

Legislación de orden público

Comentario: Nódier Agudelo Betancur *

Las decisiones relacionadas con la legislación excepcional o de emergencia siempre han sido objeto de atención por parte de la Sección de Jurisprudencia de la Revista (vid. en los últimos dos años, los números 36, 40, 42 y 44, entre otros). No obstante, en esta oportunidad hemos querido mostrar la reciente evolución de la jurisprudencia en esta materia, especialmente en lo relacionado con la aplicación del decreto 180 de 1988. En este sentido presentamos a continuación apartes de las más importantes providencias de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior de Medellín.

Corte Suprema de Justicia

1. AUTO DE SEPTIEMBRE 15 DE 1988. MAGISTRADO PONENTE:
DR. ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS

TEMA: *Terrorismo y delitos políticos*. Competencia de los jueces de orden público.

CASO: Un grupo de personas se tomó la sede del Consejo Episcopal Latinoamericano (CELAM), manteniendo en su interior por seis días a un grupo de religiosos y seglares, con el fin de promover un pronunciamiento sobre la crisis de la Nación. No se utilizaron armas pre-dispuestas de antemano.

Considera la Corte:

.....
Dentro de la modalidad legislativa escogida para la redacción del decreto que se comenta no se siguió un tratamiento legislativo uniforme, en ocasiones por decisión política del legislador extraordinario que consideró que algunas conductas debían hacer

parte de este estatuto, así no estuviesen guiadas por finalidades terroristas; y en otras porque la naturaleza de las materias tratadas legislativamente así lo exigían y dentro de esta línea de pensamiento es preciso destacar cómo en muchas de las conductas tipificadas se incluye un elemento subjetivo como es el caso de la conducta descrita en el artículo 29 que se inicia "el que con fines terroristas...": y en

* Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Antioquia.

una u otra forma gramatical, en un primer grupo de artículos esta exigencia o elemento subjetivo del tipo aparece claramente en las conductas descritas en los artículos 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 8º, 10, 11, 12, 14, 16, 17, 20, 21, 24, 25, 26 y 31.

Por el contrario existen dos grupos de artículos en los que no aparece esta exigencia subjetiva, o que tratándose de tipos de conducta alternativa, en una de ellas no aparece como integrante de la misma, la finalidad o propósito terrorista. En el segundo grupo se encuentran la fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en el artículo 13 en el que no se hace mención a que la conducta realizada deba ser con finalidades terroristas o con vinculación a ellas; o la prevista en el artículo 18, interceptación de correspondencia oficial, en la que tampoco se exige que la conducta tenga relación con actividades terroristas; la del artículo 19 relacionada con la utilización ilegal de uniformes e insignias donde brilla por ausencia la exigencia que caracteriza la mayoría de las conductas descritas en el decreto legislativo que se analiza; el secuestro tipificado en el artículo 22, en el que se limita a definir la conducta atentatoria contra la libertad individual; y finalmente el artículo 28 que tipifica el secuestro de aeronaves, naves o medios de transporte, en el que tampoco aparece la finalidad terrorista. En el tercer grupo, aparecen tipos de conducta alternativa, donde se describen dos o tres conductas, unas en las que es indispensable la demostración de la finalidad terrorista para que pueda entenderse que la conducta se consumó conforme a la descripción legal y la otra, en la que no se requiere haber actuado con tan precisa finalidad. Es el caso de la conducta tipificada en el artículo 7º, concierto para delinquir, en la que se describen dos conductas: a) El que forme parte de un grupo de sicarios y b) El que forme parte de una organización terrorista; y las conductas descritas en el artículo 15, sobre "instrucción y entrenamiento" militar, en donde

igualmente se presenta el mismo fenómeno analizado con anterioridad, porque aquí las conductas alternativamente tipificadas son: a) El que sin autorización legal organice, instruya, entrene o equipe a personas en tácticas, técnicas o procedimientos militares... y b) El que sin autorización legal organice, instruya, entrene o equipe a personas en tácticas o procedimientos terroristas... y c)..., o las contrae con fines terroristas".

Finalmente existe una cuarta clase de tipos penales en los cuales la descripción de la conducta no incluye el elemento subjetivo de la finalidad terrorista, pero sí se la agrega en la titulación del artículo, es la situación concreta de los artículos 9 y 27 que respectivamente se titulan "Incendio, destrucción o daño de nave, aeronave o medio de transporte, por acto terrorista" y "atentados terroristas contra complejos industriales y otras instalaciones"; normas que si se estudian detenidamente no contienen las exigencias que son características de la mayoría de los tipos que constituyen este ordenamiento legislativo. En realidad de verdad, en relación con estas dos conductas no era estrictamente necesario que se incluyera la exigencia terrorista, porque por la misma modalidad comportamental y circunstancial de la conducta, por sí mismas evocan o constituyen el acto terrorista en su esencia, puesto que se trata de conductas que implican incendiar, destruir, dañar o causar hundimiento, naufragio o encallamiento de nave marítima o fluvial o caída, incendio, o daño de aeronave o destruir vehículo o unidad montada sobre ruedas en el caso del tipo inicialmente mencionado; y en el segundo, es la destrucción o inutilización mediante bombas o explosivos o cualquier medio apto, una serie de complejos industriales, puentes, aeropuertos, terminales portuarios y similares.

¿Por qué, tratándose como se trata de un estatuto con finalidades eminentemente anti-terroristas se encuentran conductas en las que no aparece esta motivación de la conducta? La situación estructural es clara, porque el elemento subjetivo del tipo existe como una

exigencia técnica imprescindible para distinguir una conducta ilícita de una inocua, como sucede con el hurto, porque si no se agrega "el propósito de provecho", es evidente que la conducta consistente en sustraer un bien mueble ajeno constituiría una contravención, una falta civil, o simplemente una conducta inocua, pero no podrá concretarse como un atentado contra el patrimonio económico; en otras ocasiones el elemento subjetivo del tipo sirve para distinguir una conducta ilícita de otra, porque la modalidad comportamental es exactamente la misma y solo se vienen a distinguir por la finalidad perseguida por el sujeto agente, que es lo que sucedía en el secuestro y el rapto en la anterior legislación penal, puesto que es evidente que el comportamiento delictivo en ambas era un atentado contra la libertad individual, pero en el uno, la finalidad era de beneficio patrimonial o de cualquier otra naturaleza, mientras que en el rapto tenía que ser con fines matrimoniales o libidinosos. Realizado el análisis anterior debe concluirse entonces que fue querer del legislador que algunas conductas por su gravedad o trascendencia social fueran incluidas en el estatuto antiterrorista sin ser necesario en relación con ellas que se realizaran con finalidades terroristas.

Las finalidades de política criminal que se advierten para este estatuto son inequívocas y de allí la denominación por el cual se le reconoció: "Estatuto para la defensa de la democracia".

2. AUTO DE OCTUBRE 4 DE 1988.
MAGISTRADO PONENTE: DR. JORGE
CARREÑO LUENGAS.

TEMA: *Terrorismo y violencia contra empleado oficial.* Plantea la Corte el concepto de terrorismo y qué medios de comisión hacen que el comportamiento tipifique la figura contemplada en el decreto 180 de 1988.

