

NUEVO FORO PENAL

JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA
NODIER AGUDELO BETANCUR
Directores

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
Coordinador

Leihgabe Prof. Ambos

36

EDITORIAL

Hacia una auténtica administración de justicia.
Colectivo socio-jurídico "Ruptura"

DERECHO PROCESAL PENAL

La presunción de inocencia en la doctrina
del Tribunal Constitucional español.
Antonio Ma. Lorca Navarrete

Innovaciones fundamentales en el nuevo Código
de Procedimiento Penal.
Hernando Londoño Jiménez

El artículo 305 del nuevo Código Procesal Penal y el Estado de Derecho.
Tahí Barrios Hernández

Captura, detención y libertad en el nuevo Código de Procedimiento
Penal, desde un punto de vista criminológico crítico.
Mauricio Martínez Sánchez

FORO ESTUDIANTIL

Aproximación al concepto de utilidad en Beccaria.
Francisco Valbuena C.

LEGISLACIÓN

Decretos 466, 468, 565, 750, 790, 1195, 1196, 1197, 1198,
1199, 1200, 1201, 1202, 1203 y 1204 de 1987.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Es inconstitucional el juzgamiento
de civiles por militares. Principio del juez natural. I. Declaratoria de
inexequibilidad del decreto-ley 3671 de 1986.

Jesús Vallejo Mejía
II. Declaratoria de inexequibilidad de los arts. 4º y 5º del decreto 3664
de 1986.
Jesús Vallejo Mejía

CO/XIV
F/Z
2345

Directores

NÓDIER AGUDELO BETANCUR
JUAN E. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA

Coordinador

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Consejo de Dirección

HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ
CARLOS ALBERTO JARAMILLO R.
JESÚS MARÍA VALLE JARAMILLO
HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO
JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA
J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA
MARIO SALAZAR MARÍN
IVÁN GÓMEZ OSORIO
HERNÁN DARÍO BENÍTEZ N.

Auxiliares

SANDRA CRISTINA MORA S. (U. de Medellín)
JORGE ENRIQUE VALLEJO (U. de Medellín)
GUILLERMO ARISMENDY D. (U. de Medellín)
FRANCISCO VALBUENA C. (U. de Antioquia)
LINA ADARVE CALLE (U. de Antioquia)

NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL



Editorial TEMIS Librería
Bogotá - Colombia
1987

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



Rechtswissenschaftliches Seminar
der Universität
Göttingen

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

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

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

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

ÍNDICE GENERAL

EDITORIAL

Hacia una auténtica administración de justicia. Colectivo sociojurídico "ruptura" 147

DERECHO PROCESAL PENAL

- La presunción de inocencia en la doctrina del Tribunal Constitucional español.
Antonio Ma. Lorca Navarrete 153
- Innovaciones fundamentales en el nuevo Código de Procedimiento Penal. Hernando Londoño Jiménez 167
- El artículo 305 del nuevo Código Procesal Penal y el Estado de Derecho. Tahí Barrios Hernández 185
- Captura, detención y libertad en el nuevo Código de Procedimiento Penal, desde un punto de vista criminológico crítico. Mauricio Martínez Sánchez 193

FORO ESTUDIANTIL

Aproximación al concepto de utilidad en Beccaria. Francisco Valbuena C. 209

LEGISLACIÓN

Decretos 466, 468, 565, 750, 790, 1195, 1196, 1197, 1198, 1199, 1200, 1201, 1202, 1203 y 1204 de 1987 223

JURISPRUDENCIA

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (SALA PLENA). Es inconstitucional el juzgamiento de civiles por militares. Principio del juez natural. I. Declaratoria de inexequibilidad del decreto-ley 3671 de 1986. Jesús Vallejo Mejía . 241
- II. Declaratoria de inexequibilidad de los arts. 4º y 5º del decreto 3664 de 1986. Jesús Vallejo Mejía 258
- Comentario de Hernando León Londoño Berrio 261
- TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA. Condenado por loco. Luis Fernando Torcora L. 266
- Comentario de J. Guillermo Escobar Mejía 269
- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. El delito continuado en el Código Penal. Juan Fernández Carrasquilla 272

EDITORIAL

HACIA UNA AUTÉNTICA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA *

La actividad funcional del Estado colombiano encuentra su directriz en la Constitución Nacional. Se preceptúa en su artículo 55, en efecto, que el poder público se constituye por las ramas Legislativa, Ejecutiva y Jurisdiccional. Estas, precisa la norma, tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado.

Dicho precepto, además de que corresponde a uno de los elementos que configuran el Estado de Derecho, es, de otro lado, “la expresión estructural del pluralismo ideológico, que aquí se denomina pluralismo orgánico, con el que se ha identificado uno de los pilares del constitucionalismo como filosofía racional del reparto y manejo del poder al servicio de la libertad”¹.

Lo anterior es el aspecto teórico. La realidad, sin embargo, es diferente. La pretendida división del poder público, para efectos funcionales, no es sino eso: una pretensión, puesto que el desequilibrio de sus ramas es evidente. Presupuesto propio e infraestructura sólida caracterizan a la legislativa y a la ejecutiva, en tanto que la jurisdiccional, solitaria, es colocada en situación mendicante. En el aspecto funcional, de otra parte, es notoria la ausencia de “colaboración armónica”. En su lugar existe la intromisión armónica de las otras ramas del poder público en la rama jurisdiccional: la ejecutiva mediante el recorte de sus actividades propias, y la legislativa con sus intentos reiterados de convertirla en bastión de la clase política del país.

La crisis del Estado ha llegado a un punto de difícil retorno. Esta situación fue señalada por la Corte Suprema de Justicia, con ocasión del asesinato del magis-

* El presente Editorial constituye la presentación del *Colectivo Ruptura*, dedicado, desde tiempo atrás, a la investigación y análisis sociojurídico de diversos problemas que afectan actualmente la realidad y estructura institucional del Estado colombiano.

Este grupo de trabajo se encuentra integrado por profesionales vinculados de una u otra forma a la Rama Jurisdiccional y que coinciden, además, en una profunda preocupación por la crisis que atraviesa nuestra organización social. Que se sienten obligados por un profundo compromiso con la realidad objetiva, pretendiendo con su trabajo y análisis contribuir a su desentrañamiento y superación. Desde luego, tal empresa implica “romper” con prejuicios, ideas y opiniones arraigadas, hasta hace poco, más en el sentido común que en el estudio y evaluación objetiva, metódica y sistemática de la realidad sociojurídica del país. Por ello, son sabedores que sus posibilidades de efectuar algún aporte decisivo, penden de los logros que alcancen en la tarea propuesta.

Integran el *Colectivo Ruptura* los profesionales PEDRO ENRIQUE AGUILAR LEÓN, GABRIEL RICARDO NEMOGÁ SOTO, LUIS HERNÁNDEZ BARBOSA, CARLOS ARTURO SUÁREZ ROBLEDO y ÁLVARO MEDINA GUTIÉRREZ.

¹ Corte Suprema de Justicia, *providencia de mayo 31 de 1984*. Magistrado ponente, dr. MANUEL GAONA CRUZ.

trado HERNANDO BAQUERO BORDA. Hizo un llamado angustioso al máximo tribunal de justicia a las otras ramas del poder público, a las cuales instó a tomar real conciencia de sus funciones ante la grave crisis desatada por la violencia generalizada. Denunció, además, la inexistencia de una política efectiva para conjurar las causas de las serias perturbaciones que aquejan a las instituciones, principalmente a la rama jurisdiccional, la más débil e inerte, hasta el punto de que sus recursos son apenas de carácter legal y espiritual, lo que la lleva a ejercer su tarea en forma prácticamente solitaria².

Frente a panorama tan desolador, ¿cabría afirmar que la rama jurisdiccional es la principal responsable del reinante caos, como pretenden mostrarlo a la opinión pública algunos personajes de la política nacional y de otros estamentos? Claro que no. Nada más absurdo que una conclusión tal. Las causas de la crisis, en verdad, no se encuentran esencialmente dentro del ámbito de la rama jurisdiccional. Ellas hay que buscarlas en los diferentes factores que afectan a la sociedad colombiana en general. Pretender lo contrario sería como atribuir a la ley el carácter de panacea de los problemas estructurales que aquejan al país. Además, debe tenerse en cuenta que "El Estado contemporáneo actúa más como gobernante, como administrador o como legislador, y por intermedio de sus partidos y directorios políticos, que como juez. En estos términos, la responsabilidad institucional tiene que ser necesariamente proporcional al papel que se desempeña; no toda es de los jueces"³.

Es evidente que el estado de abandono institucional en que se encuentra la rama jurisdiccional limita su campo de acción. Pero, ¿ello sería justificación para asumir una conducta pasiva y conformista ante su propia suerte? Resulta obvio que no. Es precisamente en los actuales momentos cuando se requiere, por quienes de una u otra forma están vinculados a la "organización" jurisdiccional, de actividad efectiva en la búsqueda de nuevas alternativas, con el fin de consolidar un verdadero Estado material de Derecho, respetuoso de la libertad individual y de los derechos humanos. Para la realización de tan anhelado propósito es indispensable partir de los siguientes puntos básicos:

a) Definición de una política económica real que le dé sustento a la administración de justicia, por cuanto este servicio público —ello no se puede desconocer— es el que cuenta con menos recursos, a pesar de ser teóricamente de gran envergadura, hasta el punto de que se lo denomina "Rama Jurisdiccional del Poder Público". Un servicio prioritario y sus funciones, sin presupuesto, es verdaderamente una burla.

b) Real autonomía e independencia del organismo jurisdiccional, que debe tener como premisa un presupuesto sólido y una organización que esté en capacidad de disponer y efectuar el manejo administrativo racional de sus propios recursos financieros, materiales y humanos.

La independencia en modo alguno puede reducirse —como lo confirma nuestra realidad— a la consideración estrecha que identifica dicho concepto con la facultad

² Declaración de agosto 1° de 1986. Publicada en la *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, N° 14, pág. 23.

³ MANUEL GAONA CRUZ, "La justicia", en *Revista 6 de noviembre*, N° 1, pág. 13.

de los tribunales para vincular o desvincular sus propios funcionarios en todos los niveles jerárquicos. Si bien es cierto esta condición se muestra necesaria, ella es absolutamente insuficiente dada la ausencia de políticas y técnicas racionales de selección.

La autonomía, entendida en el sentido de que el juzgamiento de delitos corresponde al poder judicial, no tiene plena operancia. Esta situación se corrobora fácilmente. De un lado, por la confesión que hace el Estado de su debilidad para garantizar el juzgamiento de sus propios ciudadanos, procediendo a extraditarlos a naciones más fuertes en el contexto mundial. Del otro, por la asignación reiterada de competencia para el juzgamiento de civiles a tribunales militares o de excepción.

c) Implantación de un régimen de carrera judicial que excluya las otras ramas del poder público en la designación y promoción de sus jueces y empleados; adopción de un modelo para la designación y control de tales funcionarios, que no dependa de los tribunales de mayor jerarquía; garantía de pluralidad ideológica en su conformación; promoción de un perfil de juez comprometido con los derechos humanos y los valores que exige un verdadero Estado Social de Derecho; y, coadyuvar a la cualificación teórica y ética de funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional⁴.

d) Propender a la creación de una asociación de jueces. Este mecanismo es necesario porque, como lo afirma BERGALLI, "en la medida en que las corrientes asociacionistas revelan y traducen nuevas formas de concebir el Derecho y la Jurisprudencia, el fenómeno en cuestión contribuye al afianzamiento de una auténtica independencia judicial"⁵. Además, la cultura jurídica puede contribuir a afirmar la democracia en períodos de crisis, ampliando espacios, ya sea realizando y proyectando prácticas alternativas frente al criterio jurídico dominante o generando una cobertura de discusión entre sus mismos componentes, lo cual a la postre conducirá a otorgarles más autonomía e independencia a los funcionarios y a su actividad.

e) Introducción de la informática jurídica, pero evitando que el hecho tecnológico se asuma en forma superficial, anárquica y desacertada, dado que los costos sociales y económicos serían negativos para el país. Esto solo se puede obviar si la actuación en informática jurídica obedece a un plan estratégico estatal que trace las orientaciones para la acción a corto, mediano y largo plazo. Plan que combine adecuadamente la actuación de los organismos estatales pertinentes con la participación de los institutos de investigación y las entidades universitarias.

Es preciso, de otra parte, que antes de la introducción del sistema los despachos judiciales dispongan de una organización administrativa, así como de manuales básicos de funciones. Del mismo modo, el elemento humano debe ser consciente de estas modificaciones. Sin dichos presupuestos las técnicas referidas solo podrían ser factor de desorden. Se recalca, entonces, que la empresa de modernización

⁴ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI y LUCILA LANDARRART, "Administración de justicia y reforma constitucional", en *Revista Derecho Penal y Criminología*, números 27-28, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pág. 345.

⁵ ROBERTO BERGALLI, "Para qué, por qué y cómo se asocian los jueces", en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, N° 12, pág. 145.

de la justicia debe tener una trascendencia superior a la simple introducción de computadores, si se quiere evitar fracasos mayúsculos y altamente costosos a nivel económico y social.

En el lapso de espera de los resultados que se pretenden, guiados por un propósito de acercamiento a una justicia material que responda a los principios de un Estado Social de Derecho, no le queda a la rama jurisdiccional otra alternativa que fortificarse espiritualmente y emprender la lucha que la sitúe en igualdad de condiciones a las otras ramas del poder público. A su vez, constituirse en protectora de la libertad, del derecho a la Constitución como garantía de aquella, de la dignidad y de los derechos humanos, así como del rechazo de las intromisiones de las otras ramas del poder público. Solamente cuando ello suceda, la rama jurisdiccional estará en capacidad de compartir responsabilidades por los fracasos en las políticas de Estado. Antes no.

Colectivo Sociojurídico "Ruptura".
Abril de 1987.

SECCIÓN DE DERECHO PROCESAL PENAL

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

DR. ANTONIO M^a LORCA NAVARRETE *

Sumario: I.—Introducción. II.—La doctrina del Tribunal Constitucional español sobre la presunción de inocencia. III.—Características de la presunción de inocencia según el Tribunal Constitucional español.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución española, aprobada por las Cortes Generales de España el 31 de octubre de 1978, establece en su art. 24.2 C. que “todos tienen derecho... a la *presunción de inocencia*”. Esta formulación, que no tiene precedente alguno en la pasada historia constitucional española es, sin duda, lo suficientemente relevante para que aquella no solo deba ser plasmada en los textos constitucionales internos, sino además se contenga en las Declaraciones, Convenios y Pactos internacionales sobre derechos humanos¹.

De ese modo la protección de los derechos humanos goza de un instrumento *específico* de garantía judicial que implica que *no puede presumirse la culpabilidad, sino que debe ser probada*, lo que incide, sin duda alguna, en la importancia que ha de atribuirse a *los hechos probados*.

Como se trata de una garantía judicial, su ámbito concreto de proyección se lleva a cabo en la esfera del proceso penal, por ser evidente que en otros ámbitos jurisdiccionales semejante formulación tendría poca acogida al ser sustituida por la más acorde del *onus probandi*, o lo que es lo mismo, que corresponde a cada

* Profesor Titular Numerario de Derecho Procesal Universidad del País Vasco. España.

¹ Así, el art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 señala que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se *presuma su inocencia* mientras no se pruebe su culpabilidad; el art. 6.2 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1953, al señalar que “toda persona acusada de una infracción se *presume inocente* hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”; el art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que señala que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se *presuma su inocencia* mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. También la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica” de 1969, señala en su art. 8.2 que “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se *presuma su inocencia* mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

una de las partes en el proceso la carga de la prueba de sus alegaciones, de modo que quien no probó pudiendo haber probado, sus alegaciones no pueden ser acogidas por el juez en la sentencia. En consecuencia, pues, no cabe duda de que cuando actúa la parte en el proceso lo hace, sin duda, con la convicción de que en gran medida es el *dominus litis*, de conformidad con el ejercicio y disposición de los propios derechos. En cambio, en el proceso penal semejante planteamiento no es válido en toda su extensión. En efecto, sería erróneo pensar que al acusado en el proceso penal le corresponde la carga de la prueba de sus alegaciones y que, en consecuencia, semejante principio, de no ser cumplido (cuando la carga no se ejercita o se lleva a efecto defectuosamente), supondría sin más la culpabilidad de aquel. No, ello no es así. El proceso penal, de carácter eminentemente público, no puede hacerse depender de una carga de la prueba mal ejercida o defectuosa, de ahí que cuando los hechos tenidos por probados no acrediten cumplidamente la culpabilidad del acusado, el principio por aplicar no será el *onus probandi* sino, más exactamente, la *presunción de inocencia*. Por consiguiente, en el proceso penal la función del *onus probandi* es perfectamente sustituida por la presunción de inocencia. Pero ello no quiere decir que la actitud probatoria deba ser considerada de segundo orden en el proceso penal. Sería erróneo pensar que la estricta aplicación del principio de presunción de inocencia significa, sin más, una *relajación* de la actividad probatoria. Por el contrario, la prueba en el proceso penal asume un protagonismo que es fundamental para comprender su desarrollo. Por ello lo único que sucede en su ámbito es precisamente una potenciación de la prueba misma y de su actividad de proposición y prueba en la medida en que tan solo cuando ella penetra plenamente en la libre convicción del juzgador, es cuando será válida; por el contrario, cuando así no suceda, aquel deberá seguir el dictado de la presunción de inocencia; y ello porque al tribunal solo le interesa la verdad *real* o *material* que por medio del juicio y de la prueba en él practicada pueda deducirse, sin que le baste en modo alguno la verdad *formal* o *adjetiva* que tan propensa se halla a crear la doctrina del *onus probandi*. Por esta simple razón, pues, el *onus probandi* no puede tener cabida en el proceso penal y sí en cambio la presunción de inocencia.

II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL SOBRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El Tribunal Constitucional español ha venido examinando a lo largo de su reciente andadura los diversos casos que se le han presentado para su examen y que tenían por objeto la prueba de la culpabilidad del acusado en el proceso penal. En tales hipótesis y por mandato constitucional (art. 24) examinó y sigue examinando la aplicación de aquel a la práctica. En tal sentido se puede decir que la primera sentencia más significativa sobre el particular, en la que el Tribunal Constitucional aborda el tratamiento de la presunción de inocencia es la del 28 de julio de 1981

(Sala Primera), en recurso de amparo N° 113/1980 (R.A.-23), y que tuvo como ponente a la magistrada D^a GLORIA BEGUÉ CANTÓN. En esta sentencia el Tribunal Constitucional señala en primer lugar que el fondo de la cuestión era “estimar si el principio de presunción de inocencia (*presunción ‘iuris tantum’*) garantizado en el art. 24.2 de la Constitución puede ser desvirtuado por una sentencia judicial que ha considerado como prueba la confesión efectuada por el acusado ante la policía y luego no ratificada o reiterada ante la autoridad judicial. En tal sentido, el Tribunal Constitucional considera que a él mismo le corresponde efectuar dicha estimación, respetando el principio de libre apreciación de la prueba del tribunal de instancia, así como la propia configuración del recurso de amparo, que impide entrar en el examen de los hechos que dieron lugar al proceso”.

En segundo término y dada la conexión que existe entre *presunción* y *prueba*, el T.C. señala que para que “un elemento pueda ser considerado como prueba hace falta que efectivamente se haya realizado una mínima actividad probatoria de la que pueda deducirse culpabilidad del acusado; y hace falta que esa actividad se realice dentro del propio tribunal penal (*secundum allegata et probata*), porque las pruebas a que la L.E.Cr. (Ley Procesal Penal Española) se refiere (art. 741 L.E.Cr.) son “*las pruebas practicadas en el juicio*”. Y es al Tribunal Constitucional al que corresponde estimar la existencia de tales presupuestos en caso de recurso, pues sin ellos cabría pensar en la desvirtuación del principio de presunción de inocencia².

La segunda ocasión también importante en que el T.C. se ocupa de la presunción de inocencia es en la sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 de octubre (Sala Segunda), en recurso de amparo N° 386/1982 (R.A.-145), en la que fue ponente el magistrado D. LUIS DíEZ PICAZO. Señala la sentencia que la *presunción de inocencia* supone “*solo* que la carga probatoria corresponde a los acusadores y que toda acusación debe ir acompañada de probanzas de los hechos en que consiste. Pero el derecho a la presunción de inocencia *no permite* calibrar la mayor o menor abundancia de las pruebas ni la apreciación que de ellas se haya hecho”³.

² Y en tal sentido el T.C. señala ya que las “declaraciones realizadas por detenidos ante la policía tienen solo *valor de denuncia*, y no basta para que se convierta en prueba de confesión con que se dé por reproducida ante el órgano judicial...”.

³ No obstante, el problema central que el recurso de amparo planteaba era el relativo a la extensión y a los límites de la potestad sancionadora de la Administración Pública. Los hechos que dieron lugar al planteamiento del amparo fueron los siguientes: el 24 de julio de 1981 se recibió una llamada telefónica en la Comisaría de Policía de Cádiz amenazando con la explosión de un artefacto en el Gobierno Civil. Intervenido el teléfono, se procedió a detener a la persona que en ese momento habitaba el domicilio al cual correspondía aquel.

Los hechos dieron lugar a una causa judicial, y el Juzgado de Instrucción número 1 de Cádiz absolvió al encausado (sentencia de 6 de febrero de 1981). Por el contrario, el Gobierno Civil le impuso una multa de 500.000 pesetas por acuerdo de 22 de octubre de 1981. Acuerdo confirmado por sentencia de la Sala de la Audiencia Territorial de Sevilla. Y estos son los actos que se recurren.

El contenido completo de la sentencia del T.C. es el siguiente:

“La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Jerónimo Arozamena Sierra, Presidente, y don Francisco Rubio Llorente, don Luis Díez Picazo, don Francisco Tomás y Valiente, don Antonio Truyol Serra y don Francisco Pera Verdaguer, Magistrados, ha pronunciado

La tercera ocasión digna de tener en cuenta por lo que se refiere al tratamiento que el T.C. realiza de la presunción de inocencia, hace referencia a un supuesto ciertamente singular, pues se trataba en definitiva de hacer extensible o no aquella al asunto de la jurisdicción laboral. Se trata de la S. T. C. 24/1984, de 23 de febrero (Sala Segunda), en recurso de amparo N° 96/1983 (R.A.-203), en la que fue ponente el magistrado D. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE. En el caso que resuelve la sentencia del T.C. existen tres resoluciones judiciales a propósito de unos mismos hechos, de las cuales dos son laborales y conformes entre sí, pero no con una tercera,

“EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

“SENTENCIA:

“En el recurso de amparo número 368/1982, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Luciano Rosch Nadal, asistido por el Letrado don Carlos Fernández Santacruz y Sánchez de Matamoros, en nombre de don Tomás Gómez Rodríguez, contra el acuerdo del Gobierno Civil de Cádiz de 22 de octubre de 1981, que impuso al recurrente una sanción pecuniaria y que fue confirmado por sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla de fecha 14 de julio de 1982.

“Han sido parte en el asunto el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado y ha sido ponente el magistrado don Luis Díez Picazo, quien expresa el parecer de la Sala.

“I. Antecedentes

“1. Sobre las veintiuna horas del día 24 de julio de 1981 se recibió en la Sala del 091 de la Comisaría de Policía de Cádiz una llamada telefónica anónima, en la cual una voz, al parecer de varón, dijo: «A las once horas hará explosión un artefacto en el Gobierno Civil». Acto seguido, se cortó la comunicación.

“En los antecedentes que este Tribunal ha tenido a la vista se manifiesta que el «operador de servicio» intervino el teléfono del que procedía la llamada y que a solicitud del mencionado «operador» la Compañía Telefónica informó que del teléfono del que procedía la llamada era titular don Daniel González Rendón, domiciliado en la calle Colarte, número 6, de Cádiz.

“Personada la dotación de un coche de policía en el domicilio referido y franqueada la entrada en el mismo por doña Francisca González Vecino, que se hallaba en él en compañía de dos hijos de corta edad, la dotación comprobó que el teléfono estaba intervenido y en comunicación directa con la Sala 091 y que en el local se encontraba también Tomás Gómez Rodríguez, yerno del titular del local, que había abandonado momentos antes el domicilio para trasladarse a su lugar de trabajo en «Astilleros Españoles, S.A.», de Matagorda.

“2. Los hechos de que se ha hecho mención dieron lugar a unas diligencias sumariales y a una causa, que el Juzgado de Instrucción número 1 de Cádiz, en juicio oral y público por desórdenes públicos contra don Tomás Gómez Rodríguez, absolvió a este del delito del que era acusado. En su sentencia, fechada el 6 de febrero de 1981, el Juez de Instrucción manifestó que, sin desconocer las apariencias que señalaban al acusado como autor de la incívica y reprobable acción que se le imputaba, existían argumentos que permitían otorgarle credibilidad. Entre estos argumentos señalaba el juez que faltaba en los autos un informe técnico preciso acerca del sistema de detección de llamadas que utiliza la policía; la falta de seguridad de que la llamada fuera hecha por un varón; la improbabilidad de que una persona medianamente informada cometa un acto como el que se imputaba al acusado valiéndose de un teléfono propio y el dato que, en su opinión, una falsa alarma, como la que era objeto de juicio, solo puede ser obra de un demente, oligofrénico o fanático o de un ser totalmente antisocial, condiciones que no concurrían en el acusado.

la penal, pronunciada cronológicamente entre las dos primeras y con las cuales parece diferir en la apreciación relativa a los hechos.

La sentencia penal absuelve al recurrente, mientras que las laborales lo condenan, y ello es considerado por este como contrario al derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.). Interpuesto recurso de amparo, el T.C. desestima el amparo.

“3. Por acuerdo de 22 de octubre de 1981 el Gobierno Civil de Cádiz impuso a Tomás Gómez Rodríguez una multa de 500.000 pesetas por haber realizado la susodicha llamada anónima. Contra la resolución del Gobierno Civil de Cádiz interpuso el sancionado recurso contencioso administrativo ante la Sala de la Audiencia Territorial de Sevilla, la cual dictó sentencia con fecha 14 de julio de 1982 desestimando el recurso y confirmando el acto administrativo recurrido por considerarlo conforme con el ordenamiento jurídico.

“En su sentencia, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla, tras reconocer la presunción de inocencia, que, como derecho que asiste a todos y que supone que la culpabilidad de una persona no puede presumirse, sino que debe ser probada, según el párrafo segundo *in fine* del art. 24 de la Constitución, estableció que estimaba probada la culpabilidad del recurrente porque él era el único varón que había en el domicilio del que partió la llamada cuando la misma se produjo, él mismo reconocía que en aquel momento se hallaba en tal domicilio y, según el informe de la Compañía Telefónica, la Sala del 091 tiene la posibilidad de poner en funcionamiento un dispositivo de detección de llamadas, de suerte que, según el mencionado informe, la posibilidad de error es mínima.

“4. Con fecha 23 de septiembre de 1982 el Procurador de los Tribunales, don Luciano Rosch Nadal, actuando en nombre y representación de don Tomás Gómez Rodríguez, interpuso ante este Tribunal recurso de amparo. Solicitaba en él la declaración de inconstitucionalidad de la sentencia recurrida dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia de Sevilla y la consiguiente nulidad de la misma.

“El recurso de amparo se fundamentaba en la infracción del párrafo tercero del art. 9° de la Constitución, toda vez que —en opinión del recurrente— no pueden imponerse sanciones gubernativas y penales por unos mismos hechos y cuando los actos contrarios al orden público revisten los caracteres de delito han de enviarse al órgano jurisdiccional competente los antecedentes y las actuaciones practicadas para que este proceda a su enjuiciamiento. De ello resulta, según el criterio del recurrente, que cuando el Gobierno Civil de Cádiz, el 22 de octubre de 1981, acordó la imposición de la sanción, carecía de competencia para hacerlo. Y si se estimara que la recuperó después de la sentencia absolutoria del Juzgado de Instrucción, hay que argüir que entonces no la ejercitó. Además de ello alegaba el recurrente la violación del párrafo segundo del art. 24 de la Constitución, en orden a su derecho del juez ordinario predeterminado por la ley, que excluye la posibilidad de ser condenado por un órgano sin competencia para ello y el derecho a la presunción de inocencia que, a su juicio, no se respeta cuando la prueba que se aduce es un elemento mecánico del que se admite una posibilidad de error por mínima que esta sea.

“5. Admitido el recurso de amparo de que queda hecho mérito en los anteriores apartados de esta sentencia, se otorgó, de conformidad con el art. 52 de la L.O.T.C., un plazo de veinte días al recurrente, al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado para que dentro de él pudieran alegar lo que a su derecho conviniera.

“El recurrente ha evacuado el traslado mediante escrito de 11 de marzo de 1983. En él manifiesta que la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla, al desestimar el recurso interpuesto contra el acuerdo del Gobierno Civil de Cádiz, infringe el art. 9° de la Constitución. Ello se deduce fundamentalmente del hecho de que, en opinión del recurrente, cuando el Gobierno Civil de Cádiz impuso sanción el día 22 de octubre de 1981, no tenía competencia para hacerlo, por lo cual la sanción debió ser declarada nula de pleno derecho por la Audiencia Territorial. En segundo lugar, acusa el recurrente la infracción del párrafo segundo del art. 24 de la Constitución,

En tal sentido el T.C. señala que en contra de lo establecido en los arts. 362, 514 y 1804 L.E.C. (Ley Procesal Civil Española) y 114 y 116 L.E.Cr., reguladores de lo que la doctrina denomina *prejudicialidad penal en el proceso civil*, que obligan a que el órgano judicial civil suspenda el proceso ante él incoado cuando su resolución depende de la de un tribunal de lo penal sobre los mismos hechos, el art. 77.1 L.P.L. (Ley Procesal Laboral española) dispone que "en ningún caso se suspenderá el procedimiento (el laboral) por seguirse causa criminal sobre los hechos debatidos"; y esto es así porque no cabe duda de que el legislador ha querido que los procesos labo-

rales y los penales discurran con independencia entre sí. Pues bien, según el T.C. el art. 77.1 L.P.L. no choca con ningún otro de carácter constitucional, pues el legislador ha optado por la no suspensión de los procesos laborales en atención, entre otros bienes jurídicos, a la rapidez con que conviene resolver el proceso laboral y a que la búsqueda de la verdad material es el "objetivo central" del proceso de trabajo, alguna de cuyas características lo aproximan al proceso penal, del cual difiere, no obstante, por la índole de los respectivos fines.

que, en su opinión, resulta infringido en dos de sus postulados: en cuanto al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, que se viola al permitir que haya sido el recurrente condenado por quien no tenía competencia para ello, como es el caso de la autoridad administrativa, y en cuanto al derecho de la presunción de inocencia, ya que el único elemento de convicción que existía para que el juzgador, que en su caso fue la autoridad gubernativa, llegara al convencimiento sobre la autoría de los hechos enjuiciados fue el control de un elemento mecánico al que se le admite una posibilidad de error.

"El Abogado del Estado expuso en su escrito de alegaciones que el recurso plantea realmente el tema único de si ha habido violación del derecho a la presunción de inocencia del cual trata expresamente el tercer considerando de la sentencia impugnada; de cuya lectura se desprende que no ha existido vulneración alguna, pues aquella presunción resulta destruida por la apreciación de la prueba; y que a tal conclusión no se opone una sentencia penal absolutoria, habida cuenta de la distinta naturaleza del ilícito penal y el ilícito administrativo. Concluía suplicando se dicte sentencia denegatoria del amparo.

"El Ministerio Fiscal ha interesado del Tribunal el otorgamiento del amparo alegando que se infringió el art. 2º del decreto del año 1977, que obliga a la autoridad gubernativa a suspender el procedimiento hasta que se produzca la sanción penal; que la resolución gubernativa viene impedida por el principio *non bis in idem*, y que el recurrente se encuentra con dos resoluciones de los Poderes Públicos, una que es preferente en el orden sancionador y que le absuelve y otra que, cuando menos en el proceder, es dependiente de la anterior y que le condena, sin que la determinación de los hechos y hasta su propia valoración varíe solo porque en un caso no se estima acreditada su participación y en el otro sí, lo que apunta a una inseguridad jurídica, que solo el otorgamiento del amparo puede superar, basando su concesión no precisamente en la presunción de inocencia en que se basa la demanda, sino en el derecho de todo ciudadano a la tutela jurídica.

"6. Por acuerdo fechado el 27 de abril del corriente año la Sala decidió, con suspensión del plazo para pronunciar sentencia, comunicar a los comparecidos en el proceso la eventual existencia, con relevancia para la decisión, del motivo consistente en la violación del art. 25.1 de la Constitución, en lo que se refiere a la potestad sancionadora de la Administración, y les otorgó un plazo común de diez días para que sobre tal motivo alegaran lo que a su derecho pudiera convenir.

"Dentro del plazo mencionado en el apartado anterior, han efectuado las correspondientes alegaciones la representación del recurrente, el Abogado del Estado y el Fiscal del Estado.

"El recurrente entiende que el art. 25.1 de la Constitución impone claros límites a la potestad sancionadora de la Administración, entre los que se encuentra el que tal potestad se ejercite según la legislación vigente, por lo que, a su juicio, es claro que el Gobierno Civil de Cádiz, en el momento de imponer la sanción, no tenía ninguna potestad para ello, lo que resulta del Real Decreto-Ley 6/1977, texto en virtud del cual no puede imponerse sanción gubernativa, encontrándose los hechos pendientes de enjuiciamiento criminal añadiendo que, en su opinión, la autoridad gubernativa solo puede imponer sanción por hechos que hayan sido objeto de enjuiciamiento criminal, en el caso de que tales hechos no sean declarados delitos y sean constitutivos de falta. Concluye el recurrente su alegación diciendo que, en modo alguno, pueda suceder que el juez ordinario dicte sentencia absolutoria no por no ser los hechos constitutivos de delito, sino por ser el procesado autor de los mismos, y a continuación la autoridad gubernativa lo considera autor de los mismos hechos. Por todo ello, en su opinión, se

produce la violación del art. 24 de la Constitución por no respetarse el derecho de los ciudadanos del juez predeterminado por la ley y del art. 25 por haberse excedido la Administración de los límites impuestos en su potestad sancionadora.

"El Fiscal General del Estado, en su escrito de alegaciones, reitera su posición en punto a que se estime la pretensión del amparo, por considerar que se ha violado el art. 24.1 o el 25.1 de la Constitución.

"A juicio del Fiscal, la referencia al art. 25 de la Constitución plantea, en primer lugar, el problema de si la potestad sancionadora de la Administración está, como el *ius puniendi* del Estado, subordinada a reserva de ley, de modo que tienen que ser definidos por ley formal y no por disposición de rango inferior las sanciones administrativas; problemática que no tiene cabida en el presente caso, desde el momento en que la sanción impuesta por el Gobierno Civil de Cádiz recayó en un imperativo de ley formal que era el art. 2.b) de la Ley de Orden Público de 30 de junio de 1969. Tampoco puede plantearse dentro del art. 25.1 de la Constitución. Un problema de subsunción que versa en punto a si la conducta sancionadora fue debida o indebida encaja en el precepto legal, porque este sería un problema de legalidad ordinaria debidamente revisada por la jurisdicción contencioso-administrativa.

"Finalmente, señala el fiscal que, a su juicio, la resolución gubernativa no pudo quebrantarse sin el principio *non bis in idem*, porque, dictada una sentencia firme en el orden judicial que declara no acreditada la participación de los acusados en los hechos, no puede, sin violar dicho principio, recaer en otra instancia una resolución sancionadora; ese principio tiene amparo en el art. 25.1 de la Constitución, el derecho fundamental que en él se consagra resulta quebrantado.

"Finalmente, el Abogado del Estado, en su escrito de alegaciones, ratificó su escrito anterior y solicita que se dicte sentencia denegatoria del amparo solicitado. Señala el Abogado del Estado que la cuestión relativa al art. 25.1 no se invoca en la demanda de amparo en que el tema de la posible incompetencia de la autoridad administrativa se realice a la luz del juez ordinario predeterminado por la ley. A juicio del Abogado del Estado, aun cuando el asunto se quiera trasladar de un precepto constitucional al otro, no puede llegarse a una solución que satisfaga la pretensión del recurrente. A su juicio, del párrafo tercero del art. 2º del Real Decreto-Ley 6/1977, de 25 de enero, se deduce que, siempre que los procedimientos penales terminen sin declaración de responsabilidad, el tema puede volver a la autoridad gubernativa para que esta decida si los actos son sancionables como actos contrarios al orden público. De ello resulta, a su juicio, que las sanciones administrativas pueden imponerse en todos aquellos casos en que el fallo es de declaración sin responsabilidad y no únicamente en aquellos en que la declaración de la autoridad judicial sea la de que no constituyen delito.

"7. Por providencia de 13 de julio pasado se señaló para la deliberación y votación del recurso el día 21 de septiembre, en que tuvo lugar.

"II. Fundamentos jurídicos

"1. Con objeto de dejar allanado el camino para un mejor planteamiento de este asunto, conviene señalar previamente cuáles de las alegaciones realizadas por las partes no pueden en este trance acogerse. Así, la alegación que en el recurso se hace del párrafo tercero del art. 9º de la Constitución, como uno de los fundamentos jurídicos de la pretensión de amparo, no puede acogerse, porque es manifiesto que, de acuerdo con el art. 53, apartado 2, de la propia Constitución y de lo que dispone el art. 41

Pues bien, y en el caso que examina el T.C., todo ha sucedido de acuerdo con lo previsto en el art. 77.1 L.P.L. y el juez penal se limita a absolver porque, al no tener certeza de la autoría, *no ha sido desvirtuada la presunción de inocencia*. Por su parte los jueces laborales, que están insertos en otro sector del ordenamiento, aprecian si aun no declarando como probado el hecho material de la sustracción de fondos, ha incurrido o no el trabajador en responsabilidad encuadrable dentro del art. 54.1 del E.T. (Estatuto de los Trabajadores), que considera como causa de extinción del contrato el "incumplimiento grave y culpable del trabajador",

de la Ley Orgánica de este Tribunal, los derechos subsanables de amparo son únicamente los reconocidos en los arts. 14 a 29, además de la tutela de la objeción de conciencia reconocida en el art. 30.

"Tampoco puede decirse que en el caso de esta acción se haya violado la presunción de inocencia consagrada por el art. 24 de la Constitución, porque tal presunción supone que la carga probatoria corresponde a los acusadores y que toda acusación debe ir acompañada de probanzas de los hechos en que consiste, pero el derecho a la presunción de inocencia no permite calibrar la mayor o menor abundancia de las pruebas ni la apreciación que de acuerdo con el ordenamiento legal hayan hecho los órganos de aplicación de esta ley. En este sentido, hay que destacar que en el caso de que el recurso deriva hubo pruebas tenidas en cuenta, como fueron las declaraciones testificales, las declaraciones del propio acusado y los elementos mecánicos del control de llamadas telefónicas puestos en marcha únicamente ante la ilícita amenaza de explosión de una bomba. Es verdad que unas mismas pruebas condujeron al Juez de Instrucción a aplicar en beneficio del reo el criterio de la duda razonable y al Gobierno Civil a darlos como hechos probados, pero este acto no permite suponer que se haya violado la presunción de inocencia, porque lo que ocurre es que las apreciaciones del material probatorio fueron distintas, lo que plantea un problema de carácter diverso sobre el que volveremos después.

"Tampoco es posible decir, como se pretende en la demanda de amparo, que se haya vulnerado el derecho al juez predeterminado por la ley. La hipotética violación de este derecho es pretendida por la parte recurrente sobre la base de que el Gobierno Civil no pudo actuar mientras las actuaciones estaban pendientes de fallo de la autoridad judicial. Sin embargo, de esta premisa no se puede deducir una violación del derecho al juez predeterminado por la ley. El recurrente fue juzgado por el juez ordinario que la ley predeterminaba, y si pudo ser sancionado por un órgano de la Administración como es el Gobierno Civil, ello depende solo de la existencia y de los límites de la potestad sancionadora de la Administración, de manera que la violación del derecho al juez no aparece producida.

"2. El problema central que el presente recurso de amparo plantea es el relativo a la extensión y a los límites de la potestad sancionadora de la Administración, dado que la característica más saliente del asunto es la desarmonía entre la apreciación de los hechos por parte de la autoridad judicial y la consiguiente decisión que sobre ellos pronunció y la llevada a cabo por el Gobierno Civil.

"No cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones que no es ahora momento de exponer con detalle, entre las que se puedan citar la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato regresivo en relación con ese tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados. Siguiendo esta línea, nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que lejos de ello la ha admitido en el art. 25, apartado tercero, aunque, como es obvio, sometiéndole a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos.

"Debe, pues, subrayarse que existen unos límites de la potestad sancionadora de la Administración, que de manera directa se encuentran contemplados por el art. 25 de la C. y que dimanen del principio

y en este terreno se sitúa la carta de despido. Y en ese mismo terreno se sitúa el Tribunal Supremo al afirmar que el trabajador ha incurrido en transgresión de la buena fe contractual y abuso de la confianza (art. 54.2 d) E.T.), pues sin ser autor material de la sustracción se puede haber incurrido en culpa que implica abuso de la confianza del empresario y que justifica la declaración del despido como procedente.

Por ello señala el T.C. que no hay, pues, contradicción en los hechos (autoría de la sustracción), sino enjuiciamiento independiente de una conducta no punible penalmente, pero cuyo sujeto es responsable en el orden laboral, y así las cosas,

de legalidad de las infracciones y de las sanciones. Estos límites, contemplados desde el punto de vista de los ciudadanos, se transforman en derechos subjetivos de ellos y consisten en no sufrir sanciones sino en los casos legalmente prevenidos y de autoridades que legalmente puedan imponerlas.

"3. Colocados de lleno en la línea a la que hemos llegado en el apartado anterior, podemos establecer que los límites que la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el art. 25.1 de la C. son: a) la legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, con la consecuencia del carácter excepcional que en los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan; b) la interdicción de las penas de privación de libertad, a las que puede llegarse de modo directo o indirecto a partir de las infracciones sancionadas; c) el respeto de los derechos de defensa, reconocidos en el art. 24 de la C., que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para imposición de sanciones, y d) finalmente, la subordinación a la autoridad judicial

"La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera. De esta premisa son necesarias consecuencias las siguientes: a) el necesario control *a posteriori* por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada.

"La cosa juzgada despliega un efecto positivo de manera que lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema.

"4. La sentencia de este Tribunal de 30 de enero de 1981 («Boletín Oficial del Estado» número 47, de 24 de febrero) reconoce el principio llamado de *non bis in idem*, íntimamente unido al principio de legalidad de las infracciones que recoge el art. 25 de la C. El principio *non bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de procedimientos y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. Consecuencia de lo dicho, puesto en conexión con la regla de la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la actuación de los Tribunales de Justicia, es que la primera, como con anterioridad se dijo, no puede actuar mientras no lo hayan hecho los segundos y deba en todo caso respetar, cuando actúe *a posteriori* el planteamiento fáctico que aquellos hayan realizado, pues en otro caso se produce un ejercicio del poder punitivo que traspasa los límites del art. 25 de la C. y viola el derecho del ciudadano a ser sancionado solo en las condiciones estatuidas por dicho precepto.

no puede sostenerse la violación de la presunción de inocencia, pues es claro que el tribunal penal la ha respetado. No lo es menos que el magistrado de trabajo no podía ni estaba obligado a atenerse a la sentencia penal, porque él juzgaba la conducta del trabajador desde otro punto de vista y en relación con otras normas, e incluso debía hacerlo con plena independencia de otras jurisdicciones.

En definitiva, el T.C., no hace más que indicar en el caso que se le somete a examen cómo la presunción de inocencia tras tener plena justificación en el ámbito jurisdiccional penal, su aplicación en cambio puede chocar en otros ámbitos jurisdiccionales regidos por principios diferentes e incluso contrapuestos a los propios e inspiradores del proceso penal.

Otra ocasión en la que también el T.C. ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la presunción de inocencia ha sido a propósito de la S. T.C. 62/1985, de 10 de mayo (Sala 2ª), en recurso de amparo N° 213/1984 (R.A.-326), siendo ponente el magistrado don JERÓNIMO AROZAMENA SIERRA. En esta sentencia el Tribunal Constitucional señala que la *presunción de inocencia* quiere decir que en el proceso penal se debe partir de la inocencia del acusado, incumbiendo a los que acusan la aportación de las pruebas incriminatorias demostrativas de la culpabilidad del acusado. Pero la valoración de estas pruebas (art. 741 L.E.Cr.) no es algo que pertenezca al campo del amparo constitucional, sino a la exclusividad jurisdiccional del juez y del tribunal de la causa, que tiene su primaria afirmación en el art. 117.3 de la Constitución.

No es propio, por tanto, de un proceso de garantías constitucionales, como es el amparo, realizar un nuevo análisis de las pruebas practicadas en el proceso judicial, al modo de una renovada valoración, sino que su función se contrae a controlar si la apreciación fáctica se ha realizado sobre pruebas traídas al proceso, cumpliendo las esenciales y debidas garantías de tal actividad.

"5. Es consecuencia de todo ello que en el caso presente es nulo el acuerdo del Gobierno Civil de Cadiz de 22 de octubre de 1981, por el que se impuso la sanción, y que debe anularse asimismo la sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 14 de julio de 1982, por no haber reconocido la violación que en el acto administrativo recurrido se había cometido.

"FALLO

"El Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española,

"Ha decidido:

"Estimar el recurso de amparo interpuesto por don Tomás Gómez Rodríguez y, en consecuencia, anular el acuerdo del Gobierno Civil de Cadiz de 22 de octubre de 1981 por el que se impuso al recurrente la sanción de 500.000 pesetas de multa y la sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 14 de julio de 1982 que declaró el referido acto administrativo conforme con el ordenamiento jurídico.

"Publiquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

"Madrid, 3 de octubre de 1983. Jerónimo Arozamena Sierra; Francisco Rubio Llorente; Luis Díez Picazo; Francisco Tomás y Valiente; Antonio Truyol Serra; Francisco Pera Verdaguer. Ante mí: Valeriano Palomino Marín. Firmado y Rubricado".

También es digna de anotar la S. T.C. 140/1985, de 21 de noviembre (Sala Primera), en recurso de amparo N° 254/1984 (R.A.-393), en la que fue ponente el magistrado don RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT.

En esta sentencia se parte de afirmar que a la presunción de inocencia la caracteriza el ser una presunción *iuris tantum* hasta tanto dicha presunción haya quedado desvirtuada, y esa estimación ha de hacerse respetando el *principio de libre apreciación de la prueba* (art. 781 L.E.Cr.) por parte del tribunal ordinario y la propia configuración del recurso de amparo que impide al T.C. entrar en el examen de los hechos que dieron lugar al proceso. Pero también es cierto que para llegar a desvirtuar la presunción de inocencia es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales, de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado, siendo el T.C. el que ha de estimar la existencia de dicho presupuesto en caso de recurso.

Pues bien, según el T.C. si la presunción de inocencia se refiere a la comisión de cualquier delito, no cabe duda de que la existencia de una mínima actividad probatoria, de la que pueda deducirse la culpabilidad de una persona, ha de serlo en relación con el *delito por el que ha sido condenado y no con otro*.

Por su parte la S. T.C. 173/1985, de 16 de diciembre (Sala 2ª), en recurso de amparo N° 90/1985 (R.A.-414), teniendo como ponente al magistrado don FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, reafirma la doctrina anterior del propio Tribunal Constitucional al señalar que la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.) es un derecho fundamental, consistente en que cada uno de los titulares es tenido como inocente, salvo que haya pruebas de lo contrario. Se trata, pues, de una presunción *iuris tantum* que puede ser destruida solo por pruebas, esto es, no por impresiones o apariencias no contrastadas en juicio con arreglo a las normas que regulan la actividad probatoria, y con todas las garantías inherentes a un proceso público. Señala asimismo cómo la exposición de motivos de la vetusta y reformada, pero vigente, Ley de Enjuiciamiento Criminal, advierte que "por la naturaleza misma de las cosas y la lógica del sistema, nuestros jueces y magistrados han adquirido el hábito de dar escasa importancia a las pruebas del plenario, formando su juicio por el resultado de las diligencias sumariales y no parando mientes en la ratificación de los testigos...". Pues bien, según el ponente, esas prácticas, de las que se lamentaba hace más de un siglo el texto citado, serían incompatibles en la medida en que subsistieran con el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Por lo demás, señala la S. T.C. que "los atestados que redactaren y las manifestaciones que hicieren los funcionarios de la Policía Judicial, a consecuencia de las averiguaciones que hubiesen practicado, se considerarán denuncias para los efectos legales", según el art. 297.1 de la L.E.Cr. Es decir, los atestados no pueden ser valorados como pruebas. Si se hubieran ratificado los policías en el juicio oral, con la posibilidad de ser allí preguntados también por el defensor del acusado, se habría producido una verdadera actividad probatoria destinada a destruir la presunción de inocencia. Pero ni se practicó tal prueba ni ninguna otra.

