

CONSIDERACIONES CRÍTICAS EN TORNO AL ESTATUTO PARA LA DEFENSA DE LA DEMOCRACIA *

GRUPO DE ESTUDIOS DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD
PONTIFICIA BOLIVARIANA (Dr. FERNANDO VELÁSQUEZ V. Redactor)

1. INTRODUCCIÓN

Mediante los decretos 180, 181 y 182 del 27 de enero del año en curso, el gobierno nacional invocando las facultades que le confiere el art. 121 de la Constitución Nacional y especialmente el decreto 1038 del 1º de mayo de 1984, por medio del cual se declara “turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República”, ha expedido el denominado “Estatuto Para la Defensa de la Democracia” (EPDD) o “Estatuto Antiterrorista”, según otros, amén de otras regulaciones.

Tales disposiciones, que la prensa y los diversos medios de comunicación han calificado como “severas medidas de orden público”¹, no constituyen un estatuto verdaderamente coherente del cual se pueda predicar uniformidad; ni siquiera, y esto es lo más lamentable, puede afirmarse que se trata de una normatividad respetuosa de las pautas propias de la técnica legislativa. Si algo queda claro, después de un estudio detenido de dichas regulaciones, es que se ha legislado de manera desorganizada, incoherente, generando hondo caos en la administración de justicia y suspendiendo en buena parte la legislación penal vigente tanto en materia sustantiva como procesal.

Los aludidos decretos, que ya han sido objeto de sorpresivas modificaciones (cfr. decrs. 474 de marzo 16 y 478 de abril 28), amén de algunas declaratorias de inexequibilidad por parte de la Corte Suprema de Justicia, se suman a un amplio número de medidas tomadas durante los últimos cuatro años para conjurar las gravísimas perturbaciones del orden público y la tranquilidad ciudadana que se han venido presentando (terrorismo, tráfico ilegal de drogas, etc.) sin que, ni por

* Este trabajo constituye el documento final correspondiente al Seminario que sobre el Estatuto para la Defensa de la Democracia, se celebró durante los meses de febrero-mayo en la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, bajo la coordinación de los Drs. CONSUELO DEVIS SAAVEDRA y FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ como redactor del documento; con la participación de los estudiantes CLAUDIA JIMÉNEZ JARAMILLO, LUIS DIEGO MONSALVE, JUAN CARLOS MEJÍA, SERGIO UPEGUI KAUSEL, JUAN GABRIEL RESTREPO, JORGE IGNACIO CALLE, CÉSAR BETANCUR y JUAN CARLOS PELÁEZ. Como es apenas obvio, no se puede predicar unanimidad en cuanto a los criterios aquí sostenidos, especialmente lo atinente al principio de determinación en relación con el EPDD, lo que fue objeto de múltiples discusiones, pero creemos que la publicación de estos materiales se justifica en cuanto se hace indispensable fomentar un sano debate sobre el asunto.

¹ Cfr. por ejemplo, el Diario “El Colombiano” de enero 28 de 1988, págs. 2A y 13A.

asomo, se observen unas directrices politicocriminales claras que nos permitan colegir que el tratamiento legal (uno de los mecanismos que, dentro de la amplia gama de recursos con que cuenta, puede utilizar el Estado) dado a tan preocupantes fenómenos apunta hacia vías de solución concretas, superadoras de tan agobiante realidad.

Lo anterior, justamente, es lo que nos ha motivado a estudiar con detenimiento la susodicha normatividad desde diversos ángulos, especialmente los aspectos constitucionales, penales sustantivos y procesales imperantes durante un largo período de tiempo, fruto de lo cual son las consideraciones que a manera de síntesis presentamos hoy a la opinión pública, profundamente esperanzados en que puedan contribuir en algo a orientar por cauces más racionales el actual desorden institucional, que afecta hasta en los cimientos más profundos la vida nacional. Es por ello por lo que, siguiendo el orden señalado, nos proponemos abordar a continuación cada uno de tales aspectos.

2. ASPECTOS CONSTITUCIONALES

Antes de adentrarnos en el estudio del EPDD, desde este ángulo, es pertinente formular algunas consideraciones generales en torno al mecanismo excepcional del estado de sitio.

A. *Razón de ser de la institución.* Uno de los cometidos de todo ente estatal es organizar y mantener la sociedad en relativa tranquilidad, propugnando un armónico desarrollo del orden público y la convivencia social. Por ello, en épocas de normalidad, el ente estatal cumple tales finalidades acudiendo a los recursos ordinarios propios de una sociedad regida por una separación funcional de las ramas del poder público (Const. Nal., art. 55).

Pero como el orden público (político, jurídico, social, económico y cultural) no permanece estático, invariable, pues es el fruto de las relaciones de contradicción que van presentándose entre los titulares del poder y los gobernados que se traducen en conflictos de diversa índole, los cuales alcanzan a configurar a veces situaciones de crisis y profunda perturbación, el Estado tiene que acudir a diversos mecanismos de excepción tendentes a prevenir, reprimir, y controlar los diversos atentados que amenacen desbordar los cauces institucionales normales.

Para el caso, el moderno derecho constitucional prevé tres tipos de mecanismos dirigidos a tales propósitos: la llamada "ley marcial", los poderes extraordinarios y el estado de sitio².

Dentro de ellos sobresale este último, cuyo origen se remonta a la Roma republicana, aunque el vocablo como tal solo aparecerá con la Revolución Francesa de 1791, de donde fue tomado por la Constitución para el Estado de Cundinamarca

² LUIS CARLOS SÁCHICA, *Constitucionalismo colombiano*, 7ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1983, pág. 202. En Colombia, a efectos de prevenir y reprimir el desorden, se han previsto tres tipos de instituciones: la retención, el estado de sitio y la emergencia económica (arts. 28, 121 y 122 C. N.).

de 1811 (art. 53, título V) que lo regulaba de manera muy democrática, pues se necesitaba autorización previa del Senado y la suspensión de las normas constitucionales no podía sobrepasar los seis meses³.

No está de más agregar que la institución pasó a las demás constituciones provinciales, y luego a las de la República hasta llegar a la actualidad, habiendo sido sometida a diversas reformas, dependiendo, claro está, del accidentado período que hemos atravesado desde el primer grito de independencia.

B. *Concepto.* Este mecanismo excepcional, de origen castrense, es un recurso extraordinario de orden constitucional que pretende la tutela del orden jurídico vigente en tiempos de perturbación, con miras a restaurar y garantizar el orden público interno y la seguridad de la nación. O, como se ha dicho, "consiste en la posibilidad de suspender en caso de turbación del orden público material, declarada con las formalidades constitucionales, la vigencia de ciertos derechos y garantías individuales o colectivas, o de restringir su ejercicio. Compete al Ejecutivo esta suspensión y está obligado a explicar sus actuaciones ante el Congreso, para que se le deduzca la responsabilidad en que incurra por extralimitación de poderes"⁴.

El sistema colombiano en esta materia es mixto pues, como se deduce del art. 121 de la Carta Fundamental, pareciera combinar la fórmula del estado de sitio con la de los poderes extraordinarios cuando no solo se inviste al ejecutivo (en cabeza del presidente de la República según el art. 120-7 de la Constitución) de las "facultades legales" y de las que "la Constitución autoriza" para tiempos de guerra o perturbación del orden público, sino también de las que, conforme al "derecho de gentes, rigen para la guerra entre naciones" (Const. Nal., art. 121).

En desarrollo de las potestades que la Constitución confiere al presidente, este puede expedir decretos legislativos de carácter obligatorio (siempre que lleven la firma de todos los ministros, lo cual constituye una especie de control) con el fin de conjurar hechos de extrema gravedad que perturben la paz social y conducir el país hacia el orden institucional. Aunque por medio de dichas normas no se pueden derogar las leyes, en principio, las que les sean incompatibles quedan suspendidas hasta tanto se presente el restablecimiento de la normalidad.

La evolución histórica del estado de sitio muestra, sin embargo, que entre nosotros su carácter excepcional y temporal no pasa de ser una mera aspiración, pues, si algo queda claro, es que en contra del mismo texto constitucional desde que nos constituimos en República Unitaria, se ha acudido de manera reiterada a tal herramienta como forma normal de gobernar; de ser una excepción, el ES se ha convertido en la regla general⁵.

