

INTRODUCCION

En la antigua república romana, cuando las oleadas populares, ocasionadas por la concentración de la riqueza y el poder, zarandeaban el edificio de la sociedad colonial-patriarcal-esclavista, la nobleza, reunida en el Senado, delegaba el poder estatal en uno de los cónsules —desde entonces dictador— con la misión de conjurar la revuelta, y una sola limitación: “Vea el cónsul que la República no sufra detrimento”. ¡Cuántas rebeliones de los esclavos, luchas campesinas, insurrecciones en las colonias, en fin, cuántas revueltas populares fueron sofocadas a sangre y fuego sin que la república hubiera sufrido detrimento!

Desde cuando la enunciación de las libertades abstractas, los derechos ideales y las garantías impersonales fueron las armas más importantes con que la burguesía combatió, en el terreno ideológico, el absolutismo monárquico, el estado de derecho, es el reino donde se siente más a gusto. Por ello jamás falta, sin sentir al menos algo de vergüenza, a su promesa democrático-liberal; cuando lo hace, no deja de advertir que se trata de una medida excepcional o transitoria y, aun en casos extremos es remisa a aceptarlo, indicando que las medidas excepcionales se dictan precisamente para mantener el estado de derecho y no para sustituirlo.

El papel de las “brechas del constitucionalismo” como ha denominado la doctrina constitucional a las vías legales de desconocimiento de las reglas del juego democrático burgués tienen, aun en su carácter excepcional, presupuestos

por fuera de los cuales se desnuda su contenido arbitrario e irregular, dejando de servir para lo que fueron diseñadas: encubrir la derogatoria del estado de derecho.

Esto ha ocurrido en nuestro medio con el estado de sitio, cuyas frecuentes crisis han determinado un permanente maquillamiento constitucional en su figura. No obstante ello (quizás precisamente por ello) es ahora, cuando "las varias reformas introducidas en el art. 121 de la Constitución nacional lo han atemperado de tal manera que a su amparo no se pueden dictar decretos que no tengan relación con la perturbación"¹.

El presente trabajo tiende a mostrar el porqué y el para qué del levantamiento del estado de sitio. Consta, pues, de dos partes más o menos diferenciadas.

La primera trata de señalar las causas de la última de las crisis del estado de sitio, como son:

a) Su "uso y abuso" que se deja ver ante una elemental confrontación entre su teoría y su práctica;

b) El deterioro del juzgamiento militar a civiles, institución que se ha extendido tanto a la vida judicial que ha terminado por ser la creación más importante del estado de sitio;

c) La presión internacional que ha pesado tanto, particularmente los dos últimos años, sobre la conciencia institucional de la "clase política". Como es suficientemente conocido, esta presión sobrevino como respuesta a los excesos en las investigaciones confiadas a la justicia castrense en los últimos años.

La segunda parte, constituida por algunos apuntes que los autores teníamos para servir de base a un trabajo inde-

1. TURBAY, Julio César, *Discurso en la inauguración de las sesiones del congreso*, El Espectador, julio 21 de 1980.

pendiente (más profundo, sin duda, que el que ahora presentamos), tiende a ver en qué forma va a ser llenado el vacío que deje el estado de sitio en el "mantenimiento del orden público". Se ve aquí, superficialmente desde luego, la modificación que ha sufrido nuestro régimen represivo luego de las reformas legales contenidas en la constitucional de 1979, el Código Penal que entró a regir el pasado 28 de enero y el de Procedimiento Penal, expedido el 29 del mismo mes y que entrará a regir, salvo contratiempos de última hora, un año después.

Al estudiar el estado de sitio en sus nuevas implicaciones, fuimos concientes del peligro, que no tratamos de evitar, de ser repetitivos. Nos bastaba confrontar someramente las bases ideológico-jurídicas que lo justifican con la eficacia práctica de sus limitaciones y controles y, en relación con estos últimos, no parecía necesario (sí en extremo tedioso) hacer un estudio exhaustivo cronológico; sí es, en cambio pertinente fijarnos en los tradicionales argumentos que lo sustentan.

La conclusión ha sido que el estado de sitio debe ser levantado al no cumplir, una vez terminados los consejos de guerra actualmente pendientes, la función para la cual ha sido utilizado.

USO Y ABUSO DEL ESTADO DE SITIO

A. TEORÍA DEL ESTADO DE SITIO. EXCEPCIÓN AL ESTADO DE DERECHO

Para un régimen capitalista, es incuestionable la importancia, cuyas implicaciones no son materia del presente estudio, de la preservación del “estado de derecho”, nervio de la superestructura jurídico-política que lo apoya, ya que desaparecida la explotación consentida, no queda otra cosa que la simple explotación. Sin embargo, en épocas de ascenso de las luchas populares, el mantenimiento del orden público adquiere prioridad, aunque la forma como se ejerza la represión no es indiferente².

Teóricamente el estado de derecho presupone la vigencia plena y permanente de la división e independencia de las ramas del poder y de las garantías que por el Estado son reconocidas a los individuos. La estructura del “constitucionalismo” implica que tales garantías no puedan ser desconocidas sino de modo excepcional. Estos medios excepcionales, cuya razón de ser no es otra que el desconocimiento de las

2. ROJAS H, Fernando, *El Estado en los ochenta: ¿un régimen polici-vo?* Revista Controversia N° 82-83, CINEP, pág. 7. “Hay etapas en que las luchas populares impiden el ‘normal’ funcionamiento de los dispositivos de integración consensual... Entonces se acrecienta la faz violenta del capital y se adoptan ‘medidas excepcionales’ que alteran el funcionamiento capitalista ‘normal’...”.

garantías “normales” sin menoscabo del imperio de la legalidad³, doctrinariamente denominados “brechas del constitucionalismo”⁴, son en nuestro medio:

“la retención, medida precautelativa frente a las amenazas de turbación de la paz; el estado de sitio, norma represiva de los hechos perturbatorios y el estado de emergencia económica, de carácter preventivo a la vez que correctivo de las causas y consecuencias que alteren o puedan alterar el orden económico y social”⁵.

1. Artículo 121 de la Constitución Nacional

Según el artículo 121 de la Constitución nacional, el presidente de la república puede, con la firma de todos los ministros y previa consulta al Consejo de Estado, concepto que no le obliga, declarar turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional o parte de él, en caso de conmoción interior o guerra exterior. Y en desarrollo de tal declaratoria puede el presidente dictar decretos con fuerza de ley (legislativos), tendientes a la represión y eliminación de las causas que originaron la guerra exterior o la conmoción interior.

Son etapas de su normación, según lo ha definido la Corte, las siguientes:

- a) Declaración de turbación del orden público y en estado de sitio toda la república o parte de ella; previo concepto del Consejo de Estado;
- b) Exposición motivada del presidente al Congreso sobre las razones que determinaron la declaración;
- c) Adopción, por decreto, de las medidas enderezadas al restablecimiento del orden;

3. TURBAY, Julio César, El Tiempo, febrero 15 de 1980. “A las medidas de excepción no se llega sino cuando se notan las fallas de carácter general”.

4. SACHICA, Luis Carlos, *Constitucionalismo Colombiano*, Editorial Temis, Bogotá, 1978, pág. 279.

5. *Ibíd.*, pág. 278.

- d) Control constitucional por la Corte Suprema de Justicia de los decretos legislativos;
- e) Levantamiento del estado de sitio tan pronto como haya cesado la guerra exterior o terminado la conmoción interior”⁶.

2. Facultades del presidente

Las facultades que la Constitución nacional otorga al presidente de la república, en virtud del estado de sitio, son de tres órdenes: las legales; las que la Constitución autoriza para tiempos de guerra o de perturbación del orden público; y las que “conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes, rigen para la guerra entre naciones”⁷.

a. *Facultades legales:*

Los doctrinantes del derecho constitucional pasan sobre la expresión “facultades legales” indicando que a lo que se refiere la Constitución es a que el presidente conserva sus facultades ordinarias, que tiene en tiempo de paz, en estado de sitio. Pero, si a lo que apunta el artículo 121 no es a la derogatoria de facultades ordinarias, sino a que el presidente “adquiere” unas nuevas, resultaría contradictorio decir que en virtud del estado de sitio adquiere facultades de las que ordinariamente está investido. Según Salgado Vásquez lo que indica la norma constitucional, es que el legislador debió reglamentar el ejercicio del estado de sitio, para no dejarlo al arbitrio del poder presidencial, y esa reglamentación nunca se ha producido⁸.

b. *Facultades constitucionales:*

Las referentes a la posibilidad de retener personas sin previa orden judicial, suspender leyes incompatibles con el

6. C. S. J., Fallo de 10 de julio de 1975, Mag. Pon. Dr. Eustagio Sarria.

7. RODRIGUEZ R., Libardo, *Los actos del ejecutivo en el derecho colombiano*. Editorial Temis, Bogotá, D. E., 1977, págs. 62 a 64.

8. SALGADO Vásquez, Julio, *El inconstitucional estatuto de seguridad*, El Espectador, marzo 26 de 1979.

estado de sitio, expropiar, prohibir circulación de impresos, restringir la libertad de prensa, imponer contribuciones, ejercer simultáneamente funciones judiciales y militares y, por consiguiente, dirigir operaciones de guerra, recibir contribuciones y hacer erogaciones no decretadas, facultades únicas al decir de Salgado Vásquez⁹.

c. *Facultades del "derecho de gentes"*

Cabe advertir que lo que antiguamente se designaba con la expresión vaga "derecho de gentes" hoy se entiende como todo un conjunto de limitaciones, derechos y garantías consagradas en el Derecho Internacional Público, expresión más adecuada y que tiende a remplazar aquella; referido a la "guerra entre naciones" el Derecho Internacional Público regula el trato a los prisioneros y, en general, impone límites a la actividad militar aun entre enemigos.

Estas facultades son: reconocimiento a la personalidad jurídica, derecho a la vida, derecho a la integridad personal, prohibición de la esclavitud y servidumbre, principio de legalidad y retroactividad, libertad de conciencia y religión, protección a la familia, derecho al nombre, derechos del niño, derecho a la nacionalidad y derechos políticos, y garantías judiciales necesarias para la protección de tales derechos¹⁰.

3. **Controles y limitaciones**

La teoría del estado de sitio resalta un conjunto de limitaciones y de controles que harían que la institución no fuera independiente y contraria al estado de derecho.

"El estado de sitio es también un estado de derecho proveniente de la vigencia de la Constitución; ésta es la que permite al gobierno

9. *Ibíd.*

10. VERDROSS, citado por Pedro Pablo Camargo, *Derecho Internacional*, Tomo I, Fundamentos y evolución del derecho internacional, Bogotá, 1973, pág. 22.

asumir facultades de que carece en estado normal, como la atribución temporal de legislar, dentro de los límites precisos que la Carta le indica¹¹.

a. *Limitaciones*

1) *Formales*

El estado de sitio requiere declaratoria. Ella se hace a través de decreto del presidente de la república, que debe llevar la firma de todos los ministros, en el cual debe expresarse la causa de la perturbación o la guerra exterior, previo concepto del Consejo de Estado.

2) *Temporales*

Sólo mientras subsista la perturbación o la guerra exterior, debe regir el estado de sitio.

3) *Materiales*

En ejercicio de las atribuciones del estado de sitio, el gobierno puede únicamente proferir medidas que tengan relación directa con las causas de la perturbación y no puede derogar la ley, ni suspender garantías de obligatorio respeto en todo tiempo, tales como la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la prisión por deudas, la exención en la obligación de declarar contra sí mismo o parientes, el juzgamiento conforme a leyes preexistentes al hecho imputado, prohibición de la pena capital, respeto a la propiedad y derechos adquiridos, prohibición de la pena de confiscación.

“Únicamente puede suspender las leyes incompatibles con el estado de sitio y tomar aquellas otras medidas legislativas necesarias para el restablecimiento del orden público político. No se extinguen las garantías constitucionales, aunque algunas de ellas sufran limitaciones, ya que sería absurdo que la defensa del orden jurídico que

11. C. S. J., Fallo de 27 de abril de 1972, Mag. Pon. Dr. Luis Sarmiento Buitrago.

entraña la Constitución sólo pudiera cumplirse mediante su proscripción¹².

4) *Territoriales*

Sólo puede ser afectado por el estado de sitio el territorio dentro del cual se produzca el alzamiento o la perturbación del orden público. Y ello es obvio, puesto que la finalidad es restablecer el "orden público" donde fuere turbado.

b. *Controles*

Son de dos clases: jurisdiccional (automático y ordinario) y político.

1) *Control jurisdiccional*

Automático:

El gobierno debe remitir a la Corte Suprema de Justicia, al día siguiente de proferidas, cada una de las medidas adoptadas en virtud de la aplicación del estado de sitio, para el control de su legalidad. La Corte debe decidir en término no mayor de diez días, so pena de causal de mala conducta para el magistrado a quien compete su conocimiento. Si el gobierno no las remite, la Corte puede aprehenderlo de oficio.

Ordinario:

Cualquier ciudadano, en ejercicio de acción pública, puede demandar los decretos dictados en aplicación del estado de sitio o, por vía de excepción solicitar la no aplicación de la norma que considere contraria a la Constitución.

¹² C. S. J., Sentencia de 19 de abril de 1955. En igual sentido Fallo de 23 de marzo de 1971.

2) Político

Ejercido por el Congreso. Antes del Acto Legislativo No. 1 de 1960 expedido como reacción a la dictadura de Rojas, la declaratoria del estado de sitio implicaba necesariamente la clausura del Congreso. “Para evitar la pérdida de prestigio y el laxismo del estado de sitio”¹³ el mencionado acto reformativo de la Constitución impuso al gobierno la obligación de convocar al Congreso, en el mismo decreto de declaratoria, con el objeto de que ejerciera sus funciones acusando ante la Corte los decretos considerados inconstitucionales. Sin embargo, sólo a partir de 1968 (Acto Legislativo No. 1), existe en teoría el control político, consistente en la posibilidad para el Congreso de modificar los actos dictados en aplicación del 121, tanto en sesiones ordinarias, como en extraordinarias.

B. LA REALIDAD DEL ESTADO DE SITIO

El estado de sitio se ha convertido en la piedrita en el zapato de la democracia colombiana. A ello han contribuido los factores que se tratan de analizar en el presente trabajo.

Uno de ellos, quizá el más importante, es su permanencia. Cuando con base en las atribuciones que le confería el estado de sitio heredado de su antecesor, el presidente Turbay expedía el conocido estatuto de seguridad para inaugurar su mandato¹⁴ se pudo percibir un sentimiento de desilusión en todos aquellos que habían llegado a las urnas hon-

13. LLERAS Camargo, Alberto, citado por Gustavo Gallón Giraldo, *15 años de estado de sitio en Colombia*, Editorial América Latina, Bogotá, 1979.

14. Necesaria consecuencia de las exigencias de los altos mandos militares, hechas en carta entregada personalmente el 19 de diciembre de 1977 al presidente López Michelsen, en el sentido de que se adoptaran “por el procedimiento de emergencia eficaces medidas... para garantizar a todos los ciudadanos la seguridad que requiere dentro de una patria amable”. *El Tiempo*, 20 de noviembre de 1977, citado por ANGULO Novoa, Alejandro, *Deberes humanos, derechos humanos*, Controversia N° 81, pág. 26.

radamente convencidos de la sinceridad de los propósitos de Turbay, de regresar a la normalidad institucional. A esta decepción, Turbay hubiera opuesto un buen argumento: todos los gobernantes, desde la instauración del Frente Nacional, habían manifestado de puertas para afuera, su repugnancia por las medidas de excepción y todos, sin excepción, habían utilizado el estado de sitio en parte sustancial de sus mandatos y con base en él habían dictado medidas tanto o más drásticas que el propio estatuto de seguridad. En efecto, afirmaba el ministro de Gobierno:

“...el estatuto no es otra cosa que la reunión de disposiciones dictadas por gobiernos anteriores a éste. Yo mismo en alguna declaración demostré que decretos dictados por Pastrana, con sus ministros, por Lleras Restrepo con sus ministros, por López con sus ministros, iban mucho más allá en materia de drasticidad que el estatuto actual”¹⁵.

Si bien el estatuto de seguridad mostraba sin pudor el propósito de permanencia, no es menos cierto que otros engendros del estado de sitio habían ostentado el mismo ánimo y por ello finalmente fueron acogidos por nuestra legislación normal.

La permanencia no explica, sin embargo, por sí sola, el deterioro del estado de excepción. En efecto, no se entendería cómo una institución tan arraigada, en virtud de su presencia consuetudinaria en nuestra vida política, usada como antídoto universal por todos los gobiernos y defendida por

15. ZEA Hernández, Germán, reportaje por Consuelo Araújo-Noguera, *El Espectador*, febrero 10 de 1980. Y la ocasión a la que se refería Zea Hernández no es otra que el comunicado difundido el 19 de abril de 1979, según el cual: “...durante la administración Pastrana se expidieron decretos de estado de sitio con la firma de sus ministros entre los cuales se contaban los doctores Arenas Bonilla, Galán y Vásquez Carrizosa, que en materia de represión de los derechos ciudadanos fueron más allá de lo que se consagró en el estatuto de seguridad expedido por el actual gobierno”. Al efecto cita los decretos 253 y 254 de 1971 el primero de los cuales somete a las personas a la vigilancia policiva permanente y el segundo adscribe al conocimiento de la justicia penal militar no solamente delitos que contempla la norma, sino los conexos a ellos.

todos los constitucionalistas como un “mal menor”, destacando su carácter objetivamente excepcional y el que sus limitaciones y controles consagrados en nuestra Constitución impidan que su utilización sea un factor de desviación en el contenido democrático de nuestro sistema político, pueda convertirse, de la noche a la mañana en una institución anti-democrática. Obviamente, que el lastre haya sido cargado por tanto tiempo podría explicar el que se vaya haciendo cada día más pesado. Pero hay, además, otro factor: el peso es mayor. El estado de sitio ya no puede ser utilizado para aplicarlo a determinados sectores, los considerados más importantes, de perturbación del régimen. Ya había perdido su carácter local (no solamente territorial, sino funcional) para afectar, en un todo, la estructura política. Ya no golpeaba solamente a los habitantes de zonas de violencia, ni a los trabajadores petroleros o habitantes de esas zonas, ni únicamente a la clase trabajadora, ni a los empleados públicos, ni a los estudiantes, ni tampoco únicamente a los miembros de grupos armados; se convertía ahora en un mecanismo contrario a los intereses políticos de los más amplios sectores colombianos en su conjunto.

En efecto, cuando el estado de sitio, en su desbordamiento, no se encuentra en condiciones de discriminar sectores de confrontación y se convierte en un medio genérico e impersonal de ahogamiento democrático, su presencia y su carga empieza a agobiar incluso a la clase política. En otras palabras, la permanencia del estado de sitio en el tiempo no le hacía perder, en algún sentido, “su carácter excepcional” al aplicarlo a alguna región del país, a algún conflicto, a algún sector. Ahora, en cambio, hablamos no solamente de un estado de sitio permanente sino, lo que es más crítico, de un estado de sitio total.

Pero realmente lo que ha llevado al desprestigio del estado de sitio entre los “sectores democráticos” de la clase política es, más que la represión al pueblo con base en él, el notorio contraste entre su teoría (imperio de la ley en estado de guerra) y su práctica.

1. Realidad de las limitaciones formales

Se ha anotado que nuestro sistema de estado de sitio es “democráticamente inconveniente”, puesto que quien aprecia los motivos de turbación del orden público (el presidente) es la misma persona que va a ejercer esas facultades.

“En teoría hay que aceptar que no parece conveniente y sí muy peligroso que la misma persona que va a ejercer las facultades excepcionales tenga facultad para asumirlas y calificar si existen motivos suficientes para ello, porque podría llegarse, por razones políticas, a crear situaciones artificiales de aparente turbación del orden público como pretexto para fortalecer un gobierno impopular”¹⁶.

Esa incongruencia constitucional pretende ser mimetizada con la exigencia de que el decreto que declara el estado de sitio deba ser firmado por todos los ministros, exigencia inocua si se tiene en cuenta que los ministros son de libre nombramiento y remoción del presidente, en un régimen presidencialista como el nuestro.

Otra exigencia formal es el concepto previo del Consejo de Estado, no obligatorio y, por ende, ineficaz como medio de control. Aun en el caso que se hiciera obligatorio el concepto del Consejo de Estado, la inoperancia de este órgano queda más definida por uno de sus más ilustres y antiguos miembros, el doctor Lleras Pizarro:

“La competencia que como asesor del gobierno atribuye la Constitución al Consejo de Estado ha venido convirtiéndose en trámite urgido, mecánico, sin grandeza y con síntomas de escasa independencia. El Consejo podría ponderar mejor la situación por hallarse alejado de las controversias propias de los partidos... Así lo creía como un iluso, cuando ingresé al Consejo de Estado. La experiencia de poco más de seis años respecto de cómo se elaboran las respuestas a las consultas en materia grave, artículos 28, 121 y 122 de la Constitución, me enseña que la ilusión debo remplazarla por el escepticismo y que mi querida y antigua imagen sobre el imperio del derecho ha venido aterrizando hasta un nivel por debajo de ce-

16. SACHICA, Luis Carlos, op. cit., pág. 287.

ro. Esto explica por qué, en los últimos años, he propuesto varias veces que se libere al Consejo de las aludidas funciones consultivas que ineludiblemente tienen carácter político (en su más elevada acepción) ya que, en su desempeño, han perdido el objetivo que debió de alentar, en la mente de los constituyentes”¹⁷.

Si se destaca que el decreto por el cual se declara el estado de sitio no es acusable constitucionalmente sino por vicios de forma¹⁸, queda como única limitación presidencial la responsabilidad que teóricamente tendría el presidente cuando llegare a decretar el estado de sitio sin motivos reales para ello. Como la historia no recuerda ningún caso de un presidente que haya sido llamado a responder por la implantación arbitraria del estado de sitio, por abusos cometidos en ejercicio del mismo, resulta, sin más consideraciones, el carácter ideal de tal responsabilidad.

2. Realidad de las limitaciones temporales. Permanencia del estado de sitio

La permanencia del estado de sitio, que se pone de manifiesto al constatar que a partir de 1958 Colombia ha vivido períodos de estado de sitio superiores a los quince años¹⁹, tiene que ver con el problema de consagración institucional de un régimen excepcional²⁰, que implica la coexistencia, en nuestro país, de dos tipos de regímenes políticos: el ordinario, caído en desuso, y la llamada “dictadura constitucional”, cuyo auge implica el ascenso del militarismo en nuestro medio²¹.

17. Artículo 122 de la Constitución Nacional, antecedentes de su primera aplicación, Ministerio de Justicia, 1974, Imprenta Nacional, pág. 74.

18. SACHICA, Luis Carlos, ob. cit., pág. 288.

19. GALLON, Gustavo, ob. cit., pág. 23.

20. “Vamos del régimen constitucional hacia uno de estado de sitio por medio del artículo 121”. VASQUEZ Carrizosa, Alfredo, *Intervención en el primer foro por los derechos humanos*, El Tiempo, 31 de marzo de 1979.

21. “Con el estado de sitio, el estatuto de seguridad y la aplicación del art. 28 de la Constitución se ha conformado un nuevo orden, detrás del cual avanza ciertamente, la militarización del poder”. VASQUEZ Carrizosa, Alfredo, *La brecha se abre*, El Espectador, abril 22 de 1979.

Ya la doctrina había advertido que una institución de estado de sitio sin un plazo predeterminado para su vigencia, podría volverse permanente²². Semejante contrasentido, ha sido reconocido por el gobierno:

“Yo no soy partidario de hacer de carácter permanente las medidas de excepción porque resulta casi (sic) una contradicción que lo excepcional se torne permanente”²³.