En fin, y para terminar, cabe aludir a la S. T.C. 174/1985, de 17 de diciembre (Sala 1ª), en recurso de amparo N° 558/1983 (R.A.-415), que tuvo como ponente

al magistrado don ÁNGEL LATORRE SEGURA. En esta sentencia se recoge la doctrina ya sentada por el T.C., y se señala cómo este ha reiterado que si bien el juzgado dicta sentencia “apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados” (art. 741 de la L.E.Cr.), esta apreciación en conciencia ha de hacerse sobre la base de una actividad probatoria *que pueda estimarse de cargo*, pues solo la existencia de esta actividad probatoria de cargo puede servir para desvirtuar la presunción de inocencia que beneficia a toda persona según el art. 24.2 de la Constitución.

No basta, por tanto, que se haya practicado prueba, e incluso que se haya practicado con gran amplitud, ni es suficiente que los órganos judiciales y la policía judicial hayan desplegado el máximo celo en averiguar el delito e identificar a su autor, ya que el resultado de la prueba ha de ser tal que pueda racionalmente considerarse “de cargo”, es decir, que los hechos cuya certeza resulta de la prueba practicada acrediten la culpabilidad del acusado. Consecuencia de todo ello es que la función del Tribunal Constitucional, cuando se alega ante él la presunción de inocencia, es verificar si *ha existido esa prueba que pueda estimarse racionalmente de cargo*. En caso afirmativo no le compete revisar la valoración que de tal prueba haya realizado el juzgador en conciencia, de acuerdo con el citado art. 741 de la L.E.Cr., pues su jurisdicción respecto a la actuación de los tribunales ordinarios se reduce a determinar si se han vulnerado o no las garantías constitucionales, sin que pueda ni deba actuar como una tercera instancia.

Pues bien, la citada delimitación de funciones entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional no presenta especiales dificultades cuando la prueba o pruebas de cargo son directas, es decir, cuando la prueba recae inmediatamente sobre los hechos relevantes para la condena del acusado, pero plantea más problemas cuando la única prueba obtenida es la llamada *indiciaria o circunstancial*, es decir, aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos de delito, pero de los que pueden inferirse estos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se trata de probar. El derecho constitucional a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal se pueda formar sobre la base de una prueba indiciaria. Sin embargo, el reconocimiento de la eficacia de la prueba indiciaria plantea problemas peculiares a la jurisdicción del T.C. en el momento de *apreciar si se ha vulnerado* o no aquella presunción; pues cuando la única prueba practicada es la *indiciaria* puede surgir el problema de si es una verdadera prueba o si las conclusiones a que se pueda llegar por esta vía no pasan de ser sospechas, pero que no constituyen una base suficientemente firme para que de ellas pueda inferirse razonablemente la culpabilidad del acusado, y no suponen, por tanto, una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia consagrada por la Constitución.

Una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) *plenamente probados*, pues no cabe construir certezas sobre la base de simples probabilidades. De esos hechos que constituyen los indicios debe llegarse, mediante un proceso mental

razonado y acorde con las reglas del criterio humano, a considerar probados los hechos constitutivos de delito. Puede ocurrir que los mismos hechos probados permitan, en hipótesis, diversas conclusiones o se ofrezcan en el proceso interpretaciones distintas de los mismos. En este caso el Tribunal debe tener en cuenta todas ellas y razonar por qué elige la que estima como conveniente, y a la luz de estos mismos criterios hay que examinar la versión que de los hechos ofrezca el inculpado. De este modo y aplicando los criterios que se acaban de sintetizar al caso concreto para el T.C. no hay motivos suficientes *para poner en duda la prueba de los hechos que constituyen los indicios sobre los que se construye el razonamiento judicial*. Ahora bien, cuando el art. 120.3 de la C.E. requiere que las sentencias sean “motivadas”, elevando así a rango constitucional lo que antes era simple imperativo legal (art. 242 L.E.G.), ha de entenderse que esta motivación en el caso de la prueba indiciaria tiene por finalidad expresar públicamente no solo el razonamiento jurídico por medio del cual se aplican a unos determinados hechos las normas jurídicas que fundamentan el fallo, sino también las pruebas practicadas y los criterios racionales que han guiado su valoración, pues en este tipo de prueba es imprescindible una motivación expresa para determinar, como antes se ha dicho, si hay una verdadera prueba de cargo o un simple conjunto de sospechas o posibilidades que no pueden desvirtuar la presunción de inocencia.

La ausencia en las sentencias impugnadas de esa argumentación relativa a la aplicación de la prueba indiciaria hace que deba estimarse que dichas resoluciones judiciales vulneran el *derecho a la presunción de inocencia*.

III. CARACTERÍSTICAS DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

De las sentencias examinadas sin carácter de exhaustividad es posible ya colegir determinadas características que, según el T.C., asume la presunción de inocencia. Esas notas caracterizadoras a la vista de las sentencias que se han examinado son las siguientes:

1. Que la presunción de inocencia aparece como una presunción *iuris tantum*.
2. Que corresponde al T.C. estimar si se ha dado cumplimiento o no al principio de presunción de inocencia, respetando al propio tiempo el principio de libre apreciación de las pruebas del que puede hacer uso el tribunal penal.
3. Para la efectividad de la presunción de inocencia es preciso que la carga probatoria corresponda a los acusadores y que toda acusación vaya acompañada de los hechos en que consiste.
4. El derecho a la presunción de inocencia es ajeno a la mayor o menor abundancia de las pruebas, pues esta es una circunstancia que le es independiente, así como la apreciación que de ellas se haya hecho por el tribunal penal.
5. La presunción de inocencia, por su peculiar carácter y contenido, se proyecta básicamente en el ámbito jurisdiccional penal.

6. Que, en fin, la presunción significa tanto como que en el proceso penal se debe partir de la inocencia del acusado, sin que pueda ser finalidad del recurso de amparo realizar un nuevo análisis de las pruebas practicadas en el proceso penal, a modo de una nueva instancia.

7. Según el T.C. español, la presunción de inocencia, como presunción *iuris tantum* que es, requiere una mínima actividad probatoria y, por lo tanto, ha de desplegar sus efectos presuntivos en el caso concreto y particular. De ello se deduce que como tal fórmula la presunción de inocencia no es una realidad conceptual y abstracta.

8. Al T.C. le compete verificar si ha habido actividad probatoria que destruya la presunción de inocencia, no valorarla, que es actividad que corresponde al tribunal penal. Pues bien, el T.C. español en tales casos no se opone a que una *prueba indiciaria* pueda destruir la presunción de inocencia.

INNOVACIONES FUNDAMENTALES EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

DR. HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ *

Sumario: I.— Principios rectores. II.— Indagación preliminar. III.— Nueva causal de desistimiento de la acción penal. IV.— Restricción de facultades a la parte civil. V.— Ministerio Público. VI.— El defensor. VII.— El tercero incidental. VIII.— Redacción de autos y sentencias. Prohibición de transcripciones. IX.— La consulta. X.— Nulidades. XI.— Sumario. XII.— Procedimiento abreviado. XIII.— Innovaciones del Proyecto no incluidas en el Código.

I. PRINCIPIOS RECTORES

No obstante estar en la portada del nuevo Código de Procedimiento Penal, podría muy bien decirse que los principios rectores que allí se consagran son como la columna vertebral de dicho Estatuto. Allí se recogen, por ser pertinentes, normas de la Constitución Nacional, mandatos expresos de tratados internacionales suscritos por Colombia, principios generales del derecho que han regido nuestro acontecer jurídico durante un siglo. Esa, a manera de preámbulo, es como la visión anticipada de lo que se aspira que sean las nuevas normas en esta materia. Podría inclusive decirse que la aceptación o reserva que pueda despertar el nuevo ordenamiento procesal, dependerá del respeto de este hacia aquellos principios. En su conjunto, bien podría decirse que es como la base jurídica, filosófica y política sobre la cual se levantará el edificio normativo de nuestra ley procesal penal. Pero en concreto, casi todos esos principios rectores apuntan a la protección de la libertad individual, a la plenitud de todas las garantías para el destinatario de las normas, a la tutela de la dignidad personal del sujeto pasivo de la acción penal.

Lo anterior viene a significar que el nuevo Código no fue elaborado con el criterio de dar una preferente protección a la sociedad ofendida por el delito, ni que tiene en miras la salvaguarda de los intereses del Estado, porque si ello pudiera ser así, estaríamos desfigurando su verdadero sentido, su trascendencia ontológica, porque es el hombre, como principal protagonista del drama penal, el que está

* Miembro de la Comisión Redactora del Proyecto de Código de Procedimiento Penal de 1986. El texto aquí insertado corresponde a conferencia dictada por el autor en el Colegio Antioqueño de Abogados (COLEGAS), el 16 de marzo de 1987.

inmerso en las instituciones jurídicas creadas y en las decisiones judiciales que se toman con respecto a su libertad. Es lo propio de un Estado de Derecho, de un régimen jurídico que recibe su aliento de los principios democráticos y liberales de una nación. Lo contrario de lo que acontece en los regímenes autoritarios o dictatoriales, en los que se deifica al Estado y al principio de la seguridad nacional, cuando no es que, so pretexto de la preservación del orden público y de garantizar la convivencia ciudadana, se sacrifican arbitrariamente las libertades individuales. Por eso BETTIOL, uno de los grandes juristas contemporáneos, al penetrar agudamente en la profunda filosofía que encierra el proceso penal, decía que sus normas están ante todo establecidas para tutelar el bien de la libertad del imputado, fuera de agregar que a ese mismo fin debe estar orientada la interpretación de las normas.

Y ya CARRARA, desde hace más de un siglo había dicho que el origen del proceso penal no está en la necesidad de la defensa social, sino en la necesidad de la defensa del Derecho. En lo cual tenía toda la razón, por cuanto de preferirse lo primero se podría llegar a los extremos de sacrificar la propia libertad individual, con lo que se pondría en vigencia el postulado *salus publica suprema lex est*, el cual jamás puede ser de recibo en una legislación que quiera ostentar el honroso título de estar inspirada en principios de justicia, democracia y libertad.

Muchos de esos principios rectores podrían no estar codificados en el nuevo estatuto procesal, y aún así el juez no podría desentenderse de ellos porque están latentes en la conciencia del hombre, forman parte del patrimonio jurídico cultural de un pueblo, pertenecen además al derecho natural, inviolable en toda legislación que hunda sus raíces en el acervo humanístico formado a través de los siglos.

Pero se nos ha dicho que no es un Código nuevo. Y se nos dice a manera de crítica. Pero ¿qué tal que nos hubiéramos propuesto darles un vuelco a todas nuestras instituciones para aparecer innovadores, cambiarle toda su fisonomía jurídica a la arquitectura normativa creada y levantada durante tantos lustros? Si, como ustedes saben, en el Código de 1938 había una buena cantidad de normas y principios que era necesario conservar, porque no se ha probado que ya sean obsoletos, fuera de que su aplicación durante medio siglo ha sido benéfica para la recta administración de justicia, no podíamos entonces desentendernos de este estatuto, sino que era preciso abrirlo, consultar cada una de sus normas, estudiar cada una de sus instituciones y aprovechar lo mejor de ellas. Teníamos que beneficiarnos de todo lo que ha dado origen a la elaboración de una larga y pacífica jurisprudencia de nuestros tribunales y doctrina de nuestros tratadistas. Es un legado jurídico que no podíamos despreñar a cambio de que se nos dijera innovadores; que se nos muestre un solo ejemplo de los códigos procesales expedidos en el mundo entero en este último medio siglo y que se nos diga si es un estatuto completamente nuevo.

En diversas entrevistas radiales y por los canales de la televisión, en foros que han despertado una gran expectativa pública, se ha manifestado que habría sido un Código revolucionario si se hubiere introducido en él instituciones existentes en otros países, como la de las acciones populares contra determinados delitos, como los ecológicos y contra el orden económico y social. Pero es seguro que

los mismos que han enrostrado esta falta de avanzada jurídica, de audacia en la renovación de nuestro ordenamiento procesal, de haberlo hecho así, habrían salido a desgarrarse las vestiduras diciendo que eran instituciones violatorias de la Carta Magna, que adolecían del vicio de inexequibilidad, por cuanto que en las facultades otorgadas por el legislador no se había señalado expresamente el poder para hacerlo. Se habría dicho que por dejarnos seducir del atractivo de las innovaciones no habíamos hecho sino copiar legislaciones foráneas, extranjerizar nuestras legislaciones, cuando lo aconsejable habría sido hacer un Código a la colombiana, de acuerdo con la experiencia de tantos lustros, consultando nuestra propia idiosincrasia. Con razón hubo de decir uno de los contendores en alguno de aquellos foros, que lo que se pretendió fue hacer un Código para Cundinamarca y no para Dinamarca.

También se ha dicho que habría sido un Código revolucionario si hubiera introducido un procedimiento especial para los procesos seguidos a los indígenas. Y, ciertamente, nuestra poca o ninguna imaginación revolucionaria en estas materias no avizó siquiera esta posibilidad. Jamás se pensó que los indígenas pudieran procesalmente recibir un tratamiento diferente del que se les da a los demás procesados considerados como imputables ante la ley penal. Si ya el Código Penal tenía previsto que cuando se trate de un indígena inimputable por inmadurez psicológica, la medida de seguridad fijada para él es la de su reintegración a su medio ambiente, el Código de Procedimiento no podía someter a los indígenas imputables a un tratamiento procesal distinto del de los demás procesados. Si ya están inmersos en nuestra cultura, si se encuentran incorporados a nuestra civilización, lo más lógico es tratarlos en un pie de igualdad, someterlos a los mismos parámetros jurídicos, con lo cual se les reconoce la dignidad humana de ser iguales ante la ley. Lo que se hizo entonces, al someterlos al mismo procedimiento, fue colocarlos en igualdad jurídica ante los demás colombianos, considerarlos como seres humanos capaces de discernir entre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, lo lícito y lo ilícito. Si a todas las afrentas que esta raza oprimida y vejada desde hace siglo y medio viene recibiendo de todos los gobiernos, de la sociedad entera, abandonada de la Iglesia, excluida de todos los beneficios que reparte a diario el Estado, les hubiéramos sumado ahora la de considerarla inferior a las otras razas de nuestra patria, merecedora por ello de un tratamiento desigual ante la ley, no la habríamos honrado, sino escarnecido. Recuérdese aquella sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la cual se llegó a la conclusión de que para los indígenas no había legislación penal aplicable; entonces dijimos que se los había colocado en situación de inferioridad tal respecto a la de los demás colombianos, que ni siquiera los teníamos como inimputables, ni en situación semejante a la de los menores de edad.

Pero si no se pudo hacer estas innovaciones, y otras que se han reclamado y sobre las cuales no podemos ahora detenernos, veamos entonces las que sí se introdujeron, por lo menos algunas, para que cada uno, hoy y mañana, pueda hacer la evaluación correspondiente, medir sus alcances, apreciar su conveniencia o inconveniencia.

II. INDAGACIÓN PRELIMINAR

Se tiene previsto que habrá una indagación preliminar que tiene por finalidad determinar si ha ocurrido o no el hecho presuntamente delictuoso y recaudar las pruebas tendentes a la *identidad o individualización de los autores o partícipes del hecho*. Bien sabido es que la criminalidad ha venido en aumento, pues, para no hablar sino de la ciudad de Medellín, el año pasado hubo 2.800 homicidios, cuya sola investigación desbordaría la capacidad instructora de los jueces. A lo anterior hay que agregar ciertas modalidades criminales tan generalizadas como la macabra institución de los sicarios, de los asesinos a sueldo, quienes, las más de las veces, luego de perpetrar su crimen huyen sin dejar rastros o huellas de ellos. De otra parte, los organismos secretos del Estado, principalmente la policía judicial, resultan insuficientes para ocuparse del esclarecimiento de estos hechos. Todo lo cual nos ha llevado a la amarga realidad de que en la carátula de los respectivos expedientes, en un altísimo porcentaje, haya de colocarse el distintivo de "Sindicado N.N.". Y como ante la realidad del hecho delictuoso, independientemente de la identidad o descubrimiento de sus autores o partícipes, el funcionario instructor, en cumplimiento de la ley vigente tiene que dictar inmediatamente el auto cabeza de proceso, por esta sola circunstancia se ve obligado a impulsar la investigación y remitir los expedientes a los jueces de conocimiento una vez vencidos los términos de la instrucción. En estas condiciones, los jueces de conocimiento tienen que empezar la ardua tarea de leer y estudiar pacientemente todos aquellos legajos para poder decretar las ampliaciones pertinentes encaminadas al descubrimiento de los autores o partícipes del delito. Son una, dos, tres, cuatro o más ampliaciones que absorberán un tiempo precioso tanto para los jueces de conocimiento que las ordenan, como para los de instrucción que las cumplen. Ahora al entrar en vigencia el nuevo Código la situación será diferente, porque se faculta al juez de instrucción para una indagación preliminar hasta por sesenta días cuando no exista individualización o identificación de los autores o partícipes del hecho punible. Pero si la situación fuere la misma al término de los sesenta días, en lugar de remitir las diligencias al juez de conocimiento, lo hará al Cuerpo Técnico de Policía Judicial, el cual reanudará las indagaciones pertinentes para el descubrimiento de los responsables.

A nuestro juicio, se trata de una innovación fundamental, pues con ello se impedirá que tanto los jueces de instrucción como los de conocimiento tengan que dedicar un tiempo considerable al estudio de procesos sin sindicado conocido para decretar ampliaciones y practicar pruebas, cuando otras investigaciones delicadas y con procesado detenido, o al menos individualizado o identificado, están demandándole el cumplimiento de términos y la obligación perentoria de evacuar las pruebas solicitadas por las partes. Creemos que con esta reforma tanto unos jueces como los otros verán considerablemente disminuído su trabajo y podrán dedicarse con mayor consagración y empeño a las actividades propias de su cargo, según el nuevo estatuto procesal.

III. NUEVA CAUSAL DE DESISTIMIENTO DE LA ACCIÓN PENAL

A decir verdad, la nueva causal de extinción de la acción penal por desistimiento en razón del pago de perjuicios, es una disposición que hasta el presente ha sido muy bien recibida, tanto por la opinión pública como por los profesionales del derecho. En su formación se pensó más en las víctimas del delito que en los autores de este. Es la respuesta a la crítica que con toda razón se le ha hecho a nuestra legislación procesal en toda su historia, que por pensar demasiado en el sindicado y rodearlo de todas las garantías necesarias para su defensa, ha abandonado a las víctimas del hecho punible, se ha olvidado de la protección de sus derechos, que no son otros que los de ser indemnizadas de los perjuicios morales y materiales ocasionados con la infracción. La praxis judicial y la experiencia profesional nos han enseñado cómo frecuentemente el interés de las víctimas del delito no estriba en que su autor vaya a la cárcel y sea condenado, sino en que se les cubran los perjuicios que han recibido, o que se les devuelva lo que fue materia del ilícito. Y ahora el caso contrario, el de los sindicados que, estando dispuestos a la devolución de lo sustraído o apropiado, o al pago de los perjuicios que ocasionaron, se abstienen de hacerlo porque ese acto apenas les atenúa su situación jurídica, se los puede tener en cuenta para una excarcelación o rebaja de la pena en caso de condena. Pero si lo hace a la luz del nuevo estatuto, las repercusiones no pueden ser sino las mejores, porque significan la extinción de la acción penal y el archivo del proceso.

Se pensó que los procesos en que se debería permitir la viabilidad de esta norma fueran los relativos a delitos de lesiones personales y contra el patrimonio económico, con excepción del hurto calificado y la extorsión. En relación con las lesiones personales podríamos decir que se justifica plenamente, dado que en su mayoría son delitos ocasionales, como consecuencia de riñas callejeras, bajo el influjo de bebidas embriagantes. Con una sana y bien entendida política criminal, de pensar que si estamos bajo la influencia de un Estado cantinero que constantemente dilapida millones de pesos en hacerle propaganda a sus productos con el fin de incitar a su consumo para poder pagar maestros y atender a las urgentes necesidades de la salud, cuando, por colaborar indirectamente a esos deberes del Estado el hombre a causa del licor infringe la ley penal en delitos menos graves como los de lesiones, ese mismo Estado debe darle la oportunidad de indemnizar los perjuicios ocasionados y favorecer consecuentemente su situación jurídica.

Sabemos que la norma se puede prestar a críticas, como la de que no es conveniente este favoritismo de la ley para sindicados que hayan ocasionado una deformidad física, una perturbación funcional o psíquica transitorias o permanentes, la pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro o lesiones seguidas de parto prematuro o aborto. Pero, a nuestro juicio, esa crítica no tendría mayor fundamento si se tiene en cuenta que esas consecuencias graves de las lesiones personales casi siempre son accidentales, no se las propuso deliberadamente el autor del hecho, sino que su intención fue simplemente la de herir. Por eso hemos dicho que en el caso concreto de esas consecuencias no queridas por el autor se sanciona una mera responsabilidad objetiva.

En defensa de la norma podríamos agregar que no por la gravedad de las lesiones se debe privar la ley de tratar a los responsables con un mismo rasero jurídico. Sería odioso hacer aquí tratamientos discriminatorios. Y aunque parezca un sofisma, en relación con las víctimas, mientras más graves sean las consecuencias recibidas, mientras mayores sean los perjuicios ocasionados, como disminución de su capacidad de trabajo, suspensión considerable de sus actividades laborales, mayormente se justifica darles la expectativa legal de que podrán ser resarcidas de esos perjuicios por el sindicato. A la mayor parte de los ofendidos por lesiones personales, más que saber que el sindicato está privado de su libertad, les interesa que se les compense el tiempo que han tenido que dejar de trabajar, que se les paguen los gastos de médico, clínica, farmacia, tratamiento, etc., a que se hayan visto obligados para su recuperación física.

Pero se alega que es una norma excluyente, con la cual solo se favorecen los ricos, los que estén en condiciones económicas de pagar los perjuicios ocasionados con la lesión. Esta censura no tiene razón de ser, en primer lugar, porque habría sido un absurdo, una insensatez, legislar con tan limitado criterio sobre los alcances de una norma; y, en segundo lugar, porque resulta absolutamente imprevisible que en la mayoría de los casos los perjuicios fueran tan graves que los responsables no pudieran satisfacer su indemnización. Y, de todas maneras, aunque en unos pocos o muchos casos fueran los ricos quienes más se pudieran favorecer de la disposición, no habría sido sensato privarnos de una norma tan importante alegando esa circunstancia.

La otra hipótesis sobre extinción de la acción penal está referida a los delitos contra el patrimonio económico, con excepción del hurto calificado y la extorsión. Aquí, al contrario, la crítica se funda en que las normas no favorecen a los sindicados, por ser en su mayoría pobres. No lo negamos, pero habría sido también absurdo que por ese mero criterio y apreciación, la legislación procesal se inhibiera de una disposición de tan benéficos alcances. Por lo demás, hay hurtos, estafas, fraudes mediante cheque, abusos de confianza, defraudaciones, usurpaciones, daños en bien ajeno, en que los sindicatos son personajes de mucha solvencia económica, y que inclusive allí puede estar presente la famosa delincuencia de cuello blanco. ¿A cuál de los ahorradores defraudados en los sonados procesos conocidos por la opinión pública le hubiera gustado más que los responsables estuvieran en la cárcel, en vez de que estos les hubieran garantizado o devuelto sus ahorros, indemnizado sus perjuicios? Creo que ninguno hubiera preferido la solución de la cárcel.

Desde luego que la norma se puede prestar a muchos abusos, como cuando la víctima del delito de lesiones o contra el patrimonio económico trate de cobrar en exceso los perjuicios recibidos con la infracción. Una especie de chantaje al sindicato, por saberse en poder de la disponibilidad de su libertad. En previsión de estas situaciones, la Comisión Redactora había dispuesto que en caso de que entre lesionado y lesionado no hubiera acuerdo, intervendría el juez para tratar de zanjar las diferencias, fijando la indemnización que a su juicio correspondiera, sin que dicha fijación fuera de obligatoria aceptación por parte del sindicato ni

de la víctima. Pero a mi parecer, de una manera infortunada, la Comisión Revisora suprimió estos incisos de la disposición.

IV. RESTRICCIÓN DE FACULTADES A LA PARTE CIVIL

Todos sabemos cómo se abusa actualmente por parte de los abogados que actúan como parte civil en el proceso penal. Es así como, desfigurando el espíritu de la institución, ejercen un verdadero ensañamiento contra el sindicato cuando apelan de toda decisión que pueda serle favorable. Apelan de una excarcelación, de la concesión de un subrogado penal, y se ha llegado al extremo de apelar hasta de la concesión de la detención parcial en el propio lugar de trabajo, e inclusive a solicitar que si el acusado se encuentra en la cárcel municipal del lugar en donde se cometió el delito, por ejemplo, un homicidio, sea trasladado a la cárcel del Distrito, para que en ella se le torne más aflictiva su situación y no pueda disfrutar de las comodidades y ciertas conveniencias que lo favorecen en la cárcel municipal. Lo hemos visto igualmente esforzándose por la agravación de su situación jurídica, solicitando inclusive en las audiencias públicas, tanto al juez de derecho como al jurado de conciencia, ir más allá, agravando lo resuelto en el auto vocatorio a juicio. Es esta, a no dudarlo, una posición indebida, fruto del apasionamiento de una acusación, muchas veces por congraciarse con los deseos muy humanos de la víctima porque el procesado reciba la más alta sanción penal. Por eso se limita su facultad de apelar únicamente en lo que hace referencia a las decisiones que se tomen sobre la existencia del hecho punible, la identidad de sus autores o cómplices, su responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados, sobre el embargo y secuestro de bienes del sindicato. Se establecen términos y límites dentro de los cuales se puede constituir parte civil, desde que se dicte auto cabeza de proceso hasta el día en que se fije fecha para la audiencia pública. Este límite máximo tiene su razón de ser en que si los interesados se han desentendido del proceso y de sus pretensiones indemnizatorias por tiempo tan considerable, este silencio o inactividad procesal debe entenderse legalmente como la voluntad de no constituirse parte civil.

Se provee, eso sí, a facilitarle la preparación de la demanda de constitución de parte civil franqueándole el proceso con la sola presentación del poder, siempre y cuando esté acreditada sumariamente la legitimidad de la personería del poderdante. Se corrige así una mal entendida reserva sumarial alegada por muchos funcionarios, quienes con dicho proceder obligaban a los abogados a tener que formular una demanda sobre constitución de parte civil con las únicas informaciones de los ofendidos o sus familiares. Si es necesario en dicha demanda hacer una narración sucinta de los hechos, señalar los nombres de sus posibles autores, etc., nada más indicado que estos datos sean extraídos del propio proceso, con la mayor fidelidad posible.

Ha habido mucha inconformidad por parte de la Procuraduría General de la Nación por el hecho de haberse restringido de una manera ciertamente considerable las funciones al Ministerio Público. Ha sido tan ostensible esa inconformidad que motivó una visita del procurador al palacio presidencial para demandar del señor presidente que por decreto de estado de sitio, como efectivamente se hizo, se le conservara la policía judicial que se le había suprimido con el nuevo Código. De igual manera los organismos secretos del Estado, como el DAS y el F2, están muy disgustados por la nueva estructuración de la policía judicial, dependiente de la Dirección Nacional de Instrucción Criminal y de los directores seccionales. Es decir, que vamos a tener una policía judicial a órdenes de los jueces de la República, con personal seleccionado, capacitado y nombrado por los directores seccionales de instrucción criminal, una policía unificada en su mando y dirección, sin los conductos regulares propios de las Fuerzas Armadas. Ya no estará, como hasta ahora, a órdenes de "mi teniente", "mi capitán" o "mi mayor", sino de los funcionarios civiles que tienen bajo su responsabilidad la instrucción y juzgamiento en los procesos penales, como los directores seccionales de instrucción criminal, los jueces y magistrados de la República.

Pero volviendo a las funciones que se le suprimieron al Ministerio Público y las que se le otorgaron, vale la pena destacar la supresión del traslado de los procesos penales para efecto de emitir conceptos sobre excarcelaciones y otras medidas, lo mismo que la vista fiscal previa a la calificación del sumario; y esto se justifica, por la nueva fisonomía que adquiere el proceso penal, en el que no son los jueces de conocimiento quienes califican el mérito del sumario, y así los fiscales del circuito y superiores de hecho quedan excluidos de esas intervenciones, y también porque tampoco ante los jueces de conocimiento se presentarán solicitudes de excarcelación o revocaciones de autos relacionados con la detención o libertad de los procesados. Bien sabemos que ante los jueces de conocimiento solo procede una cesación de procedimiento por causales objetivas de improseguibilidad, como la prescripción de la acción penal o el desistimiento, para citar solo dos ejemplos. Pero independiente de esta razón, de por sí de mucha consideración, con la supresión de esos traslados del proceso al Ministerio Público se agiliza de manera muy considerable el proceso penal, puesto que el recargo de trabajo en esos despachos y el exceso de expedientes no permiten una rápida tramitación. Creo que esto va a resultar muy conveniente y positivo para dichos funcionarios, pues van a disponer ahora de un mayor tiempo para preparar sus intervenciones en audiencia pública. Es innegable que muchas veces se produce una notable desproporción entre la acusación y la defensa, debido a que los abogados tenemos solo una que otra audiencia, por lo cual nos podemos preparar mejor que un fiscal que ha de asistir a dos audiencias semanales y que además debe emitir conceptos a solicitudes de excarcelación y sobre la calificación del sumario. Ello puede haber traído como consecuencia la impunidad, cuando por deficiencias de la acusación pudo formarse un criterio favorable a la situación jurídica del procesado. Van a poder dedicarse entonces

con mayor consagración, con mayor estudio, a la etapa tan importante del proceso como es la del juzgamiento.

En cambio se les asignan unas facultades y funciones de la mayor trascendencia, para lo cual pueden asesorarse del personal perteneciente al Cuerpo Técnico de Policía Judicial. Entre esas funciones están las de vigilar el cumplimiento de las obligaciones y prohibiciones impuestas en las diligencias de conminación, caución, libertad provisional, de los subrogados penales, arresto domiciliario, detención en el propio lugar de trabajo o de estudio. En virtud de esa facultad de vigilancia, podrán solicitar la revocación de las medidas o la imposición de las sanciones correspondientes. Esta vigilancia nunca se ha ejercido por autoridad alguna y creo que los resultados van a ser muy positivos, dado que el conocimiento de que el disfrute de todos esos favores de la ley va a tener una estrecha y directa fiscalización, constituirá una especie de coacción psicológica para el buen comportamiento del sindicado en todo sentido.

Pero la función que, a nuestro juicio, va a tener la mayor trascendencia, es la relativa a la defensa de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, judiciales, de policía y de internación psiquiátrica. Para fortuna de esta disposición, para seguridad de que no se va a quedar escrita y de que no es simple retórica legislativa, ahí tenemos ya a la Procuraduría General de la Nación, de tiempo atrás inclusive, velando por estos derechos humanos. Es necesario entonces que una institución tan respetable como la del Ministerio Público vigile permanentemente porque los reclusos no sean sometidos a tratos crueles, degradantes o inhumanos y que tengan una oportuna asistencia médica y hospitalaria. Un país cristiano y civilizado como el nuestro no puede seguir soportando la vergüenza y la irrisión de que en sus prisiones se esté atentando contra la dignidad humana. Cierto es que los reclusos tienen la obligación de someterse al régimen disciplinario existente, pero el Estado no puede permitir que se los someta a castigos degradantes, a sanciones que atentan contra su propia personalidad y muchas veces contra su integridad física. El crimen permanente del Estado colombiano con la población reclusa de todos los lugares, es la inasistencia médica y hospitalaria. Allí tienen que soportar sus dolencias, padecer sus sufrimientos, exponerse a la agravación de sus enfermedades, colocarse en el riesgo de perder hasta la propia vida, porque el Estado está ausente de esos lugares, no hay médicos, no hay drogas, no existen siquiera medianas enfermerías; no hay, en síntesis, asistencia o servicio social. Son gentes completamente abandonadas, a la buena de Dios. Si toda esta fiscalización logra hacerse por parte del Ministerio Público, le estaríamos dando un alto tono moral al proceso, estaríamos confiriéndole un título más de dignificación a nuestra administración de justicia, estaríamos haciendo política criminal, tal vez una prevención especial para advertir al reo que se le está tratando como a un ser humano, que la justicia no lo tiene abandonado, que el Estado está pendiente de todos sus problemas derivados de su pérdida de la libertad.

También los vamos a ver ejerciendo la vigilancia de la ejecución de las penas y las medidas de seguridad. Es la etapa del proceso en que ya todo mundo se olvida del condenado. El juez vuelve a saber de él cuando se le solicita una libertad con-

dicional o la suspensión de la medida de seguridad. Pero nunca se llega a enterar la administración de justicia de cómo va transcurriendo la vida del penado si está en una penitenciaría o cárcel, o del enfermo si se encuentra en el infierno del Anexo Psiquiátrico de La Picota. Todo esto se deja en manos del personal administrativo de esos establecimientos, personal muchas veces impreparado, rudo para tratar a los reclusos, deshumanizado, agresivo, mal amigo de estos desdichados. Se encargan por ello de infundirles agresividad, de tornarlos indisciplinados.

Y qué maravilloso sería, pensándolo con nuestro acentuado romanticismo jurídico, que si como es cierto que uno de los fines de la pena es el de la resocialización, este Ministerio Público del nuevo estatuto procesal penal se echara encima, para decirlo gráficamente, la nobilísima tarea de procurar que en los establecimientos carcelarios hubiera la oportunidad de redimir las penas por trabajo y estudio. Ojalá que se hiciera ese esfuerzo para que la ley 32 de 1971 que consagra esas posibilidades legales no fuera letra muerta, mera demagogia legislativa. Si el legislador ha consagrado unos derechos, debe permitir que ellos se puedan ejercer.

Y en relación con quienes estén sometidos a medidas de seguridad, que estarían por fuera de la vigilancia directa de los respectivos fiscales, por encontrarse el Anexo Psiquiátrico en la ciudad de Bogotá, esperamos que esa vigilancia la pueda cumplir la Procuraduría General de la Nación. El país entero conoce lo que ha sido el vergonzoso funcionamiento de este centro de reclusión, en donde ha estado ausente no solo el digno tratamiento de los enfermos que allí son enviados, sino que esos pacientes han permanecido en verdaderas situaciones inhumanas. Nada allí alienta a una verdadera recuperación, sino que esos inimputables vegetan como animales, están en el más completo ostracismo judicial. Entonces, para tratar de que no se cometan tantas injusticias, para buscarles una humanización a estas medidas de seguridad, para que en muchos casos no se tornen indefinidas hasta la muerte, el Código Penal creó unas normas, que desarrolla el de procedimiento, que permitirán la entrega de los inmaduros psicológicos a sus parientes, a fin de que estos garanticen el suministro de educación o adiestramiento industrial o artesanal o agrícola tendente a su adaptación al medio social; y una norma más general, como es la de la suspensión de la medida de seguridad, cualquiera que ella sea, si así lo aconsejan los peritos de Medicina Legal. Es, como se advierte, un soslayamiento de la severidad y rigidez de la norma penal que permite un internamiento indefinido de ciertos inimputables. Confiamos que a quienes padecen el síndrome leguleyo de las demandas de inconstitucionalidad no les vaya a dar por demandar esta norma con el argumento de que reforma la ley sustancial.

Como es fácil entonces advertirlo, la misión que ahora van a tener los funcionarios del Ministerio Público es subyugadora, porque busca humanizar el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, porque tiende a dignificar la ejecución de las penas y medidas de seguridad; en síntesis, porque busca que el reo sienta que no obstante haber sido exiliado del seno de la sociedad, la mano del Estado se tienda para ayudarle a que la privación de su libertad sea lo menos aflictiva posible.

VI. EL DEFENSOR

En materia de defensa, las innovaciones son muchas, pero hagamos referencia solo a las principales. En primer lugar, el cargo encomendado desde la indagatoria se entenderá conferido hasta la finalización del proceso. Por ello el abogado no necesitará de nuevo nombramiento a raíz del auto sobre resolución de acusación equivalente al de proceder en la legislación vigente. Se evitarán así muchas irregularidades, como aquella absurda de no permitirle al abogado que ha estado atendiendo al sindicado conocer del auto calificadorio, con el argumento de que se violaría la reserva del sumario porque aún no ha sido designado como defensor. De otra parte, se evita el inconveniente de que al sindicado que está disfrutando del beneficio de la libertad, si por cualquier razón no puede comparecer a recibir notificación de la providencia, haya de designarse defensor de oficio, cuando bien podría seguir en su representación el defensor nombrado desde la indagatoria o en etapa posterior antes de la resolución de acusación.

Pero la gran innovación consiste en la creación de la defensoría pública en favor de quienes carecen de recursos económicos para proveer a su propia defensa. Esta era una necesidad inaplazable en vista de la manera deficiente como hoy se ejerce la defensa de oficio. Todos conocemos la amarga realidad de que dicha institución no ha funcionado en Colombia, a través de toda su historia, con la eficacia y responsabilidad que su deber le impone. Los abogados en su mayor parte se desentienden de estas defensas por ausencia del halago de los honorarios profesionales. Y por dicha causa se ha condenado a muchos inocentes, se ha mantenido en detención preventiva a muchos sindicados por tiempo considerable, sin que los unos ni los otros hayan podido hacer valer ante la administración de justicia los derechos que tienen frente a la ley penal y de procedimiento. Un informe dramático y reciente del Instituto Ser de Investigación arrojó el dato de que en el año de 1977, existían en las cárceles y prisiones de Colombia, entre una población de 34.193 reclusos, 13.041 que tenían derecho a su libertad, la que no habían podido alcanzar por falta de abogado que impetrara ese derecho. Es esta a no dudarlo una acusación tremenda contra la administración de justicia y contra los abogados que figuraron en los respectivos juicios como defensores de oficio, o también de confianza, que no han sabido cumplir con sus deberes. Para evitar estas dolorosas situaciones, los jueces deberían estar revisando oficiosamente los procesos penales, con el fin de irse percatando de si el sindicado o condenado tiene o no derecho a ser liberado, pues se han registrado casos de personas que luego de haber pagado íntegramente la pena aún continuaron privadas de su libertad. En países como Italia existe una disposición que obliga a los jueces a revisar periódicamente los expedientes penales con esos fines.

Esta defensoría pública será reglamentada por el gobierno y funcionará en todo el país, bajo la dirección del Ministerio de Justicia. En cada capital de Departamento, Intendencia o Comisaría se formará un cuerpo de defensores encargados de cumplir dicho encargo. Y en ella habrá un incentivo especial para los estudiantes de derecho que hayan terminado su carrera, puesto que determinado número de defensas

que reciban como encargo hará las veces de la práctica o servicio profesional de que tratan las disposiciones sobre requisitos para poder optar al título de abogado.

De segundo orden son las innovaciones sobre el derecho del sindicado a designar un defensor y un suplente para que puedan actuar de una manera alternativa, pues es frecuente que al abogado se le presenten simultáneamente diligencias en dos procesos ante funcionarios distintos, teniendo por ello que dejar de asistir a una de ellas, o conseguir que se la aplacen para otra fecha. En ese caso, el suplente lo sustituirá sin otro requisito que el de la posesión inicial.

Y como también puede ocurrir que contra un mismo procesado y en relación con una misma investigación varios jueces estén practicando pruebas en diferentes lugares del país, como en ciertos delitos denominados financieros y otros, se permite que ante cada uno de dichos jueces pueda el reo tener un defensor para asistir, presenciar y fiscalizar la recepción de las pruebas. Se objetará que esta es también una norma elitista, puesto que la posibilidad de tener actuando dentro de un mismo sumario a varios defensores no la pueden tener sino sindicados de alguna solvencia económica. Pero como el sentido de la disposición es exclusivamente el de garantizar y proteger el derecho de defensa, no importa que de ella se beneficien exclusivamente los ricos. Por serlo, no los podemos privar de los medios de defensa establecidos como principios generales en el ordenamiento jurídico.

De otra parte, no se puede negar que hay abogados inescrupulosos, profesionales del derecho que irresponsablemente abandonan la causa a ellos confiada, o la sirven muy precariamente, con mucha deficiencia. De esta situación muchas veces los mismos sindicados no tienen conocimiento, por falta de oportunidades de enterarse de la actuación procesal. Ello ha conducido a que esas causas penales terminen de manera desfavorable a los sindicados, o bien a que no se haya hecho valer oportunamente en su favor algún derecho o beneficio de la ley. Para prevenir esas irregularidades, esas situaciones de por sí desventajosas para la suerte penal de los acusados, el mismo juez de la causa estará investido de la facultad de vigilar muy de cerca la actuación de los defensores, pudiendo requerirlos para que ejerzan el cargo debidamente, so pena de multa hasta por dos salarios mensuales mínimos, sin perjuicio de las demás sanciones de la ley por faltas a la ética profesional.

VII. EL TERCERO INCIDENTAL

Ocurre con frecuencia, principalmente en delitos contra el patrimonio económico, que aprehendida la cosa materia del ilícito, el ofendido deba padecer un verdadero viacrucis para que se le entregue su pertenencia siquiera en depósito. Sus permanentes visitas al juzgado para que le sea entregado lo que fue motivo de un hurto, de una estafa, de un abuso de confianza, etc.; o en otros hechos, del vehículo que causó las lesiones o el homicidio culposo; lo llenan de una verdadera desesperación y frustración por las negativas del juez a entregárselo. Y muchas veces son gentes pobres, de escasos recursos económicos que no pueden gestionar esa devolución por medio de un abogado; pero, aun siendo solventes, no se justifica, por

el poco valor del objeto materia de la infracción. Para estas situaciones la ley les concede el derecho de ejercer esa pretensión aun sin abogado, pero si lo quisieren, podrán acudir a los servicios de estos profesionales para hacer valer su derecho a la devolución. Como su actuación está limitada exclusivamente al trámite del incidente, podrán pedir pruebas, intervenir en la realización de las mismas, interponer recursos y formular alegaciones de conclusión. No sería justo que a quien le han sustraído un televisor de su casa, o herramientas o máquinas de las cuales dependa su subsistencia, porque son sus instrumentos de trabajo, una vez decomisadas por la autoridad se le obligara a valerse de un abogado para reclamar lo que le pertenece. Esto sería, a nuestro juicio, un abuso del derecho, una extralimitación en el entendimiento de las normas que regulan el ejercicio de la profesión de abogado. Pero a lo mejor, en este país de santanderistas, de pronto surja alguien a quien le dé por demandar tan conveniente norma procesal, alegando que ello entraña el ejercicio de actividades propias de abogados.

VIII. REDACCIÓN DE AUTOS Y SENTENCIAS.

PROHIBICIÓN DE TRANSCRIPCIONES

Hemos de reconocer un hecho muy notorio, cual es el de la prolijidad de las providencias judiciales. Se carece de la capacidad tan difícil de la síntesis, de la cual adolecemos también los abogados. Pero cuando a un juez le llega un alegato de 20 páginas, él considera que debe contestar en 40. Y aun sin que medien alegatos de las partes. Es como un prurito de sacar a relucir todos los conocimientos que se tienen, citando a cuanto autor esté a la mano, trayendo a colación una y más jurisprudencias, transcribiendo diligencias enteras de la causa. En todo caso, la brevedad es muy excepcional. Es muy probable que una de las causas de tanta congestión en los despachos judiciales sea esta: el pulimentó por días, y hasta por semanas, de un vocatorio a juicio o de una sentencia. No es que se quiera romper con esta inclinación de la judicatura y la magistratura. Pero la verdad es que en los autos y sentencias podría haber un poco más de brevedad, y no pretender en cada providencia exhibir una pequeña obra de derecho sobre un tema especial. Hay países en los que la justicia marcha al día, por la síntesis y parquedad de las providencias, como en Austria, en donde no se verán autos ni sentencias con más de cinco páginas.

Pero lo que en verdad no tiene sentido alguno, y por eso se prohíbe terminantemente, es que en las providencias que se dicten se transcriban diligencias judiciales, decisiones o conceptos que obren en el proceso. Se acabará así con esa infinidad de comillas transcribiendo testimonios, careos, denuncias, dictámenes periciales, conceptos fiscales, decisiones del superior y hasta las anteriores del mismo funcionario que dicta la providencia. Eso no tiene sentido. A todo el que pueda tener acceso al proceso —incluidos los jueces y magistrados— le bastará con la consulta directa a la providencia, concepto o cualquiera otra diligencia, sin tener que verse obligado a leerla en las mismas providencias que se dicten. La gran congestión de procesos

penales en todas las instancias no permite demasiado preciosismo en los autos y sentencias que se dicten, aunque tampoco autoriza la demasiada superficialidad.

IX. LA CONSULTA

No sé si ustedes participarán de mi criterio, pero yo creo que una de las innovaciones fundamentales en el Proyecto de Código de la Comisión Redactora fue el de haber suprimido en absoluto el grado de jurisdicción llamado "consulta". No se podría negar que la consulta ha sido en nuestro ordenamiento jurídico una de las causas principales de la enorme congestión de procesos en las segundas instancias, en el circuito y en los tribunales, consultas de cesación de procedimiento, de sobreseimientos definitivos y sentencias absolutorias, principalmente. Sabemos igualmente que, como mínimo, la mitad de los procesos penales que se ventilan terminan con una de esas decisiones, cuando el delito tiene una pena máxima de cinco años. Nos atreveríamos a decir que muy excepcionalmente esas providencias resultan reformadas o revocadas por el superior. Y que cuando, por ejemplo, un sobreseimiento definitivo se convierte en uno temporal, a la larga el recaudo probatorio vuelve a trazar la dirección del mismo sobreseimiento definitivo. Al suprimir dicha consulta en todos los casos, se pensó que había que darle crédito al juez de primera instancia, máxime cuando, teniendo un fiscal de control de sus decisiones, este no interpuso el recurso de apelación. Puede inclusive tratarse de una sentencia condenatoria, que de no ser impugnada por la eventual parte civil, ni por el defensor, ni por el agente del ministerio público mediante dicho recurso, parece que no se justificara consultarla. Esta era la gran economía del proceso a que aspirábamos. Era el camino más corto y expedito para una pronta y cumplida justicia, entre otras razones porque sabiendo como es de lenta la tramitación de los procesos sin detenido, principalmente si fueron absueltos y sobreseídos en primera instancia, no resulta tampoco justo dejar al acusado en entredicho, esperando muchas veces años a que se confirme la providencia. Él tiene derecho a que la justicia se pronuncie en el menor término posible sobre su culpabilidad o inocencia. Pero nos produjo, si se permite la expresión, un inmenso dolor jurídico conocer la posición de la Comisión Revisora sobre esta materia. Reprodujo la norma vigente sobre las providencias que tienen un grado de jurisdicción llamado de consulta. Y repitió igualmente la disposición de las providencias consultables que no hayan sido apeladas, cuando la sentencia o el auto de cesación de procedimiento se haya proferido por delito con pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de los cinco años. Y agregé para mayor congestión de los despachos judiciales, es decir, todo lo contrario de lo que quería la Comisión Redactora, la consulta de toda libertad condicional cuando la pena impuesta sea mayor de cinco años. Son, como se ve, dos posiciones, dos criterios diametralmente opuestos los de la Comisión Redactora y los de la Comisión Revisora sobre la misma materia.

