en "operación planeada para prevenir y reprimir los delitos de secuestro, extorsión y tráfico de estupefacien-

Decreto 522 de 1971, art. 116. "Cuando los militares intervengan en la disolución de motines, ajustarán sus procedimientos a los reglamentos respectivos. En lo posible se abstendrán de hacer uso de las armas, a menos que se trate de defenderse o defender a otros de una violencia actual e injusta contra la persona o sus bienes, o cuando no haya modo diferente de restablecer la seguridad pública" (ídem).

Constitución Nacional, art. 170. "De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar" (edición citada en la nota 11).

Decreto 1667 de 1966, art. 11. "El personal de la Policía Nacional que en ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo, cometa un delito, será juzgado de acuerdo con las normas del Código de Justicia Penal Militar y las disposiciones que lo modifiquen o adicionen". (Estatuto Orgánico de la Policía Nacional).

tes". Y así se exponían todos los bienes jurídicos reconocidos por la constitución y la ley a la acción arbitraria de la fuerza pública, a los abusos de poder, pues no era necesario demostrar, p. e., la agresión actual e injusta ni la importancia del bien amenazado.

8. Algunos graves delitos cometidos por miembros de la fuerza pública con posterioridad a la vigencia del decreto 070 de 1978, y antes del Código Penal de 1980.

8.1. Muerte de presuntos delincuentes por el F2, el 2 de febrero de 1978

"En el aparcadero perteneciente a la Zona de Carreteras de Zipaquirá del Ministerio de Obras Públicas se registró ayer en la madrugada una balacera en desarrollo de la cual cuatro miembros de una banda sorprendida cuando perpetraba un robo millonario, fueron dados de baja al presentar resistencia a los agentes del F2...³⁵.

8.2. Muerte de estudiante por miembro del F2 el 7 de marzo de 1978

"Que un agente del F2 de la policía fue el que disparó desde un vehículo sin placas, contra un grupo de estudiantes dejando como saldo la muerte del alumno de quinto año de bachillerato del Colegio Santa Librada, Juan David Álvarez Echeverry, informó hoy oficialmente la Gobernación del Valle del Cauca"³⁶.

8.3. Allanamiento y muerte de siete personas por miembros del F2, el 14 de abril de 1978: Matanza en el barrio "El Contador" de Bogotá

8.3.1. El hecho

En la madrugada del viernes 14 de abril de 1978 "un selecto grupo de agentes secretos del F2" del Departamento de Policía Bogotá (cinco oficiales: un mayor, dos capitanes y dos tenientes, un suboficial y seis agentes), allanaron la casa situada en la transversal 31 núm. 136-67 del barrio "El Contador" de Bogotá y aproximadamente media hora después abatieron a tiros a siete personas (dos mujeres y cinco hombres) que entraron allí.

8.3.2. Versión oficial de lo ocurrido: "Peligrosa banda de secuestradores diezmada por el F2 en desarrollo de espectacular operación"

Según el comandante del Departamento de Policía Bogotá y el comandante del F2 del mismo, los doce miembros de esta dependencia que participaron en esa operación "antisequestro" intimaron captura a los integrantes de la "banda de secuestradores" cuando llegaron a la residencia, la cual había sido allanada; pero estos, para evitar ser capturados, se diseminaron por las diferentes dependencias y dispararon sus armas contra los miembros de la fuerza pública, que tuvieron que responder en la misma forma en defensa de su integridad personal y su vida, iniciándose así un tiroteo que duró más de veinte minutos, "en desarrollo del cual los cinco sujetos y las dos mujeres fueron dados de baja, sin que ninguno de los representantes de la autoridad sufriera la más leve lesión.

"El F2 informó que aunque la mayoría de los hombres y las mujeres dados de baja no registran antecedentes, existen fundados motivos para sostener

³⁵ "El Espectador", febrero 3 de 1978, pág. 1 A.

³⁶ "El Espectador", marzo 9 de 1978, pág. 1 A.

que todos pertenecían a la poderosa banda de secuestradores que tiene en su poder al exdiplomático Miguel De Germán Ribón³⁷.

"La operación, la más cruenta que se haya realizado contra la delincuencia organizada en Bogotá, causó natural alarma en el tranquilo sector residencial que fue escenario de la misma y sirvió para decomisar tres automóviles y una motocicleta robados, así como una carabina, dos revólveres, una pistola y abundante munición para las mismas.

"...se supo que las armas halladas en poder de algunas de las personas que perecieron durante el trágico abaleo habían sido introducidas de contrabando al país..."³⁸.

Una de las fotos publicadas por los periódicos sobre la matanza del barrio "El Contador" mostraba a una de las mujeres muertas "empuñando un revólver" con su mano derecha, y otra a uno de los cinco hombres abatidos "empuñando una carabina San Cristóbal que al parecer alcanzó a accionar contra los agentes secretos en un esfuerzo por escapar"³⁹.

"Distintas operaciones policiales, en su mayoría de las conocidas como «anillos circulares», continúan adelantándose en Bogotá y otros sitios, en un extremo esfuerzo por rescatar a las personas que todavía siguen cautivas en poder de secuestradores. Algunos de esos operativos tienden a localizar al exdiplomático y exportador de flores Miguel de Germán Ribón, quien hasta ayer tarde no había sido rescatado. Trascendió que el F2 tiene bien encauzadas sus pesquisas y que por ello de un momento a otro podría ocurrir el rescate de algunos de los secuestrados..."⁴⁰.

8.3.3. Opinión periodística: La matanza, "política criminal". Un cronista de "El Espectador" escribió:

"Sensación de alivio y de profunda satisfacción suscitaron entre la ciudadanía las noticias relacionadas con la liberación de tres ciudadanos que se encontraban en poder de bandas de secuestradores.

"Las determinaciones en tal sentido por parte de los delincuentes, fueron atribuidas en forma directa al temor que les inspiró la acción que en la madrugada del viernes cumplió el F2 en el barrio «El Contador».

"Todo parece indicar que ello fue así, en virtud de que en ninguno de esos casos se habló de pago de rescates..."⁴¹.

8.3.4. Versión de los familiares de las víctimas: "Atroz asesinato de indefensas e inocentes personas"

Los familiares de las víctimas afirmaron, y ello fue plenamente corroborado en la investigación administrativa adelantada por la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional, que ninguna de ellas tenía que ver con delitos de secuestro, extorsión o tráfico de estupefacientes, sino que, por el contrario,

todas eran personas honestas, trabajadoras y que no acostumbraban portar armas de fuego. El esposo de la señora Mary Fanny Suárez de Guerrero, acaudalado comerciante en joyas, afirmó que esta se dedicaba a la misma lícita actividad y que era "ampliamente conocida en círculos parlamentarios, en donde contaba con varios amigos", y también aseveró que el señor Jorge Enrique Salcedo era el conductor del vehículo de su familia. Los parientes del señor Darío Cepeda informaron, además, que este había llegado a Bogotá la semana anterior a la matanza en busca de trabajo y procedente de la Costa Atlántica. Los vehículos decomisados eran de lícita procedencia.

Parientes de las personas acribilladas manifestaron a la prensa hablada y escrita que pedirían la intervención de la Procuraduría General de la Nación para que "se investigara exhaustivamente lo ocurrido", pues tenían la certeza que ellas "nada tenían que ver con actividades relacionadas con el secuestro"⁴².

8.3.5. Conclusiones de la investigación administrativa adelantada por la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional: "Los miembros del F2 se excedieron grandemente en el ejercicio de sus funciones y en el uso de su autoridad, violando así claras normas legales".

Al concluir la investigación administrativa por él adelantada, el procurador delegado para la Policía Nacional, doctor VÍCTOR J. CAMACHO MONTAÑEZ, ordenó correr pliego de cargos a los cinco oficiales, el suboficial y los seis agentes del F2 del Departamento de Policía Bogotá que participaron en la "operación" en referencia, "...al establecer una serie de puntos de excepcional gravedad, entre ellos el que *ninguna de las víctimas hizo uso de arma de fuego antes de recibir los balazos que les causaron la muerte*", hecho este que se desprendió de los resultados negativos de la prueba del guantelete de parafina.

Igualmente se desprendió de los estudios de balística que *ninguna de las armas halladas en el interior de la residencia había sido disparada recientemente*, es decir, que no fueron accionadas durante la noche de la tragedia como se informó inicialmente.

A lo anterior se sumaron los informes rendidos por los legistas en relación con la *ubicación de las heridas de bala* sufridas por las siete víctimas, *heridas que aparecieron todas con tatuajes indicativos de que los balazos les fueron hechos a muy corta distancia*.

La totalidad de las víctimas, según los legistas, recibieron los balazos en los temporales izquierdo y derecho y en el occipital y algunas en la espalda, localizaciones que hicieron llegar a la conclusión de que *en ningún momento estaban en condiciones de defenderse y menos de atacar a los agentes secretos...* "además, nada tenían que ver con la ola de secuestros ocurrida en Bogotá"⁴³.

8.3.6. Réplica de voceros del F2: "Legítima defensa en operación antisecuestro"

³⁷ "El Espectador", abril 15 de 1978, págs. 1 A y 9 A.

³⁸ "El Espectador", abril 19 de 1978, págs. 1 A y 8 A.

³⁹ "El Espectador", abril 15 de 1978, pág. 9 A.

⁴⁰ "El Espectador", abril 16 de 1978, págs. 1 A y 12 A.

⁴¹ Ídem, pág. 12 A.

⁴² Ídem, pág. 12 A.

⁴³ "El Espectador", julio 7, págs. 1 A y 8 A; julio 8, pág. 1 A y julio 10 de 1978, pág. 6 A.

En los respectivos “descargos” y en rueda de prensa celebrada pocos días después de conocerse los cargos elevados por la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional, el comandante del Departamento de Policía Bogotá y el comandante del F2 del mismo, afirmaron que las personas muertas sí habían disparado contra los miembros del F2 que participaron en la “operación anti-secuestro”, quienes respondieron en la misma forma en “...acto de legítima defensa surgido de auténtica necesidad de carácter psicológico ante una evidente visión de peligro...” y que nada irregular hubo en el reporte que sobre los resultados de la operación se rindió al juez 77 de instrucción penal militar que adelantaba la investigación por el secuestro del señor De Germán Ribón y quien se abstuvo de iniciar la investigación de los siete homicidios⁴⁴.

8.3.7. Decisión de la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional: Pedir destitución e investigación penal

Después de valorar los descargos presentados por los miembros del F2 implicados en la matanza y las pruebas aportadas al expediente en el transcurso de la investigación administrativa de los hechos del barrio “El Contador”, el procurador delegado para la Policía Nacional pidió la destitución de todos aquellos a la autoridad competente, por haberse comprobado que, además de haber actuado con violación de las normas legales que rigen las diligencias de allanamiento, se habían excedido grandemente en el ejercicio de sus funciones y en el uso de su autoridad y procedido en forma absoluta y completamente reñida con los deberes de sus cargos, siendo el principal de estos la protección de la vida, honra y bienes de los residentes en Colombia⁴⁵.

8.3.8. Decisión de la Inspección General de la Policía Nacional al concluir la “imparcial y exhaustiva” investigación penal: Cesar todo procedimiento penal contra los sindicados, pues son inocentes

Acogiendo el concepto emitido por el auditor principal de Guerra y desconociendo las serias y fundamentadas conclusiones del señor procurador dele-

⁴⁴ “El Espectador”, julio 11 de 1978, págs. 1 A y 8 A.

“El hecho se justifica: por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia «actual» e «injusta», contra la persona, su honor o sus bienes y siempre que la defensa sea «proporcionada» a la agresión (C. P., art. 25). Las palabras usadas por la ley son terminantes y no admiten equívocos. Allí están los requisitos todos de la doctrina... Ante todo se trata de una necesidad, es decir, de algo indispensable, inevitable, de algo que se requiere imperiosamente, no de un arrebato o un capricho, ni de un impulso de cólera... Defenderse no es atacar a otro. Es rechazar su agresión, tratar de impedirla, de contenerla, mientras actúa... Se requiere, pues, que se obre en el presente, dentro de la urgencia, ante el peligro, no antes ni después. Y se requiere que el acto del que amenaza sea injusto, porque si no lo fuera, si se tratara de algo que constituye el ejercicio de un derecho o de una función, no existirá la facultad de reaccionar... la defensa debe ser «proporcionada» a la agresión, porque no bastan ni la actualidad, ni la gravedad, ni la injusticia, sin la inevitabilidad del mal... Si el mal se podía evitar por medios inocentes o leves no era inevitable, y tampoco era inevitable reaccionar por medios exagerados. Es esto lo que FERRI expresa diciendo: «Imposibilidad de defender de otro modo nuestro derecho»... Privar a un hombre de la vida es acto extremadamente grave. El más grave que puede cometer otro hombre. El derecho y la moral no pueden justificarlo sino en casos realmente graves y cuando efectivamente se hallan reunidas las condiciones que lo hagan inevitable, que lo impongan como imperativo de salvación personal” (CARLOS LOZANO Y LOZANO, obra citada en la nota 30, págs. 212 y 213. Las subrayas no son del texto).

⁴⁵ “El Espectador”, mayo 7 de 1980, págs. 1 A y 12 A.

gado para la Policía Nacional, después del “detenido estudio” de las diligencias aportadas a la investigación penal de los trágicos hechos del barrio “El Contador”, el entonces inspector general de la Policía Nacional en su calidad de juez de primera instancia estimó que en el proceso aparecía plenamente comprobado que la ley no considera como delito los hechos investigados y, en consecuencia, ordenó “cesar todo procedimiento penal” en contra de los oficiales, el suboficial y los agentes del F2 sindicados⁴⁶, con fundamento en el art. 417 del Código de Justicia Penal Militar (decreto 0250 de 1958)⁴⁷.

8.3.9. Decisión del Tribunal Superior Militar al revisar por vía de consulta la citada providencia: convocar a consejo de guerra verbal

El Tribunal Superior Militar, respetable corporación a la cual corresponde “conocer de las apelaciones y consultas que se surtan en los procesos penales militares de que conozcan en primera instancia las autoridades de la justicia castrense” (num. 2° del art. 324 del C. de J. P. M.) y que en ejercicio de esta atribución muchas veces ha “enderezado entuertos” de los jueces de primera instancia, al revisar la citada providencia del inspector general de la Policía Nacional por vía de consulta, resolvió revocarla y, en su lugar, convocar consejo de guerra verbal para juzgar a los oficiales, al suboficial y a los agentes del F2 en cuyo favor se había dispuesto “cesar todo procedimiento”.

En la respectiva providencia, cuyo ponente fue el magistrado LEONEL OLIVAR BONILLA, el Tribunal Superior Militar, obrando de acuerdo con el señor fiscal sexto de la corporación, doctor ÁLVARO MORENO BULLA, consideró que el proceder de los integrantes del grupo policivo, al allanar la residencia y dar muerte a las siete víctimas indefensas entre las que se encontraban dos mujeres, de ninguna manera podía justificarse⁴⁸.

8.3.10. Veredicto de los vocales y sentencia del presidente del consejo de guerra verbal convocado para juzgar a los miembros del F2: absolución

Los once miembros del F2 del Departamento de Policía Bogotá que fueron convocados a consejo de guerra verbal por el Tribunal Superior Militar para ser juzgados por los delitos de homicidio agravado y violación de domicilio, cuatro oficiales, un suboficial y seis agentes, fueron declarados no responsables de los graves cargos por los tres vocales, veredicto que acogió el presidente del consejo quien, en consecuencia, profirió sentencia absolutoria en su favor⁴⁹.

⁴⁶ “El Espectador”, mayo 13 de 1980, pág. 1 A.

⁴⁷ “Art. 417. En cualquier estado del proceso en que aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado o investigado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, el fallador de primera instancia o el funcionario instructor, previo el concepto del ministerio público, procederá, aun de oficio, a dictar sentencia en que así se declare y ordenará cesar todo procedimiento contra el sindicado. Esta sentencia podrá ser apelada y en todo caso debe consultarse con el Tribunal Superior Militar”. (Código de Justicia Penal Militar [decreto 0250 de 1958], editado por Alfonso Cifuentes Restrepo, Editorial Universidad de Antioquia, Medellín, 1976).

⁴⁸ “El Espectador”, mayo 13 de 1980, pág. 1 A.

⁴⁹ “El Espectador”, diciembre 31 de 1980, pág. 1 A.

8.3.11. Nuevo consejo de guerra verbal y nueva sentencia absolutoria

Recordamos haber leído y escuchado a principios del año que el citado veredicto fue declarado contraevidente y la sentencia absolutoria revocada por el Tribunal Superior Militar, que ordenó convocar nuevo consejo de guerra para juzgar a los miembros del F2 absueltos, o, si no recordamos mal, al menos a los oficiales; y que en el nuevo consejo los vocales también profirieron veredicto absolutorio y su presidente dictó la correspondiente sentencia en favor de aquellos, decisión definitiva por mandato del art. 587 del C. de J. P. M. Lamentablemente no logramos verificar estas posibles decisiones, a pesar de que procuramos hacerlo.

8.3.12. Epílogo: Licencia para matar, allanar, etc.

A nadie escapa la gravedad de los hechos referidos:

En cumplimiento de una "operación planeada para reprimir los delitos de secuestro y extorsión", concretamente de los que era víctima el exdiplomático y exportador de flores Miguel Germán Ribón, "un selecto grupo de miembros de la fuerza pública", formado por un mayor, dos capitanes, dos tenientes, un suboficial y seis agentes del F2 de la Policía Nacional, en forma arbitraria allanan una residencia y posteriormente "dan de baja" a tiros a siete personas indefensas que llegaron allí, movidos por la simple sospecha de que estas integraban una peligrosa banda de secuestradores.

Poco después, al verificar que todas las personas por ellos abatidas eran honestas y que nada tenían que ver con secuestros y extorsiones, los miembros del F2 procedieron a hacer un montaje en el lugar escenario de la matanza, colocando sendas armas de fuego en la mano derecha a dos de ellas y proveedores y proyectiles a otra en su bolso, y a ensombrecer su limpio pasado judicial con falsas sindicaciones delictivas, para lo cual contaron en un principio con la irresponsable y eficaz colaboración de los medios de comunicación, buscando así hacer aparecer que habían obrado en legítima defensa de sus vidas, no obstante que ninguno de ellos sufrió lesión alguna en la "operación".

Pero más grave e inquietante es la decisión del consejo de guerra verbal que juzgó a los miembros del F2 que ejecutaron los citados hechos: absolverlos de los cargos de homicidio agravado y violación de domicilio que se les había imputado, a pesar de existir prueba de su responsabilidad penal.

Sobran los comentarios y también sobra narrar acontecimientos semejantes que a diario ocurren en nuestro país, unos conocidos y muchos que nunca llegarán a conocerse porque las víctimas son humildes obreros y campesinos, desempleados o subempleados, y, en general, gente del pueblo, sin acceso a los medios de comunicación y sin poder, para lograr, al menos, las a veces tan promocionadas y aprovechadas "rigurosas y exhaustivas investigaciones".

B) *La nuevas causales de justificación del hecho:*

El decreto 070 de 1978 revivido

1. "Art. 29. El hecho se justifica cuando se comete:
"1. En estricto cumplimiento de un deber legal.

"2) En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.

"3) En legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público..."

2. Deber constitucional de las autoridades

Por mandato el art. 16 de la Constitución Nacional, "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

De acuerdo con el título XVI de la Constitución Nacional, la fuerza pública está formada por el Ejército (art. 166) y la Policía Nacional (art. 167), pudiendo la ley establecer también "una milicia nacional", lo cual hasta la fecha no se ha hecho.

Al Ejército, y cuando hablamos de este comprendemos en él al ejército propiamente dicho, a la armada nacional y a la fuerza aérea, le señala la Constitución la función de la "defensa de la Nación", de su integridad territorial y de su soberanía.

A la Policía Nacional la Constitución y la ley le señalan la función de proteger la vida, honra y bienes de todos los habitantes del territorio nacional y de conservar el orden público (Const. Nal., art. 16, y Código Nacional de Policía, arts. 1°, 2°, 32, 34, 72, 87 y 94).

Inscrito dentro de dicha función y como su deber legal fundamental, la policía debe prevenir y reprimir todos los hechos punibles, no solo los delitos de "secuestro, extorsión y tráfico de estupefacientes" (decreto 070 de 1978), por todos los medios lícitos e idóneos al efecto y no solo mediante "operaciones planeadas" para ello (decreto 070 de 1978). Y el policía, legal y lógicamente, cumple este deber "en ejercicio de un cargo público", como empleado oficial que es⁵⁰.

Constitucionalmente los agentes de policía no son militares, estos están nitidamente separados (art. 166) de aquellos (art. 167). En razón de la naturaleza de sus funciones el ejército es una institución bélica y la policía una organización civil; los militares deben obediencia absoluta a sus superiores (Const. Nal., 21), y la obediencia de los policías es reflexiva; los soldados son obligados a incorporarse al servicio militar, no son empleados oficiales y no pueden retirarse mientras no hayan cumplido el tiempo legalmente fijado, mientras que los agentes de la policía ingresan a la institución voluntariamente, son empleados oficiales y se pueden retirar cuando quieran; los gobernadores y alcaldes

⁵⁰ Decreto 1667 de 1966, junio 30: "Por el cual se dicta el Estatuto Orgánico de la Policía Nacional: ...Art. 14. La función preventiva es la labor esencial de la policía y para cumplir esta misión el personal de la institución debe emplear su inteligencia, iniciativa y espíritu de observación y vivacidad..."

"Art. 16. Los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, deben... prevenir la comisión de delitos y contravenciones, deben iniciar la instrucción preparatoria en caso de infracciones que no hubiere sido posible evitar..."

"Art. 24. La función represiva se ejerce cuando la labor preventiva ha sido infructuosa..."

son jefes de policía en su respectivo ámbito espacial, mientras que los militares solo conocen la jerarquía superior de sus comandantes, etc. Pero en los últimos 30 años la policía se ha militarizado tanto de hecho como por disposiciones legales.

Así, p. e., de acuerdo con el inciso 1° del art. 1° del decreto 2347 de 1971, "La Policía Nacional es un *cuerpo armado* de carácter permanente, que hace parte de la fuerza pública, creada para guarda del orden interno".

El viernes 10 de setiembre del año en curso (1982) el señor ministro de Defensa compareció ante la Cámara de Representantes y rindió un informe sobre el estado de la policía, su organización y sus operaciones; al concluir este, el representante liberal John Gómez Restrepo propuso que "se desmilitarice la policía y se convierta en un cuerpo eminentemente civil" y el general Landazábal Reyes replicó que "se tratará de convertir la policía en un cuerpo de carácter civil, con labores preventivas a su cargo y a órdenes de la autoridad civil"⁵¹, reconociendo así la actual militarización de ese cuerpo armado.

Y es que, como ya lo anotamos, con gran deterioro del régimen demoliberal consagrado en la Constitución Nacional y grave peligro para los derechos y libertades que en ella se reconocen a todos los ciudadanos, en las dos últimas décadas se ha venido dando una inconstitucional confusión y usurpación de funciones entre los distintos órganos de poder, al atribuirse a la policía funciones militares, a los militares funciones policivas y a ambos funciones jurisdiccionales-penales; al gobierno funciones legislativas y a los legisladores funciones casi exclusivamente fiscalizadoras, etc. Todo ello con criterio esencialmente represivo y encaminado a alcanzar las metas "nacionales" de la seguridad y el desarrollo, aunque con detrimento de los derechos individuales y sociales, que se subordinan a aquellas, y, en consecuencia, con violación del deber fundamental que el art. 16 de la Carta impone a las autoridades de la República: proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes.

El gran maestro del derecho penal demoliberal, FRANCESCO CARRARA, después de afirmar que "el derecho es libertad" y que, en consecuencia, el derecho penal "tiene por misión refrenar las aberraciones de la autoridad social en la prohibición, en la represión y en el juicio, para que esa autoridad se mantenga en las vías de la justicia y no degeneren en tiranía", y de proclamar que "*todo exceso no es protección, sino violación del derecho; todo exceso es abuso y tiranía; y toda deficiencia es traición a la tarea impuesta a la autoridad pública de proteger el derecho*, en la que se resume la razón de ser ella y la legitimidad del gobierno que el menor número ejerce sobre el mayor número de los ciudadanos", dijo refiriéndose a la tendencia de confundir la función policiva (preventiva) con la penal (represiva):

"La función de policía no tiene nada de común con la función penal, aunque ambas las ejerza la autoridad destinada a gobernar a los pueblos. La se-

gunda inicia su actividad cuando la primera ha agotado inútilmente sus esfuerzos; su objeto es distinto, y distintos son sus límites y normas...

"Al incluir la función de policía en el derecho penal, se originó confusión en las ideas y se abrió camino a la arbitrariedad, a causa del mutuo intercambio de las respectivas normas, que no podían pasar del uno al otro campo. Entonces ocurrió que a veces la función de policía, a influjo de los principios de derecho penal, se ataba con lazos que la hacían inepta...

"En la organización de las naciones siempre se observa el fenómeno de que bajo los gobiernos despóticos la función de policía se mezcla con el derecho punitivo, y de que bajo los regímenes libres tanto aquella como este se mantienen celosamente aparte. Por lo menos racionalmente ello debe ser así. Y si ello no ocurre bajo gobiernos que se jactan de régimen libre, ello quiere decir que esa jactancia es hipocresía. Y todo el que pretenda compartir esta verdad, debe confesarla sin ambages...

"Para cohonestar esa confusión, se han tomado como pretexto, según las épocas, tres diversas ideas, que se han apoyado, ora en conceptos inmoderados acerca de la autoridad del príncipe o acerca de los derechos del Estado; ora en el predominio del fanatismo religioso; ya en un excesivo celo por la moral. Cada una de estas ideas, a su turno, ha extraviado el derecho punitivo, y, ocultando su verdadero concepto, lo ha hecho indefinido e injusto. Pero la autoridad social que quiera ejercer legítimamente los diversos poderes que le están conferidos debe ejercer cada uno de ellos según las reglas de absoluta justicia que respectivamente los rigen.

"En la autoridad que manda al cuerpo social existen una cantidad de poderes, en los cuales, más que verdaderos derechos, se configuran otros tantos deberes, que la ligan con los ciudadanos, y que, dentro de ciertos límites, le hacen obligatorio su ejercicio.

"Dicha autoridad debe proteger las transacciones privadas, para que en las relaciones patrimoniales no domine el fraude o la fuerza, sino la justicia...

"Debe también la autoridad mantener en los justos límites las relaciones que median entre gobernantes y gobernados, para que aquellos no excedan la esfera de sus atribuciones, y estos no eludan la debida obediencia..."⁵².

En providencia de fines del mes de febrero de 1980, reiterada posteriormente, el Consejo de Estado, con ponencia del consejero doctor CARLOS BETANCUR JARAMILLO, reconoció que, de hecho, las fuerzas armadas, Ejército y Policía, han establecido la pena de muerte en Colombia, por el abrumador aumento de asesinatos por parte de sus miembros, tanto uniformados como secretos. Esta alarmante realidad llevó a la citada corporación a colocar en la providencia entre comillas la expresión "agentes del orden" y a manifestar su preocupación por la forma como estos "olvidan" el art. 29 de la Constitución Nacional que proscribía la pena de muerte y el 16 que señala las obligaciones de las autoridades de la República.

⁵¹ "El Colombiano", setiembre 11 de 1982, págs. 1 A y 5 B; y setiembre 14 de 1982, pág. 3 A.

⁵² FRANCESCO CARRARA, obra citada en la nota 28, págs. 19, 20 y 21.

En la trascendental providencia del Consejo de Estado critica a la justicia penal militar, porque "con preocupante frecuencia absuelve y declara sin responsabilidad a los miembros de las fuerzas armadas que asesinan a los particulares", y sostiene que el hecho de que se desatienda la orden de "alto" no autoriza a los miembros de la fuerza pública para disparar sus armas contra el presunto fugitivo⁵³.

3. Militarización de la vida nacional

Aunque ajenas a su deber constitucional, durante los últimos 30 años de casi permanente vigencia del estado de sitio⁵⁴ y bajo el influjo de la doctrina de la "Seguridad Nacional", especialmente a partir de 1960, las fuerzas militares han ido asumiendo cantidad de funciones policivas⁵⁵, jurisdiccionales⁵⁶ y

⁵³ "El Espectador", febrero 23 de 1980, págs. 1 A y 10 A; febrero 1° de 1981, pág. 11 A; y noviembre 9 de 1981, pág. 1 A.

⁵⁴ ALFONSO REYES ECHANDÍA, artículo citado en la nota 4, págs. 37 a 42.

⁵⁵ "Considero que las fuerzas militares de Colombia... se han alejado muy seriamente de su responsabilidad primaria de prepararse para la defensa de la soberanía y de la integridad territorial. Hoy vemos un dispositivo de nuestras fuerzas militares que, prácticamente, está concebido para hacer frente a los problemas internos, pero sin ninguna previsión de un problema de orden internacional que infortunadamente no es descartable" (general [r] JOSÉ JOAQUÍN MATA LLANA, Revista *Semana*, núm. 12, julio de 1982, informe especial sobre el Ejército, pág. 42).

"...el ejército colombiano ha vivido replegado hacia el interior del país en lugar de dedicarse a su tarea principal: la defensa de las fronteras del país. Para llevar a cabo lo que hoy llamamos la contrainsurgencia, el ejército ha tenido que multiplicar las tareas de inteligencia militar. Las acciones cívico-militares (construcción de puentes, carreteras y puestos de salud), la represión contra los grupos en armas y los que los apoyan lo hacen aparecer desde afuera como una fuerza policiaca o una gendarmería de orden interno..." (PIERRE GILHODES, ídem, pág. 44).

⁵⁶ Es equivocado, peligroso y sobre todo inconstitucional "conferirles potestad para decidir sobre la libertad de las gentes a autoridades castrenses que, dentro de sus conocimientos propios, no están obligadas a saber de leyes, y cuya formación profesional las hace aptas para ordenar y para hacer obedecer inflexiblemente por subalternos suyos, funciones por cierto muy distintas de la de administrar justicia... En efecto: la misión cardinal de los primeros (comandantes de Brigada, de Fuerza Naval o de Base Aérea) es dirigir la defensa del territorio y de los mares patrios de ataques enemigos y preservar, con ese noble fin, el orden, la disciplina y la aptitud para el combate de las unidades bajo su mando. Y la función de los segundos (comandantes de Estación de Policía con grado no inferior al de capitán) es prevenir las perturbaciones del orden público, o reprimirlas por la fuerza cuando se hayan presentado, para lo cual han de mantener la disciplina de los agentes que dirigen. Como es obvio, ninguna de tales importantes tareas es propia de la rama jurisdiccional, así como tampoco es apropiado ni acorde con nuestro régimen de leyes que quienes cumplan dichas tareas dicten sentencias, es decir, sean a la vez administradores de la justicia.

