

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia

PROVIDENCIA INICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
—SALA DE CASACIÓN PENAL—

Bogotá, veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y uno.

Magistrado ponente: Doctor GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ

Aprobado: acta núm. 30 de 24 de marzo de 1981.

VISTOS:

Edilberto Eduardo Medellín Cadena, fue condenado por el Tribunal Superior Militar (junio 20 de 1980) a purgar la pena de cuatro años de presidio, como responsable del delito de extorsión (decr. 1923 de 1978, art. 6).

El sentenciado interpuso casación, recurso que fue declarado desierto en auto de 24 de febrero del año en curso.

Durante el término de ejecutoria de este último proveído, el reo, en escrito de 26 del mes y año citados, solicita su libertad, invocando las siguientes razones:

1. El Código Penal que empezó a regir el 28 de enero de 1981, constituye legislación más benigna que aquella bajo la cual recibió sentencia condenatoria;

2. El art. 26 de la Constitución Nacional consagra el principio de favorabilidad y "ante la inminencia de un tránsito de legislación, por simple interpretación extensiva, todos aquellos factores de norma que favorezcan al procesado, tanto al que es su-

jeto de la norma penal, como de la norma penal militar, deben aplicarse, porque así lo ha querido el pensamiento del legislador cuando diseñara las mismas"; y,

3. Dentro de este orden de ideas resultan aplicables conforme al principio de favorabilidad —C. P., art. 6°— estas disposiciones: arts. 72, 355, 377 del C. P. vigente; 60 del C. P. de 1936; ley 32 de 1971 y decr. reglamentario 2119 de 1977.

El peticionario ha cumplido en privación de libertad efectiva, veintisiete meses, dieciocho días.

Concepto del procurador delegado para las Fuerzas Armadas

"...Si es verdad que por tránsito de legislación, el art. 375 del nuevo Código Penal creó una situación favorable para los condenados a las penas de presidio, por conversión de penalidad, la vigencia de la

citada disposición para efectos de su aplicación está condicionada a la desaparición de la normación especial, que regulando íntegramente la materia se dictó bajo un régimen de derecho excepcional transitorio, en desarrollo de un mandato constitucional y por la cual fue condenado el solicitante.

"Lo anterior nos lleva a deducir que la eficacia de esa ley excepcional está sujeta a su vigencia, esto es al tiempo que dure la anormalidad, la cual no puede ser derogada sino por otro acto expreso del gobierno". A este efecto cita una decisión de la Corte que, aunque se omita decirlo, corresponde a esta Sala y que en su sección más pertinente, dice: "...Pero, ¿podrá el Congreso, legislador ordinario, dictar leyes de carácter permanente durante la época en que el país se halla en estado de sitio? La respuesta no puede ser sino afirmativa. Ninguna disposición constitucional impide que el órgano legislativo cumpla su función primordial de legislar pudiendo, como está previsto en la Carta, coexistir la situación de turbación del orden público, con la reunión del Congreso, al que incumbe el examen de las razones que motivaron la medida del gobierno. Ahora bien: las leyes que dicte el Congreso encontrándose el país en estado de sitio, presentan en relación con las facultades del gobierno, dos aspectos: uno, que la ley de carácter permanente no incida sobre las medidas que el gobierno ha tomado para conservar el orden público, es decir, que no modifica ni deroga los decretos legislativos, y por lo mismo nada impide, se repite, que el Congreso cumpla su función esencial de legislador, pudiendo, por tanto, entrar a regir esas leyes, conjuntamente con los decretos extraordinarios, por no existir incompatibilidad ninguna entre unos y otros.

"Pero ¿podrá el Congreso, legislador ordinario, dictar leyes que contradigan o se opongan a las medidas tomadas por el gobierno para la conservación del orden público y cuya vigencia coincida con la del estado de sitio? La respuesta no puede ser

sino negativa. La razón es clara: La Constitución Nacional impone al presidente la obligación de «conservar en todo el territorio el orden público, y restablecerlo en donde fuere turbado» (art. 120, 7); y para que pueda cumplir con ese deber, la misma Carta otorga las atribuciones consagradas en el art. 121, al convertirlo en legislador extraordinario. Entonces, resulta por lo menos absurdo, suponer que el Congreso, a través de su función legislativa puede válidamente oponerse a que el gobierno cumpla con sus funciones constitucionales. Pero aun en el evento de que ello fuera posible jurídicamente, prescindiendo de las consideraciones sobre la conveniencia de derogar normas de carácter eminentemente transitorio como son los decretos legislativos, habría que afirmar que las leyes dictadas por el Congreso y que contradigan o se opongan a las medidas tomadas por el gobierno para la conservación del orden público, siendo plenamente válidas, no tendrían eficacia jurídica, sino hasta el momento mismo en que se levantara el estado de sitio.

"En otras palabras, nacerían a la vida jurídica suspendidas, ya que en relación con ellas, también tiene plena aplicación la facultad del gobierno para suspender las que sean incompatibles con el estado de sitio. Es decir, que la norma de tal naturaleza, siendo plenamente válida, en cuanto a su vigencia y a su eficacia jurídica estaría temporalmente suspendida por oposición con las dictadas en estado de sitio, ya que no existe razón valedera para que el gobierno no pueda ejercer su facultad de legislador extraordinario disponiendo su suspensión temporal, igual que la ejerce con cualquiera otra ley...". (magistrado ponente, doctor JESÚS BERNAL PINZÓN, julio 21 de 1975).

De ahí la opinión adversa de la delegada a la comentada solicitud de libertad.

Consideraciones de la Corte

El decreto 1923 de 1978, indudablemente, suspenso el art. 406 del Código Penal

de 1936. Reprodujo íntegramente el tipo de la conducta delictuosa conocida como "extorsión", variando solo la calidad de la pena (prisión por presidio) y su cantidad (ocho meses a cinco años, por cuatro a diez años). Entendió el gobierno que la pena, en este caso y en otros, debía exasperarse para desestimular esta clase de actividades o llevar una adecuada represión a sus autores o partícipes. Aportaba así un factor propicio a la recuperación del quebrantado orden público. Nadie puede pensar, ante esta situación, que tal comportamiento criminoso podía regularse simultáneamente por las dos mencionadas disposiciones, o que para algunos casos regía una y para los demás la otra.

Se trata, ahora, de definir si el Código Penal actual (decretos 100, 141 y 172 de 28 de enero de 1980) posterior en su vigencia al decreto 1923 de 1978, alcanza a este último en su efecto derogatorio, en cuanto a los aspectos que resultan comunes a ambos estatutos, lo cual equivale, en el caso específico de la "extorsión", a reconocer la inmediata aplicación del artículo 355, que fijó una sanción mínima más benévola. (Const. Nal., art. 26; ley 153 de 1887, arts. 2, 3, 44, 45; C. C., art. 71; C. P. de 1980, art. 6).

Ya se ha visto que hay una corriente de opinión, y la Sala participó en una época de ese criterio, que estima inmodificable la legislación de estado de sitio por acción del legislador ordinario.

La Sala, en esta nueva ocasión, tiene válidos motivos para modificar ese concepto, máxime cuando la decisión a que se hace referencia (julio 21 de 1975) ofrece serios reparos, como adelante se anotarán (ley 169 de 1896, art. 4).

A este respecto se anota:

1. De entrada debe destacarse una variante de importancia en cuanto a los tradicionales términos de discusión de este asunto. Los partidarios de la intangibilidad de los poderes del presidente de la República, durante el estado de sitio, buscan preservarlos de una nociva intromisión del Congreso, que bien puede tener una muy

diferente concepción del orden público y de las medidas conducentes a su preservación. Pero no insinúan restricciones, en esta órbita, para el mismo presidente. A este le es dable derogar, modificar, adicionar, sustituir, etc., sus propias determinaciones durante el estado de excepción que regula el art. 121 de la Constitución Nacional. Pues bien, el mismo que expidió el decreto 1923 de 1978 fue quien profirió los decretos 100, 141 y 172 de 1980, en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas por la ley 5ª de 1979. De lado queda, entonces, la posibilidad de una diferente interpretación y tratamiento del orden público. Quienes suelen imaginar al Congreso, así sea este considerado como "admirable", en plan de fomentar el caos o propiciar el desquiciamiento de las instituciones durante el estado de sitio, no pueden convencer a nadie con sus presentimientos porque deben reconocer la labor purificadora que el presidente de la República, al desarrollar conscientemente las facultades extraordinarias, cumple de los eventuales desvíos o abusos del legislador ordinario.

La deducción lógica es la de entender que los dos cuerpos de legislación analizados, redactados ambos por el gobierno, responden, cada uno en su época, a un medio eficaz de conservación del orden público, imponiéndose en valor el último de ellos.

Conviene recordar que numerosas facultades extraordinarias concedidas al presidente de la República, durante el estado de sitio, han buscado y propiciado su levantamiento al facilitar así la sustitución de la normatividad transitoria por una de carácter permanente.

2. Esto no es óbice para que se afirme, rotundamente, que el legislador ordinario tiene atribución similar. Dos hechos históricos y uno contemporáneo avalan esta apreciación.

a) La Carta, en su proceso de reforma, ha sido clara en establecer las facultades del Congreso, en cuanto a la legislación de estado de sitio. Otra cosa es que a esas emiendas se les quiera aplicar siempre el

mismo y anticuado criterio, sin pulsar el espíritu y destino de su transformación.

Cuando la Constitución, en un tiempo, no permitió la reunión del Senado y la Cámara de Representantes durante el estado de sitio por motivo de conmoción interior, evidenció un nítido propósito de no querer esta combinada actividad legislativa. Cuando determinó (Acto legislativo núm. 1 de 1960) que el ejercicio de las facultades del 121 fuera precedido de la convocatoria del Congreso y se facultaba a este *únicamente*, para acusar por inconstitucionales los decretos expedidos, si se lograba una proposición en este sentido, aprobada en cada Cámara por mayoría absoluta de votos, manifestó su voluntad de restringir a esta órbita sus poderes. Pero cuando las críticas a este sistema, que "minimizaba", volvía "impotente" y hasta propiciaba la "destrucción" del Congreso, formaron una opinión diferente y se buscó un factor más de control de las potestades del gobierno durante el estado de sitio (Acto legislativo núm. 1 de 1968, art. 42), obligadamente se tiene que inferir que el legislador ordinario puede y debe ocuparse de las normas del estado de sitio, quedando a salvo la renovación oportuna de ser suspendidas por el gobierno, pero dándose también la ocasión de un nuevo estudio de su constitucionalidad por la Corte Suprema de Justicia, que definirá si la razón está de parte del Congreso o del gobierno, alternativa igualmente posible y saludable.

No otro es el sentido del actual aparte del art. 121, originado en la reforma de 1968, cuando dice: "La existencia del estado de sitio *en ningún caso* impide el funcionamiento *normal* del Congreso". Y *normalidad*, en este caso, equivale a plenitud de facultades, atributos y poderes.

b) El Congreso, con el beneplácito del ejecutivo, por varias ocasiones prorrogó la validez de esta legislación de emergencia. Llegó incluso a convertirse en situación jurídica estable y permanente (leyes 2ª y 92 de 1958, 79 de 1960 y 141 de 1961). La Corte nunca declaró la inconstitucionalidad de

este procedimiento. Se afirmó, así, la tesis de serle función legítima la de ocuparse de estas materias. De donde si tenía esa competencia para mantener su eficacia después de cesar el estado de sitio, decisión tomada durante este, sin que surgiera un fenómeno de solución de continuidad legislativa, no puede carecer de ella para derogar o abrogar esos decretos. A no ser que, caprichosamente, se quiera imponer un insostenible maniqueísmo jurídico: que el Congreso obra *secundum jus* cuando coincide integralmente con el gobierno, y procede *contra jus*, cuando se aparta, así sea en lo mínimo, de sus decretos legislativos. Tal conclusión supedita peligrosamente la constitucionalidad de las leyes a un acomodamiento extravagante de lo resuelto por el ejecutivo, borrando la separación, autonomía y distinta naturaleza de estas dos ramas del poder público, en detrimento, claro está, del Congreso.

Otro caso de índole semejante a las leyes mencionadas lo constituyó el número 21 de 1973, que motivó el fallo de 21 de julio de 1975, y por medio de la cual se mudó a legislación ordinaria, antes de levantarse el estado de sitio, el decreto legislativo 1988 de 1971, sinda rellelo margen a que reviviera la legislación ordinaria precedente.

Contribuye a la solidez de esta interpretación la responsabilidad señalada en el inciso 8º del art. 121. Rechazar aquella sería anular esta porque su ejercicio afectaría no a un decreto de estado de sitio sino a todos, pues al controlar tan dramáticamente al autor de ellos, se impediría su futura expedición. Bastarían, entonces, al presidente y a los ministros incursos en las conductas allí señaladas, prolongar indefinidamente el estado de sitio. Si la Constitución prevé tan extremo remedio para conjurar los desvíos del 121, no debe escapársele uno de menor intensidad pero igualmente efectivo, esto es, el poder legislar el Congreso sobre materias coincidentes o afines a la de los decretos de estado de sitio, cuando este sea contemporáneo de las reuniones ordinarias.

c) Si no asume una posición doctrinal como la que se expone, resulta inaplicable una ley como la de amnistía, porque esta, como legislación ordinaria, contradice, desestabiliza y hace inoperante la normatividad del estado de sitio. Si la rebaja de una pena señalada en el Estatuto de Seguridad se mira como intocable y ajena al Congreso y al principio de favorabilidad, ¿qué puede pensarse de una ley que tiene el alcance de borrar delitos y penas contemplados en el decreto 1923 de 1978? Y el problema se comunica, aunque en menor grado de dificultades, a la ley 22 de 1980 (emergencia judicial).