Pero agrega la norma que no habrá consulta en los casos a que se refiere la norma cuando la providencia ha sido notificada personalmente al procesado o

su defensor, o cuando obre parte civil reconocida. Para mí esta disposición resulta demasiado clara, en el sentido de que basta la notificación personal al procesado o a su defensor para que la providencia no sea consultable, exista o no parte civil. La otra hipótesis es la de que actúe parte civil reconocida. Es decir, que si ni el procesado ni el defensor recibieron notificación de la providencia personalmente, tampoco será consultable si hay parte civil reconocida, porque si esta no apela, no se ve cómo podría justificarse la consulta. Hacemos estos comentarios porque en reciente foro en la ciudad de Cali, a un miembro de la Comisión Revisora me pareció entenderle que a pesar de que se hubiera notificado personalmente al procesado o a su defensor, si no existía parte civil, la providencia era consultable. Creo que la claridad con que está redactado el inciso, no permite esa clase de interpretaciones. Si la que le estamos dando a la disposición es la correcta, como creemos, se salvará la tesis de la Comisión Redactora en el sentido de la supresión de la consulta, al menos indirectamente, por cuanto va a resultar muy probable que providencias que tentativamente fueran consultables, no lo serán, porque si hay detenido, como mínimo este será notificado personalmente; y si el procesado está disfrutando de su libertad, hay obligación legal de citarlo para hacerle notificación personal del auto de cesación de procedimiento o la sentencia, las dos formas que contempla el Código para finalizar el proceso penal. Por lo demás, los abogados habrán de estar muy pendientes de las providencias judiciales para presentarse a recibir notificación personal de ellas cuando haya una cesación de procedimiento, una sentencia absolutoria, y aun una condena, cuando consideren que no debe apelarse de ella. Ojalá entonces que no sea una vana ilusión nuestra la de que a la postre serán muy pocos los casos que irán a consulta del superior.

X. NULIDADES

No vamos a entrar en un estudio a fondo sobre las nulidades, porque ello significaría una conferencia exclusiva sobre el tema. Pero sí cabe resaltar el hecho de que se quiso incluir de una vez aquellas nulidades supralegales o constitucionales que ha venido declarando la Corte Suprema de Justicia en toda su historia, con base en el artículo 26 de la Constitución Nacional. Pero extrañamente la Comisión Revisora las recortó sin razón alguna. Esto se podrá apreciar haciendo una confrontación entre el artículo del Proyecto y el que se dejó en la nueva ley procesal. Pero es bueno referirnos a la segunda nulidad consagrada en el Código, y que tiene fundamento en "la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso". No se podía hacer una enumeración taxativa, por lo antitécnico que ello resultaría y, además, por el riesgo de omitir algunas, aunque se podía haber ejemplificado solamente como una orientación pedagógica a los jueces. Pero ¿qué ha pasado con esta nulidad? Se ha venido lanza en ristre contra ella, nadie menos que un ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia, el doctor JULIO SALGADO VÁSQUEZ, quien sufre el síndrome de la inconstitucionalidad de cuanta legislación sale del Congreso o del Ejecutivo con facultades extraordinarias

para legislar sobre materias penales y de procedimiento. Así lo hizo con el Código Penal, no obstante haber sido uno de sus redactores, con la ley 2ª de 1984, con el decreto 1853 de 1985, y ahora con el C. de P. P. Pues él ha dicho —y ello se publica en el número 34 de la *Revista Nuevo Foro Penal*— que la consagración de dicha nulidad viola el artículo 76 de la Constitución, porque es al Congreso al que le corresponde hacer las leyes. Quiere significar con lo anterior que los jueces no pueden declarar estas nulidades. Y no se dio cuenta de que, en primer lugar, la Corte Suprema de Justicia en toda su actividad jurisdiccional, bien como juzgadora de segunda instancia o como falladora de casación penal, ha estado siempre declarando las mismas nulidades, a la luz del artículo 26 de la Carta, por irregularidades sustanciales que han afectado el debido proceso. Y en segundo lugar, y esto es lo absurdo e inexplicable, al mismo ex magistrado, en los años en que estuvo en la alta corporación, fueron muchas las providencias que le tocó firmar y en las cuales fue ponente, en que se declaró la nulidad del proceso por causa de esas irregularidades sustanciales. El juez, entonces, no se convierte en legislador, como lo sostiene el distinguido jurista, sino que en el ejercicio de sus funciones podrá pronunciarse sobre aquellas nulidades supralegales o constitucionales respecto a las cuales no estaba expresamente autorizado o facultado en el Código vigente. Se consagró igualmente como nulidad legal la violación del derecho a la defensa. No se dijo “violación del derecho de defensa” que podría tener una connotación muy restringida, referida únicamente a la poca o ninguna actividad del defensor en el proceso penal, sino que se le quiso dar un alcance mucho más amplio, ya que “violación a la defensa” puede constituir el hecho de no practicar las pruebas solicitadas por el sindicado o su defensor, negarle arbitrariamente un recurso, no practicar las pruebas que se deducen de la propia indagatoria, etc. Pero ¿qué se dijo en relación con esta causal de nulidad? Que correspondía a la segunda causal ya vista sobre “la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso”. Luego tampoco podría declararlas el juez, según esa tesis autoritaria.

XI. SUMARIO

Aquí las innovaciones fueron pocas. Se reprodujeron varias de las normas de la legislación vigente, por cuanto no había razón para excluirlas del nuevo ordenamiento jurídico. Por ejemplo, se repitieron las disposiciones sobre reserva sumarial, retención de la correspondencia del sindicado, interceptación de comunicaciones telefónicas, etc. Han sido previsiones legales con una vigencia de cincuenta años. La única novedad con respecto a ellas es que los autos por medio de los cuales se ordenan, no se darán a conocer a las partes en tanto considere el juez que ello puede interferir el desarrollo de la respectiva diligencia. No entramos en el análisis de la odiosidad o bondad que pueda entrañar la norma, o de lo ingenuo que resultaría decir que esos autos deben ser notificados al procesado y a su defensor. Pero lo que sí resulta una clara manifestación de terrorismo jurídico es la afirmación de

que con esas normas hemos retrocedido varios siglos, como lo afirma el doctor SALGADO VÁSQUEZ, desconociendo u olvidando que una de ellas nos viene del Código del 38 y otra del Estatuto del 71, sin que hasta este momento se haya dicho nada contra las mismas. Y la sola innovación que traen no podía justificar la reserva sobre todo un Estatuto, en torno al cual apenas se tuvieron en cuenta tres o cuatro disposiciones para rechazarlo en su integridad.

XII. PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Tampoco vamos a ocuparnos de este tema, por lo extenso que resultaría hacerlo, por cuanto constituye también una de las innovaciones del nuevo procedimiento penal. Pero, como en el caso anterior, no podemos dejar pasar por alto otra crítica que se le hizo por el doctor GABRIEL UPEGUI PALACIO (publicada en el N° 34 de la *Revista Nuevo Foro Penal*). Él se pronuncia contra dicho procedimiento porque de pronto —dice—, quien confiesa ser el autor de un delito, no lo es, y que por lo breve del procedimiento va a resultar muy difícil contrariar esa confesión del inocente. Y francamente no creemos que pueda ser esta una crítica válida contra dichas normas. Todos, absolutamente todos sabemos que este tipo de confesiones son muy excepcionales. Me atrevería a decir que cada uno de nosotros en su larga trayectoria como funcionario o como abogado, no recordará más de dos o tres casos, bien porque se trate de un enfermo mental, de alguien que quiera encubrir a un ser querido, inclusive de quien para corresponder a un favor en dinero u otro beneficio decida asumir por su benefactor la plena responsabilidad en un proceso penal. Pero esas hipótesis también se pueden presentar en el procedimiento ordinario, con términos amplísimos, quedando para uno u otro caso el recurso de revisión. Cabe pensar que quien hace una confesión simple, en el 99 por ciento de los casos, dice la verdad. Y si, como se ha enseñado desde el antiguo derecho romano, se legisla es para lo que generalmente acontece, este procedimiento no es impugnabile por las razones aducidas, entre otras cosas porque fue un mandato expreso de la ley de facultades para la expedición del C. de P. P.

Por lo demás, a mi juicio, este procedimiento abreviado fundado en la confesión simple va a ser excepcional, pues raro es el hecho de que un sindicado confiese llanamente su culpabilidad sin aducir alguna causa de justificación, de inculpabilidad, o al menos una atenuante. Quedará la norma para los casos de flagrancia. El estado de flagrancia es un hecho objetivo que ninguna relación tiene con el concepto de culpabilidad. No siempre que se captura en estado de flagrancia se puede deducir, ni siquiera como hipótesis probable, la responsabilidad del autor. Simplemente se lo señala como causante del hecho presuntamente delictuoso. Creo que ese estado de flagrancia es tan evidente al entendimiento humano, que ningún funcionario puede equivocarlo con situaciones que escapen a esa calificación. Esto es para mí muy elemental. Y tanto lo es, que la misma Constitución Nacional facultó aun a los particulares para capturar a quien sea sorprendido en flagrante delito, porque entendió que se trataba de una situación meramente objetiva, que no podía prestarse

a equívocos. Por eso tampoco me parece de recibo la crítica que hace el doctor UPEGUI PALACIO cuando dice que si el juez tiene que calificar la flagrancia estaría "prejuzgando" y que eso no estaría bien. Allí no hay ningún prejuizamiento. La declarará según las pruebas que se le aporten, según hayan sido las circunstancias de la captura. De todas maneras existe la protección legal al acusado aun en caso de dudosa flagrancia o confesión simple, sin embargo de lo cual el juez así lo declara por medio del auto interlocutorio contra el cual proceden los recursos ordinarios de reposición y apelación.

XIII. INNOVACIONES DEL PROYECTO NO INCLUIDAS EN EL CÓDIGO

Siento una inmensa frustración personal por tantas innovaciones que introdujo la Comisión Redactora en el proyecto entregado al actual gobierno y que suprimió la Comisión Revisora; esto daría para muchas conferencias, pero ahora solo interesa detenernos en el estudio sobre la filosofía y el alcance de las normas incorporadas al estatuto ya expedido. Pero sí es del caso mencionar siquiera algunas, casi todas ellas relacionadas con el derecho de defensa, la economía procesal y la inclusión en el Estatuto de normas que andan dispersas en diversas leyes de la República.

Entre esas innovaciones suprimidas por la Comisión Revisora recordamos: la referente al principio *non bis in idem*; la facultad otorgada a los familiares del sindicado para otorgar poder cuando este por cualquier circunstancia no pudiese hacerlo; la supresión absoluta de la consulta a la que ya nos hemos referido; el capítulo en que incorporábamos lo fundamental de la ley 32 de 1971 sobre redención de las penas por trabajo y estudio, al que se le habían introducido importantes modificaciones; el capítulo sobre reglamentación de la aplicación del artículo 28 de la Constitución, que fue obra de una ley del Congreso de la República; el ejercicio del derecho al *habeas corpus* en favor de los extraditables, de competencia de la C. S. de J.; lo referente a la ejecución en Colombia de sentencias extranjeras proferidas contra ciudadanos colombianos; las normas que permitían presentar la demanda de casación ante los respectivos tribunales, siendo que con ellas no se le quitaba ninguna función de importancia a la Corte Suprema de Justicia; el recurso de revisión ante los tribunales superiores; la obligación del Estado a la indemnización de perjuicios a favor del absuelto en virtud de los recursos extraordinarios de casación y revisión; todas las causales de libertad para inimputables, y muchísimas otras supresiones que indudablemente desvertebraron el proyecto original.

De todas maneras, este Código es fundamentalmente un instrumento legal que aspira a que con él se cumpla el mandato constitucional de una pronta y cumplida justicia. Queda pues, su estudio, análisis y aplicación en las dignas manos de los jueces de Colombia y de todos los profesionales del Derecho.

EL ARTÍCULO 305 DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL Y EL ESTADO DE DERECHO

DRA. TAHÍ BARRIOS HERNÁNDEZ *

Sumario: I.—Planteamiento del problema. II.—El principio de legalidad. Aproximación histórica. III.—El artículo 305 num. 2 y el principio de legalidad. IV.—El artículo 305 num. 2 y el artículo 76 num. 12 de la C. N. V.—El artículo 305 num. 2 y el artículo 55 de la C.N..

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Consigna el decreto 50 de 1987 en su título preliminar diez y siete disposiciones, concreción ellas de otros tantos principios jurídicos de evidente contenido político que concuerdan exactamente con una de las exigencias que caracterizan el Estado de Derecho, cual es la que se relaciona con la garantía formal y real de los derechos y libertades fundamentales¹.

De esas normas rectoras interesa, para el tema que me he propuesto, la contenida en el art. 1º, la del debido proceso que, por lo demás, no es sino una transcripción más o menos literal de los mandatos constitucionales previstos en los primeros incisos de los arts. 26 y 28.

En el capítulo único, del título VI del decreto 50 de 1987, nuevo Código de Procedimiento Penal, se tratan las nulidades. Concretamente el art. 305 trae consignadas las causales de nulidad para el proceso penal, y en su numeral 2º establece como una de ellas "la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso". Pretendo demostrar que por la forma en que fue redactado dicho numeral, se dejó una ilimitada facultad al juez para la fijación de las irregularidades capaces de suscitar una declaratoria de nulidad, que se violó con ello los mandatos constitucionales citados en el párrafo anterior.

Por otro lado, me propongo también demostrar que la redacción del numeral 2º del art. 305 transcrito viola igualmente el art. 76 (atrib. 12) de la Constitución, que autoriza al Congreso para revestir al presidente, *pro tempore*, de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o lo aconsejen las conveniencias públicas, toda vez que "faculta" al juez para establecer la existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

* Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia.

¹ ELÍAS DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8ª ed., reimpresión de 1983, Madrid, Edit. Taurus, 1983, pág. 31.

Por último, considero violado el art. 55 de la Carta, por el numeral 2º del art. 305 del decreto 50 de 1987, que establece la tripartición del poder público en tres ramas, la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional, la separación de sus funciones y la armónica colaboración entre ellas en la realización de los fines del Estado, pues el ejecutivo al redactar de forma tan amplia esa disposición convirtió a los jueces en legisladores, contrariando la tripartición de poderes, característica sustentadora del Estado de Derecho.

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. APROXIMACIÓN HISTÓRICA

Ningún sector del ordenamiento jurídico interviene de manera más gravosa la esfera de los derechos de la persona que el del derecho penal. El Estado, titular del orden jurídico, se ampara en la pena para mantener inquebrantado ese orden. Y es precisamente esta, la pena, la “reacción” que el derecho penal prevé como coacción.

Lo gravoso que para el individuo puede resultar la pena impone la necesidad de unos límites, de un control a ese poder punitivo del Estado, base del derecho penal. No de otro modo resultaría posible el logro de la seguridad jurídica y el respeto a las garantías del individuo.

Precisamente uno de esos límites a la facultad de castigar del Estado es el principio de legalidad, principio que tiene sus antecedentes en la *Magna Charta Libertatum* del rey Juan Sin Tierra de 1215, que consigna claramente aspectos garantistas de índole procesal. En la *Constitutio Criminalis* del Kaiser Carlos V de 1532, que si bien estatuye una regulación de tipos, a la vez permite respecto de ellos la aplicación analógica por los tribunales de mayor jerarquía².

Tal como ha evolucionado hasta nuestros días, el principio tiene un origen político que se nutre en la ideología liberal que inspiró las constituciones revolucionarias de los estados federales norteamericanos y de la Revolución francesa, habiendo sido consignado con otros de su misma estirpe en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789. Entonces se pretendía la prohibición de una aplicación *retroactiva* de la ley.

En 1799, FEUERBACH formuló el principio *nulla poena sine lege*, con otra proyección: no era ya solo la prohibición de la retroactividad de la ley lo que importaba, pesaba también como prohibición a la creación analógica de tipos penales y como exclusión de la ley no escrita —el derecho consuetudinario— en el ordenamiento penal, pero fundamentalmente tenía un alcance científico: era la base de la Teoría de la Coacción Síquica, de la Teoría de la Prevención General³.

El Código Penal soviético de 1922-26 abandonó la prohibición de la analogía fundamentadora de la pena. El 28 de junio de 1935 Alemania aprobó la ley complementaria que posibilitaba, al lado del principio de legalidad, otro extralegal acorde con el

“sano sentimiento del pueblo”, de todas formas ligado a la idea básica de la ley, gracias a ella proliferaron en tiempo de la guerra, las leyes nacionalsocialistas, redactadas de manera amplia e indeterminada. El principio *nullum crimen sine lege* fue sustituido entonces por este otro: *nullum crimen sine poena*⁴.

En 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó el principio en su Declaración General de los Derechos Humanos. En 1966, las Naciones Unidas votaron el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el que, dicho sea de paso, fue ratificado por Colombia mediante la ley 74 de 1966. En 1969 se firmó el Pacto de San José de Costa Rica, que fue aprobado por la ley 16 de 1972.

III. EL NUMERAL 2º DEL ARTÍCULO 305 Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Al Ejecutivo le fue conferida por el Congreso, mediante la ley 52 de 1984, la facultad de “elaborar y poner en vigencia un nuevo Código de Procedimiento Penal, que deberá seguir la orientación filosófica del Código Penal y adecuarse a sus principios”. De acuerdo con esa ley de facultades, el ejecutivo, como queda dicho, debía elaborar un Código acorde con los principios del Código Penal, pero también, obviamente, acorde con la Constitución.

El legislador —llámese Congreso o trátese del Ejecutivo en ejercicio de facultades legislativas— al desarrollar mediante normas el ejercicio de los postulados y garantías constitucionales no puede, por ninguna razón, alterar estos. Sea cual fuere la índole de las leyes que pretendan reglamentar el ejercicio de esos postulados y su efectividad, no puede de ninguna manera rebasarse, adulterarse, el mandato constitucional. Lo mismo debe predicarse de los jueces en cuanto pongan en acción la ley. Las leyes, cualquiera que sea la índole de su procedencia, deben ser dictadas con respecto a esos principios, pero no solo eso: además no escamoteando el real sentido, el verdadero contenido de esos derechos y garantías. Dicho de otro modo: la ley no solo no debe infringir esos principios y garantías sino que, además, no puede dejar margen o posibilidad, a la violatoria aplicación de la ley con la cual se pretende el ejercicio de los derechos civiles y garantías sociales de que habla la Constitución.

En el ordenamiento jurídico colombiano el principio de legalidad o debido proceso tiene su fundamento en el art. 26 de la Constitución, que textualmente dice: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

Ello significa que nadie puede ser condenado, sometido a una pena, sino por su juez y previo proceso ritual de acuerdo con las normas procedimentales previstas para el caso por ley anterior al hecho materia del proceso. Esta, que en realidad es la primera parte del artículo, consigna el principio de reserva de la ley penal, el principio de legalidad referido al derecho penal material: *nulla poena, nullum*

² HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, t. 1, Barcelona, Edit. Bosch, 1981, pág. 177.

³ REINHART MAURACH, *Tratado de derecho penal*, t. 1, Barcelona, Edic. Ariel, 1962, pág. 7.

⁴ HANS-HEINRICH JESCHECK, ob. cit., pág. 178.

crimen sine lege praevia, scripta, stricta et certa, de larga trayectoria, ampliamente elaborada por la doctrina y acogida por la generalidad de los ordenamientos jurídicos de los países civilizados.

Está allí también establecido que son fundamentos del proceso legal:

- a) El juez competente;
- b) La ley preexistente al acto que se imputa, tanto en materia penal sustantiva como en materia procedimental penal;
- c) La observancia estricta de las normas establecidas para cada proceso.

La *defensa adecuada*, el otro presupuesto ineludible del debido proceso, no está expresamente reglado en la Constitución. Sin embargo, existen otras garantías en esta última que indudablemente apuntan a mantener incólume al individuo frente al quehacer del Estado cuando cumple la función de administrar justicia, como son las estipuladas en los arts. 23 y 25, C.N. a los que es preciso agregar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 14, num. 3), ratificado por Colombia mediante la ley 74 de 1968, que establece:

“Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

”a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causa de la acusación formulada contra ella;

”b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

”c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas;

”d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

”e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

”f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

”g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”

Sentados los presupuestos de la discusión, conviene transcribir ahora el texto de la disposición cuestionada:

“Art. 305 *Causales de nulidad*. Son causales de nulidad en el proceso penal:

”1ª) La incompetencia del juez;

”2ª) La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso;

”3ª) La violación del derecho de defensa”.

¿Cuál es la objeción que cabe a la forma como quedó conformada la causal segunda del artículo transcrito? Pienso que la circunstancia de no haberse establecido de una manera *precisa* cuáles son aquellas “*irregularidades sustanciales* que afecten el debido proceso”. Queda al arbitrio del juez el valorar la trascendencia dentro

del proceso de las ritualidades cuya omisión signifique tanto como para que se amerite una declaratoria de nulidad con lo que ello implica: retrotraer toda una actuación o negarse a hacerlo, con el eventual perjuicio que pueda ello ocasionar a los intereses del procesado. Se dejó así un margen desmesuradamente amplio al ejercicio del arbitrio del juez, lo que de suyo es grave si se tiene en cuenta el dispositivo procedimental que es, orientado a asegurar el cabal cumplimiento de las garantías procesales, el correctivo a las irregularidades a que, como obra del hombre, puede estar expuesto un proceso. “La nulidad, consecuencia del principio de legalidad del proceso, busca establecer la intangibilidad de las formas propias de cada juicio por ser estas el marco dentro del cual puede ejercer el Estado su derecho de sancionar, y por cuanto constituyen la garantía de la persona respecto de la salvaguardia de su libertad y del aseguramiento de oportunidades y medios idóneos para su defensa”⁵.

No cabe duda alguna acerca de que la declaratoria de nulidad no debe sobrevenir sino frente a la “comprobada existencia de irregularidades sustanciales”. Este punto quizá nadie lo discuta, pero tal vez sí se discuta aquel que se contrae a la necesidad y conveniencia de que la ley determine con precisión los requisitos cuya falta la constituya, en lugar de dejar en manos de los jueces el determinarla. A este propósito afirma FLORIÁN lo siguiente:

“A nuestro juicio, el método más en armonía con el proceso penal es el primero, que da por resultado esta consecuencia: que *no existe nulidad si no está expresamente conminada en la ley*. Es fácilmente comprensible que se estime este punto de vista adaptado a la materia procesal penal, pues ofrece mayores garantías y evita todo motivo de dudas y controversias. La observancia de las formas procesales toca a intereses vitales y de tan gran importancia que *lo referente a las mismas debe estar abstraído al arbitrio y apreciación en cada caso: el procedimiento debe estar rigurosamente predeterminado*”. (Subrayas fuera de texto)⁶.

Afirmaba MONTESQUIEU, al referirse a la inconveniencia de la interpretación de la ley por el juez, que “los juzgamientos deben ser a tal punto fijos que no sean más que un texto preciso de la ley. Si fueran una opinión particular del juez, se viviría en la sociedad sin saber precisamente los compromisos que frente a ella se contraen”⁷. Y más adelante agrega: “los jueces de la nación no son más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no la pueden moderar ni en la fuerza ni en el rigor”⁸. No obstante que esta concepción pueda resultar hoy exagerada, conserva su sentido —el que tuvo en la época en que fue formulada—, mantiene su vigencia, patentiza la urgencia de la seguridad jurídica y por lo mismo del respeto al individuo. Y es la necesidad de esa seguridad y el logro de ese respeto al individuo la razón de ser de la exigencia al Estado para

⁵ C. S. J., Sala Penal, auto de 5 de junio de 1981. Mag. ponente DARIO VELÁSQUEZ GAVIRIA.

⁶ EUGENIO FLORIÁN, *Elementos de derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Bosch, s/f, pág. 122.

⁷ MONTESQUIEU, *Oeuvres complètes*, Paris, Chez Firmin Didot Frères, MDCCCXXXVIII, pág. 266.

⁸ MONTESQUIEU, ob. cit., pág. 268.

que fije los límites al ejercicio de su poder de punir, no solo en lo que hace a las leyes penales materiales, si no también a las referidas al derecho procesal que es el que ha de realizar finalmente aquellas⁹. Es que, en últimas, la fragilidad de las garantías procesales hace inefectivas, o al menos igualmente frágiles, las garantías penales materiales.

IV. EL NUMERAL 2º DEL ARTÍCULO 305 Y LA ATRIBUCIÓN 12 DEL ARTÍCULO 76 DE LA CONSTITUCIÓN

La atribución 12 del art. 76 de la Constitución dice lo siguiente:

“Corresponde al Congreso hacer las leyes.

”Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:...

”12º) Revestir, *pro tempore*, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen”.

Mediante la ley 52 de 1984, el Congreso de la República facultó al Ejecutivo para “elaborar y poner en vigencia un nuevo Código de Procedimiento Penal, que deberá seguir la orientación filosófica del Código Penal y adecuarse a sus principios”.

Dos son las exigencias que la Carta prevé para la facultad legislativa de la que permite desprenderse al Congreso en favor del presidente de la República: esas facultades están sometidas a ser agotadas en un plazo determinado, fijo y exactamente sobre la materia para la cual fueron concedidas. La ley 52 de 1984 muy claramente facultó no solamente para que se redactara un Código de Procedimiento Penal, sino que, además, ese Código debería ceñirse a las pautas previstas en el Código Penal. De ahí que de un lado la materia debía agotarse —un código es el conjunto orgánico de normas que supone el tratamiento exhaustivo de la materia sobre la cual versa—, y de otro, ceñirse a los principios que informan el código que iba a instrumentar. El decreto 50 de 1987 no reglamentó ni adecuada ni exhaustivamente la materia referida a las nulidades. Además, por la forma en que fue redactado el numeral segundo de su art. 305, ignoró el principio de legalidad o de reserva penal.

Y las facultades de las que como ya es ordinario se desprende el legislador, por autorización, como queda dicho, de la misma Constitución, no pueden ir más allá de lo que la misma Carta autoriza.

“Son de ejercicio directo del gobierno, en su acepción estricta, esto es, del presidente y los ministros o jefes de departamento administrativo, al tenor del art. 57, es decir, que no pueden ser subdelegadas, y que la interpretación de las facultades, por tener carácter excepcional, es de interpretación restrictiva, nunca extensiva, ni menos analógica”¹⁰.

⁹ Cfr. EBERHARD SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957, págs. 24-25.

¹⁰ LUIS CARLOS SÁCHICA, *El control de constitucionalidad*, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1980, pág. 129.

No pueden, pues, ampliarse por el ejecutivo que las recibe, y *menos aún, él a su vez delegarla a la rama jurisdiccional*. Y por la forma en que se redactó el inciso en comento, al dejar al juez la labor de calificar la trascendencia de la irregularidad susceptible de ser sancionada con la nulidad, en lugar de haber previsto de manera taxativa las irregularidades merecedoras de ella, facultó al juez para que lo hiciera, rebasando en esa forma las facultades precisas que le habían sido conferidas.

V. EL NUMERAL 2º DEL ARTÍCULO 305 Y EL ARTÍCULO 55 DE LA CONSTITUCIÓN

El Estado de Derecho se caracteriza fundamentalmente por las siguientes notas:

“a) Imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general. b) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. c) Legalidad de la Administración: actuación según la ley y suficiente control judicial. d) Derechos y libertades fundamentales: garantías jurídico-formales y efectiva realización material”¹¹.

En este punto de desarrollo del tema propuesto, importa detenerse en la división de poderes, indiscutible requisito del Estado de Derecho. Significa que la función legisladora corresponde al legislativo, mientras que la aplicación de las leyes corresponde hacerla al ejecutivo y al poder jurisdiccional, y que habrá, en fin, una delimitación de titularidad de las funciones, o, lo que es lo mismo, que los encargados del ejecutivo no podrán juzgar y que, no obstante las normas constitucionales que excepcionalmente lo autorizan, no podrá el ejecutivo ser considerado en rigor, legislador, ni tampoco los órganos judiciales. Lo anterior no quiere decir que las tres ramas del poder, como las llama la Constitución colombiana, no deben armónicamente colaborar entre ellas.

Dice textualmente el mandato constitucional:

“Son ramas del poder público la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional.

”El Congreso, el gobierno y los jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado”.

El deslinde, pues, está dado en la determinación de la función, apunta a evitar la concentración del poder y a establecer un sistema mutuo de control entre los tres poderes, todo ello encaminado a lograr y mantener el respeto a los derechos y libertades de los ciudadanos¹².

¿Y qué ha ocurrido con el art. 305, num. 2º del decreto 50 de 1987? Ni más ni menos que al dejarle al juez la facultad de decidir sobre la irregularidad capaz de suscitar la declaratoria de nulidad, el Ejecutivo —en desarrollo de la delegación conferida por el órgano legislativo, por medio de la ley 52 de 1984, y en ejercicio de la facultad prevista en el art. 76, num. 12 de la C.N.— transfirió al poder jurisdic-

¹¹ ELÍAS DÍAZ, ob. cit., pág. 31.

¹² Sobre la tripartición de poderes, véase a ELÍAS DÍAZ, ob. cit., págs. 3 y ss.

cional parte de esas facultades, lo que no era posible hacer, a riesgo de desentonar con la índole de la organización del Estado colombiano.

Es que con la grieta tan amplia que el Ejecutivo en su carácter de legislador extraordinario dejó plasmada en la disposición ya tantas veces transcrita, se dotó al juez de un tan extenso arbitrio en la interpretación de la ley, que le otorgó el "rôle" de elaborador de ella, que en el Estado de Derecho le es totalmente ajeno.

Es, pues, violatorio el art. 305, num. 2° del art. 55 de la Carta, porque desdibuja, caricaturiza, la precisa e indiscutible separación de poderes que ella prevé, la que institucionaliza, sin ninguna duda, el Estado de Derecho en Colombia.

Así el ejecutivo en su pretensión de una mayor eficacia en el ejercicio de las funciones del Estado, específicamente de la función propia de la administración de justicia, menoscabó la función de garantía de la ley en el proceso penal, sacrificando la seguridad jurídica que garantiza la existencia de un procedimiento rigurosamente predeterminado.

Medellín, abril de 1987

CAPTURA, DETENCIÓN Y LIBERTAD EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, DESDE UN PUNTO DE VISTA CRIMINOLÓGICO CRÍTICO *

DR. MAURICIO MARTÍNEZ SÁNCHEZ **

INTRODUCCIÓN

Antes de los años sesentas habían entrado en crisis la mayoría de las ciencias sociales; entre estas, la criminología ha sido la última en padecer la ruptura epistemológica, que ocurre solo hacia los años sesentas. Se atribuye la reacción retardada de esta ciencia a la dependencia absoluta a que era sometida respecto del Derecho Penal, por obra del positivismo. Por aquella época nace entonces la criminología contemporánea, llamada también crítica, fundamentalmente como una crítica al derecho penal vigente.

Entre los postulados de esta criminología moderna podemos sintetizar:

1°) El delito no es un fenómeno patológico ni la simple infracción a una norma penal, sino un fenómeno eminentemente social.

2°) Reivindica su autonomía científica en la delimitación de su propio objeto respecto del sistema penal; rechaza por tanto un papel instrumental del derecho penal, y antes que legitimarlo se convierte en su principal cuestionador.

3°) Amplía y desplaza su objeto o campo de investigación: del delito y del delincuente se pasa al estudio de las instancias criminalizadoras, entre ellas el proceso penal y todos sus códigos; igualmente al estudio de la víctima, de las estructuras sociales criminógenas, etc. Es decir, se pasa de la biología a la sicología y de la sicología a la sociología.

4°) Siendo el delito un fenómeno social, considerado como delito solo por definición social y legal, cualquier análisis sobre él debe partir de la estructura social, económica y política en que el fenómeno se presenta.

* Conferencia dictada en la Universidad de Medellín en marzo de 1987 dentro del Foro sobre el nuevo C. de P. P., programado por ASONAL.

** Juez Penal de Bogotá, profesor de Derecho Penal y de Política Criminal; especializado en Derecho Penal y Criminología en la Universidad de Roma.

Nota: Agradecemos al señor Oscar Laynez y demás directivos de ASONAL JUDICIAL de Antioquia, la autorización para publicar este trabajo correspondiente al Foro organizado por ellos. (*El coordinador*).

5º) Rechaza los postulados ideológicos que sirven de fundamento al derecho penal actual: la pena no cumple la función que se le asigna en los códigos, es decir, no previene, no resocializa, ni el derecho penal es igual para todos, etc.

6º) La lucha contra el delito por parte de los gobiernos y de otros sectores es hipócrita porque el delito es inherente al sistema mismo: a) la imposición de la pena refuerza la autoridad constituida; b) es el modo o forma de sostenimiento de sectores diferentes de los que cometen el delito: compañías aseguradoras, abogados, etc.

7º) La crisis de la justicia, en particular la penal, la aglomeración de procesos, la impunidad consecuente, son fruto del uso prioritario que el Estado hace del derecho penal: lo convierte en único remedio a la problemática social y el desbordamiento del poder, etc. Por esto para descongestionar los juzgados y las cárceles se propone la despenalización, la desprisonalización, la desjudicialización, etc.

8º) El derecho penal actual debe ser sustituido por un sistema de control social más efectivo e igualitario, menos marginalizador, etc.; mientras tanto el derecho penal actual debe ser utilizado solo como último recurso, es decir, solo después de que hayan fracasado otros instrumentos no penales y para proteger solo los intereses más valiosos de la sociedad que hagan posible la convivencia pluralista de sus miembros.

Hechas las anteriores precisiones, me propongo entonces contribuir a la elaboración de una visión crítica del Título V del nuevo C. de P. P. sobre *captura, medidas de aseguramiento y libertad para imputables*, conforme las siguientes proposiciones:

1. EL NUEVO C. DE P. P., ES UNA EXPRESIÓN MÁS DEL PANPENALISMO DE QUE ADOLESCEN NUESTROS GOBIERNOS

Los gobiernos colombianos han carecido de una definida política criminal y el derecho penal ha sido el único instrumento con el cual han afrontado la criminalidad, porque a la vez les sirve para recortar los espacios democráticos, para ocultar sus desacertadas políticas sociales y para forzar el consenso de la población a cambio de lo que denominan con el positivismo, "seguridad ciudadana" o "defensa social". Desde algún tiempo atrás los penalistas demócratas han sostenido que la mejor política criminal radica en una acertada política social y que el derecho penal debe ser exclusivamente el límite de la política criminal. Es decir, que se debe actuar sobre las estructuras, en vía de profundas transformaciones sociales y económicas, dentro de una dimensión global de política social¹, antes de seguir improvisando los ritos procesales con los que se responde a nuestros conflictos sociales y políticos. En términos del actual gobierno, no será posible erradicar la criminalidad mientras

¹ En este sentido EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Política criminal latinoamericana*, Buenos Aires, 1980, pág. 81.

ÁNGEL DE SOLÁ DUEÑAS, *Socialismo y delincuencia*, Barcelona, 1979, pág. 56.

FRANCO BRICOLA, "Política criminal e política penale del ordine pubblico", en *La Questione Criminale*, núm. 2, 1975, pág. 222.

no se erradique la pobreza absoluta y relativa y no se controle, con instrumentos distintos de los penales, a los usufructuarios de la riqueza absoluta y relativa.

Ejemplificando en el caso del narcotráfico, será imposible erradicarlo mientras no se garanticen tierras y cultivos fructíferos a los campesinos que han recurrido al cultivo de coca y no se controle rigurosamente a las entidades financieras que se alimentan de dineros de desconocida procedencia. Solo después de medidas como estas la criminología moderna acepta la intervención penal; de lo contrario, una medida como la del gobierno actual de prohibir la venta de motocicletas de determinado cilindraje, resulta simplemente ridícula (decreto 3669/87). Eso es lo que la criminología moderna denomina utilizar el derecho penal como último recurso, porque como primero y único ha demostrado su ineficiencia y ha dejado a la sociedad completamente desprotegida.

Desde los tiempos del ministro Lara Bonilla la comisión asesora para la reforma integral de la justicia penal planteó:

"Basta mirar la realidad nacional para concluir la necesidad de modificaciones de fondo y no meramente formales, pues las medidas tradicionales solas, enseñan su inocuidad y fracaso. La historia del país indica que la instrumentación utilizada, ningún producto radical ha producido (sic). Así ocurre con la penalización, la criminalización y en últimas con la congestión punitiva represiva"².

Y proponía como medidas alternativas la descriminalización, la despenalización, la desprisonalización, la desjudicialización, etc.; han pasado tres ministros desde entonces pero nada se ha hecho diferente de cambiar los ritos formales del proceso de criminalización. Muchos muertos ha ofrendado la administración de justicia en el cumplimiento de las "equivocaciones" del ejecutivo y del legislativo, porque para eso se creó desde la Revolución Francesa la "Cenicenta" del poder público: para que aparezca como parte del poder, para que no disfrute del poder y para que afronte sola las desviaciones sociales que produce el goce minoritario de ese poder.

2. EL PROCESO DE CREACIÓN DE LAS ACTUALES NORMAS SOBRE CAPTURA, LIBERTAD Y DETENCIÓN, COMO EN GENERAL TODAS LAS DEL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, ES ANTIDEMOCRÁTICO Y VIOLATORIO DE LAS ASPIRACIONES DE LA CRIMINOLOGÍA MODERNA DE INTEGRAR INTERDISCIPLINARIAMENTE EL DERECHO PENAL Y LA CRIMINOLOGÍA

a) Es antidemocrático porque representa la negación del principio de un Estado de Derecho, según el cual las leyes deben formarse, previa discusión en las instancias organizativas que se dan los pueblos, en los parlamentos conformados por elección popular. Muchas leyes en nuestro medio se han expedido en virtud del estado de sitio mediante el tratamiento de la criminalidad como problema de orden público³,

² MINISTERIO DE JUSTICIA, *La reforma integral de la justicia penal*, Bogotá, 1983, pág. 21.

³ FRANCO BRICOLA, ob. cit., pág. 225; EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, 1985, pág. 17.

desplazando al Congreso y trasladando las facultades al ejecutivo. Este Código es, entonces, la continuación de una política que se viene practicando desde el Frente Nacional: la creación de normas se ha convertido en un problema de "técnicos", de "comisiones especializadas"; así se han expedido el Código Penitenciario de 1964, el C. de P. P. de 1971, el C. P. de 1980, los decretos 1853/85 y 056/86, y ahora el nuevo C. de P. P.

Los procesos de criminalización, en los cuales debe incluirse la intervención mediante los ritos procesales penales, son parte integrante del control social (instituciones y sistemas normativos con los cuales se busca la aceptación y el mantenimiento del orden social vigente y sus valores) y como tales deben ser fruto de la convergencia de las distintas concepciones y valores que se den en una sociedad. La creación de "comisiones de especialistas" cumple el papel de ocultar la función política de sus integrantes, haciendo creer a la ciudadanía que el control de la criminalidad no le incumbe.

b) El proceso de creación del nuevo C. de P. P. no se apoyó en ninguna investigación criminológica para dar fundamento empírico a sus pretensiones. Después de la ruptura entre derecho penal y criminología como consecuencia de la lucha de esta disciplina por darse su propio objeto, se tiende en el derecho penal moderno a una integración mediante la utilización de la investigación social que logre insertar la vieja técnica jurídica en una visión científica de la realidad social y con base en ella orientar sus opciones politicocriminales. En nuestro país no se hizo ninguna investigación criminológica que auxiliara a los comisionados, y así elaboraron gratuitamente los conceptos de alarma social, dañosidad social, peligrosidad, tratamiento penitenciario, rehabilitación, resocialización, etc., permitiendo que nuestro derecho penal siga apartado de las ciencias sociales, porque estas a través de la historia han desmascarado el papel ideológico que ese instrumento cumple. Así nació el tecnicismo jurídico⁴ como reacción a las tendencias sociológicas que se presentaban dentro del positivismo hacia los años treinta, y así fue transplantado a nuestro continente. Tampoco se utilizaron las ya existentes en Latinoamérica, porque ellas se contraponen a los intereses de las clases dominantes; los "especialistas" jugaron una vez más el papel de neutralizar las contradicciones entre los centros decisorios de la política criminal oficial y la investigación criminológica⁵.

Por eso, criterios como el de "alarma social" son elaborados arbitrariamente para seleccionar los comportamientos y darles un tratamiento diferenciado. Uno de los comisionados que participaron en la elaboración del proyecto del actual C. de P. P. sostenía:

"Parece aconsejable que los delitos de menor entidad pero que cualitativamente son los más numerosos y por tanto causan mayor alarma social por afectar a mayor número de personas, sean juzgados por un procedimiento más ágil..."⁶

⁴ ETTORRE GALLO, *Una crociata per la giustizia*, Roma, 1980, pág. 33.

⁵ ALESSANDRO BARATTA, "Criminologia e dogmatica penale", en *La Questione Criminale*, núm. 2, 1979, pág. 166.

⁶ HERNANDO LONDOÑO J., "La nueva legislación sobre justicia penal", en *Tribuna Penal*, núm. 4, 1985, págs. 29 y ss.

De esta consideración se deduce que el concepto de "alarma social" no lo determina la condición del titular del bien jurídico afectado sino el radio de ofensa de tales comportamientos; de tal manera que solo intereses de clase determinaron el tratamiento dado a delitos como la extorsión o el secuestro extorsivo, que no son "los más numerosos" sino los que suscitan mayor escándalo publicitario por la ubicación social de las víctimas de tales comportamientos. No hay otra razón para que en nuestro medio delitos como el de secuestro o extorsión produzcan la misma alarma social (con el concepto del comisionado citado) que los delitos contra el patrimonio económico. Del cuadro estadístico elaborado por la Policía Nacional sobre las cifras de la criminalidad entre 1958 y 1982 se desprende que mientras se han cometido 2.000.000 de delitos contra el patrimonio económico, entre los cuales la extorsión no ocupa ni el 1%, contra la libertad individual oficialmente solo se han contado 30.000, de los cuales solo 600 secuestros entre 1970 y 1981.

3. LAS NORMAS SOBRE CAPTURA, LIBERTAD Y DETENCIÓN SON LAS QUE MÁS SE HAN IMPROVISADO DESDE LA EXPEDICIÓN DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 1971, PORQUE SON LAS QUE MÁS SE PRESTAN PARA MANIPULAR LA OPINIÓN PÚBLICA, CONSTITUYÉNDOLAS EN MECANISMO DE IMPACTO SOCIAL

Así lo demuestra el cambio de criterios para la expedición de la ley 2ª de 1984 y de los decretos 1853 de 1985 y 056 de 1986. Recordemos cómo al ambiente de indignación que vivía el país por los sucesos del Palacio de Justicia en noviembre de 1985, el gobierno ofrece "seguridad" mediante el decreto 056 expedido dos meses después de aquellos acontecimientos y con el cual se negaban prácticamente los principios inspiradores del decreto 1853 al obligar a detener preventivamente y negarles la libertad provisional a quienes fueran sorprendidos en flagrancia. Este decreto representó una concesión del gobierno a quienes con tanto escándalo se opusieron al principio de libertad consagrado en el 1853; iba dirigido obviamente a los comportamientos típicos de los sectores populares que son los expuestos a ser sorprendidos en flagrancia, pues para descubrir y adecuar típicamente el comportamiento de un banquero se requiere un lapso de tiempo más o menos prolongado; o como sostenía SUTHERLAND "la escasa longitud de las piernas sería entonces una variable significativa para definir el tipo criminal, porque el ladrón de piernas largas corre más fuerte y no es apresado por la policía"⁷.

Las normas sobre encarcelamiento juegan un papel político muy importante, máxime en nuestro medio en el que la encarcelación preventiva se ha convertido en el instrumento de sanción principal y con él los gobiernos ofrecen "seguridad ciudadana", porque:

⁷ Citado por LOLA ANIYAR DE CASTRO, *La realidad contra los mitos*, Maracaibo, 1983, pág. 17.

Un análisis sobre el decreto 56: MAURICIO MARTÍNEZ SÁNCHEZ, *Prontuario de legislación de instrucción criminal*, Bogotá, 1986, pág. 80.

“Actúa como elemento de integración del cuerpo social produciendo sentimientos de unidad en todos aquellos que son solamente espectadores, logrando de tal modo la consolidación de las relaciones de poder existentes”⁸.

La historia del decreto 1853 de 1985, que sirvió como antecedente al capítulo que aquí se analiza, es sintomática de la utilización mal intencionada que se da a normas como las de captura, detención y libertad. En efecto, contra el mencionado decreto, que ha representado uno de los máximos avances para nuestro país en esta materia, se improvisaron “penalistas” de todos los estilos, desde directores de periódicos hasta representantes de los grandes monopolios económicos del país, que tal vez nunca han leído un texto de criminología. Los enemigos de dicho decreto idearon tres mecanismos:

a) *La utilización morbosa del delito con fines publicitarios y económicos.* aa) El director del diario “El Tiempo”, sostuvo:

“Fácil es comprender cómo los apartamenteros, atracadores, raponeros y toda esa plaga que hoy constituye una amenaza para la tranquilidad pública, no solo podrán seguir ejerciendo su profesión con cierta seguridad, sino que tan pronto regresen a la calle incrementarán con todas las consecuencias fáciles de prever”⁹.

¿Por qué no se preocupa más bien “El Tiempo” por ayudar a rehabilitar a los que salen de las cárceles antes de pedir que regresen a ellas?

ab) “El Espacio” vendió la noticia sobre el mencionado decreto con una mentira escandalosa: “El raponazo, un delito que se quedó sin cárcel”, tituló este vespertino¹⁰.

b) *El ofrecimiento de seguridad como parte de las promesas electorales.* ba) Uno de los candidatos presidenciales derrotados sostuvo en varias oportunidades en la plaza pública:

“En el momento en que el delincuente sabe que solo por delitos muy graves va a ser detenido... nos va a crear un clima tal que va a aumentar la inseguridad y creo que este va a ser el mayor dolor del pueblo en los próximos años... (por eso) ese grito de anhelo que se escucha (es) justicia, justicia, justicia¹¹ ...el problema habría podido solucionarse de otra manera, por ejemplo construyendo más cárceles...”¹².

Y remataba responsabilizando a los jueces de la falta de funcionamiento de la justicia para proponer “elección popular” de jueces y magistrados¹³.

bb) De la misma manera Joaquín Zárate Galeano, diplomático de profesión, responsabilizó de la ola de inseguridad a Enrique Parejo González, porque según

⁸ ALESSANDRO BARATTA, *Introduzione a la sociologia giuridico-penale*, Boloña, 1980, pág. 207.

⁹ LONDOÑO J., ob. cit., pág. 48.

¹⁰ *El Espacio*, Bogotá, 29, I, 1986, 3.

¹¹ *El Siglo*, Bogotá, 16 VII, 1986, I.

¹² *El Siglo*, Bogotá, 19, VII, 1986, I.

¹³ *El Tiempo*, 13, V, 1986, Ult. E.

el analista “El decreto 1853 dejó vigente en la práctica solo 38 artículos de los 374 que tiene el C. P.; los restantes 336 quedaron cubiertos por el mando de la impunidad, por eso si el nuevo C. de P. P. incluye la ley 2ª y el decreto 1853, el próximo Congreso tendrá que derogarlo”¹⁴.

c) La tesis aparentemente técnica de los penalistas que por su prestigio en el litigio o ejercicio de cargo, se presentan como “neutrales” ideológicamente, cumpliendo en la práctica el papel de legitimadores del instrumento penal. Contra el decreto 1853 se pronunciaron los doctores BARRERA DOMÍNGUEZ, GÓMEZ ARISTIZÁBAL, ESTRADA VÉLEZ, OLIVAR BONILLA, CÓRDOBA POVEDA, CASTILLO CORREDOR, HERIBERTO VELÁSQUEZ, etc.

Una de las tesis que más agitaban en foros y corrillos fue la de que Colombia es un país atrasado, subdesarrollado, que no puede darse el lujo de consagrar la libertad como principio general. Son las mismas tesis usadas en la práctica política por los enemigos de la democracia, según las cuales el pluralismo, el Estado de derecho, es un lujo para los países desarrollados y los estados de excepción y las dictaduras se hicieron para nosotros los subdesarrollados. La versión para el derecho penal es que la descriminalización, la despenalización, la desprisonalización, son tesis europeas; pero se olvidan de que lo contrario de esas medidas, es decir la pena, la cárcel, la detención preventiva, etc., fueron importadas desde Europa.

Esa misma tesis viene siendo sostenida por el Dr. ÁLVARO CERÓN en nombre del ministro de Justicia en las charlas de presentación del nuevo C. de P. P.; ha dicho varias veces el doctor Cerón que este es un Código modesto pero que es muy nuestro; que nos acordemos que estamos en Cundinamarca y no en Dinamarca.