"El militar manda y se hace obedecer, aun de manera compulsiva. El juez concede el derecho a quien lo tenga, de acuerdo con la ley, y sus decisiones son generalmente recurribles ante un superior. Son, pues, una y otra, actividades disímiles entre sí y de una fácil diferenciación en la vida práctica.

"La idiosincrasia del juez haría de él un mal militar. Quizás por ello también la sabiduría del poder constituyente adscribe a ramas distintas del poder a militares y a jueces..." (Salvamento de voto del magistrado de la Corte Suprema de Justicia JUAN FERNÁNDEZ SAENZ, citado por ALVARO MAZO BEDOYA en "Criminalización para la represión: Estatuto de Seguridad (decreto 1923 de 1978)", *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 4, I Semestre de 1981, Cali, págs. 127 y 128.

"De la misma manera como Colombia puede exhibir ante el mundo la imagen de un Estado de derecho democrático-liberal amparada por la existencia formal de ciertas instituciones, mientras que en la práctica rige casi permanentemente un estado de sitio con el virtual calificativo excepcional, también en los textos jurídicos formales se enseña que los jueces conforman una sola de las ramas del poder público a la que corresponde administrar justicia, lo cual parece haber sido

políticas⁵⁷; y, aunque ello implica una grave perturbación del orden institucional, la policía se ha ido militarizando y, en general, la vida nacional, con la presencia militar "en toda parte y a toda hora"⁵⁸.

El doctor GUSTAVO GALLÓN GIRALDO expresa al respecto:

"En el proceso de fortalecimiento de los aparatos represivos del Estado, en los tres últimos meses de 1965 las fuerzas armadas se ven privilegiadas con la ampliación del ámbito de su intervención, la creación de nuevas fuentes de financiación y la readecuación de su organización...

"Muy reveladora de la influencia alcanzada por los militares en el aparato del Estado es la supresión en su beneficio de la «reserva informática» por mandato del decreto legislativo 3070 del 19 de noviembre, a partir del cual todas las informaciones en posesión del Dane pueden ser solicitadas por el «Comando General de las Fuerzas Militares».

"Lo que se prepara detrás de estas medidas es la formalización de la nueva función de los militares en el régimen político. Es así como en la Nochebuena de este año el gobierno expide el «Estatuto Orgánico de la Defensa Nacional» (decreto 3398 del 24 de diciembre de 1965) que modifica las reglas de funcionamiento de las instituciones armadas y decide el cambio de nombre del «Ministerio de Guerra» por el de «Ministerio de Defensa Nacional», revelando una há-

garantía suficiente para desconocer que dicha rama se encuentra efectivamente subordinada a las dos restantes hasta en materia de presupuesto, y que la administración de justicia se realiza hoy en día por una nueva rama, no prevista como tal en la Constitución: la de las Fuerzas Armadas". (GUSTAVO GALLÓN GIRALDO, obra citada en la nota 6, pág. 144).

⁵⁷ Véase a FERNANDO LANDAZÁBAL REYES, "Una estrategia por la paz", en "El Colombiano", julio de 1982.

⁵⁸ Al concluirse su intervención ante las comisiones primeras del Senado y de la Cámara, reunidas en sesión conjunta en el Salón Boyacá del Capitolio Nacional para debatir el proyecto de amnistía para los alzados en armas, presentado por el senador y ex candidato presidencial Gerardo Molina, el miércoles 6 de octubre el general Landazábal Reyes admitió que en aquella había incursionado en el terreno político y advirtió: "Puede decirse que el ministro de Defensa está hablando de política, honorables senadores y representantes. Sí, señores, estoy hablando de política, porque en este momento soy el ministro de la Defensa y tengo en mis manos la responsabilidad de que en estos recintos se diga la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad, y como general del Ejército también tengo el coraje para decir la verdad, así porque no lesione al estamento que lesione".

El senador GILBERTO VIEIRA, secretario general del Partido Comunista, rectificó algunas manifestaciones hechas por el general Landazábal, y refiriéndose a la alusión política hecha por este, expresó: "El señor ministro ha reivindicado su derecho a hablar de política, y eso está bien. Yo nunca he podido aceptar el cuento del apoliticismo del ejército. No puede ser apolítico un ejército dedicado a hacer campañas ideológicas anticomunistas en toda forma. De manera que es mejor que hablemos francamente. Que sepamos que no hay ningún apoliticismo por parte del ejército, por lo menos de sus dirigentes, y de que estamos ante una política de combate muchos colombianos" (en "El Tiempo", "Fuerte choque verbal entre mindefensa y el partido comunista", jueves 7 de octubre de 1982, págs. 1 A y 6 A).

⁵⁸ Véase "El Colombiano", setiembre 11 de 1982, págs. 1 A y 5 B; y setiembre 14 de 1982, pág. 3 A.

Véanse decretos legislativos 2606 del 1° de octubre de 1965; 2658 del 8 de octubre de 1965; 3070 del 19 de noviembre de 1965; 3203 de diciembre 4 de 1965; y 3398 del 24 de diciembre de 1965.

Véase a FERNANDO ROJAS H., *El Estado en los ochenta: ¿Un régimen policivo?* Bogotá, Editorial Cinep, 1979.

bil utilización de las técnicas de legitimación ideológica. A partir de ese momento, este tendrá a su cargo la dirección no solo de las fuerzas militares sino también de la Policía Nacional. Esta pasa a quedar además subordinada a los comandos militares en caso de estado de sitio. Se culmina así un proceso de concentración y de jerarquización de los diversos cuerpos armados del Estado que había comenzado en 1962 cuando la Policía, hasta entonces departamental, fue nacionalizada.

"Un nuevo mecanismo de intervención controlado por las fuerzas armadas es igualmente institucionalizado: La «Defensa Civil». Existente ya de hecho en las zonas rurales de varios departamentos donde subsistían grupos armados (Tolima, Quindío, Caldas, Valle, Huila y Santander), esta «Defensa Civil» constituye un verdadero «cuerpo» paralelo a la policía y al ejército, que permite un acercamiento más fácil a la población civil por la razón de la naturaleza de las tareas que le son atribuidas: la enseñanza de técnicas de defensa individual y colectiva contra la agresión, el desarrollo de la conciencia cívica y la protección de la «comunidad» a su cargo. Se pretende así disminuir la desconfianza de la población respecto de las fuerzas armadas tradicionales y permitir un mayor conocimiento y control de las actividades de las personas (con la misma finalidad ya antes se había iniciado la «acción civicomilitar»).

"Este «Estatuto Orgánico de la Defensa Nacional» ciertamente coincide en el tiempo con una nueva forma de lucha revolucionaria que comienza a desarrollarse contra el régimen: la guerrilla... Pero no debe creerse que es la existencia de las guerrillas la que da lugar a esta reorganización de las fuerzas militares. El «estatuto orgánico» es la conclusión institucional de una modificación profunda del significado del ejército colombiano en el régimen político. Esta modificación perseguía conceder al ejército una función de primera importancia en la resolución de los conflictos internos del país, con miras a evitar la repetición de una experiencia similar a la de la revolución cubana. Este cambio, que se había iniciado desde algunos años antes, había recibido un empuje extraordinario, especialmente a partir de julio de 1962, cuando fue adoptado un plan militar (el «Plan Lazo») de control de la población rural por medio de campañas psicológicas y de acciones civicomilitares... La nueva relación de fuerzas y los nuevos mecanismos de acción formalizados por el «estatuto orgánico» habían sido concedidos, desarrollados y puestos en aplicación antes de que la guerrilla revolucionaria hiciera su aparición en Colombia"⁵⁹.

Simultáneamente, bajo el mismo influjo y como resultado de una sutil y bien encaminada propaganda ideológica oficial e institucional, en Colombia se está llevando a efecto una subversión de la escala de valores del pueblo, buscando su identificación con la de los detentadores del poder, para quienes los valores fundamentales son el «orden» y la «seguridad» y, en consecuencia, su principal deber es la defensa de estos. Esa sustitución, en la cual se sitúa a la «seguridad» por encima de la vida, honra y bienes de la persona, de la justicia, la libertad y la paz, lleva a un alto grado de conformismo y de adaptación

⁵⁹ GUSTAVO GALLÓN GIRALDO, obra citada en la nota 6, págs. 60 a 62.

al estado de anormalidad institucional, de represión y de injusticia imperantes⁶⁰.

Así, los intereses del Estado, identificado ya con la Nación, en orden a alcanzar la «seguridad nacional» y el «desarrollo», priman sobre los derechos individuales y las garantías sociales, que si es necesario son sacrificados en beneficio de aquellos, a los cuales están subordinados.

Asumiendo la nueva escala de valores, los miembros de la fuerza pública y aun muchos civiles organizados o no en grupos paramilitares que de hecho están ejerciendo funciones de aquella⁶¹, consideran que la represión es la mejor

⁶⁰ "No se concibe la Justicia sin el Derecho y no hay Derecho sin Libertad de expresión de ese Derecho" (ALBERT CAMUS).

"En esta época, cuando la crisis ética expresa sus síntomas a todos los niveles y a través de todas las instituciones, como suele generalmente aceptarse, consideramos nuestro deber indicar la tarea que consideramos prioritaria para las facultades de derecho, aunque no competa exclusivamente a ellas.

"Afirmar CAMUS que «la justicia es, a la vez, una idea y un calor del alma»... En CAMUS la justicia no es calor sino fuego del alma, torturante, obsesivo; como quiere que ese fuego incendie el espíritu de los hombres y de los pueblos. Y si esa empresa de reclamar la justicia, de pregonarla en todos los rincones de todos los tablados donde se escenifica la existencia humana la asume el artista, no debería ser tampoco ajena a los hombres que tienen en el derecho su quehacer. La justicia no es deber exclusivo del legislador; lo es fundamentalmente del juez, quien decide sobre cosas pequeñas y grandes pero sobre la vida al fin y al cabo; y no tiene menor significación para el abogado. En otro tiempo era frecuente que la vocación se definiera en función del servicio, o al menos que se manifestara como tributo a la inteligencia. Hoy esto cuenta en menor escala. Se presienten las propias aptitudes, o las propias limitaciones, y se seleccionan las profesiones como instrumento de lucro o de prestigio. La pasión por la justicia se ha ido extinguendo, y eso en la misma medida en que la palabra se repite constantemente, como máscara bella que oculta la inhumanidad de los rostros, cuando no es que el delito reclama de manera rampante la adhesión social. Nuestras facultades de derecho hacen demasiado énfasis en los ejercicios dialécticos de palabras que permitan manipular las leyes, aunque en la vida judicial la justicia permanezca escondida como hermana de la cual tenemos que avergonzarnos. Nuestros profesionales se consideran mercancías que puede pagarse bien o mal pero al servicio de cualquier causa, aunque existen de verdad causas que solo pueden defenderse dentro de ciertas limitaciones que imponen la misma justicia y la dignidad humana; y otras en cambio que tienen que defenderse únicamente con el corazón, sin aliciente de gabelas. Todo esto, todavía, significa una posibilidad de luchar por la justicia, a pesar de que el poder policivo se hace actuante, inclusive bajo la forma de tribunales. La justicia vive sus momentos más dramáticos, pero la lucha es todavía la única posibilidad de vivir.

"Si logramos que ese fuego prenda en los que están y en los que vienen, nos adentraremos en el camino de la verdad. No de la verdad formal que tanta tranquilidad y seguridad lleva a las conciencias, muchas veces a espaldas de la justicia, sino de la verdad que es justa y que solamente puede ser justa: con justicia que puede ser dolorosa pero no vengativa, que puede ser clemente pero jamás complaciente. Verdad y justicia son las preocupaciones en las cuales debemos insistir tozudamente: verdad y justicia en lugar de utilitarismo; verdad y justicia como compromiso de todas las fuerzas de la inteligencia y del corazón; verdad y justicia contra la vanidad y la prepotencia" (Revista *Estudios de Derecho*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, núm. 93, editorial, por FERNANDO MEZA MORALES, Decano, 1978).

⁶¹ "Cuando los cadáveres empiezan a aparecer en nuestras calles y carreteras, amarrados y abaleados, estamos en presencia de hechos graves que anuncian otros peores... Se habla en nuestro medio de una ominosa «operación de limpieza» y se endilga su ejecución a sectores privados, a cuerpos estatales de seguridad o a enfrentamientos entre facciones organizadas de los bajos fondos. Se sabe que ya el ejercicio de las funciones judiciales y el de la profesión de abogado, se ven entorpecidos, frustrados o imposibilitados por amenazas de muerte que, nadie duda, los sicarios están en capacidad de cumplir... Los peligros que esto encierra, ya se han hecho presentes entre nosotros.

"Las «campañas de limpieza» que se iniciaron con sospechosos de delitos comunes, seguirá quién sabe con quiénes..." (Revista *Estudios de Derecho*, núm. 96, setiembre de 1979, editorial, noviembre de 1980, págs. 253 y 254, Medellín).

manera de cumplir con el deber de conservar el orden público y la seguridad interior, de prevenir las infracciones penales (deber impuesto a la policía por la Constitución Nacional pero que el ejército ha asumido en gran parte, pues con dicha escala también les ha sido transmitida la "ideología de la situación bélica previa" y en especial la vaga e imprecisa concepción del "enemigo interior" ("subversivo"), que debe ser eliminado y que puede estar detrás de todo movimiento obrero o campesino o de toda justa protesta popular, o en la cabeza de un pensador de izquierda y hasta de los intelectuales demoliberales fieles a sus principios⁶².

"Nacieron en el Brasil y después se regaron como pólvora. En Colombia rápidamente se hicieron tristemente famosos, en Medellín más que en otras ciudades. Nos referimos a los llamados «escuadrones de la muerte». Hace cerca de dos años su virulencia fue de tal magnitud que el propio gobernador de entonces, Álvaro Villegas Moreno, solicitó a la Procuraduría una «rigurosa investigación», la misma que arrojó positivos y parciales resultados, como cosa curiosa y extraña entre nosotros. Varios de los tenebrosos criminales que habían decidido «hacer justicia» por sus propias manos estaban incrustados en organismos de seguridad del Estado...

"Cuando la sociedad se estaba reponiendo de este terrible e implacable flagelo, surgieron nuevas «organizaciones» de tipo paramilitar, con objetivos y propósitos siniestros como el «Mas» («Muerte a secuestradores»). Fondos multimillonarios provenientes al parecer del narcotráfico y del contrabando y poderosos recursos bélicos se pusieron a su servicio y están acabando con la vida de decenas de personas de todas las condiciones sociales y económicas. Es así como cada semana aparecen en diversos lugares de la geografía nacional cuerpos mutilados y salvajemente destrozados por la acción del «Mas»...

"Complementariamente con las atrocidades del «Mas» preocupa también que al amparo de este y a su cobarde sombra se estén cometiendo otros tantos delitos, los mismos que permanecen impunes. Ya no solo son delincuentes los que caen sin piedad bajo sus sangrientas garras sino profesores y catedráticos, líderes sindicales, escritores y artistas. Total, nadie está libre: la espada miserable de estos nuevos y misteriosos asesinos pende sobre la comunidad toda. Es el imperio de la ley de la selva...". (Periódico "El Mundo", editorial "El «Mas» y la justicia", miércoles 25 de agosto de 1982, pág. 2 A, Medellín).

⁶² "Retenida la conocida escultora colombiana FELISA BURSZTYN en Bogotá; y allanada la casa del maestro LUIS VIDALES a las 5 y 45 minutos de la mañana, por miembros del servicio de inteligencia de la Brigada de Institutos Militares y de la Policía Militar, respectivamente". ("El Espectador", julio 25 de 1981, págs. 1 A y 11 A).

"Secuestrados en Medellín otros 2 líderes sindicales por presuntos agentes del B-2" ("El Espectador", enero 20 de 1982, págs. 1 A y 7 A).

"El cadáver de un líder sindical y presunto miembro del M-19 fue hallado ayer en el corregimiento de La Candelaria, jurisdicción de Cali... El cadáver presentaba desfiguraciones en el rostro, posiblemente causadas con ácido sulfúrico... José Antonio Londoño Cuartas desarrollaba su labor sindicalista en la central hidroeléctrica de Anchicayá (Valle)". ("El Colombiano", 15 de agosto de 1982, pág. 9 B).

"Asesinado el penalista Cipagauta Galvis" ("El Espectador", marzo 10 de 1982, págs. 1 A y 9 A).

"Desde mayo y junio del año en curso se encuentran desaparecidos los estudiantes de la Universidad de Antioquia Gustavo Muñoz y Gustavo Saldarriaga, quienes fueron retenidos

En relación con lo expuesto sobre la presencia de la doctrina de la seguridad nacional en Colombia, veamos algunas significativas coincidencias de pensamiento:

El general JAIME SARMIENTO, en editorial de la *Revista de las Fuerzas Armadas*, escribía:

"Seguimos convencidos de que la *seguridad y el desarrollo están permanente y estrechamente unidos*. Sin seguridad no hay desarrollo y sin desarrollo no hay seguridad, porque la falta de desarrollo produce inseguridad. Desde esta perspectiva, *el desarrollo implica bienestar y el bienestar seguridad*. La seguridad implica desarrollo cuando se entiende como transformación radical de las relaciones sociales, políticas y económicas.

"Si nuestro pueblo formara conciencia de que la *seguridad nacional ya no es una función privativa o exclusiva de las fuerzas armadas*, sino que es una responsabilidad del gobierno en su conjunto, a la vez que se constituye en fuente de obligaciones permanentes, tanto para gobernantes como para gobernados, *tendríamos su colaboración decidida y consciente en todo lo que incrementa la seguridad colectiva y rechazaría pronta y automáticamente las sugerencias de inconformidad y desorden impartidas por los subversivos, por considerarlas atentatorias contra sus propios intereses*"⁶³. (Subrayamos).

En la motivación del decreto legislativo 1009 de 1975, que modificó la ley 12.927 sobre seguridad del Estado e introdujo como causal de exención de pena la delación⁶⁴, la Junta Militar que gobierna a Chile desde el derrocamiento y asesinato del presidente constitucional dr. SALVADOR ALLENDE, sostuvo:

"...todo cuanto atañe a la *seguridad nacional* es de vital importancia para el país, ya que de ella depende la estabilidad del Estado y de sus instituciones y es, además, *condición indispensable para la protección de los valores y bienes jurídicos del hombre y de la sociedad, como así mismo para el desarrollo económico y social de la nación*"⁶⁵. (Subrayamos).

Y el general ROBERT MAC NAMARA, cuando actuó como secretario de Estado de los Estados Unidos de Norte América, en alguna oportunidad proclamó que "*la seguridad es antes que nada desarrollo y sin este no puede haber seguridad*".

por militares". (Carta abierta de los estudiantes que se tomaron la Catedral Basílica al señor presidente, al gobernador y al comandante de la IV Brigada, Medellín, setiembre de 1982).

⁶³ *Revista de las Fuerzas Armadas*, vol. XXXII, núm. 9.

⁶⁴ "En tiempos de Tiberio proliferó en Roma la profesión de delator y desde entonces en todos los regímenes en que imperó el terror, y el terror aunque sea ley jamás podrá constituir un derecho justo. Los delatores y las policías secretas son los pilares sobre los que se asienta un Estado totalitario, pero no un Estado de derecho. Traición y seguridad del Estado son términos correlativos en este tipo de sistemas..." (JUAN BUSTOS RAMÍREZ, "Estado de Derecho y Justicia Criminal en Chile (1973-1979)", revista *Nuevo Foro Penal*, núm. 9, abril, mayo y junio de 1980, pág. 16).

⁶⁵ Artículo y revista citados en la nota anterior, pág. 16.

Por su parte el entonces presidente dr. JULIO CÉSAR TURBAY AYALA, en discurso sobre "El papel de las fuerzas armadas en el Estado democrático", pronunciado en la Escuela Superior de Guerra en el mes de diciembre de 1981, expresó:

"No es, entonces, el *ejército*, como no lo es ninguno de los otros cuerpos armados, un conjunto excepcional separado de la Nación y superior a ella. Es, simplemente, una forma de las muchas a través de las cuales la Nación se hace presentar para cumplir el encargo de garantizar la vigencia de la Constitución y las leyes..."⁶⁶.

En afortunada síntesis de la doctrina de la "seguridad nacional" publicada en "La Balanza", periódico estudiantil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia, se lee:

"El Estado de la Seguridad Nacional pasa a ser la encarnación misma de la Nación y del alma nacional, por encima de todos los intereses conflictivos y partidistas... toca a ese Estado, identificado ahora con la Nación, crear el derecho, la moralidad, la política, la justicia... El Estado, a través de todos los mecanismos con que cuenta, está en el deber de controlar todas las franjas de la actividad humana, al igual que todas las instituciones de la sociedad... Si el Estado es encarnación viva de la Nación, las fuerzas armadas son la expresión suprema del Estado... de allí que todo ataque contra ellas es un ataque contra la Nación misma... Para los países subdesarrollados, en la actual coyuntura, es más importante acentuar la tarea de la seguridad que la del desarrollo, pues este solo será posible en la medida en que se logre la primera..."⁶⁷ (subrayas nuestras).

En la instalación del "Segundo Foro por los Derechos Humanos", el 16 de agosto de 1980, el político conservador y excanciller de la República doctor ALFREDO VÁSQUEZ CARRIZOSA, alertó sobre los procesos de militarización de la vida nacional y de politización de las fuerzas armadas que se estaban dando en nuestro país, reflejo de "la extraña teoría del «vacío de poder» que expuso recientemente el ministro de defensa general Luis Carlos Camacho Leyva para justificar el ascenso de los militares al gobierno en una situación determinada, asombrosa hipótesis extraída de las doctrinas de la seguridad nacional en virtud de las cuales las fuerzas armadas se atribuyen una misión política y aspiran al manejo de los instrumentos de publicidad..."⁶⁸.

Ante el mismo Foro, el parlamentario liberal dr. APOLINAR DÍAZ CALLEJAS presentó una ponencia denominada "Crisis Institucional y Doctrina de la Seguridad Nacional en Colombia", según la cual "Manteniéndose aparentemente inalteradas las formas legales y en especial los postulados de la representación y el sufragio, se ha venido configurando progresivamente en nuestro país un régimen político en el que el principio de la separación y colaboración

armónica de los poderes públicos ha sido reemplazado por el de la supremacía indiscutible del gobierno sobre el Congreso y sobre la rama jurisdiccional; a su turno, dentro del gobierno ha ido adquiriendo cada vez mayor importancia y capacidad de decisión el estamento militar, borrándose así la teórica subordinación de las fuerzas armadas a las autoridades civiles..."⁶⁹.

Como evidencias del proceso de instauración en Colombia de la doctrina de la "democracia restringida", en la citada ponencia se señalan "la vigencia del estado de sitio permanente"⁷⁰, la militarización de la justicia, la censura a los medios de comunicación, la intervención y ocupación militar en las universidades públicas, la sujeción de la administración de justicia al ejecutivo mediante la institucionalización indefinida de la paridad política liberal-conservadora en la composición de sus jerarquías superiores, la vigencia del Estatuto de Seguridad, la suspensión de la carrera administrativa, la abrogación de los derechos y garantías sociales y los abusos y arbitrariedades a que ha dado lugar la aplicación masiva e indiscriminada del art. 28 de la Carta fundamental".

Además, en dicho documento se expresa que en el campo de la economía "En nuestro país, al igual que en las naciones latinoamericanas sometidas a dictaduras militares, detrás del autoritarismo y el militarismo se halla el modelo neoliberal de la llamada «Escuela de Chicago», que al dejar la marcha de la economía liberada al juego de las fuerzas del mercado, controladas por los monopolios nacionales en franca alianza con las empresas multinacionales, conduce al deterioro creciente de los niveles de vida de las clases trabajadoras y de las mayorías nacionales. En estas condiciones, dicho modelo para lograr cabal operancia y alcanzar el desarrollo, requiere del control policivo de la sociedad, a fin de contener la protesta ciudadana, apenas natural ante la degradación sistemática de sus condiciones de existencia". Y se concluye que "el proyecto político de la doctrina de la seguridad nacional se encuentra en marcha en Colombia y no se limita a simples propósitos o enunciados verbales de los altos mandos militares y de los sectores civiles favorables a dicho proyecto"⁷¹.

Y en informe especial sobre el ejército, publicado por la revista "Semana", se dice:

"Cada ministro de Defensa ha dejado huella de su propio carácter. Al lado del general discreto Abraham Barón Valencia, que no hizo nunca alardes de autoritarismo castrense, el general Camacho Leyva, su sucesor, dejó a lo largo de su beligerante cuatrienio la huella de un Pánzer. El país comprendió, un mes después de iniciado el actual gobierno, que el drástico Estatuto de Seguridad

⁶⁶ Revista *Consigna*, núm. 149, noviembre 15 de 1979.

⁶⁷ Periódico "La Balanza" "Entrevista con el generalísimo Jorge Augusto Pinoriola", agosto 16 de 1980, pág. 1 A.

⁶⁸ "Politización de las Fuerzas Armadas denuncia Vásquez", en "El Espectador", agosto 16 de 1980, pág. 1 A.

⁶⁹ Periódico e información citada en la nota anterior, pág. 5 A.

⁷⁰ Hasta en el Brasil el "estado de sitio" está sometido a plazo. Por mandato del art. 7° del "Acto Institucional" núm. 5° de diciembre 13 de 1968, expedido por el entonces "Presidente" A. Costa E. Silva, "oído el Consejo de Seguridad Nacional", "El presidente de la República, en cualquiera de los casos previstos en la Constitución, podrá decretar el estado de sitio y prorrogarlo fijando el respectivo plazo" (*Diario Oficial da União*, 13, XII, de 1968).

⁷¹ "El Espectador", información citada en la nota 67, pág. 5 A.

era como un traje de férreas disposiciones cortado a su medida, *destinado a lograr un efecto psicológico de choque sobre amplias zonas de la opinión traumatizadas por la inseguridad*. Apoyándose en este instrumento legal y en la rudeza verbal de un ministro que parecía invitar sin demasiadas trabas a hacer uso de él, oficiales de menor rango desencadenaron operativos de gran envergadura, sin excesivos miramientos, en los que en busca de un presunto terrorista, centenares de personas sin implicación con hechos subversivos eran sacadas de sus camas al amanecer y llevadas a los cuarteles...

“¿La llegada del general Landazábal Reyes significa un viraje con respecto al manejo de los problemas de orden público realizado por Camacho Leyva? Indagaciones realizadas parecen indicar que las diferencias son de forma y no de fondo. En realidad, pese a tantas especulaciones sobre supuestas tendencias encontradas dentro de la institución armada, *el ejército es monolítico. Su estrategia en torno al problema insurreccional reposa en dos principios: seguridad y desarrollo*. De nada sirve lo uno sin lo otro... Sobre esta base, la estrategia de lucha antisubversiva, como usualmente se le designa, requiere atender por igual los dos frentes: el militar y el social. El primero combate los efectos; el segundo busca erradicar las causas.

“A partir de esta certeza común, *las diferencias que a veces los civiles parecen percibir entre representantes de los altos mandos militares son apenas de carácter táctico. Mientras Camacho Leyva pone todo el énfasis en el aspecto exclusivamente militar o coercitivo, dejando en manos del poder civil el otro frente, pareciera que Landazábal Reyes considera esencial una acción conjunta en los dos frentes, sin inhibirse de señalar, exponer y presionar a la autoridad civil para actuar sobre las causas socioeconómicas*.

“*Se trata de diferencias adjetivas, pues hay un punto, quizás ignorado por muchos políticos liberales, conservadores y de izquierda cuyas esperanzas de paz giran en torno a la amnistía, en que todos los matices del ejército confluyen: hay un estado de guerra que no admite tregua*”⁷² (subrayas nuestras).

En el mes de julio del año en curso, cuando aún ocupaba el cargo de comandante del ejército, el general FERNANDO LANDAZÁBAL REYES publicó en la revista “Arco” un artículo titulado “Una estrategia por la paz”, que fue ampliamente divulgado por la prensa hablada y escrita, en el cual propone a la nación y al gobierno la iniciación de un plan estratégico para la paz que debe abarcar, como mínimo, los siguientes campos: La agricultura, la vivienda, la seguridad social, el desarrollo industrial, la educación y el militar. Dicho “plan global nacional antisubversivo”, como también lo denominó, lo sustentó así:

“...el afrontamiento de situaciones bélicas irregulares debilita la nación, día a día, con la presencia del desorden, la violencia, la inseguridad, con su natural corolario del *desgaste de la autoridad y el desprestigio del poder*, sin que se modifique el ambiente revolucionario o se detenga la subversión como un todo; se hace necesario buscar una salida definitiva hacia el restablecimiento de la paz, con acciones de diverso orden, regentadas por el poder político de la

nación, simultáneas en el campo interno y externo, que erradiquen las causas del conflicto y señalen la firme voluntad del sector regente de los destinos de la sociedad, para su adecuado tratamiento, colocando toda la nación a la altura del momento que vive, reconociendo la amenaza, haciendo frente con los instrumentos apropiados, con los sistemas adecuados, con los medios más eficaces, para llegar a la meta de la convivencia antes de que se acerque la situación a un punto que haga demasiado tarde y demasiado costoso el precio de la paz. Así como es un requisito indispensable para hacer la guerra, llevar la voluntad nacional al campo de sus realidades, haciendo que las gentes se convenzan que no hay alternativa distinta para sobrevivir que afrontar sus males y peligros... así también en *este tipo de guerra subversiva se hace necesario que en un determinado momento el poder político pueda formular un plan para guiar la voluntad de la nación hacia el objetivo de la normalidad, haciendo a su turno grandes inversiones en beneficio de la paz como en otras ocasiones se hacen en beneficio de la guerra, buscando con ello estimular y despertar a la nación entera para que esta esté en capacidad de aceptar y aplicar una estrategia global*...

“De nada valdría la formulación de este plan si no estuviera precedido de la acción psicológica necesaria para convencer y comprometer a todos los estamentos de la nación, de la bondad de su aplicación y de la necesidad de su vigencia con base en la participación total de hombres y organismos, para lanzar el impulso de la voluntad nacional hacia los fines y propósitos del plan...”⁷³ (subrayas nuestras).