CASO: En acto de protesta estudiantil, fue herido un miembro de la fuerza

pública. En dicha actuación, hubo empleo de piedras y artefactos explosivos (bombas molotov).

Considera la Corte:

Se entiende por terrorismo un delito de mera conducta que consiste en emplear medios de destrucción colectiva contra personas o cosas, con el propósito de crear un ambiente de zozobra o perturbar el orden público. El tipo penal tutela el bien jurídico de la seguridad pública y la conducta lesiona además al conglomerado social.

El C. P. de 1936 en título VIII, al tratar los delitos contra la salud de integridad colectiva, traía un tipo penal (art. 261) que sancionaba el lanzamiento contra personas o edificios, de explosivos o sustancias inflamables, gases o bombas, pero guardaba silencio sobre el elemento subjetivo que debía mover la conducta del agente.

El C. P. de 1980, subsanando la anterior omisión, sanciona con el *nomen juris* de *terrorismo* y como delito contra la seguridad pública, la conducta de un sujeto activo indeterminado que con el fin de crear o mantener un ambiente de zozobra o de perturbar el orden público "...emplee contra personas o bienes, medios de destrucción colectiva...".

3. AUTO DE OCTUBRE 18 DE 1988. MAGISTRADO
PONENTE: DR. RODOLFO MANTILLA
JÁCOME

TEMA: *Porte de armas por rebeldes.* Se discute si el hecho constituye delito de rebelión o terrorismo.

CASO: Se captura a una persona perteneciente a un grupo guerrillero, que portaba armas de uso privativo de las Fuerzas Militares.

Considera la Corte:

En reciente ocasión tuvo la Sala oportunidad de precisar los alcances del denominado "Estatuto para la defensa de la democracia",

en lo relativo a la competencia del Tribunal de Orden Público y de los jueces pertenecientes a esa jurisdicción especial. En ese momento se sostuvo:

1. La creación de la jurisdicción especial integrada por el Tribunal de Orden Público y los jueces especializados, obedece a la estrategia del Estado de efectivizar la lucha contra el terrorismo y otros delitos que generan profunda conmoción social.

2. Por ello el legislador extraordinario otorgó competencia a esta jurisdicción especial para conocer y fallar, a) de aquellos delitos específicamente terroristas, distinguibles por la finalidad o ingrediente subjetivo —realizado con fines terroristas—, lo cual a *contrario sensu*, deja dentro de la competencia ordinaria los mismos hechos realizados con distinta finalidad (verbigracia el homicidio con fines terroristas será competencia de la jurisdicción especial, al tiempo que el homicidio con fines pasionales será competencia del juez superior); b) de otros delitos sin consideración a la finalidad o motivo de la delincuencia, con lo cual tales hechos punibles quedan excluidos de la competencia de la justicia ordinaria.

3. Con relación al primer grupo de hechos punibles, esto es, aquellos que solo son de competencia de la jurisdicción especial en cuanto tengan finalidad terrorista, se precisó además que: "En principio, su instrucción le corresponde a los jueces de orden público y solo, luego de que con la investigación se demostrara que las motivaciones del delito fueron diversas a las estrictamente terroristas, se podrá enviar el proceso para que sea conocido por los jueces de la competencia ordinaria".

4. Y que en caso del delito de homicidio con fines terroristas, cuando su conocimiento corresponde a la jurisdicción especial se entiende que el legislador extraordinario eliminó el mecanismo procesal del jurado de conciencia.

5. Con relación al fenómeno de la conexidad, precisa la Corte su criterio de que la

regla general de competencia para conocer de los delitos conexos, fue suspendida por el estatuto para la defensa de la democracia, entendiéndose que prevalece la competencia de la jurisdicción especializada, sobre la ordinaria (artículo 52 decreto 180 de 1988 y artículo 2 numeral 2 del decreto 474 de 1988).

Necesario es resaltar la inconsistencia del ejecutivo como legislador extraordinario, pues por un lado mantiene vigente la estructura básica con tratamiento punitivo benigno de los delitos políticos, tales como la rebelión y la sedición (artículos 125 y 126 del Código Penal) y por otro, con el propósito de defender la democracia, incluye dentro del decreto 180 de 1988, comportamientos no necesariamente terroristas, o tipifica figuras delictivas en las cuales exaspera las penas, pero que hacen parte de la dinámica de los delitos de rebelión y sedición, que por esta razón, y por no haberse previsto específicamente su forma concursal, carecen de aplicación autónoma, llegándose tan solo a la vigencia favorable de los delitos políticos y excluyéndose lo pertinente a la intensificación de pena que comportarían otros conceptos delictivos.

En pocas palabras, se pretende simultáneamente mantener un tratamiento de benevolencia para la rebelión y la sedición, pero se exhibe excepcional dureza para lo que tenga que ver, verbigracia, con armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, o con el adiestramiento de personal para la lucha subversiva, conductas incorporadas a aquellas, llegándose al contrasentido de ser superior la pena de estas si no se vinculan a la rebelión o a la sedición, pero suavizándose hasta el punto de desaparecer cuando constituyen elemento propio de la rebelión o la sedición. Por eso la Corte en este caso, ha tenido que prescindir de la aplicación independiente o concursal de delitos como el descrito en el artículo 13 y considerar solamente lo relacionado con la rebelión.

4. AUTO DE DICIEMBRE 12 DE 1988.

MAGISTRADO PONENTE: DR. GUILLERMO DUQUE RUIZ

TEMA: *Delito de secuestro*. Se dirime la colisión de competencias surgida entre un Juzgado Especializado y uno de Instrucción Criminal.

CASO: Se trata de un caso de corrupción y secuestro simple, del que fue víctima una menor.

Considera la Corte:

.....
¿Cuál es el secuestro previsto en el artículo 2º (no artículo 1º, como dice equivocadamente dicho texto) del decreto 474? El secuestro simple y el secuestro extorsivo cometidos en determinados sujetos pasivos, que el inciso 1º selecciona en atención al cargo que desempeñen, a su profesión, a su liderazgo político o sindical, o a sus ideas políticas. El secuestro que tenga por objeto alguna de estas personas es de competencia de los jueces de orden público, dice expresamente el citado artículo 2º del decreto 474.

Es decir que los secuestros que recaigan sobre sujetos no incluidos en el referido elenco, escapan a la jurisdicción de orden público, para caer en competencia de los juzgados especializados.

Destaca la Sala que en relación con la vigencia de los artículos 268 y 269 del Código Penal, acierta el Juzgado treinta y cinco de Instrucción Criminal al sostener que *dicha vigencia está suspendida por los artículos 22 y 23 del decreto 180 de 1988*, que recogieron en su normatividad, con modificaciones e incrementos de pena lo que ellos preveían.