3. La potestad legislativa del Congreso es ilimitada, salvo en materias expresamente reservadas por el constituyente a las otras ramas del poder público (art. 78-2). Ellas se refieren a los reglamentos constitucionales que expide el presidente (arts. 120-7, 12, 14, 19 y otros) y a las providencias judiciales.

4. Las limitaciones a esa potestad deben ser expresas. No puede concebirse una restricción implícita; y, entre aquellas, no está la de expedir leyes sobre asuntos incluidos en los decretos legislativos.

5. La Constitución no ha discriminado en norma alguna la potestad legislativa del Congreso en el estado de sitio, pues, por contrario modo, el inciso 4º del artículo 121, que conviene repetirlo, expresamente la autorizacundo ordena: "La existencia del estado de sitio *en ningún caso* impide el *funcionamiento normal* del Congreso". Y el Congreso *funciona normalmente* si puede expedir leyes ("códigos en todos los ramos de la legislación"; Const. Nal., art. 76-2) y actos legislativos, sin cortapisas del ejecutivo.

6. Las previsiones que respecto de la función del Congreso señalan los arts. 76-12, y 122, inciso 3º, parte final, no llevan a concluir que en el 121 también se requiere de autorización específica para legislar sobre materias de orden público. Esa doble permisión no era necesaria, aunque la primera se explica porque constituyendo una

delegación de facultades podría pensarse que esa atribución no podía recuperarse en cualquier momento; y, la segunda exhibe su conveniencia para evitar confusiones sobre la privativa potestad presidencial respecto de los apartes 14 y 19 del art. 120 de la Constitución Nacional.

7. El art. 120-7 atribuye al gobierno la conservación en todo el territorio nacional del orden público y su restablecimiento donde fuere turbado. Esa función la ejerce ordinaria y normalmente por intermedio de la policía y de conformidad con el Código Nacional de Policía (arts. 1 y 2) y, excepcionalmente, valiéndose de decretos legislativos.

8. Constituye una exageración doctrinal atribuir al gobierno, de manera exclusiva y excluyente, la conservación y restablecimiento del orden público. Asunto tan fundamental para las instituciones también cuenta, aun en estado de sitio, para el Congreso Nacional no solo cuando ejerce "control político sobre los actos del gobierno" (art. 76, inc. 1º) sino cuando expide leyes relacionadas con tal materia, y, para la rama jurisdiccional cuando investiga y falla sobre hechos delictivos que atentan contra dicho orden público (rebelión, sedición, asonada).

9. Las leyes expedidas por el Congreso pueden derogar expresa o tácitamente otras leyes o decretos precedentes, con las únicas excepciones ya mencionadas en la sección 3 de este pronunciamiento. La derogación expresa ocurre cuando la propia ley así lo dice, y la tácita se presenta cuando se reproduce integralmente una norma anterior o se regula de modo diferente la materia tratada, impidiéndose, por incompatibles, su vigencia simultánea (ley 153 de 1887, art. 3; C. C., art. 71).

10. Toda ley que regule más favorablemente una materia, priva sobre la desfavorable, ya sea por aplicación retroactiva o ultractiva, según el caso. La regla establecida en el art. 26 de la Constitución Nacional, no tiene excepciones, pues es una de las varias garantías consagradas en el título

III de la Carta fundamental que no puede ser desconocida, ni quebrantada, ni limitada, así se trate del más rígido estado de sitio. La Corte, en doctrina que ha repetido como inmodificable, enseña: "...hay normas de la Constitución que por su naturaleza, extraña a implicaciones sobre el orden público, rigen en todo tiempo, como garantías individuales y sociales. Así por ejemplo: el artículo 22, que establece que no habrá esclavos en Colombia; el 23, que prohíbe la detención, la prisión o el arresto por deudas; el 25, según el cual nadie está obligado a declarar contra sí mismo; el 26 que dispone que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes; el 29, que impide al legislador establecer la pena capital; el 30, que garantiza la propiedad y los demás derechos adquiridos con justo título; el 31, que no permite establecer un monopolio sin antes indemnizar a quienes dejan de ejercer una industria lícita; el 34, que impide imponer pena de confiscación; el 36, sobre respeto al destino de las donaciones; el 37, sobre libre enajenación de bienes raíces; el 39, relacionado con la libre escogencia de profesión u oficio; el 41, que declara la libertad de enseñanza; el 44, referente a la libre asociación dentro de la moral y el orden legal; el 49, que prohíbe la emisión de papel moneda de curso forzoso; el 53, que garantiza la libertad de conciencia..." (sentencia de abril 19 de 1955).

Y tan humanitario como científico principio de legislación lo ratifican la ley 74 de 1968, arts. 4 y 15, aprobatoria de los "pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales, de *derechos civiles y políticos*, así como el Protocolo facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, *en votación unánime*, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966", y la ley 16 de 1972 "por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre *Derechos Humanos*", pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969", la que ordena en su artículo 9: "...Si con posterioridad a la co-

misión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

Para darse una restricción de esta garantía, tendría que indicarse su expresa limitación por el propio constituyente, porque el legislador ordinario no tiene poder suficiente para contrariar un mandato constitucional, y menos el gobierno durante el estado de sitio.

11. Mediante los decretos legislativos el gobierno puede, rápidamente, conjurar graves alteraciones del orden público. Esa es la autorización que consagra el art. 121 y la razón de su existencia. Pero ello no implica que el Congreso, por vías normales y obviamente más lentas como la formación de las leyes, ejerza su inalienable potestad de legislar aun sobre los asuntos que han sido materia directa o indirecta de los decretos de estado de sitio.

12. No es verdad que esa convergencia de potestades en estado de sitio sea una contradicción jurídica ni comporte desorden institucional. Tal afirmación parte de un supuesto equivocado y jurídicamente insostenible: las ramas ejecutiva y legislativa del poder público actúan en oposición, una en contra de la otra. Se olvida el texto y espíritu del art. 55, conforme al cual todas las ramas del poder público "colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado", y que la función propia del Congreso es la de legislar. Ocurre, simplemente, que en época de estado de sitio el gobierno puede y debe, mediante decretos, procurar el restablecimiento del orden público turbado, con medidas que por naturaleza son *inmediatas, provisionales y transitorias*. Pero el Congreso conserva su potestad de legislar sobre tales materias, como acto de armoniosa colaboración con el ejecutivo y de control político del orden público, por medio de leyes que constituyen soluciones *ordinarias, mediatas y permanentes* a los mismos problemas.

13. Esa armoniosa colaboración funciona así: a) el gobierno dicta un decreto de

estado de sitio declarado exequible por la Corte; b) el Congreso expide unaley que regula diversamente las materias tratadas en el decreto precedente y, por lo mismo, lo deroga en todo o en parte, expresa o tácitamente; c) el gobierno suspende total o parcialmente, *de modo expreso*, la vigencia de dicha ley mediante decreto legislativo; y d) la Corte Suprema de Justicia revisa este decreto y declara si es o no contrario a la Constitución.

Así como puede darle la razón al Congreso, lo que equivaldría a sostener que su mandato contribuye en forma más eficaz a la preservación o restauración del orden, puede acontecer que afirme lo contrario. Esto indica que tanto gobierno como Congreso, pueden acertar o desacertar, contribuir al orden público o menoscarlo. Pero este es unjuicio concreto, no abstracto ni *a priori*, máxime cuando esto último se ha pretendido orientar hacia una insostenible dicotomía: el gobierno es factor de orden; el Congreso es factor de desorden.

Si se quiere llegar a una idea generalizante plena de significación jurídica, debe decirse que tanto el uno como el otro, por su origen y proyección políticos, procuran el bienestar común, el aseguramiento de la paz, el imperio de la justicia, el mantenimiento del orden. Cabe repetir con el texto del art. 105, por lo que dice relación al Congreso, que “los individuos de una y otra cámara *representan a la Nación entera, y deberán votar consultando únicamente la justicia y el bien común*”.

Con la equilibrada tesis que se desarrolla, los fueros de una y otra rama del poder público se respetan y obedecen. Y, además, el gobierno no puede eludir el control constitucional de los decretos de estado de sitio, dándose una precisa y oportuna confrontación entre el acto suyo y el del Congreso, en relación a la Constitución y a la realidad del país.

Esta apreciación resulta más imperiosa cuando se advierte que, en Colombia, una

vez declarada la exequibilidad de un decreto legislativo, la Corte no vuelve acouperarse de él, así las causas que lo motivaron hayan desaparecido y seaaquel, entonces, evidentemente innecesario.

14. Cuando el art. 121 de la Carta encuadra las atribuciones del gobierno dentro de lo normado en un estatuto orgánico expedido por el Congreso y de carácter permanente —recuérdese que su inciso primero limita al gobierno al ejercicio “de las *facultades legales*”, a los preceptos de la Constitución y a las reglas del derecho de gentes—, ley marco que no podría suspenderse por decreto legislativo puesto que es el propio fundamento de la legislación transitoria, se está reconociendo la preeminencia de este control político sobre el ejecutivo y, con mayor razón, su potestad legisladora aun en materias relacionadas con el orden público.

15. El decreto 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad) es decreto de estado de sitio que suspendió algunas instituciones del Código Penal de 1936. Es así como afectó los tipos legales del secuestro (art. 1°) rebelión (art. 2°), incendio, armas de fuego, uso de objetos peligrosos, daños, etc. Comoquiera que el Código Penal de 1980 reguló íntegramente estas materias con nuevos tipos y lo hizo, en ciertas hipótesis, de manera más benigna, esto darálugar a que en cada caso, por fuera del de “extorsión” que ahora se resuelve, se decida el alcance del principio de favorabilidad consagrado por el art. 26 de la Constitución Nacional.

No entenderlo así sería, por fuera de las argumentaciones anotadas, admitir que la *suspensión* de la una ley ordinaria *impide* que el Congreso la abrogue o derogue, con lo cual se logra no solo la intangibilidad de los decretos de estado de sitio, sino, por un curioso proceso de hibernación jurídica, que el propio Congreso revise la legislación que él mismo ha expedido. Y se marcarían, de paso, dos mayúsculos contrasentidos: a) los decretos de estado de sitio, que apenas pueden *suspender* los efectos de la legislación ordinaria, lo cual destaca su acceso-

riedad y carácter vicariante, sobrevivirían autónomamente después de derogarse o sustituirse lo principal; y b) que los juicios del gobierno sobre la incompatibilidad de normas jurídicas con el estado de excepción, no se ubicarían en el presente sino sobre la legislación por aparecer, debiéndose intuir esta noción, así la silencio el ejecutivo. Se está en el aberrante entendimiento de reconocer que el gobierno, al expedir sus decretos de estado de sitio, conoce y prevé las decisiones futuras del legislador ordinario.

16. Es verdad que el art. 121 permite al gobierno suspender la vigencia de leyes incompatibles con el restablecimiento del orden público. Pero no es menos obvio que tales decretos *únicamente* suspenden las normas legales *vigentes* a la fecha de expedición de tales decretos. O sea, que dicha suspensión debe ser *expresa y referida a la legislación preexistente*. Resulta inadmisibile el fenómeno de leyes que, durante el estado de sitio, *nacen suspendidas*, como lo sostuvo la Sala de Casación Penal en su fallo de 21 de julio de 1975, porque no se puede suspender lo que no existe y porque la contradicción entre una ley y el estado de sitio debe declararse expresamente por el gobierno mediante el decreto legislativo pertinente.

A este final respecto valga citar un antecedente jurisprudencial y otro doctrinario:

a) “...la potestad que en virtud de la legalidad marcial ostenta el presidente de la República lo habilita solo para suspender las leyes incompatibles con el estado de sitio *que estén en vigencia*, pero no para suspender disposiciones futuras o leyes por venir...” (Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, revisión constitucional del decreto 2366 de 1979, magistrado ponente, doctor GONZALO VARGAS RUBIANO).

Del salvamento de varios ilustres magistrados, vinculado a esta providencia, se transcribe: “...Nos inclinamos a pensar, al igual que la mayoría de la Corte, que la aclaración no era estrictamente necesaria, ya que una norma de estado de sitio *no puede*

tener la virtualidad de impedir que en el futuro se legisle válidamente sobre determinada materia... no se puede suspender lo que no existe porque, entre otras razones, es imposible determinar de antemano y a priori la incompatibilidad de una norma aun existente con el estado de sitio...”.

b) El magistrado LUIS CARLOS SÁCHICA, enseña sobre los efectos de los decretos legislativos frente a la ley: “...Los decretos de que se viene hablando, aunque son de carácter legislativo, no tienen fuerza para derogar la ley. Pueden suspender aquellas leyes cuya aplicación entrase la ejecución de las operaciones del gobierno encaminadas a restablecer el orden. Esa suspensión *debe ser expresa, no tácita*. El gobierno no puede sustituir la legislación ordinaria, no tiene facultades de legislador, y las atribuciones excepcionales de que goza debe ejercitarlas tan solo cuando el restablecimiento del orden lo requiera. Crear una legislación transitoria, *paralela a la ordinaria*, olvidando la finalidad del estado de sitio, *es una extralimitación de funciones*. La fórmula usual de que sus disposiciones «suspenden las que les sean contrarias», no parece una aplicación técnica de esta facultad...” (*Constitucionalismo colombiano*, 5ª edición, Bogotá, Edit. Temis, 1977, págs. 295/96).