Ya actuando como ministro de Defensa Nacional del gobierno presidido por el doctor BELISARIO BETANCUR CUARTAS, a finales del mes de agosto el general LANDAZÁBAL REYES difundió un documento sobre las nuevas políticas que orientarán la acción de las fuerzas armadas, en el cual se concretan los pasos de renovación y de varios frentes de acción que adelantarán los distintos cuerpos armados. Sobre el citado documento escribió el editorialista del periódico “El Colombiano”:

“Compenetrados hondamente con los ideales de paz que animan al actual gobierno, *los altos mandos militares se proponen orientar la acción de las fuerzas armadas a respaldar esos propósitos y contribuir, con animosa participación, a la política de desarrollo que el presidente impulsa, como paso fundamental hacia la meta de una total pacificación del país*.

“Por ello, *como definición primordial de la nueva política*, el Ministerio de Defensa y el alto mando militar *declaran que, ante los propósitos del gobierno y las necesidades de la nación colombiana, «las fuerzas armadas deben prepararse en el menor tiempo posible para poner parte de sus medios y personal al servicio del desarrollo del país y para llevar, en forma prioritaria, el beneficio de su acción a las zonas que han sido afectadas por la violencia y a los más apartados y deprimidos territorios nacionales»*.

⁷² Revista e informe citados en la nota 55, págs. 31, 33 y 34.

⁷³ “El Colombiano”, julio de 1982.

"En desarrollo de esta política, se proponen iniciativas prácticas de gran interés, entre otras, la creación de unidades de ingenieros⁷⁴ que en las áreas de colonización y territorios fronterizos, construyan vías de penetración, levanten puentes, ayuden a la dotación de servicios públicos y asesoren a los agricultores en la recta explotación de los recursos naturales. Serán, con otras unidades del ejército, verdaderos «comandos de desarrollo» para promover en las zonas marginadas un activo despertar del espíritu cívico y de la solidaridad comunitaria.

"Merece destacarse, especialmente, la iniciativa propuesta por el general Landazábal Reyes, de crear cuanto antes la Base Naval del Pacífico y la Base Área del Vichada, como polos de desarrollo para esas hasta ahora olvidadas zonas territoriales del país. Constituyen, en efecto, tales regiones el más promisorio potencial de bienes naturales que el país debe aprovechar con miras a un mejor integrado desarrollo de la nación.

"De igual modo, vale señalar también la consigna formulada en el documento militar, cuando anuncia que «las fuerzas armadas asumirán en todos los territorios de su jurisdicción, el adelanto de las campañas cívicas, tendientes a mantener en la niñez, en la juventud y en el pueblo en general, el respeto por las insignias patrias, despertar el patriotismo de las gentes y llevar a la conciencia de los ciudadanos el orgullo de pertenecer a la nación colombiana»..."⁷⁵ (subrayas nuestras).

Los primeros pasos para la renovación y reorganización de los cuerpos que integran las fuerzas armadas, tendientes a adecuarlos a la "nueva política" que orientará su acción, los dio el ministro de Defensa al manifestar a los comandantes de las fuerzas militares, de la policía y de todas las guarniciones del país que *"Si se requiere el aumento de los servicios de inteligencia de las fuerzas militares y de policía, los señores comandantes quedan autorizados para llevar a estos organismos la mayor cantidad de personal posible a fin de cumplir no solo los deseos del señor presidente de la República sino el deber moral y patriótico de las fuerzas militares y de la policía nacional de llevar ante las autoridades judiciales competentes a quienes están creando el pánico y el desconcierto en el ámbito social de la nación (organismos clandestinos llamados así paramilitares, grupos terroristas y anárquicos menores dedicados a la comisión de toda clase de delitos, organizaciones subversivas rurales y urbanas), pues se hace indispensable tomar todas las medidas que sean del caso para evitar que los crímenes a que hago referencia puedan repetirse como demostración de la incapacidad de los servicios de inteligencia del Estado para esclarecerlos, con lo cual no solo se desprestigian las instituciones sino que se crea una imagen distorsionada del gobierno que regenta los destinos del país", y, así mismo, al ordenar la suspensión del reclutamiento del personal para prestar*

⁷⁴ Mediante el decreto 2658 del 8 de octubre de 1965 se autorizó al entonces Ministerio de Guerra para intervenir como contratista en la construcción de obras públicas y ejecutarlas con su "Unidad de ingenieros militares".

⁷⁵ "El Colombiano", editorial "Nuevas Políticas Militares", setiembre 2 de 1982, pág. 3 A.

el servicio militar en la Policía Nacional, invocando las negativas conclusiones de un estudio sobre la conveniencia de aquel⁷⁶ (subrayas nuestras).

En editorial del periódico "El Colombiano" se comentó la segunda de las citadas decisiones del general Landazábal Reyes en los siguientes términos:

"Con miras a la necesaria delimitación de estructuras y funciones del ejército y de la policía, el gobierno adelanta ahora convenientes reformas en ambos organismos y estudia también importantes iniciativas de mejoramiento tanto en las fuerzas armadas como en los organismos de la Policía Nacional...

"Una de las determinaciones iniciales de este propósito es la que acaba de dictarse sobre la supresión del reclutamiento para el servicio militar en los cuerpos de la Policía Nacional...

...La generalizada ambigüedad de funciones entre el ejército y la policía ha generado inquietudes y quejas y distorsionado, en el común criterio de los ciudadanos, el concepto de las muy diferentes misiones que a cada uno de los dos organismos competen y ha contribuido a desfigurar perjudicialmente en el pueblo la imagen de estas dignas instituciones del Estado.

"Como reiteradamente lo ha planteado el general Landazábal, es tiempo ya de que en Colombia se delimiten claramente los perfiles, objetivos y campos de acción de las dos instituciones y de que a cada una de ellas se les deparen las condiciones necesarias para estimularlas en su dignificación y eficiencia profesional. Que el ejército colombiano continúe en su altísima misión de guardian de la soberanía nacional y defensor de las instituciones, mientras los cuerpos de policía recobran su auténtica fisonomía de organismo civil para la protección de los derechos ciudadanos"⁷⁷ (subrayas nuestras).

Al concluir las citas de hechos y comentarios que ponen de presente la militarización de la vida nacional, reiteramos que por la instrucción y formación que reciben, los miembros de la fuerza pública normalmente tienen una escala axiológica distinta a la de los civiles, a la que atacan y procuran destruir, y, en consecuencia, tienen también un distinto concepto del deber, ya que consideran como primordial el de salvaguardar las instituciones y el orden, aunque estos sean injustos, y la seguridad, aunque solo sea de la minoría que detenta el poder, y olvidan la invitación que el Libertador hizo a todos los colombianos y en especial a los militares: "Haced triunfar la justicia y triunfará la libertad". Por ello su celo en el cumplimiento de ese deber no los libra de incurrir en excesos contra los derechos y libertades individuales y sociales sino que, por el contrario, frecuentemente los lleva a cometerlos, por subestimar estos derechos y libertades y los valores que representan.

Por todo ello el pueblo ha perdido la confianza en los miembros de la fuerza pública, ejército y policía, y con frecuencia siente temor ante su presencia, pues muchas veces ha sido víctima del incumplimiento de su deber constitucional de "proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes".

⁷⁶ Orden Institucional N° 5.009 del Mindefensa, periódico "El Mundo", agosto 25 de 1982.

⁷⁷ "El Colombiano", editorial "Reestructuración en la Policía", setiembre 14 de 1982, pág. 3 A.

En editorial de la revista "Estudios de Derecho", órgano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la U. de A., se sostuvo en el mes de noviembre de 1980:

"Sea como fuere, las patrullas militares transitando por la ciudad, los retenes que solo realizan un control parcial y defectuoso, la persecución de cierta clase de vehículos automotores y el aumento de la fuerza disponible no son soluciones para la situación de nuestra sociedad, y menos puede ser el que se acuda a una nueva ampliación de las competencias asignadas a las cortes marciales... Estas medidas no impiden las nuevas muertes, aumentan el desconcierto y el temor de las gentes... sin remediar ninguna de las causas que ocasionan la violencia y las muertes cotidianas... La historia de la llamada «época de la violencia en Colombia», nos enseñó que las medidas solamente represivas, avivan los conflictos y dan lugar a que las vías legales se excepcionen repetidamente y se olviden o se conviertan en rey de burlas"⁷⁸.

4. Amplitud, vaguedad e inutilidad de las nuevas causales de justificación

Cuando en un Estado de derecho se justifica una acción típica, es decir, que corresponde a una prohibición general, ello obedece a las especiales, concretas y precisas circunstancias en que aquella se realizó, circunstancias acordes con los principios éticos y los valores de la comunidad y en las cuales, en consecuencia, cualquier persona la ejecutoria, y no a motivos personales, subjetivos e ilimitados, de su autor, dependientes de sus propias concepciones y valores.

Con este criterio el legislador de 1936 en la ley 95 del 24 de abril "sobre Código Penal", y concretamente en su art. 25, consagró como causales de justificación del hecho "el cumplimiento de la ley o de orden obligatoria, la legítima defensa y el estado de necesidad", causales que justificaban todas, o, al menos, la mayoría de las conductas que en derecho y en equidad merecían ser justificadas. Y para las conductas que no quedaban comprendidas en dichas causales, según su adecuada interpretación jurídica, pero que en justicia y equidad, por corresponder a los principios éticosociales, merecían ser justificadas, la doctrina y la jurisprudencia nacionales y extranjeras a través de largos años habían elaborado las llamadas causales de justificación "especiales", "supra-legales" o "constitucionales", como la "no exigibilidad de otra conducta".

Las anteriores causales de justificación del hecho, tradicionales y universales, están consagradas en "tipos cerrados", se definen objetivamente, y han sido desarrolladas y consolidadas por la doctrina y la jurisprudencia; mientras que las nuevas ("estricto cumplimiento de un deber legal" y "legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público"), ajenas a nuestra tradición doctrinal y jurisprudencial, están previstas en "tipos abiertos" bajo la operancia de tipos claramente delimitados y objetivos, pero en los cuales priman realmente vagos e imprecisos elementos subjetivos que el juez debe precisar con personales valoraciones y recurriendo a otras fuentes legales,

⁷⁸ Revista *Estudios de Derecho*, Facultad de Derecho U. de A., núm. 96, editorial, setiembre de 1979, Medellín, pág. 225.

y que, en consecuencia, son susceptibles de largas polémicas y de arbitrarias o políticas interpretaciones y aplicaciones⁷⁹.

Las nuevas causales de justificación del hecho, cuya amplitud y vaguedad hacen difícil determinar su específico y justo campo de aplicación y posibilitan una flexibilidad de interpretación rayana en la arbitrariedad, resultan ser tautológicas e innecesarias, porque, p. e., el "ejercicio de un derecho" no es más que el género de la "legítima defensa", del "ejercicio de un cargo", etc., así como "el cumplimiento de un deber legal" es el género de la "obediencia debida" y, además, solo puede provenir de "disposiciones de la ley" o de "orden legítimo de autoridad" que necesariamente debe actuar en "ejercicio de un cargo público"; y, más aún, resultan políticamente peligrosas, en consideración a nuestra realidad sociopolítica, de la cual hacen parte los graves abusos de poder referidos a lo largo de este ensayo, y porque con la consagración de solo dos de ellas ("el cumplimiento de un deber legal" y "el ejercicio de un cargo público"), sería suficiente para que resultara difícil encontrar acción de empleado público y, en especial, de miembro de la fuerza pública, que no pudiera llegar a justificarse o, al menos, atenuarse.

El ponente del capítulo "De la justificación del hecho", magistrado de la Corte Suprema de Justicia, LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, en diversas oportu-

⁷⁹ "La historia, más o menos reciente, recuerda cómo en los países de alta cultura política, social y jurídica como Alemania, por razones bien conocidas de todos, durante el régimen del nacionalsocialismo, se derogó el principio de la estricta legalidad consagrado en la Carta, para poder tomar medidas de exquisito sabor político, reemplazando el criterio de la legalidad por el de la consulta a «los principios fundamentales del derecho penal», o con los relativos a «el sano sentimiento del pueblo». De este modo, se sabe cuáles y de qué magnitud fueron las consecuencias de las medidas tomadas por el régimen de tal país en esa época oscura para las libertades.

"Debe considerarse entonces que la exigencia del principio de la estricta legalidad no tiene apenas un alcance meramente dogmático que se reduzca a la estructura y claridad de la definición legal de los delitos y de las penas, sino fundamentalmente, un alcance de naturaleza política, porque es a través de las modificaciones a la ley penal como se logran los mayores atropellos contra los intereses y derechos vinculados a la persona humana.

"Por ello se afirma, con fundada razón, que en los tiempos modernos se ha dado a tal principio una nueva función que no se reduce simplemente y como se entendía antes, a que el hecho delictivo esté definido en la ley, sino también y fundamentalmente, a prohibir la incriminación (o desincriminación) de conductas que se hacen en forma vaga e indeterminada, que no permiten saber en forma exacta y precisa, cuál es en definitiva la conducta incriminada (o desincriminada)... La sola existencia de la ley previa no basta, esta ley debe reunir ciertos caracteres; debe ser concretamente definidora de una acción, debe trazar una figura cerrada en sí misma, por medio de la cual se conozca no solamente cuál es la comprendida sino cuál es la no comprendida...

"Ese principio de estricta legalidad consagrado en la Carta, y que encuentra desarrollo en el de tipicidad en el Código Penal, puede ser violado, enseña SOLER, de dos maneras: o dejándose intencionalmente abierta una figura de delito (o de no delito), creándose un tipo en sí mismo análogo, o haciéndose una ley que no tome como base un verdadero tipo de acción...

"Indudablemente el precepto debe tener un cierto grado de «abstractividad» tal que permita la adaptación de la variedad, no previsible *a priori*, de los casos concretos; pero «abstractividad» no quiere decir generalidad e indeterminación. La «abstractividad» es racional, la generalidad e indeterminación son irracionales y derivan, generalmente, de instituciones meramente emotivas, de donde inevitablemente descende, querida o no querida la arbitrariedad" (JESÚS BERNAL PINZÓN, salvamento de voto sobre la sentencia en que la Corte Suprema de Justicia declaró exequible, en gran parte, el decreto 1923 de 1978 [Estatuto de Seguridad Nacional], Revista *Estudios de Derecho*, núm. 96).

nidades reconoció públicamente que el correspondiente articulado del proyecto de nuevo Código Penal era de *tendencia amplificadora* y que el ámbito de las causales “se extiende extraordinariamente”, pues “*hemos querido que las causas de justificación vayan más allá del ámbito que actualmente les tiene señalado la ley* y que abarquen una mayor cantidad de casos, de situaciones, y que al mismo tiempo le dé al intérprete una mayor flexibilidad...” y explicaba:

“Por ello el proyecto de Código Penal no solamente consagra las causales de justificación actualmente legisladas, sino que también hace una división de la primera de esas causales, la disposición de la ley, para presentarla bajo diversos aspectos, pues nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia poco se han preocupado de aquella. Podríamos afirmar que se trata de una causal de justificación prácticamente ignorada, no se le ha dado el desarrollo que tiene, no se la lleva a las consecuencias que se le han dado en otros países. Entonces nos ha parecido necesario hacer un desarrollo legislativo de esta causal de justificación, que en realidad es el origen inmediato de todas las demás, porque no es otra cosa que cumplimiento de la ley el de la orden obligatoria, pues si es obligatoria es porque la ley la respalda; así mismo la legítima defensa y el estado de necesidad los respalda la ley. Pero en ese núcleo de la primera de las causales de justificación, la disposición de la ley, cabe no solamente la orden obligatoria de autoridad competente, sino también el cumplimiento del deber legal y el ejercicio legítimo de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público... De modo que el proyecto de Código Penal presenta un cuadro amplio de las causas de justificación, con el objeto de que todas las conductas justificadas puedan encuadrarse fácilmente en una de ellas y no haya problemas mayores para el intérprete, porque de una vez le estará diciendo la ley en qué caso la conducta resulta conforme a derecho”⁸⁰.

Pero también anotaba contradictoriamente, poniendo así de presente lo innecesarias que son las nuevas causas de justificación:

“Entre las causales del «cumplimiento de un deber legal» y del «ejercicio de un cargo público» es difícil hacer alguna diferenciación; ...el cumplimiento de la orden legítima en realidad no tenía por qué diferenciarse del cumplimiento del deber. Si un inferior recibe una orden del superior jerárquico autorizado para darla y que llena las formalidades legales, al cumplirla en realidad está cumpliendo con su deber..., la hipótesis del ejercicio del cargo público contempla las facultades de la autoridad por el aspecto de quien ordena, es decir, justifica un hecho aparentemente ilícito, porque quien lo lleva a cabo es una autoridad pública que está cumpliendo con un deber... El ejercicio de un derecho es también una situación que se hace necesario desmembrar de la disposición de la ley, porque realmente quien ejerce un derecho no comete ningún ilícito... El ejercicio de una actividad lícita... tiene por objeto acabar con el problema de las lesiones deportivas, pero no solamente se refiere a ellas; también com-

prende el caso de la actividad quirúrgica que ciertamente no preocupa a los jueces, porque en realidad no perturba la sociedad...”⁸¹.

Ya el destacado jurista y demócrata, prematura pérdida para el derecho y la democracia colombianos, doctor CARLOS LOZANO Y LOZANO, enseñaba respecto de la primera causal de justificación del art. 25 del C. P. de 1936 (“disposición de la ley u orden obligatoria de autoridad competente”), “desarrollada y ampliada” en la forma ya anotada por el legislador extraordinario de 1980 en el art. 29 del nuevo Código Penal, lo siguiente:

“No puede cometer delito el que ejecuta la ley, es decir, la norma vigente, regularmente expedida y promulgada. Esto es obvio y no demanda desarrollo o explicación especial, puesto que el delito consiste precisamente en la violación de la ley... Si los códigos consagran expresamente esta dirimente de la responsabilidad, es porque pueden presentarse casos de exceso, de extralimitación, que sí son punibles; y debe haber un punto de referencia para juzgarlos. Si el policía maltrata al detenido que conduce, si el guardián de la cárcel expone a perecer al prisionero castigado con el régimen de pan y agua, si para cumplir un fallo se cometen violencias innecesarias, se han excedido los límites señalados por la ley y el agente es responsable... El exceso se predica únicamente de los actos que difieren de los justificables por una exageración del medio empleado, sin diversidad de intención o fin...”

“La subordinación y la obediencia de los funcionarios a sus superiores es indispensable en todas las ramas de la administración y con mayor razón cuando se trata de las fuerzas armadas; en tesis general no puede el inferior discutir las órdenes o instrucciones de sus superiores y, por eso el que las cumple, cumple también la ley. Pero... la obediencia no puede extenderse hasta el punto de ejecutar actos que no entren dentro de la competencia del superior o que constituyan delitos. Pero esos actos no son obligatorios para el inferior... Esta es hoy la doctrina universalmente aceptada. Y también la que consagra nuestra legislación positiva, aunque con una excepción deplorable por su excesiva amplitud.

“El artículo 21 de la Constitución dice así: «En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

“Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden».

“Frente a este texto cabe hacer las siguientes observaciones: no puede negarse que el militar, no el policía, así lo definió la Corte Suprema, que obedece en caso de infracción manifiesta de la Constitución, debe quedar impune. Pero no es menos cierto que no está obligado a cumplir la orden arbitraria y que si se abstiene de hacerlo, tampoco incurre en responsabilidad... De manera que el militar tiene el derecho de examinar si la autoridad es competente para dar la orden y si esta es obligatoria. Y nadie tiene competencia para violar la

⁸⁰ LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, conferencia sobre “Las causas de justificación”. *Revista Derecho*, Colegio de Abogados de Medellín, t. XXI, núm. 99, págs. 165 y 166, Medellín, 1974.

⁸¹ LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, conferencia citada en la nota anterior, págs. 166 a 169.

Constitución, ni es obligatoria una orden que le sea abiertamente contraria. Luego el militar no está obligado a obedecer; pero si obedece, la ley no lo sanciona. De todas maneras no deja de ser aberrante una excepción de carácter tan ilimitado que repugna a la ética y a la recta razón, pues dejaría impune inclusive al oficial del ejército que fusilara a un ciudadano por orden del superior. Pero es claro que al texto constitucional no puede dársele una interpretación extensiva"⁸².

Entonces, el consagrar como causal de justificación "el cumplimiento de la ley" bien puede considerarse necesario en un Estado de derecho, pues "no puede cometer delito el que ejecuta o cumple la ley"; pero el hacerlo resulta ser redundante por su obviedad, y en estricta lógica jurídica aquel cumplimiento no puede tenerse como verdadera causa de justificación, pues, si el delito consiste en la violación de la ley penal, toda acción realizada por disposición de ella es legítima y no necesita justificarse por ser la licitud misma.

Lo mismo debe predicarse de las nuevas causales de justificación, puesto que se dice que son un simple desarrollo y precisión del cumplimiento de la ley contemplado en el num. 1° del art. 25 del C. P. de 1936, porque en un Estado de derecho no puede ser delito la acción realizada en "cumplimiento del deber legal" o en "ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público", es decir, conforme a derecho; y el abuso que se cometa en una de esas situaciones no puede justificarse, por ser antijurídico y punible, sino, a lo sumo, atenuarse la responsabilidad penal por él.

Pero esto último ya no es tan claro en Colombia a partir de la vigencia de los num. 1° y 3° del art. 29 del C. P., pues si el "estricto cumplimiento de un deber legal" no tiene ningún viso de ilicitud, como tampoco lo tiene el "legítimo ejercicio de un derecho, de un cargo público o de una actividad lícita"; si legalmente solo se pueden denunciar e investigar las conductas posiblemente delictuosas⁸³, y si solo respecto de estas puede el juez llegar a aplicar una de las causales de justificación del hecho cuando a través de la investigación

⁸² CARLOS LOZANO Y LOZANO, obra citada en la nota 30, págs. 203 a 205.

⁸³ Código de Procedimiento Penal (decreto 409 de 1971): "Art. 12. Deber de dar noticia de la infracción. El funcionario o empleado público que de cualquiera manera tenga conocimiento de un hecho que pueda constituir infracción penal y cuya investigación deba iniciarse de oficio, la iniciará sin tardanza si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento de la autoridad competente..."

"Todo habitante del territorio colombiano mayor de diez y seis años, con las excepciones establecidas en el artículo siguiente, debe denunciar a la autoridad las infracciones penales de que tenga conocimiento y cuya investigación pueda iniciarse de oficio..."

"Art. 318. Iniciación oficiosa del sumario. El funcionario de instrucción correspondiente debe iniciar sumario siempre que, por informe de la policía judicial o de otro funcionario público, por conocimiento personal, por denuncia, por notoriedad pública o por cualquier otro medio serio de información, llegare a su noticia la perpetración de alguna infracción penal de las que deban investigarse de oficio".

"Art. 320. Auto inhibitorio. El juez instructor se abstendrá de iniciar sumario cuando aparezca que el hecho no ha existido o que no está previsto en la ley como infracción..." (Colección Pequeño Foro, Medellín, 1971).

se compruebe su existencia⁸⁴, las nuevas causales solo pueden obrar cuando, p. e., el empleado público se excede en el "cumplimiento de su deber legal" o en el "ejercicio de su cargo" o "en el cumplimiento del deber legal correspondiente a su cargo", o el particular se excede en el "ejercicio de un derecho o de una actividad lícita", es decir, cuando la conducta de uno u otro aparece como arbitraria e irregular, así sea mínimamente, pues solo en este evento podría ser objeto de investigación penal.

Y como si en una de tales situaciones el empleado público o el particular incurre en exceso, en abuso, su conducta es delictuosa y entonces en derecho no puede justificarse de acuerdo con los num. 1° y 3° del art. 29 del C. P., sino, a lo sumo, atenuarse su responsabilidad de conformidad con el art. 30 ídem, las nuevas causales de justificación son jurídica y prácticamente innecesarias, sobran, y son socialmente peligrosas porque posibilitan el que, interpretadas con laxo criterio político, sean aplicadas a los excesos de poder para justificarlos y no solo para atenuar la responsabilidad penal por ellos.

En un Estado de derecho a nadie, así sea analfabeto, se le ocurriría siquiera pensar que comete delito de secuestro o de detención arbitraria el juez que, con estricta observancia de los requisitos formales y sustanciales exigidos por la ley para el efecto, priva a una persona de su libertad; o que el mismo funcionario comete delito de violación de habitación ajena o de comunicación cuando, en idéntica forma, practica un allanamiento o intercepta una comunicación privada. Y en un Estado donde esté prevista constitucionalmente la pena capital, a nadie se le ocurriría que el juez que condene a esa pena comete delito de homicidio, o que lo comete el verdugo que ejecuta la sentencia.

Ninguno de tales hechos tiene el más mínimo viso de ilicitud y por ello es por lo que a nadie se le ocurriría denunciarlos como delictuosos y ningún juez se dedicaría a investigarlos para después tomar la decisión de cesar el procedimiento, sobreeser definitivamente o absolver al procesado por haber obrado dentro de una causal de justificación del "estricto cumplimiento de un deber legal" o del "legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público"⁸⁵.

⁸⁴ Código de Procedimiento Penal: "Art. 491. Sobreseimiento definitivo. El sobreseimiento será de finitivo: 1) cuando aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, y 2) cuando resulte plenamente demostrado que el hecho se realizó en alguno de los casos enumerados en los artículos 23 y 25 del Código Penal" (hoy arts. 40 y 29 del nuevo C. P.) (Edición citada en la nota anterior).

De acuerdo con los arts. 215 y 216 del C. de P. P., se dicta sentencia absolutoria en materia criminal "cuando obre en el proceso, legalmente producida, la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella"; o cuando se presente una duda al respecto, que no haya modo de eliminarla.

Auto de cesación de procedimiento.

"Art. 163. En cualquier estado del proceso en que aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal..., el juez... procederá, aun de oficio, a dictar auto en que así lo declare y ordene cesar todo procedimiento contra el procesado" (Edición citada en la nota anterior).

⁸⁵ "El hecho punible tiene que tener forzosamente un contenido de inmoralidad. Son los criterios morales los que humanizan y dignifican el derecho penal, colocándolo en su centro al hombre como ser humano... Lo que merece pena no es lo peligroso sino lo reprochable. Y reprochable puede ser solamente la conducta humana que pugna con los valores morales y sociales tutelados por la ley (FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, obra citada en la nota 2, pág. 31).

Las exigencias de "estricto" y de "legítimo" previstas en los num. 1º y 3º del art. 29 del nuevo Código Penal, para poderse reconocer como causales de justificación el "cumplimiento del deber legal" y el "ejercicio del cargo público, del derecho o de la actividad lícita", no representan ningún límite objetivo a los abusos del poder, por ser términos normativos y no descriptivos, y como tales susceptibles de valoración subjetiva por parte del actor y del juez; y solo cumplen la misión de significar que el abuso, el exceso, cometido en una de tales situaciones no se justifica, es ilícito, misión de suyo innecesaria porque tal abuso siempre se sanciona en un Estado de derecho, aunque a veces atenuadamente, como sucede en Colombia por mandato del art. 30 del Código Penal.

En nuestro país, y en general en los países donde las fuerzas armadas impulsan y aplican la doctrina de la "seguridad nacional", todas las acciones de la fuerza pública, aun las que lesionan innecesariamente bienes legalmente protegidos, "suelen buscar su explicación y justificación al amparo del cumplimiento del deber"⁸⁶. Ahora, en vigencia del Código Penal de 1980, también se podrá buscar esta explicación y justificación; o, al menos, su atenuación, en el "legítimo ejercicio de un cargo público"⁸⁷. Así, los abusos de poder que antes se justificaban de hecho, ahora podrán justificarse en derecho.

Suprimir, pues, la innecesaria causal de justificación de la "disposición de la ley" y sustituirla por cuatro, con el peligroso criterio de que "vayan más allá del ámbito que actualmente les tiene señalado la ley, abarquen mayor cantidad de casos y situaciones y le den al intérprete una mayor flexibilidad", no es decisión adecuada ni conveniente. Conductas que no podrían ampararse en la suprimida causal, ahora bien podrán considerarse cobijadas por una de las nuevas causales de justificación: Es más fácil justificar una determinada conducta si para ello se puede recurrir a cuatro causales (C. P./80) y no solo a una (C.P./36).

Antes de la vigencia del nuevo Código Penal y específicamente de las nuevas causales de justificación del hecho, a nadie en Colombia podría ocurrírsele que pudieran llegar a considerarse "justos", conforme a derecho, o, al menos, merecedores de atenuación, los abusos de poder. Pero, ahora, en vigencia de dicho Código, esto sí puede llegar a creerse y reconocerse, al menos en algunos sectores de la administración y especialmente de la fuerza pública. Así lo quisieron o al menos lo posibilitaron sus redactores al ampliar notoriamente las causales de justificación, sin tener muy en cuenta nuestra realidad sociopolítica, y también el alcance del reconocimiento del "exceso" en

ellas, lo que se desprende de la simple comparación del texto del art. 27 del C. P. de 1936 con el del art. 30 del C. P. de 1980⁸⁸.

La expedición de normas penales amplias e imprecisas, como los num. 1º y 3º del art. 29 del C. P. de 1980, atenta contra los derechos y las libertades individuales y sociales, sobre todo cuando ello ocurre en países donde, como sucede en Colombia, no existe en los detentadores del poder una clara conciencia del respeto que merecen tales derechos y libertades.

C) *Las nuevas causales de justificación de hecho y el peligro real de abusos de poder: Violación de los derechos humanos*

"Todo exceso no es protección, sino violación del derecho; todo exceso es abuso y tiranía; toda deficiencia es traición a la tarea impuesta a la autoridad"⁸⁹.

La realidad nos enseña que el sistema penal, las instituciones penales y entre estas las causales de justificación del hecho, que es el tema que nos ocupa, obran en dos campos diferentes; el normativo, estrictamente legal, circunscrito al mundo abstracto de la legalidad y del derecho; y el fáctico, que muchas veces está fuera del alcance de la legalidad y no pocas veces contra ella. El campo normativo es simbólico y el de la aplicación de la norma es real.

Una cosa es lo que está sistemática y precisamente consagrado en un Código, que ni siquiera es el caso de las nuevas causales de justificación del hecho, y otra bien distinta es que aquello, lo que está en el Código, reciba una aplicación total, imparcial, uniforme y permanente en la vida real, que dentro de las circunstancias sociopolíticas en que debe aplicarse sea efectivamente respetado.