La referencia que a aquellos textos (arts. 268 y 269 del C. P.) se hace en el decreto 474 de 1988 (art. 23-2), no puede interpretarse en el sentido de que el mismo legislador extraordinario los considere vigentes. Esta alusión se explica porque el gobierno consideró

conveniente mantener la competencia de los jueces especializados para conocer de los secuestros que se habían cometido con anterioridad a la vigencia del decreto 180 de 1988, o sea de los contemplados en los artículos 268 y 269 del Código Penal, que no podían subsumirse en una norma posterior claramente desfavorable (arts. 22 y 23 del citado decreto 180). En otros términos, lo que el texto que se comenta dispone es que los jueces especializados seguirán conociendo de los secuestros cometidos antes de entrar a regir el decreto 180 de 1988, cuya tipicidad y pena consagra los artículos 268 y 269 del Código Penal, y que también conocerán de los secuestros que se cometan con posterioridad a la suspensión de la vigencia de tales normas los cuales se encuentran tipificados y punidos en los artículos 22 y 23 del multicitado decreto 180, normas estas que, se repite, suspendieron la vigencia de las correspondientes y ya referidas del Código Penal. De esta competencia se excluye, como ya se anotó, el secuestro cometido en cualquiera de las personas o por los móviles o finalidades que se determinan en el artículo 2º del decreto 474 de 1988, el cual es de competencia de la jurisdicción especial de orden público.

Si el delito de secuestro que aquí se investiga en la persona de la menor M..., no es del ámbito de la jurisdicción de orden público (por falta de "calificación" de la víctima), la Corte resulta ajena a la solución del conflicto de competencias (art. 16 del decreto 474).

La magistrada sustanciadora interpretó mal la providencia de esta Sala en la cual se apoyó para remitir el asunto a la Corte, pues únicamente tuvo en cuenta que "la controversia se presenta entre un juzgado especializado y uno ordinario", pese a que la Corte en dicha oportunidad, y luego en auto de 23 de noviembre (mag. Dr. Duque Ruiz), lo que dijo fue que si bien los juzgados especializados y de instrucción criminal (según el caso) "pertenecen a la jurisdicción ordinaria" (es decir, no son juzgados de orden público), a veces conocen de asuntos que corresponden a la

jurisdicción de orden público, y entonces las colisiones que se presenten frente a estos determinados autos entre un juzgado de la jurisdicción ordinaria y otro de la misma jurisdicción pero que haga las veces de juez de orden público, debe ser decidido por la Corte: este no es desde luego el caso que ahora se encara, pues se reitera que ni el juzgado treinta y seis especializado ni el treinta y cinco de Instrucción Criminal están disputándose el conocimiento de asunto que pertenezca a la jurisdicción de orden público.

5. AUTO DE DICIEMBRE 14 DE 1988.
MAGISTRADO PONENTE: DR. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ

TEMA: *Homicidio con fines terroristas.*
Competencia de los jueces de orden público.

CASO: Un grupo de personas intentó apoderarse del dinero destinado al pago de la nómina de unas empresas. En los hechos murió un agente de la policía nacional.

Considera la Corte:

Destaca la Sala que, en relación con la vigencia de los artículos 268 y 269 del Código Penal, acierta el juzgado treinta y cinco de Instrucción Criminal al sostener que dicha vigencia está suspendida por los artículos 22 y 23 del decreto 180 de 1988, que recogieron en su normatividad, con modificaciones e incrementos de pena, lo que ellos preveían.

La referencia que a aquellos textos (arts. 268 y 269 del C. P.) se hace en el decreto 474 de 1988 (art. 23-2), no puede interpretarse en el sentido de que el mismo legislador extraordinario los considere vigentes. Esta alusión se explica porque el gobierno consideró conveniente mantener la competencia de los jueces especializados para conocer de los secuestros que se habían cometido con anterioridad a la vigencia del decreto 180 de 1988, o sea de los contemplados en los artículos 268 y 269 del C. P., que no podían subsumirse en una norma posterior claramente desfavorable (arts. 22 y 23 del citado decreto 180). En otros términos, lo que el texto que se comenta dispone es que los jueces especializados seguirán conociendo de los secuestros cometidos antes de entrar a regir el decreto 180 de 1988, cuya tipicidad y pena consagran los artículos 268 y 269 del Código Penal, y que también conocerán de los secuestros que se cometan con posterioridad a la suspensión de la vigencia de tales normas, los cuales se encuentran tipificados y punidos en los artículos 22 y 23 del multicitado decreto 180, normas estas que, se repite, suspendieron la vigencia de las correspondientes y ya referidas del Código Penal. De esta competencia se excluye, como ya se anotó, el secuestro cometido en cualquiera de las personas o por los móviles o finalidades que se determinan en el artículo 2° del decreto 474/88, el cual es de competencia de la jurisdicción especial de orden público.

6. AUTO DE FEBRERO 24 DE 1989.
MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS

TEMA: *Delitos contra sujetos pasivos calificados.*

CASO: Se trata del secuestro de un dirigente cívico. Al momento de la entrega del dinero fue capturada una persona, quien manifestó no formar parte de ningún movimiento subversivo.

Considera la Corte:

Se ha dicho, por parte de la jurisprudencia, que las calidades a que se refiere el artículo 2° del decreto 474 de 1988 son categorías de carácter objetivo que permiten la adscripción de la facultad de juzgar a un determinado

grupo de jueces especialmente establecidos para combatir las situaciones que en forma especial afectan al orden público, pero, por lo mismo que se trata de condiciones objetivas, solo cuando ellas aparezcan debidamente comprobadas puede predicarse la competencia de juzgamiento en los funcionarios de la jurisdicción de orden público, debiéndose en consecuencia adelantar el proceso por parte de jueces ordinarios de todos los eventos en que estas calidades no se hayan comprobado o sean objeto de duda dentro de la actuación sumarial.

Debe advertir la Sala, además, que aun cuando esta calidad objetiva se hallara comprobada, en el caso particular sometido a estudio no se podría atribuir la competencia a los jueces de orden público. En efecto, si bien el artículo 2° del decreto 474 de 1988 establece que a tales funcionarios corresponderá el conocimiento en primera instancia de los procesos por delitos de secuestro extorsivo y homicidio, entre otros, que se cometan contra un dirigente de comité cívico, a más de otros cargos o calidades, para que aquellos jueces puedan conservar la competencia de juzgamiento se requiere que el delito cometido con el sujeto pasivo calificado lo haya sido precisamente en razón a su investidura y no con base en cualquier otra motivación (como se evidencia en el presente caso) —excluido, claro está el motivo de las creencias u opiniones políticas partidistas o no—, porque de otra forma perdería estructura la codificación que recoge tales comportamientos y se contraría la filosofía que inspiró la jurisdicción de orden público.

Finalmente, y aun cuando ello no es materia de pronunciamiento al desatar el incidente, la Sala se pronunciará acerca del funcionario que debe calificar el mérito del sumario. De conformidad con los postulados de la ley 2ª de 1984, el artículo 12, inciso 3, corresponde a los jueces especializados la

investigación y fallo de los procesos que se adelantan por los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo y los conexos con estos. Empero, el inciso 3 del mismo artículo establece que si el delito concurrente con el secuestro extorsivo, extorsión o terrorismo es de competencia del juez superior, una vez instruidas las sumarias pasarán a este para que adelante la calificación y el juzgamiento de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Penal.

Pues bien, esta disposición fue dictada antes de que entrara en vigencia el actual Código de Procedimiento Penal que reformó en el aspecto de la calificación la competencia de los funcionarios jurisdiccionales, atribuyendo a los jueces de instrucción la facultad de calificar el mérito del sumario, e impidiendo que esta labor la cumplan los jueces superiores o de circuito a quienes está asignado el conocimiento del proceso únicamente a partir del auto de control de legalidad. Esta modificación, no prevista por la ley 2ª de 1984 porque no era oportuno hacerla, es la que da origen a las confusiones del Juzgado Sexto Especializado en cuanto a este tema.

Sin embargo, debe recordarse que pese a la modificación introducida por el decreto 50 de 1987, los jueces de instrucción criminal deben investigar —y calificar— los procesos que se adelanten por el delito de homicidio y conexos con estos, excepción hecha de aquellas situaciones especiales en las cuales tal facultad corresponda, por ejemplo, a los jueces de orden público. Así las cosas, siendo que la competencia para calificar el mérito del sumario de los procesos por homicidio corresponde al juez de instrucción criminal, y en contrapartida al juez especializado le está vedado entrar en tales campos de acción, en el evento que ocupa la atención de la Sala la calificación deberá hacerla, una vez perfeccionada la investigación para guardar el espíritu de la ley 2ª de 1984, el juzgado de instrucción criminal que en razón del territorio resultare competente para ello.

7. AUTO DE MARZO 2 DE 1989.
MAGISTRADO PONENTE: DR. RODOLFO MANTILLA JÁCOME

TEMA: *Amenazas familiares*: discute la Corte si basta con que ellas existan desde un punto de vista material o si es necesario que tengan ciertas connotaciones como las de causar alarmas, zozobra o terror, en una palabra, si es necesario que tengan dichas amenazas, connotación política.

CASO: A una persona se amenazó, mediante llamadas telefónicas recibidas en la familia, con destruirle su casa si en el término de tres días no informaba sobre el paradero de su sobrino quien había estado alojado en su residencia, luego de salir de un establecimiento de reclusión.

Considera la Corte:

El decreto 180 responde, como lo sostuviera esta Sala en anterior oportunidad, ... a la estrategia del Estado de efectivizar la lucha contra el terrorismo y otros delitos que generan profunda conmoción social.

La sola conducta, consistente en la amenaza, no es suficiente para incriminar al agente, puesto que de la estructura del tipo penal se deduce, que debe producirse efectivamente la alarma, la zozobra o el terror; al fin de cuentas, el tipo penal es de resultado. Lo anterior para fundamentar el hecho, en el caso propuesto, de la falta de seriedad y gravedad que reclama el tipo penal de las amenazas personales o familiares, cuando ellas no responden en manera alguna, a la finalidad política o de orden público, esté contenida de manera expresa o tácitamente se deduzca de ella, del espíritu del legislador extraordinario, para la expedición del decreto mencionado.

La amenaza a que se refiere el artículo 26

del decreto 180 de 1988, si bien tutela la libertad individual como bien personalísimo, debe tener de todas maneras, una connotación política, lo que permite en principio, excluir de la normatividad relativa al orden público, aquellos comportamientos que apuntan fundamentalmente a la vulneración de intereses individuales, sin penetrar en el ámbito de lo colectivo y sin generalizar zozobra, terror o pánico en la comunidad.

Al no existir finalidad económica en la exigencia, se acepta la eventualidad del delito de constreñimiento, adscribiendo la competencia para conocer a la *jurisdicción ordinaria*.

8. AUTO DE ABRIL 25 DE 1989.
MAGISTRADO PONENTE: DR. GUILLERMO DUQUE RUIZ
(Reitera Auto de noviembre 25 de 1988. Magistrado ponente: Dr. Lisandro Martínez Zúñiga).

TEMA: *Porte de armas de dotación oficial por agentes de la policía o militares*. Se discute si el comportamiento de los agentes de policía que portan armas de dotación oficial por fuera del servicio, encaja en el decreto 180 de 1988.

CASO: Un agente de la policía, estando en franquicia, cometió un delito contra la propiedad, valiéndose de su arma de dotación oficial.

Considera la Corte:

Cuando un miembro de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional porte su arma de dotación oficial, en ningún caso se le puede atribuir la conducta del artículo 13 que se acaba de transcribir, por la sencilla y contundente razón de que el citado texto requiere que el cuestionado porte sea "sin permiso de autoridad competente", elemento de no posible predicación en tratándose de un militar o agente de la policía en servicio activo, que,

así esté franco, como el acusado en el presente caso, dispone, por el contrario, de un "permiso permanente" de portar el arma que le ha sido entregada, es decir la de "dotación oficial".

Distinto es el asunto, cuando se trate de arma particular, para cuyo porte los uniformados, al igual que los civiles, sí deben obtener el respectivo salvo conducto.

En casos como el presente, no hay, pues competencia de los jueces de orden público para conocer del asunto.

9. AUTO DE MAYO 11 DE 1989.
MAGISTRADO PONENTE: DR. JORGE CARREÑO LUENGAS.

TEMA: *Tenencia de armas y favorecimiento de actos terroristas*. Discute la Corte si la tenencia de armas, por su sola realización material realiza el tipo del art. 11 del decreto 180 de 1988, o si por el contrario, tal tipo exige un ingrediente subjetivo expresado en la forma lingüística "favorecer".

CASO: Se le encontraron algunas armas a una persona, "armero" de oficio: en su casa de habitación tenía un pequeño taller, con licencia oficial, en el que arreglaba, además, armas del Ejército y de la Policía Nacional.

Considera la Corte:

En todo tipo penal existe una forma verbal que nutre ontológicamente la conducta típica y que hace relación al comportamiento que debe realizar el sujeto activo para obtener el resultado.

En el tipo penal consagrado en el art. 11 del decreto 180 de 1988, el verbo rector no es otro que el de *favorecer* la realización de actos terroristas. Por ello, en la norma se incrimina a quien "favorezca la realización de actos terroristas mediante la fabricación, adquisición, sustracción o almacenamiento de

armas de fuego...". Es indispensable entonces, para que se tipifique la realización de actos terroristas mediante la posesión o el suministro de armas. O en otras palabras, que la posesión de las armas tenga por objeto favorecer la realización de actos que siembren la zozobra, el temor y atenten contra la paz o el orden público.

No estando contemplada la conducta del sujeto ni en el artículo 13, ni en el 11, la competencia la determinó la Corte en los jueces ordinarios y no en el juez de orden público.

10. AUTO DE 18 DE MAYO DE 1989.
MAGISTRADO PONENTE: DR. GUILLERMO DUQUE RUIZ

TEMA: *Amenazas familiares*: Afirma la Corte la necesidad de hacer una interpretación sistemática y teleológica frente al decreto 180 de 1988.

