

Colombia. Corte Suprema de Justicia.
Bogotá'

|| JURISPRUDENCIA PENAL .

DECRETO 070 DE 1978

QUE REFORMA EL ARTICULO 25 DEL C. P.

SALVAMENTO DE VOTO ||

En las dos sesiones que la Plenaria de la Corte dispuso para el Decreto N° 070 de 20 de enero de 1978, expuso una serie de observaciones indicativas de su manifiesta inconstitucionalidad. Esos argumentos, expresados en un extenso e incontestado monólogo, pueden sintetizarse del siguiente modo:

1. Abusiva y torpe aplicación de las facultades que concede la Carta en su Artículo 121.

1.a. A la Corte siempre la convence la interesada, caprichosa y forzada manifestación del gobierno, en el sentido de darse "conmoción interior", para refrendar los decretos de estado de sitio, los cuales, indefectiblemente, se limitan a trasladar a los organismos castrenses el juzgamiento de acciones delictivas innumerables, excluyéndose, eso sí, lo relacionado con el título primero, capítulo primero y segundo del libro segundo del Código Penal ("Delitos de traición a la Patria" y "Delitos que comprometen la paz, la seguridad exterior o la dignidad de la nación").

1.b. Pero no se da nunca una confrontación con la realidad nacional para deducir si los motivos son ciertos, excepcionalmente graves, necesarias y conducentes las medidas para el pronto y efectivo restablecimiento de la normalidad. En estas circunstancias queda menos que imposible realizar lo que la Constitución quiere y manda, es decir, el ejercicio controlado del poder. Casi cuarenta años de continuo estado de sitio afirman la verdad de estos asertos y demuestran que al gobernante de turno suele interesarle únicamente el manejo del país a su antojo, sin las naturales molestias y equilibrios que supone el estado democrático, en el cual se ha repartido el poder público en diversas ramas.

1.c. El estado de sitio ha llegado a extremos insufribles. La interpretación moderadora de la singularísima circunstancia de la "conmoción interior" se vuelve aspecto psicológico, más en armonía con las particulares vicisitudes anímicas del gobernante que con las objetivas condiciones del país. Toda alteración emocional viene a satisfacer este requisito, reservado por la Carta para situaciones de inusitada gravedad, incontrolables por los medios ordinarios.

1.ch. Acontece que el motivo para declarar turbado el orden público es uno, pero bien diferente, en su naturaleza y en el tiempo, para desarrollar las facultades. Aunque aquél desaparezca, la anormalidad jurídica continúa en forma indefinida e ingoberna-

ble, pues nadie, y menos la Corte que parece entender que tiene una sola ocasión de pronunciamiento, vuelve a preocuparse por el destino, vigencia y aplicación de los decretos expedidos. Obsérvese cómo la actual turbación de orden público se debió a la paralización de los servicios del sistema nacional de salud, aspecto superado y de modo tan eficaz que al propio gobierno le envanece la reorganización operada en el mismo. Después se invocaron problemas con los estudiantes, maestros, transporte, acción terrorista, paro nacional, y, entre una y otra cuestión, la delincuencia política y la común. No hay, pues, ningún motivo de nuestra agitada vida nacional que no pueda explotarse como causa para declarar o mantener el estado de sitio. Si ésto no constituye destructora desinstitucionalización, quedará muy difícil encontrar mejor ejemplo.

1.d. Otorgándose validez a esta clase de motivos, especialmente los aspectos de la delincuencia, resulta vana esperanza imaginar que algún día pueda, con cierta perdurabilidad, levantarse el estado de sitio. La condición exigida no puede ser más imposible: que desaparezca la criminalidad y se haga innecesaria la actividad de la policía, de los organismos de investigación y de la administración de justicia penal.

Así como la comisión de un delito no puede constituirse en argumento para invalidar la eficacia de un Código Penal y buscar apresuradamente su derogatoria, mutatis mutandis, una serie de delitos no puede convertirse en "conmoción interior", que lleve, precisamente, a despojar a la administración de justicia de sus funciones, cuando su razón de existencia, precisamente, reside en enfrentar a los delincuentes y reducir, siquiera a niveles controlables, los delitos.

1.e. Contrasta la infatigable acción legisladora del estado de sitio con los pregones oficiales de existir una absoluta paz nacional. Y más todavía, con la realización de un proceso electoral beligerante, que llevó a las plazas públicas a miles de miles de manifestantes, de todas las tendencias ideológicas, sin que se trastornara el curso de la vida ordinaria o la fuerza pública se viera en dificultades.

Pero la extrañeza sube de punto cuando ciertas actividades delictivas como las que menciona el Decreto 070/78, llevan a borrar inmediatamente el imperio del título constitucional propio a los derechos civiles y a las garantías sociales.

1.f. ¿Cómo aceptar, resignadamente, que fenómenos de delincuencia común lleven a despojar a los jueces ordinarios de sus atributos, en beneficio de la justicia castrense, y que indefinidamente se borre el imperio del título constitucional de los derechos civiles y garantías sociales, para que la fuerza pública pueda operar sin límite ni contención?

En Italia el gobierno no ha prescindido de los jueces ordinarios para continuar el juicio contra las Brigadas Rojas. Les ha rodeado de recursos y medios de protección. A raíz del secuestro de Aldo Moro, ha ordenado, por primera vez desde la guerra mundial, que el ejército cumpla funciones policivas. Y otro tanto puede decirse de Alemania y Francia. Aquí, por el contrario, acciones de menor repercusión social y política, dan ocasión para que el Ejecutivo, mediante la fuerza pública, asuma buena parte de la administración de justicia y por motivos domésticos no permita, desde hace unos cuarenta años, el regreso del ejército a sus cuarteles. Es una forma distinta de entender la democracia con autoridad y orden y de creer en la Constitución y respetarla. En otras épocas a ésta clase de constitucionalismo, docto en la teoría pero estéril en la práctica, se le distinguía con el nombre del medio geográfico a que pertenecía: puro trópico. Ahora la locución es otra, pero no así el concepto: puro subdesarrollo o en vía de desarrollo.

1.g. No puedo entender cómo la Corte no cesa de reconocer la constitucionalidad de los decretos que trasladan la competencia de los jueces penales ordinarios a los estamentos militares. Es posible admitir que una rama del poder público, en legal y recto ejercicio de sus funciones, pueda considerarse como causa de alteración del orden público y obstáculo para recuperar la normalidad? Y más aún que sus dificultades económicas y la falta de recursos técnicos, que deben aportar el gobierno, se interpreten en tal sentido? Cualquiera inferiría el interés del Ejecutivo por mantener esta ineficacia, para inhabilitar a la administración de justicia y asumir sus prerrogativas. Al gobierno sólo le es permitido, durante el estado de sitio, tomar medidas de emergencia que remedien esta situación deficitaria, pero conservando el normal y constante funcionamiento de la judicatura y la magistratura. Le está vedado socavar su estructura, mermar su aplicación y desconocer su imperio de rama del poder público.

1.h. Hay contrasentidos que merecen destacarse, así sea en un salvamento de voto: cómo se puede aceptar el desprestigio de

los jueces de instrucción, de circuito, superiores o de los tribunales de distrito, sin que se afecte el de la Corte? Si se autoriza el despojo de funciones, en aquéllos, cómo podría rechazarse el que tuviera por objetivo el juzgamiento de altos funcionarios del Estado por parte de la sala de casación penal? Si la administración de justicia, durante cuarenta años, ha sido excluida de la lucha contra importantes sectores de la delincuencia, acción encomendada a las cortes marciales, cómo puede insistirse en el desprestigio de aquélla y tenérsela por factor adverso a la restauración de la normalidad y, al mismo tiempo, mantenerse el buen nombre de éstas y constituir, dejando de lado sus desaciertos, rutinario recurso del estado de sitio? Si en ese dilatado período, durante el cual los más agudos y conflictivos problemas han estado en manos de los consejos verbales de guerra, cómo aludir siquiera a que la administración de justicia es la causa de la impunidad reinante y factor de la intensa ola de corrupción que invade al país? Puede recordarse, en ese tiempo, algún juicio militar celebrado en regiones como la Guajira, Magdalena, Cesar, Atlántico, etc., por un cualquiera de los innumerables delitos que le han sido atribuidos a las cortes marciales? No habrá llegado la hora de que el gobierno, como medida propicia al restablecimiento del quebrantado orden público, restituya a los jueces comunes sus atributos constitucionales y legales? Esta es la más sensata de las soluciones, a las cuales podría agregar, y la mención no es completa, esta serie de logros;

1.i. Dotar a la justicia ordinaria de los medios materiales y humanos, acordes con los requerimientos de una delincuencia en aumento; proteger al funcionario comprometido en graves investigaciones y dar seguridad a los testigos de cargo;

Suspender el sistema de jurados de conciencia, que impide el avance certero de la justicia, cuando no la distorsiona o aniquila por obra de la desidia, el temor o el soborno;

Acelerar y vigorizar algunos procedimientos para especiales grupos de delincuencia (excarcelación, reserva sumarial, defensa oficiosa, recursos, cambio de radicación, instructores ambulantes, etc.);

Efectivizar las capturas, las cuales han venido a convertirse en motivo de mensual lucro para el personal destinado a su realización. Es fenómeno constante, en las flagrancias, encontrar delincuentes a quienes se reclamaba para cumplir detenciones preventivas o purgar severas condenas judiciales;

Hacer del régimen carcelario una institución seria y eficaz. Comúnmente se observa a los delincuentes más peligrosos y adinerados, gozar de privilegios inconcebibles y ambiente propicio a la fuga. De la población de reclusos de Gorgona (aproximadamente 650), se ha dicho en estos días, que apenas unos (20) la constituyen procesados por secuestro, extorsión y estupefacientes;

Constituir en realidad la investigación técnica y científica y dar posibilidad a los jueces para que cuenten con auxiliares competentes;

Actualizar la vigilancia policiva, hoy en manos de particulares, al punto de tenerse que reconocer que las principales ciudades de Colombia, al llegar las siete de la noche, se abandonen al poder del hampa;

Controlar la posesión de armas. Los más avezados delincuentes cuentan con los más calificados medios de agresión y no es extraño que las tengan debidamente amparadas;

Apurar la reforma penal en aspectos tan decisivos como los delitos económicos, el enriquecimiento ilícito, la violación de inhabilidades o incompatibilidades, estados de delincuencia social, etc.; y,

Reorganizar profunda y seriamente el Ministerio de Justicia, para que sea institución central y decisiva en el control de la delincuencia.

Conviene insistir, al cierre de este capítulo, que los fenómenos constantes de la vida social, para los cuales existen instituciones ordinarias de control, no pueden tomarse como motivo para declarar turbado el orden público y perpetuar el estado de sitio. El ilustre ex-magistrado de la Corte, doctor Hernán Toro Agudelo, significó en un valioso salvamebnto de voto lo que, en achaques del 121 de control de la abusiva interpretación del mismo por motivos de delincuencia común, ha debido ser la doctrina inalterable de la Corte. Dijo el 27 de octubre de 1969, repudiando la intervención de las cortes marciales para los delitos de secuestro y "otros de especial gravedad", con desmedro de las atribuciones ordinarias de los jueces, que "...el artículo 121, según su alcance original y más concretamente a raíz de la reforma de 1968, sólo autoriza la declaración del estado de sitio, además de los casos de guerra exterior, en los de conmoción interna, obviamente de tipo político, esto es, cuando se busca alterar el funcionamiento regu-

lar de las instituciones o producir cambio en las mismas, o cuando en general es de naturaleza suficiente como para perturbar el orden público, mediante hechos que requieren especial prevención y represión.

“En principio, la frecuencia o gravedad de la comisión de delitos comunes no autoriza de por sí a la declaración de estar perturbado el orden público, como en su magnífico estudio sobre “Estado de Derecho y estado de sitio”, lo sostiene el actual Magistrado doctor Carlos Peláez Trujillo, quien expresa su concepto de que las perturbaciones del orden pueden ser ordinarias o extraordinarias. “Así —explica— los delitos, las infracciones que turban el sosiego, si bien constituyen desórdenes sociales, corresponden a lo que pudiéramos llamar desviaciones normales u ordinarias, porque son comunes a todo grupo humano y producidos aisladamente carecen de eficacia contra la organización general; la revolución en cambio, el golpe de estado, y en general los atentados contra la organización política, son desviaciones de carácter extraordinario porque a la vez que se salen del cuadro de los hechos corrientes afecta el conjunto de la vida social...”.

2. Estudio concreto del Decreto 070 de 1978 Su intrínseca y notoria inconstitucionalidad.

Valga decir, de una vez, que esta insólita medida cierra admirablemente cuarenta años de abuso del artículo 121 de la Carta y parece constituir el principio de una legislación, en esta órbita, sin antecedentes en el país, por sus implicaciones en el régimen republicano y en las sanas costumbres jurídicas imperantes. Los censores de esta norma la han calificado en forma acertada, al tenerla por “estrambótica barbaridad”.

2.a. Aparentemente conduce a resguardar la acción de los miembros de la fuerza pública en su lucha contra delincuentes tan inhumanos como los secuestradores, extorsionadores o narcotraficantes. Se trata, supuestamente, de vencer vacilaciones suyas por temor a incurrir en inmerecidas sindicaciones. Como la nación está atemorizada por obra de esta clase de delitos, se supo escoger éstos para introducir esta monstruosa adición de las justificantes, para luego, en ocasión propicia, extenderla a otras infracciones.

Los primeros interrogantes que surgen, son estos:

¿Necesitará algún funcionario, para cumplir con sus regladas funciones, que se le halague o premie con la perspectiva de volver impunes sus abusos? ¿Necesitará algún funcionario que se le ense-

ñe con una justificante cómo debe cumplir una orden, intervenir en una averiguación, atender la disposición de la ley? ¿Necesitará algún funcionario, para cumplir con sus atribuciones, una norma superior a las tradicionales y universales causas de justificación? No lo creo así y menos cuando las medidas de protección para la “fuerza pública” existen desde hace un buen tiempo.

En efecto, primero se dijo que la justicia ordinaria no entendía a derechas los graves compromisos que afronta la fuerza pública. Por eso se estableció inicialmente el fuero de la Policía y el DAS, para no aludir al Ejército que siempre lo ha tenido (ver C. P. M., art. 308 num. 2º y Decreto 2260 de 1976). Luego se fue más lejos, en el Decreto 2193 de 1976: “Mientras subsista el estado de sitio, la justicia penal militar, mediante procedimiento de los consejos verbales de guerra, conocerá de los delitos de homicidio y lesiones personales, que se cometan contra miembros de las Fuerzas Armadas y contra civiles que se hallen al servicio de las mismas...”. Tal clase de atentados, así estén totalmente alejados de la función propia, otorgada no obstante este fuero excepcionalísimo.

Ahora la protección es más amplia, pues todo acto que se realice en operaciones de prevención o represión de las tres clases de delitos mencionados en el D. 070, se justifica, se tiene por realizado secundum jus, esto es, conforme a derecho. ¿Pero por qué la justificación, si es tan vital, solo comprende a la fuerza pública y no a los jueces de instrucción, jueces del conocimiento o auxiliares de unos y otros, que enfrentan la investigación de esa clase de delitos?

¿Y por qué se incluye para la fuerza pública lo relacionado con los estupefacientes ahora que la justicia penal militar ya no se ocupa de tan delicadas investigaciones? Conviene observar que durante el estado de sitio surgido de los Decretos 1136 y 1249 de 1975 (levantado por el D. 1263 de 22 de junio de 1976), se adscribió lo de “estupefacientes” a la justicia penal militar (D. 1250/75, art. 2, literal n); pero a partir del actual estado de sitio (D. 2131/76, octubre 7), ninguno de sus decretos ha vuelto a establecer esta engorrosa competencia. Lo que quiere decir que se otorga tutela por razón de prevención y represión de ese delito, a quienes previamente se les ha quitado competencia para investigar y juzgar.

2.b. No deja de ser otra muestra de torpeza, pero la trascendencia de la justificación que se censura, aludir a los delitos de “producción, procesamiento y tráfico de estupefacientes”. Esta

titulación corresponde a una legislación derogada, hoy día inexistente. En efecto, la ley 21/73, denominada "cultivo" y conservación" a lo definido y sancionado en el art. 37 del D. 1188/74, que no mantuvo esta denominación; y la misma ley tituló "tráfico y otras conductas", a lo definido en el art. 38 del citado Decreto 1188. ¿Quedarán el cultivo por fuera de estas expresiones? Otro tanto ocurrirá con la conservación de esas plantas o sustancias generadoras de dependencia física o síquica? ¿En dónde se ubicarán fenómenos como la introducción al país, o su salida, el transporte, la posesión, el almacenamiento, conservación, ofrecimiento o suministro, conductas diferentes de la venta, verdadera acción de tráfico y que puede ésta ser cuantiosa o reducirse a dos o tres papeletas de marihuana? Y qué será de otras importantes conductas señaladas en el D. 1188/74, como por ejemplo las de los arts. 40 y 41?

2.c. La adición modificativa del D. 070, como se deduce de su texto y lo comenta reiteradamente la providencia mayoritaria, no constituye una justificación relacionada con la disposición de la ley, orden obligatoria, legítima defensa o estado de necesidad. La primera ilusión de bondad, se desvanece. No se puede pensar que va dirigida a la acción de legítima defensa, ni al estado de necesidad, ni al cumplimiento de una orden.

¿Por qué estas universales causas de justificación (disposición de ley, orden obligatoria, defensa legítima y estado de necesidad —art. 25 C. Penal y 24, con ligerísima variación, del C. de J. P. Militar—), no son suficientes para asegurar el cabal, eficaz y seguro e indemne ejercicio de la función oficial de un miembro de la fuerza pública, comprometido en esta clase de prevenciones o represiones? Sencillamente porque esas son justificaciones de estirpe humanitaria, civilizada, jurídica, contrarias a la legitimación de delitos injustificables, como se quiere en el D. 070/78.

2.ch. **La disposición de ley**, mencionada en el numeral primero y que en otras legislaciones se conoce como cumplimiento de la ley, suele comprender el cumplimiento del deber, el ejercicio de la autoridad y el ejercicio del cargo. Allí por doctrina, se incluye el uso de la fuerza pública. Al respecto Soler comenta con acierto: "El uso de la fuerza pública es generalmente también el cumplimiento de un deber directamente impuesto por la ley a sus agentes, y bien las reglamentaciones del uso de armas suelen condicionarlo a la existencia de un peligro personal o a la extrema

necesidad para el agente de rechazar una violencia o vencer una resistencia, la justificación del acto de éste, dada la situación que el reglamento establezca, no es la legítima defensa, sino el cumplimiento del deber" —tomo I, pág. 361—.

Nótese la entidad de los gravámenes de la actuación: "peligro personal o la extrema necesidad de rechazar una violencia o vencer una resistencia". aspectos que no son ajenos a las reglamentaciones particulares que en Colombia disciplinan el empleo de la fuerza pública. Citamos a este respecto, lo que indican los Códigos de Policía y de Régimen Penitenciario, para no aludir a los aspectos militares, más drásticos y expeditos, por la índole de la institución y el carácter de sus actuaciones.

Dicen, así:

Artículo 29. Sólo cuando se a estrictamente necesario, la policía puede emplear la fuerza para impedir la perturbación del orden público y para restablecerlo.

Así, podrán los funcionarios de policía utilizar la fuerza:

- a) Para hacer cumplir las decisiones y órdenes de los jueces y demás autoridades;
- b) Para impedir la inminente o actual comisión de infracciones penales o de policía.
- c) Para asegurar la captura del que debe ser conducido ante la autoridad;
- d) Para vencer la resistencia del que se oponga a orden policial que deba cumplirse inmediatamente;
- e) Para evitar mayores peligros y perjuicios en caso de calamidad pública;
- f) Para defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor y sus bienes;
- g) Para proteger a las personas contra peligros inminentes y graves.

Artículo 30. Para preservar el orden público la policía empleará solo medios autorizados por la ley o reglamento y escogerá siempre, entre los eficaces, aquellos que caucen menor daño a la integridad de las personas y sus bienes. Tales medios no podrán utilizarse más allá del tiempo indispensable para el mantenimiento del orden o su restablecimiento.

Salvo lo dispuesto en la ley sobre régimen carcelario, las armas de fuego no pueden emplearse contra fugitivo sino cuando éste las use para facilitar o proteger la fuga (D. 1355/70); y,

Artículo 211. "Los militares, los agentes de policía y los guardianes, a quienes se ha encomendado la traslación de los condenados o detenidos, o la vigilancia externa de los establecimientos carcelarios, o de la custodia de los condenados que trabajan al aire libre, están autorizados a hacer uso de las armas cuando por carecer de otro medio, sea indispensable para impedir la evasión". D. 1817/64).

Estas normas no son exclusivas de Colombia. Son universales, preparadas por expertos en la materia y que permiten la severísima y civilizada actuación de la fuerza pública. No es posible advertir la insuficiencia de esas disposiciones, en cuanto se ocupan de toda actuación violenta y de hecho que ella deba cumplir. Esas reglas no exponen a nadie a injustas sindicaciones, a la vez que protegen a la sociedad de los abusos y desmanes. Precisamente porque tienen este contenido no resultan adecuadas para servir los oscuros fines que se entreen en el D. 070/78.

2.d. Tampoco sirve la justificante de la *orden obligatoria*, tan bella y efectivamente reglamentada en el D. 2857/66, porque esta justificante también contiene los desmanes y, en donde no resulten controlados, subsiste la responsabilidad para quien impartió e impuso una obediencia.

Nuestra Carta, en su artículo 21 concilia las dos tendencias que dominan el complejo de la orden. Una, por razón de la autocrática organización de la autoridad, quiere que la orden se imponga a todo trance, pues importa más la obediencia a ella que la juridicidad; la otra, en cambio, prefiere esta última porque todo ciudadano es súbdito de la ley pero también su centinela, en cuanto debe constituirse como tal en defensa del derecho y la justicia. Pues bien, el deber de inspección de la orden es la justa transacción de estas dos nociones. La orden puede y debe ser analizada para que no se quebrante con ella un precepto constitucional, para que se observe si proviene de autoridad pública, con jerarquía de imposición, expedida con sus formalidades propias (ver el art. 41 del D. 2857/66) dentro del giro ordinario de las actividades. Para los militares, interpretada la locución como debe ser (ejército, marina y aviación), la responsabilidad en última instancia recae en quien impartió la orden indebida, delictuosa y contraria a la Constitución.

Tiene esta justificante el mérito de mantener la responsabilidad de quien la impartió, fuera de establecer requisitos importantes para que obre como tal.

El D. 070/78, al alejarse de esta justificación, quiso exonerar de responsabilidad tanto a quien obedece como a quien imparte la orden. Así se consigue la máxima impunidad y se elimina el deber de inspeccionar la orden, pues si el acto resulta justificado, así sea lo contrario que se quiera de la Constitución y lo delictuoso que resulte lo mendado, no hay para que estudiarla y advertir esas consecuencias, reprimibles en otro régimen jurídico.

2.e. La *legítima defensa* tampoco resulta válida. Claro, porque esa exige actualidad o inminencia de una agresión, necesidad de repelerla y proporcionalidad del acto repulsivo.

2.f. Y ni para qué mencionar el *estado de necesidad*, al cual no obstante estar por fuera del derecho, contiene exigencias como la necesidad de salvarse o de salvar a otro de peligro actual o inminente, no evitable de otro modo, que no deba afrontarse como riesgo profesional y dándose al menos una equivalencia de bienes.

2.g. Si se hubiera querido adicionar las justificantes, evitando la comisión de delitos tan deplorables como los que tratan de conjurarse, bien podría haberse establecido la *presunción* de obrar dentro de la defensa justa, o de cumplir con la orden obligatoria o la disposición de la ley o del estado de necesidad, en beneficio del que obrase dentro de los aspectos objetivos que señala el D. 070/78 (ord. 4º). La cuestión así tratada consigue una protección adecuada del agente y mantiene en un camino de rectitud su comportamiento, porque *aproxima* a la justificante pero *no la reconoce y sí vincula aquélla a requisitos morales y civilizados, excluyentes de acciones innobles, degradantes y nocivas*.

2.h. Cuando el legislador presume la legítima defensa en los casos del morador que rechaza al asaltante nocturno o ejerce violencia contra el desconocido que no explica su presencia en el hogar, apenas *supone* que existió la defensa con todos sus requisitos, así la reacción haya sido desmedida. Tiene la presunción el efecto de no exigir la prueba del peligro ni de la proporcionalidad del rechazo, pero posibilita el que se demuestre la inexistencia de uno y otra. Un ejemplo explica el concepto: quien en esas circunstancias elimina a otro, estando éste indefenso, se presume que no lo hizo así, pero es factible comprobar que fue eliminado cuando de rodillas supplicaba clemencia. Pero la 4ª causal de justificación del D. 070/78,

no presume sino que establece la justificante, reclamando apenas moderámenes objetivos, artificiales, de tan fácil cumplimiento que los requisitos se confunden con la simple intervención del miembro de la fuerza pública. Allí no se alude a actualidad o inminencia de agresión, a necesidad de la repulsa, ni a su proporcionalidad, ni a su inevitabilidad. Únicamente que obre en operación para prevenir o reprimir esos delitos.

2.i. Los impugnadores del D. 070/78, mencionan la serie de actos ilícitos, injustificables, que el Decreto puede amparar y redimir. No transcribo sus apartes porque podrá decirse que ellos, por el papel de acusadores de la norma, distorsionan los hechos y dramatizan sus funestas consecuencias.

Pero es que ésto también lo afirma la Procuraduría. Textualmente anota: "...Quiere esto decir que la fuerza pública puede lesionar, sin incurrir en delito, la vida, la integridad personal, la libertad individual, el domicilio, la privacidad de la correspondencia, la propiedad y aún la honra de las personas, cuando intervenga "en operaciones planeadas para prevenir y reprimir" determinados delitos, sea o no el sujeto pasivo de la acción copartícipe de estos últimos..." Y: "Por una parte expone todos los bienes jurídicos protegidos por el legislador y a todos sus titulares sin excepción, a la acción arbitraria de la fuerza pública y, en el caso opuesto, no se podría dar curso a la eximente propuesta mientras no se calificara jurídicamente el delito que la fuerza política trató de prevenir o de reprimir..."

Esta manifestación del Ministerio Público, que debiera llenar de pavor y alertar contra laxas interpretaciones del Decreto, contrariándose la regla de oro que orienta la acción de inconstitucionalidad (el fallador no debe imaginar el buen uso de la norma sino su abuso para ver si se entroniza la violación de la Constitución), tiene singular importancia. En una alocución presidencial de fines del año de 1977, que aseguraba el control de las acciones delictivas de que se ocupa el D. 070/78, se eludió a la efectiva organización de la policía judicial. Pues, ésta se materializó en el D. 2957 de 24 de diciembre de 1977, colocándola bajo las órdenes de la Procuraduría General de la Nación. Conviene reproducir los siguientes textos:

Artículo 1º La Policía Judicial es un cuerpo auxiliar de la Rama Jurisdiccional del poder público cuya dirección, coordinación y vigilancia compete a la Procuraduría General de la Nación.

Corresponde a las dependencias especializadas del Departamento Administrativo de Seguridad y de la Policía Nacional, a los demás organismos oficiales que existan o se crean con funciones de policía judicial, así como al personal destinado a ejercerlas en forma permanente u ocasional, cumplir las funciones operativas de policía judicial, bajo la dependencia de la Procuraduría General de la Nación.

Artículo 2º En ejercicio de su facultad de dirección de la Policía Judicial, el Procurador General de la Nación tendrá las funciones de:

- a) Nombrar y remover el personal técnico, auxiliar y operativo destinado a ejercer funciones de policía judicial, e incorporar a la Policía Judicial los oficiales, suboficiales y agentes de otras dependencias que haya escogido conforme a lo previsto en el artículo 2º del Decreto 521 de 1971. Salvo decisión en contrario del Procurador, la destinación de los oficiales, suboficiales o agentes al servicio de la Policía Judicial no podrá ser variada sino cumplidos dos (2) años de haberse producido su incorporación. En todo caso, el tiempo servido y las labores desarrolladas serán tenidas en cuenta para los correspondientes concursos de capacitación y ascensos en el escalafón.
- b) Dirigir y reglamentar el funcionamiento y trabajo de las unidades y del personal de policía judicial, determinar su organización, destinación y distribución, e impartirles las instrucciones que considere del caso.
-
- d) Atribuir competencia de policía judicial a los organismos oficiales utilizables con este fin, previo el concepto del Consejo Superior de Policía Judicial.

Artículo 3º La Procuraduría General de la Nación coordinará el ejercicio de las funciones de policía judicial entre los distintos organismos y personal encargados de cumplirlas, con miras a lograr una adecuada integración, y unidad de acción, eficacia y operatividad.

.....

Artículo 5º EL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD ORGANIZARA, CON EL PERSONAL A SU SERVICIO, GRUPOS INTERNOS OPERATIVOS Y DE TRABAJO BAJO LA DEPENDENCIA DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, DESTINADOS A EJERCER FUNCIONES Y ACTIVIDA-

DES DE POLICIA JUDICIAL Y DE PREVENCIÓN, EN RELACION CON LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL Y OTRAS GARANTIAS, Y EN ESPECIAL EL DE SECUESTRO”.

Esto lleva a una reflexión conmovedora. Si los encargados de combatir esta especializada delincuencia, la Procuraduría General de la Nación por intermedio de la Policía Judicial, se aterraron del D. 070/78, qué no podrán imaginarse los demás? ¿Si quien más necesita la fementida protección que entraña este decreto, repudia y advierte su peligro, qué esperar de otros criterios que no sienten ese factor de conveniencia? Pero el Procurador tiene razón de alarmarse y abogar por la inconstitucionalidad de esa justificante para la Policía Judicial (integrante principal de la fuerza pública a que alude el Decreto), porque sabe que ella es una invitación a cometer desafueros. No quiere la nueva clasificación de los delincuentes sin justificación y los delincuentes justificados.

Ahora la divisa será cometer ilicitudes y esperar que no se descubran, pero si ésta ocurre, alegar la justificación del hecho, que comprende todo, absolutamente todo lo relacionado con la operación a que alude el Decreto. A mi me basta esta voz angustiada de la Procuraduría.

2.j. Pero algo más en este mismo sentido y que confirma la previsión del Ministerio Público. La propia Corte, en su decisión mayoritaria, confirma la realidad de estos delitos y delincuentes justificados. Qué otro sentido tienen estos anonadantes párrafos: “tiene ella (*la autónoma justificante*, liberada de los moderámenes propios de la orden obligatoria, la disposición de la ley —los reglamentos sobre el uso civilizado de la fuerza pública— la legítima defensa y el estado de necesidad), por una parte, un amplio alcance en cuanto *no limita los medios de acción* ya que tanto puede referirse al uso de las armas como a otros medios de *coacción*, persuasión y disuasión. Así podría aplicarse a quienes *disparan* (¿en qué momento?; ¿en cualquiera?; ¿antes, durante o después de su aprehensión?; ¿indefensos, rendidos o resistentes?) *sobre* los secuestradores o traficantes de drogas como a los que requisan un domicilio *sin cumplir preceptos legales* o a los que interfieren comunicación telefónica etc...” (las subrayas y lo escrito entre paréntesis fuera de texto original). Y más adelante se repite: “Tiene por objeto crear una nueva *circunstancia exculpativa del hecho punible*”; se convierte en acto jurídico lícito, y por lo mismo excusable, la comisión de *cualquier* hecho *injurídico*”; están protegidos (la fuerza pública) por una *justificación*

de los hechos punibles que se vean forzados a cometer; para actuar (la fuerza pública) válidamente en defensa de los derechos de la sociedad, *fuera de los cuales*, como se ha dicho antes en esta providencia, *los ilícitos no se justificarían*”. (subrayo).

Se justifican, entonces, actos como los siguientes:

Retención indefinida de sospechosos. Las autoridades competentes para el juzgamiento, no podrán reclamarlas ni saber de su paradero. Los decretos anteriores, relacionados con estos delitos, tendían a dilatar los términos en que de hecho podía mantenerse la captura de estos inculcados. Ahora se legitima la ilimitada permanencia de éstos en ignorados sitios.

La violación de la correspondencia está autorizada. Si el allanamiento y la interferencia telefónica se citan como expresos ejemplos, qué no decir de este control policivo. De nada vale que la Corte declarara la inexecutable parcial del literal c. del art. 217 del D. 444/67: “...Ciertamente el artículo 38 de la Constitución garantiza la inviolabilidad de la correspondencia postal y telegráfica, que solo puede interceptarse y registrarse con el único fin de buscar pruebas judiciales, que para el caso de infracciones penales son aquellas dispuestas por el juez y practicados por él o por su orden, o aún por las autoridades de policía pero exclusivamente en los casos en que éstas actúan como auxiliares de los jueces penales, en la investigación de delitos propiamente dichos, es decir, cuando obran en el carácter de policía judicial, y también cuando, excepcionalmente, la ley atribuye a la policía la sanción de infracciones de la ley penal. Por lo mismo no son pruebas judiciales, en el sentido y con los alcances que señala la Carta para que en su búsqueda pudiera interceptarse o registrarse la correspondencia, las que por su finalidad sólo pretenden demostrar la existencia de ilícitos de tipo administrativo.

“Sin necesidad de definir ahora si la búsqueda de pruebas judiciales, que autoriza interceptar la correspondencia, se refiere además de los juicios penales, propiamente dichos, a los de naturaleza civil, laboral u otros, la verdad es que la norma constitucional excluye implícita pero claramente la pesquisa administrativa, no solo por el contexto de la norma y su ubicación dentro del título que consagra las garantías individuales para prevenir abusos de los gobernantes, sino porque la locución “pruebas judiciales” se refería sólo a las producidas para los fines de la administración de justicia, tal como esa materia era entendida a la época de la expedición de la Carta de 1886, de la cual es originario el precepto. Y así se ha

entendido también por los doctrinantes tanto como por el legislador, que de modo expreso contempla la posibilidad de interceptar y registrar la correspondencia, mediante requisitos y formalidades predeterminados, sólo en materia criminal y en el procedimiento sobre concurso de acreedores" (M. Ponente Hernán Toro Agudelo, Diciembre 11/69).

Pero ahora no se trata de buscar pruebas judiciales sino administrativas y policivas. Queda excluido el desconocimiento de la reserva bancaria. Claro que estos resguardos pueden, normalmente, vencerse, pero por orden del juez que controle la necesidad, efectividad y buen suceso de la diligencia. Hoy, el más secundario miembro de la fuerza pública puede olvidarse de esta garantía.

La violación de secretos no es punible. El médico que atendió al delincuente y que posee información valiosa, debe ser interrogado y responder verazmente a la fuerza pública.

Los parientes, a quienes la Constitución autoriza para guardar silencio, podrán ser preguntados ya que saben datos de suma importancia, y si estos requerimientos demandan el empleo de la *tortura*, ésta quedará justificada porque objetivamente se requería para procurar esa prevención o represión.

La falsa acusación tiene abierto el camino. No importa la legalidad y autenticidad de la prueba de cargo, pues lo que interesa es acreditar, como sea, la realidad de una conducta. Si el comportamiento delictuoso del extorsionador, secuestrador o narcotraficante, solo se comprueba alterando la prueba, que no ha sido posible obtener por medio lícito, puede actuarse así. La fuga del preso que ha delatado o suministrado informes confidenciales, es igualmente justificada. Como lo es la usurpación de funciones, pues solo es necesario que se trate de acción dirigida a contener estos delitos, dentro de una operación planeada. Asimismo el peculado, al disponer de ciertos caudales o bienes en fines que no estaban previstos pero que se requieren para combatir, según el criterio de los miembros de la fuerza pública, esta clase de delitos. La retención del abogado que suele, por necesidad o afinidad, asistir a esta clase de delinquentes, también se justifica. Así se impide que dispongan de un medio para asegurarse la impunidad de sus acciones. La retención del hijo, hermano o padre del secuestrador, hasta tanto se produzca la aparición del delincuente o la liberación del secuestrado, será otro medio de coacción válido. Igualmente la congelación de

fondos, la inmovilización de recursos de terceras personas interesadas en salvar al secuestrado. Múltiples hipótesis podrían mencionarse. Pero al fin comentando éstas bastan.

2.1. Estas acciones, tan abiertamente delictuosas y dañinas, no pueden justificarse porque la ley lo diga. Cuando ésta no exige requisitos superiores a la simple actuación del funcionario, está contrariando el espíritu de la Constitución y borrando normas suyas que en momento alguno pueden desconocerse. La Corte, luego de indicar algunas conductas indudablemente delictuosas que el Decreto trueca en suceso jurídico o lícito, intenta fijar algunos límites. Pero este esfuerzo resulta vano porque la restricción no se funda en ningún criterio moral, humanitario, o en una norma de cultura superior o de costumbre propia a un pueblo civilizado. Apenas invoca aspectos materiales, objetivos, concretamente una relación causal entre el acto justificado y la operación planeada para prevenir o reprimir esos delitos. Insiste en decir: "...solo están exentos de responsabilidad, de acuerdo con esta norma, los actos que se dirijan de modo inmediato a prevenir o reprimir los delitos que ella señala..."; "...los actores deben poner por obra actos dirigidos de modo específico a impedir la iniciación o a obtener su cesación, en caso de que ya hubiere comenzado..."; "...Tales actos tienen que ser adecuados a ese fin y de la educación debe juzgarse objetivamente..."; "...No se trata en este caso de la represión penal... sino de la represión policiva o sea del empleo de la fuerza o de cualquier otro medio para eliminar directamente las manifestaciones contrarias al interés social o particular, imponiendo las restricciones a los derechos individuales que sean necesarios para que se mantenga el orden jurídico...". Pero con esta exigencia se podrá contener algún desmán, abuso o crimen, así su autor no esté animado de móviles como "la venganza o el ánimo de lucro"? Todas las hipótesis mencionadas conducen en forma directa, eficaz y adecuada a prevenir y reprimir los delitos de secuestro, extorsión, producción, procesamiento y tráfico de estupefacientes y se cumplen dentro de la operación planeada para servir a estos dos vagos fines.

Con este Decreto, duele decirlo, se matricula el país en la órbita de las legislaciones más retrógradas. Pueda ser que la cuota de sostenimiento, o sea la comisión de actos tan inauditos como los que se autorizan para la fuerza pública, no se satisfaga.

2.11. No alcanzo a entender, por lo expuesto, algunas expresiones alegremente consignadas en la providencia. Muy de paso las comento.

¿Cómo admitir semejanza en las respetables instituciones consagradas en los tres primeros numerales del art. 25 del C. P. (cumplimiento del deber, orden obligatoria, ejercicio de legítima defensa o estado de necesidad) y el cuarto que agregó el Decreto analizado, carente de moderámenes seguros y justos?

¿Cómo aludir a la transitoriedad de esta justificante, si la permanencia del estado de sitio es lo más estable que tiene el país? ¿Y cómo tratar de circunscribir sus efectos hacia el futuro, si por razón del art. 26, aparte segundo, de la Constitución, tiene consecuencias retroactivas?

La prevención es concepto vinculado a fenómenos de anticipación y de allí que equivalga a precaver, evitar o impedir una cosa. Pero la mayoría, cuando trata de distinguir el término y fijar su alcance, equivoca y confunde la noción. Baste la siguiente transcripción: "La prevención de que aquí se trata no es la genérica de que trata el derecho penal y que consiste en intimidar por medio de la pena, tanto a los autores del delito que se sanciona como a las demás personas, a fin de que no vuelvan a delinquir, sino la específica que *pretende evitar* que un determinado delito se cometa. Para ello los actores deben poner por obra actos dirigidos de modo específico a *impedir la iniciación* de la conducta delictiva o a *obtener su cesación, en caso de que hubiere comenzado*". (subrayo).

La "modificación aditiva" se tiene por "un derecho de defensa social". La locución no deja de ser equívoca y con nexos doctrinarios poco compatibles con un estado que se precia de no ser totalitario. Lo grave de la aserción estriba en que reitera la facultad para eliminar al delincuente ("disparar sobre..."). Y, además, porque mediatiza esa "defensa social" no a un proceso justo y completo sino a la mera sospecha y a la reservada e incontrolada decisión que se tome en un operativo militar o policivo.

Resulta extraño que se diga al final de la providencia que derechos y garantías constitucionales como los expresados en los artículos 16, 20, 21, 23, 26, 28, 30, 38 y 55, "en nada resultan afectados" y continúan "rigiendo con las modalidades y desarrollos previstos en normas vigentes, sin que el Decreto que se revisa los desconozca".

Si algo aparece nítido es lo contrario. Si la fuerza pública recibe justificación indebida de hechos que repugnan a la moral, a las buenas costumbres y a las más elementales normas de derecho, ¿cómo puede representar ella, en tales casos, la protección de vida

y bienes que manda la Carta? ¿Qué exceso, desmán o abuso puede atribuirse a las autoridades si se borraron las restricciones que podían generar una extralimitación de funciones? ¿Cómo puede darse ésta si la simple actuación, en operación dirigida a prevenir o reprimir los delitos mencionados, constituye justificación de todo lo actuado? ¿Qué responsabilidad surge de una orden indebida si ya ésta no es necesaria y el subordinado no tiene la obligación de inspeccionar lo mandado?

¿En qué quedan los resguardos de los artículos 23 y 38 de la Constitución, si el domicilio puede ser avasallado por la fuerza pública, si ésta puede interferir la correspondencia o las comunicaciones telefónicas e interrogar, bajo apremios violentos, a privilegiados parientes de los sospechosos?

No aplicar las normas procedimentales como lo mandan las leyes pertinentes, es faltar al debido proceso. Pero sustraerse totalmente a él y quedar exculpado el acto de rebeldía a esas normas, no constituye acción contraria a derecho sino acto plenamente justificado.

¿La retención indefinida, sin necesidad de informar a nadie sobre ella, no constituye acaso una negación de lo dispuesto en el art. 28? Los artículos 67 y 68 del Código Contencioso Administrativo, exigen la ilicitud del acto intencional, preterintencional o culposo, para hacer viable la responsabilidad extracontractual. Pero si estos actos se justifican, no obstante su manifiesta ilicitud, ¿cómo puede prosperar una reclamación de esta naturaleza?

Por estas razones me opuse a la declaratoria de constitucionalidad del D. 070/78. En estas circunstancias no podía responder afirmativamente a una pública solicitud de apoyo, solidaridad y comprensión, expresada por algunos miembros de la fuerza pública.

Este disentimiento, seguramente, se tendrá por voz minoritaria, tal vez insular. Si así fuere, consuela saber que un universo de oscuridad no funde, ni absorbe, ni merma la luz que despide una cerilla.

Bogotá, marzo de 1978.

Gustavo Gómez Velásquez
FIRMO CON UNA SALVEDAD.

Alvaro Luna Gómez
Jesús Bernal Pinzón