Por esto social y políticamente, realmente y no en técnica jurídicopenal, delito es la conducta dañina que efectivamente se investiga y sanciona, no la que aparece definida y conminada con pena en una norma del Código Penal; delincuente no es la persona que viola esta norma, sino la que es procesada y sancionada; y no delito, hecho punible justificado, es la conducta que de hecho no se investiga ni castiga, no la que sea tal conforme a derecho, a la ley penal.

Desde este punto de vista es, pues, posible hablar de delito de hecho y de delito de derecho; de despenalización de hecho y despenalización de derecho; y de justificación de hecho (que no "del hecho", art. 29 del C. P.) y justificación de derecho, situaciones que no siempre coinciden.

⁸⁸ Código Penal de 1936: "Art. 27. El que al ejecutar un hecho, en las circunstancias previstas en el artículo 25, exceda los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad, incurrirá en una sanción no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la infracción".

Código Penal de 1980: "Art. 30. Exceso. El que exceda los límites propios de cualquiera de las causas de justificación precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para el hecho punible".

⁸⁹ FRANCESCO CARRARA, obra citada en la nota 28, pág. 7.

⁸⁶ LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, conferencia citada en la nota 79, pág. 167.

⁸⁷ "Si lo que ello significa es que las funciones públicas se deben ejercer sin extralimitaciones ni abusos, la causal no puede amparar estos, pero sí resulta peligrosa para que la responsabilidad de los funcionarios que abusan de su poder en perjuicio de los derechos individuales se atempe por la cláusula del exceso en una causa de justificación. El cargo de por sí no justifica nada. Los actos propios de él son justos en sí mismos, directamente, sin rodeos justificativos; los actos extraños al curso legal de la función no son legítimo ejercicio de esta, no están justificados ni en todo ni en parte ni tienen por qué dar lugar, cuando son delictivos, a una responsabilidad atenuada por la figura del exceso en el ejercicio de un cargo público". JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Delito penal fundamental*, Bogotá, Editorial Temis, 1982, pág. 512.

Así, por ejemplo, en el Código Penal vigente se sancionan penalmente, en derecho, algunas conductas antisociales de los económicamente poderosos, de los detentadores del poder, al consagrarse tipos penales como el acaparamiento, la especulación, la exportación ficticia y la aplicación fraudulenta de crédito oficial (libro segundo, título VII "Delitos contra el orden económico social"), pero la sanción real y efectiva de aquellas conductas es de hecho inexistente, salvo una que otra excepcional e ínfima multa que se impone por la vía administrativa y que el "delincuente de cuello blanco" trasfiere de inmediato a sus víctimas, a los consumidores y especialmente a los económicamente débiles, a través del mecanismo incontrolado por el Estado, tan "controlador" de otras actividades no antisociales, de las alzas en el valor de los productos. En la práctica, pues, normalmente las conductas de los poderosos que han sido penalizadas por la ley, son de hecho despenalizadas o justificadas⁹⁰.

Consideramos, entonces, que el análisis de las nuevas causales de justificación, tendientes a determinar su conveniencia o inconveniencia, la protección o el peligro que representan para los derechos y libertades individuales y sociales, debe partir de los abusos que ellas posibilitan (hecho), y no del legítimo e imparcial uso que puedan darle los detentadores del poder (derecho), inscrito ello en la totalidad de nuestro sistema politicoeconómico, dentro del cual, como parte de la estructura jurídica, se insertan aquellas causales, y no considerando en su solo aspecto tecnojurídico, como figuras aisladas y con referencia limitada a la reducida problemática del delito y del delincuente, así estos sean también funciones del sistema imperante en el país^{90 bis}.

⁹⁰ En el Foro sobre la administración de justicia en Colombia, realizado el lunes 4 de octubre del año en curso (1982) en el Auditorio de la Biblioteca Piloto de Medellín y organizado por la "Corporación Foro Regional", "...el procurador delegado MIGUEL SÁNCHEZ MÉNDEZ, hizo un severo análisis de lo arcaico de nuestras estructuras jurídicas actuales frente a las nuevas modalidades delictivas: económicas, ecológicas, etc. Resulta que para el Código Penal colombiano constituyen un delito más grave las lesiones causadas en riña personal que el envenenamiento de una comunidad por un contaminador inescrupuloso, o que la ruina colectiva ocasionada a miles de ahorradores por un estafador de cubilete" (ENRIQUE SANTOS CALDERÓN, "Juzgando a la justicia", en "El Tiempo", sección "Contraescape", 7 de octubre de 1982, pág. 4 A).

En dicho Foro también se denunció que "...más de las dos terceras partes de la población carcelaria colombiana (26 mil personas aproximadamente) se compone de gentes aún no juzgadas; que el 41% de los procesados y el 18% de los condenados no deberían estar en la cárcel; y que la mayoría de los reclusos están en estas condiciones porque carecen de recursos para pagar su defensa y los abogados de oficio no sirven para mayor cosa..." (Investigación del Instituto SER en Bogotá, citada por el rector de la Universidad de los Andes, doctor Eduardo Aldana).

Véase la prensa nacional, del mes de junio en adelante, sobre la "crisis financiera" (casos del "Grupo Colombia", Banco Nacional, Banco del Estado, etc.).

^{90 bis} EDGAR SANDOVAL ROJAS, "Tratamiento legislativo diferencial a las conductas que afectan derechos individuales y sociales", en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 3, II semestre de 1980, págs. 7 a 16, Cali.

LOLA ANIYAR DE CASTRO, "Sistema penal y sistema social. La criminalización y la descriminalización como funciones de un mismo proceso", *Revista* citada en la nota anterior, núm. 4, I semestre de 1981, págs. 13 a 24.

EMIRO SANDOVAL HUERTAS, "Las funciones no declaradas de la privación de la libertad", en *Revista* citada en la nota anterior, págs. 41 a 72.

Plantear el asunto en estos términos implica cuestionar los métodos tradicionales para explicar el alcance, el sentido y la razón de ser de las instituciones penales y jurídicas en general y asumir una posición crítica frente a estas.

Al relacionar, pues, la mentalidad represiva que prima en vastos sectores de la administración pública⁹¹, y en especial en el de las fuerzas armadas⁹², de acuerdo con lo expuesto a lo largo de este ensayo y que se busca transmitir a toda la nación mediante una bien planeada propaganda, con las condiciones sociopolíticas esbozadas al principio, se pone de presente el grave peligro que para los derechos y libertades individuales y sociales implican la amplitud y vaguedad de las nuevas causales de justificación, en las cuales no se observan las limitaciones objetivas que universalmente se ponen a las tradicionales. "Cuando uso una palabra significa lo que me da la gana que signifique. Ni más ni menos... El problema es el saber quién manda. Eso es todo".

Dentro de dichas mentalidad y condiciones, en representativos sectores de la administración pública dependientes del ejecutivo (inspectores y comisarios de policía, inspectores del trabajo, alcaldes, intendentes, gobernadores, etc., y sus subalternos), de la rama jurisdiccional y en especial de la fuerza pública (ejército policivo y policía militarizada) se ha llegado a considerar que el estricto cumplimiento del deber, el adecuado desempeño del cargo público, exige reprimir todos los delitos, en especial los políticos y a todos los delincuentes, especialmente los "subversivos" y "terroristas", para proteger y conservar el orden institucional y la seguridad pública⁹³.

⁹¹ "Hemos advertido cómo en algunos procedimientos de desalojo de tugurios se han aplicado métodos que no pueden ser los más humanos... por ejemplo el pasado jueves se cumplió una acción de esa naturaleza en el barrio Belén-Sucre... varios de los empleados oficiales que tomaron parte en el acto llegaron al extremo inadmisibles de reírse de las personas humildes que eran desalojadas de sus viviendas... Ante la mirada expectante de pequeños, de madres en embarazo, de ancianos y adultos, dichos agentes se dieron a la tarea de acabar con cuanto a su paso encontraron. En su operativo no respetaron enseres como camas, y otras pertenencias de los habitantes.

"Como si no hubiera sido suficiente lo realizado el martes, el miércoles volvieron para rematar con quemar la labor del día anterior. De esa forma no quedarían rastros, ni la forma de volver a construir su vivienda. Era su objetivo y lo cumplieron.

"Naturalmente si se trata de orden de autoridad competente, no vamos a entrar a cuestionarla. Se presume que quien tome la correspondiente decisión lo hace en cumplimiento de trámites legales. El problema está en que los ejecutores de la orden pueden extralimitarse. Esto es lo que por motivo alguno debe permitirse que siga sucediendo.

"Ya en otras ocasiones nos hemos referido en términos similares al caso de los venteros ambulantes, a quienes se ha tratado en algunas oportunidades como si fueran delincuentes, cuando en realidad son gentes inofensivas y laboriosas que tienen que garantizar su subsistencia mediante pequeños negocios callejeros. Claro está que para ello deben acogerse a las normas vigentes y proveerse de los permisos reglamentarios. Pero merecen tratamiento digno y respetuoso en todas las circunstancias.

"De igual modo, los miradores de los llamados "cinturones de miseria" deben ser tratados como seres humanos que son, sin que se cometan desafueros ni humillaciones..." ("Ecos y Comentarios", en "El Colombiano", setiembre 11 de 1982, págs. 5 A y 5 C).

⁹² "El Espectador", citas hechas en la nota 17.

⁹³ "De todos es sabido que aparte del contrabando de ganado, por Arauca también se desplaza clandestinamente a Venezuela cemento, cereales y otros productos básicos colombianos. De igual manera, de este último país hacia el nuestro pasan por la frontera gasolina, automóviles y artículos suntuarios de prohibida importación.

"No obstante, lo que más preocupa a los dos gobiernos es la subversión. Y uno y otro tienen razón..." ("Contrabando y subversión", en "El Colombiano", setiembre 11 de 1982, pág. 5 A).

Si ese es el deber fundamental para muchos empleados públicos y más directamente para los miembros de las fuerzas armadas, las nuevas causales de justificación amplían notoriamente el alcance del decreto 070 de 1978, pues ellas ya no solo justifican, como este, el hecho que se cometa "por miembros de la fuerza pública" y en "operación" planeada para prevenir o reprimir "los delitos de secuestro, extorsión y producción y tráfico de estupefacientes", sino que justifican todo hecho cometido por "cualquier empleado público", en "cualquiera circunstancia objetiva" en que tenga que cumplir con el deber o ejercer el cargo y para prevenir o reprimir "todo tipo de delitos" o con "otra finalidad" que esté comprendida dentro de su deber y funciones.

Por esta razón no es lo mismo decir a un empleado público y especialmente a un miembro de la fuerza pública, que se le justifica toda acción que cometa "por disposición de la ley" (num. 1° del art. 25 del C. P./36), que decirle que le está permitido, que le será justificado, todo hecho que realice "en estricto cumplimiento de un deber legal o en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público" (nums. 1° y 3° del art. 29 del C. P./80), pues aunque ambas locuciones se correspondieran, fueran jurídicamente equivalentes como lo han afirmado los autores del nuevo Código Penal⁹⁴, la segunda forma de expresarlo da a entender una más amplia y autónoma posibilidad de acción a su represiva mentalidad.

Y si en cumplimiento de ese deber fundamental los miembros de la fuerza pública retienen indefinidamente "sospechosos"; violan la correspondencia privada; interceptan todo tipo de comunicaciones; violan el domicilio ajeno; obligan a faltar al sigilo profesional a sacerdotes, médicos y abogados; obligan a los sindicados o a sus parientes a suministrar información que los perjudica; desconocen las libertades de reunión, asociación, prensa y trabajo y el derecho de huelga; torturan, lesionan o matan, etc., ningún delito cometerán, pues todos sus atropellos bien pueden ser justificados con fundamento en las nuevas causales del art. 29. "El estricto cumplimiento de un deber legal y el legítimo ejercicio de un cargo público", o, al menos, su responsabilidad penal por ellos podrá ser notoriamente atenuada en caso de que se considere que el cumplimiento del deber no fue "estricto" o que el ejercicio del cargo no tuvo el carácter "legítimo", por mandato del art. 30 del C. P.⁹⁵.

⁹⁴ "El proyecto de Código Penal, no solamente consagra las causas de justificación actualmente, legisladas... sino que también hace una división de la primera de esas causales, la disposición de la ley, para presentarla bajo diversos aspectos... De tal manera que el artículo a que me estoy refiriendo en realidad no consagra nada nuevo..." (LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, conferencia citada en la nota 79, págs. 165 y 168).

⁹⁵ "Lo que configura el exceso es la identidad del fin dentro de una exageración de la acción. Mientras el agente obre dentro de la finalidad de la defensa o del estado de necesidad, es decir, para defenderse o salvarse, aunque se haya equivocado en el uso de los medios o en la apreciación de las circunstancias, habrá exceso. Pero no lo habrá cuando la finalidad perseguida sea otra, como la venganza o la satisfacción de resentimiento. Los actos pueden diferir de los que realmente eran necesarios, pero no puede diferir el fin que se persigue con ello. El que hiere o mata al adversario ya desarmado o maniatado, no puede tener el fin de defenderse, sino el de vengarse. Luego no cabe hablar de exceso..."

"Si hubo aberración culposa al juzgar la competencia de la autoridad para dar la orden, o la obligatoriedad de la misma orden, tendremos exceso. De otra manera, delito común. Si el agente tenía la finalidad de cumplir lo que de buena fe creyó su deber, tendremos exceso. Pero si buscó maltratar al prisionero sin necesidad, u ofender a las personas destruyendo sus muebles al practicar una ronda, ha cometido delito de lesiones o de destrucción de propiedad ajena..."

En el ya citado salvamento de voto suscrito por los magistrados GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, ÁLVARO LUNA GÓMEZ y JESÚS BERNAL PINZÓN se lee:

"Si la fuerza pública recibe justificación indebida de hechos que repugnan a la moral, a las buenas costumbres y a las más elementales normas de derecho, ¿cómo puede representar ella, en tales casos, la protección de vida y bienes que manda la Corte? ¿Qué exceso, desmán o abuso puede atribuirse a las autoridades si se borran las restricciones que podían generar una extralimitación de funciones? ¿Cómo puede darse esta si la simple actuación, en operación dirigida a prevenir o reprimir los delitos mencionados, constituye justificación de todo lo actuado? ¿Qué responsabilidad surge de una orden indebida, si ya esta no es necesaria y el subordinado no tiene la obligación de inspeccionar lo mandado?..."⁹⁶

En vigencia del Código Penal de 1936, de hecho y aun de "derecho" (por decisiones judiciales tomadas con criterio político en la llamada "época de violencia" y en el permanente "estado de sitio"), se justificaron muchas conductas injustificables, abiertamente ilícitas; pero con las nuevas causales de justificación del hecho, conductas de esta naturaleza bien podrán justificarse en derecho.

Ahora la divisa de todo empleado público, y en especial del miembro de la fuerza pública, bien podría ser la de violentar los derechos civiles y garantías sociales, si ello es necesario en el cumplimiento del deber legal, correspondiente a su cargo público, de prevenir y reprimir los delitos y proteger las instituciones y el orden público, confiando en que sus atropellos no serán denunciados ni investigados como sucede frecuentemente. Y si lo fueran sabría que podría inmediatamente invocar las nuevas causales de justificación del hecho, con la confianza de que su conducta sería justificada, o a lo menos atenuada, en el evento de que llegara a considerarse que incurrió en exceso, que su proceder fue arbitrario y que causó daño innecesario a bien o bienes legalmente protegidos y que en consecuencia cometió delito, máxime si se tiene presente que muy posiblemente sea la justicia penal militar a la que corresponda la investigación y el juzgamiento del hecho. Así podrá hacerse una nueva clasificación de los delitos y delincuentes: justificados y sin justificación, según se ejerza o no un cargo público.

"Al decir la ley «en las circunstancias previstas por el artículo 25», está indicando que deben reunirse los requisitos de cada causa de justificación, por lo menos en principio, es decir, que cuando solo existen en la imaginación del agente no puede hablarse del exceso. Al decir «exceda los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad», está indicado que el exceso puede traspasar los «límites», o sea referirse al uso de medios exagerados, o a una convicción errónea sobre la calidad del mal amenazado, pero no la finalidad, que el legislador ha considerado legítima. Traspasar un límite es en efecto cosa muy distinta de cambiar los supuestos básicos de la figura jurídica, o sea la finalidad con que se obra y que consiste en la «necesidad de defenderse» o en la «necesidad de salvarse» de que habla el artículo 25. Exceder los límites es caer en una «aberración culposa» acerca de ellos, pero no deformar intencionalmente «las circunstancias previstas» en el mismo artículo 25. Porque media enorme distancia entre ir más allá de un lindero, y suponer o inventar la existencia de un lindero que no hay". (CARLOS LOZANO Y LOZANO, obra citada en la nota 30, págs. 228 y 229).

⁹⁶ GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, y otros, Salvamento de voto citado en la nota 20, págs. 232 y 233.

IV. CONCLUSIÓN

La nuevas causales de justificación del hecho no solo son peligrosas para los derechos civiles y las garantías sociales consagrados en nuestra Constitución Nacional, sino que su introducción era innecesaria desde el punto de vista jurídico y de la práctica judicial, pues las tradicionales causales, adecuadamente desarrolladas por la jurisprudencia y la doctrina, eran suficientes para justificar las conductas que merecían ser justificadas en un Estado de derecho.

Es posible que en estricta técnica jurídica las nuevas causales no sean sino el desarrollo de la causal 1ª del art. 25 del Código Penal de 1936, o una más adecuada redacción de la misma para facilitar su comprensión y aplicación; es posible que ello sea así para los juristas, para las personas con sólidos conocimientos de derecho, pero no para el común de los empleados públicos, ni para el común de los miembros de la fuerza pública, ni para los jueces de estos, a quienes corresponderá conocer la mayoría de los casos en que aquellas se invoquen.

EPÍLOGO

Sabemos que en contra de nuestra tesis se pueden invocar múltiples argumentos tecnicojurídicos, pero también estamos convencidos de que en su favor es posible presentar otros muchos argumentos sociopolíticos seguidos del análisis de nuestra realidad.

Quizás sea jurídicamente cierto que los nums. 1º y 3º del art. 29 del nuevo Código Penal solo son un desarrollo y una más técnica redacción del num. 1º del art. 25 del Código Penal anterior, y que su correcta, imparcial y jurídica interpretación y aplicación no pueden conducir a justificar atropellos contra los derechos y libertades individuales y sociales, ni siquiera a atenuar la responsabilidad penal por ellos.

A lo anterior respondemos con el planteamiento que ya enunciamos y teniendo siempre presente la actual situación sociopolítica del país: el peligro que una norma legal represente o pueda representar para los derechos y libertades individuales y políticos no se determina por el desarrollo de su correcto y legítimo uso, sino por el abuso o la arbitrariedad que su texto posibilite.

Y los nums. 1º y 3º del art. 29 del nuevo Código Penal bien pueden dar lugar a interpretaciones y aplicaciones abusivas y políticas por no estar clara y precisamente delimitados, por no tener ningún desarrollo jurisprudencial ni doctrinal en nuestro país y por la calidad de los jueces que, sin o con estado de sitio, deberán conocer de la mayoría de los procesos en que ellos pueden ser alegados⁹⁷.

⁹⁷ "En general hay el consenso de que es más rápida la justicia militar y posiblemente si, es cierto... en lo general, el procedimiento de consejo de guerra es mucho más veloz, mucho más rápido que el ordinario..." ("Minjusticia Felio Andrade Manrique analiza el fracaso de la amnistía", en "El Colombiano", 12 de julio de 1981, pág. 11 A).

Recordemos a Humpty Dumpty: "Cuando uso una palabra significa lo que me da la gana que signifique. Ni más ni menos... El problema es el de saber quién manda. Esto es todo".

"La justicia penal militar no ha sido eficaz, como muchos piensan. La mayoría de los procesos conocidos por la justicia penal militar son más farragosos y demorados que los de la justicia ordinaria" ("Reforma profunda de la Constitución propone Minjusticia Bernardo Gaitán Mahecha", en "El Colombiano", de 2 de setiembre de 1982, pág. 12 A).

"El abrumador aumento de asesinatos por parte de miembros de la policía o el ejército, o de sus servicios secretos F-2 y B-2, llevó al Consejo de Estado a colocar entre comillas «agentes del orden» y a manifestar su preocupación por el olvido en que ha caído el artículo 29 de la Constitución... Y esto dio lugar también a que el Consejo de Estado critique a la justicia penal militar, porque con preocupante frecuencia absuelve y declara sin responsabilidad a los miembros de las Fuerzas Armadas que asesinan a los particulares". ("Doctrina contra Pena de Muerte", en "El Espectador", febrero 23 de 1980, págs. 1 A y 10 A).

INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO PENAL ESPECIAL

Dr. LUIS CARLOS PÉREZ

1. LA PARTE ESPECIAL COMO GRADO MÁS ALTO DE SEGURIDAD JURÍDICA

Las teorías de la parte general del derecho represor tienen mérito relativo al lado de las concreciones que hace la parte especial al describir los hechos punibles, particularizándolos y señalándoles la pena correspondiente. Los caracteres comunes a todas las conductas pasan a segundo plano, pues principalmente importa la conducta misma en cuanto afecta determinado bien. La tipicidad no es ahora una descripción impersonalizada o abstracta, si se quiere, sino el tipo de hurto, el tipo de homicidio, el tipo de falsedad, verbigracia. La antijuridicidad no es una valoración general de la ilicitud, sino el quebranto del interés de un individuo, un sector o un ente colectivo. La culpabilidad tampoco es una muestra de factores internos, sino que debe verse en este hecho, en esa violación precisa, en aquel daño a las cosas o intereses tutelados.

El principio de legalidad o de reserva sería ilusorio en cuanto garantía, advierte RODRÍGUEZ DEVEASA, si no hubieran disposiciones descriptivas de las conductas punibles. “La parte especial es la única dimensión del derecho positivo que revela hasta qué punto el legislador se atiene a este principio y cuál es el grado de seguridad jurídica que garantiza el ordenamiento positivo”. De allí que el mismo autor conceda eficacia poco menos que secundaria a las doctrinas generales, lo cual destaca la importancia de la parte especial, no siempre reconocida en los textos de estudio.

Si no existiera esta sección destinada a particularizar las infracciones, el derecho penal se convertiría en una disciplina sin sentido, algo así como el “aéreo absoluto” que la filosofía contemporánea advierte en la metafísica y en ciertas ideologías. Los hombres no sienten una culpabilidad innominada, como en el malestar religioso por el pecado o la angustia existencial, sino los impulsos dolosos o culposos que produjeron el resultado de daño o de peligro previsto en los distintos preceptos. Sin discriminar los hechos susceptibles de enjuiciamiento, no podrían conocerse ni medirse las aplicaciones doctrinarias. De allí el que sean necesarias todas las labores analíticas, descendiendo del universo teórico y adentrándose en la “vulgaridad” de los cumplimientos prácticos.

2. LA PARTE ESPECIAL ES UN MUNDO DE BIENES JURÍDICOS PREPONDERANTES

La parte especial refleja la preocupación de las comunidades, cuando estas pueden manifestarse como tales, o la de sus dirigentes, o la de quienes dicen

hablar a nombre de ellas, por los bienes defendibles mediante el mecanismo represivo. Así obra, según se piensa comúnmente, la política criminal del Estado, aunque no haya tal política, sino simples reacciones públicas expresadas arbitrariamente, sin estudios ni planes, sin más motivación que la conveniencia del momento.

De cualquier modo que sea, la ley trata de proteger bienes jurídicos considerados como prevalecientes o fundamentales, y esa tarea se asigna a la parte especial, que, por eso, se ha destacado como “el mundo de los bienes jurídicos”, esto es, la garantía de estabilidad de ciertos “valores”, no entendidos como modelos existentes por sí mismos sino vinculados a alguna persona. Correctamente lo expresan SCHMIDHAUSER y PETROCELLI, citados por GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO:

“Bajo la expresión *bien* se comprende lo que está lleno de valor para alguien. *Bien* es, desde esta perspectiva, todo aquello que satisface las necesidades físicas, intelectuales o morales del hombre. En la medida en que el derecho protege los bienes, estos se convierten en bienes jurídicos”, que, como surge de lo expuesto, no existen como tales bienes en la realidad naturalística. “El bien jurídico, en cuanto algo que vale, es decir, en cuanto valor, es, como todos los valores, irreal. Pero es algo objetivo que reside, como cualidad real, en las cosas. No es el pensamiento del sujeto quien da vida al valor, como si el objeto no lo tuviera ya con anterioridad. Mediante la abstracción de nuestro pensamiento no creemos, sino que *reconocemos* el valor que *tienen* las cosas”. Noción que apoya también ORTEGA Y GASSET.

El sustrato de esos bienes jurídicos relacionados y encarecidos en la parte especial del derecho represor pertenece a esferas distintas, sigue exponiendo RODRÍGUEZ MOURULLO. Se presenta como objeto sicofísico: la vida; como objeto irreal-espiritual: el honor; como un estado real: la normalidad de las familias; como comunicación íntima: el matrimonio; como una relación jurídica: la propiedad y en general los derechos reales; inclusive como comportamientos de terceros: deberes de lealtad del empleado en las infracciones contra la administración pública.

Esta parte especial, o mundo de los bienes jurídicos, conforma lo que se ha venido llamando el “orden social”, entendido como una suma de juicios de valor positivo: “De ahí que la significación de un determinado bien jurídico no se pueda comprender considerándolo aisladamente, sino tan solo contemplándolo en su interdependencia con el total ordenamiento colectivo”.

3. EXCLUSIVISMOS EN EL MUNDO DE VALORES JURÍDICOS

Pero en el sistema de la parte especial del derecho represor no se incluye la totalidad de los bienes o de los valores jurídicos dignos de tutela, cosa imposible dada la multiplicidad de los mismos, especialmente con la diversificación de las actividades o de las relaciones humanas y con las urgencias de seguridad consiguientes. Por eso se afirma que la regulación penal es inevitablemente fragmentaria. “No protege —concluye RODRÍGUEZ MOURULLO— todos los

bienes jurídicos, sino los *más fundamentales*, y ni siquiera protege a estos frente a cualquier clase de atentados, sino tan solo frente a los ataques *más intolerables*". Forzosamente el derecho penal es exclusivista, ante la selección que ha de realizar, dejando a otras ramas jurídicas o a las actividades administrativas, o al cuidado de los particulares, la protección que él no puede ofrecer.

Reitera estos exclusivismos RODRÍGUEZ DEVESA: "El axioma de que no todo comportamiento antijurídico es punible, sino solo aquel tipificado en la ley penal, da a la parte especial un *carácter fragmentario*. La exclusión o inclusión de determinadas conductas en el repertorio de las infracciones es fruto de una decisión tomada por el legislador en virtud de una serie de razones (motivos del legislador). En el fondo se pretende siempre encausar los actos humanos en una dirección que se reputa benéfica para la comunidad, prohibiendo ciertas acciones u omisiones que se consideran nocivas. La parte especial es por ello el resultado, consciente o inconsciente, de una política criminal, y únicamente en segundo término depende de consideraciones sistemáticas".

La política criminal cuyos objetivos se observan en las descripciones de las conductas sometidas a represión responden, a su vez, a los intereses prevalecientes, de modo que ha de ser cambiante como estos y estar asistida, no por cuanto convenga a todos los sectores del pueblo, sino al mantenimiento de los intereses mismos. El derecho es instrumento impositivo, cualesquiera fueren el origen y las finalidades del poder que lo instaura y aplica.

4. COMPENETRACIÓN DE LAS PARTES GENERAL Y ESPECIAL

Al discurrir sobre el contenido y la diferenciación del derecho represor (primer capítulo del tomo primero) quedaron esbozadas las diferencias y semejanzas entre las partes general y especial. Pero las diferencias se refieren únicamente a la metodología propia de cada una, porque, si se ahonda en la cuestión, solo se reconocen semejanzas, y más que eso, una compenetración recíproca. EDMUND MEZGER lo vio de este modo:

"La parte general abarca lo que corresponde decir acerca de la ley penal, del hecho punible y de la pena. Antepone esas importantes teorías universales. La parte especial trata de los distintos hechos punibles y de su castigo. El límite entre ambas partes no es firme. Ningún límite está fijado con carácter definitivo. Desde el punto de vista histórico, las llamadas teorías generales se han desarrollado, por lo común, dentro de un grupo especial de hechos punibles y han alcanzado, poco a poco, forma y significación generales.

"En la actualidad nos encontramos, en algunos casos, al aplicar, por ejemplo, el estado de necesidad a hechos punibles de distinta especie, frente a un movimiento retrógrado que previene, no sin fundamento, contra una generalización excesivamente amplia y un tratamiento semejante. Además, la moderna teoría del tipo constituye un puente tendido directamente de la parte general a la especial. Hasta dónde se pretende llegar cuando se estructuran *teorías generales* dentro de los distintos hechos punibles, es, pues, a menudo, tan solo un problema de tradición y de apreciación personal".

Sin embargo, hay que convenir con HANS-HEINRICH JESCHECK, que la división en partes general y especial es una exigencia de técnica legislativa. Entre mejor se perfeccionan las doctrinas y se organizan los bienes tutelados, más necesaria ha de ser la disciplina de las dos partes. El viejo derecho, tanto como el intermedio, desconocieron la clasificación, que, en cambio, se encuentra ya en todas las codificaciones penales europeas desde mediados del siglo XVIII. Primeramente en el *Codex juris bavarici criminalis* de A. KREITTMAYER, en 1751, y más tarde también en el *Derecho territorial general para los estados prusianos*, en 1794. Significativo modelo de sistematización penal europea en el siglo XIX fue la "Parte General" del Código Penal francés de 1810, libros primero y segundo.

5. LA JURISPRUDENCIA Y LA SEPARACIÓN ENTRE PARTES GENERAL Y ESPECIAL

En fallo del 29 de febrero de 1965, la Corte Suprema habló de una más elevada jerarquía para la parte general y enunció "diferencias" con la especial, lo que no autoriza negar la indispensable compenetración entre ambas, así:

"Aunque colocadas en el mismo Código y expedidas por el mismo órgano del poder público y en la misma forma, las disposiciones del estatuto punitivo tienen diferencias apreciables.