CASO: Se amenazó a una persona con el fin de obligarlo a pagar una suma de dinero prestada a la víctima de la amenaza y por la cual pagaba un interés del 20 por ciento.

Considera la Corte:

Una lectura literal de esa disposición (se refiere la Corte al artículo 26) le daría indudablemente razón al juzgado Treinta y Siete de Instrucción Criminal, pues en ella se lee claramente que la amenaza con esas connotaciones de temor, zozobra o alarma (que, en el fondo, tipifican el terrorismo, según el artículo 1 del decreto 180 y, también en lo pertinente a los verbos rectores usados, el art. 187 del C. P.) puede perfectamente recaer sobre una sola persona: explícitamente al menos, ese precepto no exige, de suyo, que los efectos de conmoción inherentes a las amenazas desborden tal individualidad para proyectarse sobre personas o grupos, ni que mediante ellas se trastorne el orden.

Ello, repítase, es lo que se saca de una lectura cerrada y literal del precepto, pero esta no es la manera de leer los textos jurídicos, pues su hermenéutica implica necesariamente una aprehensión de toda la normatividad con la cual de una u otra manera, se relacione el precepto objeto de lectura, para así lograr desentrañar su sentido y alcance, su razón de ser en el momento en que fue creado y en el momento en que se le esté aplicando. El Estatuto 180 que contiene ese artículo 26 fue expedido para contrarrestar la grave e inmensa alteración del orden público: dentro de esa realidad y a través de esa dinámica sociopolítica hay que examinar toda esa normatividad de excepción, y entonces, ahí sí aparece explicable y acertado sostener, como lo ha he-

cho esta sala (Autos de 6 de diciembre de 1988 y 29 de marzo de 1989, entre otros) que únicamente encajan en el citado artículo 26 las amenazas que trascienden de algún modo la esfera meramente *personal o privada*, y, en ese desbordamiento, alcancen a afectar intereses sociales o de más amplitud, que pongan en peligro o perturben la vida en común o social, de los coasociados (pocos o muchos) y no de *individualidades aisladas*. En otras palabras, es con base en *sus efectos*, y no solo en consideración a la persona o personas objeto de la amenaza, como se debe dilucidar la naturaleza de la misma, aunque obviamente la calidad o carácter que tenga el amenaza-do en ocasiones influye en los efectos.

Tribunal Superior de Medellín

11. AUTO DE DICIEMBRE 13 DE 1988.

MAGISTRADA PONENTE: DRA. MARIELA ESPINOSA ARANGO

TEMA: *Secuestro*. La mayoría de la Sala considera que los arts. 268 y 269 del Código Penal se encuentran suspendidos por virtud de la legislación de estado de sitio. Fue rechazada por ello la ponencia original del magistrado Edgar Escobar López, que proponía la aplicación del Código Penal y no del decreto 180/88.

CASO: Un sujeto sustrae durante dos horas a un menor, quien al parecer había hurtado un par de zapatos, con el fin de interrogarlo sobre este hecho.

Considera el Tribunal:

Mas, como se enunciara al principio, la mayoría de los integrantes de esta Sala de Decisión no puede conculcar las normas en vigencia de que se hizo caso omiso al proferir medida de aseguramiento consistente en caución. Porque el Estatuto para la defensa de la de-

mocracia (decreto 180 de enero 27 del presente año 1988) mediante el cual se complementan algunas normas del Código Penal, etc., en sus artículos 22 y 23 dentro del capítulo segundo sanciona y agrava el delito de secuestro, llámesele extorsivo o simple como los definen los artículos 268 y 269 del Código Penal y los agrava el artículo 270 ibídem.- Inclusive, por virtud del artículo 52 del mismo estatuto o decreto 180 en cita, legislación extraordinaria del gobierno en uso de las facultades del artículo 121 de la Constitución Nacional, esas normas ordinarias están en la actualidad *suspendidas*.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ÉDGAR ESCOBAR LÓPEZ:

1. Me parece un desafuero interpretativo ubicar la conducta descrita en los considerandos de la ponencia dentro de los linderos del artículo 22 del decreto 180 de 1988, no solo por el móvil que animaba su acción (que le contara qué objetos había hurtado de su finca y "reprenderlo" para que en el futuro no continuara por ese camino desviado), sino por

los matices que rodearon la retención momentánea del menor C. G. Por ello la tarea jurisprudencial en el campo de la hermenéutica no debe detenerse en un estatismo conceptual del momento histórico en que nació a la vida jurídica la norma legal, sino que el juzgador debe hacerla cumplir su immanente función de instrumento equilibrador de la justicia social acudiendo a aspectos sociales, políticos, económicos, culturales y éticos que orientan la vida de relación en el momento de aplicarla. Debe buscarse, entonces, la interpretación teleológica partiendo del supuesto de que la ley es solo un medio de que se vale el legislador en busca de determinados fines sociales y, por ello, el intérprete que utilice el medio finalístico no se detiene en el simple texto de la norma sino que va más allá en busca de su real voluntad, del espíritu de las disposiciones, a través de los elementos racional, sistemático, histórico y político. El primero busca desentrañar la razón de ser de la ley o "ratio legis" que se revela en el bien o interés jurídico protegido, en el por qué de su tutela y en la finalidad que con tal protección se persigue. Y el político, que es el otro elemento que nos interesa para los efectos que importa ahora, hace relación a que las normas penales, como cualquiera otra ley —ordinaria o de emergencia— de orden público, reflejan la concepción política vigente en el momento histórico del Estado que les dio origen, lo que sucedió con el llamado ESTATUTO ANTITERRORISTA.

2. El mandato 180 de 1988 y para el caso que nos ocupa el artículo 22 que hace referencia al SECUESTRO, tuvo su inspiración en el considerando tercero tocante con que "los fenómenos de perturbación del orden público se han agravado considerablemente en todo el territorio nacional, manifestándose en actos que atentan contra la vida e integridad de los funcionarios del Estado, dirigentes políticos y sindicales, intelectuales; el secuestro de candidatos a alcaldías y corporaciones públicas de elección popular, con fines desestabilizadores de las instituciones democráticas" (subrayo). Mírese, pues, cómo aquella norma