¿Acaso no saben los defensores de estas tesis que la teoría de que la pena previene el delito por coacción psicológica sobre las personas fue ideada por ANSELM VON FEUERBACH, por ENMANUEL KANT, que no tenían nada de latinoamericanos? ¿Acaso no saben que la institución carcelaria que se aplica en Colombia proviene de las casas de corrección usadas en el medioevo europeo para disciplinar a los mendigos, vagabundos y demás marginados al nuevo sistema de producción económica naciente? ¿Acaso no saben que la tripartición del delito en tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad es de construcción alemana?

Tal vez lo saben, pero lo callan porque son especialistas en copiar las modas en desuso en otras latitudes, como lo ha sostenido en nuestro medio FERNÁNDEZ CARRASQUILLA.

4. LA OLA DE CRIMINALIDAD QUE HA VIVIDO EL PAÍS DURANTE LA VIGENCIA DE LA LEY 2ª DE 1984 Y DE LOS DECRETOS 1853 DE 1985 Y 56 DE 1986, CONTRIBUYE A CONFIRMAR LA TESIS DEFENDIDA POR LA CRIMINOLOGÍA MODERNA, SEGÚN LA CUAL EL ÍNDICE DE CRIMINALIDAD AUMENTA O DISMINUYE INDEPENDIENTEMENTE DE LAS LEYES PENALES

Esta tesis fue muy bien sustentada hacia los años treinta por G. RUSCHE y O. KIRCHHEIMER mediante investigaciones realizadas en varios países europeos,

¹⁴ *El Tiempo*, 15, V, 1986, 6A.

en las que se demostró que la benignidad de la pena no aumenta el número de delitos ni la severidad los disminuye, sino que las cifras de la criminalidad son proporcionales a las crisis económicas, políticas y morales¹⁵.

Con las cifras de la criminalidad en Colombia que a continuación relaciono, pretendo demostrar a los enemigos de los principios del 1853 que dicho decreto no causó aumento en la criminalidad como ellos con escándalo sostenían; ni con el 56, que acabó con los principios del decreto 1853, la criminalidad disminuyó, y que lo mismo podemos presagiar con el nuevo C. de P. P.: nada tendrá que ver con el aumento o disminución del número de delitos. Esto se había demostrado también con el C. P. de 1980. En efecto, siendo una de las características de dicho Código el aumento punitivo, se esperaba que disminuyera la criminalidad; sin embargo, en el año de 1980, en el cual se aplicaba todavía el C. P. de 1936, se cometieron 228.184 delitos, mientras que en 1981, cuando comienza a aplicarse el nuevo estatuto, se cometieron 229.487, es decir, cerca de 4.000 delitos más¹⁶.

Las cifras oficiales que a continuación se relacionan, demuestran nuestra tesis:

¹⁵ G. RUSCHE y O. KIRCHHEIMER, *Pena y estructura social*, Bogotá, Edit. Temis, 1984, págs. 239 y ss.

¹⁶ ALFONSO REYES E., *Criminología*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984, pág. 204.

CUADRO N° 1

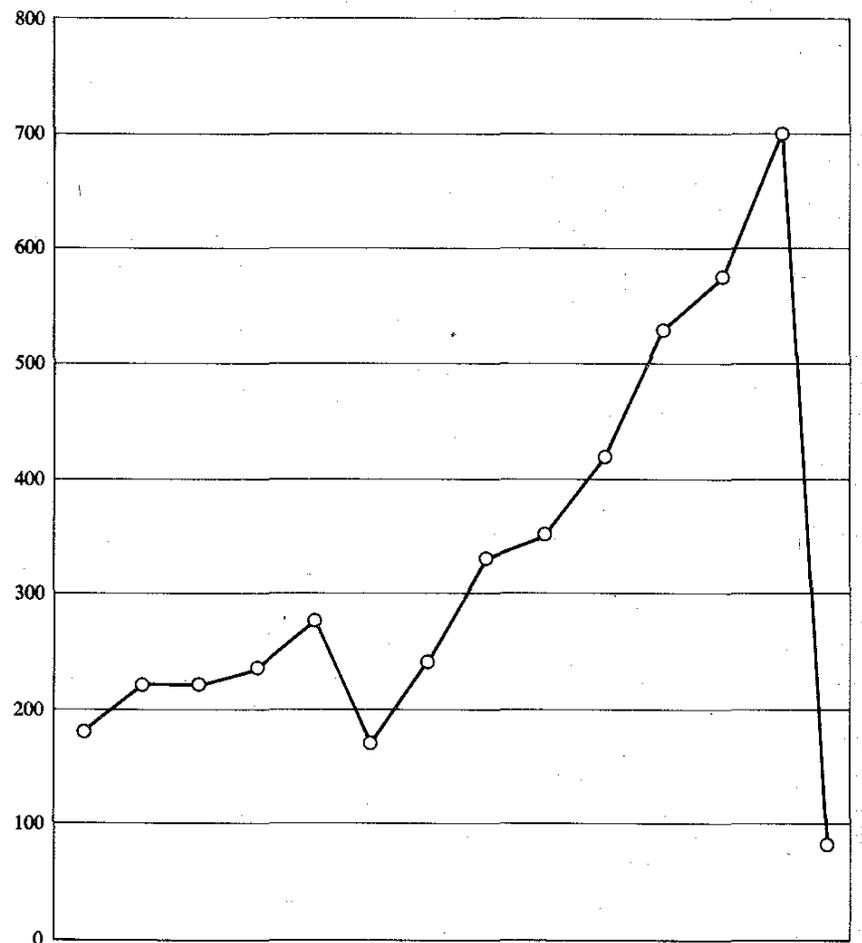
DELITO	Ley 2ª: II Semestre 1984	Dec. 1853: II Semestre 1985	Dec. 056: I Semestre 1986
Terrorismo	204	256	235
Especulación	2	17	12
Secuestro extorsivo	134	150	94
Hurto simple	21.059	8.575	16.896
Hurto calificado (incluido el raponazo)	13.153	13.275	17.403
TOTAL delitos cometidos por semestre	107.567	98.389	96.333
TOTAL delitos cometidos por año	209.508	195.500	204.678
Teniendo en cuenta únicamente el mes de diciembre	1984	1985	1986
Hurto simple	3.437	3.038	3.822
Hurto calificado	2.078	2.322	2.155
Secuestro extorsivo	8	25	15

Fuente: Estadística de criminalidad. Policía Nacional, marzo 1986. Ministerio de Justicia, marzo 1987.

CUADRO N° 2

MES DE COMISIÓN DE LOS DELITOS REGISTRADOS
EN EL TOTAL DE CIUDADES Y ÁREAS 1985

DELITOS



Nov. Dic. Ene. Feb. Mar. Abr. May. Jun. Jul. Ago. Sep. Oct. Nov. Dic.*

1984

1985

* Diciembre del 85 se considera incompleto

FTE: CUADRO 9

El cuadro N° 1 corresponde a las cifras de la criminalidad aparente, es decir, aquellas que muestran las instancias oficiales para hacer creer que los comportamientos "delictivos" son una proporción reducida y producto de una "minoría mala", tesis que es combatida por la moderna criminología¹⁷, la cual ha demostrado al respecto que los delitos son comportamientos que se presentan en todas las clases sociales y que las cifras oficiales son el producto de un proceso de selección clasista. El cuadro N° 2 fue elaborado por el DANE con los resultados de una investigación reciente sobre la "criminalidad real" entre 1985 y 1986, mediante contacto directo con algunas de las víctimas¹⁸. De ambos cuadros podemos extraer algunas conclusiones:

a) La mayoría de delitos que fueron tratados con mayor rigor mediante el 1853, como la especulación, habrían aumentado.

b) Otros delitos que fueron favorecidos por el mismo decreto, con medida de aseguramiento diferente a la de encarcelamiento, como el hurto simple, habrían disminuido.

c) Un delito como el de "raponazo", con el que tanto especularon y mintieron, habría mantenido relativamente la misma cifra tanto con la ley 2ª como con el decreto 1853, aumentado sensiblemente durante la vigencia del decreto 56 a pesar de haber sido expedido prácticamente contra delitos como este, por ser de los que permiten la flagrancia, negando la excarcelación para sus autores.

d) Con el decreto 56, con el cual se pretendió morigerar la "benevolencia" del decreto 1853, no habría disminuido la cifra de criminalidad; por el contrario, en algunos casos, aumentaría vertiginosamente.

e) Teniendo en cuenta solamente los datos del DANE sobre "criminalidad real", el aumento de esta no se presenta con el decreto 1853, porque el ascenso que muestra el gráfico se inicia desde abril de 1985, período de la ley 2ª, continuando el mismo ritmo en julio del mismo año, fecha en que según los utópicos comenzó la "inhibición" o el "estímulo" para los "delincuentes" por la vigencia del decreto 1853.

5. LAS NUEVAS NORMAS SOBRE CAPTURA RECOGEN LOS POSTULADOS DEL DECRETO 1853, SUPERÁNDOLO EN MUCHOS ASPECTOS Y POR TANTO REPRESENTAN UNO DE LOS MAYORES AVANCES PARA EL DERECHO PROCESAL COLOMBIANO

a) Eliminan el concepto de cuasiflagrancia, que se prestaba para muchas arbitrariedades por su fácil confusión con la flagrancia.

b) Consagran el derecho para el capturado en flagrancia de ser puesto de inmediato a órdenes de un juez, con lo cual se evita el tratamiento clandestino que le daban las autoridades de policía.

c) Prohíben la captura para indagatoria en la mayoría de los delitos, y consagran la captura facultativa solo para aquellos delitos expresamente previstos.

¹⁷ FRANCO BASAGLIA, *La maggioranza deviante*, Boloña, 1978.

¹⁸ DANE, División de Estudios Sociales, Bogotá, 1986.

¿Cómo orientar al juez para ejercer la facultad discrecional de capturar? Corresponde a la doctrina y a la jurisprudencia desenmascarar los argumentos de contenido ideológico que incitan al funcionario a capturar por motivo de “seguridad ciudadana” y educarlo en el sentido de expedir órdenes de captura por estricta necesidad de garantizar la comparecencia del sindicado.

6. LA CONSAGRACIÓN DE MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DIFERENTES A LA DE ENCARCELACIÓN PARA RESOLVER LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL PROCESADO, REIVINDICA EL AVANCE LOGRADO EN ESTA MATERIA POR EL DECRETO 1853 Y, POR TANTO, DEBE SER DEFENDIDA POR LAS CORRIENTES DEMOCRÁTICAS DEL DERECHO PENAL Y LA CRIMINOLOGÍA

Esta innovación para nuestro sistema procesal penal representa, al menos en parte, el respeto a la presunción de inocencia y al derecho del sindicado a no ser encarcelado mientras no sea declarado culpable mediante sentencia, principios que han sido ratificados por Colombia con la suscripción de varios tratados internacionales. Decimos que al menos en parte porque, en teoría, de acuerdo con el nuevo Código, la situación jurídica deberá resolverse de la siguiente manera: con *conminación*, 44 tipos penales; con *caución* 137 y con *detención*, 178. Sin embargo, teniendo en cuenta las estadísticas oficiales, en la práctica la mayor parte de los delitos en nuestro país tendrán *detención preventiva*. En efecto, los delitos de mayor ocurrencia son contra el patrimonio económico y contra la vida e integridad personal, entre los cuales el hurto calificado, el hurto agravado, el homicidio y las lesiones, para los cuales se consagra detención obligatoria, representan más del 55%.

Por otra parte, la selección de los tipos penales para asignarles una u otra medida de aseguramiento, se hizo partiendo del sistema punitivo consagrado en el actual Código sustantivo, y por tanto el nuevo C. de P. P. traslada para sí el clasismo y la desigualdad de que adolece aquel estatuto, que estableció sanciones severas para los comportamientos típicos de las clases populares como el abuso de confianza y el fraude mediante cheque y penas irrisorias para los comportamientos típicos de los detentadores del poder económico y político, como el tráfico de influencias o la violación de medidas sanitarias¹⁹.

7. EL NUEVO CÓDIGO CONSAGRA LA DETENCIÓN PREVENTIVA PARA LA MAYOR PARTE DE LOS COMPORTAMIENTOS DELICTIVOS PORQUE EN NUESTRO PAÍS, DADA LA INFLACIÓN PENAL QUE GENERA PARÁLISIS EN LA JUSTICIA, EL CUMPLIMIENTO DE PENA IMPUESTA HA SIDO SUSTITUIDA POR LA ANTICIPACIÓN DE LA PENA

El nuevo Código no señala cuál es la función de la detención preventiva, y si los comisionados han creído que es aquella señalada tradicionalmente por doctrina y jurisprudencia, es decir, la necesidad de asegurar la disponibilidad del sindicado e impedir que estando libre enturbie la investigación, debe ser la personalidad del

¹⁹ ÁLVARO PÉREZ P., *Criminología y nuevo Código Penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1985, págs. 26 y ss.

sindicado la que determine la necesidad de esta medida y no la clase de delito cometido, como se consagra en el nuevo Código. Este tratamiento de la detención preventiva obligatoria se explica diciendo que ella cumple las mismas funciones no declaradas de la pena privativa de la libertad, con la agravante de que se anticipan sin haber sido declarado culpable el procesado, principalmente en un país como el nuestro, en el que de 25.000 encarcelados registrados en diciembre de 1986, 15.000 eran simplemente sindicados y solo 10.000 condenados. O sea que con la detención preventiva se busca, aunque no se declare, entre otras, las siguientes funciones:

- a) Instrumentalizar al encarcelado para que con su exclusión de la sociedad esta se sienta protegida por el gobierno, creando la falsa sensación de “seguridad ciudadana”.
- b) Segregar y estigmatizar las clases marginadas.
- c) Seleccionar chivos expiatorios de las clases dominantes para mostrarlos como ejemplos de “igualdad” del derecho penal.
- d) Servir como un regulador más del mercado libre de trabajo.
- e) Reforzar los principios del sistema vigente.

8. EL NUEVO CÓDIGO NO CONSAGRA NINGUNA DE LAS MEDIDAS PROPUESTAS POR LA POLÍTICA CRIMINAL MODERNA PARA SUSTITUIR EL ENCERRAMIENTO PARASITARIO EN QUE SE HA CONVERTIDO EL ENCARCELAMIENTO

Como hemos dicho anteriormente, en nuestro país se sostiene que somos aún muy subdesarrollados como para permitirnos “privilegiar” con la libertad controlada a los sindicados; sin embargo, quienes así piensan no tienen en cuenta que nuestro subdesarrollo no nos da para gastar parte de nuestra fuerza de trabajo aislando seres como parásitos improductivos y consumiendo parte de nuestro miserable presupuesto en su supervivencia. Las propuestas de la política criminal moderna como la del arresto de fin de semana, los sistemas de semilibertad, las medidas de control social comunitario, el trabajo obligatorio a favor de la comunidad, el arresto domiciliario, etc., fueron completamente desatendidas, a pesar de que comisionados como el doctor LONDOÑO JIMÉNEZ propusieron la detención parcial en domicilio o lugar de trabajo o estudio para las siguientes eventualidades: a) cuando se procede por un hecho punible cuya pena máxima sea de seis años, y b) en los casos en que el sindicado no haya podido ser excarcelado por expresa prohibición de las normas sobre excarcelación²⁰.

Sin embargo la propuesta fue rechazada por los mismos motivos de “inconveniencia” que suelen inventar para ocultar la motivación ideológica, como sucedió en la última Comisión, que suprimió la exigencia de la querrela para iniciar el proceso tal como se contemplaba en el Anteproyecto, y que hiciera decir al delegado de

²⁰ Acta del 20, II, 1985, Minjusticia, Bogotá.

la Corte que "las bases del proyecto se van sustancialmente abajo y quedamos otra vez en el Código de 1938"²¹.

Además no se contemplaron los principios rectores mínimos del sistema detentivo que proponía la Procuraduría General de la Nación²²: ejercicio del derecho de reunión, sufragio, remuneración justa en igualdad de condiciones al no detenido, derecho a recibir información sobre la vida del país, etc.

9. LA LIBERTAD PROVISIONAL TAMBIÉN FUE REGULADA TENIENDO COMO BASE EL SISTEMA PUNITIVO CLASISTA CONSAGRADO EN EL CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO

En esta materia de la libertad provisional debemos resaltar:

a) Mantiene en términos generales las causales que se venían utilizando desde la ley 2^a, en particular la innovación introducida de conceder la libertad cuando se den los requisitos que sustentan el subrogado de la condena condicional.

b) Se consagra la excarcelación como un derecho y no como un beneficio, lo cual limita más al juez para negarla.

c) Al prohibirse la excarcelación para los delitos cuyo mínimo sea de tres años de privación de la libertad queda anclado al sistema punitivo clasista consagrado en el Código sustantivo como lo anotamos anteriormente, y la lista de delitos que a estos se agrega, independiente de su pena, fueron escogidos arbitrariamente según la concepción de los comisionados de "gravedad del hecho" y "alarma social"²³. Esta prohibición va dirigida especialmente a encerrar definitivamente a "raponeros" y "apartamenteros", para los que se consagra de hecho la imposibilidad de su rehabilitación, porque la cárcel fue hecha para una población a la cual hay que combatir y destruir antes que reeducar o resocializar.

d) Sin ningún criterio de política criminal, se prohíbe la libertad provisional por no otorgar la caución impuesta, o por incumplir las obligaciones, o por tener en otro proceso medida de aseguramiento vigente: es clara la expresión del peligrosismo que dicen haber eliminado.

En conclusión, con el capítulo que analizamos del nuevo Código, si bien de una parte se ratificó el avance logrado con el decreto 1853 de 1985, de otra se desaprovechó la oportunidad para hacer una reforma profunda y democrática; en consecuencia, la cárcel anticipada, en un país como el nuestro, seguirá siendo un mecanismo violento más para contener los conflictos generados por la miseria y excepcionalmente para reacomodar las relaciones de propiedad y de poder. Seguiremos pues con la esperanza de conquistar las medidas de control social más eficaces y acordes con nuestro subdesarrollo y de tener una verdadera *seguridad* cuando haya más *justicia social* y menos *derecho penal*.

²¹ Posición asumida por el magistrado EDGAR SAAVEDRA, según acta núm. 3 de nov. de 1986. El Dr. GARCÍA VALENCIA se pronunció contra la exigencia de la querrela porque, en "el momento actual que vive el país es inconveniente, etc...".

²² PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Comentarios al Código de Procedimiento Penal*, Bogotá, 1986, pág. 12.

²³ L. HULSMAN y OTROS, *Sistema penal y seguridad ciudadana*, Barcelona, 1984, pág. 90, a propósito de la relatividad del concepto "gravedad" del delito.

SECCIÓN DE FORO ESTUDIANTIL *

* Un viejo anhelo del estudiantado de Derecho, en el plano nacional, de tener su propia tribuna en nuestra Revista, se torna hoy realidad con la aparición de esta sección. Invitamos a las nuevas generaciones de estudiosos que aún visitan la Universidad a enviar sus colaboraciones en el ámbito de las ciencias penales, con el único requisito de que los trabajos reúnan seriedad académica, sin restricciones ideológicas o políticas de ninguna índole, dentro de la concepción pluralista que siempre nos ha caracterizado. (Fernando Velásquez V., *Coordinador*).

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE UTILIDAD EN BECCARIA

FRANCISCO VALBUENA C. *

Sumario: I.—Introducción. II.—Aproximación conceptual. III.—¿Utilitarismo ético o político? IV.—¿Utilidad o inutilidad para qué? V.—La pena de muerte en términos de utilidad.

I. INTRODUCCIÓN

Reconocida por todos los estudiosos del Derecho Penal y ciencias afines, la obra *De los delitos y de las penas* del italiano CESARE BONESANA, MARQUÉS DE BECCARIA, señaló los nuevos rumbos que habrían de tomar estas disciplinas.

Pero se reconoce también que han sido diferentemente advertidos los que podríamos denominar “móviles” de su visión reformadora: el humanismo, la búsqueda de un control al poder del Estado, la propuesta de una disciplina social, etc. Ubicar con cierta precisión estos temas es importante cuando de penetrar a fondo en el pensamiento de un autor se trata. Mas el objeto de esta disertación —sin alejar lo anterior— es rastrear el mecanismo del que se vale el pensador italiano para demostrar la invalidez del sistema punitivo imperante en su época y la validez de sus nuevas propuestas.

Al efecto consideramos que hay, en principio, dos parejas de conceptos que actúan a la manera de “mecanismos” para promover y accionar el cambio requerido por el nuevo sistema, cuales son: *necesidad-utilidad* y *egoísmo-altruismo*. Es decir, estas dos parejas de conceptos sirven como constantes en la identificación y solución de todos y cada uno de los problemas que se plantea el autor a través de su obra, de tal modo que una situación es problemática si no responde adecuadamente a estos conceptos, y la solución al problema utiliza los mismos conceptos de modo que la nueva situación responda favorablemente a ellos.

No obstante lo anterior, creemos posible hacer una reducción de las dos parejas a una sola: *utilidad-egoísmo*, con base en el siguiente argumento:

1º) En cuanto a la pareja *egoísmo-altruismo*, encontramos que el segundo concepto es completamente dependiente del primero, como se verá más adelante, y por tanto lo consideramos como el concepto fundamental.

2º) En cuanto a la pareja *utilidad-necesidad*, pensamos que, a pesar de la ambigüedad con que son manejados estos conceptos por el Marqués de BECCARIA¹,

* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia.

¹ Hecho que ha llevado a algunos de los que se han ocupado de esta obra, a darles cierta equivalencia a dichos conceptos. Esto se presenta por ejemplo cuando se dice que toda pena es necesaria si

se puede observar cómo cada uno de ellos cobra vigencia y significado completo en dos momentos distintos de su teoría, pues valga decir, aunque ello sea adelantar las ideas, que la *necesidad* es un concepto fundamentador, en tanto la *utilidad* es un concepto funcional. Ahora bien, si los conceptos son escindibles, para las pretensiones de nuestro trabajo resultaría más fructífero tener en cuenta especialmente el concepto de *utilidad* que el de *necesidad*; además, pensamos que es aquel y no este el que se constituye como principal objeto del pensamiento de BECCARIA. Con miras a cumplir este cometido, trataremos en adelante de sustentar de la manera más rigurosa posible tal aserto.

II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

En la historia del pensamiento, parece que fue ARISTÓTELES² el primero que hizo precisiones sobre el concepto de necesidad, diferenciando en él tres acepciones distintas. Después de él se intentaron otras clasificaciones, pero en el fondo todas ofrecían el mismo esquema aristotélico, hasta LEIBNIZ (1646-1716), quien planteó esta distinción: 1) necesidad geométrica; 2) necesidad física; 3) necesidad moral.

El primer concepto pertenece a las verdades externas, su contrario implica contradicción; el segundo es el que guía el orden de la naturaleza; y el tercero "es la elección del sabio en cuanto es digna de su sabiduría"; este sabio no es otro que Dios. A la primera clase de necesidad la llamó también absoluta. Y a las dos últimas, hipotéticas, haciendo depender la física de la moral.

De esta clasificación se puede desprender que solo hay una necesidad: la necesidad geométrica, es decir, queda el concepto restringido a las verdades matemáticas y a algunas metafísicas, pues las otras dos no deberían llamarse, en estricto sentido, necesidades.

Vale la pena esbozar también el esquema kantiano, que es una variación del anterior, en cuanto no hace depender la necesidad física de la moral. KANT habló entonces de: 1) necesidad material en la existencia: es conexión causal; 2) necesidad formal y lógica: es conexión de conceptos, y 3) necesidad moral: constreñimiento u obligación, que es el deber.

Lo anterior para hacer ver que el concepto de necesidad en BECCARIA no puede tener otra acepción posible que la de "necesidad moral".

Es decir, necesidad en el contexto de la obra que nos ocupa, es un concepto de carácter deontico; siempre será un deber ser, el resultado de una valoración

es justa, y es justa si es útil, haciendo pensar que toda pena necesaria es útil; pero, como lo veremos luego, esto no es totalmente cierto. Casos de la equivalencia que aquí mencionamos puede verse en JUAN G. ESCOBAR, "El elemento disciplinario en Beccaria", en *Revista Nuevo Foro Penal*, núm. 32, Bogotá, Edit. Temis, 1986.

² En relación con el concepto de "necesidad" en ARISTÓTELES, LEIBNIZ y KANT, puede verse a: NICOLÁS ABBAGNANO, *Diccionario de filosofía*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1982, págs. 843 a 850; JOSÉ FERRATER MORA, *Diccionario de filosofía*, 2ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 1980, págs. 2320 a 2322, vol. 3; PAUL FOULQUIÉ et al., *Diccionario del lenguaje filosófico*, Barcelona, Edit. Labor, 1976, págs. 680 a 691.

subjetiva y por muchos esfuerzos que haga el autor por darle otras connotaciones, como cuando dice: "Todo acto de autoridad de hombre a hombre que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico"³, nunca lo podrá lograr. Claro que posiblemente no se trata de una confusión del autor italiano en relación con las categorías anotadas, sino más bien de lo que anunciamos: del intento de darle una apariencia más objetiva al concepto.

Teniendo en cuenta lo anterior, veamos ahora por qué decimos que es posible en la obra de BECCARIA separar los conceptos de utilidad y necesidad, y luego sustentar por qué abandonamos este y adoptamos aquel en el desarrollo de nuestro trabajo.

Hay una cosa que podríamos dar por universalmente válida para todos los que en un sentido u otro adoptaron la concepción contractualista como origen de la sociedad civil: que la necesidad fue la que movió a esos "sujetos libres e independientes" a celebrar un pacto para unir sus fuerzas y defenderse. En cuanto a defenderse de qué, las respuestas posibles son dos: la primera, defenderse de las fuerzas naturales superiores y extrañas al hombre; la segunda, la necesidad de defenderse de las agresiones de los otros hombres.

A juicio nuestro, BECCARIA vio el fundamento del pacto en lo que aquí mencionamos como la necesidad de defenderse de las agresiones de los otros hombres, pues dice: "Fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres a ceder parte de su libertad propia: y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público si no la porción más pequeña posible, aquella solo que baste a mover a los hombres para que le defiendan"⁴. Y se corrobora que es precisamente para defenderse de los otros hombres cuando en el capítulo primero dice: "...cansados de vivir en un *continuo estado de guerra*, y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla"⁵; evidentemente, los estados de guerra solo se dan entre los hombres. Así, pues, la necesidad es el fundamento del pacto, y el pacto es el fundamento del poder del soberano.

Ahora bien, ese poder del soberano, en el caso concreto que nos ocupa, consistía en la facultad de que quedaba investido para castigar las posibles violaciones a los términos de ese pacto, por manera que no nacía el poder de penar por el simple hecho del pacto, sino por la necesidad de defender el "depósito público de las particulares usurpaciones", lo que, en principio, servía a su vez como límite a ese poder de castigar.

Así, pues, si el pacto resulta de la necesidad de la defensa recíproca de los hombres contra los hombres, como ya quedó establecido, este hecho es indicio de otro: que en el Estado de Naturaleza se daba una lucha de intereses privados. Los contractualistas encontraron en el pacto la solución a este conflicto. Pero nótese que el pacto aparece aquí como un mecanismo de solución, y por tanto de aquel debe predicarse su utilidad o inutilidad, no su necesidad; es decir, salvar el conflicto era necesario para la preservación de la especie; cómo salvarlo era cuestión que

³ CESARE BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, 3ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 1982, pág. 28.

⁴ *Ibid.*, pág. 29 (subrayas nuestras).

⁵ *Ibid.*, pág. 27 (subrayas nuestras).

se debía resolver mediante un cálculo de medios útiles, si se tiene en cuenta que además del pacto habían otros medios posibles de solución, como la sumisión a un soberano constituido como tal por el despliegue de su fuerza.

Teniendo en cuenta lo anterior, atendamos ahora a la definición de justicia que formula el Marqués: "Y por justicia entiendo yo solo el *vínculo necesario* para tener unidos los intereses particulares"⁶. La pregunta es, entonces, ¿cuál es ese vínculo necesario? La respuesta: el pacto. Es decir, la justicia es el pacto. Pero dice en páginas posteriores: "La necesidad sola ha hecho nacer del choque de las pasiones y de la oposición de los intereses la idea de *utilidad común*, que es la base de la justicia humana"⁷, de donde podríamos concluir que *pacto* y *utilidad común* se confunden, pero más exactamente debemos decir que todo lo que se ha establecido en el pacto está informado por el principio de la utilidad común.

Resumiendo lo hasta aquí expuesto, digamos que en *De los delitos y de las penas* el concepto de necesidad cumple en principio dos funciones: es el móvil del pacto como "necesidad de defensa recíproca", y es el fundamento de la pena en cuanto el soberano impone penas por "la necesidad de defender el depósito público de usurpaciones privadas" (podríamos señalar una tercera, la necesidad como límite del poder de punir, pero en este preciso sentido: "Todas las penas que sobrepasen la necesidad de conservar este vínculo son injustas por su naturaleza"⁸; en tanto que el concepto de utilidad tiene por función señalar al pacto como el mecanismo más idóneo para solucionar el conflicto de intereses que se presentaba en el estado de naturaleza, y además, siendo esto lo más importante servir, entendida como utilidad común, como "base de la justicia humana".

Vemos así cómo los conceptos de necesidad y utilidad cobran vigencia en dos momentos diferentes. El primero es fundamentador, pertenece a las bases mismas de la teoría contractualista; el segundo es funcional, él nos dirá qué es apto o no para los intereses del nuevo sistema. De tal suerte, no es de extrañar que en realidad BECCARIA poco se ocupe de la necesidad de la pena, de sus fundamentos, pues no pretende ser un filósofo que se regodea en la abstracción, no; él es ante todo un práctico que da casi como supuesto indiscutible la teoría contractualista y la necesidad como fundamento de la pena. Y aunque en los capítulos 11 y 28, especialmente en este último, parece inquietarle mucho la necesidad de la pena de muerte, es en verdad solo en apariencia, porque ciñéndonos a lo que él había expuesto como necesidad, se hace inválida la pregunta por la necesidad de una pena en particular, pues necesidad es un concepto fundamentador como ya lo vimos, no funcional. En otras palabras dicho, luego de postular que la pena se aplica por necesidad, es un error preguntarse si los tormentos o la prisión o la misma pena de muerte son necesarios o no; otra cosa es preguntarse si son fatales, incluidos, inevitables, si se adecuan o no al fin que con ellas se persigue, pero la respuesta a esto no surge de un cálculo de necesidad sino de utilidad.

⁶ Ibid., pág. 29 (subrayas nuestras).

⁷ Ibid., pág. 38 (con negrillas en el texto).

⁸ Ibid., pág. 29.

Si observamos bien el párrafo antepenúltimo del capítulo XI, notaremos cómo todos los interrogantes de BECCARIA giran en torno a la utilidad de las penas: "¿Pero cuales serán las penas que convengan a estos delitos? ¿La muerte es una pena verdaderamente *útil* y *necesaria* para la seguridad y para el buen orden de la sociedad? ¿Son *justos* los tormentos y la tortura? ¿Conducen al fin que las leyes se proponen? ¿Cuál es la mejor manera de prevenir los delitos? ¿Son las mismas penas igualmente útiles en todos los tiempos? ¿Cuál es su influencia sobre las costumbres?"⁹.

Así, creemos, queda demostrada la hipótesis según la cual entre los conceptos de utilidad y necesidad, podríamos abandonar este para tener en cuenta solo a aquel, como el concepto más válido para alcanzar nuestro fin principal, así como para obtener conclusiones más apegadas a las reales pretensiones, de lo que se constituyó en principio modular para el derecho penal.

Pero nos falta aún argumentar la otra parte de la hipótesis, cual es la de que abandonamos el concepto de altruismo en favor del de egoísmo. Evidentemente esta tarea es más sencilla que la anterior, pues casi basta con hacer mención de los siguientes hechos y circunstancias:

El liberalismo burgués está fundado sobre una concepción individualista de la naturaleza humana, de lo cual son muestra las concepciones que se tenían del hombre en lo que ellos, los ilustrados, llamaban "Estado de Naturaleza", pues todos pensaban en "individuos libres e iguales"; por eso la gran expectativa de ROUSSEAU es "Encontrar una forma de asociación capaz de defender y proteger con toda la fuerza común la persona y bienes de cada uno de los asociados; pero de modo que cada uno de estos, uniéndose a todos, solo obedezca a sí mismo y quede tan libre como antes"¹⁰. En igual sentido se dirigen las palabras de ADAM SMITH cuando dice: "Todo individuo al emplear su fuerza y su capital se preocupa por obtener el máximo, no se propone promover el interés general e ingora en qué medida pueda lograrlo... al perseguir su interés particular sirve al interés social más eficazmente que si tuviere la intención de promoverlo"¹¹. Modos de pensar que también aparecen expresos en *De los delitos y de las penas*, en el capítulo 2º: "Ningún hombre ha dado parte de su libertad propia con la sola mira del bien público: esta quimera no existe sino en las novelas"¹².

Realmente todas estas concepciones individualistas tienen la pretensión de trascender a la comunidad para evitar su propia inoperancia; se hace depender la felicidad propia del bienestar de los demás. Pero nótese que no se trata de una preocupación desinteresada por el otro sino de un interés particular oculto. Así, pues, pensamos que el verdadero motor que impulsaba la acción del hombre que concebía BECCARIA era el egoísmo y no el altruismo, como podría —solo en apariencia— desprenderse de su frase "la mayor felicidad dividida entre el mayor número". Por esto,

⁹ Ibid., pág. 45 (subrayas del texto).

¹⁰ JEAN J. ROUSSEAU, *El contrato social*, Bogotá, Linotipo, 1979, pág. 14.

¹¹ Tomado de VÍCTOR ACOSTA, "Delitos contra el orden económico y social", en *Rev. Nuevo Verdicto*, Popayán, Jul-Dic. de 1985, pág. 67.

¹² BECCARIA, *op. cit.*, pág. 28.

el concepto que debemos seguir teniendo presente para los fines de este trabajo es el de egoísmo, propio de una concepción individualista de la naturaleza humana.

III. ¿UTILITARISMO ÉTICO O POLÍTICO?

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, es decir, en el reconocimiento de la prevalencia del concepto de utilidad sobre el de necesidad en la obra de BECCARIA, se nos abre la posibilidad de pensar que el Marqués adopta una *ética utilitarista*. Pero al encontrar el "Prólogo al lector", en el que hace una clasificación trivalente de los vicios y virtudes, podría pensarse que su utilitarismo es meramente *político* y que nada hay en él de pretensiones *éticas*, pues nos dice que la justicia divina y la natural son *inmutables*, en tanto que la justicia humana es *variable*, dependiendo de que se haga útil a la sociedad, y que es de esta justicia de la que él se ocupa, como publicista que es, no de las otras, que pertenecen al estudio de los teólogos, a quienes "...pertenece establecer los confines de lo justo y de lo injusto en la parte que mira la intrínseca malicia o bondad del acto"¹³. Así, entonces, si aceptamos que la *interioridad* es característica de la moral, en tanto que la *exterioridad* es propia del derecho y por ende de la política, habrá que concluir que sus propuestas no son éticas sino políticas.

Pero en realidad estas palabras del "Prólogo al lector" no se deben tener como una posición teórica personal, pues ya lo ha dicho acertadamente RODOLFO MONDOLFO: "La oposición que a base de tal distinción quiso introducir el autor, entre la virtud religiosa y natural reguladas por la justicia divina y natural inmutable constante, y la virtud política regulada por la variable justicia humana, es solamente el viejo artificio de la *doble verdad*, con el que quiere zanjar el peligro de las disputas con los teólogos... para reservarse al abrigo de cualquier acusación de herejía"¹⁴. Y esto viene a comprobarse con las palabras del capítulo VI de la obra en comentario: "De este modo nacieron las oscurísimas nociones de vicio y de virtud; y son tales porque se cambian con las revoluciones del tiempo, que hacen sobrevivir los nombres a las cosas, se cambian con los ríos y las montañas, que son casi siempre los confines, no solo de la geografía física, sino también de la moral"¹⁵. Decimos, pues, que estas palabras son prueba de la tesis de MONDOLFO porque de otro modo estaríamos frente a una fuerte contradicción, en razón de que en la precedente cita está postulando un relativismo axiológico; en cambio en las palabras del "Prólogo al lector", según dijimos, pensaba en una moral absoluta al decir que la justicia divina y natural son siempre inmutables.

No obstante las palabras del capítulo VI, o las del VII, o las del XLI, y otras pocas y siempre sueltas del resto de la obra, creemos que no es posible servirnos de ellas para hacer una ubicación exacta de la concepción ética que manejaba el Marqués.

¹³ Ibid., pág. 24.

¹⁴ RODOLFO MONDOLFO, *Cesare Beccaria y su obra*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1946, pág. 27.

¹⁵ BECCARIA, *op. cit.*, pág. 37.

Pensamos entonces que es mejor estudiar este concepto de utilidad olvidándonos de las connotaciones éticas que tuvo en otros autores de ese tiempo, como HELVECIO, o como más tarde BENTHAM. Y aunque podría pensarse en una teoría eticosocial, nosotros la desechamos de plano, pues no concebimos una ética de tal clase. En adelante seguiremos viendo el concepto de utilidad en BECCARIA como un criterio de carácter político para identificar vicios y virtudes políticas, puesto que de su carácter ético nada podemos decir con certeza¹⁶.

IV. ¿UTILIDAD O INUTILIDAD PARA QUÉ?

Nos proponemos en seguida abordar nuestro problema central: observar cómo BECCARIA maneja los conceptos de utilidad y egoísmo para demostrar la invalidez del sistema punitivo imperante y la validez de sus nuevas propuestas.

Podemos dar por sentado que el contrato social fue el mecanismo más útil concebido por BECCARIA para conciliar la pluralidad de intereses que se daban en el Estado de Naturaleza. Es igualmente cierto que con este pacto se buscaba la realización de la utilidad común, la que se constituía como "La base de la justicia humana". Por otro lado —y este, creemos, es el punto central de su obra— el Marqués habló de utilidad o inutilidad de las penas, inquietud que es tema del mayor número de los capítulos del libro.

Ahora bien, se habla de utilidad del pacto, de utilidad común, de utilidad de las penas, etc. Pero ¿utilidad o inutilidad para qué? En relación con la utilidad del pacto, ya lo habíamos dicho, este es útil para lograr subsanar, sin perder *toda* la libertad, la necesidad de la defensa recíproca. Sin embargo no se requiere la defensa por la defensa; ella se persigue para lograr la paz; pero la paz en la obra de BECCARIA tampoco es un fin en sí misma, es tan solo el estado que posibilitará el ejercicio de la libertad restante, es decir, aquella que no se incluyó en las mutuas cesiones que se hacen en el pacto. Así, la combinación de estos dos factores: el ejercicio de las libertades en paz da como resultado la felicidad, "la felicidad mayor dividida entre el mayor número", lo que en términos de ética podríamos llamar el *bien supremo*, de donde habría que concluir una aspiración ética en la obra de BECCARIA.

Pero ya habíamos dicho que el concepto de utilidad en el Marqués no tiene tales aspiraciones éticas. Es entonces por lo que creemos válido establecer dos campos distintos en cuanto a las aspiraciones del autor italiano: una aspiración ética: lograr la mayor felicidad entre el mayor número; y otra puramente política: lograr el concurso de la fuerza de los otros, para la defensa de uno. Dicho en otras palabras buscar la defensa recíproca que logre el estado de paz, que es el más útil para ejercer las libertades que le restan al individuo, siendo este su principal y verdadero cometido.

¹⁶ Valga mencionar la similitud de lo que se dice en el "Prólogo al lector" de BECCARIA, con lo que dice MONTESQUIEU en la "Advertencia del autor" en su libro *El espíritu de las leyes*.

Y esto debe ser así porque de otro modo a la pregunta de cómo puede el soberano procurar la mayor felicidad entre el mayor número si a él solo se le han dado en depósito pequeñas porciones de libertad, la teoría del italiano no tendría respuesta: En cambio, haciendo la diferenciación que proponemos, la cuestión se resolvería así: al soberano *solo* corresponde defender el depósito público de las posibles usurpaciones privadas, es decir, defender las mínimas garantías a todo ciudadano: el derecho a la vida, a la integridad física, a la propiedad privada. Pero es a cada uno de los sujetos, valiéndose de su libertad restante y del estado de paz que les asegura el soberano, a quienes corresponde dirigir sus acciones al punto de lograr "la mayor felicidad entre el mayor número".

Todo lo anterior nos va enrutando hacia una concepción del Estado del *laissez faire, laissez passer*, pues BECCARIA seguramente no estaba pensando en un soberano que pudiera tener o tuviera derecho a regular libertades como la del "libre cambio", o la de contratación, o la de expresión, o la de culto, o, menos aún, pretendiendo un Estado intervencionista. No, porque él estaba inmerso en un mundo que estaba dando a luz una nueva clase en el poder, con ideas nuevas de lo que debían ser la política y la economía. Y esta clase tenía que encontrar el criterio racional que le validara ejercer su futuro poder de castigar, sin tener que recurrir a las antiguas teorías teológicas o absolutistas que combatía; necesitaba, pues, un soberano sin manchas de absolutismo, de carisma religioso, sin pretensiones de tutor, que les asegurara sus libertades. Situación que se evidencia en estas palabras del "proscrito de la Ilustración", el MARQUÉS DE SADE: "Franceses, sois demasiado lúcidos para no daros cuenta de que un nuevo gobierno necesita nuevas costumbres, es imposible que el ciudadano de un Estado libre se comporte como el esclavo de un rey déspota... Así mismo en un Estado republicano deben desaparecer otra serie de fechorías conocidas con el nombre de regicidio o sacrilegio. Al otorgar la libertad de conciencia y de prensa, pensad, ciudadanos, que con muy pocas excepciones debe otorgarse la libertad de actuar. Y que hechas excepciones de lo que infringe directamente las bases del gobierno os queda poquísimos que castigar, ya que en realidad hay poquísimas acciones criminales en una sociedad que se funda en la libertad y la igualdad y no hay nada tan criminal como lo que incrimina a la ley"¹⁷. BECCARIA creyó encontrar en la utilidad ese criterio racional, que era además el único que conciliaba con su concepción del hombre como ser egoísta, concepción que era, a la vez, la propia de la teoría del librecambio.

Pero a lo hasta aquí propuesto podrá objetarse que BECCARIA no solo habló de utilidad, sino también de *utilidad común*, pues sostiene que la única medida de las penas es el daño hecho a la sociedad. ¿Cómo, entonces, se relaciona esto con su concepción del hombre como ser egoísta? Entramos así a otra parte del mismo problema.

El individualismo, en el sistema burgués, es reconocido por todos; pero como ya hemos dicho, se trata de individualismo que pretende trascender a la comunidad, no por otro motivo que por el de evitar su propia inoperancia, pues considerar

las cosas solo desde el punto de vista del individuo sería volver, según la teoría contractualista, al Estado de Naturaleza. Precisamente esto es lo que ROUSSEAU considera el problema fundamental, como ya tuvimos oportunidad de anotar en páginas anteriores, y que en BECCARIA se presenta en los términos de convertir la ofensa privada en ofensa pública. Para tal fin el italiano, luego de decirnos que los delitos que destruyen inmediatamente la sociedad son los mayores, expresa: "Cualquier delito aunque privado ofende a la sociedad, pero no todo delito procura su inmediata destrucción"¹⁸. Y más adelante agrega: "Síguense después de estos —se refiere a los delitos que atentan contra la estabilidad de la sociedad— los delitos contrarios a la seguridad de cada particular. Siendo este el *fin primario de toda sociedad legítima*..."¹⁹.

Es precisamente en estos delitos, los que atentan contra el "derecho de seguridad adquirido por cada ciudadano", en los que obra ese mecanismo que permite conmutar lo privado en "res" pública, pues, según dice, ofenden mediatamente a la sociedad, dado que esta tiene como prerrequisito al individuo, quien enajenó parte de su libertad precisamente para constituirla y hacer que ella, ese nuevo inmenso poder, la defienda. Resultando que todo aquel que ataca a un particular no es solo un agresor privado, sino también un enemigo público, al ofender por intermedio de su víctima a la sociedad que se instituyó para protegerla; apareciendo así que lo que es útil al particular es útil a la comunidad, y lo que a ella daña es todo lo que a él daña.

De este modo, pues, queda convalidado el contractualismo: por su utilidad para congraciarse una multiplicidad de naturalezas egoístas, por ser esa especie de "shifter" que convierte el interés egoísta en acto aparentemente altruista.

V. LA PENA DE MUERTE EN TÉRMINOS DE UTILIDAD

Dice BECCARIA que la pena de muerte es hecho, no derecho, mediante un argumento entre otras cosas harto deleznable que no es del caso entrar a analizar aquí, pues por ahora solo nos interesa analizar las consecuencias que él desprende de esta aparente verdad.

La primera consecuencia es que por ser solo un hecho, de ella no debe buscarse sino la utilidad que persiguen quienes la aplican. Ahora bien: siendo este el criterio racional más importante, como ya lo dejamos sentado, si se encuentran más argumentos en contra que en pro de la aplicación de esta pena, ella no tendría razón de ser en el nuevo sistema. Veamos cuáles son, según BECCARIA, los argumentos que están en contra de la pena de muerte.

Los presupuestos de los que él parte son:

a) El fin de la pena es impedir al reo causar nuevos daños y retraer a los demás de cometerlos (cap. XII).

¹⁸ BECCARIA, *op. cit.*, pág. 39.

¹⁹ *Ibid.*, pág. 40.

¹⁷ Tomado de NOELLE CHATELET, *Sistema de la agresión*, Madrid, Edit. Tusquets, pág. 192.

b) "No es lo intenso de la pena lo que hace el mayor efecto sobre el ánimo sino su extensión" (cap. XXVIII).

c) "El imperio de la costumbre es universal sobre todo ente sensible, y como por su enseñanza el hombre habla y camina, y provee a sus necesidades, así las ideas morales no se imprimen en la imaginación sin durables y repetidas percusiones" (cap. XXVIII).

Y este es el corolario de los presupuestos:

a) "No es el freno más fuerte contra los delitos el espectáculo momentáneo, aunque terrible, de la muerte de un malhechor, sino el largo y dilatado ejemplo de un hombre que, convertido en bestia de servicio y privado de libertad, *recompensa con sus fatigas aquellas sociedades que ha ofendido*" (el subrayado es nuestro, cap. XXVIII). (Inutilidad de la pena de muerte, utilidad de la esclavitud).

b) "La pena de muerte es un espectáculo para la mayor parte y un objeto de compasión mezclado con desagrado para algunos; las resultas de estos diferentes sentimientos ocupan más el ánimo de los concurrentes que el terror saludable que la ley pretende inspirar" (cap. XXVIII). (Límite de la pena, el sentimiento de compasión).

c) "Muchos miran la muerte con una vista tranquila y entera...; pero ni el fanatismo ni la vanidad están entre los cepos y las cadenas...; y el desesperado no acaba sus males si no los principia" (cap. XXVIII). (Inutilidad de la muerte frente al tesón, utilidad de la esclavitud para corroerlo).

d) "No es útil la pena de muerte por el ejemplo que da a los demás de atrocidad" (cap. XXVIII). (La pena de muerte puede convertirse en una especie de *bumerang* que se devuelve contra quien la ejecuta).

No pretendemos con lo anterior convertir la teoría del Marqués de BECCARIA en un utilitarismo vulgar; solo buscamos mostrar cómo es manejado el concepto de utilidad para atacar la presunta validez de una medida de política criminal en especial, y de contera mostrar que sus argumentos no son solo un grito del corazón, sino *todo un cálculo político*.

Hay otro punto de este mismo capítulo XXVIII que no hemos tratado aquí, y que en realidad es tocado por el autor italiano con anterioridad a lo que acabamos de exponer. Se trata de dos posibles excepciones a la no aplicabilidad de la pena de muerte, según su pensamiento.

Valga anotar antes de entrar en materia, que en todo este párrafo que se refiere a las posibles excepciones, BECCARIA solo habla de *necesidad o justicia*, es decir, no acude ni una sola vez al concepto de utilidad, como sí lo hace en los anteriores y siguientes párrafos del mismo capítulo; pero eso no puede ser obstáculo para que observemos el manejo del concepto de utilidad, por lo arriba expuesto y porque todo acaba por justificarse, debido a la gravedad que revestía el tema para el pensador italiano. En resumen, creemos estar facultados para sustituir válidamente las palabras "necesidad" y/o "justicia" en el texto de la obra, por el de *utilidad*.