"Cabe destacar, en primer término, que el Código Penal se divide en dos partes: una llamada general y otra intitulada parte especial. División que no obedece a un simple prurito metodológico del legislador, sino que emana de más profundas razones: porque la parte general está destinada a sentar las bases o principios, resumen de una filosofía penal, que han de servir como de guía en la parte especial. Son reglas o principios, en su mayoría abstractos, destinados a propiciar el correcto entendimiento de la parte especial y su correcta aplicación, ora sea en cuanto a las infracciones, ora se refiera a los sujetos pasivos del delito, ya a la responsabilidad o los grados de la penalidad, bien a las sanciones y su definición y límites, bien a las consecuencias de estas o la extinción de la acción y la condena penales.

"En ese sentido puede asegurarse que las de esa parte son disposiciones de las que en un lenguaje tal vez no muy ajustado a nuestra terminología legal, pero sí muy expresivo, se han dado en llamar normativas.

"Pertenecen, pues, a una categoría superior, por lo cual resulta inválido el argumento de que por llamarse generales deben ceder el campo a las de la parte especial cuando haya incompatibilidad entre una de aquellas y una de estas, pues la regla al respecto del art. 5° de la ley 57 de 1887 se refiere a disposiciones de idéntica categoría no solo en cuanto a su forma, sino en cuanto a su materia.

"Por la misma razón, tampoco es válido el principio de la posteridad a que se opone la superioridad intrínseca de las normas de la llamada parte general. Superioridad que, además de las razones expuestas, está respaldada en el texto del art. 10 del Código Penal".

6. OTRAS "ESPECIALIDADES" PENALES

Fuera del derecho penal especial, entendido como el estudio de los tipos descriptivos de las diferentes conductas punibles, orientado por las teorías de la parte general, se ha pretendido erigir una serie de "derechos penales especiales", más que todo de índole administrativa. A cada una de las ramas instituidas con el objeto de disciplinar determinada actividad del Estado en sus distintos órdenes, se la llama *derecho penal* porque verdaderamente impone penas, ordinariamente económicas y a veces algunas privativas de la libertad, en grado menor, como el arresto. Pero estas especialidades no pueden ingresar a la parte especial del derecho represor propiamente dicho, aunque a los hechos ilícitos previstos se los bautice como delitos.

JIMÉNEZ DE ASÚA se pronuncia contra este afán de atomizar el derecho penal, haciendo de materias a veces disímiles otros tantos capítulos de la parte especial. Y rechaza de plano "todas esas especialidades jurídico-punitivas", pues si la atomización se lograra, "se crearía un derecho penal electoral, un derecho penal patrimonial y hasta un derecho penal sexual. La unidad del derecho sancionador y represivo impide tales dispersiones. El hecho de que puedan y hasta deban existir leyes penales especiales, nada significa. Que las fuentes de producción y conocimiento del derecho penal no estén unificadas, en nada afecta a su unidad de objeto.

"Cosa diferente, por motivos de ordenamiento práctico, aunque no por motivos gnoseológicos, acontece con otros aspectos del derecho penal, especializados por el territorio o por el espacio, por la materia y las personas, es decir, con el *derecho penal colonial*, con el *derecho penal internacional* y con el *derecho penal militar*".

7. CUÁLES SON LAS "ESPECIALIDADES" Y CUÁL SU RÉGIMEN EN EL SISTEMA NACIONAL

Las especialidades a que se refiere JIMÉNEZ DE ASÚA, son: el derecho penal fiscal, o conjunto de disposiciones que asocian una sanción al ataque contra los intereses financieros del Estado; el derecho penal financiero, o sea, al grupo de infracciones referentes a las sociedades, de que resultan responsables los miembros de ellas o sus representantes, verbigracia, alteración de balances, simulaciones, fraudes bancarios, de empresas y de bolsa; derecho penal económico, esto es, las normas que disciplinan la economía dirigida por el Estado, compuestas en parte por principios específicos y en parte por disposiciones de derecho penal común; derecho penal del trabajo y corporativo, propio de Italia bajo el fascismo, que no logró sistematizarse; derecho penal industrial e intelectual, regulador de ciertas lesiones a los organismos productores y a las obras del ingenio o de la inteligencia; y derecho penal de imprenta, relacionado con hechos que se realizan por este medio.

El sistema colombiano vincula las disposiciones de la parte general "a las materias penales de que tratan otras leyes o normas, siempre que estas no dispongan otra cosa". La fórmula del art. 375 es imperativa, "se aplicarán" esas disposiciones, dice el texto, de modo que no hay cómo esquivarlas cuando se siguen procesos o simples averiguaciones para aumentar los gravámenes, por ejemplo, debido a incorrecciones en la declaración de renta; o para multar una infracción de tránsito; o para imponer sanciones por quebrantos en otros órdenes de tributación; o para impedir una obra, desalojar un baldío o regular actividades referentes a los estatutos mineros, de bosques y otros recursos naturales.

Parece fuera de lugar introducir en estos sistemas de sanciones administrativas conceptos tan importantes como los de tipicidad, culpabilidad, antijuridicidad, justificación, lo mismo que los relacionados con la cuantía de las condenas. Pero el art. 375 habla de "las materias penales de que tratan otras leyes o normas", lo cual significa una clara referencia a las normas penales propiamente dichas, como las del Código de Justicia Militar, y a otras que no figuran en el régimen represor propiamente dicho. Esas "otras leyes o normas" pueden no tener la naturaleza de las penas, pero deben aplicarse con sujeción a las disposiciones de la parte general, a no ser que expresamente establezcan, verbigracia, la responsabilidad objetiva o excluyan las justificantes o las causas de inculpabilidad.

8. SISTEMATIZACIÓN DE LAS INFRACCIONES EN LA PARTE ESPECIAL

Los bienes jurídicos penalmente protegidos en el sistema nacional están agrupados en catorce secciones o títulos, cada uno de los cuales se subclasifica ordinariamente en capítulos reguladores de subespecialidades, así:

Título I, contentivo de las infracciones *contra la existencia y seguridad del Estado*, subdividido en dos capítulos: uno que trata de la traición a la patria y otro que se ocupa de los delitos contra la seguridad estatal.

Título II, en el que se describen las infracciones *contra el régimen constitucional*, en un solo capítulo, a saber, la rebelión, la sedición y la asonada. Son los llamados delitos políticos.

Título III, que contiene los delitos *contra la administración pública*, en diez capítulos relacionados, en su orden, con el peculado, la concusión, el cohecho propio y el impropio, la celebración indebida de contratos, el tráfico de influencias, el enriquecimiento ilícito, el prevaricato, los abusos de autoridad (que incluye otras infracciones), la usurpación y abuso de funciones públicas y contra los empleados oficiales.

Título IV, en el cual están agrupados los delitos *contra la administración de justicia*, en seis capítulos ordenados así: falsas imputaciones ante las autoridades, falso testimonio, infidelidad a los deberes oficiales, encubrimiento con sus modalidades de favorecimiento y receptación, fuga de presos y fraude procesal. En este último se incluyen la ejecución arbitraria de las propias razones, el fraude a resoluciones judiciales y el reingreso ilegal al país.

Titulo V, que comprende los delitos *contra la seguridad pública*, en tres capítulos. En el primero se describen el concierto para delinquir, el terrorismo y la instigación; en el segundo, los delitos de peligro común o que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad y otras infracciones; en el tercero, los que afectan o ponen en peligro la salud pública.

Titulo VI, en el que figuran tres capítulos que tratan de los delitos *contra la fe pública*, así: el primero referente a la falsificación de moneda; el segundo a la falsificación de sellos oficiales y marcas; el tercero, a la falsedad documental.

Titulo VII, contiene las infracciones *contra el orden económico social*, en dos capítulos, el primero de los cuales describe el acaparamiento, la especulación y otros; y el segundo, los hechos contra los recursos naturales.

Titulo VIII, que recoge los delitos *contra el sufragio*, en un solo capítulo destinado a la represión de los hechos perturbadores de las elecciones, el constreñimiento al elector, la violencia y el fraude, la corrupción del elector, el voto fraudulento y su favorecimiento, el fraude electoral, la mora en la entrega de documentos relacionados con una votación, la alteración de resultados electorales, el ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédulas, y, finalmente, la denegación de inscripción en los registros.

Titulo IX, que trata los delitos *contra la familia* en cuatro breves capítulos, así: el primero, del incesto; el segundo, de la bigamia y los matrimonios ilegales; el tercero, de la supresión, alteración o suposición del estado civil; y el cuarto de los delitos contra la asistencia alimentaria.

Titulo X, establece los tipos delictivos *contra la libertad individual y otras garantías*, en ocho capítulos que versan, en su orden, sobre el secuestro simple y el extorsivo, la detención arbitraria, los ataques a la autonomía individual, los que quebrantan la inviolabilidad de habitación o sitio de trabajo, los secretos y comunicaciones, la libertad de trabajo y asociación, el ejercicio de los derechos públicos y el sentimiento religioso y el respeto a los difuntos.

Titulo XI, describe estos delitos *contra la libertad y el pudor sexuales*; cap. I, la violación; cap. II, el estupro; cap. III, los actos sexuales abusivos; cap. IV, disposiciones comunes a los capítulos anteriores relacionados con las circunstancias de agravación punitiva y con la extinción de la acción penal por matrimonio; cap. V, el proxenetismo.

Titulo XII, en un capítulo único describe los delitos *contra la integridad moral*, es decir, la calumnia y la injuria.

Titulo XIII, crea los tipos de homicidio, en el cap. I; lesiones personales, en el cap. II; aborto, en el cap. III; abandono de menores y de personas desvalidas, en el cap. IV. Todos bajo la denominación de delitos *contra la vida y la integridad personal*.

Titulo XIV, trata los delitos *contra el patrimonio económico*, a saber: hurto, cap. I; extorsión, cap. II; estafa, cap. III; fraude mediante cheque, cap. IV; abuso de confianza, cap. V; defraudaciones, cap. VI; usurpación, cap. VII; y el daño, cap. VIII. El capítulo final, o noveno, contiene disposiciones comunes a todas las infracciones contra el patrimonio, referentes a circunstancias genéricas de agravación y atenuación punitiva y a la disminución de sanciones por resarcimiento del daño o pago de los perjuicios causados.

Todos estos hechos punibles son materia de los arts. 111 a 374. Los arts. 375 a 378 no versan sobre infracciones sino sobre la aplicación extensiva y la vigencia del estatuto.

9. EL ORDEN EN EL SISTEMA DE LA PARTE ESPECIAL

Las infracciones de que se ha informado solo a través de los nombres acogidos en la ley, serán estudiadas en el mismo orden que esta señala, comenzando por los delitos contra la existencia del Estado y contra su seguridad, y dejando como penúltimo el tema de los ataques a la vida y a la integridad de las personas, que en algunos estatutos extranjeros figuran en primer término. Así debiera redactarse un Código, porque la vida es el bien supremo, que debe ser objeto de tratamiento prioritario.

La tradición, sin embargo, pesa enormemente y viene abonada por el privilegio que tuvieron los delitos contra el Estado, fenómeno histórico de sustitución de bienes, en cuanto se secularizaron las instituciones, pasando de lo puramente religioso a lo político. En un principio, los bienes relacionados con la religión y el sacerdocio tuvieron la primacía, a partir del *Decálogo*, según las investigaciones de VON WEBER a que alude QUINTANO RIPOLLÉS. Cuando la autoridad política, esto es, el Estado, consigue prevalecer, hereda la importancia del tratamiento y los estatutos represores comienzan por los hechos referentes a su estabilidad y permanencia.

No es indiferente el orden propuesto. Hay razones de fondo que obligan a describir y estudiar, antes que las infracciones políticas, las que niegan la existencia y en general los derechos personales. Es preciso reafirmar de ese modo, dice QUINTANO RIPOLLÉS, "un punto de vista humanista tan de urgencia en nuestro tiempo convaleciente de tantos paganismos estatólatras, y proclamar la persona humana, el hombre individual portador de valores materiales e ideales, como primordial del derecho, que es vida humana objetivada, en la luminosa definición de RECASÉNS SICHES; bien y objeto en que los demás reposan, en cierto modo, secundarios y hasta ficticios".

Otra razón, de orden práctico y pedagógico, es la del carácter universalizado de las infracciones contra las personas, como entidades naturales y sociales, que han de ser previas para entender otra clase de tipos. Por ejemplo, los ataques a los jefes de Estado o a ciertas autoridades y agentes del exterior, presuponen los conceptos fundamentales de homicidio, lesiones, calumnias, injurias o amenazas, en toda su rica dinámica circunstancial, según el oportuno reclamo de QUINTANO RIPOLLÉS.

10. BIENES E INTERESES CONCURRENTES EN UNA MISMA SECCIÓN

Los distintos títulos o secciones de la parte especial agrupan bienes o intereses respecto de los cuales se ha acordado la protección penal, y, solo en lo posible, cada uno de esos grupos o clases queda adscrito a determinado bien

o interés. Solo en lo posible porque bajo esta u otra denominación se incluyen bienes jurídicos que no corresponden exactamente a ese nombre, pues participan de distintas categorías.

Por ejemplo, los delitos contra la administración pública no tutelan exclusivamente la fidelidad del empleado y el cumplido ejercicio de sus funciones. En la concusión (art. 140), lo mismo que en el tráfico de influencias (art. 147), hay una exigencia de dinero que afecta también el patrimonio del particular. Las conductas prevaricadoras de los arts. 149 y siguientes pueden también dirigirse contra la libertad o el patrimonio, lo mismo que los abusos de autoridad de los arts. 152 y siguientes. Sin embargo, estas infracciones no figuran entre las que afectan los bienes últimamente mencionados sino que se instituyen entre las que atacan la normalidad de la gestión del Estado.

Se tiene en cuenta entonces es el interés prevaleciente, habida consideración de las orientaciones políticas que, en última instancia, señalan la preponderancia. La administración del Estado dice organizarse y actuar más allá de la inmoralidad, las maquinaciones corruptoras, tratando de que los derechos de los particulares puedan garantizarse debidamente, libres de coacciones, favoritismos o mandamientos desviados. Por eso se le reconoce mayor importancia que a los valores económicos privados y demás beneficios en juego.

La clasificación de las infracciones no es una inquietud científica, aunque eso fuera lo deseable. Es un problema legislativo, según la organización política y social dominante. GIUSEPPE MAGGIORE es por eso muy escéptico en lo tocante al mérito de las categorías delictivas, pues estas sirven nada más que para facilitar el carácter criminoso de un hecho, encontrar la norma que lo describe y saber el tratamiento acordado: "Todo se reduce a una ayuda nemotécnica para consultar las leyes. No perdería su importancia la ciencia del derecho penal si los delitos estuvieran arreglados, no de un modo sistemático, sino en otro orden cualquiera, alfabético, por ejemplo".

11. EL "CRITERIO MENOS INSEGURO" PARA CLASIFICAR LOS DELITOS

Son muchas las clasificaciones que se han propuesto para los delitos, partiendo del derecho romano intermedio, que distinguió los delitos públicos de los privados, los ordinarios de los extraordinarios, los perseguibles de oficio y los que requerían querrela de parte. Los primeros tratadistas, FILANGIERI, CARMIGNANI y CARRARA, se ocuparon de otras clasificaciones, como la del último en delitos naturales y sociales. BECCARIA, aunque circunstancialmente, habló de los "delitos que destruyen la sociedad o quien la representa", de otros que "ofenden la particular seguridad de alguno o algunos ciudadanos en la vida, en los bienes o en el honor" y de algunos que "son acciones contrarias a lo que cada uno está obligado a hacer o no hacer, según las leyes respecto del bien público".

El "criterio menos inseguro" es el que permite distinguir las clases de infracciones teniendo en cuenta la calidad o naturaleza del derecho quebrantado, o sea, lo que comúnmente se llama *objetividad jurídica del hecho punible*. Así

se ha establecido una serie de delitos que atacan a las personas, con patente vaguedad porque la persona, como tantas veces se ha dicho en el curso de estos estudios, es un complejo funcional en el que intervienen elementos intelectuales y volitivos, sociales y políticos, de formación y nacimiento, de trabajo y cultura.

Aun hablando de persona física para designar, por ejemplo, las lesiones al cuerpo o a la salud, todavía quedan numerosos atentados contra esa persona física, verbigracia los que suprimen o amenguan sus libertades, los que destruyen o reducen la dignidad y otros derechos, como los de familia. Mientras haya que apelar al concepto de los bienes e intereses preponderantes, para agrupar en un título ciertos hechos, se enfrenta la posibilidad del error, o de los desajustes de apreciación por el empleo del método aproximativo.

12. CRÍTICA DE ALGUNOS CRITERIOS PARA CLASIFICAR LOS HECHOS PUNIBLES

Todos los criterios distintos del de la objetividad jurídica para clasificar las infracciones de la parte especial son, a juicio de FRANCESCO CARRARA, *inadecuados, arbitrarios o falaces*. Así lo sostiene con su acostumbrado sentido de las afirmaciones rotundas. Son arbitrarios los que se originan en el capricho del legislador, precisamente por la naturaleza de ese impulso. Son falaces los que parten de sentimientos como el odio y la codicia: "Dos grandes géneros, pero pueden existir especies idénticas, ya por odio, ya por codicia".

Si se adopta el criterio de la acción se llega a la arbitrariedad, fuera de ser inadecuado, "porque la acción varía según los cambios de las leyes y de los tiempos" y "porque carece de sentido para la subdivisión de los géneros en las especies particulares".

El criterio de la pena es triplemente defectuoso: "Inadecuado, porque no sirve para distinguir las distintas especies castigadas con pena igual. Es arbitrario, porque cambia según las modificaciones de los derechos positivos. Es falsa, porque el mismo hurto puede tener, ya una pena, ya otra, y así pasar de un género a otro, y porque con idéntica pena pueden estar castigadas especies diversas. Muerte, incendio, alta traición, homicidio".

El aspecto objetivo es inadecuado y falaz, pues, por ejemplo, la mano puede ser medio tanto para el hurto como para el homicidio, y la palabra medio tanto para la injuria como para la conspiración. A su turno, la subjetividad moral (dolo, culpa) es aspecto inadecuado porque no sirve para distinguir la lesión del daño.

El sujeto pasivo, respecto de las personas o de las cosas, es criterio inadecuado y falaz, porque deja por fuera de los dos géneros a los delitos políticos y porque no sirve para distinguir entre lesiones y estupro, o entre incendio y hurto, verbigracia. Lo mismo ocurre con la objetividad ideológica, que se confunde con los impulsos del odio y codicia. También el daño mediato es inseguro porque este "siempre es igual en su naturaleza, y es vario y desigual solo en la cantidad".

13. DEFENSA DE LA OBJETIVIDAD JURÍDICA COMO BASE PARA LA CLASIFICACIÓN

Desechados estos criterios queda, debe repetirse, el de la objetividad jurídica, que es, en definitiva, el que se ha impuesto en casi todas las legislaciones del mundo. CARRARA lo defiende en términos que han venido acogándose casi sin ninguna reserva:

El único criterio aceptable es el de la *objetividad jurídica*, que se basa en la diversidad del derecho agredido o violado. Este es adecuado, porque se presta para clasificar todas las especies particulares posibles del delito; porque no puede existir delito si no ha sido agraviado un derecho, y así la variedad natural de los derechos ofendidos conduce a conocer completamente todas las variedades posibles de delitos.

"No es arbitrario, porque los legisladores y jueces no pueden mudarlos y es permanente en todo el país y en todo tiempo, porque la naturaleza de los derechos es absoluta.

"No es falaz, porque si admite que un hecho material caiga bajo diversos *títulos* es porque en los diversos casos se agredió distinto derecho con el mismo hecho material, o porque en el mismo hecho material se produjo la violación de varios derechos, cuya preponderancia debe buscarse para determinar el título.

"Por lo tanto, el único criterio exacto y seguro para fijar la cualidad de las infracciones es la categoría del derecho agredido o violado (verdadero criterio ontológico del ente jurídico)".

CARRARA hablaba aplicando, en este como en todos los temas, su concepto de "ley eterna del orden", ley dictada por la divinidad para que los hombres sepan guiar sus acciones. Independientemente de este punto de partida, que pugna con las evidencias históricas e inclusive con nuevas concepciones del derecho natural, entendido como creación de los grupos sociales y en manera alguna como una manifestación teológica, las afirmaciones de CARRARA constituyen el planteamiento que más favorece la catalogación de los hechos punibles en los distintos títulos o secciones de la parte especial.

14. UN PASO MÁS FIRME EN EL RECONOCIMIENTO DE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO

El valor de los bienes jurídicos no solo se reconoce en la clasificación de los hechos punibles de que se ocupa la parte especial, sino que trasciende a cuestiones tan esenciales como esta, contenidas en todo el sistema represor. La parte general y la jurisprudencia requieren precisar los contornos de esa teoría, que es indispensable tener en cuenta, mejor, asimilarla correctamente si se quiere atinar en el auténtico significado de las normas. Un paso más firme sobre este campo lo ha dado JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA en su *Derecho penal fundamental*, en cuanto se esfuerza por totalizar el valor del bien jurídico, tanto

para lo concerniente a la ley misma como a los problemas que surgen de su estudio, inspiración y aplicación.

"Hoy se sabe —dice FERNÁNDEZ— que la teoría del bien jurídico define la orientación ideológica de la ley penal y la dogmática juridicopenal. Perfila los linderos de la punibilidad en la concepción de la tentativa y la complicidad, definiendo la actitud del derecho penal frente a los actos preparatorios, las resoluciones manifestadas, el conato idóneo, la diferenciación punitiva de los cómplices según la importancia de su aporte" y otras funciones análogas.

Quizás una aplicación de más alcance es la que FERNÁNDEZ CARRASQUILLA advierte en seguida al decir que la teoría del bien jurídico "decide si se sanciona criminalmente el hombre por lo que hace, o por lo que es, o por lo uno y lo otro; dibuja los límites lógicos y axiológicos del legislador penal; permea la interpretación de las normas penales; incide en los conceptos troncales de tipicidad y antijuridicidad materiales; influyen en el tratamiento objetivo o subjetivo de las causas de justificación; constriñe a la doctrina y a la jurisprudencia a mantenerse en contacto revivificador con la realidad historicosocial; coadyuva el deslinde del derecho penal y extrapenal; auxilia los criterios divisorios entre delitos y contravenciones; clarifica la escisión entre penas y medidas de seguridad; es, en fin, parámetro clasificatorio de los hechos punibles, especialmente de los delitos, que en los códigos modernos se titulan según el bien que atacan; y prácticamente no hay instituto penal que escape al influjo de su concepción".

FERNÁNDEZ acuerda con ESTRADA VÉLEZ que "la teoría del bien jurídico constituye un poderoso instrumento de ordenación de los tipos penales, y desentrañamiento del contenido de las normas". Y ESTRADA lo hace para disentir de ANTOLISEI, quien sostiene que la teoría del bien jurídico es conservadora en su esencia y que debiera ser sustituida por un criterio teleológico en la interpretación de las normas. Disentimiento que comparte FERNÁNDEZ al concluir:

"Es verdad que a todas las variantes del derecho penal del ánimo estorba la teoría del bien jurídico, que, lejos de ser un vano ejercicio logístico, representa la piedra angular del objeto de seguridad jurídica en la legislación penal y de igualdad en las decisiones judiciales. No en vano determina la esencia retributiva de la pena en su momento legislativo y es factor primordial de su tasación judicial".

15. EL SIGNIFICADO DE LOS TÍTULOS O DE LAS SECCIONES

Queda todavía una incógnita por despejar. Los títulos o las secciones que agrupan los distintos hechos punibles tienen un epígrafe que enuncia el bien o los bienes jurídicos de que se ocupan. Pero, se pregunta SEBASTIÁN SOLER, ¿"cuál es el valor de los títulos empleados por la ley? ¿Son ellos mismos la ley?". El mismo autor da esta correctísima respuesta:

“Es claro, desde luego, que los títulos forman parte del Código y que, como tales, son también sancionados. Ya hemos explicado, sin embargo, cuán ingenuo es el pensamiento que busca las normas como frases gramaticales aisladas dentro del conjunto de la ley. Esa forma de encarar el tema puede conducir, claro está, a la conclusión de que los títulos que son meros enunciados, generalmente sin verbo, no expresan un pensamiento completo y que por ello no son normas.

“Sin embargo, cuando concebimos a la norma como *el resultado de la interpretación integral y unitaria de la voluntad del derecho, referible a una conducta*, los títulos de la parte especial adquieren un significado muy superior al de simples bases de una técnica clasificatoria.

“Pero si los títulos resultan así integrar lo que jurídicamente debemos llamar una norma, pronto advertiremos que las palabras empleadas por el legislador están sujetas a los mismos principios y procesos interpretativos que valen para la interpretación de la ley en general, es decir, que no pueden ser tomadas en su aislada liberalidad para afirmar siempre y de un modo concluyente que ellas solas expresan la exacta voluntad de la ley”.

CARLOS FONTÁN BALESTRA, quien también se apoya en las expresiones de SOLER, concluye muy acertadamente:

“Por eso nos parece preferible el sistema adoptado por el Código al de la simple numeración que siguen otros textos legales, pues con ello se señala el objeto de proyección que ha querido asignarse a las figuras situadas bajo determinado rótulo. No puede olvidarse que el orden jurídico es uno solo y que no existe norma alguna que no tenga vida totalmente independiente. Es siempre necesario al intérprete relacionar las normas que analiza con las demás que completan el ordenamiento legal y particularmente con las que regulan el mismo bien jurídico. Así, los títulos contenidos en el Código Penal son un elemento más que nos ayudará a encontrar la verdadera voluntad de la ley”.

16. UNA EXPLICACIÓN SOBRE EL ATRASO DEL ESTUDIO DE LA PARTE ESPECIAL

De varias maneras ha quedado planteada la importancia de la parte especial de los códigos, o, mejor, de la parte especial de la ciencia penal. Esta importancia le viene por prelación histórica. El tratamiento de los delitos particularmente considerados, precede, con enorme ventaja temporal, al del delito en abstracto, según recuerda QUINTANO RIPOLLÉS. Lo que después se denominó *parte especial*, constituyó durante milenios todo el derecho represor. La *parte general* es una magnífica recién llegada, título con que QUINTANO parece restarle su ascendencia en el terreno jurídico.

“Como tantas veces sucede, dice el autor citado, la recién llegada pretendió instalarse con petulancia y soberbia juveniles en el solar ancestral, hasta despreciar y desalojar a la antigua. Juventud y modernismo, hartos sabidos es que acostumbran a actuar en iconoclastas, en los científicos sobre todo, y así la *novedad* de la parte general, que salvo más remotos y oscuros precedentes

fue hallazgo de la ciencia alemana en la alborada del siglo XVIII, al formularse por FEUERBACH en su *Lehrbuch* de 1801, llegó a enseñorearse en el campo de lo científico hasta el punto de determinar con su hipertrofia una clara correlativa atrofia de la parte especial, reduciendo a sierva la antigua señora, cual en la fábula de la *serva padrona*”.

No puede suscribirse este dolido alegato, aunque responda a los acontecimientos reales. La parte especial ha sido objeto de oscurecimientos, no tanto porque la general atraiga con novelaría de recién venida, sino por su profundidad y permanencia. En cambio, la parte especial es la que alteran las vicisitudes, la que se presta a los extravíos de las autoridades, facilitando la creación de figuras penales propicias para el acomodo de los fuertes y el consiguiente sojuzgamiento de los débiles. Piensan que es muy fácil elaborar tipos delictivos quienes ignoran que allí residen dificultades tan grandes como las originadas en las teorías generales.

La previsión de una conducta, por lo mismo que trata de particularizarla, es propensa a la exageración o a los defectos. No todos los penalistas, y mucho menos las gentes elevadas a la inmerecida dignidad de legisladores, tienen la ciencia, la experiencia y la técnica de FEUERBACH, a quien se tiene por un artífice de normas represoras. Es más fácil instituir un tipo, ordinariamente dirigido a una misión inmediata, que darle un contenido distinto a la culpabilidad, por ejemplo. Los entrometidos en eso de legislar hoy ni siquiera redactan con relativa desenvoltura para infundirles capacidad actuante a sus proposiciones. Es, pues, ese alcance universal, definitivamente ideológico, el que defiende a la parte general de las constantes destrucciones o desfiguraciones. Y de allí el que sea objeto de mayor dedicación y que congrege a tantos especialistas. No todos gustan aplicarse a una materia que de pronto va a ser maltratada, contrahecha o suspendida.

17. UNA PROTESTA POR EL ABANDONO DE LA PARTE ESPECIAL

Con todo, se ha iniciado ya en muchos países un manejo deferente para los delitos que describe la parte especial de los sistemas represores. Y se hace teniendo en cuenta muchas exigencias científicas y técnicas impuestas por la teoría de la tipicidad, que es mucho más que “teoría”, pues obliga al análisis de cada disposición con un sentido práctico como es el de acertar en los alcances de la norma, buscando la correcta aplicación del derecho, y con ello la adecuada defensa de las garantías individuales. Ya no seguirá la protesta de QUINTANO RIPOLLÉS por el abandono de esta especialidad y llegará el momento en que temores de esta naturaleza se refieran solo al pasado:

“Al relegar al dominio de los peyorativamente denominados *prácticos* (que fueron en verdad los creadores históricos del derecho penal), la temática de los delitos en particular y reservarse los más preclaros maestros las alturas de la pura lucubración estimadas como propias de la general, es claro que lo que sufrió, en definitiva, fue el derecho penal como un todo, cooperando no poco a su crisis y bien conocido atraso respecto a otras disciplinas jurídicas.

"Menguado fuera, en efecto, el papel del civilista que se limitara a especular sobre la teoría del negocio jurídico y despreciare, por impropio de su saber, el estudio de las instituciones concretas, contratos, sucesiones o relaciones de familia. O bien que, al ocuparse de ellas, prescindiera de su realidad jurídica, perdiéndose en divagaciones sociológicas sobre la licitud y el origen de las mismas.

"Es esto sin embargo, lo que tantas y tantas veces se ha hecho en torno del derecho penal, en que los institutos concretos se han descuidado hasta límites inconcebibles, silenciándose en innumerables ocasiones. Basta para convencerse de ello ojear cualquier repertorio bibliográfico y aun la mayoría de los *Tratados y Manuales* al uso. Hasta en aquellos en que excepcionalmente existe una parte especial, la general suele llevarse la porción del león, como si al concluir su estudio el autor sintiera agotadas sus fuerzas, limitándose a despachar su cometido con premuras y marcada desgrana, sin preocupación sistemática de ninguna especie, en labor de exégesis más bien que de dogmática".

