

# Corte Constitucional

## Salvamento de voto

El decreto especial 2266 de 1991 es contrario a la Constitución.

Magistrado: Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

Comentario: FERNANDO VELÁSQUEZ V.\*

He disentido del fallo proferido por la Sala Plena\*\* en el proceso de la referencia, por las razones que enseguida consigno:

1. Nuestra Carta Política —como la mayoría de las Constituciones modernas— establece diferentes tipos de régimen jurídico, según se viva en tiempos de normalidad o de alteración significativa del orden público. Las causas generadoras de dicha alteración y su grado de incidencia en la vida ordinaria de la comunidad determinan diversidad de situaciones, todas ellas anómalas, que se denominan genéricamente estados de excepción y se hallan regulados en los arts. 212 a 215 de nuestro Estatuto Fundamental.

2. La evaluación de los factores determinantes de la situación irregular compete, en principio, al presidente de la república como responsable del mantenimiento del orden. Es él quien, verificando la existencia de ciertas condiciones de hecho, decreta, con la firma de todos los ministros, la vigencia del correspondiente estado de excepción.

3. Tal declaratoria tiene como consecuencia, un trastorno temporal en el funcionamiento del Estado de Derecho, v. gr., se desdibuja la separación de las ramas del poder puesto que el gobierno va a hacer las veces de legislador en aquellos ámbitos afectados por los factores generadores del desorden y, precisamente, para contrarrestarlos. Es esa la finalidad de los decretos extraordinarios y es ella la que justifica su contenido.

Ahora bien: es apenas lógico que, tratándose de disposiciones de emergencia, en materia de orden público, sean más severas que las que rigen en tiempo de normalidad y pospongan la vocación garantista que debe signar la normatividad de un Estado Social de Derecho, en aras de un propósito tan impostergable como temporario: el restablecimiento de la normalidad fáctica y consecuentemente jurídica.

4. Durante la vigencia de la Constitución anterior (la del 86) tanto se abusó de lo que entonces se denominaba *estado de sitio*, que la situación

\* Sentencia del 30 de marzo de 1993 (M. P.: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ C.).

\*\* Profesor de derecho penal en la Universidad Pontificia Bolivariana.

se hizo irrisoria por lo paradójica: lo normal era lo anormal. Se vivía en permanente estado de sitio y, por tanto, la plena vigencia de los beneficios del Estado de Derecho solo se daba en el papel. La práctica y la realidad eran bien diferentes.

El malestar derivado de esa distorsión no fue un factor despreciable en la voluntad generalizada de cambiar el Estatuto Básico con la esperanza de que, desaparecido este, quedarán también proscribas las censurables prácticas anejas. Las modificaciones introducidas al art. 121 de la Carta anterior en las reformas constitucionales de 1960 y de 1968, y la incorporación en esta última del estado de emergencia económica a fin de que con el pretexto del orden público turbado no se siguiera legislando sobre todas las materias incluyendo la economía, o de que, si se presentaba en ese campo la situación emergente, no se decretara el estado de sitio con todas sus inevitables secuelas, tendían a morigerar el régimen autoritario y restrictivo, bajo el cual vivía permanentemente el país al amparo del famoso artículo.

5. Las precitadas normas de la Carta del 91 (arts. 212 a 215) consagradoras de los *estados de excepción*, se establecerían, justamente, para corregir una situación que hacía irrito el Estado de Derecho. Por eso se distinguieron diferentes categorías de excepcionalidad, en armonía con las causas generadoras de la anormalidad, y se acordaron facultades extraordinarias para el presidente, a tono con la situación que, como responsable del orden, tuviera que enfrentar.

6. Es evidente que las normas dictadas al amparo de uno cualquiera de los estados de excepción están signadas por el fin que las justifica: remover una situación anómala, perturbadora de la vida comunitaria, situación que se asume transitoria y que, en consecuencia, transfiere ese carácter a la legalidad que la regula. Por eso, en el caso de la conmoción interna, que es la que está en juego en el asunto que nos ocupa, las reglas dictadas durante su vigencia desaparecen del ordenamiento por el solo hecho de restablecerse la normalidad.

7. Es claro que entre el régimen de normalidad y el de excepción existen diferencias notables, pues de no ser así carecería de sentido la previsión de uno y otro, según las circunstancias fácticas prevaletientes. Tales diferencias pueden reducirse finalmente a esta: el de normalidad es un régimen de plenitud de garantías y el de excepción un régimen restrictivo. Disponer que las normas pensadas para el segundo sigan rigiendo una vez restablecido el primero, es una incongruencia mayúscula advertible aun por el observador menos avisado.

