

DERECHO PENAL

¿PUEDE HABLARSE EN COLOMBIA DE UN DERECHO PENAL DE EMERGENCIA?

Julio GONZÁLEZ ZAPATA*

O. INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene la intención de examinar el significado del tránsito legislativo en materia penal, ocurrido en Colombia, por la expedición de la Constitución de 1991. Con él se pretende argumentar la respuesta al interrogante que le sirve de título. Es una respuesta limitada porque se contrae al examen de una situación muy concreta que sirve, sin embargo, como prueba adicional, si es que se requería, de que en Colombia carecíamos y carecemos de Estado de Derecho; que de esta situación son tan responsables el Ejecutivo, el Legislativo y la Rama Judicial como el mismo Constituyente.

* Doctor en Derecho y Ciencias Políticas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Catedrático en el área de Derecho Penal, de la misma.

Que el sistema penal colombiano se caracteriza por ser de emergencia, ha sido debidamente demostrado en el trabajo de Alba Lucía VANEGAS, Carlos Mario ÁLVAREZ Y William Fredy PÉREZ, «LA EMERGENCIA EN COLOMBIA: NOTAS SOBRE LA CRISIS DEL SISTEMA PENAL».¹ Que esa forma «emergencial» no ha sido puesta siquiera en duda en el cambio normativo más grande que ha sufrido el sistema jurídico colombiano en el siglo XX es la prueba adicional del tipo de «normalidad institucional» que tenemos.

0.1. ALGUNOS ANTECEDENTES

En los años siguientes a 1970, en países de Europa Occidental tales como El Reino Unido, Francia, Italia, Alemania y España se expidieron normas excepcionales, como respuesta al terrorismo. Esto generó un importante número de reflexiones teóricas, sobre el alcance material de esas normas y su sentido frente al Estado Social de Derecho. Es frecuente encontrar, por lo menos dentro de los autores españoles, la afirmación de que estas legislaciones han generado una cultura de emergencia.² Con la incorporación de muchos de esos preceptos a los códigos penales y de procedimiento penal, podríamos hablar de una verdadera normalización de la emergencia. Estas normas, una vez incorporadas a la legislación ordinaria, despiertan un obvio pesimismo sobre el futuro de la democracia y la seriedad con que se asume, en muchos ámbitos, el concepto de Estado Social de Derecho.

En Colombia, en cambio, hablar de normas de emergencia, es hablar de una historia demasiado larga. En los últimos cincuenta años ningún gobierno ha dejado de utilizar el Estado de Sitio y con fundamento en las facultades que concedía el artículo 121 de la Constitución de 1886, se dictaron abundantes normas jurídicas, especialmente en el campo penal, que constituyen, naturalmente, excepciones al Código Penal y al Código de Procedimiento Penal de cuestionable constitucionalidad. Las normas contenidas en esos decretos se caracterizan, fundamentalmente, porque crean nuevas figuras delictivas o amplían el campo de acción de las consagradas en el Código Penal; aumentan en forma considerable las sanciones; establecen procedimientos especiales; a veces crean instancias judiciales especiales o atribuyen competencias judiciales a órganos administrativos de diverso orden y otorgan con frecuencia competencia a las fuerzas militares para juzgar a civiles.

1 Ver trabajo por los autores, con el mismo nombre. Tesis de Grado, Facultad de Derecho, Universidad de Antioquia, 1996.

2 Ver LÓPEZ GARRIDO, Diego, *Terrorismo y Derecho*. Alianza Editorial, Madrid, 1987, 225 págs. TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Terrorismo y Derecho*. Tecnos, Madrid, 1988. 131 págs. SERRANO PIEDECASAS, Ramón. *Emergencia y crisis del Estado Social de Derecho*. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuidad.

La convocatoria en 1991 de una Asamblea Nacional Constituyente, con el propósito de elaborar una Nueva Constitución, generó esperanzas, por lo menos en algunos sectores, de tener un sistema penal garantista y civilizado, con los implícitos derechos de los ciudadanos y los correlativos límites del Estado.

Trataré de evaluar el fundamento que tenían esas esperanzas de acuerdo con el texto de la Constitución y los desarrollos efectivos que la Constitución ha tenido en el campo penal.

1. LA CONSTITUCIÓN DE 1991: NUEVAS ESPERANZAS Y VIEJAS REALIDADES

1.1. LAS ESPERANZAS

El título II, capítulo 1 de la Carta Política consagra los derechos fundamentales de los habitantes de Colombia tal vez como ninguno otro estatuto constitucional lo había hecho antes. En materia penal se dibuja un cuadro casi concordante con las garantías propias de un Estado de Derecho. En efecto, el artículo 29 establece la garantía del debido proceso con casi todos los componentes que la teoría política y jurídica consideran necesarios: Leyes preexistentes al acto que se imputa, juez competente, observancia plena de las formas de cada juicio, favorabilidad de la Ley penal aun cuando suponga una aplicación retroactiva, presunción de inocencia, derecho de defensa a través de un abogado, un proceso público sin dilaciones injustificadas, derecho de contradicción, impugnabilidad de las sentencias condenatorias, *non bis in idem*, amén de otros no menos importantes: Proscripción de la pena de muerte (artículo 11); prohibición de desapariciones forzadas, torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes (artículo 12); derecho a la intimidad (artículo 15); inviolabilidad de la correspondencia (artículo 15); libertad de pensamiento y opiniones (artículo 20); libertad de circulación (artículo 24); legalidad de la detención (artículo 28); *habeas corpus* (artículo 28); derecho a la no autoincriminación (artículo 33) y prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación (artículo 34).

Los derechos humanos y las garantías fundamentales no pueden suspenderse, ni aun en los Estados de Excepción, señala el numeral 2 del artículo 214. Y la facultad legislativa, para elaborar códigos, es indelegable por parte del Congreso de la República (artículos 150 # 2 y 10, inciso 4°).

Las Normas rectoras del Código de Procedimiento Penal no se quedan atrás; en sus veintidós artículos recavan sobre estos principios y hasta agregan otros:

- Debido Proceso, artículo 1°

- Presunción de inocencia, artículo 2°
- Reconocimiento de la dignidad humana, artículo 3°
- Reconocimiento de la libertad, artículo 4°
- *Habeas Corpus*, artículo 5°
- Imperio de la Ley, artículo 6°
- Contradicción, artículo 7°
- Publicidad, artículo 8°
- Favorabilidad, artículo 9°
- Cosa Juzgada, artículo 15°
- Doble instancia, artículo 16°
- *Reformatio in Pejus*, artículo 17°
- Lealtad, artículo 18°
- Gratuidad, artículo 19°
- Igualdad, artículo 20°
- Prevalencia de las normas rectoras, artículo 22°

Si el Título II de la Constitución y el Capítulo Preliminar del Código de Procedimiento Penal pudiéramos tomarlos en serio, afirmaríamos que el sistema penal colombiano, por lo menos en su aspecto normativo, estaría a la altura de las exigencias de un Estado de Derecho; se echa de menos una consagración expresa del principio de tipicidad y de la legalidad de la pena, pero, ¡algún defecto debería tener!

1.2. EL SISTEMA PENAL DE 1991: UNA CRIATURA DEFORME

Ese remanso de derechos y de garantías que se acaban de enunciar, estaba minado desde su nacimiento:

1.2.1. El artículo 5° transitorio de la Constitución le concedió facultades legislativas al Ejecutivo, para «expedir las normas que organicen la Fiscalía General y las normas de Procedimiento Penal» (literal a). De esta manera, se perpetuaba una vieja costumbre del antiguo Estado de Sitio: Un ejecutivo convertido en legislador penal.

Habría que anotar, sin embargo, que este desliz del constituyente de 1991 no puede considerarse tal a menos que se le mire desde un punto de vista ingenuo. Esta salida transitoria probablemente no hizo sino revalidar una forma de construir el sistema penal colombiano, que no sólo tiene una larga historia, sino que materialmente produce los mismos resultados. En efecto, mucho antes del proceso constituyente advertía Emiro SANDOVAL HUERTAS sobre lo indiferente que resulta, en nuestro país, que una norma la expida el gobierno o el congreso: «Queda en claro, empero, que de ninguna manera estamos afirmando que si aquellas normas hubie-

ran sido aprobadas por la rama legislativa, su contenido sería sustancialmente distinto del que tuvieron o tienen. Antes bien, encontramos que entre los muchos textos penales provenientes del Gobierno y los pocos dictados por el Congreso, existe una coincidencia esencial en su significado y orientación. De allí que Cámara y Senado no hayan tenido inconveniente de (sic) adoptar, incluso íntegra y literalmente, para convertirlo en «permanentes» bastantes disposiciones penales que el ejecutivo había dictado con supuesto carácter de «transitorias»; así se hizo, *verbi gratia*, con el Decreto 1988 de 1971, cuyas normas fueron insertas en la Ley 21 de 1973».³

1.2.2. El artículo 8° transitorio, tal vez signifique una deformación mayor: Se autoriza al gobierno para convertir en legislación permanente las normas dictadas bajo el amparo del Estado de Sitio. La Constitución proclama una diferente concepción del Estado, se consagran otros principios rectores, pero se pretende instrumentalizarlos con las viejas herramientas reputadas autoritarias.

1.3. LA CRIATURA VA TOMANDO FORMA... DEFORME

El gobierno de César GAVIRIA TRUJILLO hizo uso de las facultades que le concedió el Constituyente y, mediante los Decretos 2699 y 2700 de 1991, expidió el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación y el Código de Procedimiento Penal, respectivamente.

El Código de Procedimiento Penal instituyó los Fiscales y Jueces Regionales, que reemplazan a los Jueces de orden público, creados mediante el Decreto de Estado de Sitio número 1631 de 1987; a pesar de que estén contemplados en el mismo Código, son una auténtica Jurisdicción, con sus propias reglas y, en algunos casos, con cierta jerarquía sobre los jueces ordinarios, tal como lo establecen los artículos 89 y 96 del Código de Procedimiento Penal; el primero, al señalar que, cuando se trata de delitos conexos y alguno de ellos es de competencia de los jueces regionales, prevalece la competencia de éstos. En igual sentido, regula el artículo 96 los casos de acumulación de procesos.

Ante esta jurisdicción, tienen operancia la figura de los funcionarios judiciales sin rostro, los testigos secretos y las pruebas secretas; no existe audiencia pública para el juzgamiento de los delitos y la única medida cautelar que se impone contra las personas, es la detención preventiva. Además, en la práctica de pruebas no se admite la presencia del Abogado.⁴

³ SANDOVAL Huertas, Emiro. *Sistema penal y criminología crítica*. Bogotá, Editorial Temis, 1985, pág. 13.

⁴ Artículo 20 Decreto 99 de 1991, convertido en legislación permanente por el artículo 4° Decreto 2271 de 1991.

La idea de que en este Código se regulaba íntegramente la materia y de que lo que se trataba era de incorporar en un solo texto esa dispersión de normas, funcionarios, procedimientos y reglas, está demostrada, palmariamente, por el mismo código, en su artículo 5o. transitorio, cuando prescribe:

«INTEGRACIÓN A LA JURISDICCIÓN ORDINARIA DE LA JURISDICCIÓN DE ORDEN PÚBLICO: La jurisdicción de orden público se integrará a la jurisdicción ordinaria desde el momento en que comience a regir este nuevo código. Los jueces de orden público se llamarán jueces regionales y el Tribunal Superior de Orden Público se llamará Tribunal Nacional. La competencia de estos despachos no se modifica, continuarán conociendo de los mismos hechos que han venido conociendo hasta ahora, de acuerdo con los decretos que no impruebe la Comisión Especial para convertir normas expedidas en ejercicio de facultades de Estado de Sitio en legislación permanente».

A lo largo del Código queda claro que dentro de una «misma jurisdicción» unas reglas funcionan frente a los funcionarios de la Justicia Regional y otras frente a los demás. Por ejemplo, cuando regula las causales de excarcelación, el artículo 415 contiene un párrafo, en su parte final, que no deja la menor duda: «En los delitos de competencia de los jueces regionales la libertad provisional procederá únicamente en los casos previstos por los numerales 2 y 3 de este artículo. En los casos de los numerales 4 y 5 los términos para que proceda la libertad provisional se duplicarán».⁵

Este Código no sólo regula la materia íntegramente sino que es una norma

5 Artículo 415. CAUSALES DE LIBERTAD PROVISIONAL. Además de lo establecido en otras disposiciones, el sindicado tendrá derecho a libertad provisional garantizada mediante caución juratoria o prendaria en los siguientes casos:

- ...
2. Cuando en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el sindicado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito que se le imputa, habida consideración de la calificación que debería dársele.
- ...
3. Cuando se dicte en primera instancia, preclusión de la investigación, cesación de procedimiento o sentencia absolutoria. En los delitos de competencia de los jueces regionales, la libertad prevista en este numeral sólo procederá cuando la providencia se encuentre en firme.
- ...
4. Cuando vencido el término de ciento veinte días de privación efectiva de la libertad, no se hubiera calificado el mérito de la instrucción. Este término se ampliará a ciento ochenta días, cuando sean tres o más los imputados contra quienes estuviere vigente detención preventiva. Proferida la resolución de acusación, sin que se hubiere celebrado la correspondiente audiencia pública.

posterior a aquellas convertidas en legislación permanente, que pudieran entrar en colisión con él. En efecto, el gobierno convirtió en legislación permanente una serie de decretos de estado de sitio mediante los Decretos 2266 (del 4 de octubre de 1991) y 2271 de la misma fecha, y con posterioridad se dicta el Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 del 30 de noviembre de 1991).

Integrar la jurisdicción de Orden Público, como incordio permanente⁶ al Código de Procedimiento Penal, es suficiente motivo de preocupación sobre la vigencia real de los principios consagrados en la Constitución y en las mismas Normas Rectoras del Código de Procedimiento Penal.

Introducir, además, una Fiscalía con criterios marcadamente administrativos, significa un rudo golpe a la autonomía e independencia interna de la rama jurisdiccional, pues de hecho no habrá sino un sólo criterio y la interpretación jurídica, deja el espacio para las órdenes administrativas⁷. La posibilidad de una apelación ante un funcionario imparcial se desdibuja al inscribirse en una estructura jerárquica donde no se separan claramente las funciones administrativas y judiciales.

6 Aunque teóricamente, (estos funcionarios regionales y estas normas especiales), no deberían durar «sino» diez años: El artículo 2o. transitorio del Código de Procedimiento Penal, establece: «TEMPORALIDAD. Transcurridos diez años a partir de la vigencia del presente código, los Jueces Regionales y el Tribunal Nacional perderán la competencia para conocer de los procesos que este código les hubiere adjudicado, y la misma será asignada a Jueces del Circuito, o a los que designe la ley.

«Sin perjuicio de lo anterior, pasados cinco años contados a partir de la vigencia del presente código, el Presidente de la República rendirá un informe al Congreso Nacional en el que evaluará los resultados de la actividad de los Jueces Regionales y el Tribunal Nacional».

7 Disposiciones que permiten abrigar estos temores sobre la independencia de los funcionarios, son las siguientes: Artículo 121. FISCAL GENERAL DE LA NACION. Corresponde al Fiscal General de la Nación:

3. Cuando lo considere necesario, y en los casos excepcionales que requieran su atención directa, investigar, calificar y acusar, desplazando a cualquier Fiscal delegado. Contra las decisiones que tome en desarrollo de la instrucción sólo procede el recurso de reposición.

...

5. Durante la etapa de instrucción, y cuando sea necesario para asegurar la eficiencia de la misma, ordenar la remisión de la actuación adelantada por un fiscal delegado al despacho de cualquier otro, mediante resolución motivada. Contra esta determinación no procederá recurso alguno, pero siempre deberá informarse al Agente del Ministerio Público y los demás sujetos procesales.

Artículo 123. FISCALES DELEGADOS ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Corresponde a los Fiscales delegados ante la Corte:

...

3. Cuando lo considere necesario, investigar, calificar y acusar directamente desplazando a los Fiscales Delegados ante Tribunales y Juzgados.

Pero los infortunios para el Estado de Derecho y las garantías de los ciudadanos, no paran ahí: Con todo y lo monstruoso que resulta un diseño institucional y jurídico como el que se introdujo a través de puertas falsas mediante las normas transitorias de la Constitución de 1991, el gobierno y el Fiscal le darían otro golpe bajo: desde la óptica del gobierno de aquella época (César GAVIRIA TRUJILLO, 1990-1994) y el Fiscal General de la Nación, (Gustavo DE GREIFF RESTREPO), su mero funcionamiento es un peligro para la democracia, las instituciones y la convivencia social, como se demuestra a continuación.

2. UNA CRIATURA DEFORME BOMBARDEADA

2.1. EL FISCAL Y EL GOBIERNO: ¿QUIÉN PERTURBA A QUIÉN?

En carta del señor Fiscal General Gustavo DE GREIFF a César GAVIRIA TRUJILLO, Presidente de la República, se dice: «Teniendo en cuenta lo dispuesto por los artículos 251, numeral 5o., de la Constitución Política y 8o. del Decreto 2699 de 1991, me permito informarle que hoy y en los días inmediatamente anteriores, se han presentado numerosas solicitudes de libertad provisional y acciones de «Habeas Corpus» por parte de procesados por delitos cuyo conocimiento corresponde a la antigua jurisdicción de orden público, hoy Jueces Regionales y Tribunal Nacional, todo ello motivado en interpretaciones de la legislación adoptada como permanente por la Comisión Especial Legislativa y del Código de Procedimiento Penal expedido por la misma Constitución, que en mi concepto **no corresponden al recto entendimiento de dicha legislación y Estatuto.**

«La situación anterior en mi concepto está causando serias perturbaciones al orden público, razón por la cual he considerado conveniente ponerla en su conocimiento para que dentro de su competencia el Gobierno adopte la medidas que estime pertinentes»⁸ (Sin subrayas en el original).

.....

6. Durante la etapa de instrucción, ordenar la remisión de la actuación adelantada por un Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Distrito a otro despacho.

En el mismo sentido, los artículos 124 # 5 y 125 # 3, al reglamentar los Fiscales delegados ante el Tribunal Nacional respecto de los Fiscales delegados ante los Jueces Regionales y el 125 # 3, en cuanto a los Fiscales delegados ante los Tribunales de Distrito respecto de los Fiscales Delegados ante los Jueces del Distrito.

(En el original no existe ninguna de estas subrayas).

8 Citada en los considerandos del Decreto 1155 del 10 de julio de 1992, por medio del cual se decretó la primera Conmoción Interna de acuerdo con la Constitución de 1991.

Por su parte, el gobierno de GAVIRIA consideró necesario «interpretar de manera auténtica el sentido y alcance de la legislación que le otorgó carácter permanente a los decretos referentes a la jurisdicción de orden público, así como el Código de Procedimiento Penal».⁹

De esta manera, lo que constituye una verdadera modificación de las normas vigentes, se hace aparecer como un problema de mera interpretación; esto es suficientemente revelador de dos cosas: Por un lado, hay una verdad que es oficial y cuyos portadores son el Fiscal General de la Nación y el Gobierno Nacional, y por otro, hay una voluntad por encima del derecho sin importar que ese derecho sea producto del mismo gobierno que encuentra su aplicación «conmovedora».

Tal vez valga la pena recordar que todo esto fue originado porque en julio de 1992 empezaba a regir el Código de Procedimiento Penal, expedido por el gobierno. ¡Deben existir pocos Estados Sociales de Derecho, donde la eventual aplicación de una ley vigente sea suficiente motivo para perturbar el orden público!

Con la declaratoria de la Conmoción Interna y el decreto que la desarrolló (1156 de 1992) el gobierno logró evitar que muchas personas que tenían derecho a la excarcelación, de acuerdo con el Código de Procedimiento, salieran de la cárcel y por consiguiente se las mantuvo detenidas preventivamente, en forma indefinida. En ese momento (1991), esto significaba permanecer detenido preventivamente hasta cuando se purgara la pena, pues esta era la única causal de excarcelación aplicable a las personas procesadas por la Justicia Regional. Otro ejemplo de «nuestra concepción» de Estado Social Derecho: primero se purga la pena y después se juzga.

En este caso, el legislador no hizo nada distinto de avalar lo que el gobierno había hecho: Mediante la Ley 15 de 1992, acogió materialmente el contenido de ese decreto, incorporándolo como legislación ordinaria.

2.2. LA RESPUESTA DE LAS CORTES: TODO MARCHA BIEN

Frente a este panorama, quedaría por examinar la posición de los máximos tribunales, en quienes podrían tener los ciudadanos los últimos guardianes de sus derechos y garantías. Sin embargo, la respuesta de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, cuando les ha correspondido pronunciarse sobre esta legislación, ha sido bastante pálida, en defensa del Estado de Derecho y de los derechos de los ciudadanos; casi siempre se han limitado a darle un apoyo acrílico al gobierno y, en ocasiones, con un rigor argumentado, plagado de buen humor, a sostener el *statu quo*.

9 Considerandos del Decreto 1156 del 10 de julio de 1992.

delictivas «en movimiento», que trascienden los viejos esquemas de los tipos cerrados. De allí que esta Corporación encuentra que a la luz de la Constitución Política, expedida en las postrimerías del siglo XX, los tipos penales abiertos no son inconstitucionales *per se*.

«Ciertamente existen tipos penales claramente tipificados en el Código Penal que no admiten interpretación diferente que la de los contenidos intrínsecos de la misma norma. Pero tratándose de comportamientos que avanzan a una velocidad mayor que la de los tipos —como es el caso del terrorismo—, requieren una interpretación bajo la óptica del actual Estado Social de Derecho. En este sentido, frente a delitos «estáticos» o tradicionales, deben consagrarse tipos penales cerrados. Pero frente a delitos «dinámicos» o fruto de las nuevas y sofisticadas organizaciones y medios delincuenciales, deben consagrarse tipos penales abiertos».

«Esta distinción faculta un tratamiento distinto para dos realidades diferentes, con base en el artículo 13 de la Constitución Política. «Así pues, el «terrorismo» es un delito dinámico y se diferencia por tanto de los demás tipos. Como conducta responde a unas características diferentes de cualquier tipo penal, por lo siguiente «Primero, es **pluriofensivo** pues afecta o puede llegar a afectar varios bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal. Segundo, obedece a organizaciones delincuenciales sofisticadas. Tercero, el terrorista demuestra con su actitud una insensibilidad frente a los valores superiores de la Constitución Política, que son un mínimo ético, al atentar indiscriminadamente contra la vida y dignidad de las personas».¹⁴

Otro criterio, no menos sorprendente, lo consigna la Corte Constitucional en la sentencia que se viene comentando: Considerar que las normas contenidas en el Decreto 2266 de 1991 son constitucionales, porque en este decreto se reproducen decretos que fueron dictados al amparo del anterior estado de sitio y en esa oportunidad, cuando la Corte Suprema de Justicia realizó el control de constitucionalidad, no encontró que riñeran con la Constitución: Así lo dice con referencia al artículo 2° del Decreto 2266 de 1991¹⁵, frente al artículo 4° y otros. Llama la atención este tipo de argumentación porque:

14 Sentencia C127 de 1993. Proceso No. d-179. Magistrado Ponente Alejandro MARTINEZ CABALLERO. Págs. 22-24. Versión fotocopiada.

15 Sentencia citada, pág. 36.

Cuando la Corte Suprema de Justicia hizo los pronunciamientos de exequibilidad de esas normas, lo hizo interpretando facultades extraordinarias del ejecutivo, dictadas bajo el amparo del Estado de Sitio. Es decir, con todo y que el Estado de Sitio se volvió un fenómeno crónico, en nuestro país, no podía renunciarse a la creencia de que se trataba de normas transitorias. El Decreto 2266 de 1991 pretende, precisamente, convertir en permanentes esas normas y eso algo debe significar:

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

«Porque el dilema parece inexorable: o las medidas fueron dispuestas responsablemente para contrarrestar las causas generadoras del estado de conmoción, y entonces no pueden mantener su vigencia cuando esas causas han desaparecido, o éstas no eran transitorias y entonces no podían generar el estado de excepción y, por ende, lo que ha debido hacer el gobierno es proponerlas al legislador ordinario, ahorrándole al país los traumatismos inevitables de la declaratoria de conmoción»¹⁶.

O como lo dice el magistrado Jorge ARANGO MEJÍA:

«Es una paradoja, ¿aparente o real?, que la legislación transitoria que debió dictarse al amparo del estado de sitio, durante la vigencia de la Constitución de 1886, puede ahora ser permanente, a pesar de los ochenta o más artículos que la nueva Constitución consagra a los derechos y libertades fundamentales de la persona. Por este camino llegaremos al estado de sitio permanente sin nombrarlo. Ahora ya no se desgastarán solamente las instituciones diseñadas para las épocas anormales, sino toda la estructura constitucional de los tiempos de paz, con todos los peligros que esto implica para la supervivencia del Estado de derecho, que es incompatible lo mismo con la dictadura que con la anarquía».¹⁷

«Pero, además, por cuanto corresponde al tipo de legislación que

16 Carlos GAVIRIA DÍAZ. Salvamento de voto. Expediente D-179. Versión fotocopiada.

17 Jorge ARANGO MEJÍA. Aclaración del voto. Expediente D-179, pág. 1.

ocupa la atención de la Corte en este proceso, debe insistirse en que, como bien lo afirma el concepto fiscal, no es lo mismo verificar la constitucionalidad de unas normas cuando corresponden al ejercicio de atribuciones extraordinarias propiciadas por la declaratoria de un estado de excepción que examinarlas como disposiciones llamadas a regir de modo permanente, aunque su contenido material sea idéntico. Los criterios relativos al alcance de cada precepto varían de una hipótesis a la otra, de tal manera que no por haberse hallado exequible la norma de Estado de Sitio puede predicarse la exequibilidad de esa misma disposición cuando se la concibe como integrada al orden jurídico de normalidad y ha sido revestida de carácter permanente».¹⁸

De todas maneras, puede hacerse una pregunta: ¿A pesar de las precisiones hechas por los magistrados en sus salvamentos y aclaraciones de votos, la circunstancia de que la mayoría de la Corte Constitucional se atreva a apoyarse en los fallos de la Corte Suprema de Justicia, cuando actuaba como tribunal constitucional, y bajo otra Constitución, no revela el hecho de que, en ciertos sectores (incluidos los guardianes de la Carta), con la Nueva Constitución no ha pasado nada y todo sigue igual?

La respuesta tiene que ser afirmativa: el gobierno, el Congreso, los guardianes de la Constitución han actuado como si ésta no hubiese cambiado y como si lo normal y lo excepcional no fueran distintos. Lo que en Colombia resulta excepcional es el funcionamiento del Estado de acuerdo a los parámetros de un Estado de Derecho, para no hablar del ostentoso Estado Social de Derecho consagrado en el artículo 1° de la Carta Política.

ESTADO DE NECESIDAD. NATURALEZA JURÍDICA. CONSECUENCIAS

Fernando MEZA MORALES*

Para nuestra tradición jurídico-penal, tanto legislativa como doctrinal, el llamado *Estado de Necesidad* ha sido tratado como causal de justificación del hecho. Tal afirmación se deriva de manera natural de su reglamentación legal pues, tanto en el Código Penal anterior (artículo 25, ordinal 3°) como en el actual (artículo 29, ordinal 5°), tal situación extrema y excepcional aparece enunciada en el último lugar de las causales justificantes del hecho lo que apareja, como consecuencia jurídica, su exclusión del catálogo de los actos que generan la condenación a una sanción penal. Empero, apartándome de la dominante opinión jurisprudencial y doctrinal, así como de los explícitos textos legales, he venido sosteniendo en la cátedra, desde hace más de diez años, que la naturaleza jurídica del estado de necesidad es la de causal excluyente de la culpabilidad y que aquella doctrina se apoya en una defectuosa técnica legislativa. En verdad y de acuerdo con tal hipótesis, puede afirmarse que al artículo 29 del Código Penal sobra el numeral 5°, que debe corresponder con el mismo ordinal al artículo 40 del mismo estatuto estructural del delito.

El presente ensayo no pretende exponer de manera exhaustiva las razones que apoyan la hipótesis; solamente propone su enunciación y el diseño sucinto de pocos pero suficientes argumentos que la respaldan. Del primer argumento soy deudor de Reinhard FRANK expuesto en su largo opúsculo *Estructura del Concepto de Culpabilidad*, vertido a nuestro idioma en el texto autorizado de Sebastián SOLER. El segundo argumento se afina en la interpretación de textos legales y, concretamente, de disposiciones de los Códigos Penal, Procesal Penal y Civil.

18 José Gregorio HERNÁNDEZ GALINDO. Aclaración del voto. Expediente D-179. Sentencia C-126. Decreto 226 de 1991.

* Doctor en Derecho y Ciencias Políticas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Catedrático de Derecho Penal, en la misma.