18. LA VERDADERA REVALORACIÓN DE LA PARTE ESPECIAL

Los estudios del derecho represor tienen ejemplos para imitar, en la medida de sus capacidades, lo cual quiere decir que no se les exige la altura de esos ejemplos pero sí su decoro y esfuerzo vocacional. Es bien difícil pretender equipararse a CARRARA, cuyo *Programa* dedica dos volúmenes a la parte general y, en cambio, siete a la especial. Difícil igualmente la emulación con VON LISZT, GARRAUD y MANZINI, si bien este merece reparos notables por su orientación fascista, perfectamente acoplada al estatuto italiano de 1930. Mientras que CARRARA, GARRAUD y LISZT no desamparan los derechos elementales del hombre frente al autoritarismo, MANZINI salva a todo trance una ideología exaltadora de la "razón de Estado".

También muchos tratadistas americanos han hecho ya la revalorización de la parte especial. Las obras de JUAN P. RAMOS, SEBASTIÁN SOLER, RICARDO C. NÚÑEZ, CARLOS FONTÁN BALESTRA, EUSEBIO GÓMEZ, en la Argentina, así como las de HELENO CLAUDIO FRAGOSO, en el Brasil, y de JOSÉ RAFAEL MENDOZA, en Venezuela, invitan al estudio de los distintos tipos penales y al conocimiento consiguiente de las particularidades de la legislación nacional. Es allí donde se reflejan las necesidades internas de cada país, los azares, aciertos y contraindicaciones de la "política criminal".

Se impone, pues, esa revaloración morfológica, en desarrollo de dos posiciones básicas señaladas por QUINTANO RIPOLLÉS: la tipicidad, de BELING y el "objeto del delito", de ARTURO ROCCO. "Una y otra, al poner el acento de lo penal en valores objetivos de legalidad, requerían una renovada atención a la descuidada *parte especial*, como la destinada a sistematizar y desarrollar todo el sustrato material del delito que *crea* sus formas reales. Fue entonces cuando la cuestión quedó replanteada en un terreno metodológico concreto y no en el de un mero empirismo exegetico.

"Puede añadirse, como adyuvante al fenómeno de revalorización señalado, el renacer de las preocupaciones por la realidad humana en las doctrinas filosóficas del fenomenologismo y el vitalismo, así como el cansancio que los excesos de la especulación analítica habían abocado. Lo cual determinó, sobre todo a partir del tercer decenio de este siglo, una creciente atención a la sistemática de la *parte especial*, bien que muchas veces ello quedara en propósitos de programa y lucubraciones teóricas, pues los mismos que tanto purgnaron la precisión en la materia no llegaron a construir las anheladas partes especiales. Así, ERIC WOLF en Alemania y GRISPIGNI en Italia".

19. EL ATRASO DEL ESTUDIO SOBRE LOS DELITOS EN COLOMBIA

Correspondiendo al descuido común por los estudios sobre la parte especial del estatuto represor, aunque no sea exacto afirmar que median en ello proposiciones expresas, son pocos los tratadistas sobre la materia. Se han publicado algunas monografías, pero el enfrentamiento sistemático con los delitos, en forma completa, sin dejar de lado ninguno, es empeño apenas iniciado. Lo cual, visto de otra manera, obedece al atraso del derecho penal en todas sus especialidades. Su florecimiento llegó con retraso, pero está avanzando, con menos prisa que en otros países americanos, como Argentina y Brasil, donde hay autores serios y prestigiosos.

En esto ha jugado su papel el positivismo, que relegó el derecho a un capítulo de la "sociología criminal", y al predominio, casi exclusivo, obtenido por los expositores de esa tendencia. Durante décadas de años, la cátedra universitaria, las pocas publicaciones y la jurisprudencia no hicieron más que repetir sobre el delito su categoría de "hecho natural", y sobre el delincuente sus estigmas de "peligrosidad".

Entre tanto, la dogmática quedaba en zonas no iluminadas ni siquiera por la curiosidad libresco. Cuando se expidió el Código de 1936, ya el positivismo en Europa llevaba un cuarto de siglo de desprestigio, a partir de la conferencia inaugural del curso de derecho en la Universidad italiana de Sássari, dictada por ARTURO ROCCO el 15 de enero de 1910. Fue ese un momento decisivo, en el que se canalizaron las críticas al antropologismo y al sociologismo y se concretaron las ideas flotantes sobre la dogmática, que ROCCO definió como "la investigación dogmáticamente descriptiva y expositiva de los principios fundamentales del derecho positivo en su coordinación lógica y sistemática: aquella que, de manera un poco bárbara, llaman los alemanes la construcción de las instituciones jurídicas, y que, según otros, es el tratado *sistemático* del contenido del derecho vigente (MERKEL, FILOMUSI)".

El derecho, reitera ROCCO, es el más importante de los fenómenos sociales, constituyendo un organismo en cuyo interior existen las leyes que es indispensable estudiar como algo específico de ese cuerpo. "Mediante el conocimiento sistemático de las normas jurídicas que, al relacionarse recíprocamente, permiten descubrir su uniformidad, determinar sus causas, fundamentos y principios, la dogmática nos ofrece el conocimiento científico del derecho mismo".

Si el delito era un producto de factores, y si esos factores había que descubrirlos en el sujeto infractor, el derecho penal quedaba relegado a puros incidentes exegeticos, sin que pudiera introducirse en el fondo de la conducta tratando de sondear las capacidades para conocerla, manifestarla y dirigirla. El defecto principal provenía de esta fuente, bien surtida de influencias profesionales, y aun de otro orden, que contribuyeron al "premeditado" desentendimiento.

20. TRABAJOS SOBRE LA PARTE ESPECIAL EN COLOMBIA

Sobre la parte especial hay que destacar los méritos de ÁNGEL MARTÍN VÁSQUEZ ABAD, PEDRO PACHECO OSORIO, ANTONIO VICENTE ARENAS y CALIXTO MONTENEGRO. Sus obras han pretendido abarcar totalmente las materias de los diversos títulos, y los resultados vienen acordes con el tiempo en que se han redactado los trabajos y hecho las publicaciones. Los estudios monográficos, importantes, por ejemplo, *El homicidio* y los *Delitos contra la administración pública*, de JESÚS BERNAL PINZÓN, así como *La falsedad documental* de ROMERO SOTO, no entran en esta referencia dedicada a las sistematizaciones, o al menos a los esfuerzos para llegar a ellas.

ÁNGEL MARTÍN VÁSQUEZ dedicó tres volúmenes, el primero de los cuales versa sobre la parte general y los dos restantes sobre la especial, en el orden establecido por el Código de 1936, pero no llegó sino hasta el título catorce, delitos contra la familia, dejando las infracciones contra la vida y la propiedad, seguramente para otro volumen que no alcanzó a publicarse.

PEDRO PACHECO OSORIO es autor de un valioso trabajo en cuatro tomos, titulado *Derecho penal especial*, en el que ya se ve un aporte personal, una definida orientación dogmática y un recto criterio de interpretación. La obra se refiere al estatuto de 1936, pero se quedó incompleta, pues en el título dieciséis, delitos contra la propiedad, falta el estudio sobre el capítulo quinto, referente al abuso de confianza y otras defraudaciones.

ANTONIO VICENTE ARENAS escribió sus *Comentarios al Código Penal* de 1936, obra de gran influencia en las universidades y en el foro. Adopta el método exegetico, con claridad y comprensión de las normas de la parte general y de la especial. Revisados y actualizados, los *Comentarios* tratan de la edición más reciente de las partes general y especial del estatuto vigente. Los dos tomos últimos versan exclusivamente sobre la parte especial.

CALIXTO MONTENEGRO, en los dos volúmenes de su *Derecho penal especial*, estudia doce títulos de esta sección, comenzando por el homicidio y las lesiones, pero dejando sin tratar cuatro grupos de infracciones. La obra se refiere al tratamiento que daba a los distintos delitos el Código de 1936. Hay que esperar, en las sucesivas revisiones, una sistematización completa, pues representa un auxilio considerable para las inquietudes estudiantiles.

BIBLIOGRAFÍA

JOSÉ MARIA DEVESA, *Derecho penal español*, parte especial, Madrid, Artes Gráficas Carasa, 1980, págs. 3 y 4; GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, parte general, Madrid, Edit. Civitas, S.A., 1978, págs. 19 y 20; EDMUND MEZGER, *Derecho penal*, parte general, Libro de estudio, Buenos Aires, Edit. Bibliográfica Argentina, 1958, págs. 22 y 23; HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, parte general, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S.A., 1981, págs. 25 y 26; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, t. I, Buenos Aires, Edit. Losada, S.A., págs. 47 y 48; ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, t. I, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1962, págs. 3 y ss.; GIUSEPPE MAGGIORE, *Derecho penal*, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 1955, págs. 12 y 13; BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas*, Paris, Casa de Rosa Librero, 1828, pág. 34; FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, § 170 bis; SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, t. III, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1973, págs. 4 y 5; CARLOS FONTÁN BALESTRA, *Tratado de derecho penal*, t. IV, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Ediciones, Glem, S.A., 1968, pág. 32; JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 171 y 172; FEDERICO ESTRADA VELEZ, *Manual de derecho penal*, Medellín, Edit. Salesiana, 1972, pág. 72; ÁNGEL MARTÍN VÁSQUEZ ABAD, *Tratado de derecho penal colombiano*, tres tomos, Medellín, Ediciones "Universidad Pontificia Bolivariana", 1948 a 1951; PEDRO PACHECO OSORIO, *Derecho penal especial*, cuatro tomos, Bogotá, Edit. Temis, 1972 a 1975; ANTONIO VICENTE ARENAS, *Comentarios al nuevo Código Penal*, tres tomos, Bogotá, Edit. Temis, 1981 a 1982; CALIXTO MONTENEGRO, *Curso de derecho penal especial*, dos tomos, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1977; ARTURO ROCCO, *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 22; LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de derecho penal*, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 1978, págs. 1 y 2.

EL MÉTODO DE CASOS EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PENAL

Dr. EDGAR SAAVEDRA ROJAS

Profesor en la Universidad San Buenaventura de Cali
y magistrado del Tribunal de la misma ciudad.

"Porque es obvio que la lectura y la esforzada retención de los textos y de las glosas van cayendo en el olvido, en relación directa con la cantidad de los volúmenes que los contienen, y entonces, la dorada ilusión de los dieciocho años, la borrosa vocación que precisa afirmarse, el cúmulo de necesidades espirituales a mano del hombre joven van siendo escurridos por una máquina que se torna inexorable: La técnica jurídica".

HUMBERTO QUIROGA LAVIE.

El exceso de teorización y la falta de enseñanza en los aspectos prácticos del derecho, han sido obviados por los grandes maestros por medio de la metodología de solución de casos hipotéticos, más o menos adecuables a la realidad, de tal manera que los alumnos tengan la oportunidad de aplicar la norma jurídica, buscándole una solución al problema planteado. KERN afirma que el derecho "pretende profundizar el saber teórico y promover la comprensión del alcance práctico de los principios jurídicos y, por el otro, tiende a instruir al estudiante en vista de su actividad práctica posterior"¹.

La metodología de casos es de máxima importancia para que el estudiante aprenda a interpretar la ley penal, y adecue su formación para el futuro ejercicio profesional; y respecto de la dogmática, lo habilita para entender, analizar, resolver y aplicar los conceptos técnicos originados en la ley penal, específicamente los originados en la concepción dogmática del delito.

Es un método ideal para salirse del exceso de teorización y se presta para combinar con la clase magistral, pero debe reconocerse que los resultados no son óptimos en la forma utilizada universalmente, pues convierte al futuro abogado en una tecnócrata de la ley, que se preocupa fundamentalmente de sus problemas técnicos y formalistas, olvidando en un momento determinado el contenido de justicia y equidad que ella debe tener. Lo anterior nos lleva a formular algunas variantes, que contribuirán a formar técnicamente al abogado para su futuro ejercicio profesional, forzándolo a la formulación de problemas axiológicos y políticos y el planteamiento de los problemas que debe analizar y

¹ EDUARD KERN, *Guía para el tratamiento de casos de derecho penal*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1968, pág. 3.

valorar el legislador en el momento de la formulación de la norma. Porque seguimos considerando que la Universidad, además de formar al futuro profesional, que encuentra en el derecho un posible medio de subsistencia, debe preocuparse en la formación de severos críticos sociales e institucionales, que garanticen la necesaria evolución del sistema democrático a un sistema final de justicia, que es la búsqueda final de toda organización social; creando además las habilidades técnicas y de formación axiológica necesarias para que en un momento determinado tenga la capacidad de concretar en norma su personal concepción de justicia.

El profesor JIMÉNEZ DE ASÚA inició esta metodología en la Universidad de Madrid en los años 20, cuatro años después de haber sido encargado de la cátedra de derecho penal, y dos de haberla ganado por concurso-oposición. ÉMILE GARÇON en París la usaba desde la primera década del siglo; en Alemania FRANZ VON LISZT publicó una obra de esta naturaleza en 1876; en Suiza CARLOS STOOS en 1913; en Alemania con posterioridad se publicaron obras similares, como la de GRAF A. ZU DOHNA en 1930; la de R. FRANK en 1933; siendo la más conocida la *Metodología jurídico penal* de JAMES GOLDSCHMIDT, publicada en edición española en 1935, que presenta la solución de los casos².

En época más reciente los profesores de la Universidad de Tubinga, EDUARD KERN³ y JÜRGEN BAUMANN⁴; JOHANNES WESSELS⁵; en Argentina BACIGALUPO⁶, y entre nosotros RIVERA LLANO⁷, han realizado interesantes publicaciones con esta metodología, resultado de una larga experiencia docente⁸.

Los casos planteados pueden ser hipotéticos, pero con posibilidades reales; no tendría utilidad práctica la formulación de casos fantásticos y con poca o ninguna posibilidad de darse en la fenomenología social; ni complejos o rebuscados, pues lo que se pretende es motivar al estudiante con problemas que pueda solucionar, para que aprecie la aplicabilidad de la teoría y a medida que vaya adquiriendo mayores destrezas se pueda plantear casos de mayor complejidad.

² LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *El criminalista*, t. v, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1945, págs. 95 y ss.

³ EDUARD KERN, *Casos de derecho penal* (parte general), Buenos Aires, Editorial Depalma, 1976; *Casos de derecho penal* (parte especial), Buenos Aires, Edit. Depalma, 1976.

⁴ JÜRGEN BAUMANN, *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática de casos*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1973.

⁵ JOHANNES WESSELS, *Derecho penal*, parte general, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1980.

⁶ ENRIQUE BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1974.

⁷ ABELARDO RIVERA LLANO, *El método jurídico penal* (Guía para la solución de casos prácticos), Bogotá, Fotolitografía Impresos, 1981.

⁸ WESSELS en la obra citada menciona algunos autores que han publicado guías para la solución de casos penales entre los que podemos recordar a ARZT "Los trabajos de derecho penal realizados bajo vigilancia" 1975; BAUMANN-ARZT WEBER "Casos penales y soluciones" 1976; KIENAPFEL, 1975; MAURACH-GOSSEL "Casos y soluciones según las decisiones de los más altos tribunales alemanes" 1973; OTTO "Ejercicios en derecho penal", 1974; ROXIN-SCHÜNEMANN-HAFFKEL "Ejercicios de derecho penal realizados bajo vigilancia con repaso de casos" 1975.

Podría tenerse como material auxiliar las revistas jurisprudenciales, teniendo cuidado que el estudiante no conozca cuál ha sido la solución del problema dada por el juez o tribunal, permitiendo *a posteriori* la comparación crítica.

Es importante recurrir al auxilio de los autoridades judiciales, para que permitan fotocopiar procesos completos, fallados definitivamente, para que profesor y estudiante encuentren en sus folios múltiples posibilidades de ejercitaciones prácticas.

Estos ejercicios hipotéticos se pueden invertir en su formulación con idénticos resultados positivos en la formación del futuro profesional. Cada vez que el profesor termine de explicar magistralmente un título o capítulo del Código, el estudiante planteará casos correspondientes a los tipos o conceptos jurídicos aprendidos. Si en el primer evento la solución por parte del estudiante demuestra la capacidad teórica y la destreza lógica para solucionar el caso, en el segundo solo la adecuación perfecta del caso formulado a la norma estudiada nos demostrará la comprensión total del fenómeno analizado. Al igual que en las matemáticas, solo quien tiene un absoluto dominio de la teoría y de la destreza, es capaz de solucionar el problema propuesto y a su vez plantear uno que se adecue a una determinada teoría o formulación normativa.

De acuerdo con el grado de adelanto del curso, y que este sea de penal general o de penal especial, los ejercicios consistirán en la determinación de la ley aplicable según los factores temporales, especiales y personales de validez; la posibilidad de ofrecer o conceder la extradición; existencia de concursos o de los dispositivos amplificadores del tipo, casos de comunicabilidad de circunstancias, etc.

En lo relacionado con la teoría del delito, se determinará la existencia de la acción, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y sus factores negativos, y finalmente de la punibilidad y posibilidades para la concesión de los subrogados penales, prescripción, etc.

Todos y cada uno de los capítulos del derecho penal, dan la oportunidad de hacer ejercicios mediante el método de casos, y a medida que avance el desarrollo de la materia se puede ir combinando un mayor número de factores; de esta forma, a la finalización del curso, el alumno estará capacitado para solucionar un caso con toda la problemática que el hecho puede proporcionar.

En desarrollo del derecho penal especial, la ejercitación aconsejada brinda la ocasión para que el estudiante se esfuerce en realizar un permanente repaso de las teorías de la parte general, puesto que, en todo caso, el estudio de aquel conduce al examen de problemas propios de esta.

En este manual se acoge el método exegético, pues sus destinatarios son, precisamente, personas que apenas se inician en el aprendizaje del derecho penal, y este sistema las adentra en el conocimiento del Código y en su sabio manejo, dándoles breves y sencillas explicaciones sobre los conceptos jurídicos instituidos en todos y cada uno de sus artículos y evitando lo que en algunas obras que explican el derecho penal, siguiendo el ordenamiento lógico de la teoría del delito dentro del camino trazado por la dogmática, que siendo de fácil consulta para el abogado en ejercicio o para los estudiantes de cursos más avan-

zados, no lo son para el principiante, que encuentra algunas dificultades para entrelazar esas grandes concepciones jurídicas con el articulado. Con la adopción de este sistema se pretende demostrar que todas las grandes teorizaciones que los juristas pueden hacer en derecho penal se fundamentan principalmente en las normas del Código, y porque considerada la elementalidad de la obra, lograda esa concatenación entre norma y teoría, deja la puerta abierta para que el estudioso consulte la temática en obras de mayor profundidad que acogen sistemas didácticos diversos al adoptado.

Sobre esta base el método de la casuística enfrenta al profesor a explicar al estudiante el concepto de legalidad instituido en el primer artículo del Código Penal, y luego de señalar su origen histórico, su contenido e importancia, procederá en práctica la metodología del caso, mediante ejemplos de conductas que no estén previstas como delitos, para que los estudiantes examinen el Código Penal y concluyan si se trata o no de conducta contemplada como ilícita. Se presta para este tipo de ejercitaciones la utilización de los derogados códigos de 1890 y 1936 en relación con tipos que dejaron de serlo en el actual Código Penal.

De igual manera planteará hipótesis sobre personas condenadas a diversas penas, para que determine las penas correctamente señaladas por corresponder al principio de legalidad.

Debe inducirse a los estudiantes para que propongan ejemplos similares e insistir sobre este punto, con el fin de poner a prueba su capacidad no solo de resolver el caso planteado por el profesor, sino el propuesto por él.

En la tipicidad (art. 3°) luego de los aspectos históricos y conceptuales de la teoría se comenzará a proponer casos de conductas típicas, atípicas (por atipicidad relativa o absoluta) para que el discípulo llegue a sus propias conclusiones. Dar y exigir al alumno casos de tipos con sujeto activo, pasivo, indiferente y calificado, se hará un inventario de los delitos que contienen sujetos activos cualificados, decidiendo el tipo de cualificación de cada uno.

Del Código determinarán los verbos rectores y los verbos auxiliares, los tipos de resultado y de mera conducta, el objeto jurídico y el objeto material. Exponiendo casos para que el estudiante realice sus reflexiones.

Se determinarán los tipos con elementos normativos o subjetivos; deben darse casos de conductas que contengan tales elementos, como también los tipos básicos y subordinados, los tipos completos e incompletos; de conducta monosubjetiva y de conducta alternativa, plurisubjetivos, etc.

Todos y cada uno de los elementos de la tipicidad sirven para que el profesor o el estudiante ejemplifiquen y este último obligue al estudiante a utilizar el Código, buscando todos y cada uno de los tipos que contengan el elemento estudiado.

Explicada la teoría de la tipicidad, se pueden proponer problemas de mayor complejidad habilitando al estudiante para adquirir las destrezas de un futuro legislador. Hacerlo redactar un determinado tipo de resultado y luego convertirlo en uno de mera conducta, o agregarle elementos subjetivos o normativos que no contenga, y que explique las consecuencias jurídicas que tales cambios generan.

Como trabajo de reflexión escoger un derecho que no aparezca protegido penalmente, por ejemplo, el derecho financiero, que hoy solo es objeto de tratamiento en el derecho administrativo para que redacten un capítulo que contenga las normas penales necesarias para la protección del mismo; o, en su defecto, podría trabajarse sobre algunos derechos tutelados, tales como el orden económico, pero en relación con determinadas conductas no previstas como ilícitas en el actual catálogo de los delitos, por ejemplo, la relativa al delito publicitario, cuando se exagera o se miente con respecto a las calidades o bondades de un determinado artículo. Explicando al estudiante el fenómeno social que se quiere reprimir, deben plantear proyectos de legislación en ese sentido.

Esta última modalidad de la metodología del caso es particularmente importante, porque el sistema tradicionalmente utilizado convierte al futuro abogado en un cultor exagerado de la ley, considerando que su misión es adecuar conductas humanas dentro de determinadas normas, deshumanizándose y perdiendo contacto con la realidad social. Con las adiciones propuestas se obliga al estudiante a reflexionar sobre los derechos merecedores de protección penal, se lo obliga a colocarse en la perspectiva del legislador, con todas las connotaciones que el problema acarrea, ya no solo de carácter dogmático, sino fundamentalmente de valoración social y política.

También se les puede imponer la tarea de examinar códigos extranjeros, para que establezcan en relación con un determinado delito, comparado con nuestra norma, cuál aparece más técnicamente formulado. O qué conductas que aparecen en esa legislación merecerían ser criminalizadas entre nosotros, o cuáles de las que tenemos merecen la desacriminación.

En esta etapa de la formación es importante que el estudiante, para un mejor entendimiento del concurso aparente de tipos, busque aquellos de conductas similares, para que sobre la práctica pueda advertir cuándo es aplicable el principio de la subsidiariedad, especialidad, alternatividad o subsunción.

En la explicación de la antijuridicidad (art. 4°) se han de dar casos de conductas inocuas o irrelevantes para el derecho penal; otras que siendo antijurídicas, esto es, contrarias a derecho, pero sin contradecir un derecho penalmente tutelado; conductas antijurídicas desde la perspectiva penal y conducta que, aun conculcando derechos penalmente protegidos, se encuentren justificadas (tanto por justificación legal, como extralegal).

Debe plantearse al estudiante un problema de valoración entre delitos de resultado y de mera conducta o de peligro, para que dé una explicación de la razón que tuvo el legislador para redactarlo en una u otra forma.

En aquellos delitos pluriofensivos tales como la usura, giro irregular de cheques, extorsión, secuestro, etc., debe el estudiante hacer un análisis de los diversos derechos conculcados y expresar su opinión con relación a si está de acuerdo con el título donde se encuentra ubicado o si considera más correcta su ubicación en otro.

Para que el estudiante detecte o no la existencia de un tratamiento legislativo diferencial se lo ha de hacer comparar conductas más o menos similares que atenten contra derechos de diversa naturaleza y las razones de su dife-

rencia en relación con la punibilidad, tal el caso de abusos de autoridad por omisión de denuncia y el encubrimiento; la alteración y modificación de calidad, cantidad, peso y medida y la estafa⁹.

Establecer comparaciones entre los macroderechos protegidos, estado, colectividad, individuo y sus correlaciones punitivas, para ver si se adecuan a las valoraciones y conceptos culturales dominantes y/o a las expectativas históricas de nuestra sociedad.

Se ha de explicar la razón política de la ley y desentrañar su contenido ideológico. La protección de los derechos individuales en relación con la protección de los derechos sociales y la importancia punitiva que se les da. Comparar dicha importancia con la trascendencia real que esos derechos tienen dentro del criterio valorativo del estudiante.

Tocante al aspecto ideológico de la norma penal, hacer comparaciones con códigos orientados por sistemas políticos distintos al nuestro, tal el caso del Código Penal cubano o ruso.

Plantear el problema de la defensa de los derechos individuales y sociales y su correcto o incorrecto tratamiento. Las consecuencias dañinas de unos y otros y su correlación punitiva.

Plantear el interrogante a través del análisis de la criminalidad convencional y la llamada de "cuello blanco". Valorarlas y explicar su daño y su sanción.

Los problemas originados en el derecho penal económico y las formas posibles del control a la denominada delincuencia corporativa.

En la explicación de las causas de justificación de preferencia se darán las nociones históricas y los aspectos técnicos, omitiendo las razones filosóficas o históricas que se han dado para explicarlas, para que el estudiante, de acuerdo con su escala de valores, dé las razones por las que considera que son aceptables o las razones por las cuales considera que deberían rechazarse.

Se deben hacer comparaciones con legislaciones extranjeras, respecto de cuáles son los derechos protegidos en ellas y qué conductas difieren de las nuestras, para que el estudiante elabore un juicio personal en cuanto a la bondad o mejor concepción técnica de cada una de ellas y fundamentalmente los valores y derechos protegidos en una y otra.

Asimismo se deben hacer comparaciones acerca de la punibilidad, para determinar si la importancia del derecho tutelado corresponde a la sanción imponible y si ella guarda relación con la punibilidad señalada a delitos que conculquen derechos más o menos importantes.

Sobre la concepción de justicia de cada uno y conforme a su escala axiológica, debe el estudiante formular críticas a los delitos que deben ser desacriminados y cuáles conductas, por el contrario, criminalizadas, debiendo dar las razones en que se fundamenta para tales propuestas.

⁹ EDGAR SAAVEDRA ROJAS, "Tratamiento legislativo diferencial de las conductas que afectan derechos individuales y sociales en el nuevo Código Penal". *Nuevo Foro Penal*, N° 10, Bogotá, Edit. Temis, 1981, pág. 180; *Derecho penal. Mito o realidad*. Estudios de derecho penal en memoria de don Luis Zafra, Cali, Editorial Feriva, 1981, pág. 177.

Se puede incluso elaborar pequeñas encuestas para que los estudiantes ausculten el sentimiento social, la reacción social en relación con determinadas conductas típicas o atípicas de especial importancia, por su frecuencia, por su nocividad, etc., para que elaboren proyectos de legislación atinentes al tema escogido, teniendo en cuenta esa reacción social; o para que determinen si la ley vigente armoniza con el sentir social o si por el contrario este indica la necesidad de su cambio.

Se han de realizar investigaciones, buscando las razones por las que algunas normas, a pesar de estar vigentes y de saber que son violadas, no figuran estas infracciones entre los comunes de la estadística criminal. Que se trate de determinar cuáles son los problemas normativos, sociales o políticos que hacen inaplicable determinada norma.

En relación con la aplicación del método de casos en la enseñanza de la culpabilidad (art. 5 y concordantes) se deben dar ejemplos de conductas culpables e inculpables, especialmente de aquellas en que interviene la fuerza mayor o el caso fortuito, porque generalmente el estudiante es dado a confundir estos dos fenómenos.

Se deben explicar casos de conductas típicas culpables, pero no antijurídicas; y típicas y antijurídicas, pero no culpables.

Casos de legítima defensa, real y putativa, para que mediante su análisis los estudiantes puedan desentrañar la diversa naturaleza de ellas.

Ejercicios con legislaciones extranjeras, para que de acuerdo con las críticas formuladas a nuestra ley el estudiante tenga la oportunidad de escoger otros modelos y proponer proyectos de legislación que corrijan los errores anotados.

Sería inacabable seguir haciendo una enumeración de todas las posibilidades didácticas que surgen de la aplicación adecuada con la metodología del caso, debiéndose observar que, dentro de la tradicional forma de practicarse, se pone énfasis en los aspectos técnicos de la dogmática, preparando al estudiante para el futuro ejercicio profesional. Con las variantes y modalidades propuestas se logra la misma finalidad, pero dándole especial importancia a la formación, antes que a la información; se observa el definido propósito de formar espíritus críticos para la forja de una nueva sociedad y una nueva estructura jurídica; la búsqueda no de simple técnicos, sino de humanistas, integralmente enraizados con la problemática social y sus expectativas históricas; abogados en los que predomina un personal concepto de la justicia y la equidad y no mecánicos aplicadores de la ley; la formación de los futuros dirigentes con capacidad técnica, crítica y valorativa para hacer la nueva ley, que corresponde a nuestra idiosincrasia, a nuestros problemas y valores y, por sobre todo, tenemos que insistir en ello, en la creación de un abogado íntegramente regido por el principio de la justicia¹⁰.

I) JIMÉNEZ DE ASÚA nos plantea un caso y su solución de la siguiente forma: "Para que pueda verse, de manera más fácil, la esencia misma del sistema, pondré un caso ejemplar, y, esquemáticamente, expondré los puntos debatibles y la resolución.

"El caso no es una hipótesis tomada de libro alguno, sino un hecho real acontecido en Córdoba y juzgado por aquella Cámara en lo Criminal. Es sobremanera interesante, y el fallo, que yo no tacho de incorrecto, puede ser controvertido y solucionado de otro modo. Al transcribirse lo reduzco a su escueta fórmula de caso docente, y refuerzo algunos detalles de importancia para fines universitarios.