Porque el dilema parece inexorable: o las medidas fueron dispuestas responsablemente para contrarrestar las causas generadoras del estado de conmoción, y entonces no pueden mantener su vigencia cuando esas causas han desaparecido, o estas no eran transitorias y entonces no podían generar el estado de excepción y, por ende, lo que ha debido hacer el gobierno es proponerlas al legislador ordinario, ahorrándole al país los traumatismos inevitables de la declaratoria de la conmoción.

8. Lo que hay que deplorar es que semejante despropósito esté amparado por el art. 8º transitorio de la Carta, que autorizó al gobierno para que obrara de ese modo, manteniendo, con la anuencia de la Comisión Especial, la vigencia de normas restrictivas en tiempos de normalidad. Por esa vía, los buenos propósitos de poner término al estado de excepción permanente que vivimos durante más de 40 años, bajo el régimen de la Constitución anterior, fijándose límites temporales, se malograron por completo, pues se autorizó a que se hicieran permanentes las consecuencias, ya que el estado de excepción mismo no podía serlo. Es decir, dando la apariencia de un cambio radical, se dejaron las cosas como estaban. Ahora, bajo una Constitución que se proclama garantista, vamos a padecer la normatividad de un régimen restrictivo. Es que un Estado democrático no lo es solo porque su Constitución tenga esa fisonomía, sino porque de ese espíritu esté informado el ordenamiento jurídico en su totalidad.

9. Pero la autorización genérica del art. 8º, que no puede ser razonablemente inter-

pretado como una carta en blanco para permitir disposiciones axiales del Estatuto Fundamental, no dispensa de confrontar en concreto las normas cuya vigencia permanente se ha dispuesto, con los principios consignados en la nueva Constitución y es eso lo que los actores han propuesto, en el caso *sub examine*, con respecto al decreto 2266 de 1991, que dio el carácter de permanentes a un cúmulo de normas penales dictadas bajo el régimen de estado de sitio, concretamente algunas de las contenidas en los decretos 3364 de 1986, 1198 de 1987, 1631 del mismo año, 180 y 2490 de 1988, 1194 de 1989, 2790 de 1990 y 99 de 1991.

10. Examinar la constitucionalidad de esas disposiciones como constitutivas de una normatividad ordinaria, comporta un radical cambio de óptica. Porque el juez constitucional no puede aplicar al legislador ordinario la misma comprensiva (y comprensible) benevolencia que usa a menudo para el legislador emergente. Es que este cumple su función compelido por el afán de remover factores de desorden que imposibilitan o dificultan en extremo la vida comunitaria, de la cual él mismo, como gobernante, es supremo responsable. La mengua de ciertos bienes (las libertades y las garantías) que la propia Carta protege por lo valiosos, aparece entonces justificada por la necesidad inaplazable de restablecer el orden. Pero cuando es el legislador ordinario quien actúa, esas consideraciones no pueden tener ya operancia. Porque, además, uno puede legítimamente preguntar: ¿si las normas dictadas bajo el estado de excepción no fueron eficaces para remover las causas del desorden (puesto que si lo hubieran sido, su función ya estaría agotada), qué garantiza que una vez restablecida la normalidad jurídica vayan a cobrar una eficacia que no tuvieron bajo las circunstancias específicas que las justificaban?

11. En el caso a estudio, los actores arguyen que las disposiciones demandadas adolecen de una notable falta de técnica jurídica, pero no los mueve un afán purista de que sea la nuestra una legislación técnicamente

perfecta. Es que, como claramente lo demuestran (y su apreciación es corroborada y fortalecida por la consistente vista del ministerio público), esa carencia de destreza formal se traduce en desdibujamiento de la tipicidad del delito y, en consecuencia, en desconocimiento de un principio universalmente aceptado a partir de la Ilustración, y positivizado en nuestro ordenamiento, a saber, el principio de la legalidad del delito y de la pena.