C. *Facultades.* De lo hasta aquí dicho se infiere que del art. 121 de la Carta, se desprenden tres tipos de facultades de las cuales está investido el presidente, aunque la imprecisión del texto constitucional deja mucho que desear.

³ MANUEL ANTONIO POMBO y JOSÉ JOAQUÍN GUERRA, *Constituciones de Colombia*, t. I, Bogotá, Edición del Banco Popular, 1986, pág. 333.

⁴ SÁCHICA, ob. cit., pág. 202.

⁵ ÁLVARO MAZO BEDOYA: "Criminalización para la represión. Estatuto de Seguridad" en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 4, Cali, Ed. Feriva, 1981, pág. 75.

1) *Legales*. Son las constituidas por las potestades ordinarias de policía que tiene el gobierno en épocas de paz.

2) *Constitucionales*. Expresamente autorizadas por la Carta Magna para tiempos de guerra o de perturbación del orden público como son, por ejemplo, las consagradas en los arts. 33, 38, 42, 43, 206, 61, 120 ords. 5 y 9 y 121-3.

3) *Aceptadas por el derecho de gentes que rigen para la guerra entre las naciones*. Han sido objeto de muchas polémicas, empezando por lo atinente a si deben aplicarse solo en caso de guerra exterior o si también en eventos de conmoción interior, aunque la generalidad de las opiniones pareciera inclinarse por la doble utilización, siempre y cuando las reglas superestatales que las consagran hayan sido suscritas por el Estado colombiano⁶.

Lo que sí aparece claro, como que así lo ha sostenido jurisprudencia reiterada de la Corte, es que las garantías individuales y sociales no pueden ser rebasadas ni aun en épocas de estado de sitio, tales como las que se desprenden de los arts. 22, 23, 25, 26, 29, 30, 31, 34, 36, 37, 39, 41, 44, 49 y 53 de la Carta⁷.

D. *Controles*. El carácter limitado de las facultades presidenciales en uso del ES, impone dos tipos de controles: uno *a priori* y otro *a posteriori*.

El primero está constituido por la consulta previa, no vinculante para el gobierno, al Consejo de Estado (Const. Nal., art. 141) que en realidad es un control político.

El segundo es doble: político y jurisdiccional. El político lo ejerce el Congreso, y persigue determinar las posibles responsabilidades que le quepan al ejecutivo por las motivaciones aducidas al decretar el estado de excepción, así como los abusos que se pudieren cometer.

A su turno, el jurisdiccional corresponde a la Corte Suprema de Justicia, encargada de velar por el adecuado ejercicio de las facultades conferidas al gobierno, con miras a que se respete la Carta y exista una real conexidad entre las medidas adoptadas y las causas inspiradoras de la declaratoria del estado de sitio.

E. *El control de constitucionalidad del EPDD y demás normatividades*. Los decretos aludidos fueron objeto de control automático por la Corte, la cual los ha encontrado ajustados a la Constitución no solo desde el punto de vista formal, sino asimismo por considerar que existe la debida conexidad entre los motivos que originaron la declaratoria de turbación del orden público y los considerandos esgrimidos, como que se da entre ellos una relación de medio a fin, salvo algunas inconstitucionalidades parciales de relativa trascendencia⁸. Incluso, la alta corporación ha legitimado la teoría de las "circunstancias o motivos sobrevinientes" aceptada en otras oportunidades sin que fuera preciso expedir un nuevo decreto que las

⁶ SÁCHICA, ob. cit., pág. 207. También pueden consultarse las decisiones de la Corte de marzo 5 y 12 de 1987, publicadas en *Nuevo Foro Penal*, núm. 37, Bogotá, Edit. Temis, 1987, págs. 241 y ss. También MAZO BEDOYA, ídem, págs. 85 y ss.

⁷ Así, por ejemplo, el trascendental fallo de abril 19 de 1955. Cfr. JAIME BETANCUR CUARTAS, *Derecho constitucional colombiano*, Medellín, Edit. Bedout, 1979, pág. 357.

⁸ Así se desprende de las sentencias núms. 21, 22 y 23 del 3 de marzo de 1988. También el decreto 474/88 fue declarado exequible en su totalidad, mediante sentencia de abril 28.

fundamentara⁹ y que, para el caso, no habría sido necesario dada la generalidad de las motivaciones.

Solo encontró dicho organismo como violatorios de la Carta Fundamental los literales a) y b) del decreto 180 de 1988 y un aparte del art. 12 del 181 del mismo año (ya derogado), en cuanto establecía que el agente del ministerio público era "nombrado por el procurador general de la Nación", con lo cual desconoció el alcance constitucional de principios como los de legalidad, de determinación, de acto, de culpabilidad y de igualdad ante la ley, entre otros, tal como será objeto de análisis en seguida.

A pesar de que tales fallos tienen efectos *erga omnes*, ello no significa que las disposiciones contenidas en dichos decretos no puedan ser objeto de crítica y de controversia, máxime cuando tan alta corporación pareciera no haber tenido en cuenta importantes precedentes sobre la materia, que bien han debido extender a otras consagraciones la declaratoria de inexequibilidad, como sucede en tratándose del principio de determinación con respecto al decreto 180, y del debido proceso en cuanto al 182 en materia del *habeas corpus*, como muy claro lo consignó un salvamento de voto en este último caso¹⁰.

3. ASPECTOS SUSTANTIVOS

El decreto 180, contentivo de la regulación material del "Estatuto Antiterrorista", ofrece diversos aspectos de interés que es menester destacar.

a) *Estructura del EPDD*. Desde el ángulo objeto de análisis el Estatuto, un verdadero Código Penal de emergencia que suspende la legislación ordinaria en buena medida, incluye en su título I, "De los delitos y las penas", varios capítulos: el primero, que tutela como bienes jurídicos dignos de especial protección "la seguridad y la tranquilidad públicas", en el que se describen diversos comportamientos vinculados con el delito de terrorismo, con un total de veintiún artículos contentivos de un elevado número de normas penales.

El capítulo segundo, dedicado a los delitos que "atentan contra la libertad individual y el patrimonio económico", que son los bienes jurídicos objeto de tutela, donde en siete artículos se describen comportamientos como el secuestro, la extorsión y la tortura vinculados con la figura del terrorismo, y sus respectivas sanciones.

La investidura del funcionario público, a su turno, es el bien jurídico que se protege en el capítulo tercero, el cual, en siete artículos, regula el homicidio y las lesiones con fines terroristas, tal como se desprende de la incorrecta intitulación dada al mismo: "Delitos que atentan contra los funcionarios públicos", cuando debió hablarse de la vida y la integridad personal de los funcionarios públicos como bienes objeto de tutela. Esta regulación supone la suspensión transitoria,

⁹ Así, concretamente, en la sentencia núm. 21.

¹⁰ En este sentido se pronunciaron los magistrados MANTILLA JÁCOME, SAAVEDRA ROJAS y MARTÍNEZ ZÚÑIGA.

de carácter parcial, de los títulos V, X, XIII y XIV del Código Penal, así como la creación de nuevas figuras delictivas y de sanciones no previstas con antelación, destacándose como nuevo bien jurídico objeto de tutela “la tranquilidad pública”.

b) *Los tipos penales del EPDD y las normas rectoras de la ley penal colombiana.* Tal como ya se señaló, la Corte declaró constitucional el decreto 180, con excepción de los literales a) y b) del art. 40, aduciendo, en respuesta a las tesis esgrimidas por quienes afirmaban la inconstitucionalidad del EPDD, que “no considera la Corte, como lo afirma alguno de los impugnantes, que en la tipificación de las nuevas formas delictivas a las que hace referencia el capítulo 1° se haya desconocido el principio de determinación y tipicidad que emerge de los artículos 23, 26 y 28 de la Carta ... no obstante pueden señalarse algunos errores de técnica legislativa, que no alcanzan a constituirse en vicios de inconstitucionalidad ...”. Consideración que también reiteró en relación con el título III: “No advierte la Corte violación de la norma superior en estas disposiciones”.