Del mismo modo, ha hecho proponer a voceros autorizados suyos, la consagración definitiva del estado de sitio como remedio único a la crisis:

“Yo diría no al estado de sitio permanente, pero también a la indefensión del Estado... Hay que colocarse en el justo medio, en una posición de equilibrio que le permita al Estado defenderse de sus agresores y de sus enemigos, con las propias armas que se derivan de las instituciones legítimas por mandato de la Constitución y de las leyes de la república”²⁴.

Igualmente:

“Si para sobrevivir, la sociedad colombiana necesita el estado de sitio, hay que incorporar el estado de sitio a nuestras instituciones normales”²⁵.

3. Realidad de las limitaciones materiales

Durante un largo período, culminado apenas con la reforma constitucional de 1968, el estado de sitio era un mecanismo genérico de concentración de facultades en el ejecu-

22. Tascón observa con sobrado fundamento, “que la falta de fijación de un plazo para el estado de sitio es lo que hace más peligrosa esa institución, ya que con pretextos especiosos se puede prolongar indefinidamente para demorar el regreso a la normalidad jurídica”. SACHICA, op. cit., pág. 291.

23. TURBAY, Julio César, *Discurso al inaugurar la sede del Tribunal Administrativo de Cundinamarca*, El Tiempo, febrero 15 de 1980.

24. ESCOBAR Sierra, Hugo, El Colombiano, abril 22 de 1979.

25. PANGLOSS, *Temas de nuestro tiempo*, El Espectador, abril 18 de 1979.

tivo, facultades usadas por este para legislar en las más diversas materias.

Cuando el ejecutivo acudía entonces en auxilio del artículo 121, no era necesariamente para dictar las tradicionales medidas policivas tendientes a la preservación del orden público, sino, con mayor frecuencia, para tomar el control político-económico del Estado. Para ello le servía de expediente la célebre teoría del “orden público económico”, según la cual los fenómenos económicos que incidían en la vida política del Estado (finalmente lo eran todos) podían ser (efectivamente lo eran) germen de perturbación del orden público.

La usurpación legislativa, por parte del presidente, consecuente con tan generosa extensión del estado de sitio, tiene su más fiel expresión en el período de 1963 a 1965 cuando, en decretos legislativos de estado de sitio, se impusieron trascendentales reformas económicas, fiscales, en el régimen laboral y en el de comercio exterior, dándose origen a la más grave de las crisis del estado de sitio hasta entonces. Pese a que esta descarada intromisión presidencial en terrenos parlamentarios no fue bien vista, la causa principal de la crisis fue otra: mientras los simples decretos policivos podían tener carácter provisional, las normas de orden económico o laboral necesariamente tenían una vocación de permanencia que no permitía su derogatoria, al levantarse el estado de sitio, sin provocar hondos vacíos e incongruencias legales. La única solución a semejante tropiezo era el condicionar el levantamiento del estado de sitio a que el Congreso acogiera por la vía normal lo que había surgido “excepcionalmente”. Así lo entendió Valencia, autor de aquel paquete legislativo y así se hizo finalmente.

Este antecedente explica la preocupación del gobierno de Lleras Restrepo en el sentido de amparar constitucionalmente la tradicional vocación legislativa del ejecutivo en materia económica y social: “El aspecto que más preocupaba al gobierno —de Lleras Restrepo— en su afán de legitima-

ción, no era sin embargo la restricción de libertades personales, que se consideraba amplia y explícitamente prevista en el artículo 121 sino la legislación en materias económicas”²⁶ preocupación que anima, en la reforma constitucional de 1968, de la cual Lleras es autor intelectual, las siguientes modificaciones:

a) Dar al ejecutivo la iniciativa del gasto público y la presentación de los planes de desarrollo económico y social, con lo cual se sustrae de la veleidosa voluntad del Congreso, buena parte de las finanzas estatales.

b) Crear el estado de emergencia económica (el artículo 122 de la Constitución) eliminando del estado de sitio la legislación excepcional en materia económica y social, sin quitársela de las manos al presidente, pero con una diferencia: las normas dictadas con base en el estado de emergencia son permanentes.

Con ello se pretendía destinar el estado de sitio para lo que fue creado, la represión política, sin limitar el ámbito de sus facultades “excepcionales”.

Al dividir el “tradicional” estado de sitio en dos figuras, el “nuevo” estado de sitio y la emergencia económica, se fingía limitarlas ambas, como lo señaló Carlos Restrepo Piedrahita, al salvar el voto en el pronunciamiento por el cual el Consejo de Estado conceptuó favorablemente a la declaratoria del estado de emergencia económica —decreto 1970 del 17 de septiembre de 1974—:

“Cuando el constituyente de 1968 se arriesgó —sin mucho entusiasmo— a incorporar al orden jurídico constitucional positivo esta institución del estado de emergencia —para diferenciarla de la del estado de sitio—, lo hizo con la intención, cuidado y redacción que fuera una institución de poderes rigurosamente excepcionales, para que su interpretación y su aplicación fueran estrictísimas, limitadísimas, a fin de evitar que continuara prosperando la malsana pra-

26. GALLON, op. cit., pág. 70.

xis, inaugurada en 1944 que a las facultades del estado de sitio les hizo producir los más aberrantes efectos extensivos, hasta el punto que la Constitución Política de Colombia quedó reducida al fraudulentamente omnímodo artículo 121²⁷.

Y, pese a que, a partir de 1968, era innecesaria la extensión del estado de sitio para fines distintos de la represión política, el artículo 121 continuó siendo “fraudulentamente omnímodo”: a partir de entonces se adscribió competencia a la justicia militar para el juzgamiento de civiles, se restringieron libertades y garantías amparadas por el derecho internacional, se vulneraron derechos adquiridos y se desconocieron garantías judiciales, penales y penitenciarias como se verá luego.

Así como se utilizó la emergencia económica para solucionar conflictos crónicos (no excepcionales) característicos de nuestro sistema económico y social, el estado de sitio, retomando el papel que le corresponde en la represión política, la ejerció también sin limitaciones de ninguna clase.

Es así como, con fundamento en el estado de sitio, se legisló sobre las siguientes materias:

a. *Juzgamiento castrense a civiles*

Adscripción de competencia a la justicia penal militar para el juzgamiento, de acuerdo con el procedimiento de los consejos de guerra verbales, de delitos cometidos por los particulares. No sólo delitos políticos, sino también innumerables delitos comunes: secuestro, asociación para delinquir, apología del delito, instigación al delito, delitos de peligro común, robo y delitos conexos con los anteriores, extorsión, homicidio y lesiones contra miembros de las fuerzas militares, estupefacientes, etc. Fueron decretos legislativos en esta materia, a partir de 1968, los siguientes:

27. Artículo 122 de la Constitución Nacional, antecedentes de su primera aplicación. Ministerio de Justicia. Imprenta Nacional, pág. 78.

1661 de 1969, 593 de 1969, 1118 de 1970, 254 de 1971, 271 de 1971, 1518 de 1971, 522 de 1971, 1315 de 1971, 1142 de 1975, 1250 de 1975, 2407 de 1975, 2193 de 1976, 2260 de 1976 y 1923 de 1978.

b. *Fortalecimiento militar*

Como consecuencia de lo anterior, fortalecimiento de las fuerzas militares, de la justicia penal militar y de los organismos de seguridad, mediante creación de plazas, apropiaciones presupuestales, creación de comandos militares para zonas de guerra, creación de prestaciones sociales para el ejército, etc.

Fueron decretos en estas materias:

611 de 1970, 1130 de 1970, 2170 de 1971, 2640 de 1976, 2270 de 1976, 2473 de 1977, 2128 de 1977, 2664 de 1977 y 2832 de 1977.

c. *Restricción de libertades y garantías*

Las libertades y garantías consagradas en nuestra Constitución liberal burguesa (Título Tercero), son desarrollo de la evolución histórica de las declaraciones de derechos del hombre y derechos humanos, consagrados en convenios internacionales suscritos por Colombia y ratificados por nuestra legislación (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos y Pacto de San José) ellas constituyen el sustento de nuestra estructura política formal.

Mediante normas de estado de sitio invariablemente se han restringido las citadas libertades y garantías.

Se restringe el derecho de reunión al prohibirse perentoriamente, al someterse las reuniones de más de tres personas a determinados permisos o al facultarse a los alcaldes para imponer el toque de queda.

Decretos legislativos en esta materia fueron:

1690 de 1969, 596 de 1970, 1129 de 1970, 1131 de 1970, 252 de 1971, 78 de 1972, 1142 de 1975, 1250 de 1975 y 2132 de 1976.

Se restringe el derecho de locomoción al facultar a organismos de seguridad para elaborar listas de “sospechosos” y arraigarles en su domicilio; mediante control de circulación de personas por lugares y vías públicas; mediante vigilancia al tránsito de vehículos. Decretos en tal materia fueron:

1690 de 1969, 591 de 1970, 610 de 1970, 1129 de 1970, 1132 de 1970, 251 de 1971, 253 de 1971, 1142 de 1975, 1270 de 1975, 2132 de 1976, 2578 de 1976.

Se restringe el derecho a la información y prensa con la prohibición de dar a conocer noticias sobre asuntos relativos al orden público, entendiéndose por tales los “discursos”, exposiciones o debates sobre estos temas, “aun ocurridos en corporaciones públicas”, prohibición de transmitir por radio y televisión informaciones no oficiales sobre secuestros, informaciones relativas a ceses de actividades, paros o huelgas ilegales. Para ello se dictaron los siguientes decretos:

592 de 1970, 255 de 1971, 673 de 1976 y 2066 de 1977.

Se recorta el derecho de asociación y huelga mediante la cancelación de personería jurídica a sindicatos, prohibición de huelgas, intervención especial en los servicios públicos, suspensión de carreras de estabilidad laboral, sanción por participación en suspensión de labores, etc.

Decretos dictados para tal fin:

252 de 1971, 276 de 1971, 580 de 1971, 1805 de 1973, 528 de 1976, 2132 de 1976, 591 de 1976, 2004 de 1977.

Se realiza la suspensión de carreras (administrativa, judicial, docente, carcelaria y diplomática), a través de la suspensión de garantías de estabilidad, ascenso, procedimientos para sanciones, ingreso, escalafón, concursos, nombramientos, remociones, etc. Decretos:

508 de 1972, 1469 de 1972, 2132 de 1976, 128 de 1977.

Imposición de penas: la limitación de garantías implica la creación o establecimiento de sanciones privativas de la libertad o pecuniarias en caso de inobservancia de las mismas o por el ejercicio de los derechos. Fueron dictados los siguientes decretos para ese fin:

815 de 1972, 1821 de 1972, 1805 de 1973.

Otras restricciones: por ejemplo, "ley seca". Decretos: 1690 de 1969, 594 de 1970, 1129 de 1970, 251 de 1971, 1142 de 1975, 1250 de 1975.

Desconocimiento de garantías de proceso

Aparte de las implicaciones de orden procesal que conlleva la adscripción de competencia a la justicia penal militar y, como se verá más adelante, a un desconocimiento de garantías mínimas, mediante el estado de sitio se limitan en forma grave las garantías de orden penal, judicial y administrativo. Según tales garantías: a) nadie puede ser penado sino por un hecho consagrado en la ley; b) sin haber sido oído y vencido en juicio conforme a procedimiento legal; y c) las penas ejecutadas y aplicadas conforme a ley preexistente y en establecimiento apto. Ellas se limitan, al establecer como "causal de justificación" para los agentes de seguridad que cometen homicidio en operaciones presuntamente destinadas a reprimir delitos comunes; al establecer procedimientos sumarios y colectivos; al adscribir competencia a funcionarios policivos; al establecer penas sin procedimiento; al eliminar recursos; al ampliar términos en detrimento

de la libertad del procesado (para resolver situación jurídica o calificar el sumario); al eliminar la lectura de los procesos en consejos de guerra verbales; al autorizar la rendición de informes por agentes de seguridad sin suministrar identidad, con violación de la publicidad de la prueba; al ordenar el traslado a la Isla Gorgona en el Pacífico, de personas sin sentencia en firme en su contra y a pesar de no ser establecimiento carcelario.

d. *Violación de requisitos y normas supranacionales*

La suspensión de garantías, en virtud del estado de sitio, tiene unos límites precisos, definidos por tratados internacionales.

1) *Garantías de obligatorio respeto*

En primer lugar, se excluye la posibilidad de tocar las garantías referentes al derecho a la vida, derecho a la integridad personal, prohibición de la esclavitud y servidumbre, principio de legalidad y retroactividad, libertad de conciencia y religión, protección a la familia, derecho al nombre, derechos del niño, derecho a la nacionalidad, derechos políticos (participación en asuntos públicos, votar y ser elegido, acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas en el país) y garantías judiciales necesarias para la protección de esos derechos²⁸.

2) *Obligación de dar aviso*

Según el numeral 3º del artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General, "todo Estado Parte, en el presente pacto, que haga uso del derecho de suspensión, deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente pacto, por conducto del secretario general de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuyas aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una

28. Ord. 2º, art. 27, Pacto de San José.

nueva comunicación por el mismo conducto, en la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión”.

Las citadas limitaciones nunca se han anunciado o avisado a los países miembros signatarios del pacto y convención. Y su levantamiento ha ocurrido como consecuencia de la derogatoria de la norma de estado de sitio y no como una declaratoria oficial y, por tanto, tampoco en tal sentido se ha comunicado a los Estados Partes a través de la organización internacional.

Se concluye que los decretos de estado de sitio no han tendido a la represión de lo anormal, sino a eliminar las manifestaciones de descontento popular y a erradicar todo brote de inconformismo de los sectores desposeídos. Es ese el carácter genérico del estado de sitio. Basta confrontar lo afirmado por el presidente Turbay, para quien lo importante no es “la camisa de fuerza del 121”, sino las medidas tendientes al sofocamiento de los movimientos populares aun con la participación de los demás órganos del poder²⁹.

C. EFICACIA DE LOS CONTROLES DEL ESTADO DE SITIO

El mismo contraste que se observa al comparar la teoría de las limitaciones con la operancia práctica del estado de sitio, se constata en relación con los controles.

1. Eficacia del control jurisdiccional

Es innegable la importancia de la Corte Suprema de Justicia, en su condición de máximo organismo jurisdiccional, bajo cuya responsabilidad está la guarda de constitucionalidad de los decretos legislativos, en la forma como se ha utilizado el estado de sitio en la represión.

Ese papel fue confiado sin reserva alguna por las Fuerzas Armadas como condición indispensable para el cabal im-

29. TURBAY, Julio César, *Discurso al inaugurar la sede del Tribunal Administrativo de Cundinamarca*, El Tiempo, febrero 15 de 1980.

perio de medidas de estado de sitio y de acciones militares “por enérgicas que ellas sean”, en carta que los altos mandos militares dirigieron al entonces presidente Alfonso López el día 19 de diciembre de 1977, en los siguientes términos: “Es de esperarse que las nuevas medidas que tome el gobierno al que reiteramos nuestro decidido apoyo, y las correspondientes acciones de las fuerzas militares, por enérgicas que ellas sean, en virtud de que tienen que garantizar el régimen institucional y la seguridad ciudadana, cuenten con la comprensión y solidaridad, no sólo de la honorable Corte Suprema de Justicia, en su función de colaborar como rama del poder público para asegurar la realización de los fines del Estado, sino de todas las fuerzas vivas del país...”³⁰.

Con tal recomendación, los altos mandos militares, en esa oportunidad, parecían llover sobre mojado, puesto que, con anterioridad, la Corte había recibido los decretos expedidos en ejercicio del estado de sitio, limitándose a aprobarlos, legitimando con ello el uso arbitrario del estado de sitio³¹.

a. *La exequibilidad: regla general. Fallos inhibitorios*

Basta examinar algunos casos de control automático de la Corte para concluir el sometimiento político de este organismo al ejecutivo:

— Control a decreto que adscribe a la justicia penal militar el conocimiento de causas por algunos delitos. Afirma la Corte:

“Por su parte el artículo 61 de la Constitución permite ampliar la jurisdicción penal militar durante la perturbación del orden pú-

30. El Tiempo, diciembre 20 de 1977 citado por ANGULO Novoa, Alejandro, en *Deberes humanos, derechos inhumanos*. Revista Controversia N° 81, CINEP, 1980.

31. O en el mejor de los casos, a declararse inhibida por sustracción de materia, en virtud de la no vigencia de los decretos por el levantamiento del estado de sitio, a pesar de las múltiples acciones públicas de impug nación.

blico, para que pueda conocer determinados delitos y los conexos con ellos, que en tiempo de normalidad deben ser sancionados por la justicia ordinaria”.

“Esa facultad excepcional se refiere a los delitos que tengan conexión con las causas que determinaron la turbación del orden público o que han originado la anormalidad”.

“Los tribunales militares son también creación de la Carta, como la rama jurisdiccional (artículo 170, C. N.) y han sido organizados y reglamentados en ley previa; por tanto, el traslado de la competencia de la justicia ordinaria y la aplicación de los procedimientos...”³², es constitucional.

— Control a la restricción del derecho de reunión.

Examinado decreto que limita el citado derecho, la Corte considera:

“Que las medidas en el mismo contenidas consisten en prohibiciones usuales en los casos de alteración de la tranquilidad general y tienen carácter preventivo: prohibición de manifestaciones, reuniones o desfiles de carácter político, estudiantil, laboral o de cualquier otro orden y los actos cívicos y espectáculos públicos que puedan originar situaciones que afecten o entraben el normal desarrollo de las actividades ciudadanas”.

“Como los actos enumerados pueden ser incompatibles con el estado de sitio, y ser ocasión a exaltación de ánimos y disturbios, se reconoce que el gobierno está autorizado para prohibirlos de conformidad con el artículo 121 de la carta”³³. Por tanto es constitucional.

— Control a restricción al derecho de información:

Atendido el estudio de decreto que impuso al DAS la elaboración de listas de personas sospechosas para someterlas a vigilancia policiva, arraigarlas al lugar habitual de su residencia e imponer sanciones en caso de violación de tal arraigo sin el permiso correspondiente, dijo la Corte:

“Se trata, pues, de medidas preventivas de carácter *elemental* (subrayamos) dentro de un estado de turbación del orden público,

32. C. S. J., Fallo de enero 15 de 1973. Mag. Pon. Luis Sarmiento B.

33. C. S. J., Sentencia de mayo 23 de 1971. Mag. Pon. José Gabriel de la Vega.

encaminadas a mantenerlo mediante la vigilancia especial, el control de la residencia y el permiso necesario para las personas sospechosas de los actos a que el decreto se refiere”³⁴. Por tanto es constitucional.

— Control a las limitaciones al derecho de locomoción:

Al examinar el decreto que prohíbe la publicación o difusión de noticias, comentarios o propagandas por cualquier medio escrito, radial, televisado o altoparlante, en cuanto sean susceptibles de causar alarma, afectar la tranquilidad pública o dificultar el restablecimiento del orden, dijo la Corte:

“El artículo 42 de la Constitución nacional determina que la prensa es libre en tiempos de paz... implícitamente acepta que deja de serlo en tiempo de alteración del orden público, lo que por sí justifica la limitación de su ejercicio. El decreto no extingue todas las manifestaciones de la libertad de opinión, sino que ‘establece controles para su ejercicio’ y, por tanto, es constitucional”³⁵.

— Control a restricción al derecho de prensa:

Examinado decreto por el cual impone la censura de prensa por medios escrito, radial, televisado, etc., creando oficinas de censura y obligando a entregar manuscritos para su revisión previa su publicación, expresó:

“La Corte reitera su doctrina sobre la normación legal del estado de sitio; los poderes excepcionales del presidente de la república durante éste y el alcance y el valor jurídico de las medidas que puede tomar... las medidas son limitativas de la libertad de pensamiento en sus diversas manifestaciones. Con ellas se persigue evitar el abuso de su ejercicio, fenómeno que podría incidir en una agudización de la situación anormal, o dificultar su extinción”. Por tanto, encajan dentro de los poderes del presidente de la república en estado de sitio y son exequibles³⁶.

34. C. S. J., Sentencia de marzo 23 de 1971. Mag. Pon. Guillermo González Charry.

35. C. S. J., Fallo de agosto 13 de 1970. Mag. Pon. Eustogio Sarria.

36. C. S. J., Fallo de marzo 31 de 1971. Mag. Pon. Eustogio Sarria.

— Control a las limitaciones al derecho de asociación:

En relación con decreto que limitaba derechos derivados del de asociación para trabajadores de empresas de construcción y mineras, imponiendo la convocatoria de tribunales de arbitramento obligatorio, afirmó:

“1. Medidas semejantes, limitativas del ejercicio de derechos que la Constitución y la ley garantizan a los trabajadores, *son tolerables, en cuanto transitorias* (subrayamos), como adecuadas o conducentes al restablecimiento del orden público perturbado y a su inmediata conservación”³⁷. Concluye con su exequibilidad.

Al examinar decreto que facultaba a los agentes seccionales para imponer el toque de queda, control de circulación de personas, vigilancia de tránsito de vehículos y ley seca, afirma:

“Las medidas contempladas en el artículo... del decreto son propias o adecuadas para el restablecimiento del orden público, son desarrollo lógico de las facultades o poderes que emanan del régimen excepcional del estado de sitio”³⁸. Por lo mismo son exequibles.

— Control a restricción de actividades académicas:

Frente a decreto que faculta a los gobernadores para suspender, cuando lo consideren conveniente, las tareas docentes y académicas en los centros de educación superior y media oficiales, expresa:

“Estas medidas... suspenden las normas legales que sirven de garantía o soporte a los respectivos derechos; en el fondo limitan el ejercicio de algunas libertades... son, por lo mismo, de carácter transitorio, es decir que ellas sólo producen efectos durante el estado de sitio. Concluido éste, dejan de regir ipso-facto; o sea, no trascienden al estado en normalidad jurídica”³⁹.

37. C. S. J., Fallo de mayo 31 de 1971. Mag. Pon. Eustogio Sarria.

38. C. S. J., Fallo de marzo 23 de 1971. Mag. Pon. Eustogio Sarria.

39. C. S. J., Fallo de mayo 27 de 1971. Mag. Pon. Eustogio Sarria.

Las citadas consideraciones, repetidas textualmente en varios de los fallos, sirven de base a la Corte para optar por la constitucionalidad.

— Control al decreto que “deroga” la ley.

Pese a que la Constitución no permite la utilización del estado de sitio para derogar y menos para modificar la legislación, el decreto 70 de 1978 adiciona el artículo 25 del Código Penal en cuanto consagra una causal más de justificación del hecho ilícito. Al ser revisado por la Corte, dijo la corporación:

“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 y establece directa o indirectamente la pena de muerte...

Se trata, como antes 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, lo que tienen por objeto prevenir o reprimir delitos que por su naturaleza son violentos y se ejercen a base de violencia sobre personas o cosas, estén protegidos por una justificación de los hechos punibles que se vean forzados a cometer”⁴⁰.

— Fallos inhibitorios:

Y con el argumento de que según el decreto 432 de 1969 “cuando al proceder al fallo de constitucionalidad de una ley o decreto, encontrarse la Corte que la norma revisada o acusada perdió ya su vigencia, la decisión será inhibitoria, por sustracción de materia”, fueron numerosos los casos en que a pesar de la abusiva utilización de las facultades del estado de sitio, nada revisó la Corte so pretexto de la no vigencia de los decretos legislativos. Así ocurrió con normas relativas a múltiples materias (Por ejemplo, adscripción de

40. C. S. J., Fallo de marzo 9 de 1978. Mag. Pon. Dr. Guillermo González Charry.

competencia a la justicia penal militar, aumento de penas, aprehensión a personas comprometidas en actos atentatorios de orden público, asignación de partidas para militares, designación de interventores a empresas de servicios públicos, perturbación de actividades sociales, porte de armas de fuego aun con salvoconducto, etc.).