Conviene agregar que la solución aportada por el fallo de la Sala de Casación Penal que se comenta al problema de la sucesión de leyes, concretamente los arts. 402 y 404 del Código Penal de 1936, el decreto legislativo (no extraordinario) 1988 y la ley 21 de 1973, deviene en una consecuencia diversa a la que se propuso. En efecto, se buscó evitar la solución de continuidad que podía surgir entre el decreto 1988 y la ley 21, al levantarse el estado de sitio, recuperando su vigencia, así fuera en un instante, los arts. 402 y 404, que establecían una pena más benigna. Lo lógico, conforme al fin perseguido, era sostener la vigencia de la ley 21 de 1973, durante el estado de sitio, derogatoria del decreto 1988, resultando indiferente que cesara o no el estado de ex-

cepción. Pero como se afirmó lo contrario, la ley que se dice "nació suspendida" no pudo evitar ese momento de recuperación de vigencia de la legislación anterior. Por eso la solución acordada por las leyes 2ª y 92 de 1958, 141 de 1961 y 48 de 1968, resulta más aceptable y eficaz, así se haya olvidado el sano precepto del artículo 14 de la ley 153 de 1887.

17. Está por fuera de este análisis aludir a la declaratoria de exequibilidad del decreto 1923, pronunciada por la Corte Plena el 30 de octubre de 1978. Se cuestiona ahora no la legitimidad de su eficacia, en el pasado, sino de la continuidad de su vigencia, en el futuro, por motivos distintos a los de su constitucionalidad. Esto es precisamente lo que permite a la Sala de Casación Penal estimar la modificación de aspectos como los de extorsión, secuestro, rebelión, asociación para delinquir, armas de fuego, incendio, utilización de sustancias u objetos peligrosos, daños, instigación para delinquir, cuya regulación vuelve a los cauces del Código Penal vigente.

Por ser "constitucional" ese dispositivo legal es por lo que ha tenido vigencia. Pero esta es cuestión distinta a ser derogado por el propio gobierno o por el Congreso o por el levantamiento del estado de sitio. Tampoco viene al caso aludir a un conflicto de leyes (Código Penal y decreto 1923 de 1978), porque invocar este aspecto sin comprobar primero su simultánea vigencia, sería dar por demostrado lo que se trata de demostrar, o sea, que no se ha producido su derogatoria porque el Congreso, al expedir un Código Penal, no tenía poder legislativo para afectar las materias de los decretos de estado de sitio. Plantear la discusión en estos términos sin darse primero esa evidencia, sería tomar la controversia hacia su final, escamotear un punto fundamental de disenso y fijar arbitrarias condiciones de debate. Se trata, realmente, de un nítido fenómeno de sucesión de leyes.

18. Menos viene al caso la alusión a *leyes excepcionales, especiales o temporales*, para eliminarlas de la influencia del principio

constitucional de favorabilidad (art. 26), porque para asumir tan restrictiva y odiosa interpretación, sería necesario enmendar la Carta. Y en Colombia, a diferencia de otros ordenamientos foráneos, no existe al respecto un mandato de esta índole, ni siquiera en el campo meramente legal. El intento, pues, de injertar criterios extranjeros a esta particular situación, surge como esfuerzo estéril e inadecuado por razón de la diferente estructura jurídica de nuestros estatutos. Conviene observar, en el campo de la simple especulación, que esa doctrina parte del supuesto de considerar no solo la transitoriedad, especialidad o excepcionalidad de las materias sino aspecto más importante, vale decir, que la ley ostente alcances *derogatorios*. La normatividad colombiana apenas tolera un efecto *suspensivo*, tan efímero que esa legislación de emergencia desaparece con el levantamiento del estado de sitio y reconduce lo actuado a la legislación ordinaria anterior o a la sobreveniente (ultraactividad o retroactividad).

De otro lado, el llamado Estatuto de Seguridad no es propiamente una ley especial porque no se ocupa exclusivamente de una específica materia, pues abundan los más diversos tipos penales y contravencionales, así como conductas predelictuales, normas de procedimiento y hasta asuntos administrativos. De manera que a él no se puede referir el art. 376 del nuevo Código Penal cuando señala que "las leyes penales especiales actualmente en vigencia, seguirán rigiendo en cuanto no se opongan a lo dispuesto en este Código". Pero aun aceptando que lo fuera, el concepto de oposición que allí se expresa no ha de tomarse solamente en el sentido de contrariedad formal, entendida como soluciones legislativas excluyentes respecto de una misma y concreta situación, sino como incompatibilidad jurídica de dos disposiciones que no es dable aplicar simultáneamente a igual conducta porque la una desplazó a la otra. Por eso el tipo de extorsión descrito en el art. 355 del Código Penal vigente no admite la contemporánea aplicación con el que apa-

rece consignado en el art. 5º del decreto 1923 de 1978. Además, no puede ser considerada como especial una norma que se limita a tipificar el mismo comportamiento descrito en otra anterior.

19. El nuevo Código Penal en su art. 355 reguló íntegramente la materia relacionada con el delito de extorsión, con un tipo penal diverso del que concretó el Estatuto de Seguridad en su art. 6º, disposición esta última que acogió el tipo abierto, con verbos rectores más amplios, pena distinta y específica circunstancia de agravación. No es dable, entonces, afirmar que ambos estén vigentes pues son ostensiblemente incompatibles. El Código Penal vigente derogó, absorbió y desplazó al decreto 1923 de 1978, en su art. 6º.

20. La favorabilidad del nuevo Código Penal es evidente porque la pena allí prevista es cualitativamente más benigna (prisión en vez de presidio, según las voces del art. 377) y porque la cantidad de punición es sensiblemente inferior en su mínimo (de cuatro años quedó en dos). De donde se impone su retroactividad, conforme al tantas veces mencionado principio de favorabilidad (Const. Nal., art. 26).

21. Al sentenciado Edilberto Eduardo Medellín Cadena, se le impuso el mínimo de la pena fijada por el decreto 1923 de 1978. No se advirtieron circunstancias de mayor peligrosidad que hicieran imperiosa su intensificación. Esta decisión no ha sido modificada ni es objeto ya de modificación. Debe acatarse.

Ahora bien, como el nuevo Código Penal establece una sanción básica de dos años y el solicitante lleva en privación efectiva de libertad un tiempo de veintisiete (27) meses, dieciocho (18) días de prisión, quiere ello decir que ha cumplido la pena.

Pedro Naín Arias Bohórquez, el otro condenado, dirigió a la corporación un escrito fechado el 20 de marzo, cuando ya se discutía esta providencia, invocando las mismas razones de Medellín Cadena. Señala como pena efectiva satisfecha un *quantum* superior a veinticuatro meses, alegación que corrobora el expediente. Uno y otro procesado, se repite, recibieron condena de cuatro años de presidio, o sea, el mínimo fijado por el art. 6º del decreto 1923 de 1978.

De ahí que deba tomarse igual determinación para ambos sentenciados.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, resuelve:

Conceder la libertad a Edilberto Eduardo Medellín Cadena y Pedro Naín Arias Bohórquez, por pena cumplida.

Las boletas de libertad se expedirán con la anotación de hacerse efectiva en cuanto no exista en su contra otro motivo distinto de detención.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Alvaro Luna Gómez, Fabio Calderón Botero, Alfonso Reyes Echandía, Dante L. Fiorillo Porras, Luis Enrique Romero Soto, Gustavo Gómez Velásquez, Pedro Elías Serrano Abadía.

RECURSO DE REPOSICIÓN

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
—SALA DE CASACIÓN PENAL—

Bogotá, trece de mayo de mil novecientos ochenta y uno.

Magistrado ponente: doctor GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ

Aprobado: acta núm. 45 de 12 de mayo de 1981.

VISTOS:

El procurador delegado para las Fuerzas Armadas ha interpuesto recurso de reposición contra el proveído de veinticuatro de marzo del año en curso.

En tiempo oportuno sustentó la impugnación.

Los argumentos que al respecto expone bien pueden calificarse como verdadera paráfrasis de las razones anotadas por los magistrados que, en debida ocasión, se apartaron de la decisión mayoritaria.

No es razonable intentar la modificación de una providencia cuando los elementos dialécticos que esencialmente la conforman aparecen indemnes o no son objeto de la impugnación. En el caso *sub judice*, para no abundar en prolijas puntualizaciones, basta precisar cómo el recurrente se desentiende del fallo de la Corte Plena de 6 de diciembre de 1978, ahora comentando por la Sala con mayor amplitud y pertinencia, y del aspecto histórico que marca la evolución de las instituciones congreso y estado de sitio.

Conviene repetir, aunque el enunciado tenga el perfil de lo evidente, que la resolución no se adoptó a la ligera, sin audiencia amplia de contradictorio, pesando múltiples hipótesis y valorando innumerables consecuencias hasta lograr que la solución acogida representase al mejor cuerpo de interpretación, la que concluyese en el más armónico estudio y proyección de las funciones propias del Congreso y del ejecutivo, como ramas del poder público. Esa apreciación tiene unidad y efectos plausibles, que no puede desconocer ni quebrantar un motivo o dos, así sean originales, pero sin fuerza suficiente para destruir la orgánica interpretación acogida por mayoría y menos una argumentación que insiste en repetir los motivos expuestos por los magistrados que salvaron su voto.

No obstante lo dicho, la Sala agregará las siguientes consideraciones.

1. Se pretende, partiendo de un indiscutible distinguo, apoyar conclusiones más amplias y casi ajenas a la premisa. Porque se afirma asunto tan palmar como el que las atribuciones del art. 121 son diferentes a las del numeral 12 del art. 76, no se demuestra, por sí, lo que se pretende establecer: que ni el presidente,

cuando ejerce facultades extraordinarias, ni el Congreso, cuando expide sus leyes, pueden afectar la legislación del estado de sitio. En diferenciar estos dos artículos estamos todos de acuerdo.

Pero la cuestión es otra: que la “suspensión” de normas apreciadas como incompatibles con el estado de sitio no puede hacerse en forma tácita, sobrentendida, sino de manera expresa, singular y determinada. Y resulta un imposible jurídico, así se acepte en gracia de discusión una “suspensión” futura e implícita, entender que esta pueda obrar respecto de decretos extraordinarios, emitidos con base en el art. 76-12, porque equivaldría a sostener, como criterio general, que el presidente, al ejercer estas facultades descuida el orden público o contraría su conservación.

Y ¿cómo llegar a igual deducción cuando se trata de ley que no fue objetada por el gobierno? (arts. 85, 87 y 88).

Se enfatiza, en el salvamento de voto, que no puede darse una derogación “culposa o inadvertida”. Y ello es así porque todo acto jurídico debe representar una acción consciente. Pero esto no implica que la derogación, por reglamentación integral de la materia o por concreta determinación del legislador deja de ser manifiesta y llegue a sus últimas consecuencias. Esta cuestión no se define porque alguien siga acudiendo a conjeturas o a las tardías manifestaciones del autor de la norma, quien revela así sus sentimientos o la visión personal del problema, que no se quiso un resultado de esta índole. La realidad no es lo que se quiera ver o reconocer, sino lo que aparezca de aplicar los principios de la ciencia del derecho y el alcance de los textos constitucionales o legales.

Conviene, además, transcribir los siguientes apartes de alocuciones presidenciales: “...debe prepararse, pues, el país para las grandes reformas del año venidero. El gobierno se ocupará de *poner en marcha los códigos penales*, los laborales, las normas sobre desarrollo urbano, y al propio tiempo hará *la reforma del estatuto docente* y de la educación superior. Para la realización de esta ambiciosa empresa de renovación, nos asesoraremos de comisiones especializadas y de los propios voceros de las cámaras legislativas. No procederemos de espaldas a la nación, sino que oiremos su patriótica voz, responderemos a su justo clamor y reclamaremos su valioso concurso” (diciembre 30/78, *Discursos y mensajes*, pp. 214/215); “...Una pronta y cumplida justicia es uno de los pilares del orden, del desarrollo y la tranquilidad ciudadana. Por ello el gobierno, al otorgarle singular trascendencia al problema de la justicia, ha respaldado el acto legislativo que sobre la materia cursa en el Congreso. Asimismo, solicitó facultades extraordinarias, aprobadas por las honorables cámaras, para *poner en vigencia los códigos penal...*” (febrero 27/79, p. 255); “...En varias ocasiones el gobierno ha dicho que estará dispuesto a levantar el estado de sitio cuando se den las circunstancias que hagan posible la *plena normalidad* ciudadana. De su parte impulsó *con tales miras* una reforma constitucional del régimen judicial y ha propuesto códigos y leyes que pretenden el regreso a la normalidad...”. (Instalación del Congreso, julio 20 de 1980, *Anales*, núm. 17, 22 de julio, p. 268).

La legislación de los últimos años, expedida por el Congreso, se ha conseguido, según las voces oficiales, para sustituir la normatividad de estado de sitio y facilitar la recuperación de la normalidad jurídica. Lo cual no se logra, ciertamente, con la superada tesis de “leyes que nacen suspendidas” que, por lo aleatorio del levantamiento del estado de sitio, no se sabe, en esta singular concepción, cuándo podrán entrar a regir integralmente y traducir así un factor de reordenación institucional.