Nos dice BECCARIA que por solo dos motivos encuentra necesaria (útil) la pena de muerte: uno, "cuando aun privado de la libertad, tenga tales relaciones y tal poder que interese a la seguridad de la nación; cuando su existencia pueda

producir una revolución peligrosa en la forma de gobierno establecida"²⁰; y el otro, que la muerte "...fuese el verdadero y único freno que contuviese a otros, y los separase de cometer delitos"²¹.

En realidad este segundo motivo se subsume en el primero, porque de todos modos y aplicando rigurosamente su teoría, debe ponerse en peligro inmediatamente la seguridad de la nación.

Así, pues, todo acto humano que ponga en peligro la seguridad de la nación, merece la pena de muerte. La pregunta es entonces: ¿Con qué actos se pone en peligro la seguridad de la nación? ¿Quién define estos actos? La primera respuesta que salta a la mente es que todo acto que la ley defina como atentado a la nación, es tal; y por tanto el legislador es el encargado de definirlo y atribuirle la pena de muerte. Pero esto no es cierto según la teoría del Marqués, pues —aunque erróneamente— él considera que la pena de muerte es hecho, no derecho, y que por tanto la necesidad (utilidad) de la muerte de un hombre solo se dará "...cuando la nación recupera o pierde la libertad o, en el tiempo de la anarquía, cuando los mismos desórdenes tienen lugar de leyes"²², es decir, en el estado de guerra: "La guerra de la nación contra un ciudadano". Así, pues, es el estado de guerra el que convalida la pena de muerte; el vencedor solo se obliga en los términos que él quiera, y evidentemente en una guerra tal, el Estado, ese cuerpo étéreo, ese sobre poder inmaterial, será el vencedor.

¿No queda con esto una esclusa abierta al ejercicio arbitrario de ese poder estatal? ¿No es este el ancestro, seguramente sin la intención de CESARE BECCARIA, de la teoría de la "Razón de Estado"? ¿O de la reciente teoría de la "Seguridad nacional"? ¿No queda así abierta la posibilidad de descargar toda la fuerza del soberano contra todas aquellas concepciones que terminen en un "ismo" diferente del "ismo" del Estado?

BECCARIA dijo en su "Prólogo al lector": "Cualquiera, repito, que quisiera honrarme con su crítica, no empiece suponiendo en mí principios destruidores de la virtud o de la religión, pues tengo demostrado no ser tales los míos, y así, en lugar de concluirme incrédulo o sedicioso, convéngame del mal lógico o del imprudente político"²³.

Como de lo primero ya por fortuna no hay quien lo critique, esperamos que en lo segundo lo hayamos podido hacer, sin abusos ni arbitrariedades y con el rigor mental que exige la obra, para beneficio de todos y honor nuestro.

²⁰ Ibid., pág. 74.

²¹ Ibid., pág. 75.

²² Ibid., pág. 74.

²³ Ibid., pág. 24.

**SECCIÓN
DE
LEGISLACIÓN**

DECRETO 466 DE 1987
(marzo 10)

por el cual se autoriza la designación de unos jueces especializados y se determina su planta de personal.

El presidente de la república de Colombia,

en ejercicio de las facultades que le confieren los artículos 12 y 71 de la ley 2ª de 1984,

DECRETA:

Art. 1º.—Autorízase a los tribunales superiores de distrito judicial para que de los cargos creados por el artículo 12 de la ley 2ª de 1984 designen treinta y nueve (39) jueces especializados, así:

Distrito Judicial de:	Número
a) Armenia	Uno (1)
b) Barranquilla	Tres (3)
c) Bogotá	Tres (3)
d) Bucaramanga	Uno (1)
e) Buga	Uno (1)
f) Cali	Tres (3)
g) Cartagena	Uno (1)
h) Cúcuta	Uno (1)
i) Florencia	Tres (3)
j) Ibagué	Uno (1)
k) Manizales	Uno (1)
l) Medellín	Tres (3)
ll) Montería	Uno (1)
m) Neiva	Uno (1)
n) Pamplona	Uno (1)
o) Pasto	Uno (1)
p) Pereira	Uno (1)
q) Popayán	Uno (1)
r) Quibdó	Uno (1)
s) Riohacha	Uno (1)
t) Santa Marta	Uno (1)
u) Santa Rosa de Viterbo	Uno (1)
v) San Gil	Uno (1)
w) Sincelejo	Uno (1)

x) Tunja	Uno (1)
y) Valledupar	Uno (1)
z) Villavicencio	Tres (3)

Art. 2º.—La planta de personal correspondiente a cada juzgado especializado, de acuerdo con el decreto número 900 de 1970, será la siguiente:

Número	Cargo	Grado
Uno (1)	Juez	17
Uno (1)	Secretario	10
Uno (1)	Escribiente	06

Art. 3º.—Los jueces especializados a que se refiere este decreto quedan adscritos a las respectivas direcciones seccionales de instrucción criminal, para los efectos previstos en los decretos 2267 de 1969, 533 de 1971 y los que los adicionan y reforman.

Art. 4º.—La primera designación que realicen los tribunales superiores de distrito judicial, de conformidad con la autorización contenida en este decreto, se entenderá hecha para el resto del actual período judicial.

Art. 5º.—Este decreto rige a partir de su publicación y modifica en lo pertinente el decreto 371 de 1984.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 10 de marzo de 1987.

DECRETO 468 DE 1987
(marzo 11)

por el cual se dictan disposiciones sobre competencia y procedimiento en materia de narcotráfico.

El presidente de la república de Colombia,

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

CONSIDERANDO:

Que mediante decreto 3671 de 1986 se atribuyó a la justicia penal militar el conocimiento de algunos delitos previstos en la ley 30 de 1986;

Que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 5 de marzo de 1986, declaró la inexecutable del citado decreto;

Que uno de los motivos que tuvo el gobierno para declarar turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional fue la acción persistente de grupos antisociales relacionados con el narcotráfico;

Que la ley 2ª de 1984 creó doscientos cargos de jueces especializados, con competencia para investigar y fallar los delitos de secuestro, extorsión, terrorismo y conexos;

Que mediante decretos 1806 de 1985 y 466 de 1987, se autorizó la designación de jueces especializados de los creados en la ley 2ª de 1984,

DECRETA:

Art. 1º.—Mientras subsista el actual estado de sitio, el conocimiento de los delitos previstos en los artículos 32, 33, 34 y 35 de la ley 30 de 1986, y conexos, será de competencia de los jueces especializados a que se refieren los decretos 1806 de 1985 y 466 de 1987.

Art. 2º.—La competencia que se atribuye por el artículo anterior a los jueces especializados, se ejercerá sin perjuicio de la competencia que les asigna la ley 2ª de 1984.

Art. 3º.—Las infracciones a que se refiere el artículo 1º de este decreto, se tramitarán y fallarán por el procedimiento especial

señalado en el capítulo II de la ley 2ª de 1984.

Art. 4º.—Los procesados por los delitos indicados en el artículo 1º de este decreto no tendrán derecho a la libertad provisional ni a la condena condicional.

Art. 5º.—Las disposiciones anteriores se aplicarán a los hechos que tengan lugar a partir de la vigencia de este decreto.

Art. 6º.—El ministerio público ante los jueces especializados a que se refiere este decreto, será ejercido por los correspondientes fiscales de circuito.

Art. 7º.—Los artículos anteriores entrarán en vigencia a partir del 1º de mayo de 1987.

Art. 8º.—Los procesos relacionados con los delitos indicados en el artículo 1º del presente decreto que están siendo conocidos por la justicia penal militar, serán repartidos en el estado en que se encuentren entre los jueces penales del Circuito, conforme a las disposiciones vigentes en materia de reparto, en coordinación con la respectiva Dirección Seccional de Instrucción Criminal.

Art. 9º.—La designación de los jueces especializados a que se refieren los decretos 1806 de 1985 y 466 de 1987, deberá producirse por los tribunales superiores respectivos, a más tardar el 10 de abril de 1987.

Art. 10.—Salvo lo dispuesto en el artículo 7º, este decreto rige a partir de su publicación y suspende las disposiciones que le sean contrarias. Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 11 de marzo de 1987.

DECRETO 565 DE 1987
(marzo 26)

por el cual se dictan disposiciones sobre competencia y procesamiento en materia penal.

El presidente de la república de Colombia,

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

CONSIDERANDO:

Que mediante decreto 3664 de 1986 se atribuyó a la justicia penal militar el conocimiento del delito de "fabricación y tráfico de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas";

Que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 12 de marzo de 1987, declaró inexecutable los artículos 4º y 5º del citado decreto;

Que mediante decretos 1806 de 1985 y 466 de 1987, se autorizó la designación de jueces especializados de los creados en la ley 2ª de 1984,

DECRETA:

Art. 1º.—Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, los delitos de que trata el artículo 2º del decreto legislativo 3664 de 1986, serán de competencia de los jueces especializados a que se refieren los decretos 1806 de 1985 y 466 de 1987.

Art. 2º.—La competencia que se atribuye por el artículo anterior a los jueces especializados, se ejercerá sin perjuicio de la competencia que les asigna la ley 2ª de 1984.

Art. 3º.—Los delitos señalados en el artículo 1º de este decreto se tramitarán y fallarán por el procedimiento especial señalado en el capítulo II de la ley 2ª de 1984.

Art. 4º.—Los procesados por los delitos indicados en el artículo 1º de este decreto no tendrán derecho a la libertad provisional ni a la condena condicional.

Art. 5º.—Las disposiciones anteriores se aplicarán a los hechos que tengan lugar a partir de la vigencia de este decreto.

Art. 6º.—Mientras se autoriza la designación de algunos de los fiscales previstos en la ley 2ª de 1984, para los efectos de este decreto y del 468 de 1987, el ministerio público ante los jueces especializados será ejercido por los correspondientes fiscales de circuito.

Art. 7º.—Los artículos anteriores entrarán en vigencia a partir del 1º de mayo de 1987.

Art. 8º.—Los procesos relacionados con los delitos indicados en el artículo 1º del presente decreto que estén siendo conocidos por la justicia penal militar, serán repartidos en el estado en que se encuentren entre los jueces penales del circuito, conforme a las disposiciones vigentes en materia de reparto, en coordinación con la respectiva dirección seccional de instrucción criminal.

Art. 9º.—Salvo lo dispuesto en el artículo 7º, este decreto rige a partir de su publicación y suspende las disposiciones que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase,

Dado en Bogotá, a 26 marzo de 1987.

DECRETO 750 DE 1987 *
(abril 25)

Por el cual se dictan medidas para combatir graves delitos contra la vida y la integridad personal.

El presidente de la república de Colombia,

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

CONSIDERANDO:

Que en diversas partes del territorio nacional se han venido cometiendo hechos criminales que causan un grave traumatismo social y crean dificultades adicionales para el restablecimiento del orden público;

Que es indispensable fortalecer los organismos de investigación del Estado con la creación de un Tribunal Especial de la más alta jerarquía que contribuya al esclarecimiento de esa perturbadora modalidad delictiva;

Que es deber del gobierno velar porque en toda la República se administre pronta y cumplida justicia,

DECRETA:

Art. 1º.—Créase un Tribunal Especial de Instrucción, integrado por tres (3) magistrados, elegidos por la Corte Suprema de Justicia, con competencia en todo el territorio nacional, que funcionará mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional.

Art. 2º.—Corresponde al Tribunal Especial de Instrucción investigar los delitos contra la vida y la integridad personal que causan una especial conmoción social, de modo tal que agravan (sic) la perturbación del orden público y dificultan su restablecimiento.

Art. 3º.—Los magistrados del Tribunal Especial de Instrucción deberán acreditar las mismas calidades que la Constitución Política exige para los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Tendrán el mismo régimen

salarial y prestacional de estos y se posesionarán ante el presidente de la República.

Art. 4º.—El ministerio público ante el Tribunal será ejercido por un fiscal especial designado por el procurador general de la Nación, el cual tendrá la misma categoría y remuneración de los magistrados ante los cuales actúa.

Art. 5º.—El Tribunal Especial de Instrucción tendrá todas las atribuciones que las normas vigentes contemplan en materia de instrucción criminal.

La Dirección Nacional de Instrucción Criminal y sus direcciones seccionales, pondrán a disposición del Tribunal que se crea los jueces de instrucción necesarios para atender las comisiones que sus magistrados les confieran.

Las diligencias instructivas serán ordenadas por el magistrado a quien por reparto le haya correspondido el asunto y podrán ser practicadas directamente por él o por el juez o jueces de instrucción criminal que comisionen para el efecto.

La policía judicial despachará, con prioridad sobre cualquier otro asunto, las solicitudes que formulen el Tribunal Especial o los jueces de instrucción por él comisionados.

Art. 6º.—La providencia mediante la cual el Tribunal asume la investigación de un delito o delitos, tiene el efecto de desplazar a cualquiera otra autoridad judicial que viniera conociendo del asunto. Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, deben remitirse al Tribunal las diligencias que ya se hubieren practicado.

La notificación de esta providencia se efectuará de acuerdo con las normas procesales ordinarias, pero simultáneamente se publicará en un diario de amplia circulación nacional. Contra ella cabe recurso de reposición.

Esta disposición no se aplicará cuando de acuerdo con la Constitución o las leyes el sindicado deba ser juzgado por un tribunal o juez especial.

Art. 7º.—Los empleados oficiales están obligados a prestar su colaboración a los magistrados del Tribunal Especial de Instrucción y a los jueces de instrucción, en forma preferencial y directa. Para tal fin todas las entidades públicas tomarán las medidas administrativas necesarias.

No podrá oponerse reserva alguna respecto de los documentos, informes y declaraciones que requieran el Tribunal y los jueces de instrucción.

Art. 8º.—Incurrirá en causal de mala conducta, sancionable con destitución, que impondrá el respectivo superior previa audiencia del inculcado, el empleado oficial que no preste la colaboración que de él se requiera o que sin justa causa la retarde.

Art. 9º.—Las entidades públicas, de cualquier orden, suministrarán, a sus propias expensas, la colaboración que el Tribunal les demande, en campos tales como: medicina legal, criminalística, balística, toxicología y, en general, cualquiera otros que sirvan para el esclarecimiento de los hechos investigados.

Así mismo, atenderán de inmediato los requerimientos que el Tribunal les formulen en relación con medios de transporte y comunicaciones para el adecuado ejercicio de sus funciones.

Art. 10.—Las actuaciones del Tribunal se cumplirán en Sala Unitaria, salvo para la adopción de la providencia con que concluye la investigación, que será adoptada, en Sala Plena, por la mayoría de sus integrantes.

Art. 11.—Concluida la investigación, y efectuada la calificación correspondiente, el expe-

diente será remitido a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, para que esta, como juez de única instancia, decida sobre el proceso.

Una vez ejecutoriada, esta providencia se hará pública.

Art. 12.—La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, o el juez o tribunal especial competente para fallar el proceso, podrán disponer la ampliación de la investigación por un término máximo de treinta (30) días.

Art. 13.—El Tribunal Especial de Instrucción, tendrá la siguiente planta de personal:

Número	Cargo	Grado
3	Magistrado de Tribunal Especial de Instrucción	
6	Magistrado Auxiliar	
1	Secretario	20
3	Oficial Mayor	09
10	Escribiente	08
3	Citador	04
6	Chofer	05

Art. 14.—La Fiscalía Especial ante el Tribunal Especial de Instrucción, tendrá la siguiente planta de personal:

Número	Cargo	Grado
1	Fiscal Especial de Instrucción	
1	Abogado Asesor	20
1	Secretario	18
1	Sustanciador	11
1	Citador	04
1	Chofer	05

Art. 15.—En lo no previsto por este decreto, se aplicarán al Tribunal Especial de Instrucción las normas contempladas en el Código de Procedimiento Penal.

Art. 16.—Autorízase al gobierno para realizar todas las operaciones presupuestales necesarias para el debido cumplimiento de lo dispuesto en este decreto.

* Los decretos que creaban el Tribunal especial fueron declarados inexecutable mediante providencia de junio 16 de 1987, con ponencia del Dr. Jesús Vallejo Mejía.

Los contratos que deba celebrar el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia para el adecuado funcionamiento del Tribunal Especial de Instrucción, solo requerirán para su celebración y validez de la firma de las partes y registro presupuestal.

DECRETO 790 DE 1987
(mayo 4)

por el cual se dictan medidas para combatir graves delitos contra la vida y la integridad personal y se reforma el decreto 750 de 1987.

El presidente de la república de Colombia,

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

DECRETA:

Art. 1º.—El decreto 750 de 1987, artículo 2º, quedará así:

“Corresponde al Tribunal Especial de Instrucción investigar los delitos de homicidio previstos en los artículos 323 y 324 del Código Penal; los de lesiones personales, con excepción de los contemplados en el artículo 340 del mismo Código, y los conexos con estos, cuando su ocurrencia cause una especial conmoción social que agrave la perturbación del orden público y dificulte su restablecimiento”.

Art. 2º.—El decreto 750 de 1987, artículo 3º, quedará así:

“Los magistrados del Tribunal Especial de Instrucción deberán acreditar las mismas calidades que la Constitución Política exige para los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Tendrán el mismo régimen salarial y prestacional de estos y se posesionarán ante el presidente de la República.

“Para el nombramiento y permanencia de estos magistrados en sus cargos, no se tendrá en cuenta la edad de retiro forzoso”.

Art. 17.—Este decreto rige a partir de la fecha de su publicación, y suspende las disposiciones que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 25 de abril de 1987.

Art. 3º.—El decreto 750 de 1987, artículo 6º, quedará así:

“El Tribunal Especial de Instrucción actuará de oficio. La providencia mediante la cual asume, a prevención, la investigación tiene el efecto de desplazar del conocimiento a cualquiera otra autoridad judicial. Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, deben remitirse al tribunal las diligencias que ya se hubieren practicado.

“La notificación de esta providencia se efectuará de acuerdo con las normas procesales ordinarias, pero simultáneamente se publicará en un diario de amplia circulación nacional. Contra la citada providencia cabe el recurso de reposición.

“Esta disposición no se aplicará cuando de acuerdo con la Constitución o las leyes el sindicado deba ser juzgado por un tribunal o juez especial. Si como consecuencia de las diligencias practicadas el tribunal hallare que el presunto responsable se encuentra en estas circunstancias, remitirá el expediente a la autoridad competente”.

Art. 4º.—El decreto 750 de 1987, artículo 11, quedará así:

“De los resultados de la investigación el tribunal rendirá un informe que se hará público, el cual remitirá, junto con las diligencias practicadas, a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, para que esta, como juez de única instancia y sin la intervención de jurado de conciencia, decida sobre el proceso”.

Art. 5º.—El decreto 750 de 1987, artículo 12, quedará así:

DECRETO 1195 DE 1987
(junio 30)

por medio del 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 en desarrollo del decreto 1038 de 1984, y

CONSIDERANDO:

Que el primero de julio entrará a regir el decreto-ley 51 de 1987 por medio del cual se expidió el Estatuto Penal Aduanero;

Que el mencionado estatuto constituye legislación permanente y regula integralmente la materia;

Que en ejercicio del artículo 121 de la Constitución Nacional el gobierno dictó el decreto 1956 de 20 de junio de 1986;

Que la Corte Suprema de Justicia al verificar el control automático de constitucionalidad lo encontró ajustado a los términos de la carta política, de conformidad con sentencia de 4 de septiembre de 1986;

Que las normas contenidas en el decreto citado deben permanecer en vigor, dado que aún subsisten las circunstancias que motivaron su expedición,

DECRETA:

Art. 1º.—Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, los vehículos que se encuentren almacena-

“La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, podrá ordenar al Tribunal la práctica de pruebas adicionales. Esta comisión deberá cumplirse dentro del plazo máximo de treinta (30) días”.

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

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá a los 4 días del mes de mayo de 1987.

dos en el Fondo Rotatorio de Aduanas o en los depósitos autorizados por este, por estar a órdenes de la justicia penal aduanera o haber sido decomisados administrativamente, podrán ser entregados provisionalmente al Ministerio de Defensa Nacional, a la Dirección General de la Policía Nacional o al Departamento Administrativo de Seguridad con el único fin de ser utilizados en actividades relacionadas con el restablecimiento del orden público.

Cuando el juez penal aduanero resuelva la situación jurídica del vehículo, se procederá a su devolución, previa constancia escrita del estado en que se encuentra el automotor.

Art. 2º.—Para la entrega a que se refiere en inciso primero del artículo anterior, solo se requerirá solicitud dirigida al director del Fondo Rotatorio de Aduanas por el ministro de Defensa Nacional, por el director general de la Policía o por el jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, y la elaboración de un acta que suscribirán el almacenista del Fondo en donde se encuentre el vehículo y el delegado de la entidad receptora, en la cual constarán las características y estado del mismo.

Copia del acta será remitida al director del Fondo Rotatorio de Aduanas para que sea comunicada al juez del conocimiento.

Art. 3º.—La Nación responderá de los perjuicios que se ocasionen con motivo de la utilización de los vehículos autorizados en el artículo primero de este decreto.

Para la determinación del valor de los perjuicios, el juez deberá tener en cuenta el ava-

lúo fijado dentro del proceso penal aduanero y el estado del vehículo según el acta a que se refiere el artículo anterior.

Art. 4º.—Este decreto rige a partir del primero de julio de mil novecientos ochenta y siete (1987) y suspende las normas que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D.E., a 30 de junio de 1987.

DECRETO 1196 DE 1987
(junio 30)

por el cual se establecen normas relativas a delitos cometidos por militares y personas de competencia de la Justicia Penal Militar.

El presidente de la república de Colombia,

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

CONSIDERANDO:

Que el primero de julio entrará a regir el decreto-ley 50 de 1987 por medio del cual se expidió el Código de Procedimiento Penal;

Que el mencionado código constituye legislación permanente y regula integralmente la materia;

Que en ejercicio del artículo 121 de la Constitución Nacional el gobierno dictó el decreto 1057 de 4 de mayo de 1984;

Que la Corte Suprema de Justicia al verificar el control automático de constitucionalidad lo encontró ajustado a los términos de la carta política;

Que las normas contenidas en el decreto citado deben permanecer en vigor, dado que aún subsisten las circunstancias que motivaron su expedición,

DECRETA:

Art. 1º.—Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, los delitos de competencia de la Justicia

Penal Militar cometidos por militares y personal civil al servicio de las Fuerzas Armadas, se juzgarán por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales consagrados en el libro cuarto, título vi, capítulo II, del Código de Justicia Penal Militar (artículos 566 y siguientes).

Art. 2º.—Se exceptúan de lo establecido en el artículo anterior los delitos de abandono del puesto, desertión y abandono del servicio los cuales se tramitarán y fallarán por el procedimiento especial indicado en el artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar.

En estos casos no tendrá lugar el grado de consulta.

Art. 3º.—El presente decreto rige a partir del primero de julio de mil novecientos ochenta y siete (1987) y suspende las normas que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D.E., a 30 de junio de 1987.

DECRETO 1197 DE 1987

(junio 30)

por el cual se dictan medidas sobre competencia penal.

El presidente de la república de Colombia,

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

CONSIDERANDO:

Que por decreto 2829 de 21 de noviembre de 1984, se asignó la competencia para investigar y fallar, exclusivamente, los delitos de secuestro extorsivo y extorsión previstos en los artículos 268 y 355 del Código Penal y los conexos con ellos, a treinta (30) jueces de instrucción criminal radicados en algunos distritos judiciales del país.

Que por decretos números 1806 de 1985 y 466 de 1987 se autorizó la designación de cincuenta y cuatro (54) jueces especializados de los creados por la ley 2ª de 1984, los cuales ya fueron designados, por los distritos judiciales respectivos;

Que el número de los asuntos a cargo de los juzgados que se detallan en la parte resolutive de este decreto, no es suficiente para que continúen como especializados,

DECRETA:

Art. 1º.—Suspender la competencia exclusiva para investigar delitos de secuestro extorsivo y extorsión previstos en los artículos 268 y 355 del Código Penal y los conexos con ellos, que les fue asignada por el decreto 2829 del 21 de noviembre de 1984, a los siguientes juzgados de instrucción criminal:

Seccional de instrucción criminal de Bogotá
Juzgados 11 y 38.

Seccional de instrucción criminal de Bucaramanga

Juzgado 17 de Bucaramanga.

Juzgado 2 de San Gil.

Seccional de instrucción criminal de Cali
Juzgado 25 de Cali.

Juzgado 13 de Buga.

Seccional de instrucción criminal de Cartagena

Juzgado 4 de Cartagena.

Seccional de instrucción criminal de Cúcuta
Juzgado 4 de Pamplona.

Seccional de instrucción criminal de Manizales

Juzgado 4 de Manizales.

Seccional de instrucción criminal de Medellín

Juzgados 6, 15 y 31 de Medellín.

Juzgado 16 de Apartadó.

Seccional de instrucción criminal de Montería

Juzgado 5 de Sincelejo

Seccional de instrucción criminal de Villavicencio

Juzgado 11 de Villavicencio.

Estos juzgados reasumirán su competencia ordinaria.

Art. 2º.—Los procesos de los cuales estén conociendo los juzgados a que se refiere el artículo anterior, serán entregados en el estado en que se encuentran a los juzgados penales del circuito del lugar respectivo.

Art. 3º.—El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, modifica el artículo 1º del decreto 1806 de 1985 y suspende las disposiciones que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D.E., a 30 de junio de 1987.

DECRETO 1198 DE 1987

(junio 30)

por el cual se dictan medidas sobre control y tráfico de estupefacientes.

El presidente de la república de Colombia,

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

CONSIDERANDO:

Que el primero de julio entrará a regir el decreto-ley 50 de 1987 por medio del cual se expidió el Código de Procedimiento Penal;

Que el mencionado código constituye legislación permanente y regula integralmente la materia;

Que en ejercicio del artículo 121 de la Constitución Nacional el gobierno dictó el decreto 3665 de 17 de diciembre de 1986;

Que la Corte Suprema de Justicia al verificar el control automático de constitucionalidad lo encontró ajustado a los términos de la carta política, de conformidad con sentencia de 10 de marzo de 1987;

Que las normas contenidas en el decreto citado deben permanecer en vigor dado que aún subsisten las circunstancias que motivaron su expedición,

DECRETA:

Art. 1º.—Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, elévase a la condición de delito la contravención descrita en el artículo 64 de la ley 30 de 1986 y las demás previstas en los literales *b*, *c*, y *d* del artículo 65 de la misma ley, las cuales serán sancionables con pena de prisión de tres (3) a diez (10) años.

Art. 2º.—Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, las unidades especiales de las fuerzas militares y de la policía nacional, destinadas al

control de estupefacientes, podrán desarrollar procedimientos para inutilizar pistas de aterrizaje, destruir plantaciones de marihuana, coca y adormidera en los casos previstos por la ley 30 de 1986, cuando las operaciones se realicen en áreas rurales donde no se pueda contar con la presencia inmediata de autoridades judiciales o de representantes del ministerio público, debiendo presentar el correspondiente informe inmediatamente a la autoridad competente.

Art. 3º.—Las mismas autoridades de que trata el artículo anterior, están facultadas para destruir los insumos químicos y demás sustancias que se hayan utilizado en el procesamiento de estupefacientes, en los casos autorizados por la ley 30 de 1986 y cuando la operación se realice dentro de las circunstancias que señala el artículo 2º de este decreto.

Art. 4º.—Los elementos decomisados o aprehendidos en desarrollo de los procedimientos señalados en los artículos 2º y 3º del presente decreto, serán puestos a disposición del comandante de la unidad táctica o unidad operativa o del comandante del departamento de policía, según corresponda, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al decomiso o aprehensión.

Art. 5º.—Los bienes muebles e inmuebles utilizados en la comisión de delitos o contravenciones relacionados con estupefacientes, quedarán fuera del comercio y no podrán ser negociados hasta tanto se ejecutorie el fallo judicial definitivo.

Art. 6º.—Los informes o dictámenes que rindan a las autoridades los servicios especiales de control de estupefacientes de las fuerzas militares y de la policía nacional, tendrán el carácter de prueba judicial con sujeción a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal.

Art. 7º.—Este decreto rige a partir del primero de julio de mil novecientos ochenta y siete (1987) y suspende todas las disposiciones que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D.E., a 30 de junio de 1987.

DECRETO 1199 DE 1987

(junio 30)

por medio del cual se dictan medidas tendientes a combatir la impunidad.

El presidente de la república de Colombia,

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

CONSIDERANDO:

Que el primero de julio entrará a regir el decreto-ley 50 de 1987 por medio del cual se expidió el Código de Procedimiento Penal;

Que el mencionado código constituye legislación permanente y regula integralmente la materia;

Que en ejercicio del artículo 121 de la Constitución Nacional el gobierno dictó el decreto 3673 de 19 de diciembre de 1986;

Que la Corte Suprema de Justicia al verificar el control automático de constitucionalidad lo encontró ajustado a los términos de la carta política, de conformidad con sentencia de 10 de marzo de 1987;

Que las normas contenidas en el decreto citado deben permanecer en vigor, dado que aún subsisten las circunstancias que motivaron su expedición,

DECRETA:

Art. 1º.—Quien suministre a la autoridad informes que permitan hacer efectivo el cumplimiento de órdenes de captura dictadas con ocasión de la comisión de delitos en el territorio nacional o fuera de él, podrá ser beneficiario de una recompensa monetaria.

Esta misma recompensa podrá ser reconocida a la persona que suministre informaciones y pruebas eficaces que fundamenten la responsabilidad penal o permitan hacerla extensiva a otras personas.

Art. 2º.—El Consejo Nacional de Instrucción Criminal recomendará al director general de instrucción criminal los casos en los cuales se reconocerán las recompensas, su cuantía y la oportunidad de su pago.

Art. 3º.—En casos especiales, el Consejo Nacional de Instrucción Criminal podrá recomendar que las ofertas de recompensa sean hechas públicas.

Así mismo, cuando lo juzgue conveniente, el Consejo Nacional de Instrucción Criminal podrá autorizar la determinación anticipada del monto de las recompensas.

Art. 4º.—El gobierno nacional podrá tomar medidas especiales para proteger a las personas que aporten las informaciones y pruebas eficaces a que se refiere el artículo 1º de este decreto. Estas medidas podrán consistir en la sustitución de los documentos de registro civil y de identidad de la persona, así como la provisión de los recursos económicos indis-

pensables para que las mismas puedan cambiar de domicilio y ocupación, tanto dentro del país como en el exterior.

Art. 5º.—Las recompensas de que trata este decreto podrán ser pagadas dentro del país o fuera de él.

Art. 6º.—Los actos y providencias que expidan el gobierno nacional, el Consejo Nacional de Instrucción Criminal y el director de instrucción criminal para la ejecución del presente decreto, estarán amparados por la reserva legal.

Art. 7º.—El valor de la recompensa se imputará al presupuesto de gastos del Departamento Administrativo de Seguridad, para lo cual, se abrirá una cuenta especial cuyo manejo será absolutamente reservado. El gobierno queda autorizado para realizar todas las operaciones presupuestales necesarias.

El ordenador del gasto para los efectos anotados será el jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, quien no podrá delegar

DECRETO 1200 DE 1987
(junio 30)

por el cual se reglamentan disposiciones del decreto-ley 50 de 1987 (Código de Procedimiento Penal)

El presidente de la república de Colombia,

en ejercicio de las facultades que le confiere el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional,

DECRETA:

Art. 1º.—Para efectos de lo establecido en el artículo 677 del decreto-ley 50 de 1987, los procesos de conocimiento de los jueces superiores y de circuito que a la fecha del 1º de julio de 1987 se encuentren con auto de cierre de investigación ejecutoriado, o en los que haya recaído calificación cualquiera que haya sido la decisión adoptada, continuarán tramitándose hasta su terminación en aquellos despachos.

esta facultad, y deberá rendir informe periódico al contralor general de la república sobre la cuantía y oportunidad de las recompensas pagadas; solamente el contralor general de la república auditará el manejo de la cuenta especial cuyos ingresos también podrán estar constituidos por donaciones.

Art. 8º.—A quien fuera condenado, se le reducirá la pena hasta en una tercera parte, cuando con sus informaciones permita la ejecución de órdenes de captura.

Art. 9º.—Si al informante o colaborador favorecido con el beneficio de la rebaja de la pena reincidiere o cometiere cualquier conducta delictiva, cesarán los efectos de la rebaja de pena.

Art. 10.—Este decreto rige a partir del primero de julio de mil novecientos ochenta y siete (1987) y suspende las normas que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D.E., a 30 de junio de 1987.

Art. 2º.—A partir del 1º de julio de 1987 los sumarios en los que no se haya identificado o individualizado el autor o partícipe del hecho punible serán enviados por conducto de la respectiva dirección de instrucción criminal el Cuerpo Técnico de Policía Judicial o a quien haga sus veces.

Para el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo y la subsiguiente actuación procesal, se aplicará lo establecido en el artículo 342 del Código de Procedimiento Penal.

Art. 3º.—Las direcciones seccionales de instrucción criminal en ejercicio de lo prescrito en el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, radicarán los juzgados de instrucción criminal que sean necesarios en las cabeceras de distrito o circuito judicial, previa consulta con el Consejo de Instrucción Criminal, indicando el juzgado por el número que se la haya asignado.

Art. 4º.—Para los efectos de la seguridad de los testigos, de que trata el artículo 673 del decreto-ley 50 de 1987, las autoridades civiles y militares del orden nacional, departamental y municipal estarán obligadas a adoptar, en

forma inmediata, las medidas que el director de instrucción criminal solicite.

Cuando la colaboración se solicite a una autoridad del orden nacional se tramitará por el director nacional de instrucción criminal.

Cuando las medidas de seguridad ordenadas por los directores de instrucción criminal den lugar a erogaciones, estas se harán con cargo al erario municipal, departamental o nacional, según la autoridad a la que se le solicite.

Este decreto rige a partir del 1º de julio de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D.E., a 30 de junio de 1987.

DECRETO 1201 DE 1987
(junio 30)

por el cual se reglamentan disposiciones del decreto-ley 0051 de 1987 (Estatuto Penal Aduanero)

El presidente de la república de Colombia,

en ejercicio de las facultades que le confiere el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Política,

DECRETA:

Art. 1º.—Para efectos de las normas transitorias de que trata el título IX del decreto-ley 51 de 1987, se entenderá por autoridad competente el juez a quien corresponde proferir sentencia de primera o única instancia.

Art. 2º.—Este decreto rige a partir del 1º de julio de 1987.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D.E., a 30 de junio de 1987.

DECRETO 1202 DE 1987
(junio 30)

por el cual se atribuye una competencia

El presidente de la república de Colombia,

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

DECRETA:

Art. 1º.—Los juzgados 15 de instrucción criminal de Cúcuta, 1 y 36 de instrucción crimi-

nal de Ibagué; 21 de instrucción criminal de Neiva; 19 de instrucción criminal de Popayán; 12 de instrucción criminal de Tunja y 4 de instrucción criminal de Valledupar, con-

tinuarán conociendo exclusivamente de los delitos de secuestro extorsivo y extorsión previstos en los artículos 268 y 355 del Código Penal, y conexos con ellos, cometidos dentro del territorio del respectivo distrito judicial, así como de las conductas previstas en los artículos 32, 33, 34 y 35 de la ley 30 de 1986 y en el artículo 202 del Código Penal.

Art. 2º.—Los jueces a que se refiere el artículo anterior tendrán la misma remuneración fijada para los especializados al tenor del decreto 735 de 1987.

Art. 3º.—La fiscalía de estos juzgados será ejercida por los mismos fiscales designados para ejercer la de los juzgados especializados que fueron creados por el decreto 1913 de 1985 y tendrán como remuneración la asignada en el decreto 735 de 1987.

Art. 4º.—Este decreto rige a partir de su publicación.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D.E., a 30 de junio de 1987.

DECRETO 1203 DE 1987

(junio 30)

por el cual se dictan disposiciones sobre competencia y procedimiento en materia de narcotráfico.

El presidente de la república de Colombia,

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

CONSIDERANDO:

Que el primero de julio entrará a regir el decreto-ley 50 de 1967 por medio del cual se expidió el Código de Procedimiento Penal;

Que el mencionado código constituye legislación permanente y regula integralmente la materia;

Que en ejercicio del artículo 121 de la Constitución Nacional el gobierno dictó el decreto 468 de 11 de marzo de 1987;

Que la Corte Suprema de Justicia al verificar el control automático de constitucionalidad lo encontró ajustado a los términos de la carta política, de conformidad con sentencia de 30 de abril de 1987;

Que las normas contenidas en el decreto citado deben permanecer en vigor, dado que aún subsisten las circunstancias que motivaron su expedición,

Art. 1º.—Mientras subsista el actual estado de sitio, el conocimiento de los delitos previstos en los artículos 32, 33, 34 y 35 de la ley 30 de 1986, y conexos, será de competencia de los jueces especializados a que se refieren los decretos 1806 de 1985 y 466 de 1987.

Art. 2º.—La competencia que se atribuye por el artículo anterior a los jueces especializados, se ejercerá sin perjuicio de la competencia que les asigna la ley 2ª de 1984.

Art. 3º.—Las infracciones a que se refiere el artículo 1º de este decreto, se tramitarán y fallarán por el procedimiento especial señalado en capítulo II de la ley 2ª de 1984.

Art. 4º.—Los procesados por los delitos indicados en el artículo 1º de este decreto no

tendrán derecho a la libertad provisional ni a la condena condicional.

Art. 5º.—Las disposiciones anteriores se aplicarán a los hechos que tengan lugar a partir de la vigencia de este decreto.

Art. 6º.—El ministerio público ante los jueces especializados será ejercido por los fiscales cuya designación fue autorizada por los

decretos 1913 de 1985 y 707 de 1987 y tendrán como remuneración la señalada en el decreto 735 de 1987.

Art. 7º.—Este decreto rige a partir del primero de julio de mil novecientos ochenta y siete y suspende las disposiciones que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D.E., a 30 de junio de 1987.

DECRETO 1204 DE 1987

(junio 30)

por el cual se dictan disposiciones sobre competencia y procedimiento en materia penal.

El presidente de la república de Colombia,

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

CONSIDERANDO:

Que el primero de julio entrará a regir el decreto-ley 50 de 1987 por medio del cual se expidió el Código de Procedimiento Penal;

Que el mencionado código constituye legislación permanente y regula integralmente la materia;

Que en ejercicio del artículo 121 de la Constitución Nacional el gobierno dictó el decreto 565 de 26 de marzo de 1987;

Que la Corte Suprema de Justicia al verificar el control automático de constitucionalidad lo encontró ajustado a los términos de la carta política, de conformidad con sentencia de 19 de mayo de 1987;

Que las normas contenidas en el decreto citado deben permanecer en vigor, dado que aún subsisten las circunstancias que motivaron su expedición,

DECRETA:

Art. 1º.—Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, los delitos de que trata el artículo 2º del

decreto legislativo 3664 de 1986, serán de competencia de los jueces especializados a que se refieren los decretos 1806 de 1985 y 466 de 1987.

Art. 2º.—La competencia que se atribuye por el artículo anterior a los jueces especializados, se ejercerá sin perjuicio de la competencia que les asigna la ley 2ª de 1984.

Art. 3º.—Los delitos señalados en el artículo 1º de este decreto se tramitarán y fallarán por el procedimiento especial previsto en el capítulo II de la ley 2ª de 1984.

Art. 4º.—Los procesados por los delitos indicados en el artículo 1º de este decreto no tendrán derecho a la libertad provisional ni a la condena condicional.

Art. 5º.—Las disposiciones anteriores se aplicarán a los hechos que tengan lugar a partir de la vigencia de este decreto.

Art. 6º.—El ministerio público ante los jueces especializados será ejercido por los fisca-

les cuya designación fue autorizada por los decretos 1913 de 1985 y 707 de 1987 y tendrán como remuneración la señalada en el decreto 735 de 1987.

Art. 7º.—Los procesos relacionados con los delitos indicados en el artículo 1º del presente decreto que estén siendo conocidos por la justicia penal militar, serán repartidos en el estado en que se encuentran entre los jueces penales del circuito, conforme a las disposiciones vi-

gentes en materia de reparto, en coordinación con la respectiva dirección seccional de instrucción criminal.

Art. 8º.—Este decreto rige a partir del primero de julio de mil novecientos ochenta y siete y suspende todas las disposiciones que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D.E., a 30 de junio de 1987.

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia

(Sala Plena)

ES INCONSTITUCIONAL EL JUZGAMIENTO DE CIVILES POR MILITARES. PRINCIPIO DEL JUEZ NATURAL

Una de las más preciosas conquistas de la civilización política es la de la justicia administrada por órganos independientes, imparciales y versados en la ciencia jurídica. La justicia penal militar, por su organización y por la forma como se integra y como funciona, no hace parte de la Rama Jurisdiccional, como lo exige la Constitución, para el juzgamiento de la población civil.

Comentario: Dr. HERNANDO LEÓN LONDOÑO B.

I. DECLARATORIA DE INEXEQUIBILIDAD DEL DECRETO-LEY 3671 DE 1986 *

Mag. Ponente: Dr. JESÚS VALLEJO MEJÍA
Marzo 5 de 1987

CONCEPTO DEL PROCURADOR

El señor procurador general de la nación hace un amplio recuento de la jurisprudencia de la Corte sobre el tema principal del decreto, así como de los conceptos que sobre lo mismo ha emitido el ministerio público, para llegar a las siguientes conclusiones:

- a) El decreto cumple con los requisitos formales pertinentes.
- b) La procuraduría no entra a analizar en detalle la conexidad entre las disposiciones fundamentales del decreto y las causas de perturbación del orden público invocadas por el gobierno al decretar el estado de sitio, por considerarlo innecesario, ya que en su opi-

nión la medida es inconstitucional desde el punto de vista jurídico, por infracción de los arts. 26, 51, 58 y 170 de la Carta. Reitera en este punto los últimos conceptos emitidos por ese despacho en oportunidades anteriores.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El texto del art. 42 del acto legislativo núm. 1 de 1968, que corresponde al art. 121 de la actual codificación constitucional, es resultado de serios debates que tuvieron lugar en el seno del Congreso en busca de una fórmula jurídica que diera claridad sobre las facultades del gobierno para el manejo de situaciones de emergencia que alteraran lo que ahí

* El expediente en que aparece contenida la decisión se halla radicado bajo el núm. 1562 (235-E). Sentencia núm. 20, acta N° 08. Suerte similar a los decretos 3671 y 3664/86 corrió el decreto 340/87 que otorgaba facultades de Policía Judicial a las Fuerzas Militares, el cual fue declarado inexecutable recientemente.

se denominó "Orden Público Militar - Político", en contraste con el "Orden Público Económico" para el cual se previó el art. 122 de la Constitución, y a la vez le otorgara poderes razonablemente amplios para afrontar los casos de guerra exterior o de conmoción interior.

El constituyente de ese año consideró que, a pesar de los abusos cometidos con el estado de sitio, convenía conservar sus lineamientos fundamentales en beneficio de valores superiores como la defensa del territorio patrio, la salvaguarda de las instituciones republicanas y el mantenimiento de la paz y del orden institucional, corrigiendo sin embargo las distorsiones que habían resultado de su aplicación en las décadas precedentes y trazando pautas para circunscribirlo al ámbito que le es propio.

Por eso, en la ponencia para segundo debate en el Senado respecto del acto legislativo núm. 46 de 1966, "Reformatorio de la Constitución Política", se hicieron las siguientes alusiones:

"Inmedita y obligada consecuencia de la tipificación del orden público económico fue la revisión sustancial del instituto del estado de sitio, configurado en el art. 121 en su acto reformatorio de 1960. En uso de los poderes militares o policivos que puede poner en acción el gobierno durante el estado de sitio, solo podrían afectarse transitoriamente garantías individuales o sociales «en los casos previstos en la Constitución» (art. 36). Queda cerrada así, terminante y herméticamente, la puerta a la funesta y corruptora teoría de los poderes implícitos o de las atribuciones naturales o de las facultades extensivas y extensibles del gobierno que, en los cuarenta años últimos, se ha ido erigiendo, sinuosa y torticeramente, en una especie de derecho natural del ejecutivo, anterior y superior a la Constitución. En adelante, el gobierno no podrá modificar ni derogar la Constitución ni las leyes. Podrá suspender temporalmente algunas garantías «en los casos previstos en la Constitución» y las leyes incompatibles con el estado de sitio" (*Historia de la reforma constitucional de 1968*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1969).

Estas opiniones se tuvieron en cuenta a lo largo del debate, si bien se intentó matizarlas para posteriormente buscar una fórmula que, "manteniéndose dentro de la misma línea de pensamiento de precisar los poderes jurídicos del gobierno en periodos de estado de sitio" (subraya la Sala), le otorgase "los que conforme a la experiencia se requieran en los eventos de intranquilidad pública", señalándolos taxativamente, "con el noble propósito institucional de que el gobierno no se convierta en legislador ordinario, fuente segura del prestigio del Congreso, y de su aniquilamiento como órgano democrático" (ib. pág. 486).

Por eso, en el inciso 1° del art. 121 se estipuló que por la declaratoria de estado de sitio quedaría investido el gobierno de tres clases de facultades, a saber: las legales; las que la Constitución autoriza para tiempos de guerra o de perturbación del orden público; y las que, conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes, rigen para la guerra entre naciones.

En la misma ponencia que se viene citando se explicó concretamente cuál era el alcance que se preveía para cada una de esas facultades, en los siguientes términos:

"1°.—Facultades Legales.

"Son aquellas facultades para el gobierno existentes en las leyes y que pueden contribuir a superar las circunstancias de emergencia, o las especiales que se dicten en el futuro como, por ejemplo, aumento de las penas de ciertos delitos, el establecimiento de ciertos controles, etc. Ellas pueden ser suspendidas por el gobierno mediante decretos legislativos, si en la materia tiene facultades constitucionales. También se comprenden en este haz de facultades las que la Constitución otorga al presidente de la república de manera ordinaria, como la reglamentación del derecho de reunión —art. 45—, y que en un momento dado pueden ser útiles para enfrentar una situación de orden público.

"2°.—Facultades que la Constitución autoriza para tiempos de guerra o de perturbación del orden público.

"Estas facultades están enumeradas en la Constitución misma y son: el art. 28, que autoriza retener a las personas contra quienes haya graves motivos para temer perturbación del orden público; el art. 33, sobre decretos o indemnizaciones para expropiaciones en tiempos de guerra; el art. 38, sobre circulación de impresos por los correos; el art. 42, de restricciones a la libertad de prensa; el 43, sobre imposición de contribuciones por autoridades distintas al Congreso, las Asambleas y los Concejos; el 61, sobre acumulación de la autoridad política o civil y la judicial o militar, y el art. 206, que faculta para percibir impuestos o contribuciones y hacer erogaciones que no figuren en el presupuesto.

"Estas facultades, y las anteriores, son las que, para los casos más frecuentes de orden público, empleará el gobierno. De su lectura se desprenden poderes concretos y limitados del ejecutivo y la imposibilidad de abordar otros campos de legislación.

"3°.—Las reglas aceptadas por el derecho de gentes para la guerra entre naciones.

"Aunque en este punto no se ha introducido ningún cambio a lo estipulado actualmente en la Carta Fundamental, conviene explicar que la referencia a las reglas aceptadas por el derecho de gentes para la guerra entre naciones es la remisión a un estatuto que conlleva poderes como limitaciones, de aplicación tanto en caso de conmoción inferior como de guerra exterior. El derecho de gentes está hoy en día conformado por las reglas y principios contenidos en los tratados y convenios internacionales que hayan venido regulando las operaciones de la guerra para humanizarla, y que contemplan disposiciones sobre el trato que debe darse a las personas y a las cosas que se hallen vinculadas a la guerra según su mayor participación o la gravedad del conflicto.

"Dichas reglas a las cuales se ha venido suscribiendo Colombia mediante la ratificación de los tratados internacionales, si bien implican poderes sobre las personas y las cosas, suponen también y, esencialmente, limitación en la conducción de las acciones bélicas,

pues se han establecido para ello y en guarda de la dignidad de la persona humana, y con el propósito de eliminar la barbarie en los conflictos armados.