No obstante ello, creemos que el EPDD da lugar a serios reparos de constitucionalidad, los cuales, de la manera más respetuosa queremos dejar aquí consignados, pues no se trata de meros “errores de técnica legislativa” ni de que el legislador haya acudido a “normas en blanco” (concepto utilizado con evidente impropiedad), como ha dicho tal organismo.

1. *El principio de determinación.* Una de las prohibiciones que emanan del postulado de legalidad es la de indeterminación de los supuestos de hecho consignados en la norma penal [*nullum crimen sine lege certa*], de donde la doctrina y la jurisprudencia tanto nacionales como extranjeras han desprendido el principio de determinación, de taxatividad, de certeza, o de tipicidad inequívoca, como también se lo suele denominar¹¹. De conformidad con este principio, que es norma rectora de la ley penal colombiana (cfr. arts. 26 y 28 de la C. N., 1° y 3° del C. P., 9° de la ley 16/72 y 15 de la ley 74/68), “la ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca”, lo cual significa que el tipo penal tiene que determinar claramente el mandato o la prohibición excluyendo los tipos penales abiertos, las cláusulas generales que impiden concretar cuál es la conducta tipificada, y desechar el empleo excesivo de los llamados “elementos normativos”.

Por ello, la esencia del principio es que este no se limita a que una ley diga de cualquier manera que se impondrán determinadas penas para quienes realicen ciertos comportamientos, sino que la descripción que el legislador ordinario o extraordinario haga de un tipo penal debe ser de tal naturaleza que en ella aparezca con suficiente claridad la clase de comportamientos, esto es, la acción u omisión que ha de realizar la persona, no siendo de recibo la inclusión de expresiones vagas, oscuras o ambiguas, que impidan a su destinatario el conocimiento previo de la naturaleza de su comportamiento que podría generar una respuesta punitiva del Estado.

¹¹ FERNANDO VELÁSQUEZ V., “El principio de determinación del hecho punible”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núms. 27 y 28, Bogotá, Librería del Profesional, 1985-86, pág. 136. También JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 352 y ss. En la doctrina italiana véase a FRANCESCO PALAZZO, *Il Principio di Determinatezza nel Diritto Penale*, Padova, Cedam, 1979, págs. 3 y ss.

Por tanto, si en la descripción de un tipo penal se incurre en tales vaguedades, imprecisiones, ambigüedades u oscuridades, se estará lesionando con ello gravemente el principio en examen y, con él, la garantía de orden constitucional.

Al respecto es bueno recordar que existen diversos precedentes jurisprudenciales. En efecto, en tal sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de octubre de 1978, que decidió sobre la constitucionalidad del decreto 1923 de 1978, llamado “Estatuto de Seguridad”, verdadero antecesor del actual EPDD¹². La corporación, entonces, decidió que expresiones como “propaganda subversiva”, “escritos ultrajantes o subversivos” eran notoriamente vagas y ambiguas, al punto tal que le entregaban al juez la posibilidad de decidir a su arbitrio cuándo una determinada propaganda o leyenda podía ser considerada como “subversiva” o cuándo un escrito tenía carácter de “ultraje”. Tal tesis llevó a la Corte a declarar inexecutable dichas consagraciones porque violaban el principio de tipicidad cuya fuente natural y directa es la Constitución Nacional, en sus disposiciones citadas.

Por lo demás, el planteo se había venido reiterando en aplicación de dicho postulado fundamental, como en efecto se pronunció la misma corporación el 31 de marzo de 1982 en relación con el art. 83 de la ley 23 de 1981 o Estatuto de Ética Médica, el cual establecía la aplicación de diferentes sanciones sin clara referencia a la descripción de conductas. Del mismo modo, en junio 1° de 1982, al ocuparse de la demanda entablada contra el decreto 960 de 1970 o Estatuto de Notariado y Registro, la Corte declaró la inexecutable de disposiciones que sancionaban a empleados del notariado que realizaran conductas tales como la concurrencia a lugares indecorosos, o el tener un mal comportamiento social, decisión de suma trascendencia, pues en virtud de ella se extendió el principio en estudio no solo a las contravenciones penales sino también a las faltas administrativas¹³.

Sin embargo, pese a las elaboraciones doctrinarias y a los susodichos precedentes jurisprudenciales, la Corte, cambiando en nuestra opinión de orientación, ha decidido declarar la executable de disposiciones abiertamente violatorias del postulado, como veremos en seguida.

Prueba de lo anterior son las consideraciones que el presidente de la República comunicó a la Nación entera en alocución televisiva, y que tienen valor de preceden-

¹² Para un estudio del Estatuto de Seguridad véase a MAZO BEDOYA, ob. cit., págs. 73 y ss. También a RICARDO IGNACIO HOYOS DUQUE, “Los delitos políticos frente al Estatuto de Seguridad” en *Nuevo Foro Penal*, núm. 2, Medellín, Edit. Acosta, 1979, págs. 72 y ss.

¹³ Un precedente que debe tenerse en cuenta es la decisión de marzo 12 de 1987, en la cual se declaró executable el art. 247 C. P., demandado por violentar el postulado de determinación, al considerar el alto tribunal de justicia que dicha disposición contenía una *norma en blanco*, cuyo supuesto de hecho se hallaba claramente consignado en el art. 8° del decreto 2811/74. Al respecto dijo:

“El mandato constitucional también cobija al propio legislador, en cuanto que para erigir un delito en conducta, está obligado a definir, a precisar sus contornos, o, como dice el precepto constitucional citado, a *determinar el hecho* (se refiere al art. 28 C. N.) en forma que no deje lugar a dudas sobre cuándo se delinque y cuándo no, y la consecuencia punitiva correspondiente. En esto consiste el principio de legalidad, básica garantía constitucional que sustenta los principios y normas del Código Penal”. (Cfr. revista *Jurisprudencia y Doctrina*, t. XVI, núm. 186, junio de 1987, págs. 538 y ss.).

tes históricos reveladores de la voluntad del codificador extraordinario al expedir la normatividad.

Que se pretendía consagrar tipos penales indeterminados, se infiere de la afirmación del primer mandatario en el sentido de que "... en este estatuto se define y castiga severamente el delito de terrorismo. Su definición es más amplia que la del Código Penal para cobijar de esta manera al mayor número posible de organizaciones y actividades terroristas. Además, se ha suprimido de la definición de terrorismo todo aquello que hacía difícil probar que alguien era un terrorista...". Amén de que se considera como "otra de las innovaciones de la técnica jurídica (?), describir un delito de tal forma que sea más sencillo demostrar que se ha cometido"¹⁴.

Con lo cual queda claro que el ejecutivo tenía pleno conocimiento de la transgresión del postulado de la taxatividad, transgresión que, acudiendo a argumentos propios de un derecho penal autoritario, se considera como una gran "innovación". ¡Como si el desconocimiento de los postulados liberales, de la noche a la mañana, hubiera alcanzado el grado de moderna conquista y de avanzada en el campo de la técnica!

Esas transgresiones comienzan con la tipificación que a la figura de terrorismo se ha dado en el art. 1º, piedra angular de todo el Estatuto, cuando se incluyen expresiones tan vagas y gaseosas como "estado de zozobra", "estado de terror", "medios capaces de causar estragos", "mediante actos que pongan en peligro", etc., los cuales hacen casi de imposible precisión las conductas que se quieren reprimir en los dos tipos penales que contiene dicha disposición, y que como es lógico se refleja a lo largo del EPDD en virtud de que todas las demás consagraciones giran en torno a esta.

Por ello, si no se precisó qué debía entenderse por "terrorismo" o, mejor, si no describió la conducta de manera inequívoca como lo ordena la norma rectora, no es de extrañar que a la hora de precisar lo que constituye "auxilio o actividades terroristas" (acorde con las previsiones del art. 3º al parecer también consagradas en el art. 11 EPDD), el juez se encuentre ante una cláusula abierta, en la cual puede ubicarse hasta el más desprevenido comportamiento.