Constituye, pues, denominador común en las decisiones de la Corte que pretenden realizar el control jurisdiccional de legalidad de decretos legislativos, estas consideraciones presentes, si no en todos, sí en la gran mayoría de los fallos:

a) La prelación del “orden público” sobre la vigencia de libertades y garantías individuales. La misión que le da la Constitución al presidente de conservar y restablecer el orden público, se presenta así como un fin y no como un medio.

b) El que todas las medidas, aun aquellas que atentan en forma directa contra la vida, la libertad, la protección al trabajo, son “tolerables en cuanto transitorias” (sic).

c) Múltiples jurisprudencias se limitan a considerar que los actos sujetos a control guardan relación con el orden público, razón suficiente para convalidarlos.

d) Por último, la mayoría de los fallos ponen de relieve que la medida, materia del control, no obstante constituir, efectivamente, una limitación, ella no “de-roga” la ley sino la “suspende”, diferencia sutil que jamás ha sido explicada.

b. *La inexequibilidad: la excepción*

Resulta curioso, por lo menos, que en aquellos eventos en que la Corte ha decretado la inconstitucionalidad de normas dictadas en aplicación del estado de sitio, lo ha sido por falta de relación causal entre lo reglamentado y el motivo de la turbación del orden o por “antitécnica y defectuosa

redacción” de la norma. Así por ejemplo, en sentencia de 30 de octubre de 1978, que declaró parcialmente inexecutable el estatuto de seguridad, se dijo:

“Pero, por otra parte la Corte ha encontrado también, dentro de la antitécnica y defectuosa redacción del estatuto que se analiza, disposiciones parcialmente inexequibles, y que son las siguientes”. . . . Por ejemplo: la distribución de propaganda subversiva o la fijación de avisos ultrajantes o subversivos⁴¹ . . .

O porque es aberrante la violación al derecho de defensa. Tal el caso de inexecutable de los decretos 2482 de 1979 y 2289 de 1979, en virtud de los cuales se disponía, por el primero, la suspensión de la lectura del expediente en procesos adelantados mediante trámite de consejos verbales de guerra, a cambio de la lectura de 1.000 folios diarios en copia del expediente, en traslado común a centenar y tanto de abogados; por el segundo, la remisión de personas aún no condenadas, a la Isla Prisión Gorgona⁴².

c. *Control ordinario*

Respecto del control ordinario jurisdiccional, su real esencia es permitir a los particulares que participen en la legitimación del estado de sitio. Si no tiene mayor efecto como medio de control el automático, menos puede tenerlo el ordinario. En efecto, cuando se produce la impugnación del acto por los particulares, ordinariamente se ha producido ya decisión en razón del control automático y, por tanto, de nada sirven las razones que sustentan la acusación particular de la norma.

2. **Eficacia del control político**

La posibilidad que el Congreso tiene, a partir del acto constitucional de 1968 de derogar las normas de excepción,

41. C. S. J., Fallo de octubre 30 de 1978. Mag. Pon. Luis C. Sábica.

42. C. S. J., Fallos de diciembre 3 de 1979 y noviembre 5 de 1979. Mag. Pon. Miguel Lleras Pizarro.

no es más que eso: una posibilidad que jamás se ha realizado. Lo cierto es que, ya desde esa época, garantizada la preeminencia política del ejecutivo y la dimisión del legislador (a fuerza de delegar su propia función al ejecutivo mediante facultades "pro tempore"), se ha convertido en institución ornamental.

De tal forma que el Congreso no tiene ya el carácter de "órgano legislativo", sino en las páginas de la Constitución formal. Y si ha renunciado a su facultad de legislar, no se puede esperar que ejerza la de controlar políticamente al ejecutivo, como le correspondería en el caso del artículo 121 y como expresamente lo señala la reforma constitucional de 1979.

D. LA RETENCIÓN. REFUERZO AL 121

1. En qué consiste la "retención"

Paralelamente al uso y abuso del artículo 121 de la Constitución nacional, nos encontramos hoy con el del artículo 28 de la misma codificación, norma que consagra la llamada figura de la "retención". Si bien en un comienzo se había hecho uso prudente de ella, durante los dos últimos años la institución se ha hecho tan familiar como el propio estado de sitio, contribuyendo a su deterioro jurídico.

Ha sido entendida la mencionada institución como una excepción al artículo 23 de la Constitución nacional, en el sentido de que pueden ser aprehendidas y retenidas sin orden judicial previa, las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública. No obstante ello, en su aplicación, deben observarse los siguientes requisitos, según fueron definidos por el Consejo de Estado en Sala Plena el 18 de febrero de 1969, a raíz de la consulta formulada por el presidente Carlos Lleras Restrepo y su ministro de Gobierno Carlos Augusto Noriega el 20 de enero del mismo año:

1. Que los motivos actuales o inminentes para temer la perturbación del orden público sean estimados razonada y friamente.

2. Que el dictamen de los ministros se refiera a los graves indicios que existan en relación con cada una de las personas sobre cuya libertad ha de resolverse, es decir, que no se emita en forma general e impersonal y que en él se advierta por qué se consideran probados los hechos constitutivos del indicio.

3. Que la orden escrita de aprehensión y retención la imparta el gobierno, o sea, el presidente de la república y el ministro del ramo respectivo, después de emitido el concepto de los ministros que debe constar en el acta correspondiente.

4. El concepto previo del Consejo de Estado no debe interpretarse como una simple formalidad de trámite, razón por la cual al Consejo se le debe proporcionar información detallada.

5. Esa potestad es indelegable.

Además, advierte el Consejo de Estado, la excepción que consagra el citado artículo en relación con las reglas para la detención de personas, no lo es "en cuanto al mandamiento escrito que es un imperativo ineluctable aun cuando se ejerza la competencia del artículo 28 por el gobierno, porque según nuestra organización institucional el imperio de la ley no puede desvanecerse en ningún momento de la vida de la nación"⁴³.

2. **Cuál ha sido su aplicación**

Es de público conocimiento que han sido innumerables las acusaciones al gobierno por la comisión de irregularida-

43. CEPEDA Ulloa, Fernando, *El Tiempo*, enero 31 de 1979.

des en la aplicación de la citada norma. Las retenciones se han producido sin previo dictamen del consejo de ministros, o en el mejor de los casos, las órdenes han sido dadas en abstracto, esto es, no para personas determinadas. La determinación y la estimación de la prueba requerida (graves indicios) ha sido dejada por el consejo de ministros en cabeza de mandos medios militares, pese a ser indelegable. El término perentorio de diez días consagrado por la norma, como de duración máxima de la retención, muchas veces se ha duplicado o triplicado y la institución ha facilitado la práctica de arbitrariedades de todo orden contra los afectados por la medida y contra sus familiares.

Lo anterior se constata al examinar brevemente lo que ha sido la última de las aplicaciones del artículo 28:

a) En enero de 1979, el consejo de ministros en sesión a la que se refiere comunicado oficial, decreta la "retención de personas". Este comunicado fue el siguiente: "La secretaría de información y prensa de la Presidencia de la República informa a la opinión nacional que en la mañana de hoy se reunió el consejo de ministros y autorizó la retención de varias personas sobre las cuales hay indicios graves de que atentan contra la paz pública... dicha medida fue adoptada en desarrollo del artículo 28 de la Constitución nacional".

b) En respuesta al despacho de una agencia noticiosa que hace notar que la orden fue impersonal, la misma oficina emitió el siguiente comunicado: "En relación con una corresponsalía de la agencia internacional de noticias Associated Press a sus abonados en Colombia y el exterior, sobre una supuesta decisión del gobierno adoptada para retener sin respecto a ninguna norma constitucional o legal a todos los ciudadanos que fueren calificados como sospechosos de perturbar la paz del país, la Secretaría de Información y Prensa de la Presidencia de la República informa que no existe en Colombia ninguna norma constitucional que permita la retención masiva de la población, sino que en el país imperan suficientes garantías procesales que, aun en casos extremos

contra el orden institucional hacen necesaria la consulta al Consejo de Estado, como oportunamente se hizo y la aprobación por el consejo de ministros de la retención de personas previamente identificadas y contra las cuales existan graves indicios de estar comprometidas en la perturbación de la paz... La Secretaría de Información y Prensa previene a la opinión nacional y extranjera sobre la tendencia de algunos medios de comunicación a hacer novelones alrededor de hechos sobre los cuales el gobierno informará oportuna y objetivamente”⁴⁴.

c) Pese al explícito compromiso contenido en el anterior comunicado, que el gobierno adquiriría de no ejercer la retención en forma indiscriminada, impersonal y genérica, sino en la forma autorizada por la Constitución, es decir, previa orden, para cada caso, del consejo de ministros, en la que se indique los indicios que pesan contra el retenido, orden que, como es apenas lógico, no puede ser secreta, y que la aprehensión no se prolongue más allá del término legal, la práctica fue otra.

La inquietud generalizada en tal sentido fue recogida por la comisión de Amnistía Internacional en su documento de conclusiones y recomendaciones. Las condiciones y formalidades para la aplicación de este artículo, según Amnistía Internacional, no son otras que las que ya había establecido el Consejo de Estado en el concepto antes citado, a saber: “El mencionado artículo no establece que se mantengan en secreto los nombres de las personas que son retenidas, ni deroga las normas relativas a la protección de los derechos que tiene toda persona que se encuentre bajo alguna forma de arresto o detención; a saber:

- “derecho a no ser arrestada arbitrariamente sino de acuerdo a procedimientos establecidos en las leyes” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9, 1).

44. El Espectador, enero 10 de 1979, comunicado de la oficina de prensa.

— “derecho a ser informada, en el momento de su detención, de los cargos que existen contra ella” (Pacto, art. 9, 2).

“El artículo 28 de la Constitución no autoriza tampoco que se sigan investigaciones contra los retenidos por medio de procedimientos especiales. Si éstas se adelantan, para establecer posibles responsabilidades de orden penal, deben ser respetadas todas las garantías propias del proceso penal, entre ellas, las relativas a la incomunicación del detenido y al derecho de defensa”⁴⁵.

Sin embargo, hasta la fecha han sido mantenidos en secreto los nombres de las personas retenidas, en clara violación de normas de carácter internacional relativas a la protección de los derechos de toda persona que se encuentre privada de la libertad, en particular el cumplimiento de los procedimientos establecidos y el derecho a ser informada de los cargos que pesan en su contra; como obvia consecuencia, se han violado las garantías propias del proceso como las relativas a la incomunicación del detenido y al derecho de defensa; se ha delegado en autoridades militares la decisión de la aprehensión y retención y la estimación de los indicios como graves de atentar contra el orden público que puedan pesar en su contra. Mal puede, en tales condiciones, controlarse el término de la retención e incomunicación; y, en ausencia de control judicial ordinario, o de asistencia legal para el retenido, se ha facilitado la aplicación de la tortura en sus diversas formas, como quiera que la aprehensión y custodia la han ejercido los mandos militares.

Pese a que el informe de la organización internacional en el punto anteriormente visto es en un todo acorde con el concepto del Consejo de Estado sobre la forma y requisitos en que debe ser aplicada la retención con base en el artículo 28, el gobierno en su reacción al mismo informe no pudo encontrar réplica mejor que la de acusar a Amnistía de “lamentable desconocimiento de la concepción jurídica de tal precepto” y de “completa ignorancia sobre el ordenamiento

⁴⁵. *Amnistía Internacional*, op. cit., pág. 27.

jurídico colombiano”⁴⁶, y al entrar a demostrar en qué consistían tales “lamentable desconocimiento” e “ignorancia”, no encuentra argumento alguno sin poner a decir a Amnistía Internacional lo que no dijo: que según ella, el artículo 28 no se podía aplicar sino en estado de sitio. No leyó —¿o no quiso leer?— Turbay el documento que estaba criticando cuando dice: “Este artículo (el 28) autoriza al gobierno, *aun en tiempo de paz...*”⁴⁷ (subrayamos).

La ligera y endeble argumentación del gobierno contra Amnistía Internacional nos demuestra que en su oportunidad no cumplió con lo exigido legalmente para una correcta aplicación de la retención, tratando de fugarse por las ramas de especulaciones semánticas de las serias acusaciones del organismo internacional que no eran distintas de las ya hechas repetidamente por innumerables juristas nacionales.

46. Discurso de Turbay, El Tiempo, abril 20 de 1980.

47. *Amnistía Internacional*, op. cit., pág. 284.

II

LA JUSTICIA PENAL MILITAR, UNA NULIDAD

Quizás Guillermo León Valencia jamás imaginó que al expedir el decreto legislativo N° 1699 de 1964 adscribiendo, por primera vez, a las cortes castrenses en trámite de consejos de guerra verbal, mediante las facultades adquiridas en virtud de la declaratoria del estado de sitio, el juzgamiento no sólo de delitos cometidos por militares fuera del servicio, sino, principalmente de aquellos cometidos por civiles, estaba sentando un precedente de lo que, posteriormente, sería consecuencia invariable del estado de sitio, hasta el punto de que todo el edificio de la justicia castrense se ha cimentado en nuestra vida jurídica teniéndose como una rama más, la más importante por cierto, de la jurisdicción penal.

Cabe destacar que el nombre justicia penal militar o jurisdicción penal militar con que ordinariamente se conoce todo el aparato de juzgamiento castrense, —Tribunal Superior Militar a la cabeza—, es una impropiedad fundada solamente en la costumbre de ver adscrito al juzgamiento militar una variada e importante serie de delitos cometidos por civiles, olvidándose la razón de ser de las cortes marciales enunciada en el artículo 170 de la Constitución nacional como un medio disciplinario y policivo, no jurisdiccional, para los militares en servicio. No es gratuita, pues, la indignación pro-

ducida, cuando el Consejo Superior de la Judicatura nos recuerda que las entidades adscritas a la justicia castrense, tanto aquellas "permanentes" como lo son el propio Tribunal Superior Militar, los Juzgados de Instrucción Penal Militar, las auditorías de guerra, como las "transitorias", presidentes, asesores jurídicos, fiscales, vocales, secretarios y demás partes integrantes de los consejos de guerra verbales, son funcionarios de la rama ejecutiva, no judicial, dependientes del Ministerio de Defensa. Ciertamente, no resulta entendible para las gentes que sea ajena a la rama jurisdiccional, la institución que por años ha venido juzgando a centenares y miles de civiles sindicados por delitos.

Sin duda el Consejo Superior de la Judicatura tiene razón en este caso, si nos atenemos a las normas constitucionales y legales que regulan la materia.

El estatuto de seguridad únicamente recoge en esta materia lo que ha sido una consecuencia invariable de todas las declaratorias del estado de sitio que le han precedido: la adscripción al juzgamiento castrense de algunos delitos, tradicionalmente los considerados en mayor grado como atentatorios del "orden público". Así, en virtud de normas de estado de sitio la justicia penal militar ha conocido de los siguientes delitos: a) los delitos políticos; b) la asociación para delinquir, a través de cuya figura eran llevados a las cortes castrenses miembros de organizaciones armadas con el propósito de aplicarles no las penas relativamente benéficas de la rebelión sino sancionarlos por los otros delitos cometidos en conexión con la actividad insurgente como los robos agravados (asaltos a bancos para procurarse financiación), falsedad (falsificación de documentos de identificación para asegurar su clandestinidad), homicidios producidos en combate, etc.; c) en general hechos constitutivos de otras conductas delictivas que en otras circunstancias estarían subsumidos en el delito de rebelión y, por lo tanto, no deberían tener identidad propia y sanción independiente del mismo como ocurre con el secuestro, el porte de armas, el porte de explosivos y objetos de peligro común.

Ideada como un medio ágil, tecnificado de inquisición política, la justicia penal militar se ha visto entrabada por su propia pretensión de eficacia. El ingente trabajo de recolección indiscriminada de elementos acusatorios contra los detenidos, a través de medios que van del chantaje a la tortura física, pasando por los allanamientos con "autorización judicial" en blanco, no puede dar lugar a otra cosa que a un juzgamiento formal que da la impresión para juzgados y juzgadores de un rito previsto de antemano, donde los resultados son ya conocidos.

Pero, si la justicia penal militar ha cumplido su cometido intimidatorio, ello no ha sido posible sin sacrificar su contenido ideológico. El precio es demasiado alto, en el sentido pragmático burgués que de justicia le asignaba uno de los más importantes representantes de esa escuela: Jeremías Bentham: "lo importante no es ser justo sino parecer serlo"⁴⁸.

En efecto, a costa de la eficacia, la justicia castrense se ha convertido en un monstruo que no ofrece garantías, aun para sectores dominantes, y de ahí que las voces en contra del juzgamiento militar a civiles se levantan ahora de gargantas de quienes, en otras oportunidades, usaron, defendieron o toleraron este medio de juzgamiento.

Este ejercicio irracional de la represión ha determinado, en últimas, la repulsión general hacia la justicia militar y esta a su vez, ha llevado a la Corte y al Tribunal Superior Militar a reconocer en la práctica la inoperancia de los consejos de guerra, al decidir la nulidad de los más importantes adelantados contra civiles.

Pero por otra parte, la ineficacia se manifiesta en que siendo justicia para enemigos, en los escasos eventos en que han sido juzgados sus propios miembros por abusos en el ejercicio de su función, ordinariamente han sido absueltos.

48. VISHINSKY, Andrei, *Teoría de la prueba*, Ed. Suramérica, 1970. pág. 28.

Basta ver los veredictos producidos en los célebres procesos por múltiple asesinato en el barrio "Contador" en Bogotá y por la muerte de Jorge Marcos Zambrano en Cali.

Conciente el gobierno de que un lento juzgamiento en procesos militares desnuda el contenido ritual y formalista del derecho de defensa frente a las cortes marciales, lejos de asegurarlo, se propuso, en aras a la pronta y cumplida justicia, eliminar los aún existentes ritos del derecho de defensa. Con este objetivo había dictado el decreto legislativo No. 2482 de 1979 tendiente a la agilización de los consejos de guerra mediante la supresión de la lectura total del expediente, sustituyéndola por la de aquellas piezas que solicitaran los vocales. Este decreto fue declarado inconstitucional.

La aplicabilidad de este decreto se dirigía inequívocamente hacia los consejos de guerra encargados del juzgamiento de presuntos miembros de las FARC, M-19 y MAO, involucrando a varios centenares de presos políticos.

Con la misma finalidad y atinando hacia los mismos procesos, se produce el decreto 536 de 14 de marzo de 1980, este sí declarado exequible en sentencia del 23 de mayo de 1980 por la Corte Suprema de Justicia, que da la posibilidad de solicitar la lectura del expediente también a las partes o a los abogados defensores. El contenido inocuo de este decreto se puso posteriormente de manifiesto.

Por último, al asignar el conocimiento de algunas contravenciones a funcionarios policivos como alcaldes y comandantes de estación, el estatuto de seguridad tampoco estaba tomando determinación original. Por el contrario, heredado de la dictadura, el estado de sitio en su nuevo contenido en el Frente Nacional, usó de funcionarios administrativos, civiles o policivos, para la represión, sin mayor fórmula de juicio, a través de sanciones de arresto, de algunas violaciones a las restricciones impuestas a libertades y derechos individuales. Sin embargo, en algo supera el estatuto a sus antecesores: la adscripción a los comandantes de brigada, base

naval y estaciones de policía, del conocimiento de algunas contravenciones como el uso de máscaras, antifaces, porte de armas, etc., mediante procedimiento sumario y sin recurso alguno, que faculta para imponer pena privativa de la libertad hasta por cinco años. Resulta, pues, en extremo crítica, la situación de la justicia penal militar y del estado de sitio, al hacer extensiva la competencia para el juzgamiento a funcionarios que, por su naturaleza y por las funciones que les son propias, lejos están de poder impartir eficiente e imparcial justicia.

A. NOCIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL MILITAR

“Por definición el derecho penal militar está constituido por normas y principios que establecen los delitos por infracción de los deberes del servicio, por violar la disciplina del ejército, por desobediencia o rebeldía de las fuerzas armadas ante los poderes legítimos del Estado y por otros inherentes a la condición militar, con las consiguientes penas de probervial severidad”⁴⁹.

Estas normas convergen en la utilización de tribunales extraordinarios de excepción, que mediante procedimientos también propios, conocen delitos específicos de los militares en servicio activo, con ocasión del servicio o en relación con el mismo.

Un rápido esbozo nos muestra el desarrollo histórico de la justicia militar o penal militar:

a) Creación del consejo de guerra permanente, la junta de secuestros y el tribunal de purificación por Pablo Morillo, en virtud de los cuales se podían imponer la pena capital por el primero, y la de confiscación por la segunda.

b) Decreto orgánico del 27 de agosto de 1828 del Libertador Simón Bolívar confiriendo facultades al jefe supre-

49. CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, Tomo I, Octava edición, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1974, pág. 655.

mo del Estado para "...aprobar o reformar las sentencias de los consejos de guerra y tribunales militares en las causas criminales seguidas contra oficiales de los ejércitos y de la marina nacional".

c) Decreto de 27 de noviembre de 1861 que en su artículo 1º prevé el Código Militar de los Estados Unidos de Colombia formado por las leyes generales de la república de la Nueva Granada y la Confederación Granadina, vigentes el 1º de febrero de 1859.

d) La ley 35 de 1881 relativa a la organización de la fuerza pública, consagrando los delitos militares, la competencia, y los procedimientos de los tribunales militares.

e) Artículo 170 de la Constitución nacional, de 1886.

f) Ley 84 de 1931, de "justicia militar", regulando igualmente la organización, el procedimiento y los delitos militares.

g) Con fundamento en el artículo 121 de la Constitución nacional se fue estructurando lo que es actualmente el Código de Justicia Penal Militar a partir del decreto 1125 de 1950, 2311 de 1953 y 2900 del mismo año, desembocando en el decreto 250 de 1958, actualmente vigente⁵⁰.

h) Proyecto de ley (actualmente en curso) que faculta al gobierno para expedir nuevo Código de Justicia Penal Militar.

B. LA LEY MARCIAL EN COLOMBIA. JUZGAMIENTO DE CIVILES POR MILITARES

El origen militar del estado de sitio implica la mayor ingerencia de la fuerza militar en la vida política del Estado, participación que va desde la ley marcial entendida como la transitoria ejecución de todos los poderes del Estado por par-

50. OLIVAR Bonilla, Leonel, *Derecho Procesal Penal Militar*, Ediciones Perlos Ltda., 1977, págs. 16 y ss.

te de la fuerza militar, en las zonas afectadas por la conmoción o perturbación, hasta el estado de sitio ejercido hoy como una facultad discrecional del jefe del Estado, que presupone la permanencia de las ramas del poder y la vigencia de las instituciones con la sola posibilidad de suspender garantías ciudadanas.

Como consecuencia de ese avance militarista y de la concentración del poder en sus manos, hemos llegado al extremo que lo normal hoy es el juzgamiento de civiles por la fuerza militar, en razón de la permanente y cada vez mayor atribución de competencia por parte del ejecutivo a la jurisdicción castrense de delitos que por su propia naturaleza y finalidad están atribuidos, por la civilización jurídica, a tribunales populares y jueces comunes.

C. JUSTIFICACIONES DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR

1. Apología del juzgamiento militar a civiles

En los últimos tiempos se ha afirmado por voceros gubernamentales que a diferencia de la justicia ordinaria, la justicia penal militar se caracteriza por su imparcialidad, celeridad, eficacia y ágil organización, y que el juez militar es tan juez como cualquier otro. Hay quienes han afirmado que la diferencia es puramente formal (esto es, problema de vestido): “¿cambia sustancialmente un ciudadano colombiano cuando cambia su everfit por un traje verde oliva o al revés?”⁵¹.