"Pueden ser de aplicación tanto en los eventos de conmoción interior, si la gravedad de la situación da lugar a las circunstancias previstas en el derecho de gentes y cuando ella alcance perfiles bélicos, como los de guerra exterior, y, de todos modos, confirma la tradición colombiana de respeto al derecho internacional en las penosas circunstancias de los conflictos armados".

De esa manera, límites de las facultades de estado de sitio se tornaron precisas, como lo dice el mismo art. 121, y se abandonó expresamente la tesis del fallo de junio 12 de 1945 según el cual el deber que tiene el presidente de conservar y restaurar el orden público lo dota implícitamente de todas las facultades necesarias para cumplir su cometido. Esa idea de restringir los poderes gubernamentales durante el estado de sitio se tradujo, además, en la limitación temporal de las retenciones que autoriza el art. 28 y en el control automático de constitucionalidad de los decretos legislativos que se dicten dentro de su vigencia.

Como por estas facultades no es posible derogar las leyes sino tan solo suspender las que sean incompatibles con el estado de sitio, conforme se dispuso desde el acto legislativo núm. 3 de 1910, ha sostenido la Corte en forma reiterada que dichas facultades encuentran limitaciones en la necesidad de restablecer el orden, lo cual implica que las medidas del caso deben tener relación o nexos causales con los motivos de perturbación y estar encaminadas a eliminarlas" (vid. sent. mayo 14 de 1970).

El fallo que se cita prosigue diciendo:

"De ahí que la competencia de la Corte no esté circunscrita al examen de los decretos legislativos por el solo aspecto de la eventual infracción directa de ciertos preceptos de la Constitución, sino, también, porque de ella forma parte el art. 121, para decidir si las medidas que contemplan se dirigen a cumplir el fin propio de la institución del estado de

sitio y se encuentran dentro de los «precisos límites» a que alude el citado artículo” (id.).

Corroboró de ese modo la Corte lo que venía sosteniendo de tiempo atrás, especialmente en el fallo del 24 de julio de 1961, al que después se hará alusión en esta sentencia, en el que se habló de la importancia cardinal que tiene la limitación que se viene examinando, y se afirmó “que es necesario que la ruptura del orden público objetivamente se halle en relación inmediata y directa, por nexo de causalidad eficiente, con ciertas y determinadas leyes que, por lo mismo, son o han llegado a ser el origen del desorden o una valla verdadera para el regreso a la normalidad” (sent. julio 24 de 1961). Análogo pronunciamiento hizo la Corte en fallo de 23 de septiembre de 1958, cuando dijo que “el gobierno, en ejercicio de las facultades excepcionales de que trata el art. 121 de la Carta, solo puede dictar las medidas cuya finalidad sea el restablecimiento del orden público, es decir, aquellas en que aparezca ostensible relación entre la conmoción interior y la necesidad de regresar a la normalidad”.

En conclusión, como a la Corte se le ha confiado la guarda de la integridad de la Constitución (art. 214), al ejercer el control jurisdiccional sobre los decretos que dicte el gobierno en ejercicio de las atribuciones que le confiere el art. 121, esta corporación debe pronunciarse no solo acerca de su fundamento en la ley, la Constitución o el derecho de gentes, y de su congruencia con normas constitucionales que aun en estado de sitio deben ser observadas por aquel, sino sobre su conexidad con los motivos que ocasionan la declaratoria de la emergencia político-militar.

Analizando el decreto desde este punto de vista, la Corte no encuentra objeción alguna que formularle, pues fue dictado dentro del régimen del estado de sitio que instauró el decreto 1042 de 1984 y lleva las firmas del presidente y de todos los ministros del despacho.

CONTENIDO DEL DECRETO 3671 DE 1986

El acto que se examina puede desglosarse en los siguientes temas:

a) La adscripción a la justicia penal militar (comandantes de Brigada, Fuerza Naval, Base Aérea “Germán Olano”; Comando Unificado del Sur) de la competencia para conocer de los delitos a que se refieren los arts. 32, 33, 34, y 35 de la ley 30 de 1986, en cuanto a las cantidades de “semillas, plantas y droga” que prevé el art. 2° del decreto que se examina y a los delitos conexos con tales infracciones (arts. 1°, 2°, 4° y 6°).

b) La determinación del procedimiento correspondiente, que es el señalado en el art. 590 del Código Penal Militar, con la advertencia de que los fallos que se dicten serán consultables (art. 1°), la de que “la captura y la detención preventiva se regirá por las normas pertinentes del Código de Justicia Penal Militar” dentro de los términos que fija el art. 5° del mismo decreto y la de que los infractores no tendrán derecho a la libertad provisional ni a condena de ejecución condicional.

c) La autorización a los jueces de instrucción criminal para instruir los procesos contra particulares por los delitos a que se refiere el art. 1° del decreto, para lo cual “los directores seccionales de instrucción criminal comisionarán a los jueces de instrucción criminal previa solicitud de los comandantes de Brigada, Fuerza Naval, Base Aérea “Germán Olano” y Comando Unificado del Sur” (art. 4°).

d) La vigencia del decreto, el cual rige a partir de su publicación, suspende las normas que le sean contrarias (art. 8°) y es aplicable a los procesos iniciados a partir de su vigencia.

LA COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES MILITARES PARA CONOCER Y JUZGAR DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES

Aunque sobre esta materia ha habido jurisprudencia reiterada de la Corte a partir del

fallo de 12 de junio de 1945, con la sola excepción del de 24 de julio de 1961 al que atrás se aludió, la solución tradicional ha sido objeto de aguda controversia no solo en el seno de esta corporación sino (sic) la opinión pública en general, hasta el punto de que a raíz de la revisión del decreto 1042 de 1984, esta corporación se dividió por mitades entre los partidarios de la declaratoria de exequibilidad de dicho acto y los que propugnaban su inexecutable, empate que hubo de dirimirse con la intervención de un juez que votó por la primera de tales alternativas. Es bueno recordar que el procurador general de la Nación emitió en aquella oportunidad su concepto adverso a este tipo de medidas.

Conviene entonces examinar cuidadosamente los fundamentos constitucionales del acto que se revisa, en cuanto adscribió a la justicia penal militar la competencia para conocer de los delitos a que se refieren los arts. 32, 33, 34 y 35 de la ley 30 de 1986, de acuerdo con las cantidades de “semillas, plantas y droga” que menciona el art. 2° del mismo decreto, y de los delitos conexos con tales infracciones.

Ha considerado la Corte que precisamente el art. 61 de la Constitución, según el cual “ninguna persona o corporación podrá ejercer simultáneamente, en tiempo de paz, la autoridad política o civil y la judicial o la militar” autoriza al gobierno a ordenar, con motivo de guerra exterior o conmoción interior, la acumulación de las autoridades civil o militar y la judicial, asignándoles funciones jurisdiccionales a órganos pertenecientes al ejecutivo o al ramo castrense.

Esta solución no se desprende del tenor literal del texto referido, el cual formula una prohibición para “tiempo de paz”. Solo por un razonamiento *a contrario* y con las reservas que este impone, es posible admitir que el art. 61 permite en estado de sitio el ejercicio simultáneo de las autoridades política o civil y la judicial, por una parte, o de aquellas y la militar por otra, pero no el de las autoridades judicial y militar. Esto último no se

infiere necesariamente de lo anterior, ni tampoco la tesis antagónica.

La Constitución permite para épocas de normalidad que haya un alcalde militar o un alcalde juez, pero no prevé que un juez comande las Fuerzas Armadas o que un militar sea juez para sujetos civiles. En consecuencia, del art. 61 de la Constitución no se desprende una *facultad precisa*, como lo exige el art. 121 id. para disponer por medio de decreto legislativo el ejercicio simultáneo por parte de una persona o corporación, de las autoridades judicial y militar.

Debe agregarse que el art. 170 de la Constitución Nacional, según el cual “de los delitos cometidos por los militares en servicio y en relación con el mismo servicio conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código de Justicia Penal Militar”, es de aplicación restrictiva, por lo que consagra el llamado “fuero castrense”, dentro del estado de sitio, a la población civil sin violar el art. 26 de la Constitución Nacional.

Los tribunales militares son competentes para juzgar delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Pero, se repite, no hay texto alguno de la Constitución que otorgue una facultad precisa según el art. 121 de la misma, para asignarles el carácter de tribunal competente respecto de delitos cometidos por civiles. Y no se diga que la ley y, por ende, los decretos legislativos, pueden establecer libremente tribunales y juzgados que administren justicia, al tenor del art. 58 de la Constitución, de donde resultaría viable una medida como la que se revisa, porque el principio de la separación de las ramas del poder público, que consagra el art. 55 de la Constitución Nacional, exige que los jueces ejerzan funciones separadas, esto es, independientes respecto del Congreso y de la rama ejecutiva. Y los tribunales militares no pertenecen a la rama jurisdiccional sino a la organización jerárquica de las fuerzas armadas, por lo cual no

cabe predicar de ellos las notas de independencia y de especialización que, según los principios del Estado de derecho, deben caracterizar la administración de justicia.

Ha dicho la Corte, en fallo relativo a una disposición que extendía el ámbito de las cortes marciales al juzgamiento del personal civil y que es aplicable al caso que se estudia, lo siguiente:

“La justicia penal militar se administra de un modo acelerado, con parquedad de procedimientos y del ejercicio del derecho de defensa, sobre todo en el aspecto fundamental de las pruebas. Así lo requiere la naturaleza de la institución castrense y la importancia de mantener la autoridad y respetar la jerarquía de los cuerpos militares. *Por ello, solo se concibe respecto de estos y en relación exclusiva con tal actividad y los ilícitos cometidos en desarrollo de la misma.* Consagrarla, involucrando personas distintas de los militares en servicio activo y delitos diferentes a los que se relacionan con el mismo servicio, equivale a suplantar el orden constitucional, concediéndole el art. 170 de la Carta un valor genérico y no específico que es el que debe corresponder” (C. S. J., fallo de oct. 4 de 1971; subraya la Sala).

Esta corporación comparte, desde luego, la inquietud general que existe por la situación tan compleja que afecta a la sociedad colombiana, sometida hoy a la acción disolvente de la delincuencia organizada y de los grupos subversivos. Pero a la guerra que desde dichos frentes se ha desatado en contra de las instituciones no es posible responder haciéndoles perder a estas su fisonomía propia, plasmada expresamente por la Constitución Política que les confiere legitimidad a sus actos. El estado de derecho reposa sobre unos equilibrios muy delicados y sutiles que obran en el seno del poder público y en las relaciones de este con los súbditos. La limitación y especialización funcional de las ramas del poder, así como la garantía de los derechos de las personas, dentro de los límites que traza el bien común, no pueden perderse

de vista al examinar las soluciones que deben tomarse para combatir a los perturbadores del orden público.

A las fuerzas armadas les corresponde una misión noble y difícil, cual es la que les señala la Constitución de “defender la independencia nacional y las instituciones patrias”. La disciplina militar les impone a sus efectivos toda clase de sacrificios, aun el de la vida, en cumplimiento de su deber. Pero no es justo ni conveniente para las propias fuerzas armadas y desde luego para el país en general, hacer recaer sobre ellas responsabilidades que deben ser asumidas por otros órganos del Estado y aun por la propia comunidad.

Se ha dicho que la Corte, en guarda de la integridad de la Constitución, asume el papel de “juez estadista”. Ello es cierto, dado que no debe limitarse a un examen formal y de cierto modo mecánico de los textos constitucionales y de su aplicación a los casos sometidos a su revisión, sino que le toca penetrar en el sentido profundo de las instituciones políticas y del ordenamiento jurídico que nos rige para, desde dicha perspectiva, analizar las repercusiones que producen en el equilibrio constitucional los actos que ella controla.

Desde este punto de vista, no puede dejar de ser preocupante que se diga con demasiada reiteración que los jueces no están en capacidad de cumplir con su deber respecto a determinados fenómenos delictivos que ya son endémicos en nuestra sociedad y que, en consecuencia, son las fuerzas armadas (sic) deben entrar a suplir sus deficiencias. Con la misma lógica habría que decir que la labor legislativa y hasta la del gobierno tendrían que ser asumidas por aquellas, desquiciando así todo el orden constitucional.

El juzgamiento de civiles por tribunales militares no obedece, como se ha dicho con deplorable ligereza, a un simple traslado de competencias entre unos órganos judiciales previstos por la propia Constitución. Ya se dijo atrás que el art. 170 de esta contempla los tribunales militares exclusivamente para conocer de las faltas cometidas por militares

en servicio y dentro del mismo, en razón de un fuero especialísimo que se explica por la naturaleza de la institución armada. Asignarles el conocimiento de delitos cometidos por sujetos civiles implica algo más de fondo: una alteración sustancial del equilibrio de los poderes públicos y un cambio radical en la concepción acerca de la administración de justicia.

Se ha aludido a los aspectos perturbadores que desde el punto de vista institucional resultan del hecho de extender la acción de las fuerzas armadas a campos diversos de los que no solo la Constitución sino la propia naturaleza de las cosas les ha trazado. Conviene referirse ahora a lo que ello envuelve en torno a la concepción de la justicia.

Una de las más preciosas conquistas de la civilización política es la de la justicia administrada por órganos independientes, imparciales y versados en la ciencia jurídica. No hay que explayarse en demasiadas consideraciones para demostrar las bondades de este principio. Ahora bien, la justicia penal militar, por su organización y por la forma como se integra y como funciona, no hace parte de la rama jurisdiccional, como lo exige la Constitución para el juzgamiento de la población civil. Quizá responda a la angustia y a la indignación que experimenta la opinión pública cuando se ve amenazada e inerme ante fuerzas oscuras y excepcionalmente dañinas. Pero el sentido propio de la función jurisdiccional no es encontrar responsables a todo trance, sino castigar el culpable y absolver al inocente, lo cual exige una reflexión ponderada que no suele darse cuando hay que actuar con celeridad frente a las perturbaciones del orden público.

Las urgencias del momento, por apremiantes que lleguen a ser, no son móvil plausible para disponer y tolerar un desbordamiento de las órbitas que la Constitución le asigna a cada una de las ramas del poder público. La anormalidad en los hechos no puede combatirse creando anormalidad en las estructu-

ras jurídicas de la República, pues en todo tiempo deben prevalecer los mandatos constitucionales sobre las normas de inferior categoría.

Solo así se mantiene la incolumidad de nuestra Carta Política, como su art. 214 le impone garantizar a la Corte Suprema de Justicia.

Es tradicional la diferencia que la doctrina jurídica ha establecido entre la función jurisdiccional y el poder de policía. A este le corresponde conservar y restaurar el orden público aparente, lo cual realiza con la aplicación de medidas eminentemente transitorias y revisables, que no van dirigidas a solucionar las causas de fondo de los conflictos sociales sino a resolver sus aspectos epidérmicos. El sentido propio de la institución del estado de sitio se encuentra en el concepto de una alta policía, ampliada en razón de la gravedad de las circunstancias a campos en los que dicho poder normalmente no se aplica. No se puede perder este horizonte, dentro del cual es posible hacer uso de muchos recursos para controlar los comportamientos de los súbditos en orden a prevenir y reprimir por la fuerza las perturbaciones, confundiendo lo que es propio del poder de policía con lo que pertenece al ámbito de la función jurisdiccional, a la cual le toca pronunciarse con fuerza de verdad legal acerca de la responsabilidad jurídica de quienes intervengan en los procesos como inculpatos o demandados.

Así, mientras la policía no tiene por qué entrar en demasiadas consideraciones sobre el fondo legal de una situación dada, ya que lo que busca es su conformidad con un orden aparente, la jurisdicción debe buscar ante todo la verdad legal de la situación y pronunciarse definitivamente sobre ella, con fuerza de cosa juzgada.

Ello hace que los procedimientos policivos sean expeditos y autoritarios, mientras (sic) los jurisdiccionales deben permitir una consideración serena y cuidadosa acerca de los hechos sometidos a la decisión de los jueces.

Acerca del carácter policivo que, en general, tienen las atribuciones del gobierno durante el estado de sitio, ha dicho la Corte lo siguiente:

“Cuando la perturbación sobrepasa los límites corrientes, al extremo de que produce una conmoción tal como el grave tumulto que pone en peligro la subsistencia de la autoridad legítima o un alzamiento generalizado contra el Estado, los medios «habituales» resultan insuficientes y debe apelarse a los excepcionales y extraordinarios pero siempre dentro de los límites de la Constitución y de las leyes, de los tratados internacionales o del derecho de gentes y de los principios universales que caracterizan y tutelan la supremacía del derecho; o sea, de la regla, por oposición al arbitrio personal de un individuo, de un grupo o de una corporación. *Y como siempre que se trate de policía, los medios que se empleen deben guardar íntima y precisa relación con la necesidad de proteger la libertad. Además, serán proporcionados con la causa que motive su empleo*” (sent. del 5 de diciembre de 1979; la subrayas son de la Sala).

Los poderes del estado de sitio le permiten al gobierno tomar disposiciones policivas muy variadas y eficaces para combatir el narcotráfico y sus secuelas perjudiciales dentro de la sociedad, de modo que atenúen la alarma social producida por los graves crímenes presumiblemente realizados por la delincuencia organizada, sin necesidad de suplantar a las autoridades jurisdiccionales, y, lo que es más grave, de distorsionar el sentido propio de la administración de justicia, lo que no deja de tener delicadas repercusiones en el orden institucional.

Es oportuno recordar aquí uno de los pasajes centrales del fallo del 24 de julio de 1961, en el cual se hicieron importantes precisiones sobre el tema en estudio:

“Aparentemente la función falladora acumulada a la actividad instructiva confiere agilidad y presteza a la forma eliminatória de los estados de violencia perturbadores del orden público. Pueden verse en la medida altas razones encaminadas al logro de la normalidad por el empleo de instrumentos adecuados a la pronta y eficaz lucha contra la delincuencia como garantía del sosiego público. Pero

el examen institucional de la cuestión descubre el espejismo y no permite recibir el sistema profundamente perturbador que suplanta la actividad de los jueces y les arrebató la competencia que de derecho y en los hechos, están capacitados para ejercer; que en todo tiempo, y mayormente en casos de emergencia, puede y debe recibir todo estímulo natural e indispensable para su oportuno, eficaz y ágil desempeño, con solo proveer por los cauces constitucionales todos los elementos morales y materiales en respaldo de función tan elevada, y todo el personal extraordinario que las circunstancias demandan; que con la justicia haya justicia, para contrarrestar debidamente el peligro de la violencia endémica, y atender y hacer frente al aumento de los procesos punitivos en curso, cuyos trámites además, pueden hacerse tan rápidos como lo permite la salvaguardia del derecho de defensa ante jueces competentes” (subraya la Sala).

Así las cosas, no solo por la interpretación gramatical del art. 61 de la Constitución sino también por su sentido institucional, al relacionarlo con los arts. 26, 55, 58 y 170 de la Carta, esta corporación habrá de declarar la inexecutable de los arts. 1º, 2º, 4º y 6º del decreto que se revisa por cuanto infringen los preceptos constitucionales mencionados, declaración que tendrá que extenderse a las restantes disposiciones del mismo decreto, por cuanto se explican necesariamente en función de dichos textos.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, previo estudio de su Sala Constitucional y oído el concepto del procurador general de la Nación,

RESUELVE:

Declarar inconstitucional el decreto legislativo 3671 del 19 de diciembre de 1986.

Cópiese, publíquese, comuníquese al Gobierno Nacional, insértase en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

SALVAMENTO DE VOTO

DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES JAIME GIRALDO ÁNGEL, ALBERTO OSPINA BOTERO Y HÉCTOR MARÍN NARANJO

Nuestro disenso con relación a la decisión adoptada por el voto mayoritario de la Sala se refiere a dos aspectos complementarios: el primero hace relación a que no compartimos la afirmación que se desprende de la sentencia, de que la justicia penal militar no puede, en ningún tiempo, conocer de delitos cometidos por civiles. El segundo, a que consideramos es exequible el decreto 3671 de 1986, por medio del cual se asignó a dicha justicia el conocimiento de algunos delitos de narcotráfico, dadas las circunstancias que motivaron la declaratoria del estado de sitio que le dio soporte jurídico a la expedición del mencionado decreto. Analizaremos estos dos puntos en forma separada.

1. Competencia de la justicia penal militar para conocer, en casos de guerra exterior o de conmoción interior, de los delitos cometidos por civiles.

En tiempo de paz no hay duda alguna que la justicia penal militar solo puede conocer “de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio”, como literalmente reza el art. 170 de la Carta. Pero de aquí no se colige que este mismo régimen sea el previsto por nuestra Constitución Nacional para épocas de anomalía en que se pueda ver envuelto el país.

Por el contrario, el art. 61 de la misma dice que “ninguna persona o corporación podrá ejercer simultáneamente en tiempo de paz, la autoridad política o civil y la judicial o militar”, por lo que, a contrario sensu, en tiempo que no sea de paz podrá existir el ejercicio simultáneo de funciones públicas diversas por los distintos órganos del Estado.

Dentro de una limitada interpretación exegética de la norma se ha afirmado que de su texto literal solo se colige la posibilidad de

que en tiempo de guerra la autoridad civil, y no las demás, puede ejercer también la judicial y la militar. Si ello fuera así, la norma sobraría, por lo menos en lo que al ejercicio de la autoridad militar se refiere, pues enfáticamente dice el numeral 8º del art. 120 de la Carta que corresponde al presidente de la República “dirigir, cuando lo estime conveniente, las operaciones de la guerra como jefe de los ejércitos de la República”. Aun en tiempo de paz el presidente es el jefe supremo de las fuerzas militares.

El derecho es un instrumento cultural de los pueblos encaminado a resolver los conflictos que se le presentan en cada momento histórico, y es en función de su eficacia para alcanzar este objetivo como debe ser interpretado. Cuando hay perturbación del orden público del país por factores externos o internos, el Estado debe tener la capacidad de utilizar a plenitud sus recursos, para garantizar el restablecimiento del orden y del sosiego social. Es en estos momentos cuando las fuerzas militares, adiestradas y equipadas para enfrentar las más adversas condiciones, pueden asumir el cumplimiento de muchas funciones del Estado, como las de llevar salud, protección y bienestar social a los sitios convulsionados, en donde no se puede llegar a prestar normalmente los servicios a la comunidad. Y estas posibilidades están contempladas en el art. 61 de la Carta, así ellas no se desprendan de su escueta interpretación literal.

La interpretación que se propugna en este salvamento se hace aún más imperativa a partir de la reforma constitucional de 1945, en la que se morigeró sustancialmente el principio de separación de las ramas del poder público, estableciendo para ellas el deber de colaborar armónicamente a fin de lograr el cumplimiento de los fines del Estado (art. 55 de la Carta).

Igualmente, y en casos específicamente relacionados con los motivos de turbación del orden público, las autoridades militares pueden cumplir funciones judiciales con relación a los civiles involucrados en ellos. Nuestro

país ha suscrito distintos tratados en los que esta eventualidad está expresamente pactada, sin que hasta ahora se hayan tildado de inconstitucionales. En el Convenio de Ginebra sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra, aprobado por la ley 5ª de 1960, se prevé, en los casos de conflicto entre varios Estados, el juzgamiento de civiles por autoridades militares para permitirle a la potencia ocupante garantizar la administración regular del territorio ocupado, así como la seguridad de los miembros y bienes de las fuerzas de ocupación. La Convención Americana de Derechos Humanos (Tratado de San José de Costa Rica), aprobado por la ley 16 de 1972, prevé en su art. 27 la suspensión de la garantía del “juez natural” en “caso de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado” (la subraya es nuestra). No hay pues duda de que en nuestra Constitución hay previsiones suficientes para que en circunstancias excepcionales la justicia penal militar pueda conocer de delitos cometidos por civiles, cuando estos estén relacionados con dichas circunstancias.

2. Competencia de la justicia penal militar para conocer de delitos de narcotráfico, de acuerdo con el decreto 3671 de 1986, expedido por el gobierno nacional en uso de las facultades del art. 121 de la Constitución Nacional.

En nuestro ordenamiento jurídico quien tiene facultad para determinar cuándo el país se encuentra “en caso de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado” es el gobierno nacional. Uno de los mecanismos creados por la Constitución Nacional para el efecto es la declaratoria del estado de sitio, prevista en el art. 121 de nuestro estatuto fundamental. Dice así la mencionada norma:

Art. 121.—En caso de guerra exterior o de conmoción interior, podrá el presidente, con la firma de todos los ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella...”

Este acto no es en manera alguna una decisión discrecional del presidente de la República, pues se exige para su expedición el concepto previo y favorable del Consejo de Estado. Por otra parte está sometido a control político cuando la misma Carta dispone que “...serán responsables el presidente y los ministros cuando declaren turbado el orden público sin haber ocurrido el caso de guerra exterior o de conmoción interior...”

Con base en esta facultad el presidente de la República, mediante el decreto 1038 de mayo 1º de 1984, con ocasión del asesinato del ministro Rodrigo Lara Bonilla, declaró turbado el orden público en todo el territorio nacional. En uno de los considerandos del mencionado decreto se dice expresamente:

“Que por la acción persistente de grupos antisociales relacionados con el narcotráfico, viene perturbándose gravemente el normal funcionamiento de las instituciones en desafío criminal a la sociedad colombiana, con sus secuelas en la seguridad ciudadana, la tranquilidad y la salubridad públicas y en la economía nacional”.

Por consiguiente, el país, a través de sus mecanismos institucionales estaba dentro del régimen del estado de excepción que autorizaba la expedición de medidas extraordinarias encaminadas a remover las causas que implicaban la perturbación del orden público.

3. Las atribuciones del presidente de la República con fundamento en el art. 121 de la Constitución Nacional.

Es claro que con ocasión de la declaratoria del estado de sitio el presidente solo tiene “las facultades legales, las que la Constitución autoriza para tiempos de guerra o de perturbación del orden público y las que conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes, rigen para la guerra entre naciones”, tal como reza la parte final del inciso primero del mencionado art. 121. Pero ya se ha visto cómo nuestra Constitución Nacional en su art. 61, y el derecho de gentes en los distintos tratados en que se han incorporado sus principios, prevén la posibilidad de que la justicia penal mili-

tar juzgue a civiles en las específicas condiciones que hayan motivado la declaratoria de turbación del orden público.

Por otra parte, a más del soporte jurídico que debe tener la medida que se tome para el restablecimiento del orden, ella debe estar en relación de conexidad con los factores que motivaron la perturbación. Como lo dice el fallo del que respetuosamente nos separamos, haciendo alusión a una jurisprudencia de la Corte de mayo 14 de 1970, las facultades del presidente de la República durante el estado de sitio “encuentran limitaciones en la necesidad de restablecer el orden, lo cual implica que las medidas del caso deben tener relación o nexo causal con los motivos de perturbación y estar encaminadas a eliminarlas”.

Corresponde pues a la Corte velar no solo porque la medida no desborde los límites constitucionales, sino también porque ella esté en relación de conexidad causal con los fenómenos que motivaron la declaratoria de turbación del orden público.

Dentro de este contexto, no hay duda (sic) que el decreto se ajusta a las exigencias de nuestros cánones constitucionales: Fue expedido con fundamento en las facultades que concede la Carta al presidente de la República cuando se ha producido la declaratoria del estado de sitio, y está en relación de conexidad causal con los motivos que originaron dicha declaratoria.

Sin embargo, situado el problema en este terreno, se presenta la posibilidad de mezclar juicios de conveniencia con los de viabilidad jurídica de la medida adoptada. Quienes salvamos el voto compartimos íntegramente las preocupaciones de la opinión mayoritaria de la Sala en cuanto a los inconvenientes de adoptar estereotipadamente como mecanismo de solución de todos los conflictos que se suscitan en el país el transferirle la responsabilidad de ellos a las fuerzas militares, con un desprecio institucional que está resquebrajando seriamente la estructura jurídica del país, y estamos de acuerdo en la necesidad de mantener muy en alto los valores de la civilidad

y la democracia. Hubiéramos preferido que el gobierno, haciendo uso de las facultades extraordinarias que tuvo durante dos años para reformar el Código de Procedimiento Penal, hubiese creado un grupo especializado de jueces que con todas las garantías de seguridad y todos los estímulos necesarios, pudiera afrontar, dentro de los canales institucionales de la justicia ordinaria, las graves situaciones que afectan la tranquilidad nacional, como reiteradamente se le sugirió. No lo quiso hacer así y recurrió al camino fácil de transferir a la justicia militar la competencia para conocer de algunos delitos que motivaron la declaratoria del estado de sitio. Pero el hecho de que esta decisión no haya sido la más conveniente para la vida del país, no la hace por eso inconstitucional.

SALVAMENTO DE VOTO

DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES HERNANDO GÓMEZ OTÁLORA, LISANDRO MARTÍNEZ ZUÑIGA, HÉCTOR GÓMEZ URIBE, Y RAFAEL ROMERO SIERRA

Los suscritos magistrados disintimos de la decisión adoptada por la mayoría de la Corte, por las siguientes razones:

La institución del estado de sitio es de carácter extraordinario, puesto que se concibió precisamente para enfrentar situaciones de orden público respecto de las cuales son insuficientes las facultades extraordinarias del gobierno.

No es de extrañar, por tanto, que —sin perder su necesario encuadramiento dentro del sistema constitucional— el art. 121 de la Carta permita el ejercicio de ciertas atribuciones de excepción que no pueden ser usadas por el ejecutivo en épocas de tranquilidad y sosiego o normalidad constitucional.

La Constitución señala que durante el tiempo de excepción, siempre y cuando se haya declarado el estado de sitio con las formalidades previstas en ella, el presidente de la República tendrá, “además de las facultades legales, las que la Constitución autoriza para tiem-

pos de guerra o de perturbación del orden público (como son las que se deducen de los arts. 28, 33, 42, 43 y 61), y las que conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes, rigen para la guerra entre naciones" (se subraya).

Entre las facultades autorizadas por la Carta para tiempos de perturbación del orden público, es decir, para épocas de no (sic) paz, está la de confiar temporalmente a ciertas autoridades el ejercicio simultáneo de funciones de naturaleza distinta, por ejemplo las judiciales y las militares, siempre que la medida correspondiente guarde conexidad con los motivos que ocasionaron la perturbación.

Se deduce lo anterior no solamente de la razón ya expresada en torno al carácter extraordinario del estado de sitio, pues la naturaleza misma de la perturbación puede aconsejar la aludida concentración temporal de funciones públicas, sino del art. 61 de la Carta, a cuyo tenor, "ninguna persona o corporación podrá ejercer simultáneamente, en tiempo de paz, la autoridad política o civil y la judicial o la militar".

Entendemos como evidente que lo opuesto al tiempo de paz es la guerra o la conmoción interna y que las crisis del orden público que ellas representan constituyen supuesto necesario cuando el país ha sido declarado en estado de sitio.

Aunque se pretenda descalificar el argumento a contrario por supuestas fallas de lógica jurídica, quienes suscribimos el presente salvamento de voto lo consideramos válido para interpretar el sentido de la norma transcrita, pues se trata de una expresa condición señalada por el constituyente (la de hallarse el país en tiempo de paz) para que se configure y tenga efecto la prohibición allí establecida. No es, por tanto, aplicable el tiempo de turbación del orden público.

De interpretar la prohibición como absoluta, se dejaría sin sentido parte de esa norma constitucional, cuya referencia al art. 121 aparece clara en cuanto este permite al jefe del Estado, durante el tiempo de excepción,

ejercer atribuciones que de otra manera no tendría.

La ponencia a cuyo favor se pronunció la mayoría admite que se transfiera a la jurisdicción penal militar el juzgamiento de civiles por delitos de narcotráfico, cuando una situación excepcional lo requiera. Compartimos este criterio pero discrepamos del concepto expresado por el señor ponente en el sentido de que esa situación excepcional no existe hoy, pues en nuestra opinión la actual coyuntura es de especial gravedad para la justicia y para la Nación, de lo cual da muestras precisamente el conjunto de hechos que motivaron la actual vigencia del estado de sitio y las medidas adoptadas al amparo de este.

A nadie escapa ni puede escapar la grave crisis del orden público que afecta al país, cuyas características son tales que nos hallamos sin duda ante un hecho notorio que, por su naturaleza, no necesita prueba.

1. *El derecho de gentes.*—El art. 121 de la Carta es uno de los pocos que hace referencia expresa a las "reglas aceptadas por el derecho de gentes que rigen para la guerra entre las naciones".

La ponencia hacía alusión a tales reglas, para sostener que el juzgamiento de civiles por tribunales militares era violatorio de ellas.

Sin embargo, del estudio detenido de las normas del derecho internacional se llegó a la conclusión contraria, lo cual concluyó en que se omitiese tal motivación.

2. Los magistrados disidentes recalamos en las opiniones expresadas sobre este trascendente tópico en la discusión en Sala Plena.

3. Tres convenios internacionales se citaban en la ponencia inicial como fundamento de la tesis citada.

a.—La IV Convención de Ginebra de 12 de agosto de 1949, aprobada, aun cuando no textualmente reproducida, por la ley 5ª de 26 de agosto de 1960. Por cierto que tal Convención fue adicionada por el Protocolo II de 10 de junio de 1977, cuyo texto, aun cuando no ha sido aprobado por Colombia, es elemento de interpretación.

b.—Los pactos internacionales de derechos económicos, sociales, culturales y de derechos civiles y políticos, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 y aprobados por la ley 74 de 1968.

c.—La Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de 22 de diciembre de 1969, aprobada por la ley 16 de 1972.

4. Para los suscritos magistrados, la primera de estas concreciones nada tiene que ver con el tema en estudio, ya que se refiere a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, bien sea internacional (art. 2º) o nacional y busca proteger a las personas que no participan en tales hostilidades. Además las alusiones que se hacen a los tribunales militares, están incluidas en la Sección II (Territorios ocupados) del título III (Estatuto y trato de las personas protegidas) y se refiere a los casos de ocupación de un país por otro, lo cual es imposible predicar en el caso de la represión del narcotráfico.

Por lo demás, lo que el art. 3 ordinal a) prohíbe son las condenas dictadas *sin previo juicio* (se subraya) y tal posibilidad se descarta en el decreto revisado, donde se señala el trámite del juicio respectivo (art. 590 del C. de J. P. M.).

5. *Suspensión de garantías.*—Dentro de tales parámetros, los convenios internacionales principalmente aplicables, el de Nueva York de 1966 y el de San José de Costa Rica de 1969, son las bases para concretar las reglas del derecho de gentes.

La última Convención, por ser esencial para el área convulsionada de nuestra América y ser posterior, tiene mayor pertinencia interpretativa. Ambas normas aceptan que en circunstancias excepcionales que allí se concretan, podrá un Estado signatario suspender por tiempo limitado las obligaciones contraídas en el pacto o convención, siempre que "no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el Derecho Internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en mo-

tivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social". (Arts. 4 del Pacto de Nueva York y 27 del Convenio de San José de Costa Rica).

Las circunstancias excepcionales son, según esta última disposición, los casos de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o *seguridad* del Estado Parte (se subraya).

Tales presupuestos translucen en esencia los términos "guerra exterior" o "conmoción interior", usados por el art. 121 de la Constitución Nacional.

Ambas normas internacionales determinan en forma específica y concreta, cuáles derechos individuales no pueden ser suspendidos, lo cual a contrario *sensu*, hace deducir cuáles pueden suspenderse.

Pues bien, según la Convención Americana de Costa Rica, pueden suspenderse en tales casos excepcionales el derecho a la libertad personal art. 7); las garantías judiciales (en cuanto no sean indispensables para la protección de los derechos que no pueden suspenderse); el derecho a la indemnización (art. 10); la protección a la honra y dignidad (art. 11); la libertad de pensamiento y expresión (art. 13).

Entre los derechos que no pueden suspenderse, amén de los derechos a la vida e integridad personales, está el principio de la legalidad y retroactividad (art. 9), de evidente relación con el tema a estudio.

Del análisis de lo *dispuesto*, se concluye que aun "la preciosa conquista de ser juzgado por órganos independientes e imparciales" consagrada por el art. 10 de tal Convención, sí puede ser transitoriamente suspendida según ella; máxime cuando la justicia penal militar está establecida con anterioridad a la declaración del estado de emergencia y el procesado es oído.

6. *Principios de reserva y favorabilidad.*—En lo tocante con los principios universales sobre el juzgamiento de los habitantes de un territorio, la Convención de San José establece dos que son intocables e invulnerables

aun en estado de excepción. Coincide este planteamiento con lo determinado en el Pacto de Nueva York.

Estos principios básicos que deben respetarse en todo momento son:

a.—El de *reserva o estricta legalidad* según el cual nadie podrá ser penado sino conforme a previa norma que haya definido el hecho y determinado la pena correspondiente.

b.—El de la aplicación retroactiva de la norma penal.

7. *Constitución y derecho de gentes*.—Coinciden los pactos internacionales citados con la Constitución colombiana (art. 28) en la terminante prohibición de que aun en el tiempo de excepción hay un principio que debe respetarse: el de reserva o estricta legalidad. De sobra sabido es que tal artículo expresa que 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.

Con tales bases debe concluirse que el decreto acusado no viola ni el principio de reserva o estricta legalidad (intangible según la Constitución y los tratados citados) ni el de favorabilidad respetado en los tratados.

Por los motivos expuestos, los firmantes consideramos que la Corte ha debido declarar constitucional el decreto 3671 de 1986 "Por el cual se dictan disposiciones sobre competencia y procedimiento".

fecha, *ut supra*

SALVAMENTO DE VOTO

DEL MAGISTRADO DOCTOR GUSTAVO
GÓMEZ VELÁSQUEZ

Durante años combatimos, casi solitariamente, en favor de una tesis como la que ahora por fin se ha impuesto. Las razones para ello, si se quiere buscar una completa relación de las mismas, están consignadas en el salvamento de voto que firmamos con los doctores Álvaro Luna Gómez y Jesús Bernal Pinzón

y relacionada con la sentencia de constitucionalidad del decreto 070 de 20 de enero de 1978 (véase *Foro Colombiano*, núm. 106, abril de 1978, págs. 382 a 398). Hoy, con cierto inocultable pesar, debemos disentir del criterio de la mayoría, no porque abstractamente la tesis no corresponda a la más depurada teoría del derecho constitucional, pues sigue siendo válida y conveniente en este plano, sino porque resulta ajena a la palpante realidad actual que la debe inspirar y regular.

Cuando en ese entonces propugnamos el regreso a los cuarteles de los militares, abandonando estos una función que les es eminentemente extraña, cual es la de administrar justicia, no dejamos de advertir que las vicisitudes de la vida nacional podían, por la ceguera de todos, llevarnos a esa encrucijada de hacerla necesaria. Lo peor, cuando se aclimata, también puede tomarse en algo imprescindible.

Lamentablemente hemos ido a parar a esa excepcional coyuntura, no querida pero sí prevista, y de ahí que la declaratoria de inexistencia del decreto 3671 de 1986 no la encontremos procedente. Tardíamente se ha acogido una tesis presentada para circunstancias diferentes y condicionada a factores que durante largo tiempo no se quisieron disponer ni propiciar. *Mutatis mutandi* ha sucedido lo que al médico estupefacto que descubre la existencia de los antibióticos pero cuando el enfermo no los resiste o en el lugar apenas se cuenta con los ungüentos o las sulfas; o de quien advierte la posesión de hermosa prenda de vestir que, por haber pasado los tiempos de su uso, lejos de distinguir puede resultar en algo estrafalario. Lástima grande que cuando decíamos la verdad sobre la justicia penal militar no se nos oyera, ni siquiera por algunos que ahora firman la decisión y pudieron acompañarnos en esa lucha; pero tampoco ahora se nos oiga cuando aconsejamos otro tratamiento, acorde con el afflictivo estado de la juridicidad, situación esta no creada por sus fieles servidores sino por quienes estaban obligados a arbitrar las soluciones oportunas. A los patrocinadores de esta tesis los juzga-

mos idealistas a ultranza, ansiosos de procurar lo mejor para el país y para la guarda de la Constitución Nacional, ajenos a pensamientos extraños a sus funciones y formación de ilustres juristas. De todo esto no nos cabe la menor duda. Pero se ha olvidado que la teoría tiene un momento feliz de aplicación, unas especiales circunstancias y formas de ser propias, todo lo cual, de contrariarse, lejos de producir beneficios no genera sino mayores males. Si algo nutre la entraña del citado art. 121, que alguien denunciando con gracia sus peligros decía "que empieza con uno pero también acaba con uno", es la necesidad de valorarlo conforme a los problemas que trata de conjurar; cualquier desacomodación con estos puede resultar funesta, porque se puede incurrir en exagerada utopía o en grosera adoración de los requerimientos vitales de la hora, alternativas ambas de nocivas repercusiones para las instituciones y la sociedad.

Disentimos de la decisión mayoritaria fundamentalmente porque en esta etapa crucial de la administración de justicia no se está en condiciones de afrontar airoosamente este compromiso cuando se ha agudizado a su máximo la potencia del crimen organizado, y la respuesta que puede ofrecer la rama jurisdiccional ante el narcotráfico, el secuestro, la extorsión, el terrorismo, la rebelión y la sedición, es demasiado precaria y azarosa, así se tenga la mejor de las voluntades y el más templado carácter. Imposible en medio de un naufragio tratar de enseñarle al naufrago, en que aprenda a nadar (*sic*) así sea en dos lecciones del manual de natación. Somos demasiado ilusos, ¡pero no tanto!

Desde el mencionado salvamento de voto indicamos, así fuera en apretada y superficial enumeración, las reformas, programas y ayudas que se imponían para que la justicia administrada por la rama jurisdiccional pudiera afrontar tan delicada empresa, y eso que para tal época estábamos lejos de alcanzar la cresta de la ola de la criminalidad, la corrupción, la crisis y la desesperación como malhadadamente ha llegado a ocurrir, por obra de todos.

Conviene anotar que de lo recomendado en esa salvedad de voto poco se ha realizado, y de ahí que constituya aventura demasiado riesgosa asumir la responsabilidad que ahora decreta la mayoría de la Corte, sin contar con los medios necesarios para intentar una respuesta eficiente y debiéndose acudir, en el mejor de los eventos, a una calamitosa improvisación. Grave carga se ha echado sobre los hombros de esta justicia. Debe recibir un peso muerto de frustraciones, ganado por otros, y comparecer ante la historia como la que nada hizo, nada pudo y todo lo perdió. Ojalá el gobierno acuda prestamente, aunque con imperdonable retraso, a sufragar algunos de estos indispensables requerimientos, para que por lo menos la decisión no aparezca demasiado desastrosa y se evite el inmerecido hundimiento de la administración de justicia. Debemos reiterar que resulta inadmisibles que el estamento judicial, que ha aportado la máxima cuota de sacrificio en esta hecatombe, hoy tenga que cargar también con implacables censuras que destacarán su ineficacia y fracaso en este empeño, sin que se le haya atendido en el suministro de los más elementales medios de acción.

La angustiosa situación que hoy afrontamos, en este comentado plano, ha sido obra de todos, al punto de que la justicia no puede recibir, en este momento, este ponderoso encargo.

a) La Corte con su tradicional y casi inexpugnable tesis de permitir el juzgamiento de civiles por la justicia penal militar, permitió años atrás que el gobierno se desentendiera de las soluciones de fondo, las verdaderamente válidas y acertadas, o sea, las que buscaban capacitar y potencializar la administración de justicia, para auspiciar, por el contrario, el cómodo, repetitivo, fácil y engañoso remedio de la acción de los organismos castrenses.

b) La sociedad que con su vocación por el poder y el presupuesto no vaciló en sus apoyos ilimitados a los gobiernos de turno y al estamento judicial militar, abandonando poco a poco pero en forma muy influyente

a su administración de justicia y a sus legítimos ejecutores. Contemporizó desmedidamente con el delito y con sus pingües resultados económicos.

c) El cuerpo legislativo que apenas procuró, mediante toda clase de facultades extraordinarias, reformas simplemente nominales de las leyes, pero nunca la enmienda de fondo de todo lo que ha constituido el caldo de cultivo de la delincuencia que hoy campea: No ha estado en su pensamiento el mejorar la justicia, para dotarla de recursos y poderes adecuados, por no estar la misma en el radio de su dependencia. Sus reformas legales solo han propiciado parálisis y confusión judiciales y cuotas insufribles de impunidad.

d) El gobierno, que con la aplicación del art. 121 de la Constitución ha desencuadrado todo esquema jurídico fundamental. Si algo ha distinguido la aplicación de este precepto de excepción ha sido su abuso. Para levantar un censo de falencias del gobierno en cuanto a la deficiente marcha de la administración de justicia, basta ver en qué ha fracasado esta, cuáles son sus más sensibles fallas, y se advertirá que cada uno de estos factores corresponde a una actitud o a una omisión institucional del gobierno. Este, lejos de constituirse en apoyo decisivo de la justicia, en su colaborador eficaz, se ha reservado el papel de estorbarla y restarle perfección e idoneidad. Tantas veces se le ha autorizado la intervención militar en la justicia, sin que se dé propósito de enmienda que busque poner en marcha a los tribunales y jueces destituidos de sus funciones, que, escrutando razones en favor de la decisión de mayoría, encontramos como la más válida la de procurar, de una vez por todas, que el gobierno asuma el cumplimiento cabal de los deberes y obligaciones para con la justicia.

e) El ministerio público no ha tenido menos que ver en este cuadro de desolaciones. Tradicionalmente el auxilio a la rama jurisdiccional solo ha operado en el campo de la vigilancia judicial, pero no para prevenir sus desvíos, para introducir correctivos inmedia-

tos mediante la acción constante y oportuna de sus fiscales, o para colocar toda la dinámica de la policía judicial que ha manejado en el descubrimiento de los delitos o para reclamar con voz autorizada el remedio gubernamental a los tropiezos económicos y funcionales de esta rama del poder público, sino para acusar, tardíamente, por faltas de secundaria entidad, lo cual forma agudo contraste con el silencio que siempre ha mantenido cuando la gestión judicial ordinaria se desplaza hacia la organización castrense.

f) La justicia penal militar que nunca ha encontrado la esperada hora de su reforma institucional y se muestra errátil, deficiente y con visibles lastres de *espíritu de cuerpo*. No puede pasarse por alto que, inveteradamente, ha tenido el manejo penal de estas calificadas formas delictuales y nunca las conjuró con los poderes que le daba la aplicación de los procedimientos de las cortes marciales, hasta el punto que el problema está hoy más extendido, poderoso y se muestra con alucinantes características. Se redujo a afrontar cansinamente los casos de flagrancia de las acciones secundarias, casi que apenas rasguñando esporádicamente lo que, por falta de individualización, constituiría fantasmagóricos cultivos de marihuana o de coca, el laboratorio dirigido por algún gnomo, la venta callejera de estupefacientes, y cuando por forzada amalgama de las circunstancias se dio con alguien de importancia, el único delito deducible fue el porte ilegal de armas. No deja de extrañar que esta última ocurrencia se centre reiteradamente en la misma persona, ignorándose si todo se debe a afán de convertirlo en mártir, héroe, chivo expiatorio o fuente de indebidos tratos. Esa persona casi que ya no conserva su nombre de pila, y la opinión lo llama "*el de siempre*".

En lo único que la justicia penal militar puede mostrarse ágil, tal vez porque en ello va su supervivencia, es en la persecución de lo que hace tiempo se apellidó delincuencia política, luego delincuencia politicosocial, después subversión, luego guerrilla, más adelan-

te bandolerismo, narcoguerrilla y ahora delincuentes políticos comunes.

De resto ha sido igual o más ineficaz a como podría serlo en algunos aspectos la justicia ordinaria, pero con la diferencia de que a esta se le han negado todas las posibilidades de acción, brindadas pródigamente a aquella.

g) La ceguera de la delincuencia: Esta no ha podido entender que sus jueces deben ser independientes, probos, imparciales, competentes, pues solo así es posible la tutela de lo que la Constitución y las leyes les conceden; que cuando actúan tratando de aplicar debidamente la ley, solo el interés de esta los guía y disciplina, y no la moda dominante de negarles o concederles todas las prerrogativas. No han podido vislumbrar que el juez no está ni para favorecerlos inmercidamente, ni para perseguirles caprichosa o arbitrariamente; que es ajeno al resultado de su conducta y que una vez cometido el delito debe responder con el instrumento de acción que le da la ley, *so pena* de prevaricar y de merecer la cárcel y la postración ética.