—el artículo 22 del decreto 180 de 1988— exige una connotación de carácter social en el sujeto pasivo de la acción atentatoria contra la libertad individual consistente en ser candidato a alcaldías o corporaciones públicas de elección popular, para quienes se pretende una marcada protección, y respecto de ellos se incrementó la penalidad en el dispositivo citado, trátase de secuestro simple o extorsivo, con miras a menguar esa clase de delincuencias. Repárese, de otro lado, que el artículo 2° del decreto 181 de 1988 discernía el conocimiento en primera instancia a los Juzgados de Orden Público, entre otros punibles, del secuestro y secuestro extorsivo que se consumaran en una cualquiera de los personajes que ostentó rango jurídico o social de las que allí enumeraba y "todos los demás tipificados en el decreto 180 de 1988". Esa norma fue modificada por el canon 2° del mandato 474 del 16 de marzo de 1988, reiterando que los jueces de orden público conocerán en primera instancia, entre otros, de los punibles de *secuestro* y *secuestro extorsivo* que se cometan en alguna de las personas allí mencionadas y cuyo número se incrementa respecto de las relacionadas en su homólogo 2° del decreto 181 del 27 de enero de la anualidad citada, pero se continúa exigiendo una connotación jurídica o social en cuanto toca con la víctima de la infracción. Se suprime, eso sí, la remisión genérica para el conocimiento de todos los demás ilícitos consagrados en el decreto 180 de 1988. Obsérvese, en fin, cómo el mandato 474 y su similar 181, no empee haberse consagrado el tipo especial de secuestro" de que habla el artículo 22 del ESTATUTO ANTITERRORISTA, continúan refiriéndose al secuestro simple y al extorsivo que, según el elemento interpretativo racional de las normas jurídicas de que hablamos en principio, se refiere a los personajes del considerando tercero ya que con esa disposición se revela el por qué de su tutela y la finalidad que con tal protección se persigue.

3. No parece cierto, como lo afirma la mayoría de la Sala, que las normas ordinarias

de los artículos 268 y 269 del Código Penal "están en la actualidad *suspendidas*" por virtud del artículo 121 de la Carta Política por que los artículos 2° y 23-2 del decreto 474, insistentemente, se refieren a esos tipos delictivos. Y de una cuidadosa lectura de la última norma en cita se desprende que los jueces especializados conocen en primera instancia, en tratándose de delitos afectantes de la libertad individual, del secuestro extorsivo (art. 268) y secuestro simple (art. 269) descritos en el Código Penal que se cometan en cualquiera persona diversa a las enumeradas en el ordinal 1° del artículo 2° del decreto 474, porque el artículo 23-2 de la normatividad lo exceptúa expresamente, correspondiendo su conocimiento a los juzgados de orden público.

Insistimos en que el tipo de secuestro descrito en el artículo 22 del decreto núm. 180, que se agrava conforme a las causales del canon 23, sufrió un gran incremento de pena privativa de la libertad y se le adicionó la pecuniaria cuando se trate de sujetos pacientes del mismo que ostenten una posición jurídica (ser funcionario o empleado público) o social (dirigente gremial, profesor universitario, candidato a cualquier cargo público, etc.) y, entonces, cuando se trate de personas víctimas del secuestro que no tengan esas connotaciones, condiciones o calidades, no podrá hablarse de esa clase especial de secuestro sino de uno en su modalidad de simple o extorsivo, según la motivación tercera del decreto 180, como sucedió en el evento que ocupa la atención de la colegiatura tipificante de un secuestro simple.

Se ha cometido un error interpretativo de parte de la mayoría, error que va a llevar a un hombre a la cárcel cuando la medida de aseguramiento que procede es, en sana lógica y estricto derecho, la caución. Mis argumentos, los mismos que ahora expongo por escrito, no fueron convincentes en las discusiones de Sala. Quiera Temis que muy pronto se enmiende el yerro y se ponga fin a una injusticia.

Reitero que, aunque respeto la hermenéutica mayoritaria, no puedo compartirla. Dejo

mi conciencia tranquila pero un corazón más palpitante que de costumbre porque va allí un hombre, a la cárcel, o a ocupar un lugar que no le corresponde.

NOTA: En el proceso anterior, el Juzgado Sexto Especializado de Medellín, siguiendo los criterios trazados por el Tribunal en el auto anterior, condenó al procesado a la pena de 6 años y 8 meses de prisión y multa equivalente a 48 salarios mínimos mensuales, al hallarlo responsable del delito de secuestro consagrado en el art. 22 del decreto 180 de 1988.

La sentencia fue apelada tanto por el defensor como por el fiscal. El Tribunal, en providencia de agosto 3 de 1989 —con ponencia del magistrado Édgar Escobar López, la cual sí fue aceptada en esta oportunidad por los demás integrantes de la Sala de Decisión— decretó la nulidad de lo actuado por incompetencia del juez, pues consideró que no se trataba del delito de secuestro sino de "ejercicio arbitrario de las propias razones" (art. 183 del C. P.), con base en los argumentos esgrimidos por el Tribunal en auto de enero 30 de 1989, cuyas consideraciones más importantes transcribimos a continuación.

12. AUTO DE ENERO 30 DE 1989.
MAGISTRADO PONENTE: DR. HUMBERTO RENDÓN ARANGO.

TEMA: *Secuestro y ejercicio arbitrario de las propias razones*. El Tribunal considera necesario tener en cuenta la licitud o ilicitud de la finalidad perseguida para determinar si el hecho constituye secuestro (art. 22 del decreto 180 de 1988) o ejercicio arbitrario de las propias razones (art. 183 del C. P.).

CASO: Varios sujetos retienen algunas horas a una persona, con el fin de recibir información acerca del paradero de quien les había hurtado una alhaja.

Considera el Tribunal:

.....
Pero, el hombre debe obrar con culpabilidad en cualquiera de sus manifestaciones de dolo, culpa o preterintención. Para el caso de autos con dolo o voluntad orientada a la realización de ese hecho que sabe causará lesión o peligro de lesión a un interés jurídico objeto de tutela penal, en actitud dirigida conscientemente a la realización de la conducta típica y antijurídica. Y para que exista el hecho punible descrito en el artículo 22 del decreto 180 de 1988, se requiere que el sujeto activo voluntariamente no solo arrebatase, sustraiga, retenga u oculte a una persona, sino que lo haga con el propósito de exigir por su rescate un provecho o utilidad o se tenga un propósito distinto pero indebido, y se determine a cumplir ese cometido. La escolástica tiene la feliz expresión de causa final, que en el orden de la intención es el término de la acción como finalidad que se desea alcanzar. En el secuestro, para que no se lo vaya a confundir con otro delito, en el orden de la intención es preciso que en la conciencia del autor, en el momento del hecho, esté presente de modo positivo el específico propósito de obtener un provecho o utilidad ilícitos, pues de exigirse lo debido otra es la calificación que el hecho merece, o se tenga el propósito de lograr otra cosa, eso sí, indebida. La retención, arrebatamiento, etc. está informado de ese elemento subjetivo y a ello no se opone que no aparezca en la descripción típica porque debe entenderse así para no confundirla con otras descripciones típicas en las cuales, con otros fines, puede verse recortada o disminuida o perdida la facultad de locomoción como ocurre en el hurto cuando se maniatada a la víctima o se la encierra, cuando mediante constreñimiento se obliga a alguien a tomar o dejar de tomar una determinada ruta o, como en el caso de autos, cuando con un medio indebido se pretende lo debido: el ejercicio de un derecho que pudo y debió solucionarse por la vía de la Administración de justicia, que en su orden se contemplan en los artículos 350.2, 276 y 103 del C. Penal. En todo caso

es necesario un elemento subjetivo que ya fue mencionado.