Enconada defensa se ha hecho de esa institución; ha llegado a afirmarse que “la única razón para que sean los militares y no civiles los jueces que se encarguen de ella, es que entre nosotros, la rama jurisdiccional del poder público no es capaz de administrar justicia”⁵². Y paralelamente se arre-

51. PANGLOSS, *Temas de nuestro tiempo*, El Espectador, julio 18 de 1979.

52. El Siglo, agosto 4 de 1979.

mete contra la rama jurisdiccional, como si su estructura y funcionamiento y las protuberantes fallas que de su administración se advierten, fueran ajenas al Estado.

“A mí me impresiona como demócrata y como amigo de las instituciones que nos rigen, esa generalizada y peligrosa sensación de desconfianza en los jueces ordinarios. En el país existe la convicción de que un negocio que pase a un juez ordinario garantiza el imperio de la impunidad”⁵³.

Y a pesar del pretendido disgusto que causa a los mandos militares la función jurisdiccional⁵⁴, es evidente que “por decisión del gobierno, las fuerzas militares ‘desde 1949’ (sic) han venido juzgando a particulares durante el estado de sitio, a través de la justicia penal militar, con el fin de erradicar la violencia⁵⁵ y es así como mediante ella en segunda instancia, han sido condenados cerca de 2.000 procesados por delitos tales como secuestro, extorsión, homicidio, robo, instigación para delinquir, etc.”⁵⁶.

2. Constitucionalidad del juzgamiento castrense a civiles

La Corte Suprema de Justicia tradicionalmente ha sostenido la constitucionalidad de los decretos que trasladan la competencia de la justicia ordinaria a la justicia penal militar para el juzgamiento de civiles, basada no solamente en “la facultad que al gobierno asigna el artículo 61 de la Carta para atribuir esta competencia a la jurisdicción militar, sino en cuanto a que la aplicación de procedimientos propios de es-

53. TURBAY, Julio César, *Discurso al inaugurar la sede del Tribunal Contencioso-Administrativo de Cundinamarca*, El Tiempo, febrero 15 de 1980.

54. “A los militares no nos gusta administrar a los civiles la justicia, pero por la salud del país y por la necesidad de restablecer el orden público, tenemos que asumir esa función cuando el gobierno así lo decreta”. CAMACHO Leyva, Luis Carlos, El Siglo, agosto 4 de 1979.

55. Mandos Militares, comunicados sobre conferencia de Andrés Holguín, La República, agosto 15 de 1979.

56. *Ibíd.*

ta justicia especial no significa creación de tribunales especiales, ni sometimiento de los sindicados a normas procesales formalmente nuevas en el tiempo”⁵⁷.

Lo cierto es que esta tesis de la Corte ha sido ampliamente rebatida. Debe advertirse que la justicia penal militar, por su origen y reglamentación constitucional y legal, ha sido instituida única y exclusivamente para el juzgamiento de militares y no de civiles. “El entregar el juzgamiento de delitos comunes o políticos a tribunales militares y con mayor razón a oficiales aislados de las fuerzas armadas, es inconstitucional y antidemocrático y riñe con la moderna concepción del estado de derecho y de la tutela de los derechos subjetivos de la persona humana”⁵⁸.

No otra ha sido la tesis expuesta por innumerables juristas:

“La justicia penal militar está establecida en nuestra Constitución (art. 170) para juzgar exclusivamente a los militares en servicio activo y por delitos relacionados con el servicio; por lo cual resulta obviamente inconstitucional que los tribunales castrenses juzguen a los civiles (particulares o clérigos)... Lo que el país contempla estupefacto es la inaudita escalada del militarismo, con unos procesos militares cada vez más extendidos que no dan suficientes garantías y que, como se ha revelado insistentemente, quebrantan los derechos humanos, lo que es también una forma de desatar violencia. Esa escalada lleva hasta el punto de que no se admite crítica o disenso alguno”⁵⁹.

Se repite esta opinión en debate sobre el retorno al estado de derecho organizado en Bogotá por la Unión Liberal Po-

57. C. S. J., Fallo de enero 15 de 1973, Mag. Pon. Luis Sarmiento Buitrago.

58. *Primer foro por los derechos humanos*, Informe sobre los derechos humanos, la justicia penal militar y el llamado estatuto de seguridad, elaborado por Alvaro Echeverry U., Hernando Debis Echandía y Julio Salgado Vásquez, El Tiempo, marzo 31 de 1979.

59. HOLGUIN, Andrés, *Respuesta al comunicado del ejército*, El Tiempo, agosto 16 de 1979.

pular, a pesar de la heterogeneidad ideológica y política de los participantes. En efecto, hubo consenso en considerar como "una inconveniencia la aplicación de la justicia penal militar a los civiles y al respecto los expositores fueron claros en exigir que ésta se ciña al mandato constitucional restringiéndose a los militares en ejercicio y a delitos cometidos en cumplimiento de sus funciones⁶⁰.

No obstante, se repite, nuestro Supremo Tribunal de justicia, en ejercicio del control automático de la constitucionalidad, siempre ha optado por la exequibilidad de los decretos legislativos que atribuyen competencia a la jurisdicción castrense para el conocimiento de delitos cometidos por particulares. Basta observar decisiones jurisprudenciales en relación con decretos 1661 de 1969; 593 y 1118 de 1970; 254, 271, 1518, 522 y 1315 de 1971; 1142, 1250 y 2407 de 1975; 2193 y 2260 de 1976 y 1923 de 1978.

Sin embargo, la peligrosa sensación de desconfianza que Turbay le atribuye a la justicia ordinaria, comienza a recaer sobre los llamados jueces militares. Resulta contrario, evidentemente, a la civilización jurídica universal, que ciudadanos sindicados de delito común o político, ajenos en un todo a las fuerzas militares, sean juzgados por jueces militares. Y con ello comienza, también, la gran crisis en que ahora se encuentra sumida la justicia penal militar.

D. EL DESGASTE DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR

¿Es formal la diferencia con la justicia ordinaria? ¿Es independiente? ¿Es imparcial? ¿Tiene controles?

A pesar de las incuestionables fallas de la justicia ordinaria, es evidente que las diferencias con la justicia penal militar no son formales. Primero, porque si lo fueran no se adscribiría competencia a la justicia militar. Y segundo, porque los llamados jueces militares no son jueces. Y no lo son

60. El Espectador, junio 22 de 1980.

por disposición del propio legislador, debidamente interpretada por la jurisprudencia. Recuérdese que según reciente decisión del Consejo Superior de la Judicatura

“los jueces militares, así sean civiles, no pertenecen a la rama jurisdiccional del poder público, sino a la ejecutiva, pues dependen del Ministerio de Defensa Nacional. Es así que los jueces de instrucción militar son designados por el gobierno nacional y en su defecto por el Tribunal Superior Militar (art. 324, ord. 5º, C. J. P. M.)”⁶¹.

Y la exacta interpretación de la voluntad legislativa no puede prestarse a dudas si se atiende la terminante conclusión: “Aunque los jueces militares ejercen ciertas funciones jurisdiccionales, no pertenecen a la rama jurisdiccional”⁶².

Pero es que tampoco pueden serlo, en estricto sentido y en la más elevada acepción del término, atendida la estructura y composición de la citada jurisdicción. Porque es bien sabido el origen de las designaciones de los magistrados del Tribunal Superior Militar, máximo organismo de la misma, sin olvidar que por ley lo preside el comandante general de las Fuerzas Armadas⁶³. En efecto, dependen del ejecutivo nacional. Lo mismo ocurre con los jueces subalternos, según se consignó.

¿Qué puede afirmarse, entonces, de jueces que no son jueces y que no están sujetos a control alguno por parte del máximo organismo jurisdiccional del país? ¿Qué de su independencia y autonomía? ¿Qué de la imparcialidad en el juzgamiento bajo su órbita?

61. Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, junio 16 de 1980, Mag. Pon. Dr. Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, aprobado acta N° 65 de junio 10 de 1980.

62. *Ibidem*.

63. Decreto 2038 de 1958, art. 4º.

Quizás la respuesta podría encontrarse en la eficacia de los controles instituidos por el constituyente para la plena observancia de las garantías ciudadanas y los derechos humanos⁶⁴. No obstante, ella es más desalentadora aún. Dicho control se ejerce por el señor procurador delegado para las fuerzas militares, militar en servicio activo y dependiente directo del ministro de la Defensa Nacional y del ejecutivo nacional. Es decir, el vigilante de la justicia es fiscalizado y vigilado por quienes administran la justicia penal militar.

Pero si lo anterior fuera poco,

“El Tribunal Superior Militar carece de competencia para juzgar disciplinariamente a los jueces de instrucción penal militar y a los auditores de guerra... El Tribunal Superior Militar no es superior inmediato de los auditores de guerra; no tiene facultades para sancionar disciplinariamente a estos funcionarios ni a los jueces de instrucción penal militar por conductas previstas en el decreto 250 de 1970 y por el procedimiento que allí se señala”⁶⁵.

Y recuérdese que el citado decreto trata, ni más ni menos, que de incompatibilidades, conductas contrarias a la dignidad de la administración de justicia, a la eficacia de la justicia, y a la probidad y honradez de quienes la administran.

Incluso quienes continúan creyendo que la cuestión es puramente formal, han terminado por cuestionar la independencia de la justicia penal militar en su propio juzgamiento. “Se plantea, entonces, la otra cuestión: ¿Y quién vigila la justicia penal militar? Porque también falla en uno y otro sentido. Hace poco absolvieron a unos militares que según todos los datos conocidos, asesinaron a un ciudadano disidente, que no era ciertamente una paloma, pero tenía derecho a un juicio con todas las garantías en vez de aplicarle la

64. Acto legislativo N° 1 de 1979.

65. VASQUEZ Chacón, Eduardo, *Código de Justicia Penal Militar*, pág. 310.

pena de muerte. No es buena idea que los militares se juzguen unos a otros, sin vigilancia superior”⁶⁶.

¿Quién controla, entonces, a los funcionarios de la justicia penal militar? ¡...!

Pues bien. Se ha advertido ya, cómo la jurisdicción militar ni hace parte de la jurisdicción ni tiene competencia para el juzgamiento de civiles. No obstante, continúa juzgando y juzgando civiles. Pero ello no es lo más grave. Lo que acrecienta esa “peligrosa sensación de desconfianza” en los juicios castrenses es lo que ha demostrado ser la justicia penal militar en su aplicación práctica. Porque, al contrario de lo que afirman sus oficiosos defensores, ajenos a sus vicisitudes, ni siquiera al propio Estado le representa utilidad y se hace necesario adoptar mecanismos tendientes a sustituirla. En efecto, provienen de tan diversos estamentos sociales y políticos las voces de descontento y malestar por los llamados juicios castrenses, que el propio estado y los propios mandos militares comienzan a plantear la necesidad de buscar mecanismos sustitutivos.

No obstante, no son ellos los que se analizarán en el presente acápite. De lo que aquí se trata es de demostrar cómo, contrariamente a lo afirmado, la justicia penal militar se ha caracterizado por ser justicia tendenciosa, morosa e ineficaz⁶⁷.

E. INEFICACIA. DENOMINADOR COMÚN

El derecho de defensa encuentra su base en la disposición constitucional que exige que para que una persona pue-

66. PANGLOSS, *Tema de nuestro tiempo*, El Espectador, agosto 22 de 1980.

67. O demasiado eficaz, al decir de Andrés Holguín: “con toda rapidez pescan y condenan generalmente al que no es”. Justicia Militar. Represión y Tortura en Colombia, informes internacionales y testimonios nacionales. Comité permanente por la defensa de los derechos humanos, Fondo Editorial Suramérica, Colección Política.

da ser condenada, sea oída y vencida en juicio, celebrado con las formalidades previstas por la ley. En efecto, ha dicho la Corte, el artículo 26 de la Constitución nacional “consagra un complejo de garantías individuales y sociales que ningún funcionario puede desconocer. Estas garantías miran a que la tramitación de los procesos penales se cumplan observando la plenitud de las formas propias de cada juicio; pero preferencialmente esa norma garantiza el derecho pleno de defensa del procesado...”⁶⁸. En igual sentido se había pronunciado siempre la Corte al afirmar que la norma citada consagra cuatro garantías con naturaleza, objeto y consecuencias propias, así: a) preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento; b) legalidad de la jurisdicción; c) observancia plena de las formas del juicio, y d) aplicación de la ley favorable, aunque posterior al acto imputado⁶⁹.

Y si bien desde el punto de vista estrictamente formal, el procedimiento penal militar y en particular los consejos de guerra verbales implican un recorte de los derechos del sindicado, ello no puede significar que se autorice la violación de la Constitución. Ha dicho la misma corporación que “...extraordinariamente puede ser conducente y necesario el proceso de actuación acelerada. Lo que importa en esencia es que el acusado sea oído y vencido en juicio conforme a ley preexistente al acto que se imputa y por juez competente”⁷⁰, y que “nadie controvierte que los presupuestos regulares de los consejos de guerra verbales son mucho menos amplios que los del derecho procesal común, pero tal ritualidad no autoriza para concluir que aquellos infrinjan la Constitución”⁷¹.

68. Sala de Casación Penal, Bogotá, noviembre 18 de 1976, Mag. Pon. Alvaro Luna Gómez.

69. C. S. J., Fallo de julio 11 de 1975. Mag. Pon. Jesús Bernal Pinzón. de enero de 1980.

70. Sala de Casación Penal, Bogotá, fallo de noviembre 8 de 1974. Mag. Pon. Julio Roncalio Acosta.

71. *Ibidem*.

Y si, según lo visto, los procedimientos ante la justicia ordinaria implican una mayor cantidad de exigencias formales, el no cumplimiento de las mismas conllevaría una mayor posibilidad de que los procesos fueran declarados nulos. Sin embargo, ocurre que es justamente dentro de la justicia penal militar donde con mayor frecuencia se presenta la omisión de todo orden de formalidades.

De manera general puede afirmarse que tanto en la etapa investigativa como en la de juzgamiento, es frecuente encontrar en los procesos adelantados por la jurisdicción penal militar innumerables vicios, por cuya inobservancia se produce ordinariamente la nulidad de toda la actuación, cuando por alguna de las circunstancias previstas también por la ley el proceso escapa a su conocimiento, por obvias violaciones al derecho de defensa. De modo general también, se resaltan algunas de ellas:

1. Omisión de formalidades para allanamientos y capturas.
2. Indebida privación de la libertad de la persona, mediante arbitraria interpretación del artículo 28 de la Constitución nacional, ya comentado y su no diferenciación con la captura común.
3. Indebida incomunicación del procesado.
4. Desconocimiento del "habeas corpus".
5. Coacciones, amenazas y torturas a procesados y familiares.
6. Indagación sin apoderado o con apoderado que desconoce totalmente el derecho.
7. Como obvia consecuencia, interrogatorios capciosos.
8. Ilegal producción de pruebas.
9. Arbitraria interpretación de la prueba.
10. Ostensibles errores en la calificación jurídica de

la infracción y arbitraria descomposición de tipos penales para castigar dos veces un mismo hecho.

11. Composición irregular de los consejos verbales de guerra.
12. Formulación inadecuada de cuestionarios en consejos de guerra.
13. Públicas manifestaciones de prejujuamiento.
14. Manifestaciones de animadversión a los procesados.
15. Negativa a la integración de los textos legales.
16. Precaria defensa del procesado por ignorancia de los defensores de oficio.
17. Múltiples impedimentos a apoderados y defensores para el ejercicio de su función e indebidas sanciones disciplinarias a los mismos.
18. Desconocimiento de recursos.

A más, se repite, de la indebida atribución de competencia y de la morosidad excesiva y, obviamente, de múltiples irregularidades menores que no alcanzan a generar nulidad o inexistencia de los actos procesales.

1. Irregularidades en la investigación

a. Capturas indebidas

Es lugar común en el procedimiento empleado por las entidades adscritas a la justicia penal militar para la iniciación de las investigaciones penales que le han sido confiadas, el desconocimiento de las formas propias para los allanamientos y capturas de personas presuntamente indiciadas de pertenecer a organizaciones sediciosas, comoquiera que unas y otras se llevan a cabo sin la previa orden escrita de autoridad competente, pues ella es firmada en blanco por el juez instructor, para ser llenada a discreción por el militar a quien corresponda practicar la diligencia y, por tanto, el sitio, dirección, ob-

jeto y personas afectadas son determinados por éste último y la fecha convalidada posteriormente por el funcionario judicial⁷². Sólo por ello es explicable el inmenso número de personas capturadas mediante tales procedimientos y, comparativamente con ello, el escaso número que llegan a ser juzgadas. Solo que, como consecuencia, centenares de ciudadanos han sufrido ya las vicisitudes propias de la privación de la libertad y han quedado vinculadas a un proceso que durará significativo tiempo. Este procedimiento y lo que sucede a continuación, lo describe así Amnistía Internacional en su informe:

“La operación se inicia con el allanamiento de la residencia de la persona, practicado en las primeras horas del amanecer sin mostrar ninguna orden de autoridad competente, acompañándose el acto de atropellos contra las personas, sin que se deje acta firmada sobre el material incautado y causando normalmente graves daños en los inmuebles. El detenido es conducido a dependencias militares donde permanece por varios días incomunicado, sin posibilidad de dar aviso ni a su familia, ni a su abogado; en ocasiones con los ojos vendados, esposado, de pie la mayor parte del tiempo y privado casi totalmente de alimento y de sueño... Durante varios días el detenido es sometido a interrogatorios intensos, a cualquier hora del día o de la noche, practicados por agentes de inteligencia militar quienes ocultan su identidad, sin presencia de abogado defensor, no pocas veces sometido a diversos métodos de coacción y tortura psicofísica”⁷³.

b. *Incomunicación*

Así capturado un ciudadano y presunto responsable de delito, comienza el término de incomunicación, al arbitrio de sus captores. Primero, porque deliberadamente se ha creído que el ejecutivo “delegó” en la justicia militar la facultad de “retener” al amparo del artículo 28 de la Constitución y, por tanto, 10 días se han convertido en norma general, mu-

72. Acerca del procedimiento en detalle, ver *La justicia militar en el banquillo*, SUAREZ Sáenz, Hernán, en *Represión y Tortura en Colombia*, Fondo Editorial Suramérica, Colección Política, pág. 279.

73. *Amnistía Internacional*, op. cit., pág. 31.

chas veces ampliado en un término muy superior. Y segundo, porque al amparo de la misma, se desconocen los términos establecidos para tal fin, 3 ó 6 días según el caso, agravando la situación del procesado con el desconocimiento de los derechos y garantías que a tales situaciones les asiste según normas internacionales, cuales son el poder comunicar a familiares, ser asistido en derecho y obtener elementos esenciales de alimentación, aseo, ropas y libros.

c. *Interrogatorios en ausencia de apoderado.*
Confesiones

En tales condiciones y bajo la amenaza, coacción o tortura, el procesado es obligado a “confesar” y posteriormente a consignar dicha “confesión” en un manuscrito que más adelante será llamado “versión libre y espontánea” y paralelamente a los interrogadores rinden la suya propia, que más tarde será, casi siempre, la única prueba de cargo que da origen a la detención, convocatoria a consejo de guerra y condena⁷⁴; obviamente, todo en ausencia de apoderado.

Frente a tales extremos en la omisión de las formas propias del derecho procedimental penal, por parte de organismos secretos tanto militares como policivos, profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en reciente ocasión, la providencia siguiente:

“Como infortunadamente, si no en todos los casos, si en su gran mayoría los organismos secretos de policía han dado personería a protervos procedimientos en contra de los sindicados, sometiendo a unos a torturas físicas, otros a amenazas y coacciones morales o psicológicas para arrancarles la verdad, la presencia del apoderado en estas diligencias preliminares o averiguaciones previas que practican los organismos secretos, es la máxima garantía que los atributos de la dignidad y libertad consustanciales a la personalidad humana sean respetados... Así las cosas, esta Sala de decisión penal

74. Al respecto basta observar cualquier expediente contentivo de proceso instruido contra cualquier presunto miembro de “organizaciones subversivas”, por cualquier Brigada del país.

del H. Tribunal Superior deja sentado en forma definitiva que las llamadas exposiciones o confesiones que dizque libre y espontáneamente rinden los sindicados ante cualquier organismo secreto de policía, sin la presencia de apoderado en todo su desarrollo, se tendrán como inexistentes⁷⁵.

Y lo mismo debió repetirse por el propio Tribunal Superior Militar, para el caso específico de su jurisdicción:

“Debe recordarse una vez más que la confesión del procesado, tanto la que puede hacer en la indagatoria dentro del proceso, como la que haga por escrito ante la policía judicial, en forma libre y espontánea y conforme al numeral 8° del artículo 289 del estatuto procesal, para que tenga valor, debe hacerse con la presencia de apoderado como lo exige de manera perentoria el artículo 431 ibídem”⁷⁶.

Tampoco la versión del interrogador podrá ser prueba válidamente producida y aportada al expediente, ya que ordinariamente carece de la huella dactilar del agente que la recibe y de su ratificación bajo juramento ante su superior⁷⁷ y, lo que es más grave aún, en ocasiones su ratificación es falsa, habida cuenta de que quien ratifica el informe es persona distinta de quien lo recibió⁷⁸.

d. *Violación al hábeas corpus*

Pero como no todo ha de considerarse estéril frente a la preocupación de defensa jurídica para el procesado por la jurisdicción militar, ordinariamente se acude al derecho de hábeas corpus. En efecto, la primera y primordial garantía de toda persona es no verse ilegalmente privada de su liber-

75. Tribunal Superior de Bogotá, Prov. del 25 de sep. de 1979, Sala Penal, Mag. Pon. Gonzalo Mejía Picón.

76. T. S. M., providencia de 31 de enero de 1980, No. 4.992. Mag. Pon. Leonel Olivar Bonilla.

77. OLIVAR Bonilla Leonel, ibídem.

78. Ver casos concretos en *La justicia militar en el banquillo y La nulidad jurídica de los consejos de guerra*, de SUAREZ Sáenz, y DE LA ROSA, Criales, op. cit., págs. 282 y 260, respectivamente.

tad. Para ello se ha consagrado el hábeas corpus, derecho sin distinciones de ninguna naturaleza al decir de la Corte Suprema de Justicia⁷⁹, conquista de la civilización jurídica universal apenas consagrada en nuestra legislación con el decreto 409 de 27 de marzo de 1971 (actual Código de Procedimiento Penal). No obstante, su práctica ha desaparecido en lo que a tal jurisdicción atañe. Y ha desaparecido por la deliberada confusión entre las formas propias de privación de la libertad de la personal, deliberada violación de términos, deliberada prolongación de la incomunicación y deliberada negativa a cualquier medio de defensa del sindicado, y nugatorio recurso la presencia en las instalaciones militares de cualquier juez penal municipal que se proponga indagar por el paradero del beneficiario de la ilusa petición. Así se ha denunciado por innumerables juristas en foros nacionales e internacionales⁸⁰.

e. Restricciones al derecho de defensa en la instrucción

La tónica no varía en la instrucción posterior del proceso, entendiéndose por tal la práctica de las pruebas y su contradicción. Para inferirlo, basta observar las más frecuentes restricciones impuestas al abogado que se propone actuar como defensor.

1. No se suministra razón alguna sobre el paradero del defendido.
2. Se omite información sobre el día y hora en que será indagado.
3. Las peticiones elevadas, en escasas ocasiones son atendidas.
4. Los recursos, en ocasiones no son tramitados.

79. Extractos de jurisprudencia de la C. S. J., Mag. Pon. José María Velasco Guerrero, Fondo Rotatorio Minjusticia, pág. 176. Bogotá, 1977.