12. Es casi un tic mental de nuestros legisladores emergentes y en ocasiones también de los ordinarios, que por desventura ha permeado y contagiado a una buena parte de la opinión nacional, el esgrimir como única respuesta a la proliferación del delito un régimen penal drástico, irrespetuoso a menudo de los principios y garantías de inspiración humanística que la Constitución consagra. Poca imaginación se advierte en la adopción de medidas de profilaxis social o de fortalecimiento cualitativo de los organismos de inteligencia que determinarían una disminución significativa del delito (las primeras) o una mayor eficacia en la aprehensión de los delincuentes —de los verdaderos delincuentes— y en la aplicación condigna de las penas existentes, que ya son suficientemente drásticas (las segundas), y en cambio son ya un estereotipo los decretos extraordinarios (o las leyes) que, a modo de reflejo condicionado, se producen cuando un nuevo y macabro hecho de violencia estremece al país.

Cuando tal cosa ocurre (y con cuánta frecuencia ocurre!) ya se puede predecir la reacción legislativa: se duplican las penas consagradas para esas conductas delictivas y se debilitan los mecanismos de defensa del sindicado, ingrediente esencial del debido proceso. Los verdaderos responsables, generalmente, continúan disfrutando de la libertad que les permite proseguir su acción torticera y, por tanto, el aumento de penas los deja indemnes, pero a trueque de esto se crean graves riesgos para quienes son menos diestros en eludir la acción de las autoridades policivas, muchas veces ciudadanos inocentes.

Nada que distorsione y desfigure más el sistema democrático y de derecho trazado en

la Constitución, que un régimen penal laxo en las garantías al sindicado e implicable en la vindicta, rasgos inequívocos del derecho penal autoritario, congruente apenas con un sistema político del mismo cuño.

Es que cuando la atención se centra apenas en la defensa presunta de la sociedad, con olvido casi absoluto del posible sujeto de la pena, en nada difiere (por ese aspecto), un sistema de instituciones liberales y democráticas de uno declaradamente totalitario.

Fue ese el peligroso desvío (¿o desvario) del positivismo penal que llegó a soslayar, en beneficio de un objetivo que juzgaba prevalente (la defensa de la sociedad), la legalidad del delito y de la pena, y la condición moral del delincuente.

14. El criterio de la peligrosidad, como postulado básico de la acción represiva del Estado, difumina los principios del derecho penal liberal y relega, por tanto, a un plano secundario la tipicidad del delito. A lo que hay que atender, entonces, para poner en marcha esa acción y llevarla hasta sus consecuencias últimas, no es a que el comportamiento observado por el sujeto, y rigurosamente verificado por el juez, coincida de modo incuestionable con la conducta nitidamente descrita en las normas (que sea típica) sino a que parezca socialmente peligroso, no importa cuán inconsistente y gaseoso sea el concepto mismo de peligrosidad.

15. Colombia vivió el auge de esa tendencia, no solo con admirables exponentes intelectuales de ella, sino con estatutos que la ejemplificaron en la práctica, de modo incontrastable. El decreto 14 de 1955, por citar solo la instancia más notable, ilustra bien esa afirmación. A un individuo, v. gr., se le sindicaba y se le responsabilizaba penalmente no propiamente por haber cometido un delito, sino por haberse colocado en cualquier circunstancia que se juzgara conducente a él. La falta de empleo, por ejemplo, era una de esas circunstancias. Y mientras más abierto fuera el tipo penal (menos típica la conducta), tanto mejor, pues con mayor expedición y soltura podía moverse el juez en la tarea de hallar

quién se encontraba en una situación pre-delictual y solo por eso era digno de sanción, cualquiera fuera la finalidad (aún altruista v. gr.: la resocialización del sujeto) que a esta se le atribuyera.

16. Aunque el positivismo penal (que no es equiparable, desde luego, al positivismo jurídico sino más bien su antítesis) ha quedado definitivamente superado por teorías que rescatan la libertad humana como presupuesto de la responsabilidad y, consecuentemente, por prácticas legales y judiciales de incuestionable sello humanístico, nuestra legislación penal de emergencia suele, quizá inconscientemente, ofuscada por lo agobiante de las circunstancias, recoger esas marchitas banderas. Tal es el caso del decreto 2266, sometido a examen de la Corte por actores alertas que, como muchas otras personas sensibles al deterioro de la democracia, no desmayan en la desalentadora lucha por resituir a nuestro derecho penal el sello humanitario que no ha debido perder, ni siquiera bajo las circunstancias degradadas que desde hace mucho tiempo afronta el país y frente a las cuales la represión deshumanizada se ha mostrado inepta.

17. Porque no hay duda de que ese estatuto urdido con un rimero de normas originarias todas del estado de sitio, de ingrata recordación para las conciencias libres, acusa, justamente, las desviaciones que más arriba hemos examinado.

Abunda, tal decreto, en la consagración de tipos penales abiertos que esbozan de modo impreciso conductas delictuales que el juez, con su buen o mal juicio, debe terminar de construir, y a las que se asocia, una vez más, el expediente ineficaz y manido de las penas duplicadas que constituyen una amenaza mayor para los inocentes que para los criminales de oficio. Porque, para aludir al menos a un caso inquietante, el que de veras es sicario conoce medios eficaces para evadir la acción de quienes lo persiguen y afronta la posibilidad de una condena como un riesgo profesional; pero mucho más inerme frente a la sindicación se halla el muchacho que habita

una zona parcial o totalmente deprimida, poblada de asesinos con los cuales corre el peligro de confundirse por la sola proximidad física y por los comunes hábitos culturales. Porque, desde luego, es posible establecer, con una alta dosis de probabilidad y por medios probatorios rigurosos, que alguien mató por dinero, pero una elevada incertidumbre circulará siempre la vaga imputación de que una persona, que jamás ha matado, pertenece a una banda de sicarios. Así como el ser "vago" era una circunstancia que se juzgaba de inminencia pre-delictual en la llamada "Ley Lleras" y en el ya citado decreto 14 de 1955, y quien se colocaba en ella era considerado acreedor, por ese solo hecho, a una medida de seguridad (eufemismo para encubrir la infamante y tal vez injustificada pena), conforme a las normas que estamos tratando, la sola circunstancia de vivir en un barrio pobre y estar obligado a convivir con delincuentes, puede ser suficiente para merecer una drástica pena (y ahora sí, sin siquiera el consuelo del eufemismo).

18. La categoría signada como "terrorismo" constituida por distintas conductas, internamente vinculadas por el problemático vínculo de que todas ellas pueden ser generadoras de zozobra social y en la misma medida punibles, es un ejemplo que acertadamente aducen los demandantes, de peligrosa indeterminación y ambigüedad en la configuración de tipos penales, pugnantemente en todo con la rigurosa técnica legislativa que ha de informar la legislación criminal y que se traduce en garantía de aplicación justa de la ley, tanto para quien de veras la ha quebrantado como para quien, atendida la rigurosa tipicidad de la conducta, debe ser declarado inocente.

19. Justo es reconocer, eso sí, que las normas de que nos venimos ocupando gozan de gran aceptación en la opinión pública que, de ordinario, confunde dos cosas bien distintas: la urgencia de superar la situación crítica, y la justicia y eficacia de los instrumentos que se emplean para superarla. Es prevalido del beneplácito que produce en la conciencia ingenua la expedición de este tipo de medidas,

que el legislador emergente se anima a proseguir cada vez con más bríos su empresa restrictiva y atentatoria de la libertad, a la vez que fallida desde el punto de vista de los objetivos que persigue.

No es la emoción desbordada y morbosa, efecto ordinario de los hechos deplorables que padecemos, la que ha de presidir la tarea legislativa, sino la razón ("que es patrón y medida" conforme al apotegma tomista) la que ha de conducir esa empresa. Y es responsabilidad de quien legisla no sacrificar la justeza y eficacia de las decisiones a los halagos de un aplauso estéril o a los espejismos de una drástica inane y altamente riesgosa a la vez.

20. La Constitución del 91, espléndida en garantías, no parece compatible en su letra y mucho menos en su espíritu, con la persistencia de una legislación penal restrictiva, pensada solo como excepcional y transitoria, bajo situaciones de emergencia jurídicamente más drásticas que las construcciones ahora vigentes y, quizás por eso mismo, poco ortodoxa en el asunto de las garantías penales que, a partir de BECCARIA, son patrimonio inalienable de la humanidad civilizada.

Es que el gran reto del Estado de derecho, que el constituyente del 91 quiso afirmar y actualizar, consiste, precisamente, en afrontar aún las más críticas situaciones sin abdicar del que es su legado ideológico, constitutivo de lo que es a un tiempo su razón de ser y su sustancia.