"El señor Pedro Ramírez —no hay que advertir que el nombre es ficticio— habita en las afueras de la ciudad, en compañía de su esposa. Desde hace algunas semanas son frecuentes los asaltos y robos en las inmediaciones de su casa. En la noche del 5 de enero de 19... la mujer, que yace en el mismo lecho que su marido, le despierta sobresaltada porque cree haber escuchado ruidos sospechosos. El marido la tranquiliza y la señora Ramírez, que no sale de su pánico, le pide que coloque una bala en el tambor de su revólver. Así lo hace don Pedro, y se duerme profundamente. El señor Ramírez se despierta sobresaltado por el ruido «que produjo el pasador de la puerta de su habitación al ser movida la misma», y «entre dormido y despierto» —son las propias palabras del acusado— vio destacarse en el vano de la puerta la silueta de un hombre alto, vestido de blanco, por lo cual, sin tiempo para reflexionar, y creyendo que se trataba de un maleante, tomó rápidamente su revólver, con el que hizo fuego, percatándose de que había dado en el blanco. Oyóse un grito. El señor Ramírez cree que su esposa está aterrorizada y al volverse en el lecho para tranquilizarla encuentra su puesto vacío. Entonces comprende rápida y dolorosamente. Se arroja de la cama, corre a la puerta y ve allí, ensangrentada, a su propia mujer agonizante. La señora de Ramírez, mientras el marido dormía profundamente habíase levantado para inspeccionar la casa, movida por el pánico. Al regresar a su habitación es cuando el marido, entre sueños, la confunde con un maleante vestido de blanco y la mata.

"Véase cómo se discute y resuelve este hecho. Parece innecesario advertir que solo doy un esquema, y no el contenido de doctrina, dogmática y jurisprudencia que se usa en el debate y resolución de los casos penales.

"A) *Tipicidad*. Objetivamente considerado el acto, parecería subsumible en el art. 80, num. 1° del Código Penal argentino puesto que el señor Ramírez ha dado muerte a «su cónyuge», por acción; pero si consideramos la ausencia del elemento subjetivo («Sabido» que es el cónyuge) el tipo sería el homicidio simple del art. 79, dejando a un lado los problemas que suscita la «figura rectora» y el «tipo de culpabilidad».

"B) *Antijuridicidad*. También esta característica del delito ha de ser contemplada objetivamente. Desde este punto de vista, aunque pueda alegarse —a mi juicio sin éxito— la presencia de una «defensa putativa», esta no es una causa de justificación, sino, como luego veremos, una causa de inculpabilidad. Solo siguiendo el criterio de JOSÉ AGUSTÍN MARTÍNEZ, que habla de la «legítima defensa subjetiva» con amplitud enorme, y de LORENZO CARNELLI, podría la defensa putativa ser una causa de justificación.

"C) *Imputabilidad*. A mi entender esta es la que falta. El señor Ramírez se hallaba en un estado «crepuscular del sueño»; en la «embriaguez por sueño»

¹⁰ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *El criminalista*, págs. 106, 107, 108, 109 y 110.

de que habló ya KRAFFT-EBING; *Schlafrunkenheit*, que produce un auténtico estado de inconsciencia. Solo así se explica, como luego veremos, que el señor Ramírez incidiera en el inexcusable error de confundir a su mujer con un maleante. El estado de inconsciencia es, pues, completo, por la «embriaguez del sueño». Corresponde, por tanto, explicar el num. 1º, del art. 34 del Código Penal argentino. Un caso de muy parecida índole aconteció en España. Un hombre que vivía solo, soñaba una noche que asaltaban su casa. En el estado «crepuscular del sueño» oyó golpear en la puerta. Acudió armado, abrió y, sin preguntar nada, disparó contra el bulto que se señalaba en el marco de la puerta. Era un muchacho que traía un telegrama a altas horas de la noche y a quien el homicida jamás había visto. Es otro caso típico de «embriaguez por sueño».

"D) *Culpabilidad*. Evidentemente si falta la imputabilidad, es decir, el supuesto de capacidad para conocer lo típicamente antijurídico de la acción, no puede haber culpabilidad. Pero para fines docentes, se precisa examinar todos los caracteres. Son causas de exclusión de la culpabilidad, el error y los espacios y derivados del yerro.

"a) *Error*. Esta es la causa de inculpabilidad que aplica el Tribunal de Córdoba. Por razones humanitarias, más bien que técnicas, estima que el error es invencible. Pero la invencibilidad no puede demostrarse aquí objetivamente. ¿Cómo va a ser objetivamente invencible confundir a la propia mujer con un maleante vestido de blanco, en la propia habitación de dormir? Si es invencible el error es justamente por el estado de inconsciencia, «embriaguez de sueño», en que se hallaba el señor Ramírez. Y siendo así, lo que examine no es el efecto —error— sino la causa —inconsciencia— de que este error no fuere vencido.

"b) *Defensa putativa*. Es, en puridad, una forma de error, puesto que se trata de la admisión errónea, por parte del agente, de un supuesto que justifica el acto. Pero no excluye la antijuridicidad, ya que esta, como objetiva que es, ha de estar objetivamente eliminada, sino que incide, volatizándolo, en el dolo del agente, y, por tanto, en la culpabilidad. Esta es la *communis opinio*, a pesar de las reservas de VON LISZT y de las observaciones de MAX ERNST MAYER. El sentir más general, y a mi juicio el correcto, se halla representado, en el campo monográfico, por el estimable opúsculo de JERSCHKE, y entre los tratadistas por VON HIPPEL, FRANK, GERLAND, BELING, SAUER, MEZGER, EBERHARD SCHMIDT, etc.; JOSÉ PECO y SEBASTIÁN SOLER sustentan el criterio exacto en la Argentina. El primero aplicó la teoría a la dogmática del Código de 1922 en la famosa defensa de BESSONE, que será en breve publicada con un estudio doctrinal y de legislación comparada, seguramente el más completo que sobre el tema existe. A mi juicio, en el caso ahora planteado no hay una verdadera defensa putativa. Desde el plano subjetivo del que obra deben darse todos los caracteres de la legítima defensa, y es obvio que no pueden considerarse subjetivamente presentes los requisitos que establece el último párrafo del núm. 6º del art. 34 del Código Penal argentino, ya que nada en la conducta de la infeliz esposa, tomada por el maleante vestido de blanco, pudo hacer creer al semidormido esposo que el fantástico intruso hacía la «resistencia» reclamada por el texto legal, ni aun en el aspecto negativo con que entiende esta

actitud la jurisprudencia. No existe, pues, a mi parecer, defensa putativa en el caso planteado.

"E) *Otros problemas*. No hay para qué estudiar, por no existir en el tipo de conjugicidio, las condiciones objetivas de punibilidad, ni circunstancias atenuantes o agravantes, y menos la pena correspondiente, por tratarse de un caso de absolución.

"F) En resumen: No puede responsabilizarse criminalmente al señor Ramírez por la muerte de su cónyuge, porque concurre la causa de inimputabilidad de inconsciencia, conforme el art. 34, num. 1º del vigente Código Penal. La existencia de responsabilidad civil, que en las leyes españolas sería evidente, es un tema que me llevaría lejísimos y que en este momento sería inoportuno discutir.

"Como se ve, acostumbro a pasar revista a todos los caracteres del delito, incluso a aquellos, como la tipicidad ahora, que no están en entredicho en el caso concreto. De otro modo se operaba en Alemania. En los trabajos prácticos presentados en las Universidades germánicas solo se estudiaba el punto controvertido. A mí me parece más pedagógico analizar todas las características, incluso las que no ofrecen discusión en el supuesto sometido a examen".

II) EDUARD KERN¹¹, nos plantea un caso así:

"P, poseedor de canteras, explota una cantera, no de acuerdo con las reglamentaciones (en forma de terrazas), sino haciendo excavaciones y desplomes en una pared vertical. El obrero, competente pero temerario, al soltar desde abajo una pesada piedra que se había desplomado, fue alcanzado por ella en forma tal que falleció cuatro semanas después, a consecuencia de lesiones sufridas.

"SOLUCIÓN: Distribución:

"A. Cuestión relativa a la culpabilidad.

"I ¿Punibilidad de la explotación por ser en sí misma contraria a las reglamentaciones?

"II. ¿Homicidio culposo?

"1. Tipo 'P' ha causado la muerte de 'O'.

"a) ¿Acción u omisión?

"b) ¿*Conditio sine qua non*?

"c) ¿Interrupción del nexo causal?

"2. *Antijuridicidad*

"a) ¿Causas de justificación?

"b) En caso de omisión, ¿deber jurídico de acción positiva?

"3. *Culpabilidad*. ¿*Culpa*?

"a) ¿Inobservancia del cuidado necesario?

"b) ¿*Culpa* consciente o inconsciente?

"c) ¿Previsibilidad del resultado?

"d) ¿Culpabilidad concurrente de 'O'?

"A Propósito de los N.ºs. I y II: concurso

"B. Cuestión relativa a la pena.

"I Penas

¹¹ EDUARD KERN, (*Guía para casos de derecho penal*, ed. cit., págs. 53, 54, 55, 56 y 57).

"II. Medidas de seguridad

(Sobre la base de esta distribución, la exposición resulta sencilla. Lo principal es la distribución correcta).

Exposición:

"A. Cuestión relativa a la culpabilidad.

"I. 'P' se ha vuelto punible por ser la explotación en sí misma contraria a las reglamentaciones, o sea, antes de producirse la desgracia.

"1. No existe una exposición a peligro en el ámbito de las construcciones en el sentido del 330 del C. P., dado que una cantera no es una «construcción»; tampoco es una «obra» en el sentido del 367, párr. 1, núm. 14.

"2. Pero existen distintos reglamentos locales que contienen disposiciones penales acerca de la prevención de peligros emergentes de la explotación de las canteras; estos reglamentos han sido infringidos.

"II. El punto esencial reside en la cuestión de si 'P' ha causado culposamente la muerte de 'O'.

"1. En general, ¿la ha causado?

"a) La conducta de 'P' puede consistir en una acción positiva (explotación en sí incorrecta u orden de explotar en forma incorrecta) o en una omisión (omisión de órdenes correctas y de la vigilancia); una y otra resultan indiferentes; también puede haber un nexo causal entre una omisión y un resultado.

"b) Su conducta no puede suprimirse sin que el resultado desaparezca. No ha sido la única causa del resultado (la conducta de 'O' también ha sido *conditio sine qua non*); pero esto no es necesario.

"c) No concurre una interrupción del nexo causal, «una consunción de la participación causal del primer autor por un segundo autor», y, sobre todo, 'O' no ha causado dolosamente su muerte.

"En consecuencia, 'P' ha causado la muerte de 'O'.

"2. Antijuridicidad.

"a) La realización del tipo habla en favor de la antijuridicidad (es un «indicio» de ella); no concurren causas de justificación.

"b) Si existe una omisión, es antijurídica, dado que 'P' habría tenido el deber jurídico de actuar en forma positiva, y, precisamente, evitando el resultado, conforme a las disposiciones legales sobre la explotación de las canteras y al contrato de servicios; 'P' tiene un deber de cuidado y de vigilancia.

"3. *Culpabilidad*. No se da ni el dolo determinado, ni el indeterminado (no puede admitirse que 'P' haya consentido el resultado mortal —aunque lo haya considerado posible— en caso de producirse, sino que lo habría impedido si hubiera previsto con seguridad ese resultado); lo que solo viene al caso es la culpa.

"a) La culpa consiste en prescindir del cuidado necesario. A este se lo encarece particularmente en las disposiciones legales relativas a la explotación de las canteras, que precisamente quieren prevenir desgracias al ser explotadas en forma imprudente.

"b) La existencia de culpa consciente o inconsciente representa una cuestión de hecho, que, no obstante, no desempeña ningún papel (respecto de la culpa consciente vale el mismo marco penal que rige respecto de la inconsciente).

"c) La previsibilidad del resultado.

"aa) La desgracia era previsible. Aunque 'P' solo ocupara a obreros competentes, podría producirse una desgracia, incluso sin que concurriera la imprudencia de uno de ellos... Esto basta, no siendo necesario que fuera previsible el suceso que produjo la muerte de 'O'.

"bb) Un homicidio culposo presupone que fuera previsible un resultado mortal —una desgracia mortal—. Se le puede prever cuando caen pesadas piedras que están pendientes. De este modo, no viene al caso la lesión corporal culposa.

"d) La culpabilidad concurrente de 'O', que ha actuado con culpa grave, no excluye la culpabilidad de 'P'. La culpabilidad concurrente del lesionado solo tiene significado a los fines de la graduación de la pena (y además —pero esto no interesa aquí— a los fines del grado de la reparación del daño).

"A propósito de lo dicho en los num. 1-3, resulta que 'P' ha causado la muerte del obrero antijurídica y culposamente. Se castigará a 'P' con arreglo al art. 222 del C. P.

En cuanto a lo expuesto en los num. I y II, diremos que entre la explotación contraria a las disposiciones y el homicidio culposo existe unidad de hecho (art. 73 del C. P.). Pero también puede afirmarse la existencia del concurso de leyes (subsidiariedad del delito de peligro frente al art. 222 como delito de lesión).

"B. Consecuencias de hecho.

"I. La pena se extrae del art. 222: prisión, 27 b; en vez de prisión inferior a tres meses, pena pecuniaria. Suspensión de la pena por un período de prueba con arreglo al art. 23 del C. P.; pero confr. el 23, párr. 3, num. 1°.

"En cuanto a las medidas de seguridad, viene al caso la prohibición del ejercicio de la profesión (421)".

III. RIVERA LLANO¹² formula el caso de la siguiente manera:

"Basándonos en el «caso hipotético» que a continuación se consigna, exponemos la forma de aplicación del método juridicopenal que se enseña en la materia.

"Julia Ramírez, de veinticinco años de edad, que presta sus servicios como sirvienta desde hace pocos días en la casa de los señores Del Carpio y Mendoza, ha tenido ocasión de observar, no obstante su corta permanencia en la casa, que la señora guarda sus valiosas joyas en un cajón del armario de luna de su alcoba, reservando otro de los cajones para guardar las alhajas de sus hijas.

"El nueve de abril de 1972, creyendo Julia que la señora ha salido a la calle, penetra en la alcoba y, encontrando abierto el armario, sustrae del primer cajón, que se halla sin llave, una magnífica pulsera avaluada en la suma de \$ 50.000.00. Al pretender abrir el segundo cajón se percata de que está con llave, razón por la cual se retira sigilosamente en busca de una palanqueta.

¹² ABELARDO RIVERA LLANO, *El método jurídico penal*, ed. cit., págs. 14, 15, 16, 17 y 18.

"Contra las suposiciones de la doméstica, la señora no ha salido y se encuentra vistiéndose detrás del biombo que existe en la misma habitación, desde cuyo lugar presencia, sin ser vista, las maniobras de la infiel criada. Al abandonar esta la alcoba, la señora Del Carpio y Mendoza, la sigue a prudente distancia, viendo cómo la sirvienta se dirige a su cuarto en el cual oculta la joya sustraída. La mentada dama altisonante, acude prestamente al teléfono y avisa a la policía. Acto seguido cuenta el hecho a su cocinera, encargándole que vigile a Julia y que, con cualquier pretexto no le permita salir de la casa.

"Julia, que no se sabe vigilada, vuelve al cuarto para sustraer el resto de las joyas, cuyo valor total sobrepasa a los \$ 100.000.00. Esta vez lleva consigo una palanqueta que con previsión había adquirido días antes, instrumento con el que fuerza el cajón, logra abrirlo y extrae las restantes joyas. Casi de inmediato se dirige a su cuarto para alistar la fuga.

"La policía llega en aquel instante y procede a la detención de Julia, recuperándose las joyas que ni siquiera pudieron ser extraídas a la calle.

"SOLUCIÓN POSIBLE:

"A) La ley penal.

"1. Determinación de la ley aplicable en orden al espacio. Art. 13 del C. P. (principio de territorialidad).

"2. Determinación de la ley aplicable en orden al tiempo. El hecho sucedió bajo la vigencia del actual C. P.

"3. Comprobación de la posible existencia de un concurso aparente de leyes.

"No hay.

"4. Comprobación de la posible existencia de un concurso real de delitos.

"Si bien es cierto que en el caso se relatan dos actos que tienen dimensiones jurídicopenales, también es verdad que ambos comportamientos son ejecutivos de una misma resolución criminal y han lesionado un bien jurídico tutelado por una misma ley penal. Se trata, pues, en nuestro criterio, de un delito continuado (concurso monotípico homogéneo sucesivo) (art. 26 Const. Nal.). La expresión «infracción repetida de una misma disposición de la ley penal...», que emplea nuestro Código en el citado art. 26, es, en nuestro sentir, equivalente a la expresión *stesse disposizione di legge*, que utiliza el C. P. italiano en su art. 81, debe entenderse como que se refiere a hechos de la misma especie, aunque no comprendidos en el mismo artículo de la ley y aun de diversa gravedad. La unidad de ley violada, pues, no significa que se trate de un mismo inciso o artículo. No variando la incriminación principal debe admitirse la continuidad.

"En el caso examinado, Julia realiza su primer acto de apoderamiento (art. 349 del C. P.) sin utilizar fuerza sobre las cosas, mas en el segundo acto de sustracción usa una palanqueta para forzar el cajón. La resolución criminal es la misma. Las violaciones de la misma ley se examinarán al estudiar la tipicidad.

"5. Comprobación de la posible existencia de un concurso ideal de delitos.

"No existe.

"6. Determinación del grado de participación del agente.

"Julia tiene la calidad de autora, de conformidad con el art. 349 - verbo rector.

"7. Comprobación de la etapa a que llegó el delito en su proceso ejecutivo.

"Julia ha realizado todo lo que tenía que hacer para que la ejecución fuera completa. Sin embargo, la consumación no se ha producido por causas que son ajenas a su voluntad. En el «caso» que se estudia, Julia no ha consumado su delito objetivamente, porque no ha existido real y efectivo «apoderamiento». Se trata, simplemente, de un delito frustrado (art. 22 del C. P.). El «apoderamiento», que exige nuestro C. P. para ciertos delitos contra el patrimonio, no solo consiste en la remoción (teoría de la *amotio*) de la cosa muebles (las joyas) del lugar que ocupaban (los cajones del armario) acompañada del *animus rem sibi habendi* (explicitado con el ocultamiento de la pulsera y preparación de la fuga), sino que, además, es necesario que el agente (Julia) haya sacado las cosas muebles (las joyas) de la esfera de vigilancia de quien tiene un derecho sobre las mismas (la señora Del Carpio y Mendoza observaba las maniobras de Julia) o de quien, por una u otra razón, se cree en el deber de custodiarla (la cocinera que recibió el encargo de vigilarla), haciendo imposible de esta manera la realización de actos de disposición (Julia en ningún momento tuvo abierta la posibilidad de vender las joyas, por ejemplo).

"La circunstancia de que en momento alguno Julia haya dejado de estar vigilada, de que gracias a esta vigilancia se descubrió su comportamiento avisándose a la policía, la que realizó su detención, sin que Julia haya tenido la posibilidad u oportunidad de disponer de las alhajas, nos permite afirmar que se trata de una frustración, de acuerdo con la interpretación que damos al término «apoderamiento», siguiendo más o menos la teoría de la *ablatio* de la cual PESSINA fue sostenedor.

"B) Teoría jurídica del delito.

"1. Reordenamiento del material objetivo.

"El día 9 de abril de 1972, Julia penetra en la alcoba de la señora Del Carpio y Mendoza y al encontrar abierto el armario y sin llave el primer cajón del mismo, sustrae una pulsera avaluada en \$ 50.000.00. Al encontrar cerrado el otro cajón se retira en busca de una palanqueta con la que después regresa, logrando forzar el cajón y sustraer las demás alhajas por valor de \$ 100.000.00. Julia en todo momento ha estado vigilada, siendo detenida por la policía cuando se preparaba para huir.

"2. Acción.

"El delito ha sido cometido mediante acción en sentido estricto, Julia ha realizado dos actos que, como ya dijimos, integran una sola acción por ser ejecutiva de una misma resolución criminal.

"3. Tipicidad.

"El comportamiento de Julia queda subsumido por el art. 349 del C. P.

"4. Antijuridicidad.

"No hay causas de justificación.

"5. Imputabilidad.

"No hay causas de inimputabilidad.

"6. Culpabilidad.

Julia ha actuado con dolo directo, evidentemente.

"7. Condiciones objetivas de punibilidad.

"El «caso» no da asidero para hacer este análisis.

"C) Determinación legal de la pena.

"1. Máximo y mínimo legal.

"Según el art. 349 del C. P. la pena aplicable es de uno a seis años de prisión. Se parte del mínimo (art. 61 del C. P.).

"2. Comprobación de la eventual presencia de una causa específica de circunstancia atenuante o agravante.

"En el «caso» hipotético concurre la circunstancia modificadora de agravación prevista en el numeral segundo del art. 351 del C. P. que aumenta la pena (partiendo del mínimo) a la mitad, si el hecho se cometiera «aprovechando la confianza depositada por el dueño o tenedor de la cosa en el agente»".

JURISPRUDENCIA

Tribunal Superior de Medellín

INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA DEL ART. 374 DEL CÓDIGO PENAL: LA REPARACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO

Para efectos del art. 374 del Código Penal, debe acogerse la tradicional confirmación de la Corte Suprema en esta materia, en el sentido de que "debe, pues, tenerse en cuenta en estos eventos, más lo subjetivo que lo objetivo, esto es, más bien el propósito de la indemnización en cuanto sea posible"; es por ello por lo que, al abrigo de la equidad y de la justicia, la referida disposición, aparentemente infortunada al no consagrar en forma alternativa la restitución o la indemnización, lo que quiso fue enfatizar en el ámbito de la indemnización.

COMENTARIO:

"Existe unanimidad en apreciar que el instrumento decisivo en la interpretación, debe radicar en la finalidad del precepto jurídicopenal en el momento de su aplicación" (MAURACH).

En el número 15 de esta Revista, se publicó un atinado concepto del señor fiscal 4° del Tribunal Superior de Medellín¹, según el cual, el art. 374 del nuevo Código Penal debe entenderse no a la luz de una interpretación gramatical sino teleológica, propugnando el retorno al sentido del anterior art. 429 en cuanto que permitía la indemnización o la restitución, de forma alternativa, así como la reparación parcial como alguna vez llegó a reconocerlo la jurisprudencia², amén de dar plena trascendencia al *arrepentimiento*, siempre que se traduzca

¹ JOSÉ LIBARDO VÁSQUEZ L., "La restitución del objeto como causal de atenuación en los delitos contra el patrimonio económico". *Nuevo Foro Penal*, núm. 13, 1982, págs. 535-538. El concepto fue acogido "de manera integral" por la corporación, mediante providencia de octubre 19 de 1981 con ponencia de la magistrada ALICIA ROLDÁN R., quien formó Sala con los magistrados EDILBERTO SOLÍS E. y JAIME TABORDA P.

² Tal jurisprudencia data de dos decisiones de la Corte, correspondientes a 21 de abril de 1950, "G. J.", LXVII, pág. 262; 4 de julio de 1952, "G. J.", LXXII, pág. 650. A tales decisiones se remite el Tribunal en la providencia comentada, de la cual destacamos el siguiente párrafo:

"Pero como muchas veces la devolución total no podrá llevarse a cabo por motivos ajenos a la voluntad del agente, entonces habrá que concluir que esa devolución o resarcimiento parciales, hechos en tales circunstancias, no deben impedir la disminución de la pena, siempre que conste el completo ánimo reparador del delincuente. Debe, pues, tenerse en cuenta en estos eventos, más lo subjetivo que lo objetivo, esto es, más bien el propósito de la indemnización cumplido en cuanto sea posible, que la cantidad total devuelta".

en "realizaciones concretas", no sin tachar la norma de "clasista", reivindicando el criterio peligrosista y el principio universal de favorabilidad. Un concepto similar a este fue rendido por el mismo agente del ministerio público, aunque en otro negocio, el cual transcribe *in extenso* la corporación en la providencia que aquí insertamos y de la que nos ocuparemos en seguida.

I. Contraposición entre los arts. 429 y 374

Del análisis apegado al tenor literal de las dos normas, encontramos las siguientes diferencias entre ambas:

a) El art. 429 era una atenuante para los "delitos contra la propiedad" e implicaba una rebaja de la sexta parte a la mitad de la pena consagrada; el art. 374 es una atenuante para los "delitos contra el patrimonio económico" y supone una disminución de la pena que fluctúa entre la mitad y las tres cuartas partes.

b) El art. 429 consagraba como exigencias para que procediera la atenuante la *indemnización o la restitución*; el art. 374 exige la restitución del objeto materia del delito o su valor (de forma alternativa) y la indemnización de los perjuicios.

c) El art. 429 decía que el límite temporal para restituir o indemnizar era hasta antes que se dictara sentencia de primera instancia, o antes del veredicto del jurado, explicable esto último porque antes de la expedición del actual estatuto procedimental penal los delitos contra la propiedad se juzgaban por el procedimiento en que intervenía jurado de conciencia. El art. 374, por su parte, solo trae como límite el momento de dictar sentencia de primera instancia, con lo cual, aun en el caso de delitos contra el patrimonio económico de conocimiento de los jueces superiores por razón de la conexidad, se puede invocar el beneficio así se haya proferido el veredicto por el jurado.

d) El art. 429 no remitía expresamente a los arts. 37 y 38 que regulaban los criterios de "mayor o menor peligrosidad", aunque era obvio que para efectos del examen de personalidad tenía que acudirse a tales normas, máxime si se tiene en cuenta la notable impronta peligrosista de aquel estatuto. El art. 374 remite de manera expresa a las "circunstancias" de mayor o menor peligrosidad disfrazadas de "atenuantes" (que no atenúan nada) introducidas con tan pomposa titulación dizque "para derrotar el peligrosismo" en los arts. 64 a 66, así como a los criterios para fijar la pena del art. 61 entre los cuales quedan comprendidas a más de tales "atenuantes": la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, la *personalidad* del agente.

e) El art. 429 tenía carácter imperativo y por ende obligatorio. En cambio el art. 374 consagra una atenuante de carácter facultativo ("...el juez podrá...").

f) Del tenor gramatical se deduce que la indemnización y/o la restitución debe ser plena o completa tanto en el art. 429 como en el 374.

II. Aspecto procedimental

Desde este ángulo interesa el examen de la susodicha norma, comoquiera que la reparación de que trata puede originar el beneficio de la libertad provisional

de conformidad con el art. 453, num. 2 del C. de P. P., siempre que se trate de los delitos de hurto, estafa y abuso de confianza. Significa esto que quedan excluidos de esta causal de excarcelación los demás hechos punibles contemplados en el título XIV del C. P.

Pese a que la armonía entre este último texto de la ley procedimental y el art. 374 de la nueva codificación sustantiva no ha sido nunca puesta en duda, no han faltado algunos funcionarios que aduciendo la identidad entre el anterior delito de *robo* (que quedaba excluido) y el actual hecho punible de *hurto calificado*, han negado la excarcelación. El argumento es de una pobreza extrema y las consecuencias que se derivan de él son de una injusticia tal, que quienes así razonan se llevan por la borda el principio de legalidad, porque, o bien reviven el anterior Código para aplicarlo en toda su extensión, o acuden a la analogía *in malam partem* (arts. 1°, 6°, 7° y 10 del C. P., entre otros). De suerte, pues, que el beneficio es también procedente en los casos de hurto calificado, previo, eso sí, un escrutinio de personalidad.

Debe observarse, también, que tanto el art. 374 como el 453, num. 2, son aplicables en caso de tentativa (C. P., art. 22). Se ha dicho que ello no es posible dizque porque al no presentarse sustracción de la cosa, al no consumarse el hecho punible, mal podría hablarse de restitución y por ende de perjuicios; tal argumentación no es tan potísima, cuando se piensa que también un hecho punible no consumado puede originar perjuicios derivados de la puesta en marcha de los medios elegidos por el agente, tendientes a la realización del tipo penal; piénsese si no en la tentativa de hurto calificado, que supone la ruptura de cerraduras y violencias sobre el objeto que se trata de sustraer. En el caso expuesto es evidente que hay perjuicios materiales y siempre los habrá morales así la cuantía sea mínima. Además se podría invocar el axioma universal *a maiori ad minus*, según el cual quien puede lo más puede lo menos: si se reconoce para los hechos punibles consumados ¿por qué no reconocerlo para los hechos intentados, sobre todo si se tiene en cuenta que el carácter de la tentativa es el de "dispositivo amplificador del tipo penal"?

III. ¿Interpretación teleológica o gramatical?

El problema que se debate aquí es indudablemente el de la interpretación judicial: ¿Qué actitud debe tomar el juez ante la norma jurídica? ¿Debe ser un convidado de piedra que solo se limita a repetir mecánicamente el texto de la ley, o antes por el contrario debe jugar un papel creador? ¿Debe buscar el *telos*, la finalidad que inspira la norma? ¿De qué herramientas se debe valer?

Indudablemente el papel del juez debe ser activo, creador; la interpretación es la vida del derecho; el funcionario cuando interpreta introduce el elemento valorativo que lo enfrenta a cuestionamientos de índole política, moral, económica, psicológica. El derecho es una disciplina que se interrelaciona con el mundo circundante, su papel no se reduce a parir razonamientos rigurosamente lógicos y nada más, como es de común ocurrencia en nuestro medio, donde el *excesivo culto* al positivismo jurídico kelseniano y su logia de creyentes, se enar-

bola como la única explicación posible de nuestra disciplina. ¡Y cuánto mal se ha hecho con esta visión unilateral, amañada, políticamente cuestionable! La formación que se da a nuestros abogados está huérfana de la realidad en que se desenvuelve el derecho.

Es por ello por lo que muchos funcionarios sin recursos interpretativos, con una concepción unilateral del derecho, no hallan salida más expedita que apegarse al texto de la norma, rendir culto a la palabra. Indudablemente la argumentación dada por el funcionario de primera instancia, el *a quo*, al problema que nos plantea el art. 374, no permite en ningún momento el calificativo de teleológica. Veamos por qué:

Tradicionalmente se ha dicho que al juez se lo ha dotado de cuatro herramientas para efectos de su labor interpretativa: la interpretación gramatical, la lógico-sistemática, la histórica y la final³. La interpretación es un proceso que empieza "por la palabra"; por *interpretación gramatical* se entiende justamente "la averiguación del sentido de la ley en su significado lingüístico"⁴.

Pero la interpretación ha de ser también *sistemática*, lo que supone un método por medio del cual se "deduce el sentido de la ley de la situación en que se encuentra el precepto a interpretar en el contexto sistemático"⁵. A la *interpretación histórica* se acude para aclarar el sentido legal a través del contexto histórico general en que surge la ley, considerando su nacimiento: "ninguna institución jurídica por moderna que sea surge de la nada"⁶.

Finalmente la interpretación como proceso encuentra su máxima expresión en la *interpretación teleológica*, que permite establecer cuáles son los valores y los fines que rigen la ley penal; conduce, como afirma ANTOLISEI, "a tener presente, por una parte, el hecho social que se encuentra en la base de la norma y que esta regula; por otra, a considerar las consecuencias que se derivan de una determinada interpretación, con el fin de rechazar aquellas que contradicen el fin de la norma"⁷.