80. Basta observar informe de A. I., Texto Integro, sep. de 1980, capítulo VII en especial, págs. 148 y ss.

5. Se previene a los sindicatos respecto del nombramiento de defensor civil.
6. No se permite su presencia en diligencias en donde es imperativa, p. ej. en interrogatorios preliminares.
7. A pesar de peticiones reiteradas, no se ordenan exámenes médico-legales.
8. Los abogados son objeto de continuas provocaciones: exhaustivas requisas, fijación de horarios restringidos en despachos judiciales, señalamiento de trámites dispendiosos para entrevistas con detenidos en instalaciones militares, ausencia de intimidad con el mismo, etc.⁸¹.

f. *Violación a la integración del derecho*

Se conoce como "integración" la remisión que hace el estatuto penal militar a la aplicación de normas de procedimiento penal ordinario y, en general, a las normas internacionales y principios generales del derecho, en materias o casos no expresamente previstos por la norma particular, siendo especialmente importantes las normas relativas a la libertad.

Entre las múltiples trasgresiones a este principio, observadas en las investigaciones castrenses, se destaca, por su gravedad y general ocurrencia, la negativa a la concesión de la excarcelación o libertad provisional, por la prolongación de la investigación a un término superior a los 180 ó 270 días, según sean uno o varios los procesados detenidos, como lo prescribe el procedimiento penal común. (Numeral 9º, art. 7º, Ley 17 de 1975 que sustituyó el 453 del Código de Procedimiento Penal).

g. *Violación al principio de la favorabilidad*

De origen constitucional (art. 26) el principio de la favorabilidad impone la aplicación de la más permisiva o favo-

81. *Amnistía Internacional*. Informe Integro, pág. 155.

rable al procesado, entre dos o más normas así la que se aplique sea posterior al hecho que se imputa.

El juzgamiento militar ha desconocido tradicionalmente este principio, que es de aquellos imperativos aun en estado de excepción, alegando precisamente el carácter excepcional de las normas que se aplican.

La ignorancia a este precepto está claramente consignada en la respuesta que da el gobierno al informe de A. I., cuando afirma que el juzgamiento siempre se rige por la ley preexistente.

2. **Trasgresiones frecuentes en el juicio**

Ya en la etapa de juzgamiento las irregularidades anteriores se suman a las propias de los consejos de guerra verbales. ¿Cuál se la razón? se preguntaría cualquier desprevenido. Simplemente, en las investigaciones militares “siempre se parte de preconceptos, que violan los principios elementales del derecho”, y por tanto, es “lógico que se produzcan una serie de violaciones de orden procedimental, porque éste no es más que la aplicación práctica de esos principios. . .”. En efecto, las autoridades militares, cuando investigan, parten de estos presupuestos:

“todo procedimiento es traba para el éxito de su misión; los sindicados se presumen culpables; el derecho es algo puesto para obstaculizar las investigaciones; cualquier defensa o la denuncia de abusos y torturas son una coartada; no puede haber éxito investigativo si no hay culpables; se aplica siempre el principio de la guerra y por eso el sindicado, su abogado y sus familiares son enemigos; órdenes son órdenes y cualquier cosa que disienta debe ser removida; la inocencia nunca se presume”⁸².

De todas formas, ya lo decía José María Samper: “el beligerante vencedor carece de imparcialidad para juzgar al vencido, que es su enemigo”⁸³.

82. CRIALES DE LA ROSA, Humberto, *La nulidad jurídica de los consejos de guerra*, en *Represión y Tortura en Colombia*, pág. 259.

83. SAMPER, José María, *Derecho público interno de Colombia*, Tomo I, pág. 301, Editorial Banco Popular.

Estas irregularidades son frecuentes, si se tiene en cuenta que reiteradamente ha sostenido la Corte que

“el consejo de guerra verbal es acto jurídico complejo, pero único, cuyos momentos sucesivos pueden tener ocasión en tiempos y espacios diferentes, sin perder su obligada unidad... Si ello es así, la nulidad sustancial que vicia uno cualquiera de los actos componentes de la acción, afecta por idéntico modo la integridad del procedimiento”⁸⁴.

Y ello es, justamente, lo que ha llevado a nuestro máximo tribunal de justicia a decretar la nulidad de innumerables consejos de guerra verbales.

a. *Nulidades por vicios de fondo*

1) *Indebida calificación*

Dentro del imperio del Código Penal las penas benignas para los delitos políticos, imponía a los tribunales militares la necesidad de llamar a los miembros de grupos insurgentes a responder por delitos comunes, utilizando frecuentemente la figura de la asociación para delinquir. Empero, aumentada la punibilidad para el delito político con el decreto 1923 de 1978, resulta innecesario tal esguince. Así ocurrió con los varios consejos de guerra adelantados contra presuntos miembros del Ejército de Liberación Nacional (ELN) y con consejo de guerra adelantado recientemente por la IX Brigada contra presuntos miembros del Movimiento 19 de Abril (M-19), para citar los casos más recientes, cuyas nulidades fueron con posterioridad declaradas justamente por esa causa.

2) *Descomposición de tipos penales*

La rebelión y en general los delitos políticos, son de aquellos denominados complejos, o sea, se configuran en un conjunto de actos que no por su sucesión en el tiempo o en

84. Sala de Casación Penal, Bogotá, julio 12 de 1974, Mag. Pon. Dr. José María Velasco Guerrero.

el espacio, pierden su unidad. En consecuencia, constituyendo los diversos actos un solo delito, no se les puede atribuir sanción independiente a cada uno de ellos, sin transgredir el derecho. Pese a que ello es una realidad elemental, es de frecuente olvido en los consejos de guerra. Normalmente a quienes son llamados por rebelión, se les formula cuestionario por porte de armas, robo agravado, falsedad, secuestro, etc.

3) Fallos "en conciencia"

El origen y la composición de los consejos de guerra verbales nos permiten entender fácilmente los veredictos de los vocales, esto es, de los falladores "en conciencia". Presidente, asesor jurídico, fiscal, vocales y secretario, son designados por el comandante de la brigada correspondiente. Los jueces de conciencia, esto es, los vocales, son militares jerárquicamente inferiores al primero. Sólo así puede entenderse, por ejemplo, el veredicto condenatorio contra cuatro ciudadanos colombianos en consejo de guerra como responsables por la muerte del general Ramón Arturo Rincón Quiñones, entonces inspector general del Ejército, posteriormente absueltos por la justicia ordinaria, por su absoluta ajenidad con los hechos juzgados⁸⁵.

b. Nulidades por vicios de forma

Las más frecuentes irregularidades procesales son la ausencia de firmas en los cuestionarios y la falta de notificación personal del auto que ordena la práctica de pruebas al procesado detenido y su apoderado. Respecto a la importancia de tales actos ha afirmado la Sala Penal de la Corte que

"aquellos contienen la imputación del hecho o hechos penalmente reprochables, sus modalidades y la pregunta relativa a la responsabilidad del sindicado. Son pues, el núcleo sobre el cual versa el debate oral en los consejos de guerra verbales o en los consejos ordinarios de la misma naturaleza. Como tales, deben ostentar rigu-

85. Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, providencia de octubre 26 de 1976, Mag. Pon. Dr. Jorge Ortiz Rubio.

rosamente la plenitud de sus formalidades, entre las cuales se destaca, como principalísima, la de ser documento auténtico, es decir, que haga fe y firmado por los funcionarios competentes que para el caso son el presidente del consejo y su secretario. Sin sus firmas, nadie podría asegurar que tales cuestionarios fueron redactados por el presidente del consejo ni sometidos a la consideración de los vocales, regularmente. Es más, sin el rigor inexcusable de sus requisitos formales, los cuestionarios no lo son, ni siquiera en apariencia. \odot lo que es lo mismo, no existen jurídicamente...”⁸⁶.

Y que la omisión de la última (notificación personal), tratándose de “un proveído con significado trascendente en la secuela general del juzgamiento, puesto que de él dependía la oportunidad de solicitar la práctica de pruebas” implica flagrante violación al derecho de defensa, por quebrantamiento del artículo 26 de la Carta⁸⁷.

c. *Nulidades por falta de defensa*

Caso frecuente, tratándose de defensores de oficio, por falta absoluta de defensa: “porque el abogado que lo asistió dejó de hacer las peticiones que hubieran facilitado la defensa... La falla del abogado puede provenir de escasa información por deficiente preparación intelectual o de falta de actividad o desidia de su parte”⁸⁸.

Otras nulidades se deben a que se designa un solo defensor de oficio para varios procesados con intereses encontrados. Y por consiguiente “el derecho de defensa estuvo no-

86. Sala de Casación Penal, Bogotá, marzo 21 de 1975, Mag. Pon. Jesús Bernal Pinzón. En idéntico sentido ver, por ejemplo, Sentencia de junio 23 de 1975, acta 24, junio 19 de 1975, Mag. Pon. Alvaro Luna Gómez; junio 19 de 1975, acta 24, Mag. Pon. Luis Enrique Romero Soto; de junio 18 de 1976, Mag. Pon. Luis Enrique Romero Soto; de agosto 12 de 1976, Mag. Pon. Alvaro Luna Gómez.

87. Sentencia del 11 de febrero de 1974, Mag. Pon. Julio Roncallo Acosta. En idéntico sentido, por ej., sentencia de 22 de febrero de 1974, Mag. Pon. Alvaro Luna Gómez.

88. Casación Penal, octubre 20 de 1976, Mag. Pon. Julio Salgado Vásquez.

toriamente limitado” como quiera que de haberlos defendido habría tenido que acusarlos entre sí⁸⁹.

En verdad, desde que fue trazado el propósito de los ejércitos americanos de luchar contra la “subversión” y el “comunismo”, el nuestro encuentra en los “rebeldes” o “sediciosos” o simplemente “subversivos” a sus enemigos y al lado de ellos la “subversión intelectual” que no es otra cosa que el ejercicio del derecho a disentir.

No de otra manera puede entenderse cómo, siendo el ejército colombiano el que actualmente juzga en consejo de guerra verbal a más de un centenar de presuntos rebeldes, ofrezca un millón de pesos por la “captura o baja” de dos de ellos, previa calificación de “bandoleros”, “secuestradores”, “asesinos”, “capitalistas de la violencia” y previa revelación del nombre de familiares y amigos. Bien vale concluir, como concluye el editorialista de un diario capitalino al comentar tamaña aberración, que “el ejército colombiano está demostrando que nos encontramos en un verdadero estado de derecho”⁹⁰.

3. Indebida atribución de competencia

Es también denominador común que la justicia penal militar se atribuya competencia que no le corresponde. En muchos eventos se han visto el procesado, sus defensores, o la misma justicia ordinaria, en la necesidad de plantear “colisiones de competencia” a fin de que el conocimiento de los procesos corresponda, como debe corresponder, a la justicia común y no a la castrense, decisión en últimas adoptada por los altos tribunales de justicia, en aquellos eventos en que se impone por el levantamiento del estado de sitio y en aplicación del principio de la “favorabilidad”, de estricta observan-

89. Tribunal Superior Militar, Concepto de julio 27 de 1972, fiscal 2º, José Joaquín Ardila Dimate.

90. El Espectador, *Editorial*, viernes 4 de julio de 1980.

cia en materia penal sustantiva, o cuando al procesado le cobija un “fuero” para su juzgamiento. Decisiones, en todos los casos, adoptadas contra el querer de los jueces militares.

Buena muestra de lo anterior la constituyen sentencias proferidas por el extinguido tribunal disciplinario, en virtud de las cuales se dispone el conocimiento para la justicia ordinaria, de procesos adelantados contra presuntos miembros del “Ejército de Liberación Nacional” y contra sacerdotes y monja también presuntamente vinculados a organización sediciosas, previa consideración, en el primer caso, sobre el principio de la “favorabilidad” expresamente consagrado por aquel entonces, en el Código de Procedimiento Penal y en defensa de “los derechos civiles y garantías sociales” y, en el segundo, previa consideración de la calidad de monja y sacerdotes ordenados por la Iglesia Católica, hechos “plenamente demostrados” y que en virtud de norma de carácter internacional conllevaba un fuero para su juzgamiento⁹¹.

Contra su propio querer, entonces, ha debido la jurisdicción castrense desprenderse de procesos en los cuales ha mostrado particular interés, a sabiendas no solo de que constitucionalmente le está vedada la aplicación de justicia en tales casos, sino de que ha perdido también la competencia por la desaparición del estado de excepción o porque normas de carácter internacional así lo determinan.

4. Morosidad

La “celeridad” y “rapidez” en la tramitación de los procesos y en el juzgamiento de los reos, es argumento capital de los empecinados defensores de la justicia militar. Empero, bien distinta es la realidad. Como ya se advirtió, ni siquiera los términos propios de la captura, incomunicación y resolución preventiva de la situación jurídica del procesado son

91. Tribunal Disciplinario, Mag. Pon. Jorge E. Gutiérrez Anzola, aprobado Acta N° 19, marzo 7 de 1974 y Tribunal Disciplinario, Mag. Pon. Leovigildo Bernal Andrade, Bogotá, aprobado acta N° 7, febrero 3 de 1977.

respetados por la jurisdicción castrense. El término de instrucción del sumario, menos aún, con el agravante, en muchos casos, de que una vez instruido, el proceso permanece indefinidamente en manos del comandante de la brigada correspondiente para la respectiva convocatoria a consejo de guerra verbal, sin que la decisión se produzca. Y el juzgamiento, en la mayoría de los casos, supera el propio de la investigación, con el resultado de que muchos de los procesados han debido ser puestos en libertad por el cumplimiento de la pena (no breve, por cierto), aún no impuesta, desde luego. Ello por sí solo explica la pretendida celeridad.

En la segunda instancia ocurre otro tanto. Es bien conocida la opinión de los propios magistrados y fiscales del Tribunal Superior Militar, en el sentido de que necesitarían por lo menos un año muerto, para evacuar los procesos en curso.

De ahí que resulte, por lo menos injusto, afirmar que la morosidad de la justicia ordinaria garantiza el imperio de la impunidad. La impunidad está garantizada desde el momento mismo en que un procesado continúa privado de la libertad, en violación de normas sustanciales y procedimentales que autorizan su liberación cuando el juzgador es moroso. Y ello sólo ocurre en la jurisdicción castrense.

III

LA PRESION INTERNACIONAL

Desde tiempo atrás se venía agitando internacionalmente la situación de los derechos humanos en una que se preciaba como democracia ejemplar en América Latina: Colombia. Y sin lugar a dudas esa cada vez más creciente preocupación internacional, ha sido uno de los factores que mejor ha contribuido al desprestigio y desmoronamiento de la "democracia" colombiana, cubierta principalmente por el estado de sitio. Es así como venían siendo públicamente denunciadas diversas formas de torturas, desaparecimientos y asesinatos de ciudadanos colombianos, ora por los propios perseguidos o detenidos, ora por sus apoderados o defensores, ora por las organizaciones legítimas a las cuales pertenecían, denuncias todas acalladas y justificadas por los voceros gubernamentales como tácticas de las organizaciones subversivas, avaladas por los voceros legítimos, para desviar el curso normal de las investigaciones penales. Empero, imposible tarea fue a partir de 1979 para el Estado colombiano continuar en igual tónica, ante la inevitable reacción de los demócratas del mundo entero frente a la visible y dramática persecución de que fueron objeto vastos sectores de la población por las fuerzas militares, a raíz de la afrenta sufrida como consecuencia del robo de armas en sus instalaciones.

Particularmente importantes fueron los años 1979 y 1980 por la actuación de personalidades y organismos internacionales interesados en la protección de los derechos hu-

manos, frente a la situación de los mismos en Colombia y al proceso de deterioro de las garantías y libertades ciudadanas.

Originalmente esa presión se hizo sentir a través de manifestaciones de personalidades del mundo intelectual, destacándose la comunicación del célebre intelectual francés Jean Paul Sartre de 4 de marzo de 1979, dirigida al señor procurador general de la nación, solicitando protección para los ciudadanos uruguayos Alba Nelda González Souza, Sergio Betarte Benítez y Juan Víctor Bibanco Reyes. Al respecto, un columnista de "El Siglo" escribió:

"comenzó la campaña contra nuestras instituciones. Cualquier pretexto es bueno y si no lo hay se inventa. Entramos en las listas de correos de las asociaciones internacionales, que sirven de brazo propagandístico a la subversión. Así, al fin Monsieur Sartre se ocupó de Colombia y una congregación promotora de amnistías, que se ganó el premio nobel escribiendo cartas, gasta en nosotros centenares de estampillas"⁹².

La respuesta no se hizo esperar. El señor procurador acusa a Sartre de haber sido inducido en error al igual que "otras personalidades que fueron inducidas a proceder de idéntica manera respecto de hechos y personas que desconocen totalmente"⁹³, no sin antes prejuizar sobre la situación procesal de los ciudadanos uruguayos.

Evidentemente, el señor Sartre se encontraba en grave error al considerar que era el señor procurador la persona más indicada para recibir y tramitar peticiones referentes a la legalidad de los procesos y a la protección de la vida de los procesados, error que se pone de manifiesto en la respuesta misma, cuando, a renglón seguido, este funcionario les anticipa a los ciudadanos uruguayos una sentencia condenatoria por múltiples delitos cometidos en el territorio na-

92. El Siglo, 18 de julio de 1979.

93. El Espectador, marzo 9 de 1979.

cional y suplanta la autoridad jurisdiccional extranjera para hacerles también autores de delitos cometidos en su patria.

Crecen las denuncias y no pocos organismos internacionales comienzan a mirar con preocupación la situación de la democracia colombiana y, en particular, la situación de los presos de conciencia. Es así como a mediados de 1979 la Comisión Internacional de Juristas, después de detenida reflexión sobre la historia política de Colombia en los últimos años, concluye, en referencia a normas de derecho público internacional, que se ha producido la violación de "por lo menos uno de los artículos que no pueden ser suspendidos ni aun durante una emergencia declarada"⁹⁴.

Y como según García Márquez nuestros mandarines terminan por creerse su propio cuento, el presidente Turbay Ayala, en su viaje a Europa, durante junio de 1979, extiende invitación a Amnistía Internacional para que visite al país y determine si existe o no violación de los derechos humanos, visita aceptada y realizada en enero siguiente, con los resultados que se precisarán adelante. Lapidariamente afirmaba un columnista y portavoz oficial: "una organización muy respetada, Amnistía Internacional, ha sido formalmente invitada por el presidente Turbay para que venga, mire y oiga. Pues que venga, mire y oiga y después diga lo que vió y oyó. Así es de sencillo"⁹⁵.

Entre tanto, en agosto de 1979 y en representación de "Pax Christi Internacional", organización regida por principios humanitarios y orientada por la Iglesia Católica, arriban al país los ciudadanos holandeses Jan Thielen y Harry Vanden Haat, con el fin exclusivo de enterarse de la situación en que entonces se encontraban los ciudadanos uruguayos ya mencionados, con el resultado ya conocido de denunciar lo que otras veces nacionales y extranjeros venían denunciando.

94. Comisión Internacional de Justicia, Revista N° 22, junio de 1979.

95. PANGLOSS, El Espectador, julio 14 de 1979.

El mismo año, en su informe anual, obviamente anterior a su visita al país, Amnistía Internacional incluye a Colombia, recogiendo las preocupaciones reiteradas de permanencia del estado de sitio y el abuso de juzgamiento a civiles por militares.

En octubre de 1979 el Consejo Nacional Sindical denuncia ante la Organización Internacional del Trabajo, junto con el recorte de los derechos sindicales en Colombia, el de los derechos civiles con el llamado "estatuto de seguridad". Se extiende, pues, la reacción internacional⁹⁶.

Como es bien sabido, en enero de 1980 se produce la visita de una comisión de Amnistía Internacional, invitada al país por el propio presidente de la república. Diferentes fueron las reacciones oficiales según el momento histórico. En efecto, bien podrían distinguirse varias etapas:

a) Visita de Amnistía Internacional: realizada entre el 15 y el 31 de enero de 1980, lapso durante el cual el gobierno no se preocupó mayormente por desmentir las acusaciones sobre la violación de los derechos humanos en Colombia sino que puso todo su empeño, a lo cual hicieron eco la casi totalidad de los medios informativos, en demostrar que quienes violaban los derechos humanos eran los grupos alzados en armas. Y así, tratando de distraer la atención e investigación de un organismo cuyo objeto no es relevar al Estado en la represión del delito, sino investigar la violación de los derechos humanos por los Estados, le dirigió carta invitándoles a visitar la inspección "El Paraíso", en Algeciras, Huila, donde días antes habían muerto tres agentes policiales en presunto enfrentamiento con sediciosos, a lo cual respondieron aquellos con sensatez que su misión no era la de "hacer averiguaciones de hechos delictivos e incluso atroces, puesto que no tendrían interlocutor válido" ya que sus relaciones lo son con Estados signatarios de pactos de derechos humanos⁹⁷.

96. El Colombiano, octubre 2 de 1979.

97. El Tiempo, enero 22 de 1980.

b) La expectativa del gobierno: hubo reacciones contradictorias. En efecto, ni siquiera funcionarios del mismo rango pudieron estar de acuerdo, ni éstos con su inmediato superior el presidente de la república, hasta entonces sereno y prudente. Al paso que el ministro de Defensa, General Camacho Leyva, manifestaba su confianza en que el informe se ajustaría a la realidad y agregaba que si era desfavorable también lo aceptaría⁹⁸, el ministro de Justicia encargado indicaba que si la conclusión a que llegara Amnistía Internacional era distinta a la que en Colombia no había torturas, "el gobierno... no podrá estar de acuerdo con ese concepto"⁹⁹.

A la postre, quien tuvo razón fue el señor ministro de Justicia.

c. *Recomendaciones y conclusiones*

El primero de abril del mismo año es presentado al gobierno el documento contentivo de las conclusiones y recomendaciones de Amnistía Internacional. En síntesis, las siguientes:

1. Levantamiento del estado de sitio, por cuanto su permanencia ha contribuido a la actual escalada de la violación de los derechos humanos en Colombia.
2. Abrogación del decreto 1923 de 6 de septiembre de 1979 (estatuto de seguridad) y otras normas de similar contenido, puesto que la aplicación de ellos conduce a violaciones de los derechos humanos.
3. Respeto al contenido y finalidad del artículo 28 de la Constitución nacional.
4. Traslado a la justicia ordinaria de procesos contra civiles, actualmente bajo la órbita de la justicia penal militar.

98. El Espectador, febrero 6 de 1980.

99. Cinco reporteros y el personaje de la semana. Intervención del ministro de Justicia encargado. El Espectador, febrero 6 de 1980.

5. Revisión y respeto a los procedimientos tendientes a resolver denuncias sobre violación de derechos humanos.
6. Respeto a procedimientos tendientes a evitar torturas:
 - institución de comisiones públicas para investigar torturas.
 - instrucciones a oficiales militares y de policía.
 - adopción de medidas en la incomunicación.
 - a. presencia de abogado.
 - b. comprobación del estado de salud.
 - c. gratuidad de la defensa cuando no pueda ser pagada por el reo.
 - d. inadmisibilidad de la declaración rendida bajo tortura.
 - e. indemnización a la víctima de la tortura.
 - f. debido tratamiento en prisión.
7. Determinar con exactitud la competencia de las fuerzas militares en zonas militarizadas y respeto a las garantías en allanamientos y capturas, así como respeto al hábeas corpus.
8. Proscripción de penas y procesos por los llamados “delitos de conciencia”.
9. Respeto al libre ejercicio de las profesiones liberales y estricta definición de lo que se entiende por “subversión” o “perturbación del orden público”.
10. Revisión de la reforma constitucional de 1979 y Códigos expedidos en desarrollo de la misma, a fin de garantizar independencia y autonomía al poder judicial.

d. *Reacción oficial*

Ante esta dramática denuncia, el presidente de la república “perdió su aplaudida serenidad y se salió de casi-

llas”¹⁰⁰, al comentar el documento de conclusiones y recomendaciones en alocución televisada del 19 de abril del mismo año. Olvidó su reciente invitación y su pasado respeto por Amnistía Internacional, acusando a la organización de ser un “organismo gaseoso que aparece y desaparece como por arte de magia”¹⁰¹. En efecto, al gobierno

“lo traicionó el prurito republicano y demócrata. Empezó con un aire británico, invitando, atendiendo y elogiando a los comisionados. Y terminó con un ventarrón ugandés, cuando el dictamen de los investigadores no resultó de su gusto”¹⁰².