Si resulta incongruente un Código incompleto, al dejar por fuera institutos afectados por la legislación de estado de sitio, no menor sería la incongruencia de un Código Penal que, lejos de corresponder a la noción de un estatuto orgánico, unitario, integrado, debe regir parcialmente, apenas en algunas de sus secciones, para no desarticular la legislación presidencial de estado de sitio. Se tendría, entonces, que la desaparición de la pena de presidio no contaría para aquellas infracciones que la conservan (v. gr. rebelión, secuestro), dándose una simultaneidad suficiente para impedir la reforma penitenciaria que ha acometido el mismo gobierno; que cuando se suprime una conducta como delito, tal decisión legislativa no operaría mientras persista el estado de sitio; o que la justificación consagrada en el decreto 070 de 1978, que adicionó el art. 25 del C. P. de 1936, aunque debió referirse al art. 24 del C. de J. P. M., porque buscaba el amparo de "los miembros de la fuerza pública", aforados, también subsiste a pesar de la derogatoria de ese citado artículo 25 (decr. 100 de 1980, art. 29).

2. El recurrente imagina "híbridos" jurídicos que impiden la formación de una doctrina armónica y generalizante. Si se discurre a partir del falso supuesto de la indemnidad de las normas de estado de sitio, así provengan sus efectos derogatorios del propio presidente, por fuera de los decretos legislativos o del levantamiento del estado de sitio (no se sabe si también duda de la inmediata y total aplicación del acto legislativo núm. 1 de 1979), ciertamente habría que suponer un Código Penal con disposiciones suspendidas, implementado por el estatuto de seguridad y fruto de decretos extraordinarios o legislativos.

Pues bien, el desasosiego desaparece cuando se resuelve que el Código Penal, en lo que pueda alterar al estado de sitio, es ley de origen parlamentario capaz de modificar hechos que lo afectan. Así también se ubica en su debido estado institucional lo que es función propia y superior del Congreso (hacer las leyes), y las sucedáneas atribuciones presidenciales, en este terreno, de procurar una legislación de emergencia. Esto explica que no haya "poder superior" e intocable del gobierno, durante el estado de sitio, porque la Constitución somete sus decretos legislativos a la revisión automática de la Corte. Como en estado de sitio el Congreso puede estar impedido para legislar con la necesaria celeridad que las circunstancias exigen (no estar reunido, demorar la expedición de las leyes, etc.), el ejecutivo asume una función que no es regularmente la suya. Pero el constituyente cuida de una operación "legislativa" en estas singularísimas condiciones. De ahí que el sistema de control sea diferente y pueda advertirse en ello una supremacía de la rama legislativa del poder público que, cuando puede ejercitarse, debe reconocerse, salvo textos expresos que en el caso comentado no se dan.

Se podría entender lo contrario si la interpretación no fluyese en este sentido o se otorgara al ejecutivo un poder no de "suspender" las leyes sino de derogarlas.

3. En este aparte la delegada intenta cumplir con su objetivo (intangibilidad del Estatuto de Seguridad) dando por establecido que las leyes 2ª, 92 de 1958, 79 de 1960, 141 de 1961 y 21 de 1973, "no se dictaron para que tuvieran vigencia dentro de la anormalidad institucional, sino para permitir su vida jurídica una vez restablecido el orden público". Pero, entonces, ¿cómo se salva la *solución de continuidad* que surge entre el levantamiento del estado de sitio: con el definitivo decaimiento de las disposiciones dictadas durante el mismo, y la puesta en vigencia de normas que estaban suspendidas, que, como se compro-

bó con la transcripción pertinente, es tesis que la Corte Plena rechaza por caprichosa e ilógica? De otro lado, se pretende negar una inocultable realidad: la ley 21 de 1973 comenzó a regir durante el estado de sitio, pues este se levantó el 29 de diciembre, y aquella se promulgó el día 12, del mismo mes y año.

Estimar que una rebaja de pena neutraliza el desestímulo al delito que concretan anteriores aumentos de sanción y que por tanto surge, nítidamente, la contraposición entre el Estatuto de Seguridad y el Código Penal, es desentenderse de los alcances indefinidos y contradictorios de esta afirmación. Si la reflexión fuese válida, nunca podría levantarse al estado de sitio, hasta tanto no purgase totalmente su sentencia el último de los reos, porque la desaparición de aquel, bajo cuyo imperio se impuso la condena, implicaría la disminución de su pena, lo cual propiciaría la reaparición de las circunstancias que llevaron a implantar el estado de sitio. O sea que el gobierno tampoco podría cambiar su opinión, una vez intensificada una sanción, porque todo intento de moderación a este respecto debería mirarse, según las calificaciones del impugnador, como "tratamiento más benigno (que) debe producir efecto contrario o sea un estímulo al quebrantamiento del orden público". Lo que la Sala ha querido expresar, en su decisión de mayoría, es que tanto el gobierno, mediante un decreto legislativo, como el Congreso, en virtud de la ley o acto legislativo, pueden advertir un cambio en las condiciones de vida del país y considerar como solución más aconsejable la disminución de una pena o la exclusión de una conducta del catálogo de los delitos y a ello debe estarse. Esto es lo que acontece con el Código Penal y no hay motivos para dejar de lado tan objetiva situación y atenerse más bien a apariencias o valoraciones personales.

Con la argumentación de la delegada, desarrollada en toda su amplitud, se llega, como también de modo equivocado lo sustentó el salvamento de voto, a la definitiva consolidación de las penas impuestas durante el estado de sitio, así la legislación anterior revivida por obra de su levantamiento o la dictada en sustitución de la misma por el Congreso, sea más favorable. Entonces, ¿dónde queda lo de la "temporalidad" de las medidas del estado de sitio? ¿Dónde la casación de sus efectos al terminarse ese régimen legal de excepción? ¿Y dónde la simple "suspensión" de las medidas preexistentes? El concepto se extiende tanto que puede, contrariando la tesis principal de la solicitud, negarle atribuciones al gobierno para aumentar penas, máxime cuando estas son de larga duración e inmodificables.

4. La opinión expresada en el auto adoptado por la mayoría de votos en relación con las leyes 37 de 1981 (amnistía) y 22 de 1980 (emergencia judicial), aparece para la delegada como inaceptable, casi por las mismas razones (mero enunciado) del salvamento de voto.

En efecto, se afirma que la amnistía es "precisamente un instrumento de origen constitucional otorgado al legislador para colaborar en forma armónica con el Ejecutivo en los fines del Estado, uno de ellos el restablecimiento del orden público" y se demuestra con la cita del numeral 19 del art. 76 de la Constitución Nacional.

Con tan ondulante y acomodaticio patrón, no logra la Sala precisar cuál es el verdadero criterio para distinguir cuándo una ley puede reformar los decretos de estado de sitio. No debe ser el art. 76 de la Carta, porque este opera si se trata de su numeral 19, pero resulta impropio si se trata del numeral 12, porque para el procurador delegado, como ya se dejó visto, la ley 5ª de 1979 (facul-

tades extraordinarias relacionadas con la expedición y vigencia del Código Penal) no tiene este mérito. Tampoco debe ser cuando procura el restablecimiento del orden público, porque la ley de amnistía y la de emergencia judicial contribuyen a ello, pero no al Código Penal expedido en las indicadas circunstancias y que procura el mismo fin.

Pero, además, se rubrica un insólito concepto de las prerrogativas del Congreso. Este, si expide una ley conforme a los deseos del ejecutivo, colabora armónicamente con él y puede modificarle la normatividad del estado de sitio. Pero si se aparta de sus recomendaciones y propósitos, la ley así omitida no tiene ese alcance derogatorio o modificador. El argumento no exige mayor análisis, dentro de las mismas lindes dialécticas en que se ha propuesto.

El salvamento de voto estima que, por el hecho de expedirse una ley que incida sobre aspectos del estado de sitio, se suprime por el Congreso la colaboración debida al gobierno y se interfiere, de este modo, su labor. Ni lo uno ni lo otro tiene este absoluto carácter. Nunca el ejercicio de una función, así esta pierda su eficacia mediante el control establecido al efecto, puede constituir un desacuerdo censurable o una degradante oposición, y menos devenir en acto de nociva contradicción. Pero, además, quien debe tomar esta determinación, inicialmente, es el gobierno, ejerciendo la facultad de suspensión que le concede el art. 121, y, en definitiva, la Corte al decidir si la razón estaba al lado del ejecutivo o más bien de parte de la rama legislativa. Lo inadmisibles es suponer este enfrentamiento y este daño a la comunidad. La apreciación en este sentido resulta empresa difícil cuando el gobierno no ha objetado el proyecto de ley (art. 216-2) y se consolida como verdadero imposible cuando se trata del ejercicio de facultades extraordinarias, por lo mismo que nadie se autoderoga "culposa o inadvertidamente", para volver al expresivo giro usado en el salvamento de voto.

Los actos del gobierno, de las ramas legislativa y judicial, deben mirarse como son: correctos y útiles a la sociedad, al orden público, a la seguridad nacional, etc., mientras una decisión de autoridad competente no demuestre lo contrario.

Conviene ampliar la referencia a la ley de emergencia judicial que, bien mirada, traduce la consagración de un fenómeno especial extintivo de acción penal. Para dar solo un ejemplo, repárese en que conductas criminales que podrían tener un tiempo de prescripción superior a los quince o veinte años, deben dejarse de investigar por el simple trascurso de dos años contados a partir de la iniciación del sumario si no se han identificado o determinado los presuntos responsables, o fijados a partir de la indagatoria si "no existiera prueba suficiente para decretar su detención preventiva o esta hubiere sido revocada". Y pueden ser secuestradores, rebeldes, sediciosos, cuadrilleros o peligrosos narcotraficantes (repitiéndose en este último evento el tratamiento benigno que se les dio en el decreto legislativo 18 de 1979, comentado oportunamente en el salvamento de voto de los magistrados GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ y JESÚS BERNAL PINZÓN), los usufructuarios de aquella cesación de procedimiento. Si uno de los tantos motivos tenidos en cuenta para declarar el estado de sitio fue la creciente criminalidad (decrs. 2131, 070 y 1923 de 1978), si el orden público exige procesos y condenas inevitables, ¿no pugnará con el Estatuto de Seguridad la renuencia de esta ley 22 de 1980 a continuar unas averiguaciones? ¿Por qué se está aplicando esta ley si se entromete en cuestiones del

estado de sitio? ¿Será más grave y acusará mayor falta de armónica colaboración rebajar una pena (Código Penal) que cerrar su posibilidad de castigo, extinguiendo la acción y ordenando cesar el procedimiento para un rebelde, secuestrador, sedicioso o incendiario?

Pero hay un ejemplo más irrefutable, idéntico al caso que se controvierte. Se trata del aspecto educacional, tocado en múltiples y fundamentales puntos por la legislación de estado de sitio por cuestiones de orden público (cierre de universidades, facultades a los rectores, *suspensión de la carrera docente*, etc.). Pues bien, la ley 8ª de 1979, en pleno estado de sitio, otorgó facultades extraordinarias para establecer la naturaleza, características y componentes del sistema de educación post-secundaria, fijar requisitos para la creación y funcionamiento de instituciones públicas y privadas de educación post-secundaria, *organizar la Universidad Nacional de Colombia* y las demás universidades e institutos oficiales de nivel post-secundario, expedir las *normas sobre escalafón nacional para el sector docente*, y derogar unas normas. Con base en esa delegación legislativa se expidió el decreto legislativo 2277 de 1979 (con 82 artículos, cuyo capítulo IV se refiere a la "carrera docente"), indicándose que regiría, como la ley 21 de 1973, a partir de su promulgación. Luego vino el decreto de estado de sitio 2366 de 1979, que pretendía, coincidente con la tesis de la Procuraduría, dar vida a una disposición que supuestamente nació suspendida, y de ahí que ordenaba que el decreto 2277 constituía una excepción a lo dispuesto en el art. 3º del decreto legislativo 2132 de 1976 (suspensión de carrera docente). Esta conflictiva situación fue la que desató la Corte Plena en fallo de 6 de diciembre de 1979, al decir: "De manera, pues, que el nuevo estatuto docente, o sea el de 1979, no pudo haber nacido suspendido en virtud del ordenamiento anterior del decreto 2132 de 1976. Al contrario: el estatuto recientemente expedido tiene operancia inmediata desde su promulgación en el *Diario Oficial*. Por consiguiente el yerro que trata de corregir el gobierno, en sentir del procurador, y que corrige con la desafectación de la suspensión, no existe. Desde un principio, *ab initio*, el nuevo estatuto está desafectado de toda suspensión". Y consecuente con este diáfano planteamiento, que la Procuraduría debe conocer y acatar desde entonces, se declaró *inexecutable*, esto es, contrario a la Constitución, al mencionado decreto legislativo 2366 de 1979.

5. En esta sección el recurrente anota que "lo que se suspende es todo aquello que contradiga las previsiones de emergencia, sin que sea admisible hacer distinciones entre las *disposiciones* anteriores al estado de sitio y aquellas sobrevinientes (y que) ... tan contraria puede ser una *disposición* anterior como una nueva; (pues) la contradicción resulta al analizarse su propio contenido" (subraya la Sala).

Esta forma de pensar no ofrece mejores planteamientos que los expuestos por la Corte Plena sobre el particular y transcritos someramente en la decisión impugnada. El régimen de "suspensión" de normas jurídicas durante el estado de sitio, según la reglamentación que sobre el punto ofrece la Constitución, no puede hacerse de manera tácita y abstracta, sino de modo expreso y concreto. Es una facultad concedida al gobierno pero ejercitable dentro de las exigencias de la Carta. Y la razón de ella es bien elemental y atendible. En efecto, si esa "suspensión" concita el automático control de la Corte Suprema de Justicia, ¿cómo hace esta corporación para ejercerlo si la "suspensión" es tácita, deducible de la contrariedad apreciable por "su propio contenido"? ¿No es esta una

tesis abiertamente inadmisibles y que permitirá, en beneficio del Ejecutivo, soslayar el control de constitucionalidad consagrado en el art. 214?