Han querido reducirlos a la órbita de sus propósitos sin más alternativas que la venalidad o la muerte. Los administradores de justicia cuando los delincuentes no buscan su físico exterminio, pueden y deben actuar. Están destinados, aunque suene a paradoja o a letra de conocida música vernácula, para el delincuente honrado: aquel que si bien no ceja en el delito y procura su impunidad, llegada la hora de afrontar la responsabilidad, se somete al legítimo juzgamiento. Pero cuando se ha tomado camino distinto y se acude a la eliminación no solo de la víctima sino del testigo, del juez, del auxiliar de este, de los jurados, de los investigadores y de todo lo que tenga que ver con el procesamiento, entonces él mismo está reclamando y creando el ambiente necesario para que actúen otros organismos, no forjados en el mismo troquel del juez profesional; prepara así su definitiva perdición porque el estado de derecho se ve sustituido por la vía del hecho, por la justicia por propia mano o por grupos pagados por

los ofendidos o por los que forman parte de su mismo nivel social, económico, político, etc.

Todo esto conduce a que la justicia penal militar deba afrontar la culminación de esta época de aguda crisis; pues ni la administración de justicia cuenta con elementos apropiados para ello, ni se le deja actuar en algunos niveles, ni es admisible que reciba una herencia de mayúsculos errores, que en donde otros sembraron el germen de disolución a ella se le imponga el legado del sacrificio definitivo.

La sentencia hace mención del fallo de 24 de julio de 1971. Conviene una transcripción olvidada de esa decisión, con la cual siempre alertamos a la Corte sobre lo que podría acontecer, evento que ha llegado a ser, al menos para nosotros, una deplorable pero indiscutible realidad y que nos obliga a disentir de la mayoría. Se dijo entonces: "... Si las circunstancias de hecho —ajenas a la voluntad del gobierno— tienen tal incidencia que son capaces de impedir la actividad correspondiente a las atribuciones privativas de la rama jurisdiccional del poder público, se dará en concreto la *calamitosa situación excepcional* a que sea aplicable el *remedio heroico* de que una misma persona o corporación pueda ejercer «simultáneamente la autoridad política y la judicial o militar».

"Este es el verdadero significado y alcance del art. 61 dentro del espíritu incontrastable de la Carta Fundamental que organiza la nación colombiana como república democrática y representativa. Y puesto que el art. 61 modifica y altera el principio sustancial de la separación de los poderes públicos, ha de verse con toda claridad que el constituyente contempla allí nada más que la *situación excepcional, angustiosa y extrema* de que en los hechos no pueda funcionar conforme a los dictados de la Carta la rama jurisdiccional. En conflictos tales, la ejercerán de emergencia las autoridades políticas o las civiles y militares, desde luego que sin administración de justicia la sociedad no puede subsistir, y no *habría otro camino para el retorno a la normalidad...*"

Juzgar esta realidad es lo que puede llevar a considerar el decreto como avenido a la Carta o repudiarlo por este fundamental vicio. Para nosotros la realidad es demasiado tozuda y sensible. No es que queramos dramatizar pero lo que se vivió meses antes del 6 y 7 de noviembre de 1985, lo que se padeció en ese momento y lo que se sufre ahora, indican que se han cumplido las condicionantes transcritas. Esa hipótesis extrema y dolorosa aparece como algo cierto e incontestable. Reconocerlo así y abrir paso al art. 121, puede que no sea razón ni remedio poderoso para evitar el colapso pero sí para atemperarlo o diferirlo, y por lo menos para no aniquilar y desprestigiar total e injustamente a la rama jurisdiccional del poder público.

Una glosa final. No comprendemos la declaratoria de inexecutable del art. 3° en razón de la inconstitucionalidad del resto del

articulado. Los beneficios de libertad y condena condicional se dispensan por la gravedad del hecho en el momento en que esa delincuencia se desata. ¿Negará alguien que en este sentido hay que endurecer un poco este tratamiento? ¿No han sido los aumentos de pena; aun para satisfacerlos más allá del estado de sitio, remedio constante y que la mayoría no repudia? Pero por lo visto la Mayoría de la Sala lejos de considerar el delito y el delincuente ha tenido en cuenta al juzgador, como si este así sea ordinario, común, especial, extraordinario o militar fuera el destinatario de la medida. Creo que este precepto debió conservar vigencia. Podría discutirse su conveniencia, tan difícil de rechazarla por esta consideración, pero nunca por inconstitucional y más sobre la base del argumento de esencia expuesto para arribar a la conclusión de inconstitucionalidad.

II. DECLARATORIA DE INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTS. 4° Y 5° DEL DECRETO 3664 DE 1986 *

Mag. ponente: Dr. JESÚS VALLEJO MEJÍA
Marzo 12 de 1987.

CONCEPTO DEL PROCURADOR

En el concepto del procurador general de la Nación se pide la declaración de exequibilidad del decreto legislativo 3664 de 1986, exceptuados los arts. 4° y 5°.

a) La exequibilidad

Los argumentos del concepto fiscal para pedir la exequibilidad de los arts. 1°, 2°, 3°, 6° y 8° del decreto son:

1. Respecto de los arts. 1° y 2° que definen hechos punibles y establecen sus sanciones, dice que puede el presidente de la República, obrando como legislador extraordinario en ejercicio de las facultades que le otorga el art. 121 de la Constitución, tipificar los delitos y contravenciones y señalar las sanciones correspondientes.

2. La supresión del derecho a la libertad provisional y a la condena de ejecución condicional para los infractores de arts. 1° y 2° son constitucionales, según el fiscal, puesto que son asuntos que compete regular a la ley, la cual puede resultar suspendida por los decretos legislativos dictados bajo el régimen del estado de sitio, como lo hace el art. 3° del decreto legislativo.

3. Considera exequible el art. 6° porque es una atribución propia de las Fuerzas Armadas otorgar los salvoconductos para el porte de armas, siendo por tanto consecuente que corresponda la suspensión de los mismos a los comandantes de Brigada, Unidad Táctica, Base Naval y Aérea, como lo establece la norma examinada.

4. Señalar la fecha de vigencia como lo hace el art. 8° y destacar la temporalidad del decreto, es ajustado a la Constitución.

5. En torno al art. 7° del decreto en estudio el procurador no hizo consideración especial.

b) La inconstitucionalidad de los arts. 4° y 5° del decreto legislativo 3664 de 1986

Con ellos se atribuye el conocimiento de las infracciones mencionadas a la justicia penal militar, se señala el procedimiento y se otorga competencia para la segunda instancia al Tribunal Superior Militar. El procurador reitera sus opiniones vertidas al analizar el decreto legislativo 3671 de 1986, cuya fotocopia anexa.

Se trata del concepto núm. 1109 del 13 de febrero de 1987, donde luego de relacionar los diversos fallos de la Corte sobre el tema y los conceptos del ministerio público, así como de hacer sus glosas apoyado en que las únicas autorizaciones expresas de la Carta para la acumulación de funciones judiciales con las militares son las de los arts. 27-2 y 170, que son excepcionales frente a la regla general de la separación de funciones impuestas por el art. 55 de la Constitución, indica que su aplicación no puede ser ampliada por el legislador y repara como inexecutable las provisiones en comento para la justicia penal militar.

Dice también el concepto que se viola el art. 26 de la Carta con el traspaso de conocimiento de delitos de la jurisdicción ordinaria a la castrense, porque no es cambio de competencia del resorte legal sino una transferencia de una jurisdicción a otra, ambas de creación constitucional, por lo que no pueden ser ampliadas o restringidas a voluntad del legislador ordinario o extraordinario.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

a) Examen formal

Toda la República se encuentra en estado de sitio desde la vigencia del decreto 1038 de 1984, declarado exequible por la corporación según fallo del 14 de junio de 1984.

El decreto 3664 de 1986 se expidió en ejercicio de las facultades concedidas al presidente por el art. 121 de la Constitución y como desarrollo del mencionado decreto 1038 de 1984.

El decreto legislativo que se revisa lleva la firma de todos los ministros del Despacho y desde luego la del presidente, ajustándose así a lo que exige el art. 121 de la Constitución, en lo que a formalidades se refiere.

b) Examen material

Es claro el art. 121 de la Constitución Nacional al autorizar al gobierno, dentro del estado de sitio, para suspender las disposiciones legales que sean incompatibles con dicha emergencia, pudiendo entonces dictar normas transitorias que entren a reemplazarlas mientras dure la turbación del orden público.

Ello permite que el gobierno tome medidas de orden penal, tanto en lo sustantivo como en lo atinente al procedimiento, para regular y sancionar conductas que alteren la paz social, tales como las que tipifican los arts. 1° y 2° del decreto que se revisa, los cuales son por consiguiente exequibles. Lo es también el art. 3° al establecer una disposición procedimental que no viola la garantía del derecho de defensa que consagra el art. 26 de la Constitución Nacional.

Son inexecutable, en cambio, los arts. 4° y 5° por las razones expuestas por la Corte en la revisión constitucional del decreto 3664 de 1984, a las cuales se remite en esta oportunidad.

Sobre el art. 6°, que autoriza a las autoridades militares que ahí se mencionan para suspender los salvoconductos ordinarios otorgados para portar armas de defensa personal, ha considerado la Corte que medidas de esta índole "son conducentes para el restablecimiento del orden público, y, por consiguiente, encajan dentro de las facultades que al presidente de la República le confiere el art. 121 de la Constitución, «previa declaración de turbación del orden público y de estado de sitio, como ha ocurrido»" (sent. de 2 de diciembre de 1976).

Se trata entonces de un desarrollo del art. 48 de la Constitución Nacional, especialmente para épocas de turbación del orden público, conforme a las características que esta asuma y según la inteligencia que del mismo tiene el gobierno en cuanto al porte de armas

* El expediente en que se halla contenida la decisión se halla radicado bajo el núm. 1557 (235-E). Sentencia núm. 26, acta N° 10.

y sus salvoconductos, lo cual nada tiene que ver con la noción de los derechos adquiridos (art. 30 *ibidem*), tanto por lo dicho como por referirse a una facultad administrativa dispuesta por la ley.

Es pues exequible esta disposición, lo mismo que los arts. 7° y 8° que versan sobre la vigencia temporal del decreto, en términos que en modo alguno pugnan con el orden constitucional, aunque sí conviene destacar, en relación con el último de los mencionados preceptos, la inexplicable ligereza de haber dispuesto la derogatoria integralmente los decretos 1056 y 1058 de 1984, en cuanto incluían conductas delictivas, aspecto que nada tenía que ver con las modificaciones propias de los arts. 1°, 2° y 3° del decreto en estudio y que, de haberse mantenido la competencia penal militar, habría creado no pocas dudas, confusiones y controversias.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, previo estudio de su Sala Constitucional y oído el concepto del procurador general de la Nación,

RESUELVE

Declarar inexecutable los arts. 4° y 5° del decreto legislativo núm. 3664 de 1986.

Declarar executable los arts. 1°, 2°, 3°, 6°, 7° y 8° del mismo decreto legislativo.

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

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DEJA CONSTANCIA:

Que el magistrado José Alejandro Bonivento Fernández, no asistió a la Sala Plena celebrada el día doce de marzo de mil novecientos ochenta y siete, por encontrarse con excusa justificada.

SALVAMENTO DE VOTO

DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES ALBERTO
OSPINA BOTERO, HÉCTOR MARÍN
NARANJO, RAFAEL ROMERO SIERRA
Y JAIME GIRALDO A.

Como no comparto la decisión adoptada por la Corte, en cuanto declaró inexecutable los arts. 4° y 5° del decreto 3664 de 1986, consigno brevemente los motivos de mi disenso.

1. He considerado, con fundamento en el art. 61 de la Constitución, que en tiempos de perturbación del orden público bien puede atribuirse a la jurisdicción penal militar el juzgamiento de ciertos delitos cometidos por civiles, cuando estas medidas sean aconsejables para el restablecimiento del orden público.

2. La doctrina constitucional de la Corte ha entendido que el art. 61 de la Carta autoriza, para tiempos de no paz, como el que vive el país actualmente, extender y asignarle a la justicia penal militar el juzgamiento de delitos cometidos por civiles.

En efecto, dijo la Corte en sentencia de 30 de octubre de 1978:

“Precisamente, el decreto 1923 no ha hecho en este aspecto sino aplicar la excepción del art. 61 que autoriza para tiempos anormales la acumulación y, por tanto, el traslado transitorio de competencias, y expresamente las de naturaleza jurisdiccional, en órganos distintos a los que las ejercen ordinariamente, lo cual legitima la adscripción a la justicia penal militar, y a las autoridades militares y de policía que aquel decreto determina, el conocimiento y sanción de ciertos delitos y contravenciones.

”El decreto en estudio no crea organismos *ad hoc*, ni cambia el origen ni la composición de los existentes. Simplemente, faculta a ciertas autoridades el ejercicio simultáneo de las atribuciones que ordinariamente les compete, con las que les son adscritas transitoriamente, según la autorización constitucional del art. 61”.

3. El criterio precedente lo reiteró la corporación en decisiones de 23 de mayo de 1980 y de 3 de julio de 1984.

4. Por ello, no concibo que los arts. 4° y 5° del decreto 3664 de 1986, dictado por el gobierno en ejercicio de las facultades que le confiere el art. 121 de la Constitución Política y en desarrollo del decreto 1038 de 1984, que le asignan a los Comandos de Brigada, Fuerza

Naval o Base Aérea y al Tribunal Superior Militar el conocimiento de las infracciones señaladas en los arts. 1° y 2° del mismo decreto entren en conflicto con la Constitución, pues se trata de medidas de excepción, que tienen apoyo constitucional en los arts. 61 y 121.

Fecha *ut supra*.

Como compartimos el anterior salvamento de voto nos adherimos a él.

COMENTARIO

I. IMPORTANCIA DE LAS SENTENCIAS

No podemos menos que tomar con profundo regocijo esta decisión de nuestro máximo tribunal de justicia, que procura poner fin al irrespeto secular del principio constitucional del *juez natural* por un ejecutivo que había institucionalizado, al amparo del art. 121 de la Constitución Nacional, la competencia de los militares para conocer de procesos penales contra civiles. Ojalá sea suficiente cortapisa para inhibir posturas autoritarias que seguramente intentarán revivir esta competencia, no obstante ser ya incontrovertible que la misma viola principios constitucionales y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos¹. La respuesta del gobierno a las declaratorias de inexecutable, no es la más respetuosa de las garantías democráticas que digamos², lo que nos determina a no ser muy optimistas para un futuro lejano.

Pero que quede muy claro que las sentencias objeto de nuestro comentario se asientan sobre pilares perennes e inamovibles. En ellas no solo se hace una atinada interpretación de nuestra Constitución sino que, también y principalmente, recogen un principio de civilización que ha de ser norte de cualquier política criminal que respete los mínimos derechos del hombre, como el de que la justicia ha de ser administrada por órganos *imparciales, independientes y versados en ciencias jurídicas*, atributos que la justicia penal militar nunca podrá ostentar.

¹ Cfr. PEDRO PABLO CAMARGO, *Crítica a la Constitución colombiana de 1986*, Bogotá, Edit. Temis, 1987, págs. 430-431; GUSTAVO GALLÓN GIRALDO, “Leyes y excepciones en el derecho a la vida”, en *Controversia*, núm. 119, Bogotá, Cinep, 1984, págs. 57 y ss.

² El gobierno del presidente Barco ya ha respondido con la expedición de los decretos 468 y 565 de 1987. En ellos se otorga competencia para conocer de algunos delitos contemplados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes (cfr. art. 1° del decreto 468/87), así como los de porte, fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas (art. 1° del decreto 565/87), a “jueces especializados”, y se establece como procedimiento el especial a que alude el capítulo II de la ley 2ª de 1984. Como ya se ha advertido, “...el debido proceso legal sufre así un serio menoscabo, puesto que con dicho rito procesal, “no solo por ser «breve y sumario» y residenciar en un mismo juez las facultades de investigar y fallar el proceso, sino por establecer restricciones al derecho de defensa, comporta una transgresión de normas de rango constitucional y aprobatorias de tratados públicos (art. 26-1 de la Const. Nal., leyes 74 de 1968 y 16 de 1972). Indudablemente, este es el inicio de una peligrosa política encaminada a institucionalizar el procedimiento más regresivo con que cuenta la legislación ordinaria actualmente vigente, ampliándolo a los tipos delictivos que acorde con el amañado criterio del ejecutivo perturban en un momento dado el «orden público»...” (Cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ V., JESÚS VALLE JARAMILLO, JAIME POSADA ORREGO y HERNANDO L. LONDOÑO BERRIO, *Regulación sobre armas y estupefacientes*. Anexo. Medellín, Edit. Colegas, 1987, pág. 8).

Fructifica entonces así la lucha que desde hace años y en diferentes frentes muchos venían librando, entre los que destacamos al maestro ALFONSO REYES ECHANDÍA³ y a EMIRO SANDOVAL HUERTAS⁴, quienes ya habían denunciado que una de las consecuencias de la Doctrina de la Seguridad Nacional era, entre otras, el abuso de los estados de excepción para entregar al poder militar el juzgamiento de civiles, como parte de una estrategia que apunta a inhibir la "consolidación de sistemas democráticos reales" y a perpetuar la dependencia económica-política en que se nos ha mantenido.

El vínculo aquí denunciado, históricamente encuentra corroboración en múltiples ejemplos, siendo uno de ellos el decreto legislativo N° 2 de 1928 —durante la presidencia de Miguel Abadía Méndez—, que dispuso el juzgamiento por consejos verbales de guerra⁵, de los trabajadores acusados de haber tomado parte en la huelga de ese mismo año contra la United Fruit Company, trabajadores que, previamente, por decreto del Jefe Civil y Militar de la zona, fueron declarados "Cuadrilla de malhechores"⁶.

Con posterioridad sobrevienen situaciones de índole similar, hasta llegar, durante el régimen autocrático de Turbay Ayala, al Estatuto de Seguridad (decreto legislativo 1923 de 1978)⁷, que criminalizó toda forma de disenso u oposición y dio competencia a los militares para conocer de los procesos contra los sindicatos de tales conductas, lo que se erigió en instrumento de violencia contra los sectores democráticos del país, que reivindicaban de diferentes formas una transformación de la sociedad colombiana para que en esta fuesen posibles la vida, la paz, la justicia social y la vigencia de los derechos humanos, ambiciones que los intereses de sectores minoritarios con poder económico y político no han permitido que se hagan realidad.

Más recientemente, siguiendo el ejemplo de lo que hiciera el gobierno de Belisario Betancur (cfr. decreto legislativo 1042 de 1984), el de Virgilio Barco expidió el decreto legislativo 3671 de 1986, que les otorgó competencia a los militares para conocer de algunos de los delitos contenidos en el Estatuto Nacional de Estupefacientes. Ello no era más que una postura demagógica, que apuntaba a significarle a la opinión pública nacional que se estaban tomando medidas "drásticas" y "eficaces" contra el tráfico de estupefacientes, a la vez que en el contexto internacional le permitía al gobierno mostrarse sumiso a las demandas norteamericanas de contención real de producción y exportación de cocaína, con la vinculación a esta lucha del ejército colombiano, que siempre les ha merecido confianza por las ejecutorias materiales en su favor⁸.

³ ALFONSO REYES ECHANDÍA, "Legislación y Seguridad Nacional en América Latina", en *Nuevo Foro Penal*, N° 32, Bogotá, Edit. Temis, 1986, págs. 141 y ss.

⁴ EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Edit. Temis, 1985, cap. III, 4, págs. 84 y ss. Del mismo, "Comentarios a la sentencia de la Corte que declaró constitucional el decreto 1042 de 1984", en *Derecho Penal y Criminología*, vol. VII, N° 24, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984, págs. 122 y ss.

⁵ Cfr. PEDRO PABLO CAMARGO, *Crítica a la Constitución de 1886*, cit., pág. 422; MIGUEL URRUTIA, "El desarrollo del movimiento sindical y la situación de la clase obrera", en *Manual de Historia de Colombia*, t. III, Bogotá, Colcultura, 1980, pág. 233.

⁶ Cfr. RENÁN VEGA, "La masacre de las bananeras", en *Historia de Colombia*, fasc. 9, Bogotá, Edit. Oveja Negra, 1985, pág. 150.

⁷ Cfr. ÁLVARO MAZO BEDOYA, "Criminalización para la represión. Estatuto de Seguridad", en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, N° 4, Cali, págs. 73 y ss.

⁸ En corroboración de este aserto se encuentra, en primer lugar, la postura claudicante y sumisa que ha observado el gobierno ante las exigencias norteamericanas respecto del Tratado de extradición, luego de la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley que lo aprobó (ley 27 de 1980); y en segundo lugar, el acceder, por la amenaza de diferentes formas de represalia, a la criminal política de fumigar con glifosato las plantaciones de marihuana y coca (cfr. sobre

Por ello, como lo señala uno de los salvamentos de voto, esta medida solo tuvo el efecto de un simple rasguño sobre órganos secundarios de la estructura delictiva, dejando indemnes a los principales responsables de la misma. Esto no es de extrañarse puesto que nuestras Fuerzas Armadas, inmersas doctrinariamente en la teoría de la Seguridad Nacional, solo tienen como enemigo y centro de lucha la "insurgencia", entendiéndose por esta lo que sus mismos teóricos señalan: "Todo intento de parte de una organización disciplinada de hombres para efectuar un reestructuramiento socioeconómico de la sociedad en nombre de aquellos amplios sectores económicos necesitados y que no participan en la vida política de su propio país"⁹. A esto hay que agregar que por ser defensoras del *statu quo*, y habiendo sido legalizada gran parte de la economía subterránea del narcotráfico¹⁰, la defensa del capital ("legal" y "legalizado") que de ellas se demanda, la hacen en forma indiscriminada. Y tampoco podemos olvidar que el poder económico y político alcanzado por el narcotráfico y la capacidad corruptora implícita en ello, lo ha hecho inmune a la acción oficial.

Respecto a la regulación sobre armas y municiones por el actual gobierno (decreto legislativo 3664 de 1986), para justificarla se nos dijo que iba a ser un instrumento eficaz para prevenir los diferentes atentados contra la vida e integridad personal. El transcurso del tiempo nos permitió comprobar que ello no era más que un recurso para "restaurar" la precaria imagen de un gobierno incapaz de brindar seguridad y una forma de encubrir negligencias y responsabilidades en prácticas genocidas como la desaparición forzada de personas¹¹, el asesinato de dirigentes políticos y populares¹² y la proliferación de "Escuadrones de la Muerte" para "resolver" el problema de la marginalidad social y la pequeña delincuencia que le es anexa. Pero también, con la vigencia de los decretos 1056 y 1058 de 1984, quedó claro que asignarles a los militares el conocimiento de los procesos contra personal civil por estos hechos, terminaba por convertirse en una velada asignación de competencia para conocer de los delitos políticos como la rebelión y la sedición¹³.

este tópico: ROSA DEL OLMO, "Aerobiología y drogas, delito transnacional", en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, N° 14, Cali, 1986, págs. 65 y ss.; también nuestro trabajo "El Estatuto Nacional de Estupefacientes. Una política criminal inconveniente", en *Nuevo Foro Penal*, N° 33, Bogotá, Edit. Temis, 1986, págs. 292-293.

⁹ MICHAEL CH. CONLEY, cit. por EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *Sistema penal...* cit., pág. 90. Cfr. también GUSTAVO GALLÓN GIRALDO, "La República de las armas", en *Controversia*, N°s. 109-110, Bogotá, Cinep, págs. 45 y ss.

¹⁰ Ello ha sido posible porque ha contado hasta con la ayuda oficial que ha expedido una legislación que lo favorece, de lo cual son ejemplos la *ventanilla siniestra* del Banco de la República (resolución 2 de 1976) y la *amnistía tributaria* (decretos 3747 de 1982 y 236 de 1983). Recientemente la Corporación de Estudios Ganaderos y Agrícolas (CEGA), organismo de investigación de los grandes propietarios del agro, denunció la adquisición de grandes extensiones de tierra en todo el país por el narcotráfico, preferentemente en zonas de mayor violencia social y política (Magdalena Medio, Urabá, Cesar, Cauca, etc.) (cfr. "El narcotráfico se toma la ganadería del país", *El Espectador*, abril 1° de 1987, págs. 1-A, 10-A). Y hasta el mismo gobierno ha dado a conocer la existencia de empresas industriales y comerciales que tienen lazos estrechos con el narcotráfico (cfr. "Revela el Gobierno: 230 empresas tienen nexos con el narcotráfico", *El Mundo*, abril 6 de 1987, págs. 1-A, 6-A).

¹¹ FABIO ZAPATA y otros, "La detención-desaparición como aspecto del terror represivo". Ponencia presentada al V Foro de Derechos Humanos, Bogotá, 24 a 26 de abril de 1987. Allí se cuantifica en 987 personas el número de detenidos-desaparecidos en el país, para noviembre de 1986.

¹² HUMBERTO OVIEDO y otros, "La aplicación sistemática y de facto de la pena de muerte en Colombia". Ponencia presentada al V Foro de Derechos Humanos cit. En este trabajo se afirma que entre los años 1981 y 1986 se han cometido 3.536 asesinatos contra este tipo de personas.

¹³ Cfr. nuestro ensayo "Los nuevos decretos de estado de sitio desde el punto de vista político-criminal", en *Regulación sobre armas y estupefacientes*, cit., págs. 157-158.

Por los múltiples abusos que en Colombia se dan como consecuencia del desconocimiento de la garantía constitucional del juez *natural*, es por lo que tampoco podremos compartir la posición de los distinguidos magistrados que suscriben uno de los salvamentos de voto¹⁴, en el que afirman que puede renunciarse a esta garantía, cuando ello sea necesario para restablecer el “orden público”. En nuestro sentir, nunca el “orden público” podrá ser perturbado como consecuencia de que la administración de justicia esté en manos de jueces *probos, imparciales, independientes, versados* en ciencias jurídicas y cuyo primero y último fin en el ejercicio de su cargo sea el de absolver al inocente y castigar al culpable, y nunca el de “encontrar responsables a todo trance”. Jamás podremos comulgar con el planteamiento que reivindica como necesario para la paz el prescindir de jueces de la condición moral, jurídica y científica descrita, para designar en su reemplazo a aquellos que juzgan no por el hecho cometido y la culpabilidad que le corresponda, sino por la ideología política que el procesado defienda, o por su militancia en organizaciones sindicales, cívicas, populares, etc.

Un régimen que necesite prescindir de los jueces naturales para restablecer el “orden público” nunca podrá ser un régimen de derecho, sino el más craso autoritarismo y buen inicio de la barbarie¹⁵. La raíz del conflicto socioeconómico y político que se vive no está en la carencia de medidas represivas como la comentada, que inveteradamente han tenido vigencia, sino en la oposición de los sectores dominantes a transformaciones radicales que hagan posible en forma igualitaria el acceso a los derechos fundamentales.

III. OBJECIONES A LA DECISIÓN DE EXEQUIBILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 1º, 2º Y 3º DEL DECRETO 3664 DE 1986

Respecto a los dos primeros, discrepamos con fundamento en los siguientes motivos:

En primer lugar, el art. 121 de nuestra Constitución autoriza al gobierno a dictar normas con vigencia *transitoria*, es decir, que *suspendan* disposiciones legales que sean incompatibles con el estado de sitio. Pero resulta que dichos artículos prescriben sanciones privativas de la libertad hasta de ocho (art. 1º) y diez (art. 2º) años de prisión, que si se han de imponer efectivamente —y sin ello no tendría razón de ser la disposición— demanda la *vigencia ininterrumpida* del estado de sitio durante ese mismo tiempo. Esto, sin lugar a la más mínima duda, está en abierta pugna con el carácter *transitorio* que la Constitución Nacional confiere al estado de sitio y, desde luego, a las normas expedidas en el ejercicio de dichas facultades.

¹⁴ Cfr. *supra*, salvamento de voto de los magistrados HERNANDO GÓMEZ OTÁLORA, LISANDRO MARTÍNEZ ZUÑIGA, HÉCTOR GÓMEZ URIBE Y RAFAEL ROMERO SIERRA.

¹⁵ No podemos olvidar el legado del maestro ALFONSO REYES ECHANDÍA, quien sobre este particular dijera que “con la captura del rebelde, el militar victorioso se convierte en juez ¿Será posible entonces esperar un juicio imparcial cuando el juez está juzgando a su propio enemigo? Definitivamente no. Por eso no sorprende la sentencia de condena, fundada a veces sobre la propia confesión, nacida bajo el clímax angustioso de la tortura material o psicológica” (“Legislación y Seguridad Nacional”... cit., pág. 150). Tampoco podemos afirmar que las condiciones históricas hayan cambiado hasta el punto de que esta denuncia que hiciera Amnistía Internacional para el año de 1980, sea cosa del pasado remoto: “Basándose en los testimonios recibidos, Amnistía Internacional puede afirmar, sin temor a equivocarse, que en Colombia se tortura a presos políticos en las dependencias militares, en una medida tal que no se pueden considerar como casos excepcionales y fortuitos sino, al contrario, como una práctica sistemática” (cit. por GUSTAVO GALLÓN GIRALDO, “Leyes y excepciones en el derecho a la vida” cit., pág. 80). Más recientemente, sobre el mismo tópico, cfr. ROBERTO QUINTERO MARIÑO, “Los militares en Colombia: Ideología y práctica”, en *La realidad del “sí se puede”*, Bogotá, C. S. P. P., 1984, cap. II, págs. 27 y ss.

En segundo lugar, dichos artículos —especialmente en lo que respecta a las circunstancias agravantes—, como ya antes con sólidos fundamentos se ha sostenido¹⁶, desconocen en forma ostensible los *principios de legalidad y de determinación* (arts. 26 C.N.; 1º y 3º del C.P.), por la consagración de tipos penales con contenido equívoco e indeterminado. Igualmente, dan pábulo al retorno de la responsabilidad objetiva, vulnerando con ello el principio de culpabilidad (ley 74 de 1968: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14, num. 20; ley 16 de 1972: Pacto de San José de Costa Rica sobre Derechos Humanos, art. 8º, num. 4º; art. 5º C.P.)¹⁷. También en los eventos de los numerales b) y c) del art. 1º se viola el *principio non bis in idem* (ley 74 de 1968, art. 14, num. 8º; ley 16 de 1972, art. 8º, num. 4º); y en todos los casos, el *principio de presunción de inocencia* (ley 74 de 1968, art. 14, num. 2º; ley 16 de 1972, art. 8º, num. 2º)¹⁸.

En cuanto al art. 3º del decreto, la declaratoria de exequibilidad se hace sobre la base de que “no viola la garantía del derecho de defensa que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional”. Aunque esta afirmación es cierta, no lo es menos que la severa restricción de la libertad contenida en dicha norma constituye un ominoso desconocimiento del *principio favor libertatis* (ley 74 de 1968, art. 9º, num. 3º; ley 16 de 1972, art. 7º, num. 5º) e institucionaliza injustas discriminaciones en materia procesal “que no tienen razón de ser a la luz de los principios de equidad e igualdad procesal, pues ninguna tesis que resista un análisis serio y científico puede justificar la negación de la libertad, en los eventos de que tratan los numerales 3º, 4º, 5º, 7º, 8º y 9º del art. 453 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el art. 44 de la ley 2ª de 1984)”¹⁹.

Resulta lamentable, entonces, que nuestra Corte, no obstante violar el decreto principios tan caros al Estado de Derecho y a los Derechos Humanos, lo haya declarado parcialmente exequible. Solo nos resta esperar que prospere la presión popular en procura del levantamiento del estado de sitio, que traería implícita la cesación de la vigencia de estas disposiciones.

Creemos cumplir así con el compromiso que hemos asumido de formular un breve análisis crítico a estas sentencias, que indudablemente marcarán un hito histórico en el contexto jurídico de la Nación. Sabemos que nos faltan muchos tópicos por cobijar, cosa que procuraremos hacer en un futuro próximo.

¹⁶ Cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ V. y otros, *Regulación sobre armas y estupefacientes* cit., págs. 81 y ss., 154 y ss. y 181 y ss.

¹⁷ *Ídem*, págs. 84-85 y 181 a 183.

¹⁸ *Ibidem*, págs. 154-155.

¹⁹ *Ibidem*, Anexo, pág. 9.

Tribunal Superior de Buga

CONDENADO POR LOCO

No podemos hacerle más onerosa la situación al procesado por el hecho de haber sido clasificado como "loco". Partiendo del supuesto de la imputabilidad, el proceso derivaría en la declaración absolutoria; en el de la inimputabilidad correría, con mayor razón, igual suerte. Decidir en sentido contrario es dar pábulo a esa actitud segregacionista respecto de los enfermos mentales, cuyo tratamiento como "objetos" ha permitido una práctica psiquiátrica y judicial unilateral destinada a apartarlos o encerrarlos, práctica de control social que los invalida como seres humanos, clasificándolos al tenor de KRESTCHMER o de LOMBROSO. Tales clasificaciones hablarán por ellos, de manera que el médico no querrá escucharlos porque él "sabe" lo que "tienen", él es detentador del monopolio del saber médico, al igual que un juez que ha estimado que el dictamen médico-legal de "sicótico maniaco-depresivo" (clasificación positivista de delincuente loco) ha demostrado la autoría del hecho, y que el análisis serio y desprejuiciado de la prueba quedaba revelado por esa nosografía estigmatizante.

COMENTARIO: Dr. J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA

Magistrado ponente, Dr. LUIS FERNANDO TOCORA LÓPEZ
Buga, abril 3 de 1986.

CONSIDERANDOS:

En el presente proceso lo que ha sucedido sencilla y llanamente es que se ha condenado a una persona por loca. Lo de condenar, ciertamente, porque aunque se eluda tal verbo en la parte resolutive de la providencia, y el decreto 100 de 1980 haga alardes de haber enterrado el positivismo juridicopenal sustrayendo las llamadas medidas de seguridad de la clasificación de las sanciones, los etiquetados como locos van a parar a los mismos centros de encerramiento donde la proclamada función curativa no tiene mayor cabida, a diferencia de la función retributiva y represiva, que son precisamente las excluidas por

el art. 12 del C. P. para este tipo de respuestas a comportamientos típicos penales realizados por inimputables. Ni siquiera hay centros de internamiento psiquiátrico u hospitalarios adecuados en la proporción mínima geográfica para cubrir las necesidades del país, de manera que los jueces puedan de modo real y más o menos expedito ver ejecutadas sus decisiones concernientes a los inimputables. Deben entonces esperar a que la Dirección General de Prisiones responda burocráticamente a sus solicitudes de internamiento, y en ello arriesgan a padecer la espera del coronel garciamarquiano. Mientras tanto los trastornados mentales sufren todo el rigor de las sórdidas prisiones, castigadoras no solamente del espí-

ritu sino también del cuerpo, con su violencia intestinal, su hacinamiento lacerante, sus obligadas abstinencias sexuales, etc. Si en este caso el procesado se encuentra liberado, se debe a una fortunosa invocación de una vieja norma procedimental, genérica en relación con las enfermedades, y no a las bondades del aún recientemente expedido Código Penal colombiano.

Lo de haberse determinado la condena por la "locura", es también lamentablemente cierto. En el caso que se revisa no hay prueba para condenar a nadie. La "confesión" de Uberley Gordillo no encaja en varios de los caracteres esenciales de la víctima (edad, integridad física), y aunque hay concordancia en otros aspectos, aquella divergencia inhibiría de estimar la "confesión" como idónea para probar la responsabilidad penal. Lo anterior, siempre entre comillas, porque allí no se puede hablar realmente de confesión, pieza probatoria que debe brillar por su libertad —"...confesión libre y espontánea..."—, art. 264 del Código de Procedimiento Penal—, fenómeno que no se puede predicar en el caso de un enajenado mental cuya desviación sí- quica precisamente lo hace prisionero de su divergente y personal mundo de representaciones de la realidad y/o de sus inatajables compulsiones interiores. Y que no se piense que la Sala habla en sentido amplio o figurado en este aspecto de lo determinante en la decisión de imponer medidas de seguridad. Si se mira la sentencia se lee claramente: "Como se ha venido pregonando, sin duda alguna el señor Gordillo cometió la conducta descrita dentro del vocatorio a juicio en el momento en que se hallaba enfermo de su mente, pues así lo pregonan las experticias médico-legales obrantes a folios 38 y 97 del original, lo que hizo que su proceder se encasillara dentro del pliego de cargos, bajo las prevenciones del artículo 31 del actual Código Penal, abonándose a ello que la autoría material del insuceso cometido en autos recayó en cabeza de este procesado en razón a la prueba testimonial que sobre ese aspecto se recopilara en

el informativo"

Tales dictámenes no prueban esa relación de causalidad, sino solamente que el señor Gordillo ha sido diagnosticado como un sicótico maniaco-depresivo, y si bien más adelante se añade que la prueba testimonial refiere esa autoría material, ella lo que solamente demuestra es que Reinelba Alzate Franco apareció ante esos testigos con huellas de haber sido violentada físicamente, pero no con un indicio siquiera de quién era el autor de esa violencia. Y es entonces cuando se concluye, además de por lo breve y pobre de la motivación, que al ciudadano Gordillo se le está condenando por enajenado mental. Porque la prueba ha sido terminada en su valoración por esa circunstancia personal. Tal prueba, en el caso de haber pesado contra una persona imputable, a duras penas habría alcanzado para un vocatorio a juicio, pero tratándose de un inimputable se entendió que su condición personal de trastornado mental estaba prácticamente demostrando la autoría de la infracción, aunada esa reflexión a unos endebles indicios.

Se refleja en esa prejuiciosa actitud del juzgador, que probablemente coincide con la del policial Rodríguez Cerquera, quien diera origen a la captura del procesado, una ideología estigmatizante de la enfermedad mental similar a la que paralelamente ha corrido frente al delito, ambas de clara raigambre positivista. Ha sido el diagnóstico de sicótico lo determinante en el balance probatorio de la responsabilidad penal. Bajo su peso, los frágiles indicios de una confesión inadmisibles han alcanzado la categoría de plena prueba, como cuando el aliento de la estigmatización del delincuente, se le condena básicamente por su prontuario. No necesitó más que un párrafo *el a quo* para demostrar argumentativamente la autoría de la infracción en cabeza de Uberley Gordillo. Las razones que tuvo el agente de policía Rodríguez Cerquera para aprehenderlo no aparecen clarificadas, ante la imposibilidad de su comparecencia y lo escueto de un informe policial en el que se dice

reconocer al infractor, sin especificar sobre qué base.

La Sala se pregunta cómo puede aceptarse como confesión una declaración de un enajenado mental, que bien pudo ser inducida por el policía que llevara a cabo la interpelación, inducción que perfectamente pudo ser bien intencionada, pero que dadas las precarias condiciones culturales de quien la hacía devino en usurpación de la personalidad del enajenado introyectándole una historia ajena como propia, situación similar a la de la madre que presiona a su pequeño hijo para que reconozca algo que no le ha sucedido (un acto sexual abusivo, por ejemplo), terminando por ceder el menor ante el temor fundado de un castigo o bien frente a un temor irracional.

En el caso de Uberley el miedo es manifiesto en el contenido de su sicosis. De una parte está el dictamen médico-legal que refiere las "ideas de daño hacia su persona por los mismos familiares..." (fl. 38). De la otra los testimonios de su madre y hermana, declarando la primera que Uberley la rechazó por insistencia al visitarlo en la cárcel "vállase (sic), vallase (sic), que yo a que había ido..." (fl. 40 vuelto), y la segunda —Normenely Gordillo— que su hermano rechazó el desayuno que le llevara a la prisión. Este temor de Uberley, probablemente ligado a su intoxicación con insecticida (ver informe del Hospital San Rafael de Zarzal [V.], no solamente nos ilustra sobre su personalidad enajenada, presa fácil de cualquier manipulación, sino sobre el mismo posible origen de ella: el miedo a la familia que, asociado a la intoxicación con el matamaleza, disparó su predisposición personalidad hacia la locura cíclica. Ahora no quiere ver a su familia, y menos recibirle alimentos (teme el envenamiento). La idea persecutoria informa su sicosis, y frente a una presión policial una "confesión" de lo que se le sugería le traería el alivio de quitarse tal intimidante presión de encima.

Ni siquiera se trató aquí de la aplicación extrema de un principio de responsabilidad objetiva, que demande solamente la imputa-

bilidad material del hecho, sino de la imputación forzada de un hecho a un persona diagnosticada como "loca", imputación que no tiene que ver con un elemento objetivo o nexó físico entre el acusado y el hecho, porque no hay prueba asaz de ello. En las hipótesis de responsabilidad objetiva pueden darse los eventos de desconocimiento de las causales de justificación del hecho, inculpabilidad o atipicidad, pero nunca omitir la exigencia de imputación o atribución material del hecho. En el presente caso, como lo señala el señor Fiscal Segundo de esta corporación, la prueba sobre el autor de la infracción es equívoca. Si la posición doctrinaria que auspicia la responsabilización objetiva de los trastornados mentales es altamente criticable por su desconsideración e injusticia al discriminarlos negándoles las autorizaciones justificantes del hecho o las exculpantes que se les reconocen a los "normales", mucho más la asumida por el *a quo*, quien sin tener prueba suficiente de certeza adjudica el hecho al procesado e impone las medidas de seguridad. En otros términos, si la crítica de la teoría de la responsabilidad objetiva clama por el reconocimiento de las causales de justificación y de exculpación para los trastornados mentales, de manera que siendo probadas no den lugar a medidas de seguridad, así se reconozcan estas con finalidad meramente curativa y rehabilitadora, la crítica de una imputación arbitraria de la autoría de un hecho punible no puede ser menor, y debe llenarse de vehemencia reclamando por la violación de los derechos fundamentales de la persona y por la crasa injusticia que se consume en el tratamiento segregativo de seres humanos, cuya desgracia merece más bien el trato considerado y solidario de sus congéneres.

La Sala estima, en consecuencia, que no habiéndose obtenido prueba mínima sobre la autoría material misma del hecho, no hay lugar a imponer medida de seguridad alguna. La solicitud de nulidad presentada por el colaborador fiscal la considera improcedente, pues la razón en la que se sustenta —la falta

de diagnóstico psiquiátrico del procesado al momento del hecho— no tendría relevancia ante la falta de prueba sobre la autoría material, y en el supuesto de cualquiera de las dos hipótesis probables —imputabilidad o inimputabilidad— la decisión sería siempre la misma: absolutoria.

No podemos hacerle más onerosa la situación al procesado, por el hecho de haber sido clasificado como "loco". Partiendo del supuesto de imputabilidad el proceso derivaría en la declaración absolutoria; en el de la inimputabilidad correría, con mayor razón, igual suerte. Decidir en sentido contrario es dar pábulo a esa posición segregacionista de los enfermos mentales, cuyo tratamiento como "objetos" ha permitido una práctica psiquiátrica y judicial unilateral, destinada a apartarlos o encerrarlos, práctica de control social que los invalida como seres humanos, clasificándolos al tenor de Krestchmer o de Lombroso. Tales clasificaciones hablarán por ellos, de manera que el médico no querrá escucharlos porque él "sabe" lo que "tienen", él es detentador del monopolio del saber médico,

al igual que un juez que ha estimado que el dictamen médico legal de "sicótico maniaco-depresivo" (clasificación positivista del delincuente loco) ha demostrado la autoría de un hecho, y que el análisis serio y desprejuiciado de la prueba quedaba relevado por esa nosografía estigmatizante.

En este estado de cosas, la Sala revoca la sentencia proferida contra Uberley Gordillo, y en su lugar habrá de absolverlo en este proceso.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en Sala de Decisión penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Revocar la sentencia consultada y, en su lugar, *absuelve* a Uberley Gordillo de los cargos contra él formulados en este proceso.

Esta decisión fue discutida y aprobada, en sesión de la fecha, según consta en Acta N° 10.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

* * *

COMENTARIO

El loco de esta sentencia tiene un raro nombre: Uberley; y un apellido, para él, estrafalario: Gordillo.

Con semejante denominación y vestido de escarlata —como corresponde a un loco—, pareceme que no merecía la hermosa jurisprudencia que redactara un joven y sabio magistrado del Valle: el doctor LUIS FERNANDO TOCORA L.; tal vez sería mejor amarrarle campanillas al manto, y en los tobillos doradas cintas de oropel. Así, brillantemente ridículo, hacerle saltar como un saltimbanqui. Al menos ese ha sido un reiterado guión judicial: ignorar la locura o las anomalías; basta para ello encasillarlas en la cartilla como "maliciosas simulaciones", "extravagancias", o "simples torpezas". ¡Qué carajos! Es suficiente, como reza un modismo malicioso, el "hacer la vista gorda". Ejemplo, la constancia del juez de Roldanillo: "El sindicado al parecer se encuentra en buena salud mental no obstante que en su respuesta *simula* trastorno de tal índole".

Entonces, desmoronando a los hombres —al fin y al cabo somos hechos de barro—, tal visualización del problema consigue, virtualidad de la mediocridad, que la comedia inicie el proceso hacia la tragedia: en los sórdidos patios de nuestras cárceles comunes los inimputables son sujetos pasivos de las befas que escarnecen día a día: es la cotidianidad abusiva del espectáculo-maltrato. Al fin, el maniaco-depresivo, acorralado e irritada su base paranoí-

ca, salta hacia la acción suprema e imprevisible que siempre será una increíble pesadilla de sangre o el ahorcamiento (que a nadie importa) en alguna reja herrumbrosa. Por ello, con elemental ciencia, los médicos advirtieron al juez de Roldanillo que Uberley no podía continuar privado de su libertad, porque representaba un peligro "para sí y la seguridad de sus compañeros". De esta suerte obtuvo su condicional liberación, por "Una fortunosa invocación de una vieja norma procedimental genérica en relación con las enfermedades, y no a las bondades del aún recientemente expedido Código Penal colombiano".

Tantos casos y, a pesar de ello, improvisamos y embrollamos la madeja jurídica. Aún más: la contrariamos. Dolosamente, las autoridades carcelarias han dado en designar, cabe dentro de las penitenciarias, un patio, obviamente el de más precarias condiciones, porque los locos no reclaman, como "Pabellones psiquiátricos". Bajo este rótulo infame, por lo mentiroso y pernicioso, hacinan, desnudos y sin tratamiento calificado, a los delirantes, que han hecho ruptura con la opresiva realidad que los circunda.

Crimen de lesa humanidad y burladero de la norma de suspensión penológica que acá se ha invocado. Digamos que un juez justo jamás ha de permitir la legitimación de tal farsa. Valga esta connotación como alerta y, al tiempo, como denuncia del inmoral fraude. Conocemos estos pseudo-pabellones psiquiátricos en cárceles como la de Bellavista de Medellín. Son parras de desvergonzada impiedad y carbonienta estrategia de una hipocresía administrativa, cuya sola tolerancia está mancillando a la Ciencia y a la Justicia.

¿De dónde venía Uberley? No lo sabemos porque su inconexa "confesión" apenas traduce confusiones. Su indagatoria, empotrada en una psique enferma y medrosa, acoge, como hija de sugestiones, las rotas hipótesis policivas. ¿Y ahora, dónde está? También lo ignoramos, como dato geográfico; pero, podemos afirmar por el ordinario acontecer sociológico: deambula por caminos sin nombre y por todas las hambres y escaseces del hombre. Usualmente, el loco nos condiciona a la desconfianza y nos despierta latentes instintos de crueldad. Son perseguidos y ahuyentados a pedradas. Su feo aspecto, las enfermedades, su gradual involución acercándolos a guturales animales sucios, cuya rala e hirsuta barba enmarca un rostro anguloso, enflaquecido y apergaminado por la intemperie, en el que brillan ojos asustadizos, aterrados y aterradores; así, en conjunto y por el halo que expelen —esa es la palabra— nos inspiran confusas premoniciones que, dialécticamente, convocan a la no hospitalidad y a la agresión: "No por aquí. Muérase de llagas. Id por otras partes". Son errabundos que representan —psicoanalíticamente— culpas oscuras o represiones inconscientes. ¡Pobrecillos! En ellos (reflejo del espejo) se da la explicación de la universalidad de una leyenda triste: la del Judío Errante sin descanso, bajo el agua o con el sol quemante sobre la curtida desnudez. Algún día se quedarán, ya sin aliento, dormidos, en sueño inerte, sobre la piel de la tierra, igual a la suya: reseca y endurecida por las inclemencias del medio ambiente. En verdad, ellos, como Atlantes mitológicos, cargan el mundo y sus crispaciones sobre sus espaldas. En su lenguaje, fiereza o mansedumbre, se enuncian, citados, todos los problemas y todas las angustias sociales. Por ello son algo así como sueños caminantes y visibles de toda la colectividad. Los que entienden que las ideas puras se expresan en símbolos: tienen que respetarlos, interpretarlos y, aún más, luchar por las transformaciones que predicán en su calidad de profetas de desdentada boca y hosca barba. Todos los perseguidos le son hermanos.