21. Me parece que en ese olvido imperdonable incurre el fallo de la Corte aun con los retoques subsiguientes a la discusión de Sala. Las normas penales de un Estado de derecho no se legitiman solo por los plausibles fines que persiguen, sino además, por los medios cualificados que usan para perseguirlos, que no son cualquier tipo de medios, sino aquellos que participan de los propósitos altamente humanísticos que informan esa modalidad civilizada de gobierno y de convivencia que se denomina Estado de derecho que es, por principio, la negación del maquiavelismo político, el aserto institucionalizado de que el fin no justifica los medios.

## JURISPRUDENCIA

El fallo deja sin respuesta los cargos formulados por los actores a la normatividad demandada y eficazmente prohijados por el señor procurador. Se esfuerza más, en cambio, lo que es bien dicente, en poner de presente el propósito laudable que la inspira, lo que, según lo hemos dicho reiteradamente, no es en sí mismo suficiente. No son tampoco de recibo los argumentos enderezados a demostrar que los tipos abiertos constituyen una práctica que no se contrae a la legislación emergente sino que permea inclusive a nuestra legislación penal ordinaria y que encuentra también ejemplos en estatutos foráneos.

Si la reiteración de un mal mudara su naturaleza y la aceptación generalizada de lo inicuo lo tornara en justo, entonces sí estaría dispuesto el suscrito a echar atrás todas

sus razones. No es así, no sé si para bien o para mal.

22. Finalmente, es preciso aludir al argumento de que si no se hubiera hecho permanente la legislación de estado de sitio, habrían quedado impunes muchas conductas que merecen el tratamiento de delitos. Porque lo cierto es que nuestro Código Penal imbuido también, por desventura, del mismo espíritu displicente con las libertades y garantías que ha venido imponiéndose como rasgo distintivo de nuestra legislación penal de emergencia, a través de estatutos restrictivos y de dudosa constitucionalidad así se les denomine "de seguridad" o "de defensa de la democracia", tiene respuesta para todas ellas, tal vez más adecuada y en todo caso un poco más atenta a la protección de esos bienes que parecen definitivamente olvidados en la normatividad de excepción.

\*\*\*

## COMENTARIO

El salvamento de voto transcrito constituye, sin duda, una importante pieza judicial llamada a marcar un hito en la historia de nuestra jurisprudencia. Las razones esgrimidas, tanto desde el punto de vista técnico-jurídico como político-criminal, son inobjetables y coinciden en gran medida con la prédica planteada por este órgano de difusión desde sus inicios.

Asombra, en verdad, la manera como el órgano ejecutivo ha manipulado la conformación de la Comisión Especial o "Congresito" que de espaldas a la nueva norma fundamental, ha convertido gran parte de la anterior legislación de estado de sitio en permanente. El régimen de excepción continúa y con él la secuela de atropellos a las garantías fundamentales y a los postulados del Estado de derecho. En definitiva, no es expidiendo legislaciones improvisadas, que se llevan de calle la normativa constitucional y cuyo único soporte son las penas draconianas y los tipos indeterminados, como se va a lograr el restablecimiento de la legalidad y de la democracia.

La convivencia pacífica, la paz y la justicia, valores inherentes a cualquier sociedad civilizada y democrática, no se logran acudiendo al autoritarismo de Estado; no es derrotando al hombre y acallando los clamores populares como se gobierna a los pueblos. La represión desenfundada y la violencia de Estado, solo siembran desconcierto y pavor entre los asociados. De lo que se trata es de diseñar políticas criminales que, en el marco de una sociedad democrática y pluralista, posibiliten

la persecución penal de la delincuencia sobre todo la de cuello blanco, que tan poco preocupa a los gobernantes de turno y a sus legisladores de bolsillo; mientras la improvisación y el desacierto sean la norma general, no será posible salir de la encrucijada. Los senderos de la paz se tornan cada vez más estrechos; la justicia languidece en medio del chantaje y la falta de recursos; la democracia se derrumba y las instituciones no pueden operar.

Queda, entonces, claro que la Corte Constitucional en cumplimiento de su misión de velar por la integridad de la norma fundamental, ha desechado una magnífica oportunidad para propiciar el restablecimiento de la institucionalidad jurídica venida a menos, sobre todo en momentos en los cuales una débil y corrupta clase gobernante propicia y fomenta la burla de los postulados inspiradores del orden social.

Sirva, pues, de ejemplo este lúcido pronunciamiento para que las controversias futuras se desaten la cara a la Constitución y no desconociéndola.