

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Inconstitucionalidad de la prisión perpetua

La pena de prisión perpetua no puede fundamentarse en disposiciones circunstanciales y transitorias, son las que está autorizado a expedir el ejecutivo dentro de las competencias excepcionales de que queda revestido por virtud de la declaración del estado de sitio. De igual manera, dentro de los objetivos humanitarios que se proyectan en la concepción de la pena, acogidos por la Constitución Nacional, no encaja el recurso a la pena perpetua, ni siquiera como solución de emergencia institucional.

Magistrado ponente: Dr. FABIO MORÓN DÍAZ
Bogotá, marzo 27 de 1989

Comentario: HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRIO
JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA *

.....
CONSIDERANDO:

II. *El texto del decreto*

El texto del decreto que se revisa es el que sigue:

DECRETO 2490 DE 1988
(noviembre 30)

"Por el cual se adicionan los decretos legislativos 180 y 474 de 1988"

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

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

Que la declaratoria de turbación del orden público se originó en la acción de grupos armados tendentes a la desestabilización de la normalidad institucional y de la paz y del orden social;

Que la acción delincencial de estos grupos armados se ha recrudecido manifestándose en hechos atroces como el homicidio masivo e indiscriminado de la población civil y los atentados contra personas de especial significación política, civil y militar;

* Profesores de Derecho Penal de la Universidad de Medellín.

Que para combatir eficazmente estas acciones subversivas del orden público, es necesario adicionar las normas contenidas en los decretos legislativos 180 y 474 de 1988, en forma tal que se establezcan ordenamientos encaminados a prevenir y sancionar estas acciones,

DECRETA:

Art. 1º.—Cuando el homicidio se realice por personas que pertenezcan a grupo armado no autorizado legalmente, incurrirán en pena de prisión perpetua.

Si el homicidio solo alcanza el grado de tentativa la pena será de treinta (30) a cuarenta (40) años de prisión.

Art. 2º.—Incurrirá en las penas previstas en el artículo anterior quien realice el hecho descrito en el artículo 29 del decreto legislativo 180 de 1988.

Art. 3º.—Cuando las lesiones personales se ocasionen por quien pertenezca a grupo armado no autorizado legalmente, las penas previstas en el artículo 31 del decreto legislativo 180 de 1988 se incrementarán en otro tanto.

Art. 4º.—El artículo 45 del decreto 180 de 1988 quedará así:

“Artículo 45.—Detención, libertad y prohibición de rebaja de pena.

“En los delitos de competencia de la jurisdicción de orden público, solo procede la detención como medida de aseguramiento.

“Salvo lo dispuesto en el artículo 6º de este decreto los imputados o condenados no tendrán derecho a libertad provisional, condena de ejecución condicional, libertad condicional, ni rebaja de pena alguna”.

Art. 5º.—Interrupción de la prescripción de la acción y de la pena: Se interrumpe el término de prescripción de la acción o de la pena, según el caso, para quien sea juzgado o condenado como persona ausente por los delitos de que trata el decreto legislativo 180 de 1988.

Art. 6º.—El artículo 37 del decreto legislativo 180 de 1988, quedará así:

“Artículo 37.—Eximente de punibilidad.

“Quien después de haber intervenido como autor o participe en la comisión de los delitos de competencia de la jurisdicción de orden público, colabore eficazmente con las autoridades en el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad penal de quienes hubieren intervenido a cualquier título en su ejecución, será eximido de pena al momento de dictar sentencia.

“Comprobada la colaboración, el imputado tendrá derecho a libertad provisional inmediata, sin necesidad de suscribir diligencia de compromiso o de otorgar caución”.

Art. 7º.—En los delitos de competencia de la jurisdicción de orden público, el ministro de Justicia oficiosamente o a petición del juez, podrá variar la radicación del proceso cuando existan serios motivos para deducir que está en peligro la integridad personal del funcionario, o existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad, o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento o la seguridad del procesado.

Art. 8º.—Además de los delitos señalados en los decretos legislativos 180 y 474 de 1988 la jurisdicción de orden público conocerá de los procesos que se adelanten por delitos contra la existencia y seguridad del Estado, rebelión, sedición y los conexos con estos.

Art. 9º.—El juzgamiento de los delitos previstos en este decreto se hará sin intervención del jurado de conciencia de que trata el libro tercero, título II, capítulo I del Código de Procedimiento Penal, con arreglo a las disposiciones conferidas en el título II del decreto legislativo 180 de 1988.

Art. 10.—El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y suspende las normas que le sean contrarias.

Publiquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 30 de noviembre de 1988.

V. Consideraciones de la Corte

3. La conexidad

El decreto 2490 del 30 de noviembre de 1988 “por el cual se adicionan los decretos legislativos números 180 y 474 de 1988 contiene los siguientes cuatro considerandos específicos:

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

“Que la declaratoria de turbación del orden público se originó en la acción de grupos armados tendente a la desestabilización de la normalidad institucional y de la paz y el orden social;

“Que la acción delincuencia de estos grupos armados se ha recrudecido manifestándose en hechos atroces como el homicidio masivo e indiscriminado de la población civil y los atentados contra personas de especial significación política, civil y militar;

“Que para combatir eficazmente estas acciones subversivas del orden público, es necesario adicionar las normas contenidas en los decretos legislativos 180 y 474 de 1988, en forma tal que se establezcan ordenamientos encaminados a prevenir y sancionar estas acciones”.

Ahora bien, el decreto 1038 de 1984, sobre el cual se basa el decreto que se revisa, fundamenta la declaratoria referida en que “en diversos lugares del país han venido operando reiteradamente grupos armados que han atentado contra el régimen constitucional, mediante lamentables hechos de perturbación del orden público y suscitando ostensible alarma en los habitantes”; “que el gobierno ha utilizado para el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, los medios que le atribuye la legislación ordinaria sin que haya bastado su efecto para recobrar la normalidad”; “que con posterioridad ... han tenido lugar asaltos a poblaciones”; “que por la acción persistente de grupos antisociales, relacionados con el narcotráfico, viene perturbándose grave-

mente el normal funcionamiento de las instituciones en desafío criminal a la sociedad colombiana, con sus secuelas en la seguridad ciudadanas, la tranquilidad y la salubridad públicas y en la economía nacional”; que “en general hechos de violencia provocados por las circunstancias antes mencionadas, han ocasionado sensibles bajas del personal de las Fuerzas Militares y de Policía, lo mismo que víctimas en la población civil”.

Como se advierte claramente el decreto 2490 de 1988, se apoya en las motivaciones del decreto 1038 de 1984, que declaró turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional y además agregó otras causas de perturbación del orden público que lo han agravado considerablemente, cuando advierte que “la acción delincuencia de estos grupos armados se ha recrudecido manifestándose en hechos atroces como el homicidio masivo e indiscriminado de la población civil y los atentados contra personas de especial significación política, civil y militar”, lo que viene a constituir las llamadas circunstancias o motivaciones sobrevinientes que la Corte ha aceptado como justificativas de la expedición de nuevas regulaciones de orden público, sin que sea necesario producir ningún nuevo decreto que las fundamente.

Está así claro que las circunstancias aducidas en el decreto que se revisa son, en efecto, sobrevinientes y agravantes de la perturbación del orden público. A este respecto, la jurisprudencia de la Corte ha sido constante y reiterada en el reconocimiento de que le compete verificar si existe o no conexidad entre las causales invocadas en el decreto originario y las normas que lo desarrollan, de una parte, y de la otra entre aquellas y las causales sobrevinientes, en cuanto a su agravación y concurrencia. Además, esa misma jurisprudencia ha señalado que “Las materias atinentes a los decretos que se dicten dentro del estado de sitio, deben guardar relación esencial con dos supuestos: Las razones expuestas por el gobierno en el decreto por medio del cual declara turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional o parte de él, y los hechos manifiestos que hayan perturbado o continúen perturbando el orden público”.

Como también lo ha dicho la Corte en varias oportunidades, no es necesario recurrir al Consejo de Estado en consulta y a la expedición de normas que declaren nuevamente una perturbación del orden público, que ya existe por virtud del decreto inicialmente consultado ante aquel y promulgado debidamente.

En tal virtud, la Corte considera que en este asunto existe la conexidad debida conforme la ha diseñado la jurisprudencia de la Corte; no procede por tanto admitir el argumento de algunos impugnadores que señalan como violación a la Carta la falta de nueva consulta ante el Consejo de Estado, cuando aparezcan motivos sobrevinientes y agravantes con los del decreto que declara la perturbación.

4. *La perpetuidad de las penas privativas de la libertad no puede ser decretada por el ejecutivo en ejercicio de las facultades de estado de sitio*

1. Los artículos 1° y 2° del decreto en revisión establecen la llamada pena de prisión perpetua para "cuando el homicidio se realice por persona que pertenezca a grupo armado no autorizado legalmente" o cuando se "realice el hecho descrito en el artículo 29 del decreto legislativo 180 de 1988", es decir cuando dicho acto criminal se realice con fines terroristas en las personas de algunos dignatarios del Estado que hacen parte de las tres ramas del poder público, o de la Iglesia Católica, de los dirigentes de gremios económicos y de entidades cívicas o educativas y de otras personalidades del orden social.

Agrega el artículo primero que si el hecho solo alcanza el grado de tentativa, la pena será de treinta (30) a cuarenta (40) años de prisión.

Por vez primera, desde la vigencia de la Constitución de 1886, se establece la llamada pena de prisión perpetua ante la gravísima escalada de violencia indiscriminada y terrorista que padece la Nación. No es preciso analizar la cuestión con criterio de conveniencia y oportunidad que escapa al control constitucional que ejerce la Corte; lo pertinente es hacer la confrontación entre las normas que se revisan y el texto de la Constitución Nacio-

nal, para determinar si aquellas se ajustan o no a las prescripciones de esta.

2. Es jurisprudencia reiterada de la Corte la que afirma que el estado de sitio es un régimen de excepción previsto en la Carta, que en ningún caso puede implicar la sustitución de sus preceptos. Aun en estado de sitio, rige la Constitución con las restricciones en ella establecidas en forma expresa. Esa es la razón del control de constitucionalidad que compete a la Corte sobre el ejercicio de los poderes propios de aquel régimen. Así lo ha reiterado recientemente esta Corporación, tal y como se indica en la parte del fallo que se transcribe en seguida:

"El estado de sitio, como lo ha dicho también en forma reiterada la jurisprudencia, es un régimen de excepción previsto en la Constitución, por eso mismo no puede implicar la sustitución de sus preceptos. En estado de sitio rige la Constitución con las restricciones en ella establecidas de manera expresa. Esa es la razón del control de constitucionalidad que compete a la Corte sobre el ejercicio de los poderes propios de aquel régimen. Para este efecto ha distinguido la jurisprudencia tres grupos de normas: las que rigen plenamente tanto en tiempo de normalidad como de turbación, las que prevén limitaciones temporales por razón del estado de sitio, y aquellas que permiten suspender el ejercicio de algunos derechos y libertades por igual causa. Las dos clases mencionadas últimamente, es obvio, son excepcionales y de aplicación restrictiva y temporal. La Corte ha dicho que los criterios determinantes de este juicio de constitucionalidad son la conexidad entre el contenido de los decretos que se juzgan, con las causas que fundaron la declaración de turbación del orden público y el carácter sustitutivo, transitorio y restrictivo de esas disposiciones frente al régimen legal de tiempo de paz..." (Sentencia núm. 21 de marzo 3 de 1988; M. P. Dr. Fabio Morón Díaz; págs. 30 y 31).