En síntesis, pues, consideró el gobierno que el informe de Amnistía Internacional violaba la soberanía colombiana, carecía de fundamento por no acreditarse un solo caso concreto y que la organización estaba mal asesorada y había procedido en forma irresponsable.

Sin embargo:

a) Olvida el gobierno el elemental principio del derecho público internacional, ya enunciado desde la realización del primer foro por los derechos humanos:

“cualquier asunto en relación con el cual exista una obligación internacional deja de ser dominio reservado de los Estados y éstos no podrán alegar, como excepción para eludir el cumplimiento de su compromiso, que tal asunto es esencialmente de su jurisdicción”¹⁰³.

Y olvida también que existe elemental diferencia entre las violaciones a los derechos humanos y las violaciones al Código Penal. La protección de los primeros corresponde al

100. SAMPER Pizano, Daniel, *El Tiempo*, abril 20 de 1980.

101. Comunicado de la Presidencia de la República a los embajadores colombianos, *El Espectador*, abril 16 de 1980.

102. SAMPER Pizano, Daniel, *Homenajes a un fantasma*, *El Tiempo*, abril 20 de 1980.

103. GARCIA Herrera, Alvaro, *Primer foro por los derechos humanos*, *El Espectador*, marzo 31 de 1979.

Estado y a nadie más. Y la vigilancia de las obligaciones de los Estados es la misión de Amnistía Internacional, la misma que fue invitada por el primer mandatario de la nación.

Lo que pretende el gobierno, entonces, es la soberanía de la violación.

b) Ya desde la entrega de las conclusiones y recomendaciones, la comisión de Amnistía Internacional había advertido que con posterioridad serían dados a conocer casos concretos¹⁰⁴ en cuyo análisis se encontraban. Es así como el informe íntegro contempla, entre otros, con identificación completa, lugar, fecha y fuente de la información, casos de: indígenas detenidos y asesinados; campesinos torturados y desaparecidos; personas encarceladas arbitrariamente; trabajadores y sindicalistas víctimas de torturas y maltratos; profesionales perseguidos y torturados; refugiados políticos; casos de torturas, principales métodos y centros de torturas y asesinatos políticos.

c) Por último,

“los antecedentes de Amnistía Internacional y su trayectoria, como entidad independiente de todo partido o doctrina distinta de la que emana de esos derechos y garantías esenciales de la persona humana, debieron ser conocidos por el jefe del Estado. No se compadece, entonces, que tan pronto fuera entregado el informe aludido, se desatara una campaña denigratoria desde la oficina de Información y Prensa del palacio presidencial...”¹⁰⁵.

e) *Informe íntegro de Amnistía Internacional. Entregado al gobierno en septiembre de 1980.*

f) *Reacción oficial al informe: silencio.*

Paralelamente con estos acontecimientos, la Primera Conferencia Regional de la Internacional Socialista para la América Latina y el Caribe, reunida entre el 25 y el 29 de marzo de 1980, en la capital de República Dominicana manifiesta “su preocupación por el deterioro de la situación política en

104. Texto original, pág. 8.

105. Declaración de la comisión coordinadora del Comité permanente por la defensa de los derechos humanos, mayo 6 de 1980.

Colombia, en donde se han denunciado reiteradas violaciones a los derechos humanos y espera que su gobierno democrático elimine esas peligrosas tendencias regresivas¹⁰⁶.

En igual sentido y previo análisis del contexto histórico colombiano, se pronuncia en mayo de 1980 la Asociación Internacional de Juristas Demócratas, organización creada en 1946, y que agrupa a juristas de todas las corrientes democráticas de opinión en 66 países¹⁰⁷.

Así las cosas y como fórmula transaccional con el grupo rebelde que se tomara la embajada de la República Dominicana acreditada en Bogotá, el gobierno busca su última tabla de salvación en el ámbito internacional apelando a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” de la Organización de Estados Americanos, de la cual no podría “temerse” una conducta semejante a la de Amnistía Internacional¹⁰⁸. En efecto, el 15 de abril de 1980 arriban al país los primeros funcionarios de la comisión, a quien el presidente de la república ha solicitado la gestión en su esfuerzo “por desautorizar las críticas de que su gobierno sigue una política de deliberada violación de las garantías fundamentales”¹⁰⁹. Dicha comisión designa para el efecto como representante permanente con el rango de observador especial al haitiano Hert Brea y anuncia que el informe sobre el actual estado de los derechos humanos en Colombia “se conocerá a mediados de julio”¹¹⁰.

A la fecha han transcurrido 8 meses y no se conoce aún el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA. Sobra cualquier comentario.

106. Declaración de Santo Domingo, *Represión y Tortura en Colombia*, pág. 101.

107. Asociación Internacional de Juristas Demócratas, Bruselas, mayo 21 de 1980, en *Represión y Tortura en Colombia*, págs. 102 a 116.

108. El Tiempo, *Editorial*, abril 20 de 1980.

109. *Ibíd.*

110. De 1980 obviamente. El Colombiano, junio 20 de 1980.

IV

LOS SUSTITUTIVOS LEGALES DEL ESTADO DE SITIO

Lo visto en las páginas anteriores nos lleva a varias conclusiones:

- a) la primera de ellas, el desgaste de nuestras “instituciones republicanas”; expresión de la incapacidad del Estado de contener, por la vía legítima los avances del movimiento de masas, tiene una forma: estado de sitio;
- b) otra: el estado de sitio se ha “desnaturalizado”, al perder su carácter de medio republicano de enfrentamiento del Estado contra los sectores populares;
- c) por último, consciente el gobierno de que nuestro sistema no puede seguir reclamando la condición de ejemplo democrático, sosteniendo en forma indefinida medios de excepción, se ha dado a la tarea de diseñar toda una estrategia legal que permita una ágil combinación de las alternativas violencia-libertad sin faltar en mayor grado a la promesa democrático-burguesa contraída en la ratificación de tratados internacionales de “derechos humanos”¹¹¹.

111. “Colombia, que se ufana de su fisonomía jurídica es una de las naciones del hemisferio que se ha preocupado con mayor celo por defender los mecanismos internacionales de la tutela de los derechos humanos”. Res-

En ese diseño, ocupa un papel importante la necesidad de mejorar la imagen desgastada del sistema político colombiano, pero sin duda, no es el único criterio.

Tales criterios serían:

A. EL CONTROL DE LA JUSTICIA

La confiabilidad de la justicia penal militar obedecía siempre a la posición privilegiada que, desde el ejecutivo, tenía el Estado para el control político de las decisiones judiciales. Una justicia dictada, bien por jueces “en traje verde oliva” o en “everfit”, pero siempre en instalaciones militares, regidas por comandantes de brigada, donde las pruebas salían, como por arte de magia, de los recintos de la inteligencia militar, sin mayores posibilidades de controversia; donde un auto de detención implicaba, en forma inevitable varios meses de privación de la libertad; donde la resolución de convocatoria a consejo de guerra se señalaba, salvo necesarias excepciones, quiénes iban a ser condenados en el mismo; donde el derecho —que es elástico— se rompía. Estaba, pues, diseñada para ser justicia rápida, efectiva, a condición de ser justicia discriminada, es decir, “excepcional”. Desdibujados los sectores de confrontación ante el crecimiento de la “subversión”, el aparato de juzgamiento castrense empieza a sentir el fardo de la justicia¹¹².

La idea del control de la justicia se vino abriendo paso a través de las constantes críticas a la justicia ordinaria, que señalaban como inepta, sinónimo de impunidad. “En el país existe la convicción de que un negocio que pase a un juez ordinario garantiza el imperio de la impunidad. Tenemos que

puesta del gobierno a las recomendaciones de Amnistía Internacional. Informe de A. I. sobre violación de los derechos humanos en Colombia, Comité de Solidaridad con los presos políticos de Colombia, septiembre de 1980.

112. “El país reconoce en las fuerzas armadas, la difícil tarea por éstas cumplida, pero la opinión solicita que a ellas se les retire el pesado fardo”. *El Tiempo*, julio 27 de 1979.

luchar contra esa situación tan grave, tan aflictiva, tan dolorosa. *La democracia tiene que estar cimentada sobre una justicia confiable* (subrayamos), por eso, le hemos puesto todo el esfuerzo de nuestra voluntad para servirla de la mejor manera posible, estimular la reforma para que ella opere, a creer que los jueces ahora al amparo de las nuevas disposiciones van a recobrar el perdido prestigio porque es necesario que la justicia ordinaria ocupe de nuevo esa posición preponderante dentro de la jerarquía institucional del país”¹¹³.

Lo cierto es que el respeto a las garantías ciudadanas de que se nutre la formación jurídica de los jueces, es una carga cuando se trata de condenar sobre la base de elementos incriminatorios secretos, como lo señala Fernando Rojas:

“Se dice también que se demandaba de los jueces ordinarios una ruptura con los principios soberanos del derecho cuando esos principios protegen la capacidad de discurrir y consagran garantías procesales que impiden la condena arbitraria por sospechas y ambos grupos de salvaguardias han entabado la coacción estatal en los últimos años”¹¹⁴.

De ahí que lo ideal es una justicia ordinaria “confiable”, vale decir, acorde con los criterios represivos del Estado, señalados desde el ejecutivo.

La necesidad de una justicia ordinaria controlada políticamente, que se vino agitando a partir del mandato de López Michelsen, se ve realizada a través de la última reforma constitucional y las más recientes reformas al Código Penal, de Procedimiento Penal, retocadas por la ley 22 de 1980 y los decretos reglamentarios del Consejo Superior de la Judicatura.

Los lineamientos de este nuevo orden que implican la adecuación de los fallos judiciales a las exigencias políticas, mediante el control ejecutivo, se pueden sintetizar así:

113. TURBAY, Julio César, *Discurso al inaugurar la sede del Tribunal Administrativo de Cundinamarca*, El Tiempo, febrero 15 de 1980.

114. ROJAS, Fernando, *El Estado en los ochenta: ¿un régimen político?*, Revista Controversia N° 82-83, CINEP, 1980.

1. La implantación del sistema acusatorio

A través de la creación del fiscal general de la nación, órgano implantado mediante el artículo 38 de la reforma constitucional de 1979.

Las implicaciones y alcances de esta reforma son los que señala uno de los principales autores intelectuales de la misma, Federico Estrada Vélez:

“La creación del fiscal general de la nación es presupuesto sustancial para introducir el procedimiento penal acusatorio que reformará radicalmente la administración de justicia. Una vez aprobado el proyecto de acto legislativo y expedido el nuevo Código de Procedimiento Penal, las investigaciones penales estarán todas a cargo del fiscal y sus agentes, quienes tendrán bajo su dependencia todo el aparato humano y técnico. Entonces el fiscal hará la investigación, recogerá con amplio sentido técnico todas las pruebas del delito y formulará la acusación ante el juez correspondiente, que no tendrá función distinta que la de presidir imparcialmente el debate judicial que corresponderá entre el acusador público y el defensor del sindicado y dictará sentencia...”¹¹⁵.

El sistema acusatorio, tal como se diseña en la reforma, implica la destrucción de lo que se llama el “principio de la intermediación” que presupone un permanente contacto del juez con la vida del proceso, en particular con la práctica, evaluación y controversia de la prueba. Su decisión está, por consiguiente, ampliamente limitada con el sentido de las pruebas que le han sido entregadas, por el fiscal y sus agentes, producidas sin posibilidades de controversia, muchas de ellas desconocidas por el sindicado. Pruebas allegadas por los organismos secretos policivos y militares¹¹⁶.

115. ESTRADA Vélez, Federico, *Entrevista a Raúl Camacho*, El Espectador, octubre 10 de 1979.

116. “El artículo 49 de la proyectada reforma instituye el cargo de fiscal general de la nación, quien será simultáneamente jefe superior de la policía judicial con la función de perseguir los delitos y acusar a los infractores de la ley ante las autoridades competentes; en tal virtud le corresponderá: *dirigir o adelantar por medio de sus agentes* con sujeción a los procedimientos legales, la investigación de los delitos y la promoción de

La tutela de la justicia, por parte del ejecutivo, queda así eficazmente asegurada: a un órgano, prácticamente originado en el ejecutivo, el fiscal y sus agentes, se les encomienda la parte más importante del proceso penal como es la producción de las pruebas y, en su conjunto, la selección de las prioridades en la represión, concentrando la atención investigativa —es de esperarse— en aquellos hechos que impliquen un inminente peligro para las instituciones.

Sin embargo, el nuevo sistema desborda el contenido simplemente instrumental y toca el fondo del régimen probatorio en cuanto consagra garantías para el procesado: la eliminación de la indagatoria, como medio de defensa, en muchos casos la única aproximación del sindicado a su propia justificación. En la práctica, la indagatoria se había venido sustituyendo en las investigaciones confiadas a la justicia penal militar, con lujo de eficacia para obtener confesiones, por los célebres interrogatorios a puerta cerrada, es decir, sin presencia de apoderado. Como una traba para la validez jurídica de semejantes piezas procesales ha sido la disposición legal que impone, como requisito de validez de la confesión, el que ésta se produzca “libre y espontáneamente” a través de declaraciones “sin apremio ni juramento”. El nuevo sistema acoge, pues, aquella práctica judicial al imponer el juramento a la declaración del sindicado. ¿Cómo se concilia esta disposición con la garantía constitucional de exención de declarar contra sí mismo? Muy fácil, lo explica Estrada Vélez:

“la indagatoria desaparecerá porque el sindicado tendrá la potestad de declarar o de abstenerse de hacerlo. Si declara, lo hace bajo juramento como un testigo; si no declara no pasa nada porque es un derecho inalienable y porque es al Estado a quien corresponde demostrarle su culpabilidad”¹¹⁷.

su juzgamiento; asignar funciones a la policía judicial y a organismos y funcionarios de policía que sean de su dependencia”. GUTIERREZ Anzola, Jorge Enrique, *El Siglo*, octubre 2 de 1979.

117. ESTRADA Vélez, Federico, *ibidem*.

O sea, al Estado le incumbe “probar” la culpabilidad, pero al reo le corresponde suministrarle la prueba, es lo que se dice en todo ese juego de palabras.

Esta nueva declaración tiende a solucionar un problema permanente de la justicia penal militar, como ha sido el que se haya llevado al sindicado en su indagatoria a confirmar lo obtenido en el interrogatorio de inteligencia y, posteriormente, cuando éste es consciente de sus derechos procesales y se retracta de su versión original, desnuda la verdadera “libertad” y “espontaneidad” de su confesión. El juramento, pues, lejos de ser un simple requisito formal se viene a convertir en la espada de Damocles que pende permanentemente sobre el reo. Si confiesa se condena; si no, perjura. Con ello se quiere imponer como mejor medio de defensa del sindicado, el silencio.

Igualmente desaparecen los careos, en la mayoría de los casos el único medio de defensa del sindicado contra la acusación de testigos, “porque ha servido para que los sindicados audaces amedrenten a los testigos”¹¹⁸.

Sigue Estrada Vélez: “Todo esto será complementado con las pruebas técnicas que consistirán en fotografías de ambiente y de detalle, exámenes de laboratorio y de sangre, de diversas materias y elementos, huellas dactilares y plantares, las cuales suministrarán un acopio científico indubitable”¹¹⁹.

Esta tentativa de tecnificar la justicia obedece al proyecto de dotar a la justicia ordinaria de los medios técnicos que se han alabado a la justicia militar (en realidad a los organismos de inteligencia militar), como necesario freno a la delincuencia. Es evidente que tales medios técnicos no pueden ser puestos en práctica sino en una justicia selectiva, es decir, política, convirtiéndose, más que en otra cosa, en la tecnificación de la represión, que permita al Estado pasar de la represión indiscriminada a la represión selectiva.

118. ESTRADA Vélez, Federico, *ibídem*.

119. ESTRADA Vélez, *ibídem*.

2. El Consejo Superior de la Judicatura

No bastaba, para combatir la autonomía de los jueces, quitarles toda ingerencia en sus fuentes de decisión, o sea, en la producción de las pruebas, dándoles la tarea exclusiva de elaborar la sentencia acomodada a las pruebas recibidas; era necesario, también, establecer los correspondientes mecanismos de control sobre las personas de los jueces en general y de sus decisiones en particular. Con el Consejo Superior de la Judicatura se pretende lograr esta doble función.

Una de las bases de confiabilidad de la justicia militar era el que se podía obtener una permanente fiscalización de los jueces por las mismas entidades militares encargadas de señalar la política criminal. Si bien, esta confiabilidad ha sido sentida en todos los niveles, es notorio que se ha hecho ver en un mayor grado en los cargos subalternos de la justicia militar (jueces de instrucción, auditores, secretarios, vocales, etc.) llegando a ser menor, en casos desapareciendo, en el Tribunal Superior Militar. Esto por la organización jerárquica imperante en la estructura militar que cubre bajo el mando de instalaciones militares a jueces de instrucción y demás productores ocasionales de piezas probatorias.

Para las misiones encomendadas el Consejo Superior de la Judicatura tiene como herramientas jurídicas:

- Su carácter de primer cuerpo disciplinario de la rama judicial, incluyendo abogados, con facultades de imponer sanciones “en conciencia” (facultad hoy provisionalmente suspendida por el Consejo de Estado), que lo convierte en el primer organismo disciplinario de la justicia;
- Al lado de la tarea moralizadora de la justicia y la profesión jurídica (entrabada por la creciente proletarización de abogados y jueces) ocupa un lugar nada secundario, la función de contralora política.
- Este papel queda garantizado con el origen de la designación de los cargos, iniciada en el ejecutivo y conti-

nuada mediante el procedimiento cerrado de la “cooperación” (las vacantes serán llenadas por el propio Tribunal).

- El Consejo tiene una función de singular importancia que lo convierte en la cabeza visible de la rama jurisdiccional: originar, mediante la postulación de candidatos en listas, todos los cargos de la rama jurisdiccional, incluyendo magistrados de la Corte, del Consejo de Estado, y de los Tribunales Superiores y Administrativos.
- Por último, el Consejo Superior de la Judicatura sustituye al antiguo tribunal de conflictos, y al más reciente tribunal disciplinario, en dirimir las colisiones de competencia, distribuyendo el trabajo, en última instancia, entre los demás organismos encargados de dictar justicia.

Estas fórmulas jurídicas tienen origen en la organización jerárquica de la justicia emanada en las cortes de guerra, que las hizo tan socorridas cuando los dictados del orden público implicaban una pronta y cumplida justicia para reprimir los brotes de inconformidad popular.

3. La paridad

La paridad constituye la consagración de la orientación política de la “nueva justicia”, en cuanto las fronteras ideológicas de las dos “colectividades históricas” se desdibujan, convirtiéndose apenas, hoy en día, en matices de una misma posición ideológica.

Era obvio que la reimplantación de una paridad para cargos subalternos, tal como venía desde el origen plebiscitario del Frente Nacional, ya no tenía una mayor incidencia en cuanto a la orientación política de la justicia; por el contrario, la experiencia lo había demostrado, la afiliación de los jueces a un determinado partido político no pasaba de ser más que un requisito formal, algo para ser escrito en la hoja de vida y que conllevaba únicamente la adscripción de un cargo judicial al dominio de un determinado sector. Sin em-

bargo, no se podía abrogar la paridad en los cargos responsables de la reproducción de los organismos judiciales como son el propio Consejo Superior de la Judicatura, la Corte y el Consejo de Estado, en cuanto son quienes, en últimas, producen la jurisprudencia, fuente formal del derecho.

La pretensión de “imparcialidad” de la justicia, quedaba así al descubierto como lo hacía notar Carlos Lleras Restrepo:

“No entiendo, nunca he entendido que la manera de salvar a la justicia de la corrupción política sea la de negar a quienes no son liberales o conservadores derechos que deben quedar abiertos a todos los colombianos. El ideal es desterrar en la composición de los organismos jurisdiccionales toda calificación política, en lugar de introducirla expresamente y ojalá un número creciente de las personas que escojan la noble profesión de impartir justicia no se afilie a ningún partido”¹²⁰.

Este somero vistazo a la orientación general de las reformas legales abiertas con la constitucional de 1979 sustenta la “preocupación” (rumor diría después el gobierno) recogida por Amnistía Internacional en su documento de recomendaciones en el sentido que la misma “parece comprometer la independencia de la autoridad judicial, al establecer nuevos mecanismos que tienden a imponer un mayor control político sobre la administración de justicia”¹²¹, intención mal encubierta con la adscripción al procurador general de la nación (cargo que en los últimos años ostenta sin vergüenza su carácter ornamental) de la defensa de los derechos humanos. Esta reforma se complementa con la que tiende a agilizar, por la vía coactiva el control automático (inoperante según hemos visto) de los decretos dictados con base en el estado de sitio, junto con una reforma del Congreso que tiende a maquillarle sus notorias arrugas.

120. LLERAS Restrepo, Carlos, *El buey cansado*, Revista Nueva Frontera, octubre 9 de 1979.

121. *Amnistía Internacional*, op. cit., pág. 47.

Naturalmente, esta desarticulación de la independencia de las ramas del poder no es otra cosa que la salida a flote de la exigencia política de la represión, montada sobre bases similares a las del estado de sitio.

B. NUEVA REPRESIÓN AL DELITO POLÍTICO

La justicia penal militar, en virtud del estado de sitio, ha sido tradicionalmente depositaria de la represión al conjunto de conductas genéricamente designadas como la “subversión”, convirtiéndose así en el apoyo judicial de los decretos legislativos tendientes a la ampliación del campo penal, instituyéndose como delitos (o contravenciones según el caso) desde las manifestaciones de inconformidad popular hasta el pacífico ejercicio de derechos constitucionales, incluidos los delitos de opinión. Como éste enemigo real, actuante, eventual o potencial contra las instituciones, que es la subversión, es un ente, en la mayor parte de los casos, “ubicuo y gaseoso” (para emplear el adjetivo colgado por el gobierno a Amnistía Internacional) la descripción de los tipos penales atentatorios contra el orden público debe tener la suficiente vaguedad, imprecisión y deliberada deficiente redacción. Ya se vio cómo en la sentencia que declara la constitucionalidad del estatuto de seguridad se le señala estos cargos y cómo las disposiciones que fueron anuladas, lo fueron en virtud de que las conductas delictivas no estaban descritas con la precisión mínima que debe tener cualquier norma represiva¹²².

La extensión gramatical de los textos represivos, que los convierte en recipientes capaces de contener un variado grupo de conductas criminales, generalmente viene acompañada de la confusión de lo que los juristas denominan “el bien jurídico tutelado” por la ley penal, que normalmente conlleva una posición político-represiva, en la medida en que

122. Sobre las alternativas penales en el “régimen capitalista de corte absolutista”, véase ROJAS, Fernando, *El estado de los ochenta: ¿un régimen policivo?* Controversia N° 82-83, CINEP, 1980.

el Estado define la aspiración que pretende realizar a través de la norma penal, “espíritu” que, a su vez, limita el mismo contenido gramatical de la descripción delictiva (decía Celso: saber leyes no es conocer las palabras que ellas tienen, sino entender su espíritu).

Este criterio normativo que es el que más se adecúa a la práctica judicial de juzgamiento masivo e indiscriminado, realizado en el estatuto de seguridad, tiene su continuación en el nuevo Código Penal, como se verá luego.