Y, siguiendo con el desconocimiento de la "norma rectora" encontramos el art. 4º que contempla la "omisión de informes sobre actividades terroristas" en el cual, acudiendo a cláusulas generales se comprueba que es verdad, como lo dijera el presidente, que "ha llegado la hora de castigar la falta de solidaridad ... el que no colabore será sancionado", pues está "... traicionando la sociedad ..." ¹⁵. Que sepamos, es la primera vez que un derecho penal pretendidamente liberal como el colombiano, castiga a los hombres por "traicionar a la sociedad" colocando el desvalor de acción por encima del desvalor de resultado (el bien jurídico).

Lo mismo sucede con los tipos vertidos en los arts. 5º a 21, cuando se trate de determinar qué debe entenderse por "cuotas para terrorismo", "grupos terroris-

¹⁴ Véase *El Colombiano*, cit. nota 1, pág. 13A. Con razón PALAZZO (*El Principio*, cit.) señala que la indeterminación es una característica del Estado totalitario (págs. 109 y ss.).

¹⁵ Ídem.

tas", "organización terrorista", "actos terroristas", "actos de terrorismo", "fines terroristas", "propósitos terroristas", "en beneficio de actividades terroristas", etc., que nos sitúan, volvemos a insistir, ante consagraciones que desconocen el postulado de tipicidad, similares a las que encontramos en los arts. 22 y ss., 29 y ss., destacando tipos tan abiertos como aquel que castiga al que "en cumplimiento de actividades terroristas, someta a otra persona a tortura física o síquica" (art. 24); o al que "con el propósito de facilitar actos terroristas, obligue a otro a hacer, suministrar, tolerar u omitir alguna cosa mediante amenazas" (art. 25), o el que "por cualquier medio apto para difundir el pensamiento atemorice, amenace o cause alarma, zozobra o terror en una persona o familia" (art. 26). Esto para no mencionar el tipo del art. 27, mal ubicado, como quiera que su lugar ha debido ser el cap. I y no el III.

Son tales los yerros de técnica legislativa, la vaguedad con la cual se han redactado los diversos tipos penales, que no sería osado afirmar que de una u otra manera, todos encajan en el art. 1º. Por ello concluimos que existían, y siguen existiendo, argumentos de mucho peso para que la Corte hubiese declarado la inexecutable de las disposiciones del EPDD que se llevan de calle el mandato constitucional, lo cual habría obligado al ejecutivo a legislar con el necesario respeto de la técnica legislativa y de los postulados basilares de nuestro derecho penal, con lo que se hubiera logrado tal vez un estatuto encaminado a controlar, por lo menos en el plano legal, los brotes de brutalidad, barbarie y delincuencia desenfrenada que vienen azotando nuestra Nación.

2. *El principio del acto.* También el EPDD, en contrariedad con un postulado como el del acto, pareciera dar más importancia al autor que al hecho mismo cometido. Se habla de un derecho penal de acto "cuando las normas punitivas se dirigen a lo que el hombre hace y no a lo que es, vale decir, a su conducta social y no a su modo de ser, su carácter, su temperamento, su personalidad, su pensamiento, afectividad o sus hábitos de vida"¹⁶.

Pues bien, que el EPDD se muestra más interesado en dar cabida al derecho de autor, se desprende de la alocución presidencial referente a la exposición de motivos del mismo: "ya no se castiga el acto sino la situación de la persona. Al sicario se le sancionará por ser sicario, así mate o no mate, secuestre o no secuestre. Claro está que si mata o secuestra la pena será mucho más grande. Lo mismo sucederá con los miembros de organizaciones dedicadas al terrorismo. Por el solo hecho de ser integrante de una de estas organizaciones habrá una sanción. De esta manera, se ha introducido en Colombia uno de los avances (?) más eficaces del derecho penal moderno"¹⁷. Igual cosa sucede, como ya dijimos, cuando se dice que "ha llegado la hora de castigar la falta de solidaridad".

Así las cosas, ya no se requiere, para castigar a un hombre, que este realice una conducta típica, antijurídica y culpable (arts. 2º y 19 del C. P.), una conducta que se traduzca en una acción u omisión humanas (arts. 26 y 28 C. N., 9º ley

¹⁶ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, ob. cit., pág. 346.

¹⁷ Ob. cit., nota 14, pág. 13A.

16/72, 15 ley 74/68). Ahora se castiga al autor no por el acto realizado como se desprende del tipo de "concierto para delinquir" (art. 7º), o del de "omisión de informes sobre actividades terroristas" (art. 4º). Lo mismo sucede con diversos eventos en los cuales se reprimen meros actos preparatorios, o resoluciones manifestadas (arts. 3º, 5º, 6º, 8º, 11 y 15).

3. *El principio de culpabilidad.* Acorde con este postulado, que también es norma rectora de nuestro derecho penal (arts. 5º, 35, 61-1 C. P., y 20 C. N., 5º y 9º ley 16/72, 15 ley 74/68), no hay pena sin culpabilidad [*nulla poena sine culpa*], pues la pena criminal solo debe fundarse en la seguridad de que el hecho puede serle reprochado al autor. De aquí se infieren dos consecuencias diferentes: no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad, toda pena supone culpabilidad, con lo cual se excluye la responsabilidad objetiva o por el mero resultado; esto de un lado, del otro, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, debe medirse atendiendo al grado de culpabilidad.

Ahora bien, podría caerse en formas de responsabilidad objetiva si se olvida que las diversas circunstancias de agravación solo pueden deducirse cuando el agente haya actuado con dolo respecto de ellas, pues no se ha previsto la imputación a título distinto (art. 39 del C. P.), como sucede con los casos de los arts. 2º, 23, 30, o cuando en el párrafo del art. 3º, literal b), se entiende como auxilio a actividades terroristas "la construcción, cesión, utilización o arrendamiento de cualquier tipo de alojamiento, inmueble o elemento susceptible de ser destinado a ocultar personas, depósito de armas o explosivos, dinero de los grupos terroristas", independientemente del actuar doloso del agente.

Observación igual cabe cuando se regulan aparentes delitos cualificados por el resultado más grave, como sucede en los arts. 10-2 y 28 2 y 3, o cuando se está frente a consagraciones tan incomprensibles como la del art. 17, o las del 19.

c) *Otros aspectos.* Para entender mejor el EPDD, es bueno concretar otras facetas desde el punto de vista que venimos examinando.

1. *Algunas dificultades en materia de participación criminal.* Al examinar atentamente los arts. 1º, 2º y 11, se encuentra una reiteración de regulaciones, si se tiene en cuenta que acudiendo a los dispositivos amplificadores del tipo, los comportamientos de favorecimiento del art. 11 (y no de tenencia, fabricación y tráfico de armas o sustancias tóxicas, como impropriamente lo ha titulado el legislador) caben en los arts. 1º y 2º en gran parte, generando no pocas dificultades en materia de autoría y participación, las cuales encontramos también en el art. 3º, que no permiten deslindar el favorecimiento (C. P., art. 176) de la participación en sentido estricto (art. 24 del C. P.). Genera también dificultades la figura de la "interpuesta persona" a que alude el art. 5º EPDD, pues esta podría ser un mero instrumento, con lo cual se presentaría una hipótesis de autoría mediata o un evento de instigación; o, sencillamente, un caso de coautoría o de complicidad.

Pero, a no dudar, la figura típica que más perplejidades suscita es la del art. 17 que, en nuestro sentir, es completamente inaplicable dada su confusa redacción. En efecto, se regula allí la administración de bienes o dinero para efectos terroristas, *por fuera de los casos de complicidad*, con lo cual el autor del hecho

no puede ser cómplice del autor de la conducta de terrorismo; no se trata de eventos de coautoría, pues el coautor realiza la conducta del art. 1º; no se trata de "concierto para delinquir" (art. 7º EPDD), pues tal figura supone "formar parte"; no se trata de casos de receptación o encubrimiento (arts. 176 y 177 del C. P.), pues no se dan los supuestos típicos de tales figuras, máxime que ellas suponen un "sin concierto previo"; tampoco se consagra un "auxilio a actividades terroristas" (art. 3º), con lo cual debe concluirse que lo reprimido es la administración de tales bienes sin mediar dolo por parte del agente, con lo que se incurre en formas de responsabilidad objetiva, como se dijo.