La interpretación dada por el funcionario de primera instancia al art. 374 se queda en el aspecto meramente gramatical, que, como dice MUÑOZ CONDE, "no pasa de ser un mero ejercicio preparatorio, sin valor alguno"⁸. De allí que, como el tenor gramatical impone no solo la restitución sino también la indemnización, se le niega el beneficio excarcelatorio al procesado, así el objeto se haya recuperado; por ello dice la Fiscalía que no se puede obligar al procesado a lo imposible.

³ Este proceder ha sido censurado por MAURACH: "El procedimiento antes frecuentemente practicado, de proporcionar al juez distintos medios interpretativos cediéndole la facultad de elegir entre la interpretación «gramatical» (terminología), «lógico-sistemática», «histórica» o, por último «final» (teleológica), puede entenderse hoy superado. Existe unanimidad en apreciar que el instrumento decisivo en la interpretación del derecho debe radicar en la finalidad del precepto jurídico penal" (*Tratado de derecho penal*, t. I, Barcelona, Ed. Ariel, 1962, pág. 107).

⁴ HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Ed. Ariel, 1981, pág. 209.

⁵ Ídem, pág. 209.

⁶ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1975, pág. 142.

⁷ FRANCESCO ANTOLISEI, *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, Uthea, 1960, pág. 71.

⁸ Ob. cit., pág. 142.

Esta sujeción del juez al texto de la ley, tan en boga en nuestro medio, tiene graves inconvenientes y, lo que es más grave, es censurable desde el punto de vista político, sobre todo en un país sometido a la creciente militarización de sus instituciones, a la burla de las garantías individuales, al estado de sitio permanente, cuyo levantamiento reciente se ve con buen augurio; no sin razón dice JESCHECK que "la pretensión a la obediencia del Estado absolutista y el miedo de una burguesía que despertaba a la libertad ante la arbitrariedad judicial condujeron al mismo resultado: la vinculación estricta del juez al tenor literal de la ley"⁹.

Los peligros de esta forma de interpretación han sido puestos de presente por FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, quien, lamentándose de su nefasta eficacia en nuestro derecho, manifiesta: "La exégesis del texto es, pues, necesaria, pero regularmente insuficiente y políticamente peligrosa (apologa la voluntad del gobernante histórico, permanece en el pasado y por ende se cierra el fluir de las valoraciones socioculturales, y, en fin, reniega de la equidad como fuente y faro de toda interpretación jurídica, sacrificando la justicia material en aras del más pedestre y vacuo formalismo)... es ilógica, empírica, primitiva, y puede conducir a los mayores exabruptos e injusticias"¹⁰.

IV. La decisión de la corporación

Esta incursión del Tribunal Superior de Medellín, acogiendo el concepto fiscal, por las vías de la interpretación teleológica, debe servir como ejemplo de lo que ha de ser la interpretación judicial y el papel que debe jugar, sobre todo ahora con la nueva legislación penal, cuando por vía de autoridad han empezado a imponerse con un dogmatismo asustador algunos criterios que, respondiendo más al carisma político de sus propulsores que a argumentos de contenido jurídico, comprometen la equidad en una recta y cumplida administración de justicia. Ojalá que desarrollos como el realizado a partir del art. 374 del C. P., se generalicen por la vía del análisis, del estudio desapasionado, sin olvidar en ningún momento el sustrato teleológico, finalista, de la norma, pensando antes que nada en la humanización de nuestro derecho penal.

De esta saludable decisión y para efectos puramente interpretativos, podemos entresacar los siguientes aspectos:

a) La norma contenida en el art. 374 tiene un claro contenido clasista, si no se la interpreta teleológicamente. Clasista, pues de apegarnos a su texto tendríamos que colegir que las delincuencias menores, en las que se ven incurso delinquentes de bajo extracto socioeconómico no podrían acogerse a sus beneficios, por carecer de los recursos necesarios así el sujeto quisiera y estuviere dispuesto a la reparación.

⁹ Ob. cit., pág. 208.

¹⁰ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Ed. Temis, 1982, pág. 82.

b) No puede entenderse el art. 374 en el sentido de que siempre habrá que restituir el objeto o su valor e indemnizar los perjuicios, pues habrá casos en que el sujeto no podrá restituir el objeto por haber sido este ya recuperado —tal el caso del que conoció el Tribunal—, quedando solo la indemnización de perjuicios, bien sea que la ofrezca directamente el procesado, o su familia, al perjudicado, o bien por intermedio del juez, previa tasación de los mismos.

c) Así el objeto haya sido sustraído y no devuelto, debe estarse más a la indemnización que a la restitución, pues, como dice la Sala, el primero es un término genérico y más comprensivo que el segundo, como que indica “la indemnización en todos los frentes”.

d) Pensamos que el espíritu de la decisión permite colegir que la indemnización puede ser parcial, como otrora se reconoció jurisprudencialmente a la luz del anterior art. 429; lo que debe primar son las muestras de arrepentimiento que como dice el señor fiscal tienen que consistir en “realizaciones concretas”, entendiendo que el pago parcial es una de tales realizaciones.

e) En esta materia, más que en ninguna otra, debe aplicarse el principio de igualdad de todas las personas frente a la ley penal, contenido en el art. 9° del C. P.

f) El juez debe ser muy cuidadoso al estudiar la personalidad del procesado, así como al apreciar los demás requisitos del art. 61 del C. P., sobre todo si se piensa en los pocos medios de que dispone y en el carácter *facultativo* de la atenuación, la cual supone unos márgenes de tasación muy amplios.

g) No debe pasarse por alto el principio de favorabilidad, a veces tan olvidado, comoquiera que muchos funcionarios con criterio carcelero descargan las fallas de la investigación en el procesado, cuando tiene justamente que ser lo contrario; se olvida que la misión del funcionario es investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al reo.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
Agosto de 1982.

PROVIDENCIA DE OCTUBRE 9 DE 1981

Ponente: Dr. FERNANDO GÓMEZ GÓMEZ

VISTOS:

En virtud de recurso de apelación oportunamente interpuesto por el ministerio público y por el defensor del procesado (fs. 151 vto.) —sustentado solo por el primero (fs. 152 y ss.)— y debidamente concedido (fs. 153 vto.), conoce esta corporación de la providencia del cuatro de setiembre del presente año, mediante la cual el señor Juez Décimonoveno de este Circuito

no accedió a la libertad provisional solicitada por el defensor para el procesado por hurto, J. D. G. V. Concluido el trámite en esta instancia y dentro de él escuchado el parecer del señor agente del ministerio público, la Sala procede a resolver lo conducente.

Enjuiciado mediante providencia ejecutoriada por el delito de hurto, el procesado G. V. ha solicitado ya en el curso de la causa el beneficio de la libertad provi-

sional, mediante su representante judicial, bajo la consideración de que tiene el derecho, a la luz del art. 7°, numeral 2° de la ley 17 de 1975, en armonía con el art. 374 del Código Penal, pues que “la presunta víctima u ofendido en el caso de autos, señor E. N. C. A. fue indemnizado de todos los daños y perjuicios ocasionados con el hecho que es materia de investigación, según consta en memorial adjunto al proceso”.

No obstante que la señora fiscal octavo del circuito se mostró partidaria del beneficio de excarcelación, el señor juez, en cuidadoso estudio que nutre con serios argumentos y adecuadas reflexiones, niega tal gracia.

Argumento central suyo, luego de reproducir el texto de los arts. 429 del anterior Código y 374 del vigente, es el siguiente: “...fácil es observar dos aspectos: 1°) según la norma derogada, la circunstancia de atenuación se daba indistintamente, fuera porque el responsable del hurto restituyera el objeto materia de la infracción, o bien porque indemnizara de los perjuicios a la persona ofendida. En cambio el texto del art. 374 es sumamente claro en exigir para esos eventos la concurrencia de las dos circunstancias, esto es, la restitución del bien injustamente sustraído y el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con ese comportamiento; 2°) mientras que la atenuante era imperativa, al tenor del art. 429, en el art. 374 es potestativa del juez”.

Sostiene, por tanto, que la restitución es imprescindible, y con jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia busca vigorizar su entendimiento al respecto. En efecto, transcribe una conocida y traída providencia de la H. Corte, que al respecto dice: “Porque no se puede olvidar que es el arrepentimiento del agente del delito, demostrado por la espontánea restitución del objeto sustraído, el aspecto más interesante de la norma, pues en el sistema de la actividad sicofísica como base de la imputabilidad penal y del estado peligroso como medida de la sanción, dicho

arrepentimiento indica que el sujeto tiene sentimientos nobles y capacidad de readaptación para la vida social...”.

Con todo, no solo por el trozo transcrito sino por la manera como concluye, la H. Corte Suprema de Justicia antes que a la propia restitución, le da primordial importancia es al *arrepentimiento*. Obsérvese, si no, cómo la primera afirmación no se altera en forma alguna si se suprime “*demonstrado por la espontánea restitución del objeto sustraído*” y, por el contrario, conserva a plenitud de su esencia: “...no se puede olvidar que es el *arrepentimiento del agente del delito... el aspecto más interesante de la norma*”. Simplemente sucede que la restitución es una de las maneras más adecuadas de demostrar ese arrepentimiento y que, conforme se expresa en esa providencia, con frase puramente incidental, ese arrepentimiento se había demostrado en esa forma, en el caso concreto.

Si así no fuera, de otra parte, la indicada providencia sería de inconcebible incongruencia —la que sería atrevimiento suponerla—, pues a poco la H. Corte puntualiza ese interesante aspecto con la siguiente y magistral rubricación, “*debe, pues, tenerse en cuenta en estos eventos, más lo subjetivo que lo objetivo, esto es, más bien el propósito de la indemnización en cuanto sea posible...*”.

Estas breves acotaciones que la Sala cree totalmente pertinentes frente a la nueva norma, también encuentran respaldo firme, además, en el enjundioso concepto que el señor fiscal cuarto de la corporación ha emitido a fs. 155 y ss., cuyas reflexiones acoge la Sala por su seriedad y por su franca inclinación a la equidad, cuando con justicia demanda la libertad provisional para el procesado G. V.

En efecto, el colaborador del ministerio público, después de analizar la finalidad de la disposición del viejo Código al dejar en claro que ella consistía, a la luz del peligrosismo, en beneficiar a quien no era temible y, también, de concluir que esa consideración no se puede entender total-

mente abatida frente al nuevo estatuto, expresa: "Ya se ha dicho y nada impide repetir, que en efecto el texto nuevo está construido de tal manera que su forma literal reclama restitución e indemnización. Pero no puede olvidarse que su finalidad es consagrar la rebaja de pena y, eventualmente, la libertad de quien, a pesar de su responsabilidad penal, revela ser de una peligrosidad menor o si se quiere de una personalidad más adecuada a la vida en comunidad, o no necesitada de tratamiento penitenciario.

"Según la insoslayable finalidad de la disposición, esas características de la personalidad las revela quien da muestras de arrepentimiento. Esas muestras deben consistir en realizaciones concretas, que no en meras manifestaciones de buena disposición.

"Pero la ley no puede erigir en materia de exigencia conductas o actos de imposible cumplimiento. Si así lo hiciera, lógico sería concluir que la ley no tiene otro fin que el de la burla, lo que sería presuponer el absurdo. Imposible es para cualquier autor de delito contra la propiedad restituir voluntariamente, en momento procesal alguno, lo que le ha sido *decomisado* aun antes de la iniciación del proceso. Tal devolución sería imposible aun para el más ocasional, el menos peligroso de los delincuentes, por la sencilla e inevitable circunstancia de que su voluntad, aun siendo la más recta y loable respecto de la restitución, no podrían desembocar en esta porque el sujeto no tiene la cosa consigo.

"Cualquiera que sea la posición que a este respecto se adopte, no podrá negarse la diferencia existente entre el sindicado o procesado a quien se le *decomisó* el objeto material del delito y, obviamente, *no restituye* aun cuando quisiera hacerlo, porque no puede y aquel otro que desde el momento de la sustracción o apoderamiento asegura la cosa y *no la restituye*, pero podría restituirla si quisiera.

"Por ello, a quien se le ha *decomisado*, si bien es cierto que se *restituye*, también

lo es que está en *imposibilidad* de hacerlo, y no le queda otra forma de demostrar lo que la ley *esencialmente quiere* de él, que la indemnización de los perjuicios. La fiscalía no cree exagerar si afirma que la negativa del señor juez de quien proviene la actuación implica afirmar —sea dicho con todo respeto— que la ley niega la disminución punitiva a aquellos sujetos a quienes se les *decomisó* los objetos y la utiliza solo para aquellos que, por su mayor habilidad o suerte, los tuvieron o con disposición —siendo aun posible que en maliciosa espera— hasta cuando, en verdad arrepentidos o *convencidos* de que se avecina una sentencia de condena, los restituyen en momento cuando, por la larga privación que de ellos sufriera su dueño, ha tenido su indubitable perjuicio.

"No sin razón se quejaba el doctor JAIMÉ BERNAL CUÉLLAR, en su conferencia acerca de los delitos contra la propiedad, de la incongruencia de este texto comentado «ha debido dejar, más bien —dice el conferencista— en forma alternativa, restituir o indemnizar.

"Y también encuentro una crítica a esta norma, aquí se obliga la restitución total. El legislador ha debido ser congruente» (conferencia *Delitos contra la propiedad*, publicación del Ministerio de Justicia, págs. 138 y 139). Continúa el citado expositor considerando cómo la gravedad del delito de peculado es sin duda mayor que la del delito de hurto —con toda razón—, no obstante la restitución en aquel delito, siendo parcial, determina la disminución de la pena, lo cual no ocurre si se interpreta literalmente el art. 374. Amén de que se presupone que merece mayor protección estatal la propiedad privada o particular que los bienes públicos u oficiales, lo cual es absolutamente aberrante ya que la primera tiene el más desvelado e interesado o motivado defensor en su propio titular, en tanto que la segunda, de rango superior porque es nada menos que un medio de cumplir sus fines el Estado, está librada a una burocracia no siempre honesta y, en todo caso, carente

de un interés directo en una conservación y buena administración.

"Pero tal interpretación sería meramente declarativa, forma de la que se ha dicho juiciosamente que no es interpretación. Con ella la interpretación legal desaparece y se abandona el deber de disentir el espíritu de la ley y de realizar la equidad.

"Del art. 429 del anterior Código se había dicho que resultaba siendo clasista por cuanto consagraba un beneficio al cual solo podría acceder quien tuviera la posibilidad de restituir el objeto del delito o su valor, o indemnizar los perjuicios. Esa crítica que fue justa en su momento, adquiere hoy mayor razón de ser, si se entiende como literalmente se dice en el art. 374 del nuevo Código, que han de cumplirse ambos comportamientos.

"La interpretación que la fiscalía propone con todo respeto a la Honorable Sala, quiere consultar aquel inmenso valor de la equidad, atendiendo también al art. 6° del Código Penal, en cuanto repite el mandato constitucional según el cual la ley permisiva o favorable prefiere a su contraria, pero antes que a toda consagración positiva, atiende al principio universal "*Favores sunt ampliandi et edin sunt restringendi*".

De otro lado, para concluir en lo que ya es ostensible y manifiesto espíritu de la providencia, la Sala aprecia que la *indemnización* es un término más comprensivo y genérico que el de *restitución*. Porque esta ciertamente indemniza de manera muy específica como es cancelando los perjuicios subsiguientes de la víctima con la devolución del objeto que había sido sustraído; en tanto que aquella implica la indemnización en todos los frentes. Por manera que vale la pena, al abrigo de la equidad y de la justicia, entender que la indicada expresión del legislador en el art.

374, aparentemente infortunada al no consagrarse la forma *alternativa* —como dio a entender el doctor BERNAL CUÉLLAR—, lo que quiso fue ser enfático en el ámbito de la indemnización.

Por manera, entonces, que habiendo existido la indemnización en los términos en que el propio ofendido lo expresa (fls. 165), no queda en pie objeción para negar el beneficio excarcelatorio que le ha sido negado.

Por lo mismo, se revocará la decisión del señor juez penal del circuito y con fundamento en el numeral 2° del art. 7° de la ley 17 de 1975, se decretará la excarcelación de G. V. bajo caución adecuada, mediante diligencia en la cual se comprometa al cumplimiento de las obligaciones específicamente previstas en el art. 460 del Código de Procedimiento Penal.

Por todo lo dicho y sin más consideraciones, oído el concepto del señor agente del ministerio público y plenamente de acuerdo con él, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, *revoca* el auto por el cual se negó el beneficio excarcelatorio y, en su lugar, *concede* la excarcelación al procesado J. D. G. V., mediante fianza prendaria por valor de dos mil pesos (\$ 2.000.00) m/cte. que será depositada en el Banco Popular de la misma ciudad. Una vez asentada la correspondiente diligencia, conforme a lo indicado en la parte motiva, se expedirá la correspondiente boleta de libertad.

Cópiese, notifiqúese y devuélvase.

Fernando Gómez Gómez
(fdo.) magistrado.

José Luis Gómez Pérez
(fdo. magistrado).

José Sauer Gómez Piedrahita
(fdo. magistrado).

Alberto García Quintero
(fdo. Secretario).

PROVIDENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1981

Ponente: doctora ALICIA ROLDÁN

VISTOS:

En este proceso se sindicó a J. A. V. de haberse hurtado la suma de \$ 46.143 el día 29 de marzo del corriente año en el municipio de Montebello, pero *pocos minutos después* toda esa suma de dinero fue recuperada por la policía en manos de un posible cómplice del inculcado.

Posteriormente el sindicado (al parecer por intermedio de su defensor) depositó en la Caja Agraria de la localidad la suma de *cinco mil pesos* a la orden del juzgado para el pago de los posibles perjuicios que hubiera ocasionado con su delito. Y con base en aquella reparación, se pidió la excarcelación de V. conforme a los presupuestos de la ley 17 de 1975 en concordancia con el art. 453 del C. de P. P. Mas, el juzgado de instancia, por auto del 14 de agosto último, negó ese beneficio bajo el argumento de que "la simple lectura" (sic) de la norma contenida en el art. 374 del Código Penal deja advertir, sin duda alguna, la exigencia de que para tener derecho a esa gracia restituya el objeto del delito o su valor e indemnice los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado.

Buenos y convincentes los argumentos que con relación a la interpretación de esa norma expone el señor fiscal cuarto del Tribunal, en concepto suyo que antecede y que la presente Sala acoge de manera integral.

Dentro de una sana administración de justicia, no basta apenas atenerse a la "simple lectura" de una norma. Porque con tal equivocado modo de pensar se llegaría entonces al absurdo de que, por ejemplo, en un proceso adelantado por delito contra la vida, bastaría apenas que se demostrara que Pedro mató a Juan, pa-

ra que llana y lisamente al primero se le condenara a la respectiva pena, desentendando así el criterio del juzgador de haber obrado conforme a la adecuación íntegra de la hipótesis establecida en el art. 23 del Código Penal: "*El que matare a otro incurrirá en prisión de diez a quince años*".

En la interpretación de la norma que se discute (C. P., art. 374), no debe pasar inadvertida la circunstancia de que ella parte del supuesto de que el objeto del delito haya quedado en poder del delincuente, dentro de la órbita de dominio que le haya señalado después de sustraerlo de la esfera de protección que le había dispensado su dueño o tenedor legítimo. Mas, cuando se da el caso de que el bien u objeto del ilícito fue decomisado o incautado, es obvio que no tiene efectividad la exigencia de *restitución* del mismo porque hay sustracción de materia, y la ley no puede exigir *imposibles*, como lo anotó el señor fiscal. En tales casos, para aspirar a la gracia indicada en la norma de que se habla, basta apenas que el agente del delito *indemnice* los perjuicios. Y que, en el presente caso, si bien no han sido tasados judicialmente, la suma espontáneamente depositada por el sindicado, cubre a creces el posible monto que se llegara a determinar por tal concepto si se considera el cortísimo lapso que la suma de dinero sustraída estuvo fuera del dominio de su dueño lo que, indefectiblemente, no se tradujo en ningún revés económico para él (lo que sí hubiera ocurrido si, por ejemplo, el decomiso se hubiese llevado a cabo algún tiempo después), salvo en otros aspectos como el del abandono de su lugar de trabajo por corto lapso para darse al seguimiento del o los sindicados, pago de vehículo para su alcance, etc.

De suerte que es injusto exigir al sindicado V. que además de cubrir una suma que, a su consideración, satisface los posibles perjuicios ocasionados con su acción, se le obliga también a *devolver* la suma sustraída, cuando ella le fue arrebatada para regresar al patrimonio del ofendido. Debe, pues, tenerse en su favor la atenuación del art. 374 del Código Penal, y concedérsele el beneficio de excarcelación, previa fianza por la suma de *quinientos pesos* (\$ 500.00) para garantizar su presencia en el juicio.

Por lo dicho, el Tribunal Superior, por

medio de la presente Sala, *concede* el beneficio de excarcelación mediante fianza por \$ 500.00 al sindicado J. A. V. revocándose así la providencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alicia Roldán Ruiz
magistrada ponente

Edilberto Solís Escobar
magistrado

Jaime Taborda Pereáñez
magistrado

Tribunal Superior de Medellín

DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES. PROBLEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 242 Y 244 DEL CÓDIGO PENAL

La explotación ilícita de yacimientos mineros se adecua a los tipos contenidos en los arts. 242 y 244 del Código Penal a un mismo tiempo. Ante casos así de concurso de leyes, el juez ha de optar necesariamente por el tipo más benigno, en este caso el art. 242, ya que, de un lado, en él es inferior la pena conminada y, de otro, hace una exigencia mayor para la adecuación típica, ya que establece una cuantía superior a los cien mil pesos. Se trata, sin embargo, en ambos casos, de tipos super-abiertos o indeterminados, en los que quedaría conminada con pena cualquier conducta de explotación minera que se aparte de las complejas y abundosas reglamentaciones legales y administrativas sobre el particular. Una interpretación teleológica del tipo permitiría introducir la limitación de tomar en cuenta únicamente, como ilícitas, las explotaciones que vulneren el bien jurídico de la conservación socioeconómica de los recursos naturales.

PROVIDENCIA DE SETIEMBRE 4 DE 1981

Ponente: Dr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA

VISTOS:

Por apelación del señor apoderado de la parte civil, revisa el Tribunal el auto del nueve de setiembre de 1981, por medio del cual el Juzgado Primero de Instrucción Criminal de este Distrito, en comisión en Puerto Nare, decretó la libertad bajo conminación de Ramiro de Jesús Gómez Caveda y once indagados más, cuya detención preventiva había sido ordenada, por el delito de "explotación ilícita de yacimiento minero" de que trata el art. 244 del C. P., por el Juzgado Promiscuo Municipal de la citada localidad. En el mismo auto se ordenó pasar el expediente a

la alcaldía municipal respectiva, por considerar que se trata de un asunto administrativo.

El recurso no fue sustentado, pero ha de suponerse que el apelante pretende nuevamente la detención provisional de los procesados, pues representa los intereses del dueño del terreno en que yacen las minas, cuya explotación de hecho por mineros pobres quiere impedirse por la ejemplarizante vía penal.

La señora fiscal sexto del Tribunal, en cambio, demanda la integral confirmación del proveído, pues considera que en este caso no solo es difícil sino también injusta la aplicación del tipo contenido en el

art. 244 del C. P. También sostiene, de acuerdo con el *a quo*, que el asunto no pasa de ser policivo y que su solución incumbe, según la vigente ley minera, al alcalde municipal de Puerto Nare.

El hecho investigado es muy sencillo: En la finca "La Palmera" de propiedad de Tulio Molina Pulgarín (denunciante), múltiples personas se dedicaron a la explotación, con motobombas, de una mina de aluvión. El señor Molina consideró que tenía derecho a impedir tal actividad, primero, como dueño del terreno, y, segundo, como testaferro de la licencia de exploración y explotación solicitada por Elcy Stella Arroyave Madrid y César Augusto Molina Marín. Esta licencia, sin embargo, no ha sido concedida a esas personas, ni a ninguna otra, de suerte que nadie en realidad tiene derecho a la explotación de los referidos minerales, derecho que tampoco va aparejado por el dominio del suelo.

Aunque desde el punto de vista probatorio puede aducirse que no se ha acreditado si los indagados explotaban o simplemente exploraban el aluvión, como tampoco propiamente la existencia de este, el verdadero problema es de carácter jurídico y reza con la interpretación que debe darse a los arts. 242 y 244 del C. P., para determinar cuál de ellos es aplicable al caso de autos, o si ninguno de ellos es procedente. La contradicción entre los dos tipos es ostensible, pues ambos se refieren a la explotación ilícita de minas, el primero con la denominación de recursos mineros y el segundo con la de yacimientos mineros. Según que se piense en la aplicación de una u otra norma, se llega no solo a una pena notoriamente distinta (que en el primer caso parte de seis meses y en el segundo de dos años de prisión), sino también a diversas exigencias típicas, pues el artículo citado en primer término exige una explotación en cuantía superior a los cien mil pesos, limitación no contenida en la segunda norma.

Una observación de carácter general debe formularse: la explotación de los mi-

nerales, para ser punible, debe ser, según ambos artículos, ilícita. Por el aspecto formal, la ilicitud en este caso consistiría en la falta de autorización legal para explotar los recursos o yacimientos mineros, autorización que debe ser otorgada por las competentes autoridades administrativas y según las exigencias y procedimientos de las vigentes leyes sobre minas. Si esa fuese la ilicitud tipificada por los arts. 242 y 244 citados, se trataría de tipos francamente indeterminados, que no permitirían definir las conductas punibles y por tanto serían inaplicables por su abierta oposición al principio rector contenido en el art. 3° del C. P. y al postulado de determinación de los delitos que emana de los arts. 26 y 28 de la Constitución Nacional. En efecto, explotación ilícita sería toda actividad de beneficio económico ejecutada sobre una mina, con cualquier informalidad de carácter administrativo, tributario, civil o minero. Se trataría entonces de tipos abiertos con reenvío genérico, en los que la materia de la prohibición sería determinada por la interpretación judicial, en lugar de estar definida por la ley. Es necesario, de consiguiente, acudir a la antijuridicidad material que exige el art. 4° del C. P., definida como atentado contra el bien jurídico correspondiente. En el supuesto de que se ocupa la Sala, el bien jurídico a que se refieren los arts. 242 y 244 está constituido por la integridad de los recursos naturales (bien jurídico específico que enuncia el capítulo respectivo) y por el orden económico social (bien jurídico genérico enunciado por el título VII del libro II del C. P., al que pertenecen los tipos de que se trata). Se requiere, pues, que la explotación irreglamentaria atente contra los recursos naturales, en forma tal que represente un daño real o potencial, pero cierto, contra el orden económico-social del país. La misma gravedad de las penas conminadas indica que se trata de actividades de importancia, pues una pena grave no puede estar justamente amenazada para conductas insignificantes. En el caso precisamente no pue-

de sostenerse que la actividad de los procesados, en el supuesto de constituir *explotación* irreglamentaria de las minas, vulnera el orden socioeconómico del país y atenta contra la integridad de sus recursos naturales, pues no consta que estos estuviesen siendo dañados por medio de una actividad económica y socialmente nociva. Ni el mazamorreo ni el barequeo, ni su moderna versión de la explotación con motobombas manuales o portátiles, puede considerarse como actividad explotadora que dañe los recursos naturales de minería y altere el bien colectivo que se denomina orden económico-social.

El planteo precedente bastaría ciertamente para confirmar la libertad que el *a quo* otorgó a los inculcados, por no ser su conducta típicamente antijurídica al faltar el aspecto o componente material de la antijuridicidad y por lo tanto esta misma. Pero hay más, como se insinuó antes: los arts. 242 y 244 del C. P. son contradictorios en la medida en que ambos se refieren a la misma conducta (explotación ilícita de minas), sin que el conflicto pueda resolverse por las normas del concurso efectivo de tipos, ya que ambas tutelan el mismo bien jurídico, ni por las del concurso aparente de normas penales porque ninguna de ellas excluye a la otra de su propio radio de acción. En supuestos así, la doctrina penal ha convenido en el llamado "efecto obstructor del tipo más benigno", es decir, en la aplicación de aquel de los tipos que resulte menos grave para el reo. En este supuesto, la benignidad está claramente del lado del art. 242, pues no solo prevé una pena más benigna (seis meses a tres años de prisión, en lugar de la escala de dos a ocho años de la misma pena que contiene la otra disposición), sino que además contiene una exigencia adicional de la tipicidad, de orden cuantitativo, pues limita la punibili-

dad a las explotaciones que arrojen un beneficio superior a los cien mil pesos. El art. 242 sería, pues, el aplicable por el principio de benignidad, única manera de resolver la antagónica contradicción entre los dos artículos mencionados. Pero resulta que en el sumario no se insinúa siquiera que la explotación supuestamente realizada por los indagados se aproximase siquiera a dicha cuantía, de suerte que también bajo este respecto resulta atípica la conducta que se les ha imputado.

En cuanto a la remisión del expediente a la alcaldía municipal para el trámite administrativo a que hubiere lugar, la decisión del señor juez de instrucción es equivocada. El proceso penal ya fue abierto y por ende no puede concluir sino por las vías indicadas por el procedimiento penal, asumidas por el competente juez de conocimiento, que en este caso lo es el del respectivo Circuito. Debe por tanto reclamarse de inmediato el cuaderno original del expediente al señor alcalde municipal y continuar el trámite del proceso hasta su finalización por alguna de las providencias indicadas en el C. de P. P.

Así, entonces, de acuerdo con el ministerio público, el Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *confirma* el auto de fecha, origen y contenido indicado, *con la reforma* de que se deja sin efecto el numeral 4° de la parte resolutive. El señor juez promiscuo municipal de Puerto Nare reclamará el cuaderno original a la alcaldía del mismo municipio y, previos los trámites de ley, remitirá toda la actuación al correspondiente juez de circuito.

Arprobado acta nro. de fecha.

Cópiese, notifíquese y devuélvase

Los magistrados

Juan Fernández Carrasquilla, Fernando Gómez Gómez, José Luis Gómez Pérez, Alberto García Quintero, secretario.

NOTAS

Esta revista se terminó de imprimir en los
talleres litográficos de Editorial Temis,
S.C.A., el día 10 de abril de 1983

LABORE ET CONSTANTIA