Es fácil entender por qué el nuevo Código Penal está animado en su esencia, por la misma filosofía que inspiraban los decretos represivos dictados con base en el estado de sitio y la adscripción de juzgamiento militar a civiles, formando con las nuevas reformas al procedimiento penal abiertas con la constitucional de 1979, un solo cuerpo¹²³.

El reclamo, consignado en el informe de Amnistía Internacional, en el sentido de la “preocupación generalizada en diversos sectores del país por la posibilidad que las medidas excepcionales estatuidas bajo el estado de sitio, especialmente las contempladas en el estatuto de seguridad, quedarán incorporadas en calidad de leyes permanentes, al nuevo Código Penal¹²⁴, tiene su confirmación en la reiterada aspiración del gobierno de “regresar a la normalidad jurídica”, una vez puestas en práctica tales reformas legales.

Tal preocupación tiene sus confirmaciones concretas.

C. EL NUEVO CODIGO PENAL

Antecedentes:

El accidentado proceso de elaboración del actual Código Penal se inició al comienzo de las sesiones ordinarias del Con-

123. En este sentido era coherente la propuesta presentada por varios parlamentarios del partido conservador, de suspender la vigencia del Código Penal para entrar a regir después de reglamentado y provisto el cargo de fiscal general estatuido en la reforma constitucional.

124. *Amnistía Internacional*, op. cit., pág. 47.

greso en 1974, cuando el gobierno presentó un proyecto de ley tendiente a obtener facultades extraordinarias para la expedición de un nuevo estatuto penal; la iniciativa fue enterrada en su debate en la comisión correspondiente de la Cámara y sustituida por una sugerencia al gobierno para que integrara una comisión redactora de un anteproyecto con el propósito de ser adoptado, en la forma regular por el Congreso. La comisión original con la que el gobierno acataba la sugerencia del legislativo, integrada, mediante decreto No. 2447 de ese año, por miembros del Congreso y presidida por Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, hubo de ser remplazada por otra integrada en decreto No. 2597 del mismo año, la cual, bajo la presidencia de Luis Carlos Giraldo Marín, entregó su trabajo al entonces ministro de Justicia Samuel Hoyos Arango el 19 de octubre de 1976. Ese mismo año, en decreto No. 111, fue designada una nueva comisión con el encargo de revisar el anteproyecto de 1974. Este nuevo grupo que fue presidido por el mismo Giraldo Marín, entonces miembro del tribunal disciplinario, fue el que redactó el proyecto de ley número 12, por el cual se pretendía expedir el Código Penal. Presentada con ponencia de Federico Estrada Vélez, en las sesiones ordinarias de 1978 (el 21 de septiembre), esta nueva tentativa fue enterrada, sin pena ni gloria, en el Congreso. Finalmente, el gobierno obtuvo las ansiadas facultades, ante la declarada ineptitud del Congreso, para la expedición del estatuto penal, en ley 5ª de 1979, con la cual se designó una nueva comisión presidida por Federico Estrada Vélez y se expidió, el día 23 de enero de 1980, el decreto 100, acogiendo como nuevo Código Penal el producto del estudio de la comisión, con algunas modificaciones impuestas, a última hora, por el propio gobierno.

Tendencias del nuevo Código Penal

La misión, encargada por el gobierno a todas las comisiones constituidas para modificar nuestro régimen criminal, estuvo siempre enmarcada dentro de parámetros más o menos similares. Estos objetivos, tal como fueron sintetizados

por el entonces ministro de Justicia, César Gómez Estrada, eran esencialmente los siguientes:

a) Propender "...por la adecuación de las normas represivas a las modernas concepciones que se tienen del delito y de la responsabilidad, las cuales, como es fácil comprenderlo, no pudieron informar el estatuto que hoy nos rige, pues se gestó al amparo de concepciones filosóficas diferentes acerca de estos y otros temas no menos fundamentales del derecho penal"¹²⁵.

La modernización implicaba, tal como lo entendieron todos los comisionados que trabajaron en la obra, la eliminación del criterio peligrosista que, según ellos, animaba nuestro anterior estatuto penal para remplazarlo por el culpabilista.

b) Consagrar "figuras delictivas que reprimen toda esa variada serie de comportamientos punibles que aquejan a nuestra sociedad y que no eran conocidos o no tenían, cuando se expidió el Código vigente, la significación y alcance nocivo que han tenido al presente". O sea, una concepción más humanitaria del derecho penal como es la de la culpabilidad no iba a corresponder a un código penal más permisivo. Por el contrario, era presupuesto del nuevo ordenamiento la creación de nuevas figuras delictivas y el aumento de penas para otros.

c) La consideración que "el auge que la criminalidad viene registrando y las peligrosas modalidades asociativas que presenta, recomiendan para combatirla, entre otras medidas, la actualización de la legislación penal". Con esta advertencia, el exministro de Justicia, señalaba que el Código Penal no se podía tomar aisladamente, sino como parte de una serie de medidas estatales estructuradas como una respuesta al aumento de la delincuencia y a lo que llama "peligrosas modalidades asociativas" que presenta.

125. *Proyecto de Código Penal Colombiano*, Ministerio de Justicia, Bogotá, 1978, pág. 108.

La anterior consideración explica por qué de los numerosos fallidos intentos previos de reformar el Código Penal, que contrastan con la facilidad con que fue expedido, a través de facultades obtenidas por el gobierno dentro de un paquete que comprende un conjunto de autorizaciones del Congreso. En efecto, junto con aquellas, fueron conferidas facultades para la modificación del régimen procedimental laboral, tendiente a la consagración permanente de las restricciones usuales impuestas por el estado de sitio a las garantías laborales y sindicales; para una reforma en los estudios de derecho para restaurar la elitización de la profesión; en fin, a una, más importante en el campo que nos viene ocupando, reforma en el procedimiento penal, para acomodar este campo del derecho a las tendencias impuestas a la administración de justicia en la reforma constitucional de 1979 que ya se vieron someramente y cuya realización concreta se tratará de estudiar más adelante.

En cuanto al Código Penal concierne sus lineamientos básicos, tal como fueron enunciados antes, se realizan en las siguientes medidas:

1. La culpabilidad

De las distintas teorías surgidas dentro del capitalismo para justificar la represión penal, la que más se adapta a la afirmación del sujeto de derecho propia del liberalismo es la de la culpabilidad. Desde el punto de vista del hecho, la culpabilidad resalta la libertad individual necesaria a la circulación mercantil como condición del reproche estatal contenido en el delito; desde el punto de vista de la pena, el criterio culpabilista subraya su contenido retributivo, concibiéndose como una expiación al "error de conducta", que ha cometido el sujeto, como una consecuencia inevitable de la responsabilidad por sus actos y únicamente predica su carácter social para exhibirse, como ejemplo, frente a los demás sujetos de derecho.

De ahí que el nuevo Código Penal se entrega con una envoltura "democrática" que tiende a seducir a los juristas

“amplios” con una sugestiva tarjeta de presentación en la que se lee “peligrosidad no, culpabilidad sí”. Sin embargo, al desempacar se ve otra cosa.

En efecto, la concepción culpabilista aplicada estrictamente implicaría la absoluta delimitación individual del delito para que el sujeto no responda sino de lo que hizo, normalmente porque lo quiso hacer (dolo), excepcionalmente porque no lo quiso o pudo evitar (culpa) o porque llegó más lejos de lo que quería realizar (preterintención). Ello debe empezar con un juicio objetivo para no responsabilizar al sujeto sino por lo que hizo, para solo posteriormente señalarlo, “imputarle” ese hecho porque lo realizó conscientemente.

Sin embargo, el criterio culpabilista demo-liberal se subvierte cuando la culpabilidad no se entiende como un elemento final del delito y un último requisito para su punibilidad sino que lo remplaza, para penar no una intención realizada en el hecho delictivo, sino la simple intención. A través de ese criterio criminal que gobierna casi invariablemente la represión en sistemas absolutistas se convierte el delito en sinónimo de pecado; consecuentemente se le castiga, aplicándole la máxima “punitur quia peccatum est, ne peccatur”; se hace expiar por las simples intenciones; se da entrada a los delitos de conciencia.

Aplicar el sistema culpabilista en su acepción democrático-burguesa no es darle prevalencia al elemento subjetivo del delito sino convertir ese elemento subjetivo en condición *sine qua non* para el castigo del mismo.

Por el contrario, la culpabilidad, entendida como respeto a garantías liberales subraya siempre el carácter objetivo del delito, como lo expone uno de los más importantes representantes de la escuela, Sebastián Soler:

“La teoría de la culpabilidad busca acceder al dolo y la culpa sólo mediante el hecho (...) distingamos el delito del pecado... no pretendemos captar la subjetividad, eso está reservado a Dios.

El principio de la libertad y dignidad humanas tiene la necesidad de permanente vigilancia”¹²⁶.

En cambio, el sistema que se trata de inaugurar con el nuevo Código Penal tiende a resaltar el carácter subjetivo del delito, para imponer un cambio de mentalidad al fallador, como sin reservas lo señala Turbay en su discurso al sancionar el estatuto:

“...Precisamente esto (la culpabilidad) supone que los propios jueces encargados de estudiar esta ley van a tener que hacer el esfuerzo de acomodar su mente y su espíritu al nuevo espíritu que infunden estas disposiciones, porque si no se lograron asimilar al criterio de la culpabilidad, representarían muchas de sus disposiciones un tremendo peligro si se siguieran juzgando ciertos actos por sus formas objetivas”¹²⁷.

Por consiguiente, hacia dos extremos se puede desviar, según las circunstancias, la concepción delictiva para extenderla: uno, hacia la responsabilidad objetiva en la cual se castiga inevitablemente el hecho, como ocurre en el Código Penal italiano de 1930 en algunos casos; otro, mucho más grave, hacia la responsabilidad simplemente subjetiva, en la cual se castiga sólo la intención.

Nuestro sistema penal anterior, vigente desde 1936 recogía, sin beneficio de inventario, el sistema peligrosista sin variar en un mayor grado la médula liberal de la represión penal, que implica la consagración de las garantías procesales democrático-burguesas y, entre ellas la más importante, el que no se podía penar a una persona sino en virtud de la comisión de un hecho previamente definido en la ley como delito. La “peligrosidad” aparecía esporádicamente en sus disposiciones como un retoque de innovación, con el objeto de pretender dar forma a la ley poniéndola a tono con los modernismos de la época. Sus incidencias, bien distintas de las concebidas en la ideología que la animaba, se limitaban a la

126. *Jornadas de Derecho Penal*, Bogotá, 4 de octubre de 1979.

127. *El Tiempo*, 29 de enero de 1980.

consagración de “circunstancias de mayor peligrosidad”, para acentuar la pena en proporciones preestablecidas, y a la consagración de los “subrogados penales”, alternativas para el reo distintas de la fría prisión.

La responsabilidad simplemente objetiva, que está proscribida expresamente en el art. 5º del Código, se ha abierto campo en nuestro medio a través de lo que los tratadistas denominan “dolo genérico”, presente en mayor medida en los tipos delictivos que sancionan un resultado. En este punto, el actual estatuto no contiene una modificación importante en relación con el que sustituye, puesto que al establecer, en forma taxativa las causales de inculpabilidad (denominadas en el anterior de “irresponsabilidad”) en el art. 40 se da por sentado que se debe responder normalmente por el hecho y que sólo excepcionalmente esa responsabilidad puede ser eludida.

En cuanto a la responsabilidad subjetiva, impera el principio denominado en la ley como de “causalidad” (art. 21), según el cual “Nadie puede ser condenado por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de éste, no es consecuencia de su acción u omisión”. El castigo a la intención predelictual se realizaba genéricamente dentro de la vigencia del anterior Código, a través de la figura del “delito imperfecto” que comprendía modalidades de tentativa, frustración, desistimiento y delito imposible, comprendidas ahora con la expresión genérica de tentativa (art. 32), entendida como la iniciación de la “ejecución del hecho punible, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación”, sin que se produzca el resultado por circunstancias ajenas a la voluntad. La nueva legislación elimina, por consiguiente, las modalidades del desistimiento y el delito imposible, traídas por el anterior código y, en esta materia parece ser más benéfica. Sin embargo, por el medio en que, en la práctica, se realizaba con mayor eficacia la aproximación al castigo de la simple intención era a través de la consagración como “delitos de peligro” y “delitos de omisión”, simples apariencias de intención delictual. Decretos

expedidos en uso del estado de sitio y particularmente el estatuto de seguridad, apelaron a esta clase de tipos para castigar la sospecha: ejemplos, el porte de armas, el uso de carretas y antifaces, el porte de objetos de peligro común, la negativa de prestar auxilios a las autoridades, etc. De la punición a las apariencias de intención de delinquir al castigo de la misma intención hay un paso bien corto, lo ha demostrado la experiencia. El nuevo Código Penal abunda, más que el anterior, en modalidades de delitos de peligro y delitos de omisión.

Por consiguiente, el régimen de culpabilidad que trae el nuevo Código, lejos de tender a acentuar el carácter objetivista de la represión del delito para que esta se limite a quien realiza el hecho, tiende a realzar el elemento subjetivo del mismo, subrayando la voluntad de quebrantar la ley.

El nuevo criterio es necesario para erradicar de la justicia la "impunidad" en la represión del delito político que es aquel en que la voluntad de quebrantar el orden jurídico aparece en forma más manifiesta, sin ningún tipo de intermedicación. El imputado de un delito político no puede ahora alegar que los "móviles" que lo llevaron a transgredir, a desconocer, aun a luchar contra el orden jurídico fueron altruístas, ya que perseguían el establecimiento de un sistema más justo, pues su posición frente al derecho es de eminente culpabilidad, de deseo de quebrantar la ley, de vulnerar el orden legalmente constituido.

2. Aumento en la represión penal

El aumento en la represión estatal, en detrimento de la libertad individual se realiza generalmente a través de varias formas. Desde el punto de vista sustantivo, por la creación de nuevas figuras delictivas; por lo que suele ser más peligroso, por la extensión del tipo delictual a través de una redacción vaga y defectuosa de la norma; por el aumento de penas; por la imposición de penas subsidiarias; por la eliminación de subrogados penales; por la disminución de cir-

cunstances de atenuación o aumento de las de agravación, etc. Desde el punto de vista penitenciario, se incrementa la represión cuando se desmejoran, en general, las condiciones de vida en las cárceles, se dificulta el acceso al trabajo, al estudio o a la enseñanza, se incomunica al recluso fuera o por más tiempo del estrictamente permisible; se le aísla de sus familiares o de los medios de cultura o recreación etc. Desde el punto de vista del procedimiento, se aumenta la penalidad cuando se limitan los beneficios procesales, se restringen los recursos contra disposiciones relativas a privación de la libertad, en fin, cuando se limitan el derecho de defensa, la actividad del apoderado o defensor, la contradicción de la prueba, etc. Dejando de lado las dos últimas formas, de ampliación penal; la una porque no es materia de este trabajo, la otra porque la trataremos de ver en mayor detalle adelante. Nos limitamos, por el momento, a ver si, desde el punto de vista penal, la nueva legislación contribuye o no al aumento de la penalidad.

a. *Creación de nuevos delitos:*

El nuevo Código Penal crea nuevos tipos delictivos e incorpora a la legislación normal algunas normas de estado de sitio.

En el Título Tercero —Delitos contra la administración pública— incorpora; los delitos contenidos en el capítulo cuarto “celebración indebida de contratos” bajo tres modalidades, con penas de prisión de uno a tres años y arresto hasta de cinco años. Dentro del Título Cuarto —Delitos contra la administración de justicia— se da entrada al campo penal al “fraude procesal, al ejercicio arbitrario de las propias razones, y el fraude a resolución judicial y el reingreso ilegal al país”. Dentro del Título Séptimo —Delitos contra el orden económico-social— se crean varias modalidades delictivas como son la indebida explotación comercial de artículos recibidos para distribución gratuita, la exportación ficticia, y además seis modalidades delictivas contra los “recursos naturales”. Además, la tortura, la aplicación fraudulenta de crédito oficial y la falsedad marcaría.

Entre los delitos, introducidos a nuestro campo represivo en virtud de normas de estado de sitio, recogidos por el nuevo estatuto penal figuran el terrorismo, el pánico, el disparo de arma de fuego contra vehículo, el empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos, la tenencia, fabricación y tráfico de sustancias y objetos peligrosos, la fabricación y tráfico de armas y municiones y el simple porte de las de uso privativo de las fuerzas militares.

b. *Aumento de penas*

La tendencia que se observa en el nuevo Código hacia el aumento de las penas afecta, principalmente, a los delitos consagrados en el Título Segundo —Contra el régimen constitucional—, los tradicionales delitos políticos.

c. *Ampliación de tipos penales*

El artículo 2º de la reforma indica los elementos del “hecho punible”: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. De estos elementos, quizás el que define con mayor propiedad el contenido demoliberal de un determinado sistema penal es la tipicidad.

Elaborada por el alemán Ernest Von Belin, la teoría de la tipicidad recogía la reacción a la indefinición en el castigo, propia del absolutismo monárquico. “Siguiendo este movimiento del liberalismo contra la arbitrariedad, la legislación empezó a estrechar el concepto de la acción antijurídica¹²⁸. La noción de tipicidad no se limita a la consideración según la cual para que una conducta pueda ser castigada debe encuadrar, en forma exacta, con un “tipo” descrito en la ley como delito, porque ello, encuadraba, desde antes de elaborarse la teoría, mediante el principio de legalidad “nullum crimen sine lege”. El aporte decisivo de la teoría de la tipicidad al derecho penal burgués consiste en la restricción del campo de acción de la norma a una conducta específica.

128. Actas de la Comisión Redactora del Código Penal de 1979, pág. 452.

Según el art. 3º de la reforma, “la ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca”...

La subversión al principio de la “tipicidad”, frecuente en normas dictadas en estado de sitio, tiene importantes ejemplos también en el nuevo Código Penal. Se destacan por ejemplo:

a) El terrorismo (art. 187): “El que con el fin de crear o mantener un ambiente de zozobra, o de perturbar el orden público, emplee contra personas o bienes medios de destrucción colectiva”... etc. La vaguedad de los términos “ambiente de zozobra”, “perturbación del orden público”, “medios de destrucción colectiva”, tienden a convertir esta norma en mecanismo genérico de represión contra lo que genéricamente se ha denominado “subversión”.

b) Pánico (art. 192): “El que por cualquier medio suscite pánico en un lugar público, abierto al público o en transporte colectivo...”.

D. NUEVO JUZGAMIENTO PENAL

La ley 6ª de 1979 facultó al gobierno, por el término de un año, para la expedición de un nuevo Código de Procedimiento Penal, dentro de algunos límites:

a) La implantación del sistema acusatorio que, como ya se vio, era la razón de ser, en la reforma constitucional, de la creación de la fiscalía. La inauguración del medio acusatorio de juzgamiento implicaba la puesta en marcha de la diferenciación entre tres funciones judiciales: “Una función instructora, una función de acusación y una función de juzgamiento”¹²⁹.

b) La eliminación de la indagatoria. De acuerdo con el límite impuesto a la comisión por la ley de facultades (ley 5ª de 1979), la vinculación del sindicado se debe realizar a

129. BERNAL Cuellar, Jaime, *Presentación al Nuevo Código de Procedimiento Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1981.

través de descargos tomados bajo juramento. Acusada esta disposición por violar el precepto constitucional contenido en el artículo 25 relativo a la prohibición de obligar a declarar contra sí mismo, la Corte (nada extraño) se pronunció por la exequibilidad, en sentencia del 24 de marzo de 1980.

c) El establecimiento de un procedimiento sumario en los casos de flagrancia, cuasiflagrancia y confesión simple.

Sobre estos límites y, con base en un proyecto elaborado bajo la presidencia de Jaime Bernal Cuellar y con el aporte de otra comisión parlamentaria integrada en la misma ley de facultades, fue expedido el decreto 181 de 1981 que debe empezar a regir el 29 de enero de 1982.

El panorama de la nueva legislación en el campo del procedimiento penal es el siguiente:

Como se ha indicado anteriormente, el proceso penal tiene tres etapas más o menos definidas: la investigación, la acusación y el juzgamiento.

1. La investigación

La investigación tiende a suplir en sus fines al actual sumario y está confiada al fiscal y sus agentes, es decir, los organismos secretos policivos y militares.

No parece necesario advertir la importancia que, para la posterior acusación y la convicción del juez, tienen los actos surgidos en esta etapa; basta indicar las más importantes modificaciones introducidas al actual régimen del sumario por el próximo procedimiento penal.

a. Las pruebas

Constituye la médula de la investigación (igual que hoy ocurre en el sumario) la producción de pruebas con las cuales posteriormente se elaborará la acusación y se juzgará. Desde el punto de vista probatorio, las nuevas investigaciones se basarán en los siguientes criterios:

a) Desaparece el principio de la intermediación: quien recoge la prueba no va a ser quien la califique;

b) Desaparece la controversia probatoria en la instrucción. Es más, se proscribe expresamente (art. 186);

c) La reserva o secreto de la investigación se extiende, en la mayor parte de los casos, al sindicado y su defensor;

d) Se pretende dar eficacia a la investigación a través de la utilización de medios técnicos (art. 190);

e) Se permite la interceptación de correspondencia privada (art. 284) y de líneas telefónicas (art. 286) con una simple orden secreta del funcionario investigador. Los resultados de esa interceptación, se entiende, serán incorporados a la investigación;

f) Se impone la obligación de exhibir libros y papeles que puedan interesar a la investigación;

g) Como ya se vio, el procesado es vinculado mediante declaración juramentada. Si confiesa, se le juzga mediante un procedimiento sumario. Se da valor probatorio a las confesiones extraprocesales y, en general, a las obtenidas sin el lleno de los requisitos legales (por ejemplo, a la obtenida bajo tortura) dándoles valor de indicio.

b. *Las decisiones*

Las decisiones del investigador son incuestionables ya que contra ellas “no procede recurso de ninguna naturaleza” (art. 151).

El investigador está facultado para ordenar la captura de personas, decretar y practicar embargos, secuestros y decomisos de bienes y dictar las “medidas de aseguramiento”.

Las medidas de aseguramiento son la privación de la libertad, la caución y la conminación. La disposición del investigador por la cual profiere una de estas medidas de ase-

guramiento sustituye —al menos para el caso en que la medida sea la privación de la libertad— al actual auto de detención, pero con una diferencia esencial: es inimpugnable como todas las providencias dictadas en la investigación (en el artículo 340 se repite que carece de recursos, por si no hubiera quedado claro en la norma general del art. 151).

La privación de la libertad implica, como el actual auto de detención, el confinamiento del sindicado en un establecimiento carcelario, normalmente en el que se adelanta la investigación pero puede transferirse a otro cuando, a juicio del investigador, en el que se encuentra no reúne las suficientes condiciones de seguridad o cuando la presencia en él del procesado “genere perturbación del orden público” (art. 327). Tiende esta norma a sustituir las ya tan comunes transferencias carcelarias, que han llegado incluso al envío a Gorgona de sindicados sin condena en firme.

La caución, en algún sentido, sustituye a la actual libertad provisional, pero el monto de la garantía se eleva notoriamente: de dos a cien salarios mínimos vigentes para la época y el lugar donde se fije, con un claro propósito si se tiene en cuenta que debe ser depositada en dinero efectivo (art. 326).

La conminación es viable únicamente para los delitos sancionables con pena de arresto (para los cuales actualmente cabe la libertad provisional). Consiste en la imposición de obligaciones, entre ellas las más importantes las presentaciones periódicas y el aviso en caso de cambio de residencia, bajo apremio de multa.

2. La acusación

La acusación vendría a sustituir el llamamiento a juicio o auto de proceder que, como el auto de detención, desaparece. La diferencia esencial entre la acusación y el auto de proceder es la misma que entre la medida de aseguramiento y el auto de detención: la primera carece de cualquier recur-

so, como ocurre con todos los actos de acusación según el art. 151 ya citado.