Esta jurisprudencia —la que ahora comento— cubre con su sabiduría su desventura, sin merced distinta de la aplicación de la ley. Nos recuerda, eso sí, y con estilo diáfano, aun en la indignación, que se debe saber que los locos se dejan juzgar pasiva e incoherentemente; por tanto, el juez debe ser activo y coherente. De oficio ha de entregarle al demente

su calidad de hombre; al hacerlo le reconoce sus inherentes e inalienables derechos. De ahí que la más bella expresión de la sentencia sea aquella en la cual se apellida al reo diciéndole: "Ciudadano Gordillo". Por esto la falta de plena prueba es razón jurídica suprema, y el estado de inimputabilidad es tan subalterno que llega a ser inane. Rompe los prejuicios y el facilismo mecanicista. Despeja, así, tesis que confabuladores de erudición y vanidad han venido en construir con rebuscada elucubración libresca que se aleja de un pueblo asfixiado en la constrictora matriz del hambre, que está pariendo, crimen de la explotación, un alarmante número de deficitarios mentales cuya única esperanza es un amanecer de liberación económica, social y jurídica.

Tribunal Superior de Medellín

EL DELITO CONTINUADO EN EL CÓDIGO PENAL

El delito continuado no quedó contemplado de manera expresa en el Código Penal vigente, pues se trata de un caso de delito unitario y no de un concurso de delitos. Por ello, el legislador no tenía que incluirlo en el art. 26, pues todo delito unitario, por definición, está regido por el tipo respectivo que lo contempla y reprime, sin necesidad ni posibilidad de auxilio alguno por las normas de la Parte General.

Magistrado ponente, Dr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA *
Medellín, diciembre 19 de 1986.

Los hechos fueron narrados así por la alta corporación:

“Empleados de la Personería Municipal de Medellín decidieron crear una pequeña comunidad de ahorros con el nombre de «Natillera Nati-amigos», de la que en 1985 era presidente el procesado T. y tesorero el sindicado L.; a la vez, el Dr. J. C. S. y revisora fiscal la Dra. L. M. V., quienes no fueron inculpados pero ejercieron sus cargos con la mayor incuria. Los socios de la natillera, unas treinta y seis personas, hacían aportes quincenales que fluctuaban entre los mil y los ocho mil pesos, para un total ahorrado en ese año de más de millón y medio de pesos, de los que se distrajeron algo más de un millón... Durante todo el año, T. y L. recibían los dineros de los aportes, hacían a terceros algunos préstamos más o menos informales y el resto se lo autoprestaban ellos mismos para jamás pagarlo... Acosados, al final del año, por los reclamos de los socios, los cómplices lograron abrir en un banco local una cuenta corriente y procedieron a pagar el valor de las liquidaciones, habiendo cubierto o cancelado algo más de quinientos mil pesos a quince interesados, pero dejando inso-

lutos los créditos de muchos otros socios por un valor superior al millón cien mil pesos. Los créditos de la mayoría de socios fueron «cubiertos» con cheques sin fondos que resultaron desde luego impagados por esta causa”.

Las consideraciones jurídicas fueron las siguientes:

Hay que observar que el art. 26 del C. P. regula el “concurso de hechos punibles”, ciertamente, pero no incluye ningún caso de delito unitario, y mal podría hacerlo bajo ese rubro porque se trata de dos cosas excluyentes. Y el llamado “delito continuado”, que ciertamente no aparece mencionado en forma expresa por el Código Penal vigente, es precisamente un caso de delito unitario y no de concurso de delitos, justo el que la distinguida magistrada señala como de “pluralidad de hechos y un solo delito”, que por ser un solo delito no puede estar reglado por una norma que regula exclusivamente la pluralidad de delitos que deban juzgarse en una sola sentencia. Al no ser un concurso de delitos sino un delito unitario, el Código no tenía por qué incluir el “delito continuado” en el art. 26, pues todo delito unitario está por de-

finición y por principio regido por el tipo respectivo que lo contempla y reprime, sin necesidad ni posibilidad de auxilio alguno por las normas de la parte general.

Pero aparte las razones que asistieron al *quo* para tomar la imputación como integrada por un delito unitario de abuso de confianza en concurso (material) con otro, también unitario, denominado “fraude mediante cheque”, es un hecho incuestionable y constituye irrefutable ley del proceso que los inculpados T. y L. fueron vocados a juicio criminal ordinario solamente por el concurso de un abuso de confianza (por la cuantía total, desde luego) y un fraude mediante cheque (por el conjunto de los cheques librados sin fondos, naturalmente). Muy clara y muy precisa es al respecto la parte motiva del enjuiciamiento, en la que se enfatiza que ambos procesados deben responder “por las dos ilicitudes ya mencionadas y que entran en concurso” (fls. 261). Tan patente es la unidad criminosa que se postula en el pliego de cargos, que el señor juez, con excelente criterio, decidió que en su “pronunciamiento quedan comprendidos los distintos entes delictivos con que se menguaron los patrimonios de todos los socios de la natillera” y por esto ordenó recoger las diligencias iniciadas por separado mediante denuncia de F. G. M. (fls. 261). La parte resolutive del auto acusatorio no posee un sentido menos evidente, pues encausa (por los delitos de “fraude mediante cheque” y de “abuso de confianza”) (fls. 262), habiendo precisado en la motivación las normas infringidas y deducido para el primer cargo la agravante por la cuantía superior a cien mil pesos de que trata el art. 372 del C. P. y aclarado igualmente su propia competencia para conocer del asunto por tratarse de una defraudación por valor mayor al millón de pesos (fls. 260-61).

En perfecta concordancia con ello, el señor juez de circuito expidió la sentencia ameritada, en la que condenó a los (dos coautores) como responsables del concurso de ambas infracciones (fls. 304 y 305).

Podría, pues, en este caso concreto, pres-

cindir por completo de la discusión en torno a si el “delito continuado” sigue o no teniendo aplicación, en cuanto delito unitario, en el nuevo Código Penal, pues de lo que se trata aquí y ahora es de que T. y L. fueron enjuiciados por un delito de abuso de confianza en concurso con un delito de fraude mediante cheque y que este enjuiciamiento, en cuanto ejecutorio y exento de vicios invalidantes, es el marco imprescindible e insuperable para la sentencia penal. Parece claro, o al menos así lo está para la mayoría de la Sala, que una persona enjuiciada por dos delitos no puede ser condenada por un número superior de ilicitudes. Errado o no, el auto de proceder alcanzó firmeza procesal y como ley del juicio debe ser necesariamente acatado. La nulidad por incompetencia resulta, frente a tan clara situación, como un expediente a un refugio y con ella podría crearse un cierto riesgo de impunidad, al menos en tres sentidos: primero, porque exige calificar por una pluralidad de hechos que no constan uno a uno en su escueta individualidad histórica, lo que sería necesario acreditar porque el concurso de delitos no es una modalidad del delito unitario, sino precisamente la multiplicación de los delitos, de suerte que en los cargos es forzoso determinar cuáles y cuántos delitos fueron en concreto cometidos y cuál la cuantía y época de cada uno; segundo, porque de tal manera resulta que los sindicados no perpetraron un grave fraude contra varias personas, sino varios fraudes leves, debiendo entonces responder por un concurso de levedades que muy probablemente no daría curso siquiera a la agravante por la cuantía superior a cien mil pesos, como si lo timado por ellos a las víctimas no fuera bastante superior a dicha cifra; tercero, porque al no totalizar la cuantía tampoco para efectos de la competencia judicial por este factor, se atribuye el conocimiento del asunto a los jueces de inferior categoría que son, al tiempo, los de mayor recargo de trabajo.

Por la vía de la ponencia original se eluden ciertamente los factores aglutinantes del he-

* Acompañó al ponente el Dr. Hernán Gómez Constain.

cho, tales como el dolo global en el giro de los varios cheques sin fondos, el dolo continuado en los actos parciales de apropiación y, en este mismo caso, el aprovechamiento reiterado de una misma oportunidad repetitiva o prolongada en un lapso temporal relativamente reducido, con afectación siempre del mismo grupo de personas determinadas, unidas entre sí por el vínculo convencional de una "natillera", que es como una pequeña comunidad de ahorros. También se desconoce con ello que los varios actos parciales de apropiación de cuotas o saldos y de giros de cheques sin fondos para pagar lo que correspondía a cada socio después de la liquidación de la natillera, no constituía una lesión separada y autónoma al mismo bien jurídico, sino que de este modo ese bien sufría un daño cada vez más grave, en una verdadera progresión delictiva; y como si fuera poco, se ignora que la progresión delictiva da lugar, por consunción, a un concurso aparente y no a un concurso efectivo de tipos.

Casos de esta naturaleza no son en modo alguno extraños a nuestro ordenamiento jurídico sino que se presentan a granel en el mismo; a guisa de ejemplos: si con intención de lesionar, alguien ocasiona a otro varias lesiones corporales, la lesión más grave consume a las otras; si, queriendo matarla, alguien ataca varias veces a su víctima, no hay en cada ataque una tentativa de homicidio, sino que el conjunto de ellos conforma una sola tentativa, que a lo sumo podrá considerarse que estuvo más próxima a la obtención del resultado típico consumativo; si alguien se apropia uno a uno de varios enseres del mismo o de distinto dueño, en relativa unidad de situación motivacional u oportunidad, nadie hablará de tantos hurtos como objetos o como sujetos pasivos, sino de un solo hurto por el total de los bienes sustraídos o contra las varias personas ofendidas, etc. Sin embargo, en cada uno de esos ejemplos puede percibirse que cada uno de los actos parciales se ejecuta con un dolo en cierta forma distinto o propio y en un distinto espacio-tiempo y cada uno

de ellos puede sin duda ser calificado por sí mismo como acto típico, antijurídico y culpable, pese a lo cual no es posible considerarlos como pluralidad de delitos sino como delito unitario, continuado o no. Otro género de casos pone también de relieve los dramáticos aprietos a que conduce la tesis concursal que se aplica sin haber distinguido primero en forma clara y nítida entre la unidad y la pluralidad de hechos punibles; se trata esta vez de los llamados fraudes colectivos: alguien vende en una tarde 35.000 boletos para un falso partido de fútbol: según la tesis empírica del concurso, ese sujeto no cometió una estafa agravada, por el valor total, contra treinta y cinco mil personas, sino un concurso de treinta y cinco mil pequeños delitos de estafa simple que el juez tendría que acreditar probatoriamente y uno a uno, y relacionar de la misma manera en el pliego de cargos y en el fallo. Por este camino se llega, pues, al absurdo de la actividad del juez penal o a la completa irracionalidad de la pena, pues se evade la aplicación de los tipos especialmente agravados por la cuantía, se desconoce que el delincuente puede fraccionar la ejecución precisamente para buscar una escala punitiva más benigna o una competencia judicial de menor rango, y se llega finalmente al inenarrable predicamento de que, o se aplica una pena irrisoria que no traduce adecuada y totalmente la valoración jurídicopenal y politico-criminal del hecho, o bien tiene que aplicarse el máximo de la pena con el máximo del aumento por el concurso, pues si este máximo no se aplica a la concurrencia de un número tan elevado de delitos, entonces posiblemente no tendría aplicación nunca.

Indica lo anterior que el formalismo abstracto no es suficiente para discernir la unidad de la pluralidad de delitos, pese a lo cual la aplicación del art. 26 del C. P. solo procede cuando ya está descartada la unidad y establecido el concurso, pero no como ficción o presunción sino como realidad natural y jurídica. Lo que importa es que los varios y sucesivos actos se encadenen en un mismo injusto

creciente o progresivo como partes de una sola consumación y que constituyan una unidad de sentido captable por el mismo tipo de delito en unidad valorativa e interpretativa. Lo que importa también es que no se condene por varios delitos al que solo ha cometido uno y que no se otorgue al delincuente la posibilidad de fragar la escala punitiva de su crimen, en los casos en que la pena depende de la cuantía, con el solo recurso a la comisión del delito por cuotas o parcialidades que, al no sumarse o globalizarse, evaden las más severas penas de los tipos agravados por la cuantía y eluden del mismo modo las competencias de mayor jerarquía, que precisamente han sido instituidas para el juzgamiento de los casos más graves.

La pena ha sido muy benignamente tasada por el señor juez de la primera instancia y por lo mismo la Sala la tasaré de nuevo¹. De los concurrentes, el delito más grave es el de abuso de confianza agravado por la cuantía (arts. 358 y 372 del C. P.), pero la naturaleza y modalidad de los hechos y el número de personas afectadas con ellos en su patrimonio económico no permiten partir del mínimo del tipo básico con el mínimo del incremento por la cuantía, sino que, habida cuenta de esos factores y también del alto grado de culpabilidad de los acusados (C. P., art. 61), ha de partirse de dos años de prisión y fijarse la multa en cincuenta mil pesos para cada convicto. En razón del concurso de infracciones y con base en el art. 26 del C. P., se incrementará en un año la pena privativa de la libertad, por el concurso del delito de fraude mediante cheque, con el que también se perjudicó a varias personas. La pena principal para cada condena quedará entonces en tres años de prisión y cincuenta mil pesos de multa, y ambos sufrirán por igual tiempo la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas (C. P., art. 52).

No hay objeción al otorgamiento del subrogado de la condena de ejecución condicional, pues se dan las exigencias del art. 68 del C. P., pero se agrega la obligación de reparar los perjuicios civiles causados con las infracciones, con la advertencia de que de no hacerlo durante el período de prueba y una vez liquidados, les será revocado el subrogado y hecho efectivo el total de la pena.

Así, entonces, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, por mayoría y en desacuerdo con el inmediato colaborador fiscal, confirma la sentencia de fecha, origen y contenido indicados, que se ha revisado por vía de consulta, con las siguientes modificaciones: cada uno de los reos T. y L. debe descontar tres años de prisión y pagar al Tesoro Nacional cincuenta mil pesos de multa. Para gozar de la ejecución condicional de la condena deberán los convictos, además, renovar la diligencia de compromiso, con la obligación adicional que se especificó en la parte motiva. Discutido y aprobado en sesión de la fecha, según consta en el acta respectiva, cuyo número se indicó en el encabezamiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

SALVAMENTO DE VOTO

De la Magistrada Dra. MARIELA
ESPINOSA ARANGO

Dentro del término del art. 11 del decreto 1265 de 1970, con las siguientes reflexiones salvo mi voto, pues no estoy de acuerdo con la consideración de la mayoría de la Sala de Decisión al involucrar el factor síquico finalista de quien delinque a través de varios episodios, como elemento sustancial en la tipificación de un delito unitario.

¹ El a quo había tasado la pena imponible en 20 meses de prisión, aunada a multa de dos mil pesos. Como pena accesoria, la de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones por el mismo tiempo, así como la obligación de indemnizar los perjuicios para gozar del subrogado de la condena de ejecución condicional.

Decía en la ponencia original respecto al tópico *quid* del desacuerdo:

“La Sala se identifica plenamente con los razonamientos del señor Fiscal en esta instancia. Desaparecida la figura del *delito continuado* (ley 95 de 1936, art. 32), la del *curso de hechos punibles* regulada por el actual estatuto represor reúne las diferentes situaciones previsibles: varios delitos con un solo hecho; pluralidad de hechos y un solo delito; multiplicidad reiterada de hechos e infracciones y, finalmente, la acumulación de juicios (arts. 26, 27 y 28 del C. P.).

“De tal manera, así se trate del concurso múltiple de delitos contra el patrimonio (en este caso de abuso de confianza y fraude mediante cheques, arts. 358 y 357 del C. P.), la relación de conexidad no autoriza englobar las diferentes sumas o valores que conforman los atentados para deducir de allí que por la cuantía se escapa de la competencia para el conocimiento en primera instancia al juez municipal (art. 37 C. de P. P. subrogado por la ley 55/84, art. 1º n. 2º) y deba asumirla el juez del circuito por la cláusula general contenida en el numeral 2º del art. 36 del estatuto adjetivo. Esta competencia solo operaría por virtud del art. 39 del mismo procedimiento penal si alguno de los apoderamientos fuera violatorio del art. 357 o del 358 del sustantivo idem, hubiera sido aglutinante por exceder el monto dentro del cual tenía jurisdicción el juez municipal (\$ 300.000 en 1985 y 1986, art. 2º ley 55/84).

“Al concurrir la causal de nulidad legal instituida por el numeral 1º del art. 210 del ordenamiento procedimental, de conformidad con el art. 212 *ibidem* se abrogará por esta Sala la actuación cumplida a partir del calificatorio omitido el diecinueve de mayo y que corre de folios 254 a 263 inclusive para que, una vez cumplida erradicación de primera instancia en el Juzgado Décimo Octavo Penal del Circuito, vaya el expediente íntegro a conocimiento del señor juez penal municipal (reparto)”.

Es que la *figura del delito unitario no es diferente en su esencia a la del “delito conti-*

nuado” tratada en la nueva legislación como “concurso material homogéneo y sucesivo de hechos punibles”, en el cual cada episodio criminal es sancionado como comportamiento individual mas con tratamiento especial en cuanto hace a su tasación. Así, no puede acudirse a figuras o especies que bajo cualquier denominación se traduzcan en categorías delictivas ya superadas con buen fundamento y finalidad mediante la derogatoria y, en consecuencia, esa cadena de abusos de confianza y fraudes mediante cheque cuya materialidad y autoría sicofísica no se cuestiona, debe tratarse como un concurso de concursos: material, homogéneo y sucesivo de abuso de confianza con material, homogéneo y sucesivo de fraude mediante cheque.

Sobre el particular se pronunció la H. Corte Suprema de Justicia en septiembre de 1982, con ponencia del Mgo. Dr. Gustavo Gómez Velásquez:

“... ”

“Conviene anotar, a este último respecto que la denominación de delito continuado desapareció de la legislación penal, pero no el fenómeno jurídico que lo constituía y estimable para la imposición de penas cuando se tratase de la comisión de varios hechos punibles. Es así como el Código de 1980 lo recoge en el art. 26 («el que... con varias acciones... infrinja... varias veces la misma disposición —el llamado concurso homogéneo sucesivo, aunque asignándole una punibilidad mayor— ...quedará sometido a la que establezca la pena más grave aumentada hasta en otro tanto») ya que la nueva institución termina con la estructura jurídica de la ficción, que reconocía el anterior estatuto, mediante la cual se dispensaba una pena más benévola («...la sanción deberá aumentarse de una sexta parte a la mitad»), al considerarse como un solo hecho las varias conductas realizadas.

Son las consideraciones que preceden los fundamentos que me inclinan a no ajustarme con la decisión mayoritaria, la cual acato.

Medellín, enero trece de mil novecientos ochenta y siete.

SECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA

LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho Penal*, Partes General y Especial, tomo V, Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 585.

El Dr. LUIS CARLOS PÉREZ ha venido publicando periódicamente su obra *Derecho penal* —partes general y especial—, y recientemente la Editorial Temis ha editado el tomo V, que es la culminación de tan elaborado trabajo, el cual está dividido en cinco títulos, a su vez subdivididos en capítulos. Los cinco títulos tratados en el tomo V del libro hoy reseñado, corresponden a los títulos XI al XV del Código Penal colombiano.

El primero corresponde a los delitos contra la libertad y el pudor sexuales, y consta a su vez de cuatro capítulos, refiriéndose en primera instancia a los bienes jurídicos tutelados; en él se hace un bosquejo general de cómo se llegaron a adoptar la libertad y el pudor sexuales como bienes jurídicos objeto de protección, abordando tópicos tales como el atraso científico en cuestiones sexuales, la libertad sexual en lucha contra los patronos, y concluye afirmando: “Los hechos punibles que la perturban —la vida sexual humana— han de describirse, investigarse y juzgarse despojándolo de la trascendencia infundida por los arcaísmos mentales que hicieron de la reproducción una actividad rodeada de misterios” (pág. 4).

Delitos de violación sexual, es el tema del segundo capítulo. Aquí se hace un recuento histórico de la represión del delito de violación sexual y se alude al acto sexual violento, al acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir, específicamente tratando los temas del estado de inconsciencia procurado, la relatividad de los estados de inconsciencia y las condiciones de inferioridad psíquica.

Es de destacar en este acápite, la humana y valiosa defensa que el autor hace de los derechos sexuales de la mujer cuando se refiere a los actos violentos entre cónyuges, como que después de resumir las diferentes posiciones sobre el tema, sienta su posición afirmando: “Es delictuosa la conducta del marido que viola a su mujer, y son inadmisibles las circunstancias intermedias en las cuales pueda caber la culpabilidad o no” (pág. 44).

En tercer lugar se ocupa del estupro, los actos carnales abusivos y las causas de agravación; pasando luego al tipo del acceso carnal abusivo con menos de 14 años y refiriéndose a este polémico tema alude a la irracionalidad de las fórmulas sobre inmadurez sexual de adolescentes.

Finalmente aborda el estudio del proxenetismo y sus diferentes clases, puntualizando que a través del tiempo han existido “voces altas” en pro de la alcahuetería en lo que se refiere a este delito, y específicamente cita a CERVANTES en el *Quijote*.

“Delitos contra la integridad moral” es la denominación del título XII, que está compuesto de tres capítulos. En el primero de ellos reitera como bien jurídico tutelado la dignidad, y precisa cómo debe entenderse el término “integridad moral”; sin embargo considera que el concepto de dignidad conviene más que el de integridad moral, pues “este se presta a falsos o erróneos entendimientos”.

Prosigue refiriéndose a la honra, el decoro y el honor como bienes derivados de la dignidad, y enfatiza que la integridad es protegida en todo caso, sin que sea dable entonces la diferenciación entre gentes con patrimonio moral y gentes sin él, para protegerlas o no en su integridad moral; por lo tanto, concluye, la dignidad no es un derecho sino un atributo.

La injuria se examina en el segundo capítulo, definiéndola como "las imputaciones que deshonren a otra persona cualquiera fuere el medio empleado" (pág. 119); la injuria es, pues, un ataque a la dignidad ajena.

Para el autor el elemento psicológico de esta conducta es el *animus injuriandi*, aunque advierte que la apreciación de dicho ánimo se debe tomar "con el sentido más natural de las palabras, según el lugar donde se pronuncian... la extracción del agente, su grado de cultura... así como las condiciones ordinarias de vida" (pág. 124).

El último capítulo es el que trata de "La calumnia y de las normas comunes con la injuria"; en él establece diferencias y similitudes entre las dos figuras y afirma que en la calumnia "el hecho punible atribuido ha de ser perfectamente determinado" (pág. 136). Las eximentes de punibilidad es otro tema abordado en esta sección, haciendo énfasis en el fenómeno de la retractación.

El título XIII está referido a los delitos contra la vida y la integridad personal, dividiéndolo en siete capítulos para hacer un mejor estudio de tan delicado tema.

El primero se ocupa de los bienes jurídicos tutelados, que en este título son la vida y la integridad personal. Exponiendo el primero de los bienes jurídicos mencionados, afirma que hubo un "enorme esfuerzo de las formaciones históricas para llegar al reconocimiento de la vida como bien radical y supremo" (pág. 162). En torno a la integridad personal, concluimos con el autor que una denominación más correcta y ajustada a la realidad de esta sección sería la de "Delitos contra la vida y la integridad física de las personas".

El acápite segundo está dedicado al estudio de la figura del homicidio. Es importante resaltar que en esta sección el autor analiza la culpabilidad del homicida y concluye: "en los albores de la penalidad regimentada no interesa nada la culpabilidad del homicida" (pág. 178); se pasa entonces a describir cómo a través de los tiempos se ha evolucionado de una atribución homicida ilimitada hasta la culpabilidad del acto.

Después de exponer con amplia claridad la figura ya mentada, en el capítulo tercero se refiere al homicidio agravado, clasificando las agravantes por grupos, así: agravante por parentesco; el homicidio como medio para otros objetivos; agravantes por circunstancias posteriores al homicidio; homicidios con medios catastróficos; agravantes por precio y promesa remuneratoria; agravantes por motivos abyectos o fútiles; agravación por sevicia; agravantes por aprovechamiento de inimputables; agravante por indefensión e inferioridad de la víctima.

El análisis de lo que el profesor PÉREZ denomina "Otras clases de homicidios", está contenido en la sección cuarta del título arriba mencionado, empezando con el estudio del homicidio preterintencional. Es allí donde plantea la discusión sobre la preterintención, citando la posición de varios autores; asimismo hace alusión a la polémica sobre las agravantes específicas en la preterintención homicida en el Código del 36, lo que no ocurre en el sistema vigente (pág. 237).

El homicidio por piedad es otra clase de delito examinado, lo mismo que la inducción o ayuda al suicidio, enfatizando que dicha inducción o ayuda han de ser eficaces y efectivas. La muerte del hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial no consentida, es otra de las figuras estudiadas.

Culminando, aborda el homicidio culposo, haciendo un breve análisis sobre las agravantes específicas para ese tipo de delito y de la pena accesoria interdictiva.

"Lesiones en el cuerpo y en la salud del hombre" es la denominación del aparte quinto; allí asegura que en la Antigüedad esta clase de delitos se castigaba de un modo talional, sin tener en cuenta los hoy denominados "elementos subjetivos de la culpabilidad"; solo a partir del siglo XIX comenzó a vislumbrarse una aproximación a la moderna concepción de la culpabilidad en este punto.

El profesor PÉREZ considera errónea la denominación dada a estos delitos —lesiones personales—, pues hay ataques a otros bienes

diferentes de la vida y la integridad personal que también lesionan a las personas, por lo cual deberían denominarse "lesiones en el cuerpo o en la salud de la persona". El candente y actual tema del aborto es abordado en el penúltimo capítulo de esta sección, en el que hace un balance de los argumentos en pro y en contra de la incriminación del aborto, y llega a formular una conclusión del siguiente tenor: "La enorme cifra oscura de este delito obliga a indagar la conveniencia de eliminarlo" (pág. 299).

Semejante enfoque es producto de la concepción que tiene de la mujer: "la mujer no es una incubadora, ni su vientre es foro para resolver intereses ajenos... es una persona con los atributos de libertad y dignidad... rindiéndose ante estos atributos y derechos, la ley debe concederle capacidad de escoger entre la continuación del proceso embrionario o la suspensión... sin coerciones ni tratamientos especializados" (pág. 303).

El séptimo capítulo es el que alude al abandono de menores y desvalidos, analizando las agravantes específicas de este tipo penal, como también las atenuantes del mismo.

Luego aborda los "Delitos contra el patrimonio económico", tema del título XIV del estatuto represor. En el primero de los capítulos se detiene sobre el bien jurídico tutelado, afirmando: "la ley colombiana no reprime los ataques al patrimonio, sino precisamente al patrimonio económico" (pág. 336); hace además una elaboración detallada de lo que debe entenderse por la propiedad, así como su significación en el derecho penal y civil, para concluir que "es más adecuado hablar de propiedad y no de patrimonio..." (pág. 345).

En la segunda sección examina el hurto simple. El análisis de la figura comienza con el estudio del apoderamiento como resultado del hurto, pero no es cualquier tipo de apoderamiento, es aquel que signifique "una modificación de su esfera de custodia" (pág. 375) por parte del tenedor, poseedor o dueño, según el caso.

En seguida se ocupa del hurto calificado, cuya característica es la violencia entendida como aplicación de fuerza física, o la violencia moral como la amenaza. Analizando cada una de las modalidades del hurto calificado se refiere al insidioso, al cometido con violación domiciliaria, al realizado utilizando llaves sustraídas o falsas y con ganzúas e instrumentos similares. A continuación, en el acápite cuarto, expone las clases de hurtos agravados y atenuados; hace un breve pero profundo análisis sobre cada una de las modalidades del hurto agravado (art. 351 C. P.). En relación con los hurtos atenuados, menciona específicamente el de uso y el efectuado entre conductores; y aludiendo a la falsedad en marcas de ganado, precisa: "la norma debió insertarse en otro lugar del estatuto represor" (pág. 421).

En el capítulo siguiente aborda "La extorsión", asegurando que, a diferencia de los demás delitos de este título, esta figura goza de una especialidad jurídica, pues "el mal futuro y el lucro futuro son la esencia de la extorsión" (pág. 431). Por otro lado menciona las agravantes de este tipo; y concluye su análisis con la forma extorsiva denominada "chantaje" que "no es sino una conducta extorsiva con constreñimiento psicológico" (pág. 437).

En el capítulo sexto examina el delito de estafa, afirmando que "los bienes jurídicos afectados por el delito de estafa son el patrimonio económico... y la buena fe en las relaciones civiles y mercantiles" (pág. 442). A renglón seguido analiza cada uno de los elementos de la figura y distingue entre perjuicio y provecho.

"El fraude mediante cheque" es examinado en el VII capítulo. El autor encuentra varias conductas contenidas en este supuesto de hecho, a saber: a) emisión ilegal del cheque, b) transferencia ilegal del cheque, y c) bloqueo del cheque.

El aparte octavo está dedicado al abuso de confianza, y después de un breve análisis sobre los antecedentes de la figura en nuestro medio, enumera cuatro elementos básicos pa-

ra su configuración: el fraude; custodia de la cosa; desplazamiento de la esfera de custodia del bien mueble y la entrega fiduciaria. Los hechos punibles analizados a partir del capítulo noveno, que está dedicado al estudio de las defraudaciones, son: en el capítulo X las usurpaciones, en el XI el daño en bienes ajenos, y el XII contiene las disposiciones comunes a los delitos contra el patrimonio económico.

El último título del libro lo dedica a las disposiciones generales (título XV C. P.), o la aplicación extensiva del Código Penal del 80, la vigencia de leyes especiales, el tránsito de legislación y la derogatoria.

Con orgullo ponemos punto final a la reseña de esta ilustrativa e interesante obra que, estamos seguros, llenará el vacío que en materia de derecho penal especial se evidencia en nuestro medio. Esperamos haber abarcado los lineamientos generales de tan valioso trabajo y humildemente nos atrevemos a ofrecerla al maestro como un homenaje a su obra que ha enriquecido notablemente el campo del derecho penal colombiano.

LINA ADARVE CALLE, estudiante
Facultad de Derecho U. de A.
Abril de 1987.

GERHARD WALTER: *Libre apreciación de la prueba*, Bogotá, Edit. Temis, 1985, 413 páginas.

Recientemente la Editorial Temis dio a la publicidad la traducción que el profesor de la Universidad de Buenos Aires, TOMÁS BANZHAF, ha hecho de la obra *Freie Beweiswürdigung*, publicada por la J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1979, escrita por el profesor WALTER como tesis de habilitación profesoral en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Everardo Carlos de la ciudad de Tübingen.

A continuación haremos una apretada síntesis de tan interesante trabajo para nuestros lectores.

El capítulo I está dedicado a una "Introducción", en la cual expone los motivos y la finalidad de la investigación.

Luego, en el capítulo II aborda las bases históricas del derecho probatorio, donde afirma que para poder desentrañar el verdadero sentido de la apreciación de la prueba se hace menester dar una mirada a cada uno de los momentos históricos, para descubrir de ese modo que la historia del derecho probatorio y de la apreciación de la prueba es la misma del proceso en sí.

De ahí que en el período preclásico (en el proceso romano) no haya existido una teoría de las pruebas legales, como tampoco el principio de la libre apreciación; puede hablarse más bien de un eclecticismo, porque al juez frente a las pruebas le correspondía alguna valoración para el juzgamiento. Pero, de otro lado, era vinculante el juramento de las partes y preponderante la prueba documental; empero, también hubo un progresivo abandono de los principios procesales, lo cual impedía, obviamente, la apreciación libre de las pruebas.

En la época clásica, en cambio, rigió una justicia ejemplar, o por lo menos así se presenta, pues afloró el principio de la libre apreciación de la prueba; el proceso era público, oral, con la inmediatez del juez y además se oía a ambas partes; todo ello orientado a que por medio de la investigación se descubriera la verdad. Mas con la aversión al testimonio *unus testis*, la abolición de los principios de oralidad e inmediatez y la aparición de la tortura, se llegó a la decadencia de esta época.

Como fenómeno opuesto al proceso romano clásico aparece el *italo-canónico*, en el cual lo que gobierna el trámite procesal es la rigidez doctrinaria y el dominio de la inquisición. Y, pese a pretenderse que la prueba influyera en la convicción del juez, estaba preestablecida "la convicción" a que se podía llegar por los

distintos medios de prueba; el proceso no se realizaba pública ni oralmente. Con todo ello se apuntaba más a una teoría de las pruebas legales.

En relación con el proceso canónico rigió inicialmente como principio la libre apreciación de la prueba, pero "el temor a la subjetividad del juez condujo a su decadencia" (pág. 44).

En cuanto al proceso germánico, encontramos que en la época primitiva los únicos medios de prueba eran el juramento, el duelo y el juicio de Dios, sin que fuera viable considerar la existencia de la apreciación de la prueba, como tampoco del procedimiento probatorio.

Sin embargo, el proceso germánico es de interés para el estudio de la temática de la obra, sobre todo cuando desaparecen los medios de prueba denominados "espirituales", salvo el juramento, siendo reemplazados por los documentales, permitiendo que las partes prueben sus afirmaciones y logrando que el juez se convenza de la verdad mediante la inmediatez en la práctica de las pruebas. Se logra así la libre apreciación de la prueba, mediante un debate oral que cuenta con la presencia del juez. Todo esto ocurría esencialmente para el proceso civil, pues en el penal, aunque se pretendía que el juez fuera convencido de la verdad material, se emplearon los más criticables sistemas para obtener la confesión, sin la que no se concebía la condena; por ello se utilizó la tortura, que resultaba favorecida con el procedimiento secreto.

De la anterior evolución, a manera de conclusiones, plantea el autor las siguientes inquietudes.

Una vez superadas las ideas primitivas del juicio de Dios, en el que no era posible investigación alguna, se impuso en el Estado Romano (época clásica) la confianza en la razonabilidad del juez individual, confiándosele resolver litigios: "El juez romano buscaba la verdad guiándose solamente por la voz de su razón" (pág. 94).

Sin embargo se cayó de nuevo en la desconfianza hacia la judicatura, resistente a la omnipotencia de la tiranía, lo cual condujo a que los jueces se sujetaran a las normas lega-

les como límite para la averiguación de los hechos. Con razón afirma el profesor WALTER que "solo cuando se comprendió lo defectuosas que son las disposiciones legales apriorísticas para comprobar un cuadro de hechos, y cuando se comprendió que había otras posibilidades para defenderse de la arbitrariedad judicial, resurgió el principio de la libre apreciación de la prueba" (pág. 94).

Lo anterior significa que el imperio de la libre apreciación de la prueba depende de la forma como se valora al juez, pues en la medida en que se desconfía de él vienen los límites a la libertad de comprobación de los hechos; sin embargo, como dice el autor: "Todos los intentos de limitar o de conducir al juez en la investigación mediante cualesquiera reglas de prueba, estaban condenados al fracaso. Solo insertando la libre apreciación de la prueba en un tejido de principios procesales de garantía y de control se puede obtener tanto una salvaguardia para un posible reconocimiento de la verdad, como también una garantía contra el abuso de esa libertad por parte del juez. El debate y la recepción de la prueba orales e inmediatos, la audiencia de los interesados, la posibilidad irrestricta de poder valerse sin obstáculos de todos los hechos y circunstancias que vengan a cuento para constatar la verdad, o sea la prohibición de implantar un *numerus clausus* en los medios de prueba y de poner limitaciones a estos, son principios que garantizan una apreciación verdaderamente libre de la prueba. El principio del deber de fundamentar el fallo y así mismo la publicidad del procedimiento son garantías suficientes para aplacar la desconfianza hacia la omnipotencia de un juez. Esos principios existieron siempre cuando la apreciación de la prueba no estaba reglada y desaparecieron tan pronto como entraba a reinar la teoría de las pruebas legales" (págs. 94-5).

En el capítulo II, expone el catedrático alemán las "Bases para la apreciación de la prueba: la libre convicción". Justamente es allí donde se capta que en Alemania impera en

casi todos los ordenamientos procesales el principio de la libre apreciación de la prueba, aceptándose que para el proceso civil es suficiente que el hecho sea preponderantemente verosímil, en tanto que para el proceso penal el principio está gobernado por el *in dubio pro reo*. No obstante, y a pesar de todo, la jurisprudencia y la doctrina han aventurado toda suerte de teorías; estimándose, de ese modo, que la convicción como presupuesto de la libre apreciación está constituida por la conciencia de un alto grado de verosimilitud determinado, quedando marginada cuando se reconoce que por lo limitado de la mente del hombre no es afirmable la existencia de un saber absolutamente seguro de un hecho, pues siempre será posible la abstracta factibilidad del error. De ahí se sostuvo que al juez le era suficiente un grado de verosimilitud tan alto "como fuera en todo caso asequible". Así mismo, sostuvo luego la jurisprudencia que se requería una certidumbre subjetiva carente de dudas para la convicción del juez.

Después de un muy bien logrado análisis jurisprudencial, el distinguido autor destaca las posiciones más relevantes adoptadas por los distintos tribunales, anotando la aceptación de la "convicción" o certidumbre —valoración subjetiva con ausencia de dudas—; la verosimilitud rayana con la certeza, y la verosimilitud preponderante, tomadas como requisitos para verificar los hechos fácticos. De esta manera la primera (convicción o certidumbre) era aceptada por los tribunales ordinarios, administrativos y sociales, solo para casos específicos y primordialmente aquellos de causalidad hipotética.

Del mismo modo, según da cuenta el texto, se ocupó la doctrina alemana de la exigencia legal relacionada con la libre apreciación de la prueba, exponiendo la más diversa gama de teorías; y, con base en que a la mente humana solo es asequible la verdad relativa, se estimó que a la convicción de la verdad con respecto a la comprobación de un hecho se llega a través de la convicción firme y personal del juez, como lo sostienen algunos, mien-

tras que otros aducen que lo requerido es la verosimilitud rayana con la certeza, de tal manera que solo es constatable el hecho a través de una verosimilitud suma. Como afirma el profesor WALTER, "El juez que juzga según esa fórmula, lo hace diciéndose: en la medida en que yo, como ser humano, puedo comprobarlo, ocurrió así" (pág. 165).

Igualmente, concluía la doctrina que a la convicción se llegaba por la verosimilitud preponderante, resultando posible el control por terceros, pues para la decisión es suficiente una "verosimilitud grande".

No obstante los distintos criterios doctrinarios y jurisprudenciales y atendiendo, además, a que la libre apreciación de la prueba y por ende la libre convicción deben gobernar todos los procedimientos de derecho privado y público, debe anotarse, el interés del Estado frente al derecho penal se expresa en la presunción de inocencia y por ello no resulta suficiente la mera verosimilitud, en tanto que esta puede ser viable en casos de derecho privado o por lo menos distintos al penal. Con esto se concluye que para la libre convicción es indispensable mirar la materia subyacente en cuanto al derecho procesal.

Así mismo, cabe anotar que las pruebas de causalidad traen consigo algunas dificultades en materia de la libre convicción, dado que esta causalidad se colma en la responsabilidad y se agota en la violación al deber de conducta o con la vulneración física del bien jurídico, para lo cual se concluyó que era suficiente la simple verosimilitud. Algunos autores exigían que esta rayara con la certeza y otros que por lo menos fuera preponderante, mientras que en tratándose del derecho penal se exige la verdad, dado que para él impera el principio del *in dubio pro reo*, por cuanto el juez solo puede pronunciar condena apoyándose en la culpabilidad del autor; de ahí que la sentencia solo pueda tener soporte en la convicción del juez en el sentido de que el acusado es culpable. Por ello, la responsabilidad desaparece cuando haya dudas acerca de la causalidad.

A la libre convicción y a la exigencia de la prueba se opone el principio de "prueba por presunción simple" y sus variantes; pero este tipo de prueba no es apto como base de apreciación, pues queda marginada de la auténtica libertad del juez, por lo que parece aconsejable la inversión en la carga de la prueba.

Cuando el legislador establece, para la libre apreciación de la prueba el convencimiento de la verdad, dicho aspecto resulta de obligatoriedad y pudiera ser inadmisibles cualquier intento de reducir ese modelo; sin embargo, para que sea viable, debe imperar tal reducción, de manera excepcional en algunos casos, y específicamente cuando se trata de causalidad hipotética en donde la interpretación debe ser muy estricta. Pero también en casos de prueba por presunción simple, dado que a estos debe aplicárseles la inversión de la carga de la prueba sería arbitrario, por lo cual debe acudir mejor a la verosimilitud preponderante.

Luego, en el capítulo IV, en amplia y elocuente exposición, sostiene el autor que como bases para la formación de la convicción se cuenta con el saber privado del juez, de manera que él debe extraer su convicción del contenido de los debates y del resultado de la recepción de la prueba. Aunque se ha negado el aprovechamiento del saber privado del juez, solo a excepción de que ese saber corresponda a hechos de los que esté obligado a testificar, en lo demás, es lógicamente viable que alcance a convencerse con aquellos que fuera del proceso conoce, como es el caso de los llamados "hechos notorios". Así mismo, sería indiferente que dicho saber haya llegado por su calidad de juez, por la cultura general o por las relaciones sociales e interpersonales: "Al juez no le está permitido por razones fáciles de descubrir, ser al mismo tiempo testigo y juez" (pág. 314).

De otro lado, afirma el autor, no puede adoptarse el principio de la libre apreciación de la prueba para la estimación, valoración y recepción de los medios de prueba, puesto que la libertad en esa actividad del juez no resiste limitante en la determinación de la base de convicción. Pero, igualmente, es necesario desechar la calidad y cantidad de medios

de prueba que deba adoptar para la libre apreciación; pues, es precisamente este principio el antípoda de las pruebas legales y entonces puede aprovechar cualquier medio, "puesto que el juez era ahora libre para decidir cuáles y cuántos medios de prueba eran necesarios y suficientes para convencerlo, la liberación con respecto a la situación anterior no fue solamente una "libertad de apreciación". Esa libertad de aprovechamiento significa que, en principio, se podía probar cualquier tema de prueba con cualquier medio" (pág. 317). Pero lo que se ha venido indicando se resuelve teniendo en cuenta que la libre apreciación de la prueba empieza cuando los hechos y circunstancias han sido suficientemente aclarados.

También, y frente a este principio que venimos tratando, habrá de considerarse que "el principio del Estado de Derecho garantiza una pretensión de justicia y por lo mismo un derecho a la prueba", de manera que al legislador no le es dable excluir medios de prueba, so pena de desdibujar el principio de la "libre apreciación" y en ese caso es al juez y no al legislador a quien corresponde juzgar si un medio es confiable o discutible, a través del caso concreto. Las pruebas deben ser sin límites (*open end*) puesto que frente a la libertad de apreciación todos los elementos son útiles para determinar la verdad. Sin embargo, es lícito limitar el derecho a la prueba, por excepción en materia penal, especialmente cuando se trate del testigo; pero, por regla general, este derecho solo estaría salvaguardado en la medida que los medios no estén supeditados a un *numerus clausus*.

Finalmente, en el capítulo V, dedicado a las "consideraciones finales", dice que el principio de la libre apreciación de la prueba también tiene sus límites, y es así como en primer lugar debe apuntar a la apreciación de los hechos. De otro lado, se limita en cuanto convencimiento de la verdad, supuesto que no es una finalidad en sí mismo, sino un auxiliar para realizar el derecho material y la averiguación necesaria para tal fin. Pero también se limita, y de manera muy primordial, con la obligatoriedad de fundamentación, porque no se con-

cibe la libre apreciación de la prueba como libertad para que el juez decida arbitrariamente, sino que es indispensable la fundamentación para que sea viable la repetición mental de la verdad allí expuesta; también, a este límite, se aparea el de la reexaminabilidad del aspecto fáctico de la decisión, bien con respecto al curso de apelación, ora frente al de casación que por naturaleza implica la revisión de la exactitud del contenido de la decisión.

Por último, se sostiene que para la existencia del principio de la libre apreciación de la prueba, este debe desarrollarse, necesariamente, a través de la oralidad, la publicidad del procedimiento y la inmediater: "Una apreciación de la prueba verdaderamente libre, que merezca ese nombre y que no esté simplemente contenido en una ordenanza procesal como credo falso, tiene por presupuestos necesarios que exista el contacto inmediato y oral entre jueces, por un lado, y las partes y los demás medios de prueba, por el otro. Solo sobre esta base, juntamente con la publicidad del procedimiento establecida como principio, estará salvaguardado al máximo el éxito del juez en la búsqueda de la verdad. Conviene recordar que el deseo de favorecer la investigación fue lo que generó la idea de la libre apreciación de la prueba. Los tres principios mencionados son, pues, las columnas de un edificio cuyo techo lo constituye la libre apreciación de la prueba" (págs. 363 y 364).

A lo anterior se suman otras garantías indispensables para que sea eficaz el principio de la libre apreciación de la prueba como son, justamente, el derecho de ser oído en juicio o "pretensión de audiencia jurídica", para evitar de ese modo cualquier fuente de error con la exposición unilateral de una de las partes en el proceso; la imparcialidad del juez.

La obra que el lector tiene ante sí es de extraordinarias calidades científicas, y ha significado un grande y meritorio esfuerzo su elaboración. El autor no solo ha tenido en cuenta los aspectos históricos en materia de procedimiento, sino que profundiza con extrema seriedad la doctrina y jurisprudencia alemanas, así como la de otros países, para demostrar detenidamente cada uno de los principios y reglas que deben ser tenidos en cuenta para el sistema de la libre apreciación de la

prueba. Advierte, muy elocuentemente, que no es concebible analizar esta materia desde el ángulo de uno cualquiera de los distintos procedimientos (civil, penal, laboral, fiscal, etc.), sino que es indispensable hacerlo a través de un examen conjunto.

Demuestra, además, cómo la filosofía de la libre apreciación de la prueba no se agota en la convicción del juez que descansa meramente en la verosimilitud, así esta sea preponderante o, quizás, rayana con la certeza, sino que es necesario para llegar a la verdad de los hechos, que es la asequible a la mente humana.

En lo que al derecho procesal penal colombiano respecta, la obra aparece de suma utilidad, tanto más si se tiene en cuenta que conforme se alcanza a inferir de la ley 52/84 (ley de facultades para expedir un nuevo estatuto procesal penal), lo que el legislador pretendía según los literales d) y h) del art. 1º no era otra cosa que la implantación del sistema de la libre apreciación, lo cual supondría un estatuto de corte eminentemente acusatorio. Pues, de un lado, se aspiraba a un sistema probatorio ataviado de la oralidad: "Sistema de actuación procesal que elimine en lo posible la escritura"; y, del otro, que fuera suficiente para la libre y racional convicción del juez.

Sin embargo, a través del articulado del decreto 50/87, vemos que muchas de sus normas establecen una tarifa legal de pruebas, lo que parece inconciliable con la libre apreciación, pues si esta se apoya en la libertad del juez no solo en la apreciación sino también en la elección de los medios y elementos de convicción, allí no se daría luz verde a dicho sistema. Pero más significativo aún resulta el hecho de que en el estatuto no se cristalice una orientación procesal determinada, ni siquiera con una mira marcada hacia el proceso acusatorio o hacia el inquisitivo.

Esperamos que los estudiosos sabrán evaluar en todo su alcance tan importante y trascendental obra, en buena hora vertida a la lengua española, ávida de trabajos como este.

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
Juez 6º Superior de Medellín.
Profesor de Derecho Penal Comparado
Universidad de Medellín.
Abril de 1987.

ESTA REVISTA SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN
LOS TALLERES GRÁFICOS DE NOMOS
IMPRESORES EL DÍA 14 DE
SEPTIEMBRE DE 1987.

LABORE ET CONSTANTIA