13. AUTO DE MARZO 6 DE 1989.
MAGISTRADO PONENTE: DR. MARIO SALAZAR MARÍN.

TEMA: *Secuestro*. Se discute si es aplicable al caso el decreto 180 de 1988 o el Código Penal. El Tribunal considera que es necesario tener en cuenta el fin perseguido para determinar si se aplica una u otra normatividad.

CASO: Tres sujetos retienen a una persona con el fin de lograr el pago forzado e ilegítimo de una deuda contraída por la hermana del retenido.

Considera el Tribunal:

.....
1. No cabe duda que formal y objetivamente la conducta de arrebatarse, sustraer u ocultar a una persona constituye "secuestro", no importa que el medio utilizado sea violento, abusivo o fraudulento. Así entonces el juez, con tales puntos de vista (formales y objetivos), habría acertado en la ubicación jurídica de la conducta, teniendo en cuenta pues que el legislador extraordinario —a través del decreto 180-88— no contempla expresamente ninguna finalidad en el modelo de conducta que describe en el artículo 22, pues simplemente dice que quien "arrebatase, sustraiga, retenga u oculte a una persona incurrirá en prisión de 15 a 20 años".

2. Cuando esa finalidad se consagra literalmente en la norma la doctrina la denomina "ánimo especial" y es menester obviamente su comprobación para que pueda hablarse de "acción típica". Pero el hecho de que no conste —con mayor razón frente a un legislador improvidente— no significa jamás que las conductas jurídico-penales relevantes, todas, no sean finales, pues es de la esencia del acto humano el móvil que lo impulsa y el fin buscado.

La Sala no pretende afirmar con esto que los sindicatos no hayan querido limitar la libertad de J. E. M., aún en el evento posible de que este hubiera mostrado disposición de que su libertad fuese restringida —real o aparentemente— en orden a lograr la solución forzada de una obligación. Pero sí hace notar que en esta conducta es sobresaliente la finalidad de lograr un lucro legítimo, establecido previamente en un contrato celebrado entre las partes con arreglo a las leyes.

Según esto el fin buscado era lícito, pero el medio no, cuya denominación jurídica ha despertado aquí el debate, pues la defensa estima que ello constituye “constreñimiento ilegal”, que consiste en obligar a otro a “hacer u omitir alguna cosa”, según el artículo 276 del C. P., a diferencia del juez que lo estima “secuestro”, como queda dicho.

3. Pero el derecho penal, con su sistema de garantías individuales, generadora de la consecuente seguridad jurídica, siempre ha rechazado las penas fundadas en meras acciones causales sin miramientos a su contenido subjetivo y por consiguiente a sus fines. Por eso es profundamente preocupante que en opinión de algunos se estime que el decreto 180-88, con severidad mayúscula, por razones políticas conocidas, haya suspendido, de un solo plumazo, la distinción entre el “secuestro extorsivo”, que contempla el fin de un provecho —ilícito se supone—, con pena mínima de 6 años, y el “secuestro simple”, referido a fines diversos, con sanción mínima de 6 meses de prisión, a cambio de una conducta sin fines con prisión mínima de 15 años, algo ilegítimo en cabeza del legislador, por ser ontológicamente absurdo prohibir conductas humanas sin contemplación de fines.

Como tal punto de vista no se puede concebir, así simplemente, sin juicio crítico alguno, pues la pena para que sea legítima tiene que ser el reflejo de la magnitud del injusto, dado que la individualización de la sanción es lo más importante del sistema penal por constituir la esencia del “*ius puniendi*”, tiene necesariamente que acudir al método teleológico

y sistemático de la interpretación de la ley, de cara fundamentalmente al bien jurídico tutelado. Pues la Sala entiende que el núcleo de toda conducta ilícita es el daño al derecho y tal debe ser el punto de partida del intérprete, junto al examen sistemático del ordenamiento jurídico, para una interpretación sin yerros.

Resulta un violento despropósito hacer tabla rasa y entender que toda conducta de secuestro, sin distinción de fines, por la conducta objetiva y formal en sí, por la mera realización causal del hecho, es ubicable en el referido art. 22 del “Estatuto para la defensa de la democracia”, en la creencia completamente heterodoxa de que para que se estructure este o cualquier delito basta el dolo de realizar el tipo objetivo, como si el tipo no exigiere también y fundamentalmente la consciente voluntad final de realizar un injusto determinado, con sus propias dimensiones objetivas y subjetivas.

Porque, claro: una cosa es comprender y querer retener a una persona para lograr un provecho ilícito (secuestro extorsivo); otra hacer lo mismo con el fin de que se le reconozca, por la fuerza ilegítima o el ejercicio de las propias razones, un derecho tutelado por el Estado, como la acreencia para el caso (secuestro simple); y otra, muy diversa, llevar a cabo eso mismo para desestabilizar el régimen y atacar, como dice el decreto, la democracia.

Como el autor de las leyes, en este caso el poder ejecutivo, convertido permanentemente en legislador extraordinario, no puede invadir sin ningún límite, aún en condiciones de “generalizada excepción”, los espacios jurídico-políticos de las otras dos ramas del poder, le está vedado por eso, a través de ese artículo 22, imponerle al derecho penal y a los jueces que sean injustos y que midan distintos comportamientos, que conlleven diferentes daños y por consiguiente diversos injustos, con un mismo juicio de reprochabilidad y una misma pena. Es como se entiende el ejercicio de la jurisdicción, en esta tarea de interpretación y honrada aplicación de las nor-

mas penales, y se comprende su papel protagónico y político de poder de Estado, para que el juez no sea a todo trance un invitado de piedra como mero aplicador de normas formales, que como tales nunca lo son de verdad.

4. Con ello la Sala quiere llegar a la siguiente conclusión; completamente coherente con un Estado de derecho, en el cual las tareas armónicas de las distintas ramas del poder logran sus fines comunes: Que el art. 22 del decreto 180-88, *no suspende*, por no ser contrarios a su esencia, los artículos 268 y 269 del Código Penal, consagratorios del “secuestro extorsivo” y el “secuestro simple”, y que por consiguiente existen en este momento tres clases de “secuestro”.

Que ello es así, en efecto, lo confirma el decreto 0474 de marzo 16-88, que de nuevo se refiere a los secuestros extorsivo y simple en su artículo 23, cuando dispone que mientras subsista turbado el orden público los jueces especializados conocerán en primera instancia de los delitos descritos en los artículos 268 y 269 del C. P., mientras los jueces de orden público conocerán del secuestro descrito en el artículo 22 del decreto 180, en concordancia con el art. 2º del decreto 0474, o sea cuando el sujeto pasivo es calificado o a la persona se le secuestra por sus creencias ideológicas o partidistas, esto es, cuando tenga por fin atacar el establecimiento político y constituya el injusto que el legislador ha querido sancionar severamente. No nos parece que esa referencia a las dos formas tradicionales de secuestro esté referida a tales ilícitos cometidos con anterioridad.

Ya lo había dicho este Tribunal, en Sala de Decisión encabezada por el magistrado Humberto Rendón Arango, en un caso análogo, con la mera diferencia del tiempo que permaneció retenida la víctima: “La retención, arrebato, etc., está informado de ese elemento subjetivo (propósito de obtener un provecho o utilidad ilícitos) y a ello no se opone que no aparezca en la descripción típica, porque debe entenderse así para no

confundirlas con otras descripciones típicas, en las cuales, con otros fines, puede verse recortada, o disminuida o perdida la facultad de locomoción, como ocurre en el hurto cuando se maniatada a la víctima o se le encierra, cuando mediante constreñimiento se obliga a alguien a tomar una determinada ruta o, como en el caso de autos, cuando con un medio indebido se pretende lo debido: el ejercicio de un derecho que pudo y debió solucionarse por la vía de la Administración de Justicia... Entonces, si bien se arrebató y retuvo a una persona, y se la arrebató y retuvo dolosamente, tal comportamiento estuvo en-derezado a la recuperación de un bien que había sido objeto de ilícito apoderamiento” (el hurto de una joya valiosa, agrega esta Sala; proveído de Enero 30-89, proceso seguido a G. A. A. y J. E. A.

La administración de justicia no tiene razones para explicar por qué un ilícito que ha tenido una sanción mínima de 6 meses (art. 269 C. P.) resulte de un día para otro con 15 años, sin que de por medio haya desbordamiento de poder.

Solo que en este caso no es “Ejercicio arbitrario de las propias razones” (art. 183 C. P.), porque si bien se quiso ejercer justicia arbitraria y se ofendió con ello a la Administración de Justicia (bien tutelado, título IV, hubo primordialmente una infracción contra la libertad individual, que comportando en sí misma también arbitrariedad privada, es modelo legal (el del art. 269 *ibidem*) que describe con mayor solvencia todos los extremos de la conducta ejecutada.

Tampoco es “Constreñimiento ilegal”, según lo quieren los defensores (art. 276), porque conteniendo también el secuestro la acción de constreñir a otro, con arrebato, sustracción, retención u ocultación de la persona, también es modelo que abarca más y mejor la conducta llevada a cabo, al ir más allá del mero constreñimiento, que es amenaza sin restricción física de la libertad. Obsérvese entonces cómo el aspecto subjetivo de las acciones

humanas influye decisivamente en el campo del derecho penal, pues también la "extorsión", por ejemplo, es objetivamente constreñimiento, pero tiene que estar enderezada al provecho ilícito. Luego a comportamientos formal y objetivamente iguales suelen corresponder adecuaciones típicas bien distintas.

NOTA: En este caso se presentó salvamento de voto de la Magistrada Gema Saldarriaga Agudelo, quien consideró que debía aplicarse el art. 22 del decreto 180 de 1988, con el argumento de que "los hechos ocurrieron bajo su vigencia y el sujeto pasivo... no es de los calificados y taxativamente señalados en el art. 2º del decreto 474 de 1988".

* * *

COMENTARIO

Como puede observarse, la jurisprudencia de la Corte viene evolucionando en la dirección del reconocimiento de elementos subjetivos como requisito de existencia de las diversas figuras delictivas a pesar de que algunos tipos no hagan esa exigencia de manera expresa. Esta dirección viene iluminada por *criterio teleológico de interpretación*. Que es lo que debió haber hecho desde un principio. En efecto: al parecer, en la providencia que puede considerarse fundamental, en cuanto tocó sentar las bases y abrir caminos, la del 13 de septiembre de 1988, se incurre en una petición de principio, en tanto que se dió por demostrado lo que se tenía que demostrar: que el secuestro, que el porte de armas, que su conservación, que las amenazas, etc., sin más, caían bajo las prescripciones del decreto 180, por el hecho de que tales conductas eran descritas por dicho estatuto, independientemente del elemento subjetivo que precediera, orientara y caracterizara tales comportamientos. Decir que por el hecho de estar en el decreto 180 son siempre conductas del 180 es hacer una interpretación asistemática de tal normatividad, no teniendo en cuenta el brocardo tan antiguo como sabio de los prácticos: *si vis intelligere, lege nigra*, si quieres entender, lee la negrilla. Se aludía a la costumbre que había de reteñir el nombre del título, del capítulo o del artículo, lo que servía de pauta de interpretación teniendo de presente el interés jurídico tutelado al cual se aludía así. La razón de ser de la norma, el fin del restablecimiento del orden público mediante el enfrentamiento de ciertas formas delictuales particularmente preocupantes como el terrorismo, la motivación de las disposiciones, deben servir de pauta de interpretación.

La importancia de la interpretación teleológica es tal que es precisamente con base en ella como se llega a sostener, a mi manera de ver de forma acertada, que en el caso que se atente contra uno de los sujetos cualificados a los cuales se hace mención, por ejemplo, tratándose del delito de homicidio contra un miembro del ejército o de la policía o contra un profesor o un líder sindical etc., se debe considerar que la cualificante existe siempre y cuando en el hecho hubiese habido una motivación política. Con ese mismo criterio teleológico, se descartó la ubicación de la amenaza familiar dentro del decreto 180, a pesar de que en la descripción de dicha tipicidad, no se aluda a ninguna motivación especial o a ninguna connotación política particular.

Por su parte, el Tribunal Superior de Medellín, decide, en contra del criterio de la Corte, tratándose del delito de secuestro, que en dicha tipicidad sí hay que distinguir la motivación última para saberse si estamos en presencia del decreto 180 o si el caso hay que ubicarlo dentro de las diversas tipicidades del Código Penal. La mencionada corporación parte, como puede verse, de una *concepción ontológica de la acción*: esta es lo que es, a partir de su sentido y el sentido de la acción está determinado por el contenido de la voluntad. Ahora bien: se infiere que la estructura de la acción tiene un poder vinculante tanto para quien hace la ley como para quien la aplica: en el primer caso, quien tiene la potestad legisferante no puede regular la conducta humana como le dicte su parecer ya que debe respetar la estructura de la materia de la regulación jurídica; en el caso del intérprete, este no puede decir que un acto es terrorista cuando la pretensión de causar alarma y desestabilizar, están ausentes. Si así fuera, el solo pronunciar una expresión lingüística bastaría para dar por existente una realidad, violentándose esta.

Parece sí profundamente preocupante, desde el punto de vista de una sana política criminal que frente a casos estructuralmente semejantes pero con profundas diferencias en cuanto su repercusión social, se llegue a decisiones tan dispares en cuanto a sus consecuencias: parece aberrante, por decir lo menos, que cuando se retiene a un muchacho por el lío de unas bagatelas perdidas, se hable de 15 años de prisión y que en cambio, con base en otros parámetros de análisis, hechos sensiblemente más graves acarreen 6 meses. En otras palabras: lo grave no es tanto que en el caso más sensible se aplique la pena que dispone el código, sino que en el otro caso, sin darse la motivación que dió origen a la legislación de emergencia, tenga una pena tan desproporcionada. La justicia se convierte entonces en una cosa de azar si se deciden de una manera tan antípoda situaciones que han debido fallarse de manera semejante.