Además, se pretende hacer decir a la Corte lo que nunca ha dicho. Esta, con excesiva amplitud, ha aceptado la procedencia de decretos legislativos sobre hechos "sobrevinientes" a la declaratoria de estado de sitio pero íntimamente relacionados con la misma en el tiempo y en el espacio. Pero nunca ha pretendido extender ese concepto a las normas, a las disposiciones dictadas con posterioridad y menos para que escapen al requerimiento constitucional de tenerse que suspender de manera específica.

En otras palabras, lo que dice el inciso 3º del art. 121 de la Const. Nal. es que el gobierno tiene facultad para suspender las leyes "que sean incompatibles con el estado de sitio", y no que puedan ser incompatibles con él, como equivocadamente lo afirma el ministerio público; y es que la diferencia resulta sustancial, porque conforme al texto constitucional, el gobierno debe dictar decreto de estado de sitio para suspender una o varias normas legales cuya vigencia impida o dificulte el restablecimiento del orden público, y tal decreto —como cualquier otro que se expida con fundamento en esta norma constitucional— ha de ser examinado por la Corte Suprema de Justicia, entidad que decidirá si al emitirlo el gobierno se ajustó o no a la limitación normativa de la Carta y, más exactamente, si la vigencia de la ley total o parcialmente suspendida era realmente incompatible con el restablecimiento de la normalidad institucional. Palmar resulta entonces, que ni el gobierno ni la Corte están en condiciones de decidir si una ley es contraria al estado de sitio mientras ella no exista, no solo porque es un imposible jurídico y ontológico suspender la vigencia de una ley que no está vigente porque no ha nacido a la vida del derecho, sino porque gobierno y Corte carecen del poder taumatúrgico de prever el futuro para señalar qué leyes habrán de expedirse y cuáles entre ellas serán contrarias a una también futura y, por lo mismo, incierta situación de orden público. La oposición de una ley al estado de sitio no es, pues, mera entelequia que se impone por sí misma y que va emergiendo al compás del nacimiento de las leyes emanadas del congreso durante el estado de sitio, sino una conclusión a que llega el gobierno en virtud de serios análisis y razonamientos necesariamente asentados sobre dos supuestos esenciales: una ley vigente y una determinada situación de orden público.

6. Se quiere patentizar una contradicción dialéctica en la mayoría de la Sala "porque se afirma que el Legislativo no puede dictar leyes en materias relacionadas con el mantenimiento y el restablecimiento del orden público (art. 120-7); que dentro de esas limitaciones no está la de expedir leyes sobre asuntos incluidos en los decretos legislativos, para después significar que corresponde al gobierno la conservación del orden público y su restablecimiento, función que puede ejercerla excepcionalmente valiéndose de decretos legislativos (art. 121)".

Vuelve a destacar la Sala lo fácil que resulta colocar a alguien en contradicción adjudicándole tesis que no ha sustentado o no queriendo entender lo que claramente se ha dicho.

Si se lee serenamente la providencia recurrida, podrá observarse que la Sala solo ha dicho, con meridiana claridad, lo siguiente: que existen algunas limitaciones a la potestad legislativa ordinaria (arts. 78-2 y 120-7, 12, 14 y 19); y que no es lo mismo la potestad reglamentaria incidental en casos de orden público,

(v. gr. toque de queda, prohibición de expender bebidas alcohólicas, manejo especial de tropas, etc.) que el control más profundo de esta, por vía de excepción, mediante decretos legislativos. Si bien, en el primer evento se podría aludir a la confusión de potestades y a la indebida intromisión de una rama del poder público (Congreso) en otra (Ejecutivo), en el segundo no acontece otro tanto. Lo cual no quiere decir que el reglamento constitucional sea intocable, puesto que bien se sabe que desaparecida la norma reglamentada, se extingue la norma reglamentaria.

Si se llegare a aceptar que la facultad presidencial indicada en el art. 120-7, se ejerce mediante reglamentos constitucionales autónomos, habría que admitir igualmente que de ese carácter serían también los decretos expedidos con fundamento en el art. 121, como que unos y otros son instrumentos reguladores del orden público, y como tales reglamentos del ejecutivo no tienen el control constitucional que la Carta le asigna a la Corte Suprema de Justicia, seguiríase que aquellos emitidos con respaldo en el citado art. 121, carecerían de dicho control, con violación manifiesta de esta última disposición constitucional.

Al art. 120-7 se le ha querido dar una trascendencia inusitada para enriquecer las atribuciones del ejecutivo, sin advertir que tal precepto no equivale a negar que las demás potestades (legislativa y judicial) también cumplen, aunque por diferentes medios, una labor de tutela y mantenimiento del orden público; o que la transitoria acción gubernativa sobre aspectos del orden público impida la intervención del Congreso, hacia el futuro; o finalmente, que la prohibición también comprenda al presidente de la República, cuando desarrolla facultades extraordinarias.

Nótese bien que el art. 120-7 es esencialmente una exigencia perentoria al ejecutivo para que controle las situaciones de hecho que afectan al orden público, para que al paso que estas aparezcan actúe adecuadamente, con el empleo de la policía y las facultades ordinarias de que dispone, o por la vía excepcional, pero ya dentro de otro concepto legal, de los decretos legislativos. Y está bien que así sea porque es la rama del poder público a cuyo cargo y dirección está la fuerza pública y es la de mayor movilidad dentro de la estructura del Estado. Por eso el artículo en mención corresponde a un rubro propio y restringido de funciones: el presidente de la República como suprema autoridad administrativa.

Pero cuando esta autoridad administrativa aparece como poder legislativo, con atribuciones para suspender las leyes, otra es la naturaleza de ese poder suyo y otros los controles del mismo. En este caso lo único que puede ser "suspender" lo preexistente, pudiendo repetir el ejercicio de esta facultad a medida que aparezca la legislación y esta contradiga lo que el gobierno estimó como norma adecuada de recuperación del orden público, quedando en manos de la Corte la decisión definitiva de si acepta la valoración que de los hechos hizo el ejecutivo o la que ofrezca el legislador en sus nuevas normas. La situación no es, como lo piensan los redactores del salvamento de voto, catastrófica, ni traduce una falta de armonía de los poderes ni un fatal enfrentamiento de estos. Todo poder implica en su ejercicio una posibilidad de pugna con otro. ¿Acaso no ocurre esto cuando el gobierno suspende una ley preexistente al estado de sitio o aparecida con posterioridad a su declaratoria? ¿No pretende imponer su supremacía? Pero esta oposición no es falta de colaboración armónica ni el

principio del abismo institucional. Es precisamente lo que la Constitución ha previsto como ejercicio de la democracia; por eso consagra como solución pacífica y ordenada, la intervención de la Corte. Tampoco se sobresalte nadie porque surja un conflicto entre una autoridad administrativa y una judicial, o entre dos o más pertenecientes a una de estas, porque las leyes ofrecen el remedio al indicar quién, en qué tiempo, en qué forma y con qué clase de consecuencias, debe determinar dónde se encuentran la razón y el derecho.

A nadie dentro de una República seduce la tesis de que colaboración armónica signifique hacer la voluntad de una sola persona o de una sola rama del poder público y de que ello ocurra con tal celeridad que excluya, por sí, todo trámite, toda dilación, toda intervención de organismos creados para actuar en esas contiendas, así no sean instantáneas sus resoluciones.

Hay que convenir, se reitera, que el órgano propio de la legislación es el Congreso y que los controles automáticos de las leyes están destinados dentro de nuestra Carta no para su ejercicio normal sino para quien, excepcionalmente, los cumple por sustitución. Es esta nuestra actual estructura constitucional.

7. Otra suposición equivocada y gratuita es la de señalar como tesis o consecuencia obligada del criterio de la Sala, que aun el decreto de turbación del orden público (art. 121) puede ser desconocido por la legislación ordinaria.

En parte alguna se ha sostenido ni insinuado esta apreciación. Por el contrario el pensamiento ha sido claro en dejar a salvo esta situación como bien se advierte cuando se explica que, el gobierno, ante una ley que le modifica decretos legislativos, puede suspenderlos si la considera incompatible con su criterio del orden público y de los medios adecuados para restablecerlo. Entonces, si se conserva y resguarda esa atribución del ejecutivo, quiere ello decir que el decreto que reconoce la turbación del orden público y declara en estado de sitio todo el país, o parte de él, se mantiene en toda su primitiva y plena eficacia.

Una cuestión es el decreto que declara turbado el orden público y en estado de sitio todo o parte del territorio nacional, y otra, los que con fundamento en aquel dicta el gobierno para lograr el restablecimiento del orden público alterado; uno y otros solamente pueden ser expedidos por el gobierno; pero esto no impide que el Congreso pueda ocuparse de legislar sobre *materias* transitoriamente reguladas por uno cualquiera de tales decretos con las consecuencias jurídicas propias del tránsito de una normatividad de emergencia a otra de carácter permanente; esto no puede ocurrir, ciertamente, respecto del decreto que declara turbado el orden público y en estado de sitio el país, porque él carece sustancialmente de *materia* distinta a la manifestación gubernamental de que a partir de su sanción empieza a regir la legalidad excepcional del estado de sitio.

8. En lo que respecta al principio de favorabilidad, conviene reproducir aquí el criterio expresado por el doctor LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, miembro de la comisión de 1974, al discutirse el tema "aplicación de la ley penal en el tiempo": "...De tal modo que el tema, por lo menos en teoría, es bastante difícil. Como ustedes saben y lo dice también el doctor BAQUERO, la ley temporal es aquella que tiene fijado el límite de su vigencia, y la otra sería la ley excepcional, dijéramos la que creara delitos en determinadas circunstancias para combatir una forma de delincuencia no presentada sino en un tiempo especial. En este particular vale la pena señalar que a los hechos ocurridos durante la

vigencia de la ley temporal se aplique esta sin más, es decir, no importa qué se haya dicho antes o qué se diga después de ella. Más aún: si en la ley temporal se establece una determinada pena o circunstancia agravante o se cambian las modalidades de la conducta punible de todos modos se aplique esa ley temporal aunque por el trascurso de los plazos o términos a que ella está sujeta haya ya dejado de existir. Este es un principio que yo encuentro, por ejemplo, en los proyectos alemanes tanto el de 1962 como en el de 1966, aceptado sin discusión. En cambio la ley excepcional está sujeta a los principios generales, es decir, que si después de la ley excepcional viene una que cambia la penalidad, etc., pues entonces se vuelve a aplicar dicho principio. Dentro de este esquema tendríamos nosotros que preguntarnos si vamos a hacer diferenciaciones, si vamos a mencionar el caso de la ley intermedia, si sancionado este vamos a fijarnos en sí es ley temporal o excepcional o simplemente vamos a hacer tabla rasa de todo esto y decir que no importa que se trate de dos o de tres leyes o de leyes excepcionales o de leyes temporales siempre se aplica el principio de favorabilidad. *En lo que a mí respecta, como ya les decía, soy partidario de esto último, tal vez haciendo la excepción de las llamadas leyes temporales, pues la tendencia es a aplicarlas sin modificaciones, pero sean las unas o las otras debe aplicarse, en todo caso, la ley más favorable...*" (Subraya la Sala. Anteproyecto de Código Penal colombiano. Acta núm. 7, p. 53, edición del Ministerio de Justicia).

9. Al paso que la tesis de la mayoría no disminuye las potestades de ninguna rama del poder público y las ubica en su debido nivel constitucional, con interpretación coherente y sistemática, la opuesta desequilibra esa noción integradora. La primera nunca niega que el gobierno pueda suspender las normas que considere contrarias a las que él juzga necesarias para el restablecimiento del orden público, pero exige que ese juicio sea concreto y con el debido control constitucional en cada caso; y afirma, además, que no le está vedado al Congreso, así sea en estado de sitio, ocuparse con legislación actualizada, que incluso puede coincidir con lo dispuesto por el gobierno, de materias relacionadas con el orden público turbado. La segunda niega esa potestad legislativa; y quiere, igualmente, que se adivine qué es lo opuesto al orden público y cuál la norma que lo contradice.

En virtud de estas consideraciones, no encuentra la Sala motivos valederos para mudar de criterio ni modificar la decisión tomada.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, resuelve:

No reponer el auto impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Darío Velásquez Gaviria, Alvaro Luna Gómez, Fabio Calderón Botero, Alfonso Reyes Echandía, Dante L. Fiorillo Porras, Luis Enrique Romero Soto, Gustavo Gómez Velásquez, Pedro Elías Serrano Abadía.

SALVAMENTO DE VOTO

*Salvamento de voto de los magistrados Fabio Calderón Botero,
Dante L. Fiorillo Porras y Luis Enrique Romero Soto.*

Respetuosamente nos apartamos del criterio que llevó a la liberación de los procesados Edilberto Medellín Cadena y Pedro Naín Arias Bohórquez, condenados por la justicia penal militar como autores de un delito de extorsión conforme al decreto legislativo 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad), porque estimamos que no les era aplicable el nuevo Código Penal, como lo afirma la mayoría de la Sala en el supuesto, a nuestro juicio equivocado, de que las normas de aquel fueron derogadas por las disposiciones de este y de que el principio de favorabilidad rige esta específica situación.

Las razones que nos asisten son las siguientes:

1. *La conjetura como argumento de una derogación imposible.* No hay duda que el gobierno expidió el decreto legislativo 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad) como legislador extraordinario en uso de las atribuciones que le confiere el art. 121 de la Constitución Nacional, y que posteriormente, en ejercicio de facultades concedidas por la ley 5ª de 1979, profirió los decretos extraordinarios 100, 141 y 172 de 1980 (Código Penal); sin embargo, esto no significa que su pretensión fue la de derogar su propia legislación de excepción, o que lo hizo inadvertidamente; lo primero, porque de haber considerado superada la necesidad de la vigencia total o parcial de aquel estatuto, el presidente de la República habría levantado total o parcialmente el estado de sitio, o derogado total o parcialmente, mediante

otro decreto legislativo, las disposiciones del Estatuto de Seguridad, como ha venido haciéndose tradicionalmente y lo autoriza la Constitución Política; lo segundo porque las leyes no se derogan culposa o inadvertidamente, sino expresa o tácitamente, y ni lo uno ni lo otro se buscó, respecto de ninguna de las normas de estado de sitio, al promulgarse el Código Penal, de donde resulta francamente inexplicable que la Sala funde su decisión sobre el supuesto de que el gobierno, sin proponérselo, derogó inadvertida, descuidada o equivocadamente la norma correspondiente del decreto legislativo 1923, cuando, como conforme a la hermenéutica, ha debido "recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma (en la ley) o en la historia fidedigna de su establecimiento", para darle sus verdaderos sentido y alcances; tampoco hubo derogatoria tácita porque si bien el decreto legislativo 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad) *suspendió* algunos tipos delictivos del Código Penal de 1936 que le eran contrarios, y el Código Penal de 1980 vino luego a regular esas materias y en ciertas hipótesis de manera más benigna, no por ello puede afirmarse la existencia de dos situaciones calificadas por la Sala de absurdas: que no puede *sobrevivir* el decreto legislativo, porque se le quitó su fundamento; y que los juicios del gobierno sobre incompatibilidad de normas jurídicas con el estado de excepción no se refieren al futuro, porque es obvio que no se pueden conocer de antemano las decisiones que habrá

de tomar el legislador ordinario; la primera afirmación no es cierta: el fundamento de los decretos legislativos no son las normas que estos suspenden, sino las situaciones de hecho que generaron u obligan posteriormente a mantener la declaración de turbación del orden público, y la segunda es discutible; tampoco, finalmente, podía producirse derogatoria expresa a causa de que la ley ordinaria no puede derogar la legislación de excepción (Const. Nal., art. 121), ya que el Congreso no tiene facultad constitucional expresa de inmiscuirse en esta esfera de la competencia reservada al Ejecutivo, que este puede ejercer derogando algunas de sus disposiciones mediante decretos también legislativos o toda la legislación de emergencia en la forma que señala la Constitución Política, esto es, levantando el estado de sitio total o parcialmente, única forma constitucional indicada para que dejen "de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado" (Const. Nal., art. 121).

2. *Las facultades del Congreso durante el estado de sitio.* No se discute, porque así lo dispone el art. 121 de la Constitución Nacional, que el estado de sitio en ningún caso impide el funcionamiento normal del Congreso, pero si bien este goza dentro de él de "plenitud de facultades, atributos y poderes", como lo anota la mayoría de la Sala, su *funcionamiento normal*, presupone, por disposición constitucional, el empleo de esa plenitud de facultades, atributos y poderes con sujeción a la obligación perentoria de colaborar armónicamente con el gobierno en la realización de los fines del Estado (Const. Nal., art. 55) y, con mayor razón, con la de conservar, como fin primordial, su propia existencia cuando se halla en peligro: colaborar *armónicamente* es cooperar, coadyuvar, contribuir, auxiliar, secundar, y no impedir, interferir, entorpecer u obstaculizar las obligaciones y las facultades, atribuciones y poderes constitucionales del presidente de la República.

Precisamente los antecedentes que trae la mayoría sobre situaciones en que el

Congreso prorrogó la legislación de emergencia, convirtiéndola en regular y permanente (leyes 2ª. y 92 de 1958, 79 de 1960, 141 de 1961 y 21 de 1973), son ejemplos clásicos de la colaboración que la ramalegislativa debe prestar a la ejecutiva.

Ahora bien, esta colaboración no solo se presenta cuando el Congreso prorroga la legislación de emergencia sino también en casos como el de la ley de amnistía, que antes que contradecir al llamado Estatuto de Seguridad, lo tiene como su fundamento y se confunde con él en sus objetivos sustanciales de restablecimiento de la paz en el territorio nacional.

No hay tampoco exageración alguna en atribuir al gobierno, de manera exclusiva y excluyente, la conservación y restablecimiento del orden turbado porque así lo dispone la Constitución al señalar la esfera de competencia privativa de la rama ejecutiva (Const. Nal., art. 120-7). El interés que las otras ramas puedan tener en el asunto es evidente y, por tal razón, puede coadyuvar a la conservación y restablecimiento de la paz pública mediante una colaboración armoniosa (Const. Nal., art. 55), pero solo dentro de la esfera de sus propias competencias y hasta donde el ejercicio de ellas no interfiera las medidas extraordinarias que hubiere tomado el gobierno.

La responsabilidad política que el último aparte del art. 121 de la Constitución impone al presidente de la República, lo mismo que a los demás funcionarios por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refiere esa disposición, y que la misma Carta no exige al Congreso ni a ninguna otra autoridad, indica que el ejecutivo tiene, en tales circunstancias, poderes especiales de que no están investidas las otras ramas del poder público.

Resulta entonces contradictorio con esa idea suponer que el Congreso tiene el libre ejercicio de sus funciones aun en contra de lo que disponga el ejecutivo y que pueda derogar o modificar las disposiciones de este dirigidas al restablecimiento del orden público, pues si así fuere se presentaría un

evidente desequilibrio entre los derechos y las responsabilidades de los distintos sectores del poder, lo cual no fue ciertamente la idea que el constituyente tuvo al disponer que el Congreso se reuniera por derecho propio durante el estado de sitio, y que este en ningún caso impediría el funcionamiento normal del Legislativo.

Esa situación hay que interpretarla dentro de su contexto histórico y habida cuenta de los fines que se propuso la reforma, tan debatida, de la norma en cita, el principal de los cuales fue establecer un control político inmediato sobre las actuaciones del gobierno que solía abusar, como es bien sabido, del estado de sitio para obtener fines distintos al de restablecimiento del orden público.

Obsérvese, por otra parte, que mientras el gobierno está obligado a enviar los decretos de estado de sitio a la Corte para que esta ejerza el control de constitucionalidad, estaría libre de esa traba el Legislativo, lo que también está indicando que aquel tiene poderes superiores en esa situación ya que el constituyente estuvo atento, y lo demostró de varias maneras, a que los ejerciera en la forma adecuada.

Es pues, cierto, como lo afirma la decisión mayoritaria de la Sala que “el Congreso conserva su potestad de legislar sobre tales materias (las de estado de sitio), como acto de armoniosa colaboración con el Ejecutivo” si, por supuesto, existe realmente esa colaboración armoniosa y no, como ya se ha dejado reiteradamente dicho, entorpecimiento u obstaculizamiento de las obligaciones y de las facultades constitucionales del presidente de la República en tiempo de guerra o de conmoción interior.

El ejemplo que trae la mayoría de la sala de “armoniosa colaboración” consistente en que “a) el gobierno dicta un decreto de estado de sitio declarado exequible por la Corte; b) el Congreso expide una ley que regula diversamente las materias tratadas en el decreto precedente y, por lo mismo la deroga en todo o en parte, expresa o tácitamente; c) el gobierno suspende total o par-

cialmente, *de modo expreso*, la vigencia de dicha ley mediante decreto legislativo; y d) la Corte Suprema de Justicia revisa este decreto y declara si es o no contrario a la Constitución”, es la descripción de la forma como se produciría el enfrentamiento de las ramas del poder público de llevarse a la realidad aquella tesis. Sería el ejemplo más cabal del enfrentamiento de poderes y de competencias que pudiera darse, pues contra lo que supone la mayoría, ellas no reflejarían la colaboración armoniosa que demanda la Constitución sino la intervención desatinada del Congreso como factor de desorden institucional, que el gobierno y la Corte Suprema de Justicia tendrían que remediar.

3. *Las prohibiciones al Congreso durante el estado de sitio.* La potestad legislativa del Congreso, como la de las demás ramas del poder público dentro de sus respectivas esferas, no es *ilimitada* (Const. Nal., art. 2º) pues, además de otras restricciones, le está expresamente prohibido “inmiscuirse por medio de resoluciones o de leyes en asuntos que son de la privativa competencia de otros poderes” (Const. Nal., art. 78-2).

Esta limitación a la potestad legislativa del Congreso resulta, en consecuencia, *expresa*, porque basta remitirse a las normas constitucionales que en forma privativa atribuyen competencia a las otras ramas del poder público para identificar, por este modo, los asuntos en que no puede inmiscuirse el Congreso por medio de resoluciones o leyes de su cuño; en consecuencia, si es privativo del presidente de la República “conservar en todo el territorio el orden público, y restablecerlo donde fuere turbado” (Const. Nal., art. 120-7), aunque para ello se vea compelido a declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella y, portanto, convertirse en legislador extraordinario (Const. Nal., art. 121), es lógico que las atribuciones excepcionales que en este evento asume hacen parte de su competencia privativa y de su exclusiva responsabilidad, como lo determina la Carta al estable-

cer que “serán responsables el presidente y los ministros cuando declaren turbado el orden público sin haber ocurrido el caso de guerra exterior o de conmoción interior; y lo serán también, lo mismo que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refiere el presente artículo” (ibídem).

Es por eso por lo que la Constitución, ya lo hemos dicho, limita la potestad legislativa cuando señala la esfera de competencia del Congreso (Const. Nal., art. 76), y cuando al mismo tiempo determina la de las otras ramas del poder público (Const. Nal., arts. 120, 121, 122 y 151), de modo que, como también lo admite la mayoría, para que el Congreso pueda invadir una competencia privativa de otra rama del poder público se requiere de norma *expresa*, lo que sucede únicamente en el evento de la llamada emergencia económica, para la cual la Constitución dispone que “El Congreso podrá en todo tiempo y a iniciativa propia, derogar, modificar o adicionar las materias específicas de los decretos a que se refiere este artículo” (art. 122), y no ocurre, desde luego, en lo que respecta al orden público, en relación con el cual no existe disposición alguna que dé idéntica o semejante facultad al Congreso.

Es verdad, por tanto, que las leyes expedidas por el Congreso pueden *normalmente* derogar de manera expresa o tácita otras leyes o decretos precedentes, pero también lo es que no puede hacerlo “en asuntos que son de la privativa competencia de otros poderes” (Const. Nal., art. 78-2) como los decretos legislativos, que competen privativamente al gobierno en estado de sitio (art. 121).

4. *Principios de favorabilidad y de prevalencia de normas.* Si bien el principio de favorabilidad es norma constitucional (art. 26), también lo es el principio de excepción que comporta el estado de sitio (art. 121), cuya prelación nadie puede discutir. Ambos son principios de fuero constitucional. El principio de favorabilidad no es absolu-

to, tiene el límite que le impone el orden natural de las cosas, esto es, que impera entre normas de igual categoría y procedencia. Más claramente, obra entre normas de excepción y también entre normas ordinarias, pero jamás entre unas y otras, indistintamente. Tal mixtura repugna al ordenamiento positivo por que el principio de favorabilidad se convertiría en instrumento derogatorio de toda clase de normas, en particular de las del estado de sitio y, en consecuencia, en factor desnaturalizador del régimen de excepción, situación que no quiso el constituyente ni puede propiciar el juzgador. En cambio, el principio de excepción es prevalente porque impone la aplicación inmediata de las normas de estado de sitio, por ser especialísimas, transitorias y encaminadas exclusivamente al restablecimiento del orden público turbado.

Demostrado que el nuevo Código Penal no puede derogar el decreto legislativo 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad), el fenómeno jurídico que se advierte no es el de una simple sucesión de leyes sino el de un clásico conflicto de normas. En efecto: no hay lugar a sucesión o tránsito de leyes porque este fenómeno exige que la norma anterior bajo la cual se cometió el hecho punible esté derogada y que la ley posterior la sustituya; en cambio, aquí se presenta un conflicto de normas porque este fenómeno exige la vigencia simultánea de dos leyes que regulan de modo diferente la misma materia. En la sucesión de leyes de igual categoría obra el principio de favorabilidad a través de los mecanismos de la retroactividad y de la vigencia de la ley anterior. En el conflicto, los principios de especialidad, consunción y subsunción determinan la norma aplicable. Encontrándose vigentes a un mismo tiempo el denominado Estatuto de Seguridad y el nuevo Código Penal, el conflicto de normas es real porque, como igualmente lo acepta la mayoría, ambos regulan de manera diversa aspectos de una misma materia y establecen consecuencias cuantitativamente distintas en el orden punitivo, es decir, se *contraponen*. Entonces,

no cabe duda que la disposición aplicable es el decreto legislativo 1923 de 1978 por su prevalencia constitucional y por ser norma de excepción para una situación especial y extraordinaria.

Para que existan leyes excepcionales, ordinarias especiales, permanentes y temporales, no es necesario enmendar la Carta. Esa clasificación es universal y responde a las distintas competencias privativas que la misma Constitución establece. Como lo hemos advertido, la existencia innegable de esas diversas categorías de normas influye necesariamente en el ámbito de aplicación del principio de favorabilidad.

En verdad, el decreto legislativo 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad) no es una ley especial en el sentido a que se refiere el art. 376 del nuevo Código Penal; luego, también por este aspecto, aquel estatuto quedó al margen de las previsiones de este.

No habría inconveniente en aceptar que el actual Código en su art. 355 reguló integralmente la materia relacionada con el delito de extorsión creando un tipo penal abierto, con verbos rectores más amplios, pena distinta y específica circunstancia de agravación, porque, precisamente, esas connotaciones específicas son las que demuestran de manera objetiva que esa norma ordinaria se encuentra en conflicto con la de excepción, o sea, con el art. 6 del decreto legislativo 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad). Pero también esas connotaciones son las que permitirían dentro del criterio de la mayoría, que invoca una sucesión de leyes, concluir que por el aspecto descriptivo de la conducta punible es más

favorable la norma excepcional (Estatuto de Seguridad) porque comporta un tipo penal *cerrado* donde el juez tiene que ceñirse a su texto, que no la del nuevo Código Penal que siendo *abierto* cae en un relativo arbitrio judicial con los peligros que esto supone. Como se ve, ese criterio no da seguridad jurídica porque a quienes se encuentran procesados les convendría esta interpretación y a quienes ya han sido condenados la que pregona la Sala. En consecuencia, es forzoso concluir que por sus mismos cauces la jurisprudencia que sienta la mayoría resulta contradictoria.

Finalmente, no se puede confundir el control político que ejerce el Congreso sobre el Ejecutivo con la potestad legisladora del mismo para hacerlos depender uno del otro y sostener que si se reconoce la *preeminencia* de aquel control político debe igualmente admitirse la facultad legisladora del Congreso "aun en materias relacionadas con el orden público", porque son dos cosas distintas y autónomas: el control político implica poder exigir responsabilidades, mientras que la potestad legisladora simplemente supone el ejercicio *ordinario* de una competencia funcional del Congreso.

En esta forma creemos haber dejado plenamente rebatidos todos los argumentos que tuvo en cuenta la mayoría para tomar la decisión que motiva nuestro total desentimiento.

Bogotá, D. E., 31 de marzo de 1981.

Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Luis Enrique Romero Soto.

SALVAMENTO DE VOTO

Salvamento de voto de los magistrados Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras y Luis Enrique Romero Soto. Adición al mismo del doctor Romero Soto.

Respetuosamente volvemos a apartarnos del criterio que llevó a la liberación de los procesados Edilberto Medellín Cadena y Pedro Naín Arias Bohórquez, condenados por la justicia penal militar como autores de un delito de extorsión conforme al decreto legislativo 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad), porque seguimos estimando, ahora más firmemente, que no les era aplicable el nuevo Código Penal, como insiste en afirmarlo la mayoría de la Sala en el supuesto, a nuestro juicio equivocado, de que las normas de aquel fueron derogadas por las disposiciones de este y de que el principio de favorabilidad rige esta específica situación.

Las razones que nos siguen asistiendo, que se fundan en claros textos constitucionales, son las siguientes:

1. La cuestión concreta a que se contrae la discrepancia surgida entre los magistrados de la mayoría y los que manifestamos nuestro total desacuerdo con ella consiste, exactamente, en saber si durante la vigencia del estado de sitio pueden, el Ejecutivo y el Legislativo, de manera simultánea, adoptar medidas encaminadas a conjurar el estado de guerra exterior o de conmoción interna, de modo que el deber y la responsabilidad de procurar el restablecimiento de la paz pública perturbada quede repartida indistintamente y aun podría decirse que caprichosamente entre esas dos ramas del poder público.

Para la mayoría, a nuestro juicio con ostensible desacierto, el funcionamiento normal del Congreso durante el estado de sitio le permite a este intervenir, al lado de la rama ejecutiva, en la adopción de las medidas necesarias para enfrentarse al enemigo extranjero y a los revolucionarios nacionales, pudiendo, en consecuencia, dictar leyes *permanentes* para conjurar la situación *transitoria* de anormalidad presentada como resultado de la guerra exterior o de la conmoción interna y, en ejercicio de esa facultad, adicionar, modificar, aclarar y aun derogar los decretos legislativos dictados por el gobierno con el fin de asegurar el triunfo de las armas colombianas sobre el enemigo, o de superar el caos, el desorden y las amenazas contra las instituciones patrias, que se presentan como resultado de la subversión organizada.

Con estas premisas falsas, se concluye fácilmente que el Congreso, al facultar al gobierno para expedir un decreto-ley y este al hacer uso de esa delegación de poderes del Congreso, y aun el propio Congreso, por medio de leyes, puede derogar alguna o algunas o todas las medidas vigentes adoptadas por la rama ejecutiva para ganar la guerra o conjurar la subversión.

Y ya obtenida esta pretendida conclusión, que el Congreso, al facultar al gobierno para expedir el nuevo Código Penal (decretos 100, 141 y 172 de 28 de enero de 1980), derogó alguna o algunas de las nor-

mas dictadas para restablecer la paz pública, concretamente las del decreto legislativo 1923 de 1978, "en cuanto a los aspectos que resultan comunes a ambos estatutos".

2. La Constitución Política de Colombia dice, sin embargo, todo lo contrario:

a) No existe, en ningún tiempo, supremacía de ninguna de las ramas del poder público sobre las otras, sino especificación y, por tanto, limitación de las atribuciones de cada una de ella en relación con las demás, dentro de los precisos términos que la misma Carta establece:

"...Art. 2º. La soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece..." (se subraya).

"....."

"...Art. 55. Son ramas del poder público la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional..."

"...El Congreso, el gobierno y los jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado (artículo 6º del acto legislativo número 1 de 1945)..." (se subraya).

Esta separación y limitación de las funciones de cada una de las ramas del poder público determina sus propias órbitas de acción, de manera que constitucionalmente le está prohibido a cada una inmiscuirse en los asuntos de las otras, sin perjuicio del deber, también consagrado constitucionalmente, de colaborar todas entre sí, dentro de la esfera de sus respectivas competencias, en la realización de los fines del Estado.

A ese respecto dice JACOBO PÉREZ ESCOBAR:

"En los comienzos del siglo pasado se llevó a cabo la emancipación de los pueblos de América, influidos por las revoluciones norteamericana y francesa que no ha mucho acababan de pasar. Los principios e ideas que les sirvieron de sustento inspiraron en el Nuevo Mundo las modalidades de los sistemas de gobierno que se implanta-

ron en reemplazo del que acababa de aniquilarse. Las instituciones liberales tenían entusiasta acogida entre los hombres que con sus esfuerzos de héroes comenzaron la lucha titánica por modelar una patria a imagen y semejanza de la que habían soñado. Así, en Colombia desde las Constituciones de 1811 y de 1812 se estableció como invariable el principio de la separación de los poderes. Se creyó tiránica la reunión de estos en una sola persona o corporación. La Constitución de 1886 conservó el principio tradicional, disponiendo en el artículo 57: "Todos los poderes públicos son limitados, y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones."

"Como se observa en el artículo transcrito, se conserva la terminología clásica de poderes pero ninguno de estos es soberano, porque la soberanía en Colombia teóricamente ha residido en la nación, cuya representación jurídica lleva el Estado. Dice TASCÓN que entre nosotros «la soberanía del Estado, entendiendo por tal la potestad de realizar el derecho, es ejercida por todos los poderes públicos, pero cada uno en la esfera de sus respectivas atribuciones, de una manera limitada, es decir, sin que ninguno sea soberano, en el sentido que le da a esta palabra la doctrina francesa, esto es, de poder incondicionado y absoluto».

"El artículo 57 también establecía que todos los poderes públicos «ejercían separadamente sus respectivas atribuciones». Esta era la concepción venida de la Revolución Francesa y que con los avances del derecho público sufrió serio quebranto. Hoy no se admite que haya, en primer lugar, coexistencia de varios poderes, sino la de uno solo con sus diversos órganos, los cuales, en segundo lugar, *no se conciben separados como ruedas locas de una maquinaria, sino armonizados en sus funciones, estas sí propias y separadas, en la realización de los fines del Estado...*" (Derecho constitucional colombiano, 2ª edic., Editorial Horizontes, págs. 313 a 314).

Y entre las formas constitucionales en que gobierno y Congreso colaboran armó-

nicamente, cita el mismo tratadista las siguientes:

"El gobierno puede en relación con la función legislativa, ya sea material o formal:

"1) Dictar decretos con fuerza de ley; decretos legislativos (arts. 121 y 122 de la Const.), decretos-leyes (ord. 11 del art. 76 de la Const.), decretos especiales (ord. 11 del art. 76 de la Const.) y los decretos con fuerza de ley para poner en vigencia los proyectos de ley sobre planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas (inc. 6º del art. 80 de la Const.).

"2) Presentar proyectos de ley, tomar parte en los debates, objetar los proyectos de ley y sancionarlos (arts. 79, 118 ords. 3, 4 y 7º, 85, 86 y 134 de la Constitución).

"3) Abrir créditos adicionales al presupuesto y efectuar traslados en el mismo (art. 212 de la Const.)."

"....."

"El Congreso puede en relación con el gobierno:

"1) Pedir al gobierno los informes escritos y verbales que necesite para conocer los actos de la administración no reservados, para ilustrarse y legislar (arts. 103 ord. 4º, y 118 ord. 5º de la Constitución).

"2) Requerir la asistencia de los ministros y nombrar comisiones que vayan a visitar los ministros (inciso final del art. 103 de la Constitución).

"3) Recabar del gobierno la cooperación de los organismos técnicos oficiales para mejor desempeño de sus funciones (ord. 6º del art. 103 de la Constitución)".

No se concibe, en consecuencia, como colaboración armónica entre las ramas del poder público, sino como indebida intromisión de una en las atribuciones de otra, que el gobierno dicte normas de carácter general y permanente, violando la disposición del art. 76 que establece que "corresponde al Congreso hacer las leyes", o que este declare "turbado el orden público y en estado de sitio, la República o parte de ella", suspenda los decretos legislativos "que sean incompatibles con el estado de sitio" o lo

declare "restablecido tan pronto haya cesado la guerra exterior o terminado la conmoción interior", con violación de lo dispuesto en el art. 121 que atribuye tales facultades y deberes, *privativamente*, a la rama ejecutiva.

Pero si lo que se pretende es encontrar un mayor número de atribuciones en una de las ramas del poder público no es esta, ciertamente, la legislativa.

Nuestro sistema constitucional, parece olvidarse en ocasiones, consagra el régimen presidencial y no el parlamentario.

A este respecto expresa LUIS CARLOS SÁCHICA:

"Existe una preponderancia evidente del presidente de la república, jefe de la rama ejecutiva, sobre las otras ramas del poder público, aunque, teóricamente, las distintas ramas son jerárquicamente iguales y tienen señalado un ámbito exclusivo de competencia y que, además, está prohibida la interferencia mutua. El presidente dispone de una gran suma de facultades y la práctica política le da, como caudillo de partido con mayorías parlamentarias a su favor, medios suficientes para determinar de modo definitivo toda la marcha del gobierno. Si esta prelación no está reconocida jurídicamente, opera en los hechos, configurando lo que llama FIEDRICH «el liderazgo ejecutivo», cuestión tanto más clara, cuando se advierte la ineficacia del Congreso y el problema de los poderes residuales e intersticiales, como campo propicio para desarrollar un poder de tipo monocrático, aunque combinado con una saludable influencia democrática resultante de la elección popular del presidente, el reconocimiento de su responsabilidad exigible judicialmente por las cámaras, la limitación del período presidencial y otros dispositivos que tienden a restringir los poderes de aquel". (Constitucionalismo colombiano, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1966, pág. 212).

b) Durante la vigencia de estado de sitio y para los solos efectos del restablecimiento del orden público, a los poderes ordina-

rios del gobierno, de suyo numerosos, se agregan los que le confiere el art. 121 de la Constitución Política:

“En donde aparece con mayor intensidad la indiscutible preeminencia del presidente de la república frente a todos los demás organismos del Estado, es en el art. 121 de la Constitución, cuando, turbado el orden público por conmoción interior o guerra internacional, puede decretar en estado de sitio la república, y asume facultades excepcionales que le dan todos los medios necesarios para la restauración de la normalidad. Situación en la cual se peraltan e intensifican tanto los poderes del gobierno, que FIEDRICHNO vacila en designar tal institución como «dictadura constitucional», epígrafe bajo el cual se estudia en otro capítulo esa circunstancia”.

“Se afirma la tendencia a dar primacía al ejecutivo, y, por consiguiente, a quien tiene su jefatura, en el art. 78 de la Carta. Acataando el principio de la división funcional del poder público, pero al mismo tiempo estableciendo las diferencias más notables del sistema presidencial con el parlamentario, dicha disposición prohíbe al Congreso «dirigir excitaciones a funcionarios públicos, inmiscuirse en asuntos que son de la privativa competencia de otros poderes, dar votos de aplauso o de censura respecto de actos oficiales y pedir informaciones sobre negocios diplomáticos que tengan carácter reservado». Se quiere con esto mantener y hacer respetar la autonomía de las ramas del poder, evitar las interferencias recíprocas entre los mismos, pero también dejar claro que la rama ejecutiva no depende, no está subordinada al legislador, y que su estabilidad no depende de la confianza que le dispense el parlamento, como sucede en el régimen opuesto, donde un voto de censura produce la caída del gabinete, y un voto de confianza sortea una crisis” (SÁCHICA, ob. cit., págs. 477 a 478).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 12 de junio de 1945,

precisa la supremacía constitucional del gobierno sobre el Congreso durante el estado de sitio:

“Para la emergencia de la perturbación del orden público pueden los decretos estatuir respecto de lo no reglamentado y suspender las reglamentaciones incompatibles con el estado de anomalía. Pero no es esto solo, sino que puede aun el gobierno por medio de tales decretos extraordinarios hacer lo que el Congreso no puede realizar en su función legislativa ordinaria, en tiempo de paz; pues este no ha de afectar las garantías individuales y sociales previstas en el Estatuto; en tanto que el presidente en tiempo de turbación del orden público puede, por medio de decretos autorizados por todos los ministros, limitar el ejercicio de aquellos derechos y garantías” (se subraya).

c) La reunión del Congreso durante el estado de sitio no desplaza hacia este, en consecuencia, ni la facultad de velar por el restablecimiento del orden público, ni la de reformar, suspender o derogar los decretos legislativos dictados por el gobierno, pues, por reunirse el Congreso, no por ello deja de ser esta función única y exclusiva del gobierno.

PÉREZ, en la obra citada, precisa de este modo las facultades de la rama ejecutiva de acuerdo con el art. 121 de la Constitución Política de Colombia:

“*Facultades del gobierno en virtud del estado de sitio.* La declaración del estado de sitio tiene como único objeto aumentar en forma excepcional las atribuciones policivas del gobierno como medio para lograr el restablecimiento del orden público perturbado, ya sea en todo el territorio nacional o en parte de él, a causa de la guerra exterior o conmoción interior.

“Según nuestra Constitución, en virtud de la declaración del estado de sitio el gobierno adquiere tres clases de facultades: las que la Constitución le otorga para tiempos de guerra o de perturbación del orden

público, las facultades legales y las que, conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes, rigen para la guerra entre naciones (inc. 1º, art. 121)...”.

“...a) *Facultades constitucionales.* La Constitución prevé en varias normas un doble régimen de legalidad: el de la legalidad normal, o sea la legalidad en tiempo de paz, y el de la legalidad marcial, o sea la legalidad prevista para los casos de perturbación grave del orden público cuando se declare el estado de sitio”.

“c) *Facultades conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes.* La Constitución se limita a establecer que el gobierno adquiere las facultades que, conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes o derecho internacional, rigen para la guerra entre naciones. Estas facultades no han sido definidas claramente. Para algunos autores ellas se encuentran en los códigos o disposiciones militares; para otros dichas reglas son las establecidas por las costumbres internacionales en relación con la guerra entre naciones. De todas maneras esas facultades resultan muy amplias por ser imprecisas, ya que no se les conocen sus límites” (ob. cit., págs. 453 y 455).

No existe entre nosotros, de otra parte, norma alguna que permita al Congreso dar facultades al gobierno para conjurar la perturbación del orden público, esto es, volviendo a la ley que facultó al Ejecutivo para expedir el nuevo Código Penal, que tales atribuciones jamás pueden entenderse, otorgadas con aquel fin, en primer término porque el gobierno en esas materias es autónomo y no necesita autorización alguna del Congreso para ejercerlas (art. 121), y, en segundo término, porque hasta ahora ninguna norma constitucional o legal permite el otorgamiento de ellas como, a nuestro juicio con ostensible desconocimiento de nuestro régimen constitucional, lo declara la mayoría para concluir que el Congreso, al facultar al ejecutivo para expedir el Código Penal, le dio con ello autori-

zaciones para modificar o derogar la legislación de estado de sitio:

“*Facultades legales.* Estas facultades son las que la ley debe darle al gobierno, dentro del marco de la Constitución, para conjurar la perturbación del orden público. *Hasta el momento ninguna ley ha establecido dichas facultades, pero es de desear que se dicte una ley general sobre facultades del gobierno durante el estado de sitio*” (se resalta) (PÉREZ, ob. cit., pág. 455).

d) La reforma constitucional que estableció el funcionamiento del Congreso durante el estado de sitio no tuvo como finalidad, ni se pretendió con ella repartir entre aquel y el gobierno la responsabilidad del restablecimiento de la paz pública turbada como resultado de una guerra exterior o de una conmoción interna, como insiste en sostenerlo la mayoría, sino, como lo enseña la historia reciente del país, con el propósito fundamental de controlar políticamente los abusos en que la rama ejecutiva pudiera incurrir so pretexto o con ocasión de esa situación excepcional.

PÉREZ ESCOBAR, en la obra tantas veces citada, precisa los antecedentes de la reforma:

“*Compatibilidades de las reuniones del Congreso en el estado de sitio.* Con antecedentes en la administración del presidente Eduardo Santos, durante la cual fueron clausuradas las sesiones ordinarias de las Asambleas por considerárseles incompatibles con el estado de sitio, en las proximidades de unas elecciones presidenciales, el gobierno del presidente Mariano Ospina Pérez clausuró el Congreso el 9 de noviembre de 1949, mediante el decreto 3520 de esta fecha, por considerar que las reuniones de dicho cuerpo eran incompatibles con la existencia en el país del estado de sitio”.

“A partir de esa época fue tesis constante del partido liberal la compatibilidad de las reuniones del Congreso con la existencia del estado de sitio, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 55 de la Carta que con-

sagra el principio de la separación de funciones de las ramas del poder público. De aquí que cuando se institucionalizó el Frente Nacional mediante la reforma plebiscitaria y actos legislativos complementarios, el partido liberal propugnó por la reforma del entonces art. 121 hasta lograr la expedición del acto legislativo núm. 1 de 1960, en virtud del cual se estableció perentoriamente que el Congreso debería reunirse durante el estado de sitio no solo en el tiempo de sesiones ordinarias sino durante todo aquel en que hubiera estado de sitio, sesiones que fueron llamadas "especiales" por la Corte Suprema de Justicia.

"La práctica de lo que se convirtió en «Congreso permanente» por ser casi permanente en nuestro país el estado de sitio, mostró que no era conveniente tener al Cuerpo Legislativo reunido obligatoriamente durante todo el tiempo en que estuviera declarado el estado de sitio en todo el territorio de la República o en parte de él. Esto llevó a que en la reforma constitucional de 1968 se modificara la norma que establecía las reuniones durante el estado de sitio declarado a causa de conmoción interior" (págs. 458 a 459).

SÁCHICA, por su parte, señala la imposibilidad de que el Congreso, en estado de sitio, pueda interferir las facultades privativas del gobierno y neutralizar y desbaratar los esfuerzos (de este) en su intento de regresar a la paz:

"La oportunidad o inoportunidad de medidas graves y urgentes no puede ser materia de deliberación parlamentaria, lenta y mal intencionada. El responsable de la guarda del orden público es el gobierno y no el congreso. La eficacia de aquel como guardián de la paz depende de la rapidez y aun de la sorpresa en su actuación. Los ordenes militares pueden ser detenidas en su ejecución por una acusación de intenciones políticas, que pueden dejar desguarnecido al gobierno. Y la labor legislativa del congreso, finalmente, puede neutralizar y desbaratar los esfuerzos del gobierno en su

intento de regresar a la paz" (ob. cit. pág. 343).

e) Si, pues, el Congreso, en estado de sitio, puede seguir ejerciendo las funciones que le son propias en tiempos de *normalidad* y el gobierno, además de las que tiene de ordinario, ejercer las que le confiere la Constitución en épocas de turbación del orden público, particularmente las que le permiten suspender las normas permanentes dictadas por el Congreso para proferir otras en su reemplazo, es claro que cada una de esas ramas del poder público actúa dentro de las esferas de sus respectivas competencias, esto es, sin que el gobierno pueda *derogar* las leyes expedidas por el Congreso, ni este, tampoco, *suspender* los decretos legislativos dictados por aquel.

Reiteramos, en consecuencia, la siguiente conclusión de nuestro anterior salvamento de voto:

"Demostrado que el nuevo Código Penal no puede derogar el decreto legislativo 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad), el fenómeno jurídico que se advierte no es el de una simple sucesión de leyes sino el de un clásico conflicto de normas. En efecto: no hay lugar a sucesión o tránsito de leyes porque este fenómeno exige que la norma anterior bajo la cual se cometió el hecho punible esté derogada y que la ley posterior la sustituya; en cambio, aquí se presenta un conflicto de normas porque este fenómeno exige la vigencia simultánea de dos leyes que regulan de modo diferente la misma materia. En la sucesión de leyes de igual categoría opera el principio de favorabilidad a través de los mecanismos de la retroactividad y de la vigencia de la ley anterior. En el conflicto, los principios de especialidad, consunción y subsunción determinan la norma aplicable. Encontrándose vigentes a un mismo tiempo el denominado Estatuto de Seguridad y el nuevo Código Penal, el conflicto de normas es real porque, como igualmente lo acepta la mayoría, ambos regulan de manera diversa aspectos de una misma materia y establecen consecuencias cuantitativamente distintas en el orden pu-

nitivo, es decir, se contraponen. Entonces, no cabe duda que la disposición aplicable es el decreto legislativo 1923 de 1978 por su prevalencia constitucional y por ser norma de excepción para una situación especial y extraordinaria".

En suma, si una ley revistiera, *pro tempore*, al presidente de la República de precisas y expresas facultades extraordinarias para derogar alguno o algunos o todos los decretos legislativos dictados por este en ejercicio de la atribución que le confiere el art. 121 de la Constitución Política, todo el mundo entendería que esas facultades no le podían ser otorgadas por el Congreso, a causa de que el presidente las tiene por voluntad soberana del propio constituyente y porque el Congreso de la República, careciendo de ellas, no podía, tampoco, delegarlas.

Sin embargo, lo que no puede hacer el Congreso mediante ley expresa, lo ha hecho este tácitamente, a juicio de la mayoría de la Sala, al facultar al gobierno para expedir el Código Penal, razonamiento que, como es obvio, no podemos compartir.

Por ello, respetuosamente, reiteramos nuestro total disenso con la decisión anterior.

Bogotá, D.E., 21 de mayo de 1981

Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Luis Enrique Romero Soto.

Adición al salvamento de voto

Comoquiera que la decisión mayoritaria contiene referencias y transcripciones de lo manifestado por mí sobre el principio de favorabilidad en el seno de la Comisión que redactó el Anteproyecto de Código Penal de 1974 de la cual hice parte y como, además, una lectura superficial de tales opiniones pudieren propiciar la idea de que en el salvamento de voto y, en general, en mis actuales conceptos estoy en contradicción

con lo dicho entonces, me permito exponer, brevemente, la razón fundamental que demuestra lo contrario, es decir, que no me he apartado de las ideas en aquel momento manifestadas y que no hay contradicción de ninguna especie entre ellas y las que contiene el susodicho salvamento de voto.

En efecto, una de las razones fundamentales de este es la de que no existe en la situación examinada por la providencia cuya reposición se pide una sucesión de leyes sino una coexistencia de normas y que, en tal caso, son las que regulan los conflictos de leyes las que deben aplicarse dando prelación, por las razones que allí se explican y que siguen vigentes, a las del estado de sitio.

Ahora bien, en los conceptos expresados por mí en la Comisión Redactora se parte de que, para aplicar el principio de favorabilidad, del cual era, soy y seguiré siendo fervoroso partidario, se requiere que haya sucesión de leyes.

Así se desprende, en forma directa y clara de todo el contexto de lo transcrito y de otros apartes que dejaron de transcribirse.

Pero también ese concepto fue expresado por mí en forma inconfundible cuando dije, como aparece en la providencia mayoritaria, que "la ley excepcional está sujeta a los principios generales, es decir que *si después* (subrayo) de la ley excepcional viene una que cambia la penalidad, etc., pues entonces se vuelve a aplicar dicho principio" (esto es, el de favorabilidad). Ahora bien, ese "después" no es una indicación simplemente cronológica, ni hay por qué suponerlo así, como hace la comentada decisión, sino que tiene carácter eminentemente jurídico, o sea, el reemplazo de una ley por otra, en otras palabras: un fenómeno de sucesión de leyes.

Con mayor claridad (y yo diría que con absoluta nitidez) aparece este pensamiento más adelante, pero en el mismo párrafo donde se dice "cuando un individuo comete un hecho bajo el imperio de determinada ley y el proceso se dilata y cambia la legisla-

ción (subrayo) y se agravan las condiciones de la sanción, él no tiene por qué cargar con la morosidad judicial”, expresión donde se pone de presente que la ley favorable solo se aplica en caso de cambio de legislación y no, como ocurre en el que es materia de la decisión de la Sala, cuando existen normas en vigencia simultánea.

Y para no multiplicar las citas, esta última con que se cierra el párrafo parcialmente transcrito por la decisión mayoritaria: “En el fondo de todas estas cuestiones hay muchas consideraciones en pro y en contra que creo, para terminar, se puede solucionar a la manera como lo han hecho mu-

chas legislaciones como la argentina en donde se dice que se aplica penal más benigna no importa que haya sido una ley intermedia”.

No se necesita mucho esfuerzo mental para entender que donde se habla de leyes intermedias, se está haciendo directa alusión a una sucesión de leyes, es decir, a ordenamientos legales que se han ido poniendo en vigencia, uno después de otro, pero que no rigen simultáneamente, como ocurre, se repite, con las normas del llamado Estatuto de Seguridad y del nuevo Código Penal.

Luis Enrique Romero Soto. Magistrado.

Esta revista se terminó de imprimir en los talleres litográficos de Editorial Temis S.C.A., el día 10 de julio de 1981.

LABORE ET CONSTANTIA