Que el legislador desconoció la teoría de la participación criminal, lo demuestra el antitécnico uso que de la misma hace en el art. 2º cuando agrava el terrorismo si "se *hiciera partícipes* en la comisión del delito a menores de 16 años", y que también se percibe en el art. 37.

2. *Un régimen sancionatorio draconiano.* La nota predominante del EPDD es el severo aumento de las penas, con lo cual, según el presidente, se persigue "disuadir a los delincuentes"¹⁸, haciendo notable énfasis en la función de prevención general para que, por el temor de la pena amenazada, los potenciales infractores de la ley se abstengan de delinquir. Por ello se han consignado penas de hasta treinta años de prisión en la mayoría de los casos, con unos marcos punitivos demasiado amplios, y se ha acudido a elevadas sanciones de multa como penas de carácter principal, las cuales se tasan en salarios mínimos.

Como es obvio, para la imposición de estas sanciones se deben tener en cuenta los criterios señalados en el Código Penal (arts. 46 y ss., 61), amén del régimen en materia de penas accesorias (arts. 42 y 52).

3. *Tratamiento punitivo preferente para delatores.* Como un mecanismo de excepción enderezado a controlar la impunidad, el EPDD ha dado un trato preferente a los delatores atenuando la punibilidad, extinguiendo la acción penal, o concediendo el perdón judicial (art. 37). Estas instituciones, sin embargo, tienen algunos precedentes entre nosotros si se tiene en cuenta que el perdón judicial aparecía en el C. P. de 1936, y las atenuantes punitivas entraron en escena con la ley 2ª de 1984, los decretos 1631 (art. 12) y 1198 de 1987 (art. 8º), e incluso con la ley 30 de 1986 (art. 45).

Ocupémonos brevemente de cada una de ellas:

En primer lugar, la atenuante de punibilidad hasta de las dos terceras partes beneficia al autor, cómplice o auxiliador que, habiendo participado en la comisión de los delitos sancionados en el EPDD, "colabore eficazmente con las autoridades al esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad" de los demás intervinientes.

En segundo lugar, aparece la extinción de la acción penal cuando la colaboración fuere "totalmente eficaz", con lo cual se introduce una nueva causal de extinción de la acción penal que se suma a las del art. 76 y ss. del C. P., que debe entenderse parcialmente adicionado en este punto.

¹⁸ Ídem.

Finalmente se consagra el perdón judicial, de conformidad con el cual se olvida por parte del Estado el delito cometido, siempre y cuando la colaboración "fuere totalmente eficaz".

Como se ve, la efectividad de una u otra institución depende de un criterio tan etéreo como la "eficacia" de la colaboración que debe ser determinado por el juez en cada caso concreto, con las arbitrariedades y abusos que ello implica.

4. *Gratificación por información eficaz.* Según el art. 38 se puede conceder una retribución en dinero, que alcanza hasta el monto de 500 salarios mínimos mensuales (cerca de 15 millones de pesos), a la persona que "suministre oportuna y eficaz información" que permita la captura de los infractores del Estatuto, procediendo acorde con el art. 7° del decreto 1199 de 1987. Como es apenas obvio, la oportunidad y la eficacia de la información debe ser valorada por el juez en cada caso concreto, lo cual, al igual que en el evento anterior, abre campo a la comisión de injusticias.

4. ASPECTOS PROCESALES

En lo que hace a los aspectos adjetivos del EPDD, creemos pertinente abordar por separado dos problemáticas diferentes que aparecen reguladas en el título II del Estatuto, así:

a) *La Policía Judicial.* Pese a que a estas alturas no ha entrado a funcionar el Cuerpo Técnico de Policía Judicial que creaba el Código Procesal Penal de 1987 (arts. 326 y ss.) y tal tarea la cumplen la Policía Nacional (PN) y el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), lo cual constituye de por sí una burla a los postulados inspiradores de dicha reforma, el EPDD anuncia la creación de un "Cuerpo Técnico de Policía Judicial para Orden Público" (CTPJOP). Como es apenas obvio, semejante cometido se queda en mera teoría, pues la persecución penal se ha entregado a las fuerzas militares y a los organismos que la venían ejerciendo (DAS y PN), con el comodín de que ello procede "en caso de urgencia y cuando las necesidades así lo exijan", o por "fuerza mayor" (arts. 39 y 40).

Lo anterior equivale, ni más ni menos, a la militarización del proceso penal en este campo específico de la jurisdicción de orden público, otra de las innovaciones del Estatuto (decr. 181/88, modificado y derogado en gran parte por el 474/88), si se tiene en cuenta la amplia injerencia que se le otorga al estamento militar. Ello solo genera notables tropiezos a la marcha de las investigaciones por caminos acertados, pues los organismos militares no disponen de los recursos técnicos adecuados ni de la debida preparación para adelantar la persecución de tan complejos fenómenos delictivos; de esta suerte, los jueces ordinarios se ven maniatados porque penden de la actividad de aquellos.

Se llega así a una extraña simbiosis que termina en una especie de jurisdicción castrense-ordinaria, que busca respetar la jurisprudencia de la Corte en estas materias, como ya precisó el primer mandatario en su alocución televisiva¹⁹, pero que de todas maneras la desconoce.

¹⁹ Aludimos a las sentencias citadas en nota 6.

Pero lo más cuestionable son las atribuciones, a más de las del art. 334 del C. de P. P., que se otorgan a tal organismo, algunas de las cuales, por ser abiertamente inconstitucionales, fueron declaradas inexecutable. La que más llama la atención es la del literal a) del art. 40, que permitía la aprehensión "sin orden judicial" de personas "indiciadas de participar en actividades terroristas", que desconocía de plano garantías constitucionales (Const. Nal., art. 23-1) y supraconstitucionales, pues también burlaba el art. 9.1 de la ley 74 de 1968 (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos): "Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta".

No sobra afirmar que de la misma forma se transgredía el art. 7.1, 2 y 3 de la ley 16 de 1972, o Pacto Americano de Derechos Humanos: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario".

También, en el literal b), se otorgaba facultad a la policía judicial para "practicar registros" en sitios donde "se presume" la presencia de terroristas o donde se hayan cometido actos encaminados a cometer un delito que implicara uso o posesión de explosivos, armas de fuego o "elemento similar".

Si se repara en las consideraciones de la Corte para declarar la inexecutable, tanto de este literal como del anterior, se verifica que aquellas se apoyan en el principio del juez natural, y más concretamente en su manifestación de la competencia del juez: "En estos eventos, el mandamiento escrito de autoridad competente, a la luz de la jurisprudencia de la Corte, presupone la presencia del juez con sus competencias jurisdiccionales, previamente definidas en la ley e indica que se ha iniciado un proceso, o cuando menos sus etapas preliminares ... Entonces, conforme a la Constitución, no se puede prescindir de la orden judicial, como aparece en los literales a) y b) del artículo 40"²⁰.

Y agrega la corporación: "tales disposiciones desconocen el derecho a la libertad e intimidad de las personas, y de la inviolabilidad del domicilio, principios que son esenciales dentro del Estado de Derecho".

A las anteriores facultades se suma la muy discutible del literal c), que autoriza "penetrar a residencias" a petición de algún morador, siempre que se tenga indicios de que se guardan armas, explosivos o municiones, también sin orden judicial, que fue declarada executable, y la muy procedente del literal d) de someter a requisas a los ciudadanos.

Finalmente, debemos aludir a la atribución que el art. 47 del EPDD otorga al jefe del CTPJOP para la interceptación de las comunicaciones que, a nuestro modo de ver, vulnera no solo el art. 375 del C. de P. P. que asigna tal función a los jueces de instrucción (principio de judicialidad), sino también el art. 38 de la Constitución, amén del art. 17 del pacto contenido en la ley 74 de 1968 y el art. 13 de la ley 16 de 1972.

²⁰ Sentencia núm. 21, ob. cit.