Careciendo de recursos, la acusación no puede tener otro requisito material distinto que la personal convicción del acusador, fundada solamente en “prueba suficiente que le permita inferir al funcionario razonablemente, la existencia probable del hecho típicamente antijurídico, que el procesado es autor o cómplice a título de dolo, preterintención o culpa. . .”. De hecho, la acusación no puede ser rechazada por el juez y sólo puede ser devuelta por vicios formales para su corrección. Aun cuando, a juicio del juez se den los presupuestos para dictar “auto de conclusión” (similar a la actual cesación de procedimiento) prevalece la opinión del acusador sobre la del juez.

3. El juicio

Es apenas al recibir la acusación, cuando se inicia el juicio, que el juez del conocimiento entra en escena. En esta etapa la suerte del reo, hasta ahora convertido en convidado de piedra en un debate en que se está poniendo en juego, antes que cualquier otra cosa, su propia libertad, mejora un poco pero, como veremos, sólo un poco.

Notificada la acusación se le da la posibilidad al enjuiciado de que la conteste, por medio de su defensor, proponga excepciones (cosa juzgada o cesación de la acción penal) y pida pruebas.

Solamente en este momento el acusado puede pedir pruebas. Puede pedir, además, “la comparecencia de testigos y peritos que ya hubieran declarado o dictaminado para ser interrogados nuevamente en audiencia pública”. Debe, dentro de un término perentorio de tres días allegar todos los elementos de prueba que haya recogido. Resulta así asegurada la igualdad de las partes en el proceso: el inculcado debe rebatir en tres días lo que el investigador ha hecho en un

término de hasta treinta días con los elementos técnicos del Estado a su disposición.

El trámite posterior depende si se trata de un procedimiento ordinario, con o sin intervención del jurado o de un procedimiento abreviado para los casos de flagrancia o cuasi-flagrancia o confesión simple. La declaración, en cualquiera de estos casos, corresponde hacerla al investigador.

Se consagra, además, un procedimiento policivo y un procedimiento de hábeas corpus. El primero para el conocimiento de delitos que requieran querrela o que no tengan pena privativa de la libertad y el segundo para los casos de prolongación excesiva de privación de la libertad, naturalmente sin la consagración del término breve y perentorio actual de 48 horas.

¿A dónde se dirigen los criterios del nuevo juzgamiento penal que acabamos de ver? ¿Cuáles son sus bases y sus implicaciones políticas?

Que las normas del nuevo Código de Procedimiento Penal tienden a sustituir a la justicia militar en la intimidación y castigo a los delitos políticos y a los brotes de inconformidad masiva, es algo que ya no es un misterio ni una tesis novedosa. Que, junto con las demás reformas legales apuntaladas con la constitucional de 1979, el nuevo procedimiento penal tiende a hacer innecesaria la "camisa de fuerza" del estado de sitio, es algo que no se ha tomado el trabajo de ocultar ni disimular el propio gobierno y sus voceros. Que el nuevo juzgamiento penal reduce a su mínima expresión las garantías procesales, se constata con el elemental trazado que hemos hecho sin mayores glosas ni comentarios.

Sin embargo, las nuevas formas de juzgamiento penal no se limitan a cambiarle la forma, a camuflar la justicia penal militar y el estado de sitio, tampoco ellas se quedan en la pretensión de recortar derechos y garantías individuales, en desarticular las ramas del poder ni en deteriorar el estado de derecho.

Por el contrario, sus implicaciones van más hondo: apuntan a la actualización y a la modernización del sistema represivo colombiano, dándole posibilidad de incorporación de los avances técnicos del capitalismo mundial en esta materia, lo que implica un cambio de mentalidad del investigador en sustanciales materias del procedimiento:

a) De la tortura visible, se debe pasar a la intimidación implícita en el manejo que del proceso tiene el investigador. Manejo que está garantizado en la disposición de todos los medios técnicos por parte del aparato investigativo.

b) Lo esencial del nuevo juzgamiento no puede ser dar la apariencia de la realización, en casos concretos, del "valor justicia", sino la eficacia de la intimidación masiva. En esto el procedimiento penal es acorde con la justicia castrense.

c) Pero, más importante que la misma coacción y aún que la eficacia en la respuesta estatal a los brotes de insubordinación popular, es el control, por parte del mismo Estado, del desarrollo de tales brotes, de sus implicaciones políticas y de su nivel de independencia.

Este último criterio no se puede realizar sino a través de una permanente reunión y sistematización de información. Lo explica Giovanni Jervis:

"La actividad primaria de todas las policías y servicios estatales de seguridad no es, ni nunca ha sido en tiempos pasados, la intervención represiva inmediata frente a las personas consideradas anti-sociales o peligrosas, sino la recogida de información. La mayor parte del trabajo de la policía, y en particular de la policía política, afecta simplemente el conocimiento, es decir, está relacionada con la recogida, actualización, coordinación, elaboración e interpretación de los datos sobre individuos y grupos. Actualmente este trabajo se lleva a cabo con ayuda de técnicas mucho más eficaces que las empleadas hasta hace pocos años, tanto con respecto a los instrumentos generadores de información como a la elaboración de datos"¹³⁰.

130. JERVIS, Giovanni, *El buen reeducador*, Ed. Grijalbo, 1975, pág. 199.

La "elaboración de datos" tiene que partir siempre de interrogatorios confiables, para lo cual no basta la formación de hábiles interrogadores. Se requiere también darles a estos interrogatorios una forma de veracidad: el juramento. La indagatoria no solamente daba la posibilidad de eludir el suministro de información, sino también la de proporcionar-la incompleta y equívoca. No son despreciables en este trabajo de elaboración de información los allanamientos, las interceptaciones de correspondencia y de líneas telefónicas, y de telegramas, la posibilidad de intervenir en documentos personales y, en general, en la vida privada de las personas.

Pero lo que es más sintomático de esta nueva modalidad es la apertura de los "medios de prueba", antes limitados a los señalados taxativamente por la ley. El nuevo criterio investigativo exige la posibilidad amplia de recepción de todos los "medios técnicos" de información. En ello residía el más importante atraso del sistema de investigación penal anterior a la reforma.

En efecto, dice Jervis:

"Lo que necesita hoy el sistema capitalista es un conjunto unitario, fuertemente integrado y extremadamente dúctil y eficaz, de información y manipulación de la misma. No existe en su seno una auténtica distinción entre problemas de subversión, problemas militares, políticos y de control económico"¹³¹.

E. LA AMNISTÍA

La amnistía ha sido un tradicional recurso de las clases dirigentes en nuestro país para echar un manto de olvido sobre sus propias vergüenzas. Recurrida en la dictadura y, posteriormente en el Frente Nacional para desviar la "opinión pública" de la contemplación de las verdaderas causas de la violencia, y justificar las oleadas de la represión encabezadas

131. *Ibidem*, pág. 200.

por el ejecutivo, ahora se propone en circunstancias que merecen, al menos, un somero vistazo:

a) La negociación de la embajada. Las conclusiones del largo y accidentado contacto entre el gobierno y su mayor interlocutor en el debate de la amnistía, el Movimiento 19 de abril, a través de su comando Marcos Zambrano, ocupante de la embajada de la República Dominicana, aún hoy son un misterio. Pese a los concluyentes términos en que el gobierno siempre se refirió a su conducta en el mismo diálogo, resumida en una de sus ya célebres frases lapidarias, “nuestra estrategia se puede resumir en pocas palabras: no entregar ni un preso ni un peso”¹³²; la fuga de dos de los dirigentes de la organización rebelde de la Penitenciaría de la Picota y el hecho que la ocupación misma de la embajada no ha sido hasta el momento materia de investigación penal, han despertado no pocas suspicacias.

Justamente fue en la época en que los contactos estaban prontos a concluir cuando el comando central del grupo rebelde lanza su propuesta de armisticio, recogida por el gobierno posteriormente, con beneficio de inventario, como “amnistía condicional” para los alzados en armas. “Dicha amnistía, para que no sea claudicante, no puede ser el fruto de una negociación con los subversivos, sino de un acuerdo entre las fuerzas políticas que tienen representación en el gobierno y en el Congreso”¹³³.

b) Las bases del levantamiento del estado de sitio. Diseñadas las reformas legales que permitan enfrentar las manifestaciones masivas de disenso, queda, sin embargo, un importante escollo para la normalidad institucional cual es el de los grupos armados; no tanto por lo que actualmente representan esos grupos para la estabilidad del régimen, sino porque la vía armada representa siempre una alternativa para amplios sectores populares, al irse cerrando las puertas de

132. TURBAY, Julio César, Discurso al inaugurar las sesiones ordinarias del Congreso, *El Espectador*, julio 21 de 1980.

133. TURBAY, *ibidem*.

medios pacíficos de expresión de descontento y, gracias al desempleo y la inflación, de subsistencia.

Por ello, el gobierno propone como última condición para el retorno a la normalidad la entrega de las armas. Lo hace, dándole la oportunidad a los rebeldes para contribuir en esa forma a la normalización del régimen, ya que “de-puestas las armas no habrá razón para prolongar la vigencia de las disposiciones originadas en el artículo 121 de la Carta”¹³⁴.

1. El orden de los factores

Presentada como una manifestación del propósito gubernamental de “hacer al fortalecimiento de la paz una nueva contribución”, la propuesta gubernamental de amnistía pronto habría de mostrar su verdadero contenido extorsivo.

La incongruencia que presentaba el proyecto inicial, difícil de ocultar hasta para el gobierno¹³⁵ y la promesa de que la ley sería el resultado del acuerdo entre las “fuerzas políticas” representadas en el ejecutivo y el legislativo, eran circunstancias que hacían pensar que del estrecho proyecto gubernamental se podía pasar a una verdadera amnistía que permitiera un fin decoroso a las numerosas causas que, para juzgar delitos políticos y conexos de éstos, se ventilan ante la justicia penal militar.

Para quienes así pensaban, pasaba a primer plano la naturaleza jurídica de la amnistía. En efecto, “por la amnistía el Estado renuncia circunstancialmente a su potestad penal, en virtud de requerimientos graves de interés público, particularmente por causas de carácter político que hacen necesario un llamado a la concordia y al apaciguamiento colectivo”¹³⁶. La amnistía por definición no puede ser condicional:

134. TURBAY, *ibídem*.

135. “A primera vista puede parecer incongruente que la gracia de la amnistía se limite a los sediciosos que están libres”. TURBAY, *ibídem*.

136. Enciclopedia Jurídica Omeba.

la amnistía es indelegable. El proyecto gubernamental adolecía de otras fallas menos sustanciales pero igualmente claras: restituía la reincidencia para los delitos políticos, restaurando la tesis “peligrosista”, ya eliminada en este campo para los delitos políticos, aun en el sistema penal de 1936 Traía (como lo anotaba Antonio José Cancino) un “sofisma de distracción”, respecto a los “delitos conexos” con la rebelión, materia ya definida por la Corte en el sentido que el término “alzamiento en armas” que tipifica la rebelión “incluye otros actos que le son comunes, como el porte de armas y el uso de prendas militares”. Estos actos no son delitos independientes de la rebelión sino comprenden el delito.

Las circunstancias posteriores pusieron de manifiesto la equivocación: la amnistía no se proponía como un medio jurídico, sino era una medida típicamente política; no buscaba el “fortalecimiento de la paz” sino buscaba reforzar el sostenimiento del orden público y, para ello, “el orden de los factores” sí alteraba el producto: no se pretendía que, en virtud de la amnistía salieran en libertad los presos políticos, sino que los que no estuvieran presos se entregaran. La tesis pastranista, según la cual si la amnistía buscaba el mantenimiento del orden público, se debía dejar al gobierno que precisara sus límites en virtud de su función constitucional de preservador del orden público, sirvió de base al gobierno para suplantarse nuevamente al Congreso e imponer su proyecto de amnistía.

2. La ley: amnistía bajo condición suspensiva

“Dentro de un ambiente general de escepticismo”, como lo anotaron sus escasos opositores en el Congreso¹³⁷, nació la ley “por la cual se declara una amnistía condicional”.

Este curioso producto, idéntico al aprobado en las sesiones ordinarias de la Cámara, consta de dieciséis artículos. En su esencia es el siguiente:

137. El Tiempo, marzo 5 de 1981.

Los beneficiarios:

En virtud de la ley de amnistía son agraciados *todos* los “alzados en armas”. Obviamente se excluyen los presos políticos ya que, como convincentemente lo demostró el señor ministro de Defensa, los presos, así estén siendo juzgados o hayan sido condenados por alzarse en armas contra el Estado, no son más que presos; si están encerrados en una cárcel, mal pueden estar “alzados en armas”.

Sin embargo, para que los rebeldes sueltos queden amparados en la ley, deben cumplir algunas condiciones y asumir algunos riesgos:

a) Deben acogerse a la amnistía, es decir, acudir ante cualquier autoridad judicial, militar, política, diplomática o consular y manifestar expresa y personalmente su deseo de “incorporarse a la vida civil” (art. 3º, art. 5º, ord. 2º).

b) Deben entregar, bajo relación, las armas, municiones y explosivos que tengan en su poder (arts. 3º y 5º, ord. 3º).

c) Tienen que manifestar en qué consistió la participación en los hechos por los cuales se acogen a la amnistía (art. 5º, ord. 2º) y el lugar -dirección- de su residencia.

d) Después de todo ello, sin embargo, la amnistía no opera automáticamente: es necesario que sea declarada judicialmente. Para esta declaración se distinguen dos casos:

—Primero, cuando el rebelde ya ha sido sindicado en un proceso o sí, en cualquier caso, se ha abierto proceso por los hechos que él mismo ha confesado ser aquellos por los cuales se acoge a la ley, quien decide la amnistía es el juez del conocimiento. Hacen las veces de “juez del conocimiento” en la justicia penal militar los comandantes de brigada -en la etapa de investigación- o los presidentes de los consejos de guerra, en su caso. Estos “funcionarios” tienen diez días para resolver de plano, es decir, sin atender razones del interesado.

—Segundo, en los demás casos (cuando no hay proceso) quien resuelve la amnistía es el Tribunal Superior de

Bogotá -Sala Penal-. Esta corporación cuenta con tres días para proyectar y dos para decidir, igualmente de plano y en providencia que “quedará ejecutoriada con su pronunciamiento”, forma elegante de decir que carece de recursos.

Estas condiciones, requisitos y riesgos han mostrado la ley como “una trampa para cazar incautos” y en virtud de ellos, la misma, lejos de contribuir a alentar a los grupos sediciosos a que depongan las armas y se integren a la vida política pacífica, tienden (ya lo empiezan a mostrar los sucesos inmediatamente posteriores a la aprobación de la ley) a que el enfrentamiento entre los insurgentes y el Estado sea más enconado y, como consecuencia de ello, a que la represión se generalice.

Los presos:

La concesión del gobierno a los proyectos previos al debate de la ley en la Cámara, integrados en el proyecto inicial de la comisión, en relación con los presos, fue bien pobre:

La amnistía se extiende a los presos políticos, pero dentro de las siguientes circunstancias:

a) Las solicitudes de amnistía no se pueden formular sino después de los cuatro meses posteriores a la vigencia de la ley; pero *únicamente* sí, para esta época, el gobierno autoriza el trámite, “según el buen desarrollo que para la recuperación de la paz” haya tenido la amnistía, es decir, a su juicio discrecional (art. 11).

b) En el caso que el gobierno autorice el trámite de la amnistía, sólo pueden solicitarla quienes estén siendo juzgados o hayan sido condenados por rebelión, sedición y asonada (no se comprende la conspiración), pero siempre y cuando no sean conexos con los de secuestro, extorsión, homicidio fuera de combate, incendio, envenenamiento de aguas y “actos de ferocidad y barbarie”.

c) Esta solicitud es resuelta por el juez del conocimiento, dentro de los diez días subsiguientes a la solicitud.

PALABRAS FINALES

El régimen político colombiano tiende a sufrir modificaciones, cuya trascendencia escapa a la óptica de las observaciones triviales.

A un sistema económico que tiende a dar nuevo auge al libre juego de la oferta y la demanda, cohonestando la virulencia de la explotación capitalista, debe corresponder una revitalización de los conceptos individualistas propios del estado de derecho. Sin embargo, el precio social de una economía que reduce las posibilidades transaccionales del Estado, debe ser pagado con un trabajo permanente de éste de contención de las luchas populares.

La agudización de esta contradicción explica muchas de las reformas inauguradas y por inaugurar:

- Una nueva dirección a la política internacional, para contribuir al aislamiento de los regímenes democráticos.
- Una modificación en el campo laboral, con la aparente intención de “bajar el tono” a las peticiones reivindicativas de los trabajadores, restableciendo, en su esencia, el libre juego en el mercado de fuerza de trabajo.
- Una reforma educativa, con la tendencia a la privatización y estratificación de la educación pos-secundaria, ajustando los controles estatales sobre el contenido de la educación.
- Reglamentaciones al ejercicio de las profesiones liberales que tienen incidencia en la “opinión pública” -perio-

distas, médicos, abogados, para encuadrar tal ejercicio en “normas éticas” que faciliten su control.

- Una modificación al régimen electoral con el objeto de garantizar el unipartidismo, mal disimulado en nuestras dos “colectividades” y las frecuentes divisiones y sectores de las mismas.

Sobre estas bases, el levantamiento del estado de sitio y la consagración permanente del predominio ejecutivo, por la vía normal, es la alternativa más razonable, como hemos tratado de demostrar en estas páginas, aunque, sin duda no la única.

En esta nueva exposición que ahora inaugura la “Galería del Sistema”, “el cuadro de la justicia” ocupa un lugar de privilegio.

BIBLIOGRAFIA

- ANGULO, Alejandro, y otros, *Derechos humanos... ¿derechos del pueblo?*, Revista Controversia No. 81, Bogotá, 1980.
- ANGULO, Alejandro, y otros, *La pendiente antidemocrática* (dos años de la administración Turbay), Revista Controversia No. 90, CINEP, Bogotá, 1980.
- CAMARGO, Pedro Pablo, *Derecho Internacional*, Tomo I, Fundamentos y evolución del derecho internacional, Fondo Rotatorio, Universidad Gran Colombia, Bogotá, 1973.
- CAMARA DE REPRESENTANTES, *Reforma Constitucional de 1979* (legislatura de 1978), primera parte, Colección Pensadores Políticos Colombianos, presentación y compilación de Jorge Mario Eastman.
- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de derecho usual*, Tomo I, octava edición, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1974.
- COMISION REDACTORA DEL CODIGO PENAL, actas, Bogotá, 1979.
- COMITE DE SOLIDARIDAD CON LOS PRESOS POLITICOS, *Violación de los derechos humanos en Colombia Informe de Amnistía Internacional*, texto íntegro, septiembre de 1980.
- COMITE PERMANENTE POR LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Represión y tortura en Colombia*, Ediciones Suramérica, Colección Política, Bogotá, 1980.
- GALLON, Gustavo, *Quince años de estado de sitio en Colombia, 1958-1978*, Editorial América Latina, Bogotá, 1979.
- JERVIS, Giovanni, *El buen reeducador*, Editorial Grijalbo, 1975.
- MINISTERIO DE DEFENSA, *Memorias del ministro de Defensa al Congreso*, Imprenta Nacional, Bogotá, 1979.
- MINISTERIO DE JUSTICIA, *Proyecto de Código Penal Colombiano*, Bogotá, 1979.
- MINISTERIO DE JUSTICIA, *Artículo 122 de la Constitución nacional*, Antecedentes de su primera aplicación, Imprenta Nacional, Bogotá, 1974.
- MOLANO, Alfredo, *Amnistía y violencia, Controversia*, Nos. 86-87, CINEP, Bogotá, 1980.
- Nuevo Código Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 1980.
- Nuevo Código de Procedimiento Penal*, U. Externado de Colombia, Bogotá, 1981.

- OLIVAR Bonilla, Leonel, *Las Fuerzas Armadas y el orden público*, Comando General de las Fuerzas Militares, Bogotá, sin fecha.
- RAMIREZ, Suárez, Jesús, *El desarrollo del derecho constitucional de la república de Colombia*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1980.
- REYES, Alejandro, y otros, *Estatuto de Seguridad, seguridad nacional, derechos humanos, democracia restringida*, Revista Controversia, Nos. 70-71, CINEP, Bogotá, 1978.
- RODRIGUEZ R., Libardo, *Los actos del ejecutivo en el derecho colombiano*, Editorial Temis, Bogotá, 1977.
- ROJAS H., Fernando, *El Estado en los ochenta: ¿un régimen policivo?*, Revista Controversia, Nos. 82-83, Bogotá, CINEP, 1980.
- SACHICA, Luis Carlos, *Constitucionalismo Colombiano*, Editorial Temis, Bogotá, 1978.
- SAMPER, José María, *Derecho Público Interno de Colombia*, Tomo I, Editorial Banco Popular.
- VASQUEZ Carrizosa Alfredo, y otros, *Iglesia y justicia militar*, Revista Controversia, No. 74, CINEP, Bogotá, 1979.
- VISCHINSKY, Andrei, *Teoría de la prueba*, Editorial Suramérica, Bogotá, 1972.

JURISPRUDENCIA

- CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, fallo de 16 de junio de 1980. Mag. Pon. Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola.
- TRIBUNAL DISCIPLINARIO, fallo de 7 de marzo de 1974, Mag. Pon. Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola.
- TRIBUNAL DISCIPLINARIO, fallo de 4 de febrero de 1977. Mag. Pon. Dr. Leovigildo Bernal Andrade.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 13 de agosto de 1970. Mag. Pon. Dr. Eustorgio Sarria.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 23 de marzo de 1971. Mag. Pon. Dr. Guillermo González Charry.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 23 de marzo de 1971. Mag. Pon. Dr. Eustorgio Sarria.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 1 de abril de 1971. Mag. Pon. Guillermo González Charry.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 31 de marzo de 1971. Mag.
Pon. Dr. Eustorgio Sarria.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 23 de mayo de 1971. Mag.
Pon. Dr. Guillermo González Charry.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 27 de mayo de 1971. Mag.
Pon. Dr. Eustorgio Sarria.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 31 de mayo de 1971. Mag.
Pon. Dr. Eustorgio Sarria.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 9 de noviembre de 1971. Mag.
Pon. Dr. José Gabriel de la Vega.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 24 de abril de 1972. Mag.
Pon. Dr. Guillermo González Charry.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 27 de abril de 1972. Mag.
Pon. Dr. Luis Sarmiento Buitrago.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 18 de mayo de 1972. Mag.
Pon. Dr. Luis Sarmiento Buitrago.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 15 de enero de 1973. Mag.
Pon. Dr. Luis Sarmiento Buitrago.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 11 de febrero de 1974. Mag.
Pon. Dr. Julio Roncallo Acosta.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 22 de febrero de 1974. Mag.
Pon. Alvaro Luna Gómez.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 23 de abril de 1974. Mag.
Pon. Dr. Luis Sarmiento Buitrago.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 12 de julio de 1974. Mag.
Pon. Dr. José M^a Velasco Guerrero.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 8 de noviembre de 1974. Mag.
Pon. Dr. Julio Roncallo Acosta.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 21 de marzo de 1975. Mag.
Pon. Dr. Jesús Bernal Pinzón.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 19 de junio de 1975. Mag.
Pon. Dr. Alvaro Luna Gómez.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 19 de junio de 1975. Mag.
Pon. Luis E. Romero Soto.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 23 de junio de 1975, Mag.
Pon. Dr. Alvaro Luna Gómez.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 10 de julio de 1975. Mag.
Pon. Guillermo González Charry.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 10 de julio de 1975. Mag.
Pon. Dr. Eustorgio Sarria.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 11 de julio de 1975. Mag.
Pon. Dr. Jesús Bernal Pinