

Norma demandada: El gobierno nacional ha enviado para revisión constitucional el Decreto legislativo número 70 del 20 de enero del año que cursa, el cual lleva la firma del Presidente de la República y de todos los Ministros del Despacho:

ESTADO DE SITIO

Causales de justificación del hecho punible. Artículo 25 del Código Penal. El decreto limita el campo de acción a los fines de prevenir y reprimir los delitos de secuestro, extorsión y los de producción, procesamiento y tráfico de estupefacientes. El texto contiene, además, otras limitaciones precisas. - No establece ni directa ni indirectamente la pena de muerte. - Constitucionalidad del Decreto legislativo número 70 de 1978, por el cual se dictan medidas conducentes al restablecimiento del orden público.

Corte Suprema de Justicia. - Sala Plena. - Bogotá, D. E., marzo 9 de 1978.

Magistrado ponente: doctor *Guillermo González Charry*.

Aprobada según Acta número 8, marzo 9 de 1978.

El Gobierno Nacional, en cumplimiento de lo dispuesto por el parágrafo del artículo 121 de la Constitución Nacional, ha enviado para revisión constitucional el Decreto legislativo número 70 del 20 de enero del año que cursa, el cual lleva la firma del Presidente de la República y de todos los Ministros del Despacho:

Su texto dice así:

"Por el cual se dictan medidas conducentes al restablecimiento del orden público.

"El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, y

"Considerando:

"Que por Decreto 2131 de 1976 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional;

"Que la perturbación del orden público se ha agudizado con la intensificación de la delincuencia organizada, especialmente por la comisión de delitos contra la libertad individual, contra la vida y la integridad personal y contra la salud y la integridad colectiva;

"Que es deber del Gobierno tomar todas aquellas medidas que conduzcan al restablecimiento de la normalidad,

"Decreta:

"Artículo 1o Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, el artículo 25 del Código Penal quedará así:

"1o Por disposición de la ley u orden obligatoria de autoridad competente.

"2o Por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

"Se presume que se encuentra en el caso previsto en este numeral, el que durante la noche rechaza al que escala o fractura las cercas, paredes, puertas o ventanas de su casa de habitación o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor, o el que encuentra un extraño dentro de su hogar, siempre que en este último caso no se justifique su presencia allí y que el extraño oponga resistencia.

"3o Por la necesidad de salvarse a sí mismo o de salvar a otro de un peligro grave e inminente contra la persona, no evitable de otra manera, que no se haya causado por obra propia y que no deba afrontarse por obligación profesional.

"4o Por los miembros de la Fuerza Pública cuando intervengan en operaciones planeadas para prevenir y reprimir los delitos de extorsión y secuestro, y producción, procesamiento y tráfico de estupefacientes'.

"Artículo 2o El presente Decreto rige a partir de la fecha de su expedición y suspende las disposiciones que le sean contrarias.

"Comuníquese y cúmplase.

"Dado en Bogotá, D. E., a 20 de enero de 1978".

Dentro del término del traslado para la intervención ciudadana, impugnaron el decreto los ciudadanos Pedro Pablo Camargo, Humberto Críales de la Rosa y Raquel Cecilia Oyuela Páramo. Con diferentes argumentaciones, los tres sostienen que el decreto que se revisa es violatorio de la Constitución, no sólo en su artículo 121 por cuanto implica una extralimitación de poderes del Gobierno Nacional, sino de los artículos 21, 23, 26, 27 y 28 de la Constitución, así como los números 10, 11, 16, 20, 29, 30, 38, 51 y 55 ibídem. En síntesis los impugnadores sostienen que el decreto es consagratorio aún de lapena de muerte, por cuanto autoriza a los miembros de la Fuerza Pública para que, so pretexto de prevenir y reprimir ciertos delitos, desconozcan y atropellen una serie de garantías ciudadanas, comenzando por la vida, que es la más preciosa.

En su oportunidad el Procurador General de la Nación, considera también que el decreto es inexecutable y pide que así se declare. Sus argumentos, son del siguiente tenor:

"Consiste la novedad en adicionar el texto del artículo 25 del Código Penal con una cuarta causal de justificación del hecho que, de conformidad con el artículo 24 del mismo, implica ausencia de responsabilidad penal para su autor.

"Desde luego y por virtud de lo dispuesto en el propio artículo 121 de la Carta, esta modificación aditiva del Código citado es de vigencia temporal, pues automáticamente dejará de regir cuando se declare restablecido el orden público. Sobra así el enunciado inicial del artículo 1o del decreto examinado.

"Como es de general conocimiento, ciertos delitos contra la libertad individual como el secuestro y contra la salud y la integridad colectivas como la producción, procesamiento y tráfico de estupefacientes o narcóticos, han aumentado notoriamente en los últimos tiempos y han asumido modalidades nuevas, que revelan organización y alta peligrosidad en quienes los cometen y tecnificación en sus procedimientos ilícitos; y con frecuencia van acompañados del delito de extorsión y son causa de atentados contra la vida y la integridad personal.

"Sin embargo, no aparece clara su conexidad con las causas que originaron la declaración del estado de sitio, ni puede afirmarse que pongan en peligro la vigencia de las instituciones, ni tiendan a producir efectos políticos que desvertebren el régimen republicano; ni, de otra parte, que la norma ideada ahora para prevenir las y reprimirlos sea conducente al restablecimiento del orden público.

"Se lee, en efecto, en los considerandos del Decreto 2131 de 1976:

" 'Que la Constitución ordena al Estado proteger la vida humana y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales suyos y de los particulares.

" 'Que la protección a la vida supone el cuidado de la salud y que dentro de los deberes sociales del Estado se incluye el de prestar el servicio público correspondiente;

" 'Que es deber primordial del Gobierno preservar la seguridad colectiva y restablecer el orden cuando estuviere quebrantado, mediante el empleo de los medios previstos en la Carta para mantener la vigencia de las instituciones que ella misma consagra.

" 'Que desde hace más de un mes existe en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales un paro inconstitucional que afecta sus servicios médicos, paramédicos y complementarios.

" 'Que por solidaridad, el paro se ha extendido a otras entidades oficiales pertenecientes al Sistema Nacional de Salud, con todo lo cual no sólo se ha perjudicado a los trabajadores afiliados a dicho Instituto sino a la parte más desvalida y numerosa de la población, que solo puedercurrir a los centros hospitalarios de asistencia pública.

" 'Que dentro de los fines del paro está el de coaccionar a las autoridades para que, por las vías de hecho, se abstengan de aplicar disposiciones legales, delitos contemplados en el artículo 184 del Código Penal.

" 'Que diversos sindicatos de entidades estatales y descentralizadas han hecho pública su decisión de llevar a cabo paros de solidaridad con el que ilegalmente se realiza en el Sistema Nacional de Salud.

" 'Que, además, junto con los hechos anteriores han ocurrido otros, como frecuentes asesinatos, secuestros, colocación de explosivos e incendios, característicos de prácticas terroristas dirigidas a producir efectos políticos que desvertebren el régimen republicano vigente, hechos que atentan contra derechos ciudadanos reconocidos por la Constitución y por las leyes y que son esenciales para el funcionamiento y preservación del orden democrático, propio del Estado de Derecho'.

"No se ve, pues, la necesidad de recurrir al ejercicio de los poderes extraordinarios del artículo 121 de la Carta para adicionar la legislación penal sustancial, en la forma prevenida en el decreto revisado. Se descubre así, en primer término, una violación de ese precepto superior.

"Y analizada en sí misma esta norma nueva, se estiman procedentes las siguientes consideraciones:

"Las causales de justificación del hecho que consagra el artículo 25 del Código Penal que, al tenor del artículo 24 de la misma obra, excluyen la responsabilidad, para muchos autores, constituyen circunstancias de exclusión de la antijuricidad. Quiere ello decir que cuando se cumpla una de las conductas tipificadas en el Código dentro de una de las circunstancias descritas en el artículo 25, aunque se satisfagan las exigencias de la tipicidad y de la culpabilidad, el hecho no da lugar a responsabilidad por no ser antijurídico.

"El legislador extraordinario ha considerado entonces ajustado a derecho todo hecho de la Fuerza Pública que intervenga en operaciones planeadas para prevenir y reprimir ciertos delitos.

"Sentado lo anterior como admisible, en gracia de disensión, desde el punto de vista de una política criminal, veamos cuáles son las consecuencias prácticas de la aplicación de la nueva causal de justificación:

"El artículo 25 dice que 'el hecho se justifica cuando se comete, ...'. Por hecho se entiende cualquier conducta humana que objetivamente se subsuma dentro de uno de los tipos descritos en el Código Penal, sin excepción; es decir, que la nueva causal ampara toda clase de hechos encaminados contra cualquiera de los bienes jurídicos tutelados y no solamente contra la vida o la integridad de las personas como ocurre generalmente en los casos del inciso del numeral 2o del artículo 25 conocido por la doctrina como el rechazo al 'visitante nocturno'.

"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. Por lo demás, los presupuestos de la causal implican:

"a) Que se trate de la intervención de la Fuerza Pública en operaciones planeadas, es decir, que la intervención ocasional o accidental de la Fuerza Pública no da lugar a la eximente.

"b) Que la operación haya sido planeada para prevenir o *reprimir*, lo cual da lugar a que en simples labores de vigilancia (prevención) los bienes jurídicos protegidos por el Código queden a merced de la conducta de la Fuerza Pública sin tutela alguna.

"c) La mención de la extorsión, el secuestro y la producción, procesamiento y tráfico de estupefacientes implica una calificación jurídica previa de las conductas que se trata de prevenir o reprimir y por tanto cualquier matiz que incida en su tipicidad haría desaparecer la causal. Tal el caso de que la supuesta extorsión sea en realidad un robo calificado o un chantaje; o en el evento de que no se esté en presencia de un secuestro sino de un rapto o cuando no se produzca, procese o trafique con estupefacientes sino simplemente, se almacenen o porten.

"La causal cuarta de exclusión de la antijuridicidad agregada por el decreto al artículo 25 del Código Penal, por falta absoluta de técnica y por la equivocidad de sus términos produce un efecto contrario al que se pretende y que cae en dos extremos opuestos:

"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 califique jurídicamente el delito que la Fuerza Pública trató de prevenir o de reprimir. En síntesis, la norma desde el punto de vista del derecho penal tiene las siguientes connotaciones cuya simple enunciación destaca sus fallas.

"1. Limita el privilegio a los miembros de la *Fuerza Pública* excluyendo a los cuerpos de investigación que no tienen ese carácter.

"2. Califica las operaciones al exigir su previa *planeación*.

"3. Asimila la prevención, labor exclusivamente pacífica y de inteligencia, la represión que implica acción y enfrentamiento.

"4. Limita, por su denominación jurídica, los delitos cuya prevención o represión pueda dar lugar a la conducta de la Fuerza Pública que se pretende justificar.

"5. Pero, de otra parte, es vaga e imprecisa en cuanto a los elementos que configuran la causal.

"Esto último resulta al compararla con las contempladas en el artículo 25 original y, para citar sólo un texto legal extranjero, con el artículo 53 del Código Penal italiano, en su nueva redacción (artículo 14 de la Ley número 1521 de 22 de mayo de 1975), que dice:

"Artículo 53. *Uso legítimo de armas*. Sin perjuicio de las disposiciones contenidas en los dos artículos precedentes (ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber y legítima defensa), no será punible el funcionario público que, con el fin de cumplir ningún deber de su propio cargo, haga uso u ordene hacer uso de armas o de algún otro medio de coacción física, cuando se vea obligado por la necesidad de rechazar alguna violencia o de vencer alguna resistencia contra la autoridad y así como impedir la consumación de los delitos de estrago, naufragio, hundimiento de naves, desastre aéreo, desastre ferroviario, homicidio voluntario, robo con armas y secuestro de personas.

" 'Esta misma disposición es aplicable a cualquier persona que, requerida legalmente por el funcionario público, le preste ayuda.

"La ley determina los demás casos en que se autoriza el uso de armas o de otro medio de coacción física'.

"Nótese que el texto se refiere al uso de armas exclusivamente para impedir la consumación de ciertos delitos, no para prevenirlos, y que tales ilícitos se hallan precisamente tipificados en el mismo Código, así: estrago, artículo 422; naufragio, hundimiento de naves y desastre aéreo, artículo 428; desastre ferroviario, artículo 430; homicidio voluntario, artículo 575; robo con armas, artículo 628, y secuestro, artículo 605.

"Y es que en materia penal, el legislador debe ser especialmente cuidadoso en no incurrir en vaguedades, indeterminaciones o ambigüedades, porque una falta de técnica en este sentido puede incidir en la constitucionalidad misma de la norma. La Corte Suprema ha expresado al respecto:

" 'Estima la Corte que las expresiones formalidades legales, plenitud de formas en cada juicio, empleadas en los expresados artículos 23 y 26, son fórmulas con que la Constitución ordena la observancia de los siguientes requisitos, aparte de otros declarados en ellos expresamente:

"Que la ley (entendiéndose también por tal toda disposición emanada de autoridad competente, que ordene o prohíba de modo general) debe definir de antemano y de una manera precisa el acto, el hecho o la omisión que constituye el delito, la contravención o culpa que han de prevenirse o castigarse.

"Que hay atentado contra la libertad individual cuando la ley no llena esta condición, sino que deja al arbitrio de quien deba aplicarla como autoridad, la calificación discrecional de aquellos actos, de suerte que puedan estar o no sujetos a prevención, ser o no ser punibles, según el criterio personal de quien los califique...'. (Sentencia de Sala Plena, noviembre 12 de 1928, G. J., T, XXXVI, Pág. 194 y ss.).

"Y si esto es evidente para los hechos u omisiones que la ley tipifica como delitos, también ha de ser predicable de aquellos que la propia ley desea no considerar antijurídicos para excluir la responsabilidad de sus autores.

"Encuentra este Despacho, en conclusión, que el precepto revisado infringe, además de los ya mencionados artículos 121, 23 y 26, el artículo 16 del estatuto fundamental, en cuanto expone al arbitrio y discrecionalidad de los agentes de la Fuerza Pública, los bienes jurídicos cuya protección confía esta norma a todas las autoridades de la República".

Consideraciones:

Como puede observarse el decreto introduce, por medio del numeral 4o del segundo inciso del artículo 1o, una modificación aditiva transitoria al actual texto 25 del Código Penal, que tiene por objeto crear una nueva circunstancia exculpativa del hecho punible, expresando que éste se justifica "cuando se comete... por los miembros de la Fuerza Pública cuando intervengan en operaciones planeadas para prevenir y reprimir los delitos de extorsión y secuestro, y producción, procesamiento y tráfico de estupefacientes". La citada modificación implica una entidad jurídica distinta de las que se contemplan en los tres primeros numerales de la norma, que venían integrando la totalidad de ella (Art. 25) y que, por lo mismo, ofrece particularidades especiales.

En efecto: La citada disposición crea una entidad jurídica diferente ya que no constituye un caso de obediencia a orden obligatoria de autoridad competente, ni una legítima defensa personal ni un estado de necesidad, también personal.

Tampoco puede catalogarse como una legítima defensa presunta ya que, en primer término, no conforma el aparte segundo de la norma citada como hubiera sido lo lógico de haberse querido crear una nueva figura de presunción de defensa; puesto que es allí, en ese aparte donde se contemplan las otras dos, a saber, la que se ejerce contra el invasor nocturno de una casa de habitación o sus dependencias y la que se refiere al extraño resistente.

En segundo lugar, la norma consultada no señala las condiciones que reglamentan la presunción ni ninguna parte de su texto permite entender que se trate de una presunción de legítima defensa.

La figura creada por el Decreto 70 de este año contempla otra clase de circunstancias para justificar la acción de la Fuerza Pública cuando se dirija a la prevención y represión de los delitos de extorsión, secuestro, y producción, procesamiento y tráfico de estupefacientes.

Tiene ella, 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 o disuasión.

Pero, de otro lado, limita el campo de acción a los fines en ella mencionados o sea, prevenir y reprimir los delitos de secuestro, extorsión y los de producción, procesamiento y tráfico de estupefacientes. Esto hace que a primera vista pudiera parecer exorbitante la facultad dada a la Fuerza Pública por la norma en estudio. Sin embargo, si se examina detenidamente el texto de la disposición, se ve que contiene limitaciones precisas, a más de las ya mencionadas, que es necesario señalar:

a) En primer término, el sujeto activo de la excluyente de responsabilidad es específico, a saber, los miembros de la Fuerza Pública. Por tal debe entenderse el personal a que se refiere el Título XVI de la Constitución Política y específicamente el señalado por los artículos 166, 167 y 168-3. Nadie distinto a este personal podría invocar la causal de exención de responsabilidad.

b) En segundo lugar, las conductas que se justifican han sido también definidas de modo preciso. Solo están exentos de responsabilidad, de acuerdo con esta norma, los actos que se dirijan de modo inmediato a prevenir o a reprimir los delitos que ella señala.

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 aplicación de la pena, tanto a los autores del delito que se sanciona como a las demás personas, a fin de que no vuelvan 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 ya comenzado.

Tales actos tienen que ser adecuados a ese fin y de la adecuación debe juzgarse objetivamente. Esto es, el juez tendrá que determinar si ellos podían producir los efectos que se dejan señalados. En caso afirmativo, la conducta se justifica. De lo contrario es punible ya en su totalidad, ora en la forma prevista por el artículo 27 del Código Penal.

c) De otra parte se justifican también los actos dirigidos a reprimir la acción delictiva. No se trata en este caso de la represión penal, esto es, de la aplicación de una pena o de cualquier otra acción, lo que corresponde, por modo exclusivo, a los jueces y demás funcionarios de la Rama 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 necesarias para que se mantenga el orden jurídico.

Con todo, tampoco esta conducta dirigida, ora sea a prevenir, ya a reprimir, no se refiere a toda clase de delitos sino exclusivamente a los mencionados por la norma. De manera que la represión solo se justifica cuando la acción de la Fuerza Pública reprima la extorsión, el secuestro y la producción, procesamiento y tráfico de estupefacientes.

d) Otro factor limitativo que contiene la disposición "sub-examine", es el que se refiere a la planificación de las operaciones tendientes a la prevención o represión de los delitos mencionados. Esta expresión, tomada en su sentido natural y lógico, indica que a tales conductas debe preceder una etapa en que se hayan trazado las directrices de la acción.

Ahora bien. Por "operaciones planeadas", entiende la Corte una o varias acciones concebidas, elaboradas, programadas y mandadas ejecutar por una entidad o autoridad superior de carácter oficial, que tenga entre sus funciones o como atribución y función específica, la de prevenir y reprimir los delitos a que el texto se refiere. No se trata, pues de conciertos aislados de elementos de la Fuerza Pública, ni de acciones intentadas o llevadas a cabo repentinamente son conexión con aquella entidad o autoridad, o son conocimiento de ella, pues en estos casos el supuesto necesario de que exista una "operación planeada", desaparecería.

e) Finalmente debe tomarse en consideración el factor subjetivo que, aun cuando no expresamente consignado en la disposición examinada, necesariamente hace parte de la causal de justificación, ya que el objeto de la misma es evidentemente el de preservar a la sociedad del daño causado por los delitos a que ella se refiere; lo que significa que las acciones deben estar no sólo objetivamente sino de modo subjetivo, dirigidas a ese fin. En otras palabras, no quedarían justificadas, conforme a esa norma, aquellas conductas que, aunque de manera externa parezcan dirigidas al propósito enunciado por el decreto, se demuestra que estuvieron inspiradas en otros móviles, por ejemplo, la venganza, el ánimo de lucro, etc.

Las consideraciones que preceden permiten afirmar que tanto los opositores como el señor Procurador General, están en un error jurídico al considerar que el decreto que se revisa consagra directa o indirectamente el desconocimiento por la Fuerza Pública de garantías fundamentales, y establece directa o indirectamente la pena de muerte; y que es, por estos aspectos, aparte de otros por ellos mencionados, violatorio de la Constitución.

Cualquiera que sea el concepto que se tenga de aquella penalidad, no puede hablarse de ella seriamente, sino como una consagración legal por medio de la cual, y previos unos procedimientos regulares, se impone por el Estado, como castigo a determinados delitos, la pérdida de la vida. El decreto no contiene semejante medida, ni puede afirmarse que ella resulte de su aplicación, es decir, que el objeto y finalidad del texto haya sido o sea autorizar a los miembros de la Fuerza Pública para disponer de la vida de los ciudadanos con el pretexto jurídico del decreto. Si semejante afirmación fuera cierta en el terreno del Derecho, cabría igualmente como verdadera para los tres numerales que integraban el artículo 25 del Código Penal, antes de la expedición de este decreto legislativo, pues resulta obvio que precisamente de sus disposiciones, se convierte en acto lícito, y por lo mismo justificable la comisión de cualquier hecho injurídico, incluyendo el homicidio, si a él se llega por razones de legítima defensa real o putativa, o en estado de necesidad.

El decreto tiene una evidente conexión con las causas determinantes y sobrevinientes de la perturbación del orden que sufre el país. Pues, de una parte, el considerando 8o del Decreto 2131 de 1976 por el cual se declaró el estado de sitio, señala como una de sus causas "los frecuentes asesinatos, secuestros, colocación de explosivos e incendios, característicos de prácticas terroristas dirigidas a producir efectos políticos que desvertebren el régimen republicano vigente..."; y de otro, es hecho público y notorio que la frecuencia que en los últimos meses acusa el delito de secuestro, tanto como los relacionados con la producción, procesamiento y tráfico de estupefacientes, han creado una justificada alarma social que exige medidas adecuadas para su contención.

Se trata, como atrás se dijo, de una especial medida que envuelve un derecho de defensa social; porque, de un lado, es legítimo que los integrantes de los cuerpos armados que se ven obligados a intervenir en operaciones como las indicadas, los que tienen por objeto prevenir o reprimir delitos que por su naturaleza son violentos y se ejercen en base de violencia sobre personas o cosas, estén protegidos por una justificación de los hechos punibles que se vean forzados a cometer; y porque, de otro, tanto el Gobierno como personero de la sociedad, como esta misma, están interesados en la defensa de ésta, y en que ella se cumpla adecuadamente por los cuerpos a quienes, por ministerio de la ley, se han entregado las armas para su defensa.

No puede afirmarse válidamente, como lo hacen los opositores, que el decreto viole los artículos 10, 11, 16, 20, 21, 23, 26, 27, 28, 29, 30, 38 y 55 de la Constitución. Estos preceptos consagran una serie de garantías fundamentales y de organización política que en nada resultan afectados. En efecto. Que tanto los nacionales como los extranjeros tengan el deber de someterse a la Constitución y a las leyes y obedecer a las autoridades; que los derechos de los extranjeros puedan ser restringidos legislativamente por razones de orden público; y que en todo caso los derechos políticos se reservan a los nacionales, son normas que nada tienen que ver con el decreto que se revisa; que las autoridades estén instituidas para la defensa de la vida, la honra y los bienes de los ciudadanos, es principio que no sólo no se quebranta, sino que se realiza, pues el decreto representa una modalidad excepcional del ejercicio de la autoridad enderezada precisamente a salvaguardar tales derechos; que los funcionarios públicos sean responsables, no sólo por violación de la Constitución y de las leyes, sino por extralimitación y por omisión en el ejercicio de sus funciones, en nada se desconoce puesto que el decreto señala precisamente unas condiciones y requisitos para actuar 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. Los derechos de intimidad, de gozar de libertad, en sus distintas modalidades, de inviolabilidad del domicilio, de gozar de un debido proceso y del privilegio de que en materia penal se aplique la ley más favorable, continúa rigiendo con las modalidades y desarrollos previstos en normas vigentes, sin que el decreto que se revisa los desconozca; los artículos 30 y 55 que garantizan el primero la propiedad privada dentro de los límites del bien común, y el segundo la separación y mutua colaboración entre las Ramas del Poder Público, ninguna relación tienen con la modalidad de defensa social que se consagra por el numeral 4o del decreto, pues se refieren a principios básicos de la organización social y política del Estado, ajenos a la modalidad de prevención y represión de los delitos a que la norma revisada se refiere.

Lo que ocurre en el caso presente, como antes se anotó, es que la medida consagrada por el decreto mira a un aspecto grave y delicado de la defensa de la sociedad, justamente perturbada por un tipo especial de delincuencia que ha venido a trastornar más profundamente el orden público. Y precisamente para evitarla o reprimirla, el Gobierno está en el deber de adoptar las disposiciones que a su juicio conduzcan a tal finalidad. Debe recordarse que su misión fundamental dentro del estado de sitio, ya se origine en guerra exterior o en conmoción interior, es la de restablecer el orden público. Así lo prescribe con claridad el artículo 121 de la Constitución. Y si adelanta su tarea, como lo ha hecho en este caso, sin salirse de la Constitución, está dentro del cumplimiento de su deber.

El Gobierno, pues, al expedir el decreto que se revisa, se ha mantenido dentro de las facultades excepcionales que le otorga el artículo 121 de la Constitución y no viola ningún texto de ella.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, previo estudio de la Sala Constitucional y oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, declara: es constitucional el Decreto legislativo número 70 de enero 20 de 1978, por el cual se dictan medidas conducentes al restablecimiento del orden público.

Afectaciones realizadas: [\[Mostrar\]](#)

Copíese, comuníquese al Gobierno, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

Luis Sarmiento Buitrago,

Jerónimo Argáez Castello,

Jesús Bernal Pinzón,

Fabio Calderón Botero,

Héctor Gómez Uribe,

Gerardo Rojas Bueno,

José María Esquerro Samper,

Germán Giraldo Zuluaga,

José Eduardo Gnecco C.,
Guillermo González Charry,
Juan Hernández Sáenz,
Juan Manuel Gutiérrez L.,
Gustavo Gómez Velásquez,
Luis Enrique Romero Soto,
Alvaro Luna Gómez,
Luis Carlos Sáchica,
Dante Luis Fiorillo Porras,
Humberto Murcia Ballén,
Ismael Coral Guerrero,
Hernando Tafías Rocha,
Pedro Elías Serrano Abadía,
Ricardo Uribe Holguín,
José María Velasco Guerrero,
Alberto Ospina Botero.

Horacio Gaitán Tovar

Secretario General.

Salvamento de voto.

Con el respeto que profeso a los ilustres Magistrados que concurrieron a declarar la constitucionalidad del Decreto 070 de 1978, estimo que éste quebranta no pocos de los derechos civiles consagrados en el Título III de la Constitución Nacional, muchos de los cuales se dejan expuestos ahora al arbitrio de la Fuerza Pública sin nada más para justificar ella misma su atropello que cometerlo con ocasión o so pretexto de intervenir "en operaciones planeadas para prevenir y reprimir los delitos de extorsión y secuestro, y producción, procesamiento y tráfico de estupefacientes", infracciones a las que se ha circunscrito su acción inicialmente, sin perjuicio, desde luego, de que ésta pueda extenderse a todas las demás del Código Penal sin limitación alguna y, por consiguiente, aún a la prevención y represión de los delitos políticos, si más adelante, como está ocurriendo en Italia, Alemania y Francia, llega a agudizarse la perturbación del orden público en Colombia con ese tipo de delincuencia organizada y el Gobierno cree su deber dar tal autorización a la Fuerza Pública para lograr el restablecimiento de la normalidad.

Me resulta difícil, en tales condiciones imaginar una norma siquiera del Título III de la Constitución Nacional que no pueda ser quebrantada impunemente al amparo de la vasta e incontrolada justificación con la que el Decreto 070 de 1978 legitima todos los hechos, de otro modo delictuosos, que lleguen a cometer o hayan cometido los miembros de la Fuerza Pública con ocasión o so pretexto de intervenciones en las operaciones puramente policivas a que se refiere el decreto, si la única protección efectiva que hasta ahora se había dispuesto para garantizar su respeto, las normas del Código Penal que erigen en delito esas violaciones y disponen la sanción a los responsables, no pueden aplicarse en los casos del Decreto 070, ni imponerse tampoco, en consecuencia, sanción alguna a los responsables, por causa de su violación.


El principio fundamental del sistema democrático, que reconoce a todos los habitantes del territorio nacional idénticos derechos, sin más excepciones que las consagradas o autorizadas en la propia Constitución, ha venido a ser sustituido por ese otro, contenido en el artículo 1o del Decreto 070, conforme al cual se deja al arbitrio de la Fuerza Pública la desmedida facultad de conculcar los de las personas que a su juicio puedan haber ejecutado o piensen realizar hechos queaquella suponga encaminados a la probable comisión de algún delito, por ahora los de extorsión y secuestro y los referentes a la producción, procesamiento y tráfico de estupefacientes.

Ese exorbitante privilegio, a ninguna autoridad antes concedido, significa, además, que tampoco es cierto ahora que las autoridades de la República estén instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, como lo disponía el artículo 16 de la Constitución Nacional sin limitaciones de ninguna naturaleza, pues en adelante se deja al buen juicio de la Fuerza Pública la facultad de dividir a los habitantes del territorio nacional en buenas y malas personas, con la inevitable consecuencia de reservar a sólo aquéllas el derecho a la vida, a la honra y a la propiedad, pues las otras, con sólo que la Fuerza Pública decida catalogarlas dentro de las que supone que han cometido o se disponen a cometer en un futuro próximo o mediato alguno en los delitos a que se refiere el decreto, quedan reducidas, ipso jure, a la condición de ilotas, seres despreciables desprovistos de todo derecho, contra quienes la Fuerza Pública, omnipotente, puede cometer legíticamente todos los excesos imaginables.

Para que la Fuerza Pública pudiera realizar esta noble misión sin las trabas de las minucias constitucionales, el Decreto 070 eximió a sus miembros de la responsabilidad que el artículo 20 de la Constitución Nacional establecía para todos los funcionarios públicos que se extralimitaran en el ejercicio de sus funciones, de manera que cualesquiera sean los abusos en que esa fuerza incurra, todos ellos han sido legitimados, sin restricción alguna, en la nueva legislación; ni se extiende a aquella, tampoco, la previsión conforme a la cual el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta, como lo establecía el artículo 21 de la Carta, ya que ahora tanto el superior que da la orden que quebranta la Constitución como el agente que la ejecuta, son ambos igualmente irresponsables con tal que la violación se cometa en los casos y para los fines señalados en el Decreto 070 ni, desde luego, por la misma razón, puede en adelante aplicarse a los militares en servicio activo la tutela que en defensa de las normas constitucionales consagraba el inciso del artículo 21, que ha derogado el Decreto 070 y a cuya sombra protectora ya no es tampoco responsable el superior que da una orden en infracción manifiesta de un precepto constitucional y en detrimento de alguna persona.

Tampoco podrá buscar refugio en las garantías que la Constitución consagra en los artículos 23, 25 y 38, para citar algunos, las personas respecto de quienes la Fuerza Pública suponga, con razón o sin ella, que pueden resultar involucradas en las operaciones planeadas para reprimir y aún para prevenir, hechos supuesta orealmente encaminados a la ejecución de los delitos de extorsión y secuestro, y producción, procesamiento y tráfico de estupefacientes, eventos en cualquiera de los cuales la Fuerza Pública puede molestar a las personas y a sus familias, reducir las a prisión o arresto, detenerlos y registrar sus domicilios, sin el engorroso cumplimiento de las formalidades legales dispuestas en la Constitución, que el Código de Procedimiento Penal desarrolla y sin otro fundamento que la ilimitada justificación que para tales atropellos consagra el Decreto 070, gracias a cuyas disposiciones es ahora legalmente posible que la Fuerza Pública obligue a los ciudadanos a declarar contra sí mismos y contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad e igualmente justificada toda violación de la correspondencia confiada a los correos y telégrafos, de modo que cartas y papeles privados, que antes solo podían ser interceptados o registrados mediante orden de funcionario competente, en los casos y con las formalidades establecidas en la ley y con el único objeto de buscar pruebas judiciales, ahora pueden serlo por cualquier miembro de la Fuerza Pública sin autorización de funcionario judicial alguno y sin el engorroso cumplimiento de las formalidades legales que en esta materia y en desarrollo de la disposición constitucional, habían establecido los artículos 372, 373, 374 y 375 del Código de Procedimiento Penal, entre otros.

Estimo, en suma, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, que puesto que la disposición contenida en el artículo 1o del Decreto 070 de 1978 autoriza a la Fuerza Pública "para 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", esa es una disposición ostensiblemente inconstitucional, incompatible con los principios democráticos y sólo concebible en los más reaccionarios regímenes despóticos.

 Estas breves consideraciones, con ser someras, son, sin embargo, más que suficientes para que deje constancia de mi franco desacuerdo con el fallo de la Corte y para explicar este salvamento de Voto.

Dante L. Fiorillo Porras,

José María Velasco Guerrero,

Ismael Coral Guerrero.

Salvamento de voto.

DECRETO 070 DE 1978

En las dos sesiones que la plenaria de la Corte dispuso para el Decreto número 070 de 20 de enero de 1978, expuse 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, capítulos primero y segundo del libro segundo del Código Penal ("delitos, de traición a la patria" y "delitos que comprometan 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 y 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. Cuarenta años de casi 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 incontrolable, 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 el propio Gobierno se envanece de la organización 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 encontrarse mejor ejemplo.

1.d. Otorgándose validas 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 de 1978, llevan a borrar indefinidamente 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 encender la democracia con autoridad y orden y de creer en la Constitución y respetarla. En otras épocas esta 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 subdesarrollado.


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 todavía que sus dificultades económicas y la falta de recursos técnicos, que debe 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 puede aceptarse 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 periodo, 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 uno 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 (lías, 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 abandonan 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, en el 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 un valioso salvamento de voto lo que, en achaques del 121, el 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, repudiandola intervención de las cortes marciales para losdelitos 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, solo autoriza la declaración del estado de sitio, además de loscasos de guerra exterior, en los de conmoción interna, obviamente de tipo político, esto es, cuando se busca alterar el funcionamiento regular de las instituciones o producir cambio en las mismas, o cuando en general es de naturalezasuficiente 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 perturbando 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 Constitución 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 "estrabótica 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 atormentada 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 enseñe con una justificante cómo debe cumplir una orden, intervenir en una averiguación, atender la disposición de la ley ¿Necesitará algún funcionario, para que cumpla con sus atribuciones, una norma superior a las tradicionales y universales causas de justificación Yo 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 afrontaba la Fuerza Pública. Por eso se estableció primero el fuero para la Policía y para el DAS, para no aludir al Ejército que siempre lo ha tenido (ver C. J. 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 con tra civiles que se hallen al servicio de las mismas. ..". Esta clase de atentados, así estén totalmente alejados de la función propia, otorga 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 Decreto 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 estas delicadas investigaciones Conviene, observar que durante el estado de sitio surgido de los Decretos 1136 y 1249 de 1975 (levantado por Decreto 1263 del 22 de junio de 1976), se adscribió lo de "estupefacientes" a la justicia penal militar (Decreto 1250 de 1975, artículo 2o, literal n); pero a partir del actual estado de sitio (Decreto 2131 de 1976, 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 sin 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 en día inexistente. En efecto, la Ley 21 de 1973, denominaba "cultivo y conservación" a lo definido y sancionado en el artículo 37 del Decreto 1188 de 1974, que no mantuvo esta denominación; y la misma ley tituló "tráfico y otras conductas", a lo definido y sancionado en el artículo 38 del citado Decreto 1188. ¿Quedará 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 personal 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 Decreto 1188 de 1974, como por ejemplo las de los artículos 40 y 41

2.c. La adición modificativa del Decreto 070, como se deduce de su texto y lo comenta reiteradamente la providencia mayoritaria, no constituye una justificación relacionada con la disposición de 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 -artículo 25, Código Penal y 24, con ligerísima variación, del Código de Justicia Penal Militar-), no son suficientes para asegurar el cabal, eficaz y seguro e indemne ejercicio de la función oficial de mi miembro de la Fuerza Pública, comprometido en esta clase de prevenciones o represiones Sencillamente porque esas son justificaciones do estirpe humanitaria, civilizada, jurídica, contrarias a la legitimación de delitos injustificables, como se quiere en el Decreto 070 de 1978.

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 FuerzaPública. 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 si 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, página 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. Citemos 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 sea 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 sólo medios autorizados por la ley o reglamento y escogerá siempre, entre los eficaces, aquellos que causen menor daño a la integridad de las personas y de 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. (Decreto 1355 de 1970); y,

Artículo 211. "Los militares, los agentes de policía y los guardianes, a quienes se ha encomendado la trasladación 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". (Decreto 1817 de 1964).

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, pero también protegen a la sociedad de los abusos y desmanes. Precisamente porque tienen este contenido no resultan adecuadas para servir los oscuros fines que se entreven en el Decreto 070 de 1978.

2.d. Tampoco sirve la justificante de *la orden* obligatoria, tan bella y efectivamente reglamentada en el Decreto 2857 de 1966, artículos 35 a 43, porque esta justificante también contiene los desmanes y, en donde no resultan controlados, subsiste la responsabilidad para quien la impartió e impuso una obediencia.

Nuestra Carta, en su artículo 21 concilia las dos tendencias que dominan el complejo aspecto de la orden. Una, por razón de la autocrítica 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 artículo 41 del Decreto 2857 de 1966), y 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 Decreto 070 de 1978, 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 mandado, no hay para que estudiarla y advertir esas consecuencias, reprímeles en otro régimen jurídico.

2.e. *La legítima defensa* tampoco resultó 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*, el cual no obstante estar por fuera del derecho, contiene exigencias como la necesidad de salvarse a sí mismo 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 reprobables 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 Decreto 070 de 1978 (ordinal 4o). Lacuestión así tratada consigue una protección adecuada del agente y

mantiene en un camino (lrectitud su comportamiento, porque *aproxima* a la justificante perono *la reconoce y sí vincula aquello a requisitos morales y civilizados, excluyentes de acciones innobles, degradantes ynocivas.*

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 esascircunstancias elimina a otro, estando éste indefenso, se presume que no lo hizo así, pero esfactible comprobar que fue eliminado cuando de rodillas suplicaba clemencia. Pero la 4a causal de justificación del Decreto 070 de 1978, no presume sino que establece la justificante, reclamando apenas moderámenes objetivos, artificiales, (le 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 Decreto 070 de 1978, 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 aun 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 copártcipe de estos últimos...". Y "por una parte expolie todos los bienes jurídicos protegidos por el legislador y atodos 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 Pública trató de prevenir o de reprimir...".

Esta manifestación del Ministerio Público, que debiera llenar de pavura y alertar 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 1977, que aseguraba [sic] el control de las acciones delictivas de que se ocupa el Decreto 070 de 1978, se aludió a la efectiva organización de la policía judicial. Pues bien, éstase materializó en el Decreto 2957 del 24 de diciembre (le 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 creen 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 tenidos 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 el 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 organizará, con el personal a su servicio, grupos Memos operativos y de trabajo bajo la dependencia de la Procuraduría General de la Nación, destinados a *ejercer funciones y actividades de policía judicial y de prevención*, en relación con los *delitos contra la libertad individual, y otras garantías, y en especial el desecuestro*.

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 atreven del Decreto 070 de 1978, ¿qué no podrán imaginarse los demás? Si quien más necesita la fementida protección que entraña este decreto, repudia y advierte de 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 esto ocurre, alegar la justificación del hecho, que comprende todo, absolutamente todo lo relacionado con la operación a que alude el decreto. A mí 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 *incumplir 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 otro control policivo. De nada vale que la Corte declarara la inexecutable parcial del literal c) del artículo 217 del Decreto 444 de 1967: "... .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 practicadas 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 sólo 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 referían 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 que [sic] 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". (Magistrado ponente: *Hernán Toro Agudelo*. Diciembre 11 de .1969).

Pero ahora no se trata de buscar pruebas judiciales sino administrativas y policivas. Queda incluido el desconocimiento de la reserva bancaria. Claro que estos resguardos pueden, normalmente, vencerse, pero por orden de 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 [sic] 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 sólo es necesario que se trate de acción dirigida a contener estos delitos, dentro de una operación planeada. Así mismo, 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 delincuentes, 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 comentado 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 casual 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 adecuación 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 necesarias* 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 al 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 entre las respetables instituciones consagradas en los tres primeros numerales del artículo 25 del Código Penal (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 artículo 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 aplicación 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 ellos 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 precisa 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 videntes, 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 i 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 artículo 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 esos 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 Decreto 070 de 1978.

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 despiden una cerilla.

Gustavo Gómez Velásquez, firmó con una salvedad;

Alvaro Luna Gómez,

Jesús Bernal Pinzón.

Bogotá, marzo de 1978.

Firmo el anterior salvamento de voto porque estoy de acuerdo con él, con la sola excepción de lo consignado en el segundo párrafo del aparte 1.i., en cuanto señala como una de las sensatas soluciones que propone la suspensión del "sistema de jurados de conciencia", ya que no soy partidario de esa supresión sino de que se le dé una recta organización que impida los peligros que en tal párrafo se señalan.

Alvaro Luna Gómez.