Para terminar lo atinente a la Policía Judicial, debe señalarse cómo, contrariando la sana filosofía del art. 355 del C. de P. P., según la cual el Cuerpo Técnico debe avisar *inmediatamente* al juez sobre el inicio de la investigación, el EPDD establece que el aviso debe darse *24 horas después de la captura*, con lo cual el retenido puede permanecer hasta *por cinco días* en manos del funcionario de dicho Cuerpo, esto es, de las Fuerzas Militares, la PN o el DAS, quienes vienen ejerciendo tales tareas en la práctica (cfr. art. 41 EPDD), como un síntoma más de lo que podemos denominar como la "militarización del proceso en materia de la jurisdicción de orden público", con el consecuente desplazamiento del juez natural.

b) *El nuevo procedimiento abreviado y el debido proceso.* Pese a que el principio rector del proceso penal colombiano es el debido proceso, según el cual la ley penal solo puede aplicarse por órganos y jueces instituidos legalmente para esta función, y nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio legal [*nemo iudex sine lege, nemo damnetur nisi per legale iudicium*], postulado ampliamente consignado en nuestra legislación (arts. 26 y 28 C. N.; 8.1 ley 16/72, 14.1 ley 74/68, 11 C. P., 1° C. de P. P., 297 C. P. Militar), el EPDD sigue la tendencia generalizada en los últimos años de introducir procedimientos abreviados o breves y sumarios para juzgar hechos punibles²¹.

La competencia para rituar este procedimiento se ha otorgado a los jueces de orden público en primera instancia y al Tribunal Superior de Orden Público, en segunda (cfr. decr. 474/88, art. 2°), este último con jurisdicción en todo el territorio nacional (ídem, art. 1°), mientras que los primeros solo tienen competencia para investigar y fallar las conductas punibles cuyo conocimiento se les ha asignado, "en el territorio de su respectivo distrito", sin perjuicio de que sean comisionados por el director nacional de instrucción criminal para instruir procesos fuera de su sede (decr. 181/88, art. 8°)²².

Ahora bien, la competencia por razón de la materia está circunscrita a los delitos de constreñimiento ilegal, tortura, homicidio, lesiones personales y secuestro extorsivo cometidos en la persona de ciertos sujetos calificados (funcionarios públicos, candidatos, dirigentes políticos, etc.) por sus creencias u opiniones políticas, los cuales se tramitan por el procedimiento de la ley 2ª de 1984 (decr. 474/88, arts.

²¹ Modelo de estos procedimientos fue el introducido por el decreto 522/71 para las contravenciones penales (arts. 71 y ss.), y luego el de la ley 2/84 (arts. 13 y ss.) que ha servido de comodín para el juzgamiento de diversos comportamientos durante el actual estado de sitio, hasta llegar al "procedimiento abreviado" del C. de P. P. vigente (arts. 474 y ss.).

²² Recuérdese que los jueces de orden público fueron creados mediante el decreto 1631/87, como mecanismo para obviar la atribución de competencia a los jueces militares que, como ya dijimos, fue declarada inexecutable por la Corte. Un paso similar significó la adscripción de competencia a los llamados "jueces especializados" que había creado la ley 2ª de 1984 (art. 12), para conocer de algunas de las conductas del Estatuto Nacional de Estupefacientes y de las de tráfico de armas y explosivos (véase decr. 468/87, que derogado fue puesto en vigencia por el decreto 1203/87; y el decreto 565/87, expedido luego de la derogatoria de que fue objeto por el 1204/87); actualmente, tales jueces conocen de los delitos consagrados en los arts. 32 a 35 de la ley 30/86, 268 y 269 del C. P. y 22 del decreto 180/88, salvo el secuestro con fines terroristas, y el art. 355 del C. P., excepto la extorsión con fines terroristas (art. 23 dec. 474/88).

2° ord. 1 y 21); y, además, a los delitos consagrados en el decreto 180 de 1988, que se ritúan por el procedimiento breve y sumario específicamente regulado para ellos (art. 41 y ss.).

Circunscribiéndonos al nuevo procedimiento, digamos que éste se caracteriza por haber eliminado completamente la etapa del juzgamiento; por reducir la investigación a un período de treinta días, que se cuentan desde la denuncia (que puede presentarse ante el cuerpo técnico de policía judicial o ante el mismo juez) o el informe (debiéndose entender que es el del art. 41 suministrado por la policía judicial al juez); por permitir que los retenidos permanezcan en manos de la policía judicial hasta cinco días después de la captura, como ya se dijo; por prohibir la excarcelación en todos los casos, salvo que se hayan vencido 210 días sin dictar sentencia; por llenar los vacíos legales que se presenten acudiendo al procedimiento de la ley 2ª de 1984, en subsidio del C. de P. P. Así mismo, se trata de un procedimiento que recorta de manera visible el derecho de defensa, puesto que reduce el término para alegaciones a 72 horas y limita la actividad probatoria a la investigación, ya notablemente recortada porque parte del término corre en manos de la policía judicial, la cual, en la práctica, suele impedir la intervención de la defensa, máxime cuando los retenidos permanecen en recintos y guarniciones militares.

El proceso se torna así notablemente inquisitivo, desaparece la fase acusatoria, asume carácter reservado y no público, aunque sin perjuicio de la intervención de las partes (defensor, ministerio público) en las limitadas oportunidades que se les otorgan.

En fin, se trata de uno más de esa cadena de procedimientos breves y sumarios llamados a sacrificar el debido proceso, que también debe asegurarse en épocas de anormalidad institucional y en estado de excepción.

c) *Disposiciones tendentes a asegurar la prueba.* También en las "disposiciones finales" del EPDD, encontramos mecanismos encaminados al aseguramiento de la prueba, como el de evitar la injerencia indebida de los medios de comunicación que muchas veces, en aras de la información, conducen las investigaciones al fracaso. Por ello se prohíbe la transmisión de todo mensaje, noticia, grabación o información que identifique a testigos de actos terroristas (art. 49); se prohíbe también la transmisión radial en directo desde el lugar de los acontecimientos y mientras los hechos estén ocurriendo, de actos terroristas (art. 50). Las anteriores prohibiciones, caso de no ser observadas, pueden llevar al gobierno a asumir el dominio pleno de las frecuencias radiales (art. 51), aunque no se dice qué ocurre con los otros medios de comunicación (prensa, televisión) cuando no observen la prohibición.

d) *Restricciones en el goce del "habeas corpus".* Otro aspecto procesal de importancia es el atinente a las medidas de estado de sitio encaminadas a restringir tal garantía fundamental consagradas en el decreto 182 de 1988, y que cobijan no solo los delitos consagrados en la ley 30 de 1986 sino también los que regula el EPDD.

1. *Apuntes generales.* Esta institución, cuyo verdadero precedente histórico es el *Fuero o Juicio de Manifestaciones del Reino de Aragón* (1428), y que también aparecía en la ley 26 del título XI del *Fuero de Vizcaya* (1527) y en las *Habeas Corpus Acts* de 1679, 1816 y 1862, es de importancia fundamental si se tiene en

cuenta que es un mecanismo de control consagrado en el orden jurídico con el propósito de evitar atentados contra la libertad individual, que puedan originarse en el ejercicio arbitrario del poder por parte de los funcionarios estatales.

Con razón se ha dicho que tal garantía es el "paladín de las libertades públicas"²³, y que "de gran importancia para el pueblo es la preservación de la libertad personal, aunque si se abandonara en manos de un magistrado el poder de detener cuando él o sus agentes lo consideraran adecuado, pronto desaparecerían todos los demás derechos e inmunidades"²⁴.

Mucho se ha discutido la naturaleza del *habeas corpus*, desde los que sostienen que es un recurso procesal, hasta quienes consideran que es una acción de derecho público, constituida en garantía constitucional por excelencia, tesis que consideramos más viable. Esto, siguiendo la doctrina más generalizada, nos lleva a caracterizar la institución como sigue²⁵: el *habeas corpus* es una acción y no un recurso; se da en amparo de la libertad arbitrariamente restringida y no solamente contra detenciones ilegales; no ampara la libertad contra la ley sino contra los actos de la autoridad; abarca todos los derechos individuales y procede no solo contra la supresión de ellos, sino contra cualquier restricción. Además, *no debe tener intervención del ministerio público*; termina con la decisión del juez ante quien se interpone; *puede ser interpuesto ante cualquier juez*; no hay posibilidad de interponer recurso alguno contra la decisión que lo declara procedente; lo resuelto no causa instancia ni tiene efectos de cosa juzgada para el agraviado, quien puede recurrir a otro funcionario distinto del que le ha denegado el amparo; y, finalmente, procede contra cualquier acto de autoridad, aunque provenga de juez o autoridad colegiada.

Lo anterior ha motivado la consagración de la institución en los diversos países, incluso en los de corte socialista, en sus respectivas constituciones. Así sucede en las constituciones de la Unión Soviética de 1977 (art. 54), República Socialista de Bulgaria (arts. 9º y 48); Reino de Marruecos (art. 10) y España (art. 55). Entre nosotros la Carta Magna de 1886 regula en su título III aspectos relativos a la libertad individual, sin consagrar de manera expresa la garantía en estudio, aunque la doctrina la entiende consagrada en el art. 23²⁶.

El estatuto procesal penal, por su parte, consagra en forma clara y permanente el *habeas corpus* en los arts. 454 a 466, normas que, pese a su carácter legal, fueron suspendidas por el decreto 182 de 1988 que lo ha tornado en un trámite engorroso, lleno de controles y prácticamente ineficaz. Pero las consagraciones no paran ahí si se tiene en cuenta que, con toda claridad, la garantía emerge de los arts. 9º de la ley 74 de 1968 y 7º de la ley 17 de 1972 que incorporan a nuestro ordenamiento

²³ JUAN CARLOS REBORA, *El estado de sitio y la ley histórica de desborde constitucional*, La Plata, Universidad Nacional de La Plata, 1935, pág. 108.

²⁴ WILLIAM BLACKSTONE, *Commentaries of the Laws of England*, t. 1, New York, T. S. Roberto y Mc Guill, 1947, pág. 135.

²⁵ Cfr. CARLOS SÁNCHEZ VIAMONTE, *Habeas Corpus: la libertad y sus garantías*, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1957, pág. 51.

²⁶ SÁCHICA, ob. cit., pág. 295.

los pactos mundiales de derechos humanos, lo cual la convierte en una norma de carácter internacional contra la cual no puede atentar el ordenamiento interno, por más difícil y convulsionado que se encuentre el orden público y por muy loables que sean los medios utilizados para el logro de la seguridad perdida y el freno a la creciente impunidad.

2. Un "*habeas corpus*" especial. Si se compara la regulación del *habeas corpus* en la ley procesal ordinaria con la del decreto 182, llegamos a la conclusión de que la normatividad de estado de sitio nos sitúa ante lo que se podría denominar un *habeas corpus especial*, por oposición al ordinario.

Como características de esta nueva redacción legal tenemos las siguientes: sustrae de las normas generales los delitos previstos en el decreto 180 y en la ley 30 de 1986, para someterlos a disposiciones específicas, lo cual envuelve, de suyo, una violación del principio de la igualdad procesal (art. 8º C. P.). Además, olvidando que el mencionado derecho puede ser invocado ante cualquier juez penal (C. de P. P., art. 456), establece que en los casos mencionados anteriormente solo será competente "el juez superior del lugar donde se encuentre detenida la persona" (decr. 182/88, art. 2º) con lo cual, como lo precisó uno de los salvamentos de voto, caemos en "una negación precisamente del debido proceso, porque ... se deja desguarnecida a la ciudadanía en general durante el tiempo de vacaciones judiciales ... es precisamente lo contrario al debido proceso, es la inexistencia de mecanismos procesales por medio de los cuales el ciudadano pueda defenderse de la arbitrariedad, porque todos esos recursos defensivos deben ser permanentes, puesto que ella puede presentarse en cualquier momento y la sola posibilidad de que durante una época por breve que ella sea, el ciudadano no tenga mecanismos procesales para defenderse y reaccionar contra la arbitrariedad es más que suficiente para concluir en la negación del debido proceso"²⁷.

De igual modo, pese a que en la ley ordinaria se establece que no habrá reparto de la solicitud "en ningún caso" (art. 460-2), el decreto 182 alude al juez superior "a quien corresponda el reparto", lo cual significa una traba procesal que no tiene razón de ser. Es combinar los criterios territorial y jerárquico en materia de competencia, para efectos de la tramitación de la garantía.

También, pese a que la ley ordinaria dice que la solicitud se tramitará "inmediatamente" (C. de P. P., art. 455), el decreto 182 establece un trámite conforme al cual el ministerio público está obligado a conceptuar, pues sin su dictamen el juez superior no podrá decidir. Lo que equivale a introducir un nuevo requisito de procedibilidad que torna en condicionada una institución incondicionada, y que excepciona el carácter de decisión de plano que tiene el trámite ordinario (C. de P. P., art. 462). Con razón el salvamento de voto señalado más arriba afirma: "Pero lo que no es permitido, y esto sí afecta la integridad de la Carta, es el que por cualquier mecanismo se inhiba la decisión judicial ... es la negación total del debido proceso, porque con ella se posterga indefinidamente la decisión y no puede pensarse en la existencia de un proceso legal y democrático, cuando es un

²⁷ Así el salvamento de voto cit. nota 10.

funcionario de quien no debe depender la decisión final quien con su actividad o inactividad señala a su arbitrio la solución de un amparo que universalmente se ha consagrado para que de una manera rápida y eficaz garantice la libertad ciudadana contra toda forma de arbitrariedad”²⁸.

Agréguese que se puede recusar al funcionario por parte del ministerio público, o por el procurador general, cuando normalmente ello no es procedente (C. de P. P., art. 457). Como si lo anterior fuera poco, se adicionan los arts. 454 a 466 del C. de P. P. al establecer la obligación para el juez superior de solicitar a los organismos de seguridad del Estado —que podrán demorar su respuesta indefinidamente— información tocante a saber si contra el detenido existe orden de detención o sentencia condenatoria por los delitos que ya señalamos. Esta restricción implica, a no dudarlo, una transgresión al debido proceso.

Los anteriores son los peligros de legislar para casos concretos, una vez que estos ya no se pueden remediar, a costa de los postulados inspiradores del proceso penal colombiano, y desconociendo abiertamente los pactos de derechos humanos (arts. 7.6 ley 16/72, y 9.4 ley 74/68).

En nuestra opinión, la Corte debió declarar la inexecutable de este decreto en cuanto que vulneraba el debido proceso legal. Por desgracia ello no ha ocurrido, lo cual legitima al ejecutivo para seguir legislando de manera apresurada en medio de una cascada normativa sin precedentes.

5. REGULACIONES COMPLEMENTARIAS DEL EPDD

También el ejecutivo ha expedido otras normatividades en alguna medida vinculadas con el Estatuto examinado, entre las cuales cabe mencionar el decreto 789 del año en curso, por medio del cual se amplía la planta de personal de los juzgados de orden público incluyendo como tales al juez, un abogado auxiliar, un secretario, tres escribientes y un citador, se integran las fiscalías correspondientes y se adoptan otras previsiones de tipo administrativo. Igualmente, mediante el decreto 262 de 1988, reglamentado por la resolución 1467 de 1988 y complementado con el decreto 310 de 1988 modificadorio del 2203 de 1981, se expidió una regulación en materia de helicópteros y aeronaves encaminada a controlar de manera más eficaz el uso de estos aparatos los cuales, como dice el ejecutivo en los considerandos respectivos, por sus características han facilitado la realización de los delitos tipificados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes e impedido la acción de los organismos de seguridad del Estado.

Es así como se han establecido diversos mecanismos a objeto de controlar los registros de tales aparatos y de las pistas de aterrizaje; se les da carácter de oficiales de reserva de la Fuerza Aérea Colombiana a todos los titulares de licencias de tripulante, independientemente de su condición, lo cual significa que quedan

investidos de la calidad de empleados públicos* con funciones públicas, sometidos a las disposiciones del C. P. Militar y por tal razón son juzgados por jueces militares, lo que a nuestro modo de ver implica sustraer a estos sujetos penales de su juez natural. Gracias a ello, se le da la calidad de documento público a la bitácora de vuelo y se consagra como delito de falsedad el comportamiento del que “falsifique el libro de vuelo o consigne en él una falsedad o calle total o parcialmente la verdad”, el cual, según el caso, se asimila a falsedad material de empleado oficial en documento público (C. P., art. 218), o a falsedad ideológica en documento público (C. P., art. 219), aunque no se determina quién es el funcionario competente para conocer de dichos delitos.

Igualmente, debe destacarse la absurda previsión de responsabilizar a todo propietario o poseedor “de predios utilizables para el aterrizaje y despegue de aeronaves” por los aterrizajes que puedan efectuarse en ellos, so pena de su ocupación y el decomiso de las aeronaves, y de la imposición de las sanciones correspondientes acudiendo al Código Penal ordinario y al Militar (arts. 13 a 15). Ello, a nuestro modo de ver las cosas, atenta contra las disposiciones constitucionales en materia de expropiación con indemnización previa (Const. Nal., art. 33), dado que tal evento nos sitúa ante una verdadera expropiación de hecho.

6. CONCLUSIONES

Como fruto del estudio realizado nos permitimos presentar, a guisa de conclusiones, las siguientes consideraciones:

1^a) A pesar de que el estado de sitio es una medida excepcional, de carácter temporal, destinada a conjurar las situaciones de anormalidad que se presentan dentro del conglomerado social y que puede jugar un papel preponderante en el restablecimiento de la normalidad institucional en épocas de crisis, creemos que la manera como viene funcionando entre nosotros, dada su inadecuada regulación legal y el abuso que del mismo se viene cometiendo al exceder el ejercicio de los poderes que la Carta le confiere, hacen necesaria una pronta y adecuada reforma de dicho instrumento para adaptarlo a las exigencias de nuestra realidad.

2^a) Un análisis retrospectivo de la institución nos muestra que esta ha servido, históricamente, para asegurar el predominio de las clases detentadoras del poder, desconociendo el carácter abiertamente democrático con que lo concebían nuestras primeras constituciones, hasta convertirla en una herramienta fuertemente autoritaria.

3^a) Los abusos que de este mecanismo excepcional se han presentado, son de carácter tanto positivo como negativo. Lo uno, porque se ha tratado de evitar de manera relativa la anormalidad por la cual atraviesa el país; y lo otro, porque

* Téngase en cuenta, sin embargo, que mediante decisión de marzo 17 de 1988, con ponencia del magistrado Jairo E. Duque Pérez, la H. Corte Suprema de Justicia declaró *inexecutable* las expresiones “doble”, “de militares” del art. 5º, y el fragmento “... y el Código de Justicia Penal Militar”. Cfr. *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, núm. 198, junio, Bogotá, Legis, 1988, pág. 453. Se ha reivindicado así el *postulado del juez natural* cuya transgresión criticábamos en el texto.

²⁸ Ídem.

se ha acudido a él para conjurar hasta los problemas más insulsos, dando como resultado una legislación excepcional desvinculada de los motivos que generan la turbación del orden público.

Pese a lo anterior, desde la década de 1960 se observa un interés por parte del ejecutivo de darle una mejor utilización a dicha herramienta, así como de parte de la Corte Suprema de Justicia de ejercer un control efectivo sobre el mismo, aunque se han cometido diversos excesos.

4ª) Observadas las motivaciones que adujo el ejecutivo para declarar turbado el orden público y las que invocó para expedir los decretos en examen, verificamos que ellas son de tal generalidad que difícilmente podría presentarse una falta de conexidad entre unas y otras, no solo formal sino materialmente. Máxime que la jurisprudencia de la Corte ha institucionalizado la teoría de las circunstancias sobrevinientes.

5ª) Es paradójico, pero se observan diversas coincidencias entre el Estatuto de Seguridad de la época de TURBAY AYALA y el actual EPDD, al punto de que aquel es el verdadero precedente de este, habida cuenta de que ambos han sido expedidos por gobiernos que invocan los postulados liberales como sustento ideológico de los mismos y que se caracterizan por la vaguedad de las tipificaciones de los comportamientos reprimidos, lo que de suyo desconoce los principios de legalidad, de tipicidad inequívoca, del acto, del debido proceso y de igualdad, que son de rango constitucional y legal.

6ª) Observamos con preocupación los innumerables yerros de técnica legislativa cometidos en la elaboración de las normatividades expedidas y la improvisación con que se ha procedido, cuyo resultado son las diversas modificaciones que de la noche a la mañana se han hecho a tales medidas, lo cual denota que el ejecutivo no tiene políticas claras y coherentes para combatir, por lo menos desde el plano legal, tan preocupantes fenómenos.

7ª) Estamos convencidos acerca de la necesidad de expedir un verdadero estatuto de emergencia, encaminado a combatir manifestaciones delictivas como el narcotráfico, el terrorismo y el genocidio, pero ello no puede hacerse desconociendo los postulados del derecho penal liberal, para dar paso a derechos penales de corte autoritario. El ejemplo de países como Alemania e Italia, tan frecuentemente invocados por el ejecutivo pero ignorados a la hora de la verdad, nos muestra que tales situaciones deben combatirse precisamente dentro del marco de las garantías penales. Nuestro país tiene una tradición suficiente como para darse una normatividad coherente, redactada por verdaderos juristas, y no una regulación apresurada que, como la actual, si algo muestra son las falencias en que incurren sus desconocidos redactores.

8ª) En definitiva, estamos convencidos de que ni siquiera con una buena legislación de emergencia se puede conjurar una situación como la actual. Mientras no haya una efectiva persecución penal de los hechos punibles, realizada por organismos idóneos, técnicamente preparados y asistidos de una adecuada dotación material, no se ven caminos hacia una solución, al menos parcial, de la cual no se pueden desligar por ninguna razón medidas de tipo socioeconómico que conjuren en su raíz los profundos abismos de clase y la miseria colectiva que hoy se observan.

9ª) Es ilusorio creer que con la cascada de decretos gubernamentales y el aumento draconiano de las penas —que no se alcanzarán a ejecutar dado el carácter transitorio del estado de sitio— con las que pretende el ejecutivo conjurar el actual estado de cosas, se van a lograr resultados efectivos. Es evidente el afán gubernativo de tranquilizar a la opinión pública mediante la expedición de normatividades sin objetivos claros ni posibilidades de ejecución práctica (v. gr. los jueces especializados). Cabe aquí invocar la afirmación de CLAUS ROXIN en el sentido de que se trata de “un abuso al que una política criminal racional debe oponerse”²⁹.

10ª) Al parecer, se parte de la premisa según la cual el derecho penal liberal es ineficaz convirtiéndolo, más que en un mecanismo para la protección de la colectividad, en un arma que el Estado esgrimiera contra la sociedad misma. Se desconfía, pues, de los postulados que el legislador ha acogido como rectores de los estatutos penales, y que obligan a Colombia en el concierto de las naciones.

11ª) La manera como se ha legislado ha generado un caos de proporciones, especialmente en el ámbito procesal, lo cual nos sitúa ante un fenómeno de anomia generalizada, entendiendo por tal con PAVARINI “una situación de crisis de la estructura cultural en la que la discrepancia entre fines culturales por una parte y posibilidades sociales de actuar lícitamente en conformidad con ellos, por otra, es acentuada y profundizada para inducir a estratos sociales, cada vez más amplios a adherirse a los fines culturales sin el respeto a los medios institucionalizados”³⁰.

12ª) Síntoma inequívoco del fracaso de la legislación de emergencia vigente es el empeoramiento de la crisis que se dice conjurar, lo cual se ha traducido en un notable incremento de la impunidad, sembrando el desconcierto entre amplias capas de la colectividad que demandaban una respuesta gubernamental acorde con la gravedad de los fenómenos turbadores de la armónica convivencia social.

²⁹ CLAUS ROXIN, “La política criminal en la actualidad”, en *Política criminal y reforma del derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 11.

³⁰ MASSIMO PAVARINI, *Control y dominación*, México, Edit. Siglo XXI, 1983, pág. 110.