A este sentido no queda duda de que conforme a las voces del artículo 121 de la Carta, el estado de sitio es un instituto de carácter eminentemente transitorio que solo dura y puede durar mientras subsistan las causas que

lo produjeron, es decir mientras se prolongue el estado de perturbación del orden público. Solo mientras persista la conmoción interna o la guerra exterior puede mantenerse el estado de excepción, y por ello la norma fundamental establece que los decretos legislativos que expide el presidente de la República en ejercicio de las atribuciones extraordinarias que se le confieren, apenas suspenden las leyes que sean incompatibles con dicho estado, pero nunca pueden derogarlas. Y es que además, aunque el constituyente no haya fijado un término preciso que limite la extensión temporal del régimen de excepción, como se hace en otros regímenes constitucionales, su voluntad es la de que este se prolongue solo mientras dure la perturbación del orden público.

3. Entonces, no obstante que históricamente el país ha sufrido en este siglo de cíclicas y periódicas perturbaciones del orden público, que han obligado a gobiernos de los dos partidos tradicionales a vivir y gobernar en prolongadas oportunidades con el instrumento del estado de sitio —lo que indica el grado de crisis que atraviesan las instituciones nacionales—, no se puede desconocer objetivamente que estos hechos de la vida política y social no hacen desaparecer la prescripciones de la Carta, en el sentido de la provisionalidad del estado de sitio y de la precariedad temporal de que están revestidas todas las normas que se expidan en su desarrollo. No pudo estar en el espíritu del constituyente democrático, que erigió e instituyó en estado de derecho el orden social y político predominante en la colectividad, que precisamente las normas previstas en el texto constitucional con el fin de atender los posibles y excepcionales desbordamientos de la paz y el orden público, sean fundamento para la expedición de otras que adquieran carácter permanente y contraríen así el funcionamiento de las instituciones creadas. Así también esta Corporación tuvo oportunidad de precisar su jurisprudencia sobre los presupuestos de los estados de excepción y advirtió que:

"Pátese de la base de que el orden es un fenómeno de predisposición a la armonía, así esta nunca se logre de manera total en la reali-

dad, y de que el orden social es un principio de humana convivencia colectiva que atañe más al mundo del deber ser o axiológico que al mundo del ser u ontológico, puesto que aunque siempre se busque nunca se logra de manera completa y permanente. Si la sociedad se mantuviera en perfecta y perenne armonía, sobraría lo jurídico, la normatividad, el derecho, pues este tiene por razón de ser el imperio coactivo y regulativo del comportamiento humano, que nunca se supone unánime, para adecuarlo a los fines sociales e individuales prescritos por la sociedad política. De ahí por qué el orden jamás podrá ser un fin en sí mismo, sino que debe ser entendido como un principio de relativa organización hacia fines más trascendentes para el grupo.

Y el orden institucional es el reflejo del querer predominante del orden social, es la forma como la sociedad quiere su organización. El orden público no es más que la correlación armoniosa entre el orden social y el orden institucional, y el desorden público es la sensible ruptura de esa correlación. En este contexto, el orden jurídico es la expresión de validez y eficacia del orden institucional para lograr los fines del grupo, pero nunca su imperio debe ir contra el propio orden institucional que lo legitima y justifica pues si desbordara su razón de ser institucional en vez de contribuir al orden lo desquiciaría, contribuiría al desorden. Tal, en síntesis, en lo que atañe al papel de esta institución, la razón de la función de guarda de las demás, plasmadas en nuestra Constitución Política..." (Sentencia núm. 12 de marzo 3 de 1983. Magistrados ponentes. Drs. Manuel Gaona Cruz, Carlos Medellín y Ricardo Medina Moyano).

4. Así las cosas, no encaja dentro de las regulaciones constitucionales el que se utilicen las facultades extraordinarias de un régimen jurídico eminentemente transitorio para establecer una pena que, como la de prisión perpetua, es extraña al ordenamiento legal ordinario o permanente que rige en la Nación.

La perpetuidad de la pena que contemplan el inciso primero del artículo 1° y el artículo 2° del decreto 2490 de 1988, supone que esta debe durar y permanecer cuando menos hasta

tanto el condenado viva, e implica que no puede ser decretada por virtud de una norma que, por disposición de la misma Carta, solo puede extender su vigencia extraordinaria hasta tanto haya cesado la guerra exterior o terminado la conmoción interior.

Se ha admitido que, en estas condiciones, el ejecutivo puede decretar no solo la creación de nuevas figuras delictivas, sino además, señalar las penas que les corresponda a estas, pero en el entendido de que dichas penas pueden en extremo lógico llegar, en la hipótesis de la prolongada vigencia temporal del régimen de excepción, a durar tanto como dure la perturbación del orden público, sin que se extiendan ni puedan extenderse más allá que esta, exigiéndose siempre su vocación temporal.

Así, la pena de prisión perpetua no puede fundarse en disposiciones circunstanciales y transitorias, como son las que está autorizado a expedir el ejecutivo dentro de las competencias excepcionales de que queda revestido por virtud de la declaratoria del estado de sitio.

Es obvio que aunque se encuentra la conexidad debida entre las normas que se revisan y la que declaró turbado el orden público, así como las demás que se fundamentan en condiciones agravantes y sobrevinientes del orden público turbado, no pasa por alto la Corte que aquellas no guardan el sentido de atender al carácter intrínsecamente transitorio que debe tener toda norma expedida con fundamento en las facultades del estado de sitio, porque la Carta ha sido muy precisa en exigir esta condición sustancial, cuando advierte en su artículo 121 que limita las facultades del ejecutivo a la sola suspensión —que no a la derogatoria— de las leyes que sean incompatibles con dicho régimen.

Esta conclusión sobre el carácter esencialmente transitorio y sobre la vocación de no permanencia, que tienen los decretos legislativos expedidos por el presidente de la República, en ejercicio de las atribuciones del artículo 121, tiene amplio apoyo en la jurisprudencia y en la doctrina. Ya el señor Samper destacaba "... que las medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional legislativo que dicte el presidente, no tendrán fuerza obliga-

torias si no llevan la firma de todos los ministros, unanimidad que es garantía de discreción y acierto y de la necesidad que dicta los actos". (Samper, José María, *Derecho público interno*, Temis, 1982, pág. 500).

Asimismo, el doctor Tulio E. Tascón señala cómo la evolución constitucional a este respecto tiene una justificación histórica en cuanto que terminó con distorsiones abusivas del poder como la que consagraba el artículo 11 de la ley 153 de 1887, que establecía "Los decretos de carácter legislativo expedidos por el gobierno a virtud de autorización constitucional, tienen fuerza completa de leyes". Sobre este particular puntualiza el ilustre jurista lo siguiente:

"Restablecido el orden público, cesan de regir los decretos de carácter extraordinario que hayan sido dictados durante el estado de sitio, disposición que tuvo por objeto corregir el abuso que se había cometido durante la vigencia del artículo 121, consistente en que el gobierno derogaba o modificaba las leyes por medio de decretos de carácter legislativo que, después de restablecido el orden público, continuaban rigiendo con fuerza de ley.

Al restablecerse el orden público, recobran su vigor las leyes que habían sido suspendidas por los decretos de carácter extraordinario, y el gobierno debe convocar el Congreso a sesiones extraordinarias y pasarle una exposición motivada de sus providencias, cosa que no sucede cuando se trata de guerra internacional, porque entonces el Congreso debe estar reunido". (T. E. Tascón, *Comentarios a la Constitución Nacional*, Imprente Nacional, 1936, págs. 232 y 233).

Es claro entonces que los decretos legislativos que dicta el presidente de la República, en ejercicio de las atribuciones del artículo 121, son, conforme al texto del mismo artículo, de naturaleza temporal, cuando se señala que ellos no derogan las leyes sino que suspenden las que son incompatibles con el estado de sitio, y cuando se declara que sus efectos cesan con el restablecimiento del orden público. Entonces por medio de estos decretos no es lógico y racional, desde el punto de vista de los fines consagrados por el constituyente, que se adopten medidas que tienen por sí so-

las carácter de permanencia. Así lo destaca el doctor Álvaro Copete Lizarralde en estos términos:

"Es claro que el carácter de transitorios que tienen esta clase de decretos implica que por medio de ellos no se pueden tomar decisiones sobre materias que exijan intrínsecamente la permanencia ... Dicho en otras palabras, el ejecutivo no puede dictar normas cuya esencia sea la de ser permanentes.

"Las facultades del art. 121 se conceden al presidente con el único fin de restablecer el orden público cuando fuere turbado. Para controlar esa perturbación transitoria, se inviste al presidente de poderes extraordinarios de orden legislativo, que deben enderezarse precisa, única y exclusivamente a restablecer el orden. Por eso las disposiciones dictadas con esa potestad deben ser de carácter transitorio: porque deben tornarse inoperantes una vez recobrado el equilibrio social.

"Y es que la lógica de las cosas impone esta conclusión. Si el constituyente ha dicho que tan pronto como se haya restablecido el orden debe ser levantado el estado de sitio, y si además ha estatuido que levantado el estado de sitio ha de cesar la vigencia de los decretos dictados en uso de esa potestad extraordinaria, resultaría contradictorio que la Carta diese al gobierno facultad para dictar medidas de intrínseco carácter permanente cuya suspensión fuese causa para perturbar nuevamente el orden público. Sostenemos, pues, que el gobierno excede las facultades del art. 121 cuando dicta decretos que requieren ser convertidos en legislación permanente ..." (Álvaro Copete Lizarralde, *Lecciones de derecho constitucional*. Ediciones Lerner, tercera edición revisada, 1960, págs. 207 y 208).

En el mismo sentido se pronuncia el doctor Hernando Yepes Arcila cuando señala que:

"El último factor de la legalidad excepcional que mencionamos está dado por las limitaciones intrínsecas a que se sujetan las disposiciones legislativas que el gobierno puede expedir en ejercicio de las facultades que adquiere por el estado de sitio. Ellas son: la esencial temporalidad de las normas y su necesaria conexidad con el restablecimiento del orden. Estos requisitos, postulado el primero

por la doctrina, como que fue Álvaro Copete Lizarralde quien descubrió en él una de las limitaciones a que está sujeta la capacidad legislativa del gobierno (op. cit., pág. 207), y formulado el segundo en la propia letra de la Constitución según el texto original de 1886, han sido definidos por la Corte Suprema de Justicia en distintas sentencias. Dice por ejemplo la dictada el 11 de junio de 1967: «Basta, pues, por vía de síntesis afirmar una vez más su elemental significado: consiste la conexidad de un decreto de estado de sitio en el hecho de que su preceptiva esté dirigida y vinculada a la guarda o restablecimiento del orden; la transitoriedad en que esa preceptiva, por no legislar sobre materias que exijan reglas de carácter permanente no implique o requiera la supervivencia de la misma, como tal, más allá del restablecimiento del orden. Adviértase que los dos conceptos están íntimamente vinculados entre sí». (Derecho positivo, tomo 15, número 90, junio de 1967, pág. 536).

"Antes de la reforma de 1910, la conexidad era un limitante expresado en la misma Constitución la cual advertía que en virtud de la declaración del estado de sitio «el presidente queda investido de las facultades que le conferían las leyes, y en su defecto de las que le da el derecho de gentes, para defender los derechos de la Nación o reprimir al alzamiento». Aunque la deplorable enmienda citada suprimió la frase decisiva, una obvia exégesis finalista que investigue el *telos* inserto en toda la institución del estado de sitio lleva a concluir que el requisito permanente alentando implícitamente toda la disciplina constitucional del instituto. A su vez el requisito de la temporalidad deriva de allí, pues es forzoso concluir que si la legitimidad de las disposiciones adoptadas por el ejecutivo está condicionada a su relación con el restablecimiento del orden, su vigencia no debe sustancialmente ser necesaria una vez logrado este objeto. El texto mismo descarta la posibilidad de que las normas dictadas mediante decretos legislativos subsistan después de terminado el estado de sitio. Pero además de decretar la desaparición o abrogación *ipso facto* de ellas, es obvio que la Carta introduce con ese pre-

cepto un criterio interno de validez de las normas excepcionales de modo que si una norma dictada en ejercicio de las facultades propias del estado excepcional carece de esta vocación a la abrogación automática, o por su propia naturaleza reclama la supervivencia para después de restablecido el orden, contraría flagrantemente la Constitución". (La reforma constitucional de 1968 y el Régimen político colombiano. Imprenta Departamental de Caldas-Manizales, 1974, págs. 218 y 219).

Repugna a la Carta, pues, el que dentro de las extraordinarias atribuciones legislativas del gobierno se expidan unas disposiciones que contrarían el sentido de transitoriedad y de temporalidad que es propio de las normas de estado de sitio, como se ha señalado anteriormente, y por tanto la Corte Suprema de Justicia procederá a declarar su inconstitucionalidad en ejercicio de sus funciones de guardianes de la integridad de la Carta.

5. Ahora bien, destacándose la inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 1º del decreto 2490 de 1988, debe la Corte proceder a ordenar igual resolución sobre el inciso segundo del mismo artículo 1º, pero por otras razones, como son las contenidas en los artículos 26 y 28 de la Carta.

En efecto, la tentativa de homicidio que sanciona el inciso segundo del artículo 1º, se refiere a una modalidad de hecho punible que cualifica al actor o sujeto activo, en tanto que este lo constituirían "personas que pertenezcan a grupo armado no autorizado legalmente", y al sujeto pasivo, según los artículos 2º del mismo decreto y 29 del decreto 180 de 1988; por lo tanto, una vez desaparecida la figura básica que define el acto punible, y no subsistiendo la norma que lo defina, no puede aplicarse la de la tentativa de aquel sin infringir el principio de legalidad de los delitos y de las penas, ínsito en los citados textos de la Carta.

Estos últimos exigen la previa o preexistente definición de la conducta humana objeto de reproche penal, condición que no se cumple al considerarse inexecutable el primer inciso del artículo 1º del decreto 2490 de 1988.

Faltando uno de los elementos que contribuyen a la definición legal de la conducta

punible, y para la cual se estableció una pena mucho más drástica, no puede estimarse que sea constitucional su subsistencia autónoma, carente de tipo penal básico como punto de referencia de la tentativa, sin violar el principio de *nullum crimen nulla poena sine lege* que exige la Constitución Nacional.

6. Descartada la constitucionalidad, por estas razones, de los artículos 1º y 2º del decreto en revisión, sobra extender el análisis de estos a otras consideraciones de inconstitucionalidad como las que señalan varios de los ciudadanos impugnadores; empero no sobra reiterar la jurisprudencia de la Corte en relación con su misión de guardiana de la Constitución y la aplicación de los tratados públicos, y la vocación temporal de las penas privativas de la libertad.

En este sentido, con meridiana claridad se ha advertido que la Corte procede a confrontar las normas acusadas, o las que revisa automáticamente, y los proyectos de ley objetados, con el texto de la Carta de manera abstracta y objetiva, y su fallo se contrae a esta práctica sin que se extienda a verificar posibles infracciones a normas de derecho internacional, pues estas son extrañas a la jurisdicción nacional de la Corte y, en todo caso, no pueden implicar violaciones directas de la Constitución.

Por la misma razón no se extiende el análisis de la cuestión a otros argumentos de los impugnadores y del señor procurador general de la nación que plantean la inconstitucionalidad de los artículos 1º y 2º de la norma acusada, con base en la violación de los artículos 14 y 16 de la Carta. Sin embargo vale la pena señalar que en cuanto al primero se trae a colación un autorizado concepto de don José María Samper cuando dijo: "Está en razón que ninguna pena sea perpetua, en cuando su naturaleza misma permita que el culpado y penado se rehabilite con actos de virtud que comprueben su arrepentimiento y enmienda. Por eso la Constitución permite que los que han perdido la ciudadanía puedan obtener su rehabilitación". (Ibidem). Como es sabido a esta última se refiere el artículo 14 de la Carta cuando establece que "... los que hayan perdido la ciudadanía podrán solicitar rehabilitación".

Asimismo tiene importancia el análisis del concepto fiscal en cuanto considera que la pena de prisión perpetua viola el artículo 16 de la Carta, porque desconoce el fin del Estado de Derecho que postula "... las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes".

En este sentido no solo el texto constitucional sino reiterados fallos de la Corte han consagrado los objetivos humanitarios que se proyectan en la concepción de la pena, la cual según el Código Penal realiza fines de resocialización, retribución jurídica y protección (art. 12 del Código Penal), que son ajenos a la institución de la pena perpetua. En este sentido, toda la tradición humanística del Estado de Derecho, que no solo proclamó los derechos políticos y civiles sino la eminente dignidad de la persona humana, ha tenido una larga y fecunda evolución en el derecho político y el derecho penal de Colombia, dentro de la cual no encaja el recurso a la pena perpetua, ni siquiera como solución de emergencia institucional.

Pero como se dijo más arriba, no se consideró pertinente extenderse en estos temas en cuanto el primer análisis es más que suficiente para concluir en la inconstitucionalidad señalada. Tampoco se ha considerado oportuno extenderse en razones de conveniencia, por ser extrañas al control constitucional que ejerce la Corte.

5. *El ejecutivo goza de competencias legislativas en materia penal durante la vigencia del estado de sitio*

La jurisprudencia de la Corte ha considerado que la creación de nuevas figuras delictivas e infracciones policivas, así como la reestructuración de las existentes y el establecimiento de las consiguientes sanciones penales y su tratamiento punitivo y procesal, es una facultad indiscutible del gobierno durante el estado de sitio que solo está limitada por aquellas disposiciones de la Carta que rigen en todo tiempo, como tuvo oportunidad de verse en el apartado anterior. Bajo esta consideración quedan comprendidos los artículos 3º, 4º, 5º,

6º, 7º, 8º y 9º del decreto en revisión, en lo que se relaciona con el examen de su constitucionalidad.

— En efecto, el artículo 3º se contrae a introducir una específica y concreta circunstancia de agravación punitiva en razón de la cualificación del sujeto activo para el delito de lesiones personales, previsto en el artículo 31 del decreto 180 de 1988 (lesiones personales con fines terroristas), consistente en que estas se incrementarán en otro tanto; en este sentido es claro que esta medida adicional a la disposición anterior en razón de la agravación del orden público perturbado, ya que es necesario reprimir con más rigor esta conducta, y lo cual se ajusta también a las competencias extraordinarias del ejecutivo en materia penal.

— El artículo 4º dispone la modificación del artículo 45 del decreto 180 de 1988 y ordena, para los procesos que se adelanten por delitos de competencia de la jurisdicción de orden público, la improcedencia de cualquier otra medida de aseguramiento distinta de la detención preventiva; en consecuencia no se puede decretar en dichos asuntos la caución ni la conminación cuando contra el procesado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso, sino solamente la detención preventiva.

Estima la Corte que en este caso también existe la conformidad exigida con la Constitución, ya que esta es una norma que puede dictar el legislador ordinario o extraordinario en desarrollo de sus competencias dentro del régimen de estado de sitio, pues se trata del arreglo legal de las etapas del proceso, que no contraviene las formas propias de este, ni la libertad individual.

— Lo mismo puede predicarse del inciso segundo de este artículo que ordena la suspensión, mientras dure la vigencia del estado de sitio, de las gracias de origen legal consistentes en el derecho a la libertad provisional, condena de ejecución condicional, libertad condicional y rebaja de pena.

En este sentido la Corte reitera su jurisprudencia según la cual estas materias, siempre que rijan hacia el futuro, por ser desfavorables para el individuo frente a las regulaciones

legales generales y anteriores, también pueden ser decretadas por el legislador ordinario, o el extraordinario dentro del régimen de excepción. Son en efecto garantías individuales desarrolladas por la ley que pueden ser objeto de suspensión por vía general para unos delitos, mientras que dure en vigencia el régimen de estado de sitio, siempre que se relacionen con el restablecimiento del orden público turbado y con la remoción de las causas de la alteración, como ocurre en el asunto que se examina.

— El artículo 5° del decreto 2490 de 1988, es también constitucional pues dispone que en los casos de juzgamiento y condena de personas ausentes, en tratándose de los delitos que establece el decreto 180 del mismo año, opera según el caso, el fenómeno de interrupción de la prescripción de la acción y de la pena.

También encuentra la Corte la conformidad de esta norma en la Constitución, ya que es de competencia del legislador ordinario o extraordinario, determinar el arreglo jurídico de este fenómeno y señalar si la gracia legal de la prescripción de la acción y de la pena se extiende a todos los hechos criminosos o solo a algunos de ellos, y si procede, bajo qué condiciones y circunstancias.

Por ninguna parte de la Carta aparece como deber del legislador el ordenar la redimibilidad de la pena o de la obligación de comparecer al juicio por virtud del paso simple del tiempo; este la ha previsto por diversas razones extrañas al juicio de constitucionalidad que en este estrado se surte, pudiendo modificar, suprimir o adicionar dicha previsión y sus fundamentos hacia el futuro. El gobierno, mientras rija el régimen de excepción puede suspender su vigencia para el tratamiento procesal y punitivo de los delitos que se relacionen con las causas de alteración del orden y decretar otro tratamiento, como es el del caso que se resuelve. Acá como en el inciso segundo del artículo 4° del mismo decreto, el legislador extraordinario estimó como forma de redención o redimibilidad de la pena, el cumplimiento de la misma, y del deber de comparecer en juicio, la presencia y no la prescripción de la acción. Por esta razón es por lo que se decreta la interrupción del término de prescripción o más bien de

caducidad de la acción y de la prescripción de la pena por los delitos de que trata el decreto 180 de 1988, en los casos de ausencia del juzgado o condenado. Así las cosas, también se declarará la constitucionalidad del artículo 5° que se revisa.

— De otra parte, el artículo 6° del decreto 2490 de 1988, modificó el artículo 37 del decreto 180 de 1988, y transformó la anterior figura de la "atenuante de responsabilidad por colaboración eficaz", en una nueva causal eximente de punibilidad en concreto, porque permite al juez eximir de pena al momento de dictar sentencia, cuando el autor o participante presta colaboración que estime eficaz para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad penal. Se trata del fenómeno jurídico que inhibe al juez para hacer efectiva la sanción impuesta o lo que es lo mismo, una causa que extingue en concreto la punibilidad y que no anula ni extingue los demás efectos jurídicos del delito. Esta no se relaciona con las consecuencias civiles del hecho punible, las que reciben el tratamiento legal y judicial previsto por vía general, y que comprometen aun la responsabilidad patrimonial del condenado beneficiado.

Se contrae esta disposición a conceder el otorgamiento de esta gracia dentro de las competencias del legislador, previstas de manera especial en el artículo 20 de la Carta que entregó a este la facultad para determinar el grado de responsabilidad de los particulares, en tratándose de violación de las leyes y, por lo mismo, el modo de extinguirla o el de hacerla efectiva.

En este caso debe entenderse, a la luz de los artículos 16 y 30 de la Carta Fundamental, que el mismo legislador ordinario está limitado por cuanto no puede ordenar eximentes de responsabilidad civil respecto de particulares sin que cuando menos el Estado asuma, en los casos de indulto y amnistía (art. 76 ord. 19), las cargas económicas de la misma.

Como queda visto, no se trata del desamparo de los perjudicados por el delito, como lo señalan algunos impugnadores de la constitucionalidad del artículo 6° del decreto 2490 de 1988; queda pues, comprometida su responsabilidad civil dentro de las exigencias de los artículos 16 y 30 del mismo Estatuto Fun-

damental, en relación con la vida, honra, bienes y demás derechos adquiridos con justo título. Por estas razones también será declarado constitucional.

Además, el inciso segundo del nuevo artículo 37 del decreto 180 de 1988, establece el derecho a la libertad provisional del procesado, sin necesidad de diligencia de compromiso ni de caución, comprobada la colaboración del imputado; en este caso, se permite que aquel no cumpla la detención como medida de aseguramiento lo que bien puede autorizar al legislador de excepción, pues, se trata de los referidos institutos procesales, que forman parte de la legislación penal para cuya expedición también es competente el legislador ordinario. En este caso tampoco aparece violación alguna de la Carta ya que el proceso debe seguir su curso hasta la sentencia, con todas sus consecuencias tanto penales como civiles, como la persecución de los demás procesados y la reparación del respectivo daño.

— El artículo 8° del decreto 2490 de 1988 se encuadra también dentro de las previsiones de la Carta en materia de asignación de competencias judiciales para el conocimiento de los delitos, pues lo hace en forma expresa, en tanto que asigna a los jueces de orden público el de dos de los delitos denominados políticos o contra la existencia y seguridad del Estado a saber: rebelión y sedición. Advierte también esta norma que serán de conocimiento de estos jueces los delitos conexos con aquellos; no incluye en este caso el conocimiento autónomo del delito de asonada. A juicio de la Corte estos señalamientos son ajustados a la Carta, porque guardan la debida correspondencia con los motivos de alteración del orden público y porque, además, se dirigen a procurar el restablecimiento del orden público perturbado y forman parte de las competencias del legislador ordinario en materia penal, que bien puede ejercer el ejecutivo dentro del régimen de excepción, siempre que se ajuste a los principios de la Carta, que deben regir en todo tiempo como son el de la legalidad de los delitos y de las penas, el debido proceso y el derecho de defensa.

— El artículo 9° del decreto 2490 de 1988 ordena que el juzgamiento de los delitos previs-

tos en ese mismo decreto se adelante sin intervención del jurado de conciencia y con arreglo a lo señalado por el título II del decreto 180 del mismo año. Estima la Corte que al respecto tampoco aparece violación alguna a la Carta, ya que esta institución penal de carácter procesal sustantivo, ha sido prevista por el legislador para que con ella se adelante el juzgamiento de ciertos delitos, con fundamento en razones que son de su dominio, las que no corresponden a la Corte examinar en este juicio.

Es en verdad una institución que aparece expresamente señalada en el inciso segundo del artículo 164 de la Carta, en cuanto que se autoriza a la ley para instituir jurados por causas criminales y se deja al legislador en libertad de hacerlo o no. Se trata de una cláusula constitucional permisiva que, en la vigencia del régimen de excepción puede ejercer el ejecutivo, y en este sentido también comprende la facultad de suspender las disposiciones que hayan previsto la presencia del jurado de conciencia para el juzgamiento de algunos delitos. Como aquí el ejecutivo ordena la suspensión de las disposiciones contrarias, cabe señalar que el juzgamiento de las citadas conductas criminales se adelantará sin los jurados de conciencia, mientras subsista turbado el orden público y vigente la norma de excepción. La eliminación del jurado de conciencia señalada por esta disposición, queda reducida, en cuanto a este decreto y para efectos de la declaratoria de inconstitucional de sus dos primeros artículos, a la referencia delictiva considerada en el artículo 8° y, obviamente, a lo que en el mismo sentido se previó en los decretos 1631 de 1987, 180 de 1988 (art. 46), y 474 de 1988.

— El artículo 7° del decreto que se revisa, establece en cabeza del ministro de Justicia la competencia para variar oficiosamente o a petición del juez, la radicación del proceso en los delitos del que conoce la jurisdicción de orden público, "cuando existan serios motivos para deducir que está en peligro la integridad personal del funcionario, o existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento o la seguridad del procesado".

A juicio de la Corte, esta disposición se ajusta a la Constitución Nacional puesto que la radicación de los procesos por el factor territorial de competencia en materia penal, obedece dentro de un régimen constitucional unitario como el nuestro, a razones de mera conveniencia práctica, de economía procesal y de eficacia en la prestación del servicio público de administración de justicia. En este sentido su cambio bien puede ordenarse con base en consideraciones expresas de naturaleza igual o similar, como son las que en este caso prevé la norma que se revisa, que también guardan la debida relación de conexidad con las situaciones generadas en los hechos perturbadores del orden público.

Además, como el artículo 119 de la Carta encarga al presidente el deber de velar porque en toda la República "se administre pronta y cumplida justicia" y de "prestar a los funcionarios judiciales, con arreglo a las leyes, los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias", este puede, dentro de las facultades legales de que queda investido, según el artículo 121 de la Carta, adscribir esta competencia administrativa en cabeza de uno de los funcionarios de su despacho, encaminada precisamente a facilitar la pronta y eficaz administración de justicia en todo el territorio de la misma.

Queda a salvo la independencia orgánica y funcional de la Rama Jurisdiccional, ya que la decisión de cambio de radicación por el factor territorial, ordenada por el ministro de Justicia según lo previsto por el decreto legislativo en revisión, asegura que los jueces competentes por los factores funcional, subjetivo y objetivo en cualquier lugar del territorio de la República, cumplan con sus funciones.

Así las cosas, el artículo 7° en revisión también contiene el deber del ministro de Justicia, de motivar la providencia que ordena dicho cambio con fundamento en las muy precisas consideraciones advertidas, lo que la hace objeto de los recursos y acciones para asegurar el control de su legalidad, como ocurre con los actos de la administración.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, previo estudio de su Sala Constitucional y oído el señor procurador general de la Nación,

RESUELVE:

Es *constitucional* el decreto núm. 2490 de 30 de noviembre de 1988, "por el cual se adicionan los decretos legislativos 180 y 474 de 1988", salvo los artículos 1° y 2°, que se declaran *inconstitucionales*.

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

ACLARACIÓN DE VOTO

El suscrito magistrado votó afirmativamente la ponencia mayoritaria, pero creo necesario afincarla con otros argumentos que fueron expuestos ampliamente en la plenaria de la Corte Suprema de Justicia, a saber:

1. Si bien es cierto la pena de prisión perpetua consagrada por el decreto legislativo núm. 2490 de 1988 no se halla prohibida en forma expresa en la Constitución Nacional como sí ocurre con la pena de muerte (artículo 29 C. N.), sí se encuentra contemplada a través del artículo 14 de la Carta Política, que se refiere en el inciso tercero a la rehabilitación de la ciudadanía. Dispone tal disposición en lo pertinente: "... Los que hayan perdido la ciudadanía podrán solicitar rehabilitación".

Puede decirse que la ciudadanía es el conjunto de las condiciones más necesarias para que la persona pueda ejercitar los derechos políticos. La doctrina ha señalado sobre el particular: "Es aquella condición jurídica previa, que permite el establecimiento de toda forma de relación política entre el hombre y el Estado, y que asegura el mantenimiento y desarrollo de muy determinados vínculos dinámicos entre la sociedad civil y la sociedad política". Por ello, ha sido voluntad del cons-

tituyente la de señalar a la ciudadanía como condición indispensable sobre la que reposa toda la larga escala de funciones públicas y, por tanto, aquel atributo inseparable del individuo con el que comienzan todos los derechos políticos reconocidos dentro de nuestro ordenamiento institucional (artículo 15 C. N.).

Es entonces la ciudadanía condición para elegir, ser elegido y desempeñar cargos con autoridad o jurisdicción, perdiéndose o suspendiéndose en virtud de decisión judicial, pero se puede recuperar.

Al consagrarse la pena de prisión perpetua se está impidiendo que la persona pueda recuperar la ciudadanía, vulnerándose la indicada disposición constitucional, derecho este consagrado desde los albores de nuestra organización republicana.

En sentencia del 9 de junio de 1988 la Sala Plena de la Corte, con ponencia del Dr. Fabio Morón Díaz, al pronunciarse en relación con la acción de inexecutable contra el literal C del artículo 5 de la ley 78 de 1986, dijo:

"Para el caso de los individuos que hayan sido condenados a penas privativas de la libertad, esta Corporación entiende que la inhabilidad que establece el literal c) del artículo 5 de la ley 78 de 1986, debe predicarse solo de aquellas condenas vigentes, no cumplidas, suspendidas en su ejecución o condicionales, y no extinguidas. Esto porque a juicio de la Corte, en nuestro ordenamiento jurídico, las penas no pueden tener efectos intemporales y en el asunto que se resuelve debe interpretarse lo establecido por la ley de modo sistemático, al lado de las demás normas que en el ámbito del derecho penal regulan los fenómenos de la prescripción, la rehabilitación y la extinción de aquellas".

Más adelante agrega:

"Advierte la Corte que de acuerdo con jurisprudencia reiterada, las penas en nuestro ordenamiento jurídico no pueden tener efectos intemporales.

"Así, generalmente, la pena de prisión implica las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, por un período igual al de la pena principal (artículo 52 del Código Penal). Pero aún en este caso la propia Constitución en su artículo 14, desarrolla-

do legislativamente en el Código Penal, prevé la figura de la rehabilitación (artículo 92 C. P.).

"En efecto, el artículo 14 de la Carta fundamental es claro en el propósito del constituyente de asegurar a los ciudadanos la garantía de la permanencia en el ejercicio de sus derechos políticos en cuanto que, aún para los casos en los que estos se puedan perder, lo que solo puede ocurrir por decisión judicial y únicamente para los casos que de manera general señale la ley, entrega a los individuos el derecho a la rehabilitación; o sea que en nuestro régimen constitucional, los derechos políticos solo se pueden "perder" en forma transitoria, ya que los condenados a dicha pena tienen el derecho a ser habilitados de nuevo o a ser restituidos en su anterior condición de ciudadanía". (Lo subrayado no pertenece al original).

Es entonces violatoria del artículo 14 de la Constitución Nacional la pena de prisión perpetua, ya que se llegaría a que la ciudadanía, así como los derechos políticos y civiles también se perderían en forma perpetua, consagrándose una muerte civil para los condenados de esta clase. No es tampoco lógico y racional, desde el punto de vista de los fines consagrados por el constituyente, que se adopten medidas que tienen por sí solas carácter de permanencia.

2. Asimismo, la pena de prisión perpetua viola también el artículo 16 de la Constitución Nacional. Tal norma establece: "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

La citada norma consagra la protección tanto a la víctima como al victimario ya que este debe en últimas contar con opción de rehabilitación, de resocialización, la que quedaría eliminada con la privación perpetua de la libertad. Además, dicha penalidad de carácter permanente atenta contra otras garantías que se encuentran en la misma Constitución, las que han sido materia de aprovechamiento a través de convenciones y pactos internacionales, tales como la racionalidad, proporcionalidad y la dignidad humana.

Es pertinente citar un aparte del concepto rendido por el procurador en el *sub exámine*: "El principio retributivo no es, ni puede ser el mismo talión; tampoco constituye una venganza de la autoridad pública, y los fines de protección y resocialización del reo, no pueden cumplirse en modo alguno cuando al mismo no lo redimen siquiera el transcurso del tiempo y su decadencia biológica".

En suma, la Constitución Colombiana impide que se legisle en el sentido de que no se dé al condenado oportunidad de resocializarse, de readaptarse y tampoco de establecer consecuencias sociales deshonrosas y sin vías de superación, pues no debe perderse de vista que la pena, según el Código Penal (artículo 12) realiza fines de resocialización, retribución jurídica y protección, aspectos estos que son ajenos a la pena de prisión perpetua.

La misma sentencia sostiene sobre el particular:

"La tradición humanística del Estado de Derecho, que no solo proclamó los derechos políticos y civiles sino la eminente dignidad de la persona humana, ha tenido una larga y fecunda evolución en el derecho político y el derecho penal de Colombia, dentro de la cual no encaja el recurso a la pena perpetua, ni siquiera como solución de emergencia institucional".

Considero, en consecuencia, que la sentencia adoptada por la Sala Plena debió haber hecho énfasis en que los artículos primero y segundo del decreto legislativo 2490 de 1988 violan también los artículos 14 y 16 de la Constitución Nacional.

Jorge Iván Palacio Palacio

SALVAMENTO DE VOTO

A manera de salvamento de voto, de la forma más comedida nos permitimos formular algunas anotaciones a la sentencia que se aprobó con relación a la revisión constitucional del decreto legislativo núm. 2490 de noviembre 30 de 1988, ya que no estamos conformes con su decisión de inconstitucionalidad de los artículos 1° y 2° y, aunque acogemos la decla-

ratoria como ajustados a la Carta de los restantes dispositivos, creemos que el artículo 6°, que consagra una exigencia de responsabilidad por colaboración eficaz, ofrece dudas que sería del caso considerar si no fuese porque en decisión anterior la Corte ya declaró exequible una norma similar que no solamente concede una sustancial rebaja de la pena en iguales circunstancias sino que inclusive autoriza el cese de procedimiento por extinción de la acción penal y también el perdón judicial (artículo 37 del decreto 180 de 1988).

En primer término debemos declarar que no estamos de acuerdo con la pena consistente en la prisión perpetua del reo y que no lo estamos por motivos criminológicos y sobre todo políticos que nos apartan de una concepción tan deshumanizada del derecho penal, no obstante que en países de técnica penitenciaria más avanzada que la nuestra y de amplia tradición democrática aún se utiliza con resultados que, en general, y salvo problemas surgidos del ánimo criminal y la agresividad que en los propios condenados se despiertan dentro de las prisiones cuando estos se saben sometidos a penas irredimibles y máximas, se juzgan favorables.

Es incontestable que este rechazo a dicha pena es aún mayor cuando ella se consagra sin posibilidad alguna de rehabilitación, como ocurre en el caso que se examina, lo cual, sumado a la insistencia de algunos impugnadores sobre este tema, a la posición asumida al respecto por la vista fiscal y a que la sentencia en últimas se resuelve a mencionar el tópico, hace pertinentes algunas breves alusiones a la resocialización como objeto de la sanción penal.

Al menos desde CESARE BECCARIA con su "Tratado de los delitos y de las penas", en posición que se acompasaba bien con la tendencia del siglo XVIII a humanizar el derecho y a hacerlo libertario, la resocialización ha sido una de las metas propuestas al tratamiento de la criminalidad y hoy se acepta sin regateos que el sistema penal debe orientarse a la adecuación del delincuente a la vida social lícita.

Sin embargo, bien distante está la evolución de las ciencias de la conducta y la práctica de los sistemas penitenciarios de alcanzar

ese objetivo y por ello aún no es posible que este factor, el de la resocialización, sea determinante en la fijación de la sanción. Por este motivo, es por lo que, *verbi gratia*, actualmente a quien ha cumplido una pena privativa de la libertad por el tiempo a que fue sentenciado, no se le puede prolongar el cautiverio con la razón de que el cometido resocializador no se ha realizado todavía, ni viceversa y excepto en las aproximaciones que ahora representan los sustitutos o subrogados penales de la ejecución condicional de la condena y la libertad condicional, tampoco es posible liberar al reo antes de satisfacer su sanción por la circunstancia de que ya está rehabilitado. No es, pues, la resocialización el factor determinante y exclusivo para fijar la penalidad.

Por esto y además, la pena ha tenido y aún tiene otros objetivos o fines que no pueden olvidarse toda vez que ella es también aflagante o expiatoria, retributiva de un mal público y privado causado, intimidatoria hasta donde este designio verdaderamente inapreciable pudiese en la realidad lograrse, y como lo enfatiza especialmente la escuela positivista, un propósito inocultable, fundamental y básico de protección de la sociedad civil dañada ya y a más amenazada por el delincuente que debe ser puesto en imposibilidad de continuar su actividad perjudicial.

Ahora bien, en este campo corresponde al legislador tomar las decisiones pertinentes y adecuadas, guiado ciertamente por los criterios penales y de acuerdo con las circunstancias particulares de la ocasión histórica que viva el grupo social, de lo cual resultará un mayor o menor acento en las distintas finalidades de la pena y un variado tratamiento penitenciario.

En síntesis, entonces, como la resocialización, aunque focal en el estudio del problema penal, no es factor exclusivo ni determinante, cede el paso a otras consideraciones y reflexiones como las que se acaban de hacer.

Por otra parte, es claro, y lo dicho lo hace más luminoso, que la materia de que ha de ocuparse la Corte y el problema que debe resolver son diferentes y se contraen a determinar la constitucionalidad de las normas y no

su conformidad con ciertos y particulares criterios criminológicos y políticos por importantes que estos sean, pero que no están consagrados como imperativos en el Código Superior.

Es así como pasamos a reflexionar sobre el argumento único de la sentencia para disponer la inconstitucionalidad de los preceptos anotados, el que consiste en que la transitoriedad esencial del estado de sitio no se aviene a la duración probable de la sanción asignada a estos tipos penales.

Nadie duda, en efecto, que el instituto del estado de sitio es excepcional y por ello mismo está diseñado como transitorio y pasajero, no solamente porque las disposiciones tomadas a su abrigo dejan de regir cuando él cesa y suspenden sin derogar las normativas incompatibles anteriores, sino también porque su mismo propósito y designio es el de acabar con la perturbación que le ha dado origen y para ello, y solo para ello, está establecido por manera que se considera que la normalidad quebrantada por la conmoción debe ser ganada nuevamente y resurgir gracias a su efectivo control. Su propia naturaleza y su entronque al sistema hacen del estado de sitio una institución provisional.

Aceptado lo anterior sin hesitaciones, debe destacarse que la dificultad aparece cuando se trata de medir esa transitoriedad, de escoger el mero objetivo que pueda dar dimensiones al menos de alguna y relativa precisión a esa temporalidad. ¿Por cuál rasero debe conmensurarse?

A este respecto y respetuosamente debemos decir que la sentencia no define este asunto tan trascendental para la decisión y que su imprecisa y por lo tanto absoluta posición trae como consecuencia dos resultados que por ser ilógicos demuestran su incorrección, ya que, efectivamente, planteada la tesis como en ella está, haría imposible cualquier legislación de emergencia por cuanto, al no saberse cuánto va a durar el estado provisional, ningún efecto proyectado en el tiempo podría mandarse; y así en primer lugar, no sería dable imponer sanciones, por ejemplo, de un día, de un mes o de un año porque el estado de sitio podría dejar de regir antes

de transcurridos estos términos o cualquier otro que devendría inconciliable con la fugacidad así medida del estado de excepción; y, en segundo lugar, siguiendo la misma pauta, cabe preguntar cómo la sentencia ni siquiera cuestiona la sanción de hasta seis años y ocho meses para el delito de lesiones personales que causen apenas incapacidad de más de noventa días sin otras secuelas, que, valga la pena comentar de paso, el decreto no contempló por un gravísimo descuido en su composición; igualmente, aunque la sentencia lo hace sobre otras bases que compartimos, no despa-cha el cargo contra la sanción atribuida a la tentativa de los delitos de que se trata usando el mismo concepto de temporalidad a pesar de que dicha sanción puede llegar hasta cuarenta años de prisión que también parece oponerse a tal mensura; es más, el decreto 180 de 1988 establece en varias oportunidades la pena de prisión hasta de treinta años y la verdad es que la Corte, cuando lo consideró, no dedicó ni un solo pensamiento al punto del carácter no más pasajero del estado de sitio. Si la sanción fuere de 100 o 200 años, ¿cuál sería el criterio aplicable? Nos atrevemos a pensar, pues, que este criterio tan indefinido y apenas si afirmado es por lo mismo vacuo e inútil y no puede tomarse ninguna decisión objetiva con fundamento en él.

La sentencia trata de fijar alguna dimensión cuando acude a explicar, como tantas veces se ha hecho en la doctrina y en la jurisprudencia, la vocación de permanencia que tienen las normas regulares por contraste con la vocación transitoria de las del estado de sitio, lo cual, repetimos, compartimos sin reparos, y aunque creemos que esto puede ser de alguna utilidad tal vez no pase de ser una figura literaria bien lograda pero que se restringe a reiterar el mismo criterio undívago ya comentado.

La posible utilidad de esta retórica se descubre cuando la sentencia pasa a tratar de someter el punto a una definición mediante la invocación de dos autores connotados y decir que cuando las medidas tomadas bajo el estado de sitio necesitan ser convertidas, antes de levantarse aquel, en medidas permanentes, es porque se está violando la temporalidad propia de dicho instituto.

En lo pertinente dichos autores afirman: Álvaro Copete Lizarralde:

"... sostenemos pues, que el gobierno exce- de las facultades del art. 121 cuando dic- ta decretos que requieren ser convertidos en legislación permanente".

Hernando Yepes Arcila:

"... Pero además de decretar la desapari- ción o abrogación *ipso facto* de ellas es obvio que la Carta introduce con ese precepto un criterio interno de validez de las normas excepcionales de modo que si una norma dicta- da en ejercicio de las facultades propias del estado excepcional carece de esta vocación a la abrogación automática, o por su propia naturaleza reclama la supervivencia para des- pués de restablecido el orden contraría fla- grantemente la Constitución".

Nos atrevemos a recordar que uno de los firmantes de esta salvedad participó de esta tesis en un libro publicado en 1971 bajo el título de la "Defensa judicial de la Constitu- ción" (Jaime Sanín Greiffenstein, Ed. Temis, 1971) y puso de presente el vicio constitucio- nal que esta práctica entraña y que hoy con- denamos igualmente. Basta recordar el sinnú- mero de disposiciones laborales que se dicta- ron al amparo de estados de excepción y có- mo fue necesario, para hacer posible su levantamiento y contribuir al desorden si se dejaban cesantes, darles carácter permanente.

Pero esto requiere precisiones doctrinarias básicas que son de gran importancia y que muestran el fenómeno en su verdadera reali- dad, realidad que no es la que la sentencia quiere darle. Tal vez esto contribuya a poner el tópico en su sentido auténtico y genuino.

En verdad, el vicio anotado obedece no a que los efectos de situaciones creadas al am- paro de normas dictadas a la luz del artículo 121 deban desaparecer también —pues, a no ser por la aplicabilidad en materia penal de la figura de la favorabilidad, son permanen- tes y se rigen por los principios comunes del tránsito de legislación— sino a que por medio de este instrumento se pautan o norman inde- bidamente hechos o conductas que no eran en su momento parte de la conmoción sino elementos o factores de la vida normal que, por lo tanto, seguirían —tales hechos y con-

ductas— presentándose en el nuevo estado de normalidad tanto como antes y requiriendo regulación permanente; el defecto está, pues, ahí, en que se dispone mediante medi- das de estado de sitio de situaciones que no constituyen perturbación del orden público y que, en consecuencia, continuarán dándose después de que él se levante, ya que si, con suje- ción a la Constitución, se hubiese dispuesto solamente de lo perturbatorio, es claro que, desaparecido esto no habría que perpetuar su normación.

El ejemplo típico puede proponerse con el decreto 2351 de 1965 relativo, entre otras co- sas, a la definición de los contratos de trabajo a término indefinido y a término fijo, espe- cialmente por menos de un año, a la determi- nación de las indemnizaciones por incumplimiento contractual, a la compatibilidad de la cesantía y la jubilación y a los despidos colectivos, que obviamente no estaban liga- dos a hechos o conductas encarnantes de con- moción interior sino de inquietudes normales dentro del moviismo social, aprovechadas por grupos de presión, que con toda naturalidad siguieron presentándose después de levanta- do el estado de sitio por lo cual el decre- to debió ser convertido previamente en ley ordinaria.

Toda esta argumentación confluye a relie- var un pensamiento de gran importancia para lo que se discute y es decir que deben diferen- ciarse la duración de las normas del estado de emergencia —que termina cuando ese se cancela— y la duración de los efectos produ- cidos al amparo de esa normación, ya que una cosa es, como lo ordena clara y terminan- te la Constitución, que expire la vigencia de los decretos excepcionales, y por lo tanto no se apliquen a situaciones que se den en la nueva época, y otra bien distinta que conti- núen los efectos surtidos bajo esa norma- tividad.

Para entender lo anterior y sustentar su ve- racidad es suficiente predicar que el estado de sitio es un instituto de excepción pero es un régimen válido, como no puede dudarse.

Y también anotar que el paso de un estado de sitio a uno de normalidad se rige por los principios comunes del tránsito de legislación,

de los efectos de las leyes sucesivas en el tiem- po, que no arrasan y aniquilan las situaciones jurídicas consolidadas ni extingue de por sí todos los efectos cumplidos y que deban cum- plirse. Así, por ejemplo, los efectos civiles, como de un estado civil obtenido durante el estado de emergencia, contratos celebrados a su amparo o derechos reales adquiridos de conformidad con él, no hay duda de que per- manecen en las condiciones y términos de di- cha figura de los efectos de la legislación subsiguiente. Es obvio, claro está que en ma- teria penal opera el principio de la favorabili- dad, pero en manera separada y no porque así lo imponga el carácter transitorio o provi- sional del estado de sitio, no como consecuen- cia de ésta calidad sino cabalmente por la aplicación de un fenómeno distinto, impera- do de forma contundente por la propia Cons- titución y aceptado por las ciencias penales, que es ni más ni menos que uno de los elemen- tos de la misma teoría ordinaria del cambio de leyes.

Como argumento colaborante *a pari* se pue- de presentar el que se desprende del estado de emergencia económica y social que regla el artículo 122 de la Constitución a pesar de que se trata de una analogía que, en consecuencia, reconoce las diferencias. Pues bien, sin em- bargo de que las disposiciones dictadas a su amparo no dejan de regir por orden de la Carta, como sí ocurre en el caso del artículo 121, la literatura jurídica hace hincapié en que por su naturaleza este régimen permite solamente dictar disposiciones transitorias o, como se ha dicho, que no tienen vocación de permanencia, no empee lo cual nadie du- daría de la perdurabilidad de los efectos de las situaciones jurídicas cumplidas bajo su im- perio, como los dichos derechos civiles y tam- bién los administrativos, tributarios y de otra índole.

De lo anterior se colige que el decreto que levanta el estado de sitio solo produce efectos hacia el futuro y en manera alguna hacia el pasado, y su vigencia no puede retrotraerse a la fecha en que se decretó aquella emergen- cia ya que ello equivaldría a arrasar situacio- nes jurídicas surgidas de hecho o hechos no creados por el ejecutivo sino reconocidos por

él en el decreto que declara el estado de sitio, situaciones que pudieron haberse consolidado generando derechos en favor de terceros, o se concretaron en medidas sancionatorias de hechos ilícitos que se deben mantener en beneficio de la comunidad, todo lo cual se entiende sin perjuicio desde luego, de la aplicación del principio de favorabilidad de la ley penal cuando a ello hubiere lugar.

Bien sabido es que por exigencia constitucional los decretos dictados por el presidente durante el estado de sitio deben tender a la extinción de las causas de la perturbación o conmoción interna y por ende, al restablecimiento del orden público, dependiendo su vigencia precisamente del logro de esta finalidad y sin que el gobierno esté en posibilidad de fijar de antemano el tiempo de su duración. Esta perpetuidad está ligada a la permanencia de las causas generadoras de la alteración del orden público, lo cual no obsta para que el presidente los derogue, complemente o sustituya cuando no hayan producido los efectos que inicialmente se esperaba de ellos. Pero aún así, la derogación de tales decretos no extingue los efectos que hayan generado, cuando dichos efectos consistan en situaciones jurídicas particulares y concretas amparadas por el principio de la irretroactividad de la ley.

Y cabe recordar aquí que la Corte ha considerado que el ejecutivo en ejercicio de las especiales atribuciones del artículo 121 de la Constitución, "si está capacitado para suspender leyes comunes y eventualmente, hasta leyes codificadas, cuando en concreto aparezca ostensible la necesidad de las medidas como instrumento de buen gobierno claramente adecuado a la restauración del orden público" (citado por el Dr. Jaime Sanín G., Defensa judicial de la Constitución, pág. 172).

Por tanto, los decretos de estado de sitio están condicionados en su vigencia a la perduración de la conmoción interna o de la guerra externa y mientras estos hechos subsistan las medidas de aplicación concreta o particular generarán situaciones jurídicas de la misma índole que merecen el amparo de la ley. No resulta posible entonces que el ejecutivo fije por anticipado la vigencia del estado de sitio supliendo la falta de su duración consti-

tucional, y con ella la de las medidas que tienden a restablecer el orden público a fin de precisar cuáles decretos por su vocación de perpetuidad quedan excluidos de su competencia y pasan a la del legislador.

Por todo lo hasta aquí dicho, no compartimos la siguiente afirmación de la ponencia: "... Se ha admitido que, en estas condiciones, el ejecutivo puede decretar no solo la creación de nuevas figuras delictivas, sino además, señalar las penas que les corresponda a estas, pero en el entendido de que dichas penas puedan en extremo lógico llegar, en la hipótesis de la prolongada vigencia temporal del régimen de excepción, a durar tanto como dure la perturbación del orden público, sin que extiendan ni puedan extenderse más allá de esta, exigiéndose siempre su vocación temporal".

No, los efectos persisten en las condiciones dichas o la legislación extraordinaria sería imposible o, de ser posible, su constitucionalidad no podría juzgarse al momento de ser expedida.

Por el contrario, la inconstitucionalidad en estos casos, y esto es lo esencial y se refleja en la práctica viciosa que se dejó anotada, nace de que se regulen por medio de disposiciones de estado de sitio hechos y conductas que no son constitutivos de perturbación del orden público o del alzamiento, como decía la Constitución de 1886 con tanto acierto, aunque sean ilícitos, pero no de que se atribuyan efectos relativamente largos y aún indefinidos a hechos y conductas que sí lo son. Por eso es por lo que la Corte, al juzgar dicha constitucionalidad, debe en primerísimo término, determinar si la materia reglada conforma o no conmoción interior o contribuye a integrarla o a agravarla. En el caso que se examina no hay duda al respecto.

Si, pues, levantado el estado de sitio, desaparece la figura o tipo del homicidio especialmente agravado de que se trata, pero subsiste, conforme a la legislación que así resurja, el del homicidio simple, con pena más benigna, operarán las reglas del tránsito de legislación y entre ellas la de la favorabilidad para que, mediante el mecanismo adecuado, se ajuste la sanción, como en cualquier otro caso, in-

clusive en aquel de sanciones de duración determinada y fija.

Finalmente, entonces, aunque conceptual y políticamente no estamos de acuerdo con la pena de prisión perpetua, máxime cuando no se dan virtualidades a la eventual resocialización del reo, no encontramos en la Constitución motivo suficiente y valedero para declarar inconstitucionales los artículos 1° y 2° del decreto 2490 del 30 de noviembre de 1988, lo cual, hasta sobra decirlo, no implica que admitamos que el estado de sitio habilita para imponer toda clase de sanciones, pues las hay, como las inusitadas, crueles e infamantes que no son de recibo, y como el exilio de nacionales que están vedadas, junto con la de muerte, confiscación y esclavitud, por la propia Carta Política.

Jaime Sanín Greiffenstein—Jairo Duque Pérez—Hernando Gómez Otálora—Héctor Marín Naranjo.

UNA ACLARACIÓN Y DOS SALVEDADES DE VOTO

La Corporación ha entendido que la consagración de la prisión perpetua no figura dentro de las facultades del estado de sitio y de ahí la resolución de inconstitucionalidad proferida. Pero entiendo, y a esto se dirige esta declaración, que tampoco figura dentro de las competencias del legislador ordinario, de no mediar una reforma constitucional que autorice esta clase de sanciones.

Para fundamentar este modo de pensar, sintéticamente enuncio las siguientes reflexiones:

a) Repugna al espíritu de la Constitución esta clase de penas que se muestran odiosas, inútiles e inhumanas. El que crea poder encontrar en sus dictados o proyección espiritual respaldo para establecerlas podrá, en las mismas supuestas disposiciones, amparar las penas privativas de libertad con duración de cien, trescientos, quinientos o más años, y, también para sancionar los delitos atroces con el quebrantamiento físico del sentenciado, hasta dejarlo en postración corporal similar a la que se consigue con la terrible especie de minusválidos que engendra la prisión perpetua.

b) La Carta rehusa reconocer las penas perpetuas, inmodificables, insancionables, absolutas, irrehabilitables, etc. Lo único que ama con esta pasión de perpetuidad es la libertad. Ni siquiera cuando emplea el término de "absoluta", que podría equivaler a perpetua, se estima que tal calificación corresponda a este supuesto. En los juicios que se siguen ante el Senado, este, "... si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones, o a indignidad por mala conducta, ... no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos..." —art. 97-2—. Pero no obstante esta previsión, siempre se entendió antes de la expedición del acto legislativo núm. 1 de 1975 (art. 14 de la actual codificación), que ese carácter absoluto no equivalía a término indefinido, de por vida, etc...

Su fin se daba a expensas de la rehabilitación del sentenciado. Obró en esto, por fuera del percibible espíritu unitario de la Constitución, la expresa glosa del constituyente Samper, citada en la sentencia que comento. Por ello fue posible la rehabilitación, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, del presidente dictador general Gustavo Rojas Pinilla.

c) La Constitución no puede, simultáneamente, constituir como derecho fundamental la temporalidad de una sanción y la perpetuidad de la misma. Y con esto de la prisión perpetua se incurre en este mayúsculo contradictorio.

En efecto, el artículo 14 señala que "los que hayan perdido la ciudadanía podrán solicitar rehabilitación". No quiere, no imagina la legislación eminente, que existan colombianos privados de por vida de los derechos que implica la ciudadanía. A quien la ha perdido siempre le concede la posibilidad de recuperarla. El estatuto electoral (ley 28 de 1979, art. 205 y decreto reglamentario 2450 de 1979, art. 21) facilita este propósito y la Sala de Casación Penal, en múltiples decisiones, propende por la efectividad de este derecho constitucional, aspecto que también se ha dejado sentir en los últimos rumbos de los aspectos disciplinarios para empleados oficiales y abogados. Pues bien, la prisión perpetua implica

la privación *idem* de los derechos de ciudadanía, y la interdicción de derechos y funciones públicas desaparece por rehabilitación, pero esta solo procede cuando se haya purgado la pena privativa de la libertad. De donde al condenado a prisión perpetua se le niega la rehabilitación que la Carta consagra con perentoriedad indiscutible porque nunca le será posible que esta cese y se cumpla con tan fundamental requisito para que la otra medida pueda operar —art. 92 C. P.—.

No es necesario considerar la eventualidad del levantamiento del estado de sitio, como término de la prisión perpetua, aspecto insinuado por los magistrados de la sala constitucional que formularon estudio mayoritario, porque tan peregrina tesis ha sido rechazada con la adopción de la ponencia del M. Fabio Morón Díaz. Pero no sobra recordar, en este pasaje, lo siguiente:

La prisión perpetua es tal porque así se declara por quien la crea y la estructura misma de ella obedece a esta naturaleza, sobradamente conocida en la legislación comparada, porque no puede ser (perpetua) y no ser (temporal) al mismo tiempo, perfil este último que le viene de una eventualidad, o sea, la cesación del estado de sitio; si así fuera ninguna medida tomada durante el estado de sitio podría estudiarse bajo la óptica de su perdurabilidad, porque el azaroso fin del estado de excepción, convertiría *todo* en transitorio, ya que algún día debe acontecer o se espera que acontezca la terminación de dicho estado de sitio; porque los problemas que surgen con los condenados a prisión perpetua, al levantarse el estado de sitio, denotan su inconstitucionalidad, ya que no se advierte una solución legal precisamente porque la prisión perpetua, y más cuando se establece por obra del artículo 121 de la C. N., no fue prevista en el repertorio de las penas. No faltará quien piense en la absolución, atrocidad jurídica más atroz que la conducta criminal que la generó; o, en una rebaja de pena que no tiene término de comparación porque es tan lógico sostener que se imponga el mínimo como el máximo de la sanción ordinaria del delito; o en la condenación al máximo de treinta años, que atrae el reparo de advertir que una es la dosifi-

cación que surge al considerarse este extremo mayor de sanción que prevé la legislación ordinaria, y otra al contrastarla con la prisión perpetua; o, en la restauración no autorizada de un juicio para determinar la pena, etc. ...

Pero, además, no es posible que el análisis de constitucionalidad pueda hacerse conjuntamente bajo tópicos opuestos: estudiarla como lo que es, perpetua, y permitir su permanencia por ser algo transitorio puesto que el estado de sitio, al cesar, habrá de ponerle término. Finalmente, esto pugna con la necesidad de represión que denuncia su creación, pues solo se justifica a los fines perseguidos de recuperación del orden perdido, si su vigencia se mantiene, o sea, si resulta realmente perpetua.

d) El art. 37 pugna igualmente con esta medida. No dudo en considerar que el término obligación tiene un carácter general que no admite distingos que permitan que un gravamen tenga duración indefinida, ilimitada, siempre, siempre jamás, inacabablemente, toda la vida, *et sic de coeteris*.

No se ha querido caracterizar la obligación de estrictamente patrimonial. Su noción es más amplia y ennoblecedora. El aspecto económico está sobradamente protegido en otras disposiciones de donde no debe entenderse toda guarda constitucional en beneficio exclusivo y excluyente de este crematístico sentido. *Obligación*, en el debido sentido constitucional, traduce vínculo que impone la ejecución de una cosa; la imposición que rige la voluntad libre; vínculo que sujeta a hacer o abstenerse de hacer una cosa, establecido por precepto de ley, por voluntario otorgamiento o por derivación recta de ciertas cosas; carga, miramiento, reserva o incumbencia inherentes al estado, a la dignidad o a la condición de una persona. En síntesis, es la sumisión de un ser, en su personalidad o bienes. Y no es admisible negar que todo esto corresponde al peso que recae sobre un condenado a prisión perpetua.

Resulta arbitraria, injusta y desmedida la restricción que quiere dársele al concepto de obligación para encasillarlo dentro de la preceptiva del Código Civil. No se niega que en parte este pudo ser el origen de la institución,

pero no hay que olvidar que cuando se insiste en que la voluntad de la ley es la voluntad de los que la profirieron, la ley termina por carecer de voluntad. Y esto, que es válido en el campo de la ley común, es todavía más verdad en el terreno de las normas constitucionales. Sus preceptos, por obra del tiempo y de las nuevas instituciones con las cuales se tiene que correlacionar e interactuar, exigen su intemporalidad. Esa es la esencia de su constante actualidad. De manera que la normatividad constitucional no se restringe a lo que por tal pudo entenderse años atrás sino lo que debe corresponder en el presente y a un contexto de integral eficacia. Abundan las instituciones que han perdido la reducida entidad entrevista al momento de su nacimiento: derechos humanos, habeas corpus, prensa, propiedad, monopolio, guerra, soberanía, etc.

Si se fuera a medir el art. 37 de la C. Nacional por lo que fue principal motivo de su expedición, se tendría que reducir a un anhelo de ponerle término a los censos, capellanías, mayorazgos, fundaciones, etc. Habría surgido y fenecido simultáneamente. Pero por fuera de este encomiable propósito también cabe afirmar que se buscó y se ha conseguido evitar la inmovilización de la propiedad raíz, finalidad plenamente conseguida por la primera parte del artículo, pero complementada en otras vastas órbitas del quehacer económico y de la protección y desarrollo de la persona, con la final prohibición de las obligaciones irredimibles. Mediante este enunciado, por ejemplo, se logra que no se establezcan ataduras de esta indefinida duración sobre los bienes muebles o, en el caso discutido, una cadena perpetua.

Para afirmar más esta consideración basta reparar en que si se unce el término obligación al aspecto patrimonial o a los bienes inmuebles, la disposición resultaría hasta pleonástica, pues lo que hace de un inmueble un objeto inenajenable es que sobre el mismo pese una obligación irredimible.

Despejado este punto, dejado en claro que el término obligación no puede tener el sentido restringido civilista de tratarse de un concepto jurídico que envuelva una noción tan

disminuida y precaria, tendría para agregar que aun en este terreno de arbitrarias limitaciones, también es dable apoyar una deducción como la que expongo, o sea, que no es dable establecer, sin una modificación de la Carta, la prisión perpetua.

El Código Civil en su art. 1494, establece la fuente de las obligaciones con proyección a cualquier campo en el cual sea dable la exigibilidad de la misma: pública, privada, civil, laboral, administrativa, internacional, etc. Allí se menciona el "hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona como en los delitos ... o la disposición de la ley". Este señalamiento, es obvio, no se dirige a regular solamente las consecuencias económicas (efecto) inherentes al delito ni menos las exclusivas relaciones parentales entre padre e hijo. El delito es una fuente de obligaciones tanto en lo que dice relación a la pena como a la necesidad del resarcimiento patrimonial. Y la ley establece, además de esta pródiga gama de obligaciones generadas en los mandatos del Código Civil, que cometido un delito sobreviene una pena y que el sentenciado está obligado a purgar esta pena. De otro lado es la ley la que establece este derecho de punición ya que el "*ius puniendi*, en definitiva y alejando discusiones filosóficas, encuentra su razón de ser en un atributo de soberanía. Cuando se tiene soberanía se puede expedir la ley y esta, entonces, puede reglar todo lo relacionado con los delitos y las penas.

De modo, pues, que la ley y el delito generan una obligación que comprende tanto la sanción principal como la reparación económica. Y una y otra obligación no pueden tener, en ninguna de sus respectivas esferas, un carácter irredimible. De ahí que la prisión que establezca la ley y que genera un hecho delictuoso o contravencional, solo puede tener un acento temporal, finito, purgable dentro de los esquemas de comparación de la vida humana.

También hay que advertir que la tesis aparece más de bulto en el art. 2341, cuando se determina la responsabilidad extracontractual por el delito o culpa, en donde ya se menciona tanto lo relacionado con la indemnización como con la pena principal.

Y, finalmente, el art. 1527 cuando caracteriza las obligaciones civiles como "aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento", está permitiendo que el compromiso deducido en sentencia de purgar una pena se encuadre en esta clasificación pues no hay duda alguna en que el Estado tiene acción para hacerla efectiva. Lo que pretende este precepto es establecer una diferencia con la obligación natural y no hay hesitación alguna en destacar que la prisión perpetua, de darse como realidad legislativa, no puede tener nunca el perfil de vínculo natural.

Las *salvedades de voto*, se refieren a la constitucionalidad de los artículos 6° y 7°. Estas disposiciones las considero contrarias a la Carta y, la primera de ellas, en abierta oposición a criterios de básica moralidad política.

La conformidad de la Corte con el art. 37 del decreto 180 de 1988, no puede constituir obstáculo para rechazar ahora la procedencia del mencionado art. 6°. Una y otra disposición resultan diferentes y de no ser así, no hay razón para persistir en el yerro, máxime cuando el gobierno evidencia intención de profundizar el desacierto.

Lo primero que se me ocurre para avalar la diferencia entre una y otra disposición, es el que se hubiera expedido la cuestionada normatividad. A no ser que se piense en que el gobierno reprodujo inexplicablemente, un precepto de tan delicada naturaleza. Esta supuesta identidad no se da ni en las palabras ni en el contenido. Para no abundar en demostraciones baste apreciar que es muy distinta la *atenuación* de responsabilidad —título del art. 37— y *exención* de responsabilidad —título del art. 6°— y más todavía dejar alternativas de sentencia al juez, en cuanto a la punición, a eliminárselas para imponer la exención de pena.

Tal como está concebido el art. 6°, constituye, estudiada su naturaleza, un verdadero indulto, que por no tratarse de delitos políticos y asumirse con facultades del estado de sitio, establece una abierta contradicción con la Carta.

No está por demás advertir que con precepto de esta laya, que no exhibe limitaciones, será dable que un autor o partícipe goce de

esta exigente de punibilidad permanente, esto es, que cada vez que cometa un delito se apresure a colaborar "eficazmente con las autoridades en el esclarecimiento de los hechos". Tan repugnante aparece el instituto y tan torpe e inmoralmemente concebido, que no será extraño que el autor intelectual, una vez cometido el delito, se apresure a denunciar el autor material, o viceversa. Y, también, que varios autores o cómplices acuerden de antemano la colaboración eficaz que prestarán, máxime si los comprometidos con la delación han sido ya eliminados.

En palabras más gráficas se tendrán grupos que, así como existen "mulas" del narcotráfico, ahora actúen de "mulas" de las penas. O sea, unos que cometen y se benefician de manera principal de los delitos y otros que, por la delación, asumen la posibilidad de ser investigados y sancionados. No es del todo descartable que en el futuro, se den delitos sin delinquentes o que a lo sumo se avance hasta la categoría dual de delitos y delinquentes eximidos de pena.

No está por demás destacar el optimismo del legislador extraordinario que cree, en estos tiempos, en que el descubrimiento de delinquentes de tan excepcionales características, se pueda deber al premio absoluto de la delación, que no se advierte sino en libretos de televisión para tramas policíacas, y no a la instrucción eficaz, a la presencia de la justicia, a la recuperación de la moralidad perdida y a la cesación de la reinante impunidad que cuenta con actuales y pródigos factores de producción.

Por último, si el art. 81 del Código de Procedimiento Penal, no obstante sus restricciones (peligro de la integridad personal del procesado, cuando este perteneciere a oficiales, suboficiales o agentes de la policía, del Das o del cuerpo técnico de policía judicial y escogencia de una ciudad donde exista más de un juzgado superior, de circuito o municipal) mostraba evidentes señas de su inconstitucionalidad, este cambio de radicación que abandona estos límites debió merecer mayor rechazo. Autorizando al Ministerio de Justicia para cambiar la radicación de los procesos, se consuma un innegable e innecesario me-

nosco de la autonomía de la administración de justicia, fuera de ser un innegable atentado al desconocimiento del juez natural, el que ciertamente se integra por aspectos como la naturaleza de los hechos y de la territorialidad. Cambiar de este modo la competencia de esta clase de juez, no ilustra un sistema de justicia independiente y libre, sino que ofrecen motivos en contrario. Es una verdadera interferencia que a la postre rendirá más daños que los aparentes y dudosos beneficios que se pretende obtener. La reiteración del cambio de radicación y por motivos tan amplios y tan *ad libitum* como los que se consagran en este dispositivo, no dejará de repercutir en la eficacia de la rama jurisdiccional. Será un factor más de deterioro de sus funciones y facultades.

De otro lado, si la Constitución ordena la colaboración armónica de las ramas del poder público ¿cómo podrá entenderse este dictado cuando se resuelve tal armonía eliminado a una de las partes colaborantes, en este caso,

el juez? ¿Cómo aceptar que la Corte o los Tribunales de Distrito, en ejercicio de las facultades que le otorga el Código de Procedimiento Penal, en esto de los cambios de radicación, han sido estorbo para la recuperación del perdido orden o que tales atribuciones solo fomentan su alteración? ¿Dónde puede indicarse siquiera un solo caso en que tales organismos no hayan sido celerosos, imparciales y exactos en sus apreciaciones jurídicas a este respecto? No estoy en capacidad de imaginar estos eventos ni menos de creer en lo que supone el gobierno para apoyar una medida como la que critico. Lo menos que pudo hacerse por la Corte fue el eliminar la posibilidad de actuar, en este punto, de manera oficiosa por parte del Ministerio de Justicia.

Estas las razones que me separan de la constitucionalidad impartida a los artículos 6° y 7° del decreto 2490 de 1988.

Gustavo Gómez Velásquez.

* * *

COMENTARIO

Varias consideraciones debemos hacer respecto de la providencia transcrita, las cuales procuraremos desarrollar sistematizadamente en los siguientes aspectos:

I. En primer lugar, es preciso señalar que el decreto legislativo 2490, de 30 de noviembre de 1988, surge como respuesta institucional a reiteradas matanzas colectivas contra la población civil, realizadas por grupos paramilitares o de "autodefensa". En efecto, unos pocos días antes (11 de noviembre) fueron asesinadas 43 personas en la población antioqueña de Segovia, hecho este que al parecer solo buscaba escarmantar a aquellas regiones que en la elección popular de alcaldes habían votado por representantes de los sectores políticos de oposición, de la Unión Patriótica en este caso¹.

II. En segundo término debemos resaltar también que el decreto 2490 de 1988 continúa con la política criminal que ha informado toda la legislación expedida recientemente con base en las facultades del estado de sitio, la cual ha sido calificada con acierto por algún autor como "el derecho penal terrorista"², en cuanto abusa

¹ Otros genocidios ocurridos en 1988 y que estremecieron a la opinión pública nacional e internacional fueron las de Urabá (fincas "La Negra", "Honduras", y Punta Coquitos), Mejor Esquina (Córdoba), San Rafael (Antioquia) y El Tomate (Antioquia).

² Vid. ÁLVARO LÓPEZ DORADO, "El derecho penal terrorista", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 42, Bogotá, Edit. Temis, 1988, págs. 447 a 456.

de la prevención general intimidatoria, hasta llegar al verdadero *terror penal* actualmente reinante en nuestro medio. Se cree —o al menos se aparenta— poder resolver mediante la inflación punitiva, formas de violencia con raíces estructurales.

Ahora bien, dado que en el decreto adicionado (180/88) ya se había llegado a límites extremos de severidad punitiva³, solo restaba establecer la “prisión perpetua” para llevar hasta sus últimas consecuencias esta política criminal, con el despropósito mayúsculo de acudir para ello a las atribuciones que el estado de sitio confiere al presidente de la República.

Pero lo más grave de todo es que el gobierno conoce muy bien los factores que han contribuido al surgimiento y consolidación de estas formas de violencia: la falta de voluntad política encaminada a resolver el conflicto agrario, por no impulsar una auténtica reforma agraria⁴; la inexistencia de una democracia participativa, que ha significado la criminalización de la vinculación partidista en la oposición democrática, y un aval al clientelismo bipartidista como intermediario entre el Estado y las reivindicaciones y necesidades populares; la conversión de la rama jurisdiccional en la “Cenicenta” del poder público; el respaldo que los autodenominados grupos de “autodefensa” han encontrado en dirigentes políticos, sociales y gremiales, en la “gran prensa” y demás medios de comunicación de los grupos monopólicos al servicio del bipartidismo, e incluso en anteriores ministros del gobierno; y también, como se señaló por los violentólogos en su informe de recomendaciones al gobierno, por la ley 48 de 1968, que permite al Ministerio de Defensa amparar, con la supuesta finalidad de la lucha antiguerrillera, “cuando lo estime conveniente”, armas consideradas de uso privativo de las fuerzas armadas⁵.

En vista de lo anterior habrá que concluir, necesariamente, que el decreto que se comenta no es más que un simple paliativo para consumo de la “opinión pública” y una cobertura ideológica. En efecto, para dejar indemne la realidad antes referida, se acude simbólicamente a la normatividad en comentario, acompañada, eso sí, de amplio despliegue publicitario acerca de la conveniencia, eficacia y necesidad que de ella se espera. En definitiva, legislaciones como esta cumplen exclusivamente una función simbólica que, como dice BERGUDO, tiene por objetivo transmitir a la sociedad y a sus potenciales víctimas la apariencia de efectividad y protección social⁶.

³ Cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ, “Consideraciones críticas en torno al Estatuto para la defensa de la democracia”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 40, Bogotá, Edit. Temis, 1988, págs. 221 a 231; y HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRIO, “Comentario jurisprudencial”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 40, cit., págs. 268 a 273.

⁴ CORREDOR MARTÍNEZ, *Crisis agraria, reforma y paz: de la violencia homicida al genocidio*, Bogotá, Cinep, Serie Controversia, núms. 151-152, 1989.

⁵ Cfr. COMISIÓN DE ESTUDIOS SOBRE LA VIOLENCIA, *Colombia: violencia y democracia*, Bogotá, Universidad Nacional, 1987, pág. 81. El decreto legislativo 815 de 1989 suspendió la ley 48 de 1968, y desplazó la competencia del Ministerio de Defensa al presidente de la República, quien, por medio de decreto refrendado por los ministros de Gobierno y Defensa, puede autorizar a particulares el porte de armas consideradas de uso exclusivo de las fuerzas armadas.

⁶ IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “Derechos humanos y derecho penal”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 39, Bogotá, Edit. Temis, 1988, pág. 55.

III. Por otra parte, resulta una afrenta a la lógica y una aberración del espíritu que constitucionalmente inspira la institución del estado de sitio, que con base en este, por naturaleza de carácter transitorio, provisorio y excepcional, se expidan disposiciones con pretensiones de *eterna permanencia*. Por tal motivo, lo menos que podía haber hecho la Corte Suprema de Justicia era declarar la inexecutable del art. 1° del decreto 2490 de 1988 que prescribía la “prisión perpetua” para los hechos allí relacionados.

De la providencia que nos ocupa, sin embargo, solo podemos rescatar las consideraciones alusivas a que nuestro derecho constitucional, en la normativa que apuntala la dignidad humana, obliga a entender que la pena ha de tener objetivos humanitarios, destacándose entre ellos la resocialización y protección del delincuente, fines prescritos en concreto por el Código Penal (art. 12). No obstante que estos motivos son fundamentales y retratan de cuerpo entero la inexecutable de la “prisión perpetua”, el alto tribunal solo le dio un papel secundario. Por fortuna esta deficiencia fue subsanada por la aclaración de voto del magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, quien enfatiza en la violación que de los arts. 14 y 16 de la C. N. se encierra en el art. 1° del decreto; afirma, en este sentido, que la vida que se protege en la Carta Constitucional y cuya tutela obliga a las autoridades de la República, es tanto la de la víctima como la del victimario, que en el caso de este último se concreta en “la opción de rehabilitación”, incompatible en todo caso con la “prisión perpetua”. Además, como argumenta el citado magistrado, “dicha penalidad de carácter permanente atenta contra otras garantías que se encuentran en la misma Constitución, las que han sido materia de aprovechamiento a través de convenciones y pactos internacionales, tales como la racionalidad, proporcionalidad y la dignidad humana”.

IV. Un aspecto fundamental de la providencia, que infortunadamente ha pasado inadvertido, consiste en la declaración de *exequibilidad* de la mayor parte de las normas que integran el decreto, lo cual obliga a considerar distintos aspectos:

a) Es criterio recurrente de la Corte Suprema de Justicia considerar como “facultad indiscutible” del gobierno durante el estado de sitio la creación de nuevas figuras delictivas, la reestructuración de las existentes y la modificación del tratamiento punitivo y procesal a ellas dispensado. Pero por este conducto se ha entronizado la desnaturalización del estado de excepción y se han prestado argumentos para manipular políticamente su vigencia, bien sea pretextando la necesidad de su perpetuación o invocando la incorporación a la legislación ordinaria, mediante leyes, de las normas expedidas en virtud del mismo.

b) En cuanto al art. 4° del decreto, constituye la entronización del sistema retribucionista a ultranza. Además, bien puede afirmarse que las prohibiciones de libertad condicional y de toda forma de rebaja de pena (v. gr. rebaja de pena por trabajo y estudio, ley 32 de 1971), es un desconocimiento absoluto de los “objetivos humanitarios que se proyectan en la concepción de la pena” (principalmente la resocialización), argumento este que en la providencia comentada sirvió para apuntalar la inexecutable de la “prisión perpetua”, en la medida que dichos objetivos se reconocen como explícitos en la Constitución Nacional y han sido

aceptados en reiterados fallos de aquella corporación. Así las cosas, si nuestra Constitución, como lo dice la propia Corte Suprema de Justicia, consagra una concepción humanitaria de la pena, consecuente con ello debió declarar no solo la inexecutableidad de los arts. 1° y 2° del decreto, sino también del 4°, por cuanto todos ellos son abiertamente contrarios a dicha filosofía punitiva.

Claro que esta iniciativa del legislador excepcional se comprende mejor cuando se constata que el art. 4° del decreto es extensivo a los delitos políticos (rebelión y sedición), por expresa prescripción del art. 8° del mismo decreto. Se configura así, bajo la apariencia de una mayor severidad con el terrorismo, una criminalización exacerbada del delito político.

c) En relación con el art. 5° es necesario señalar que las razones que se tuvieron en cuenta para declarar la inexecutableidad del art. 1° son igualmente aplicables en este caso. Ciertamente, para que una norma de estas tuviera algún sentido, sería necesario que el estado de sitio tuviera a su vez una vigencia ininterrumpida, una vocación de permanencia, pues de otra manera su levantamiento implicaría la inmediata entrada en vigor de la legislación ordinaria (arts. 79 y 80 del C. P.) en virtud del principio constitucional de la favorabilidad, cesando con ello las consecuencias del artículo en mención.

d) En cuanto a los arts. 6° y 7°, compartimos íntegramente las objeciones éticas, políticocriminales y jurídicas del salvamente de voto del magistrado Gustavo Gómez Velásquez. Debemos agregar, eso sí, que el art. 7° no solo desconoce el principio del juez natural y la autonomía de la administración de justicia, motivos de por sí suficientes para declarar su inexecutableidad, sino que también debió haberlo sido por cuanto las normas suspendidas (arts. 82 y 83 del C. de P. P.) no tienen nada que ver con los factores que determinaron la declaración del estado de sitio en todo el territorio de la República, razón por la cual no existe ninguna alusión en este sentido en los considerandos de los decretos 1038 de 1984 y 180 de 1988. No existe pues conexidad entre la norma comentada y las causas que dieron lugar a la declaración del estado de excepción, ni tampoco con las que han incidido en su prolongación.

e) Finalmente, el art. 9° no es más que el fruto de la manipulación de que ha sido objeto en los últimos tiempos la institución del jurado de conciencia por parte del discurso oficial, convirtiéndolo en verdadero "chivo expiatorio", pues se le responsabiliza de la impunidad actualmente reinante. Y hablamos de manipulación por cuanto basta con observar la impunidad prácticamente absoluta en materia de delitos contra el orden socio-económico, contrabando, drogas, etc., y de los cuales, sin embargo, no conoce el jurado de conciencia.

Esta revista se terminó de imprimir en los talleres de Nomos Impresores, Bogotá, el día 10 de agosto de 1989.

LABORE ET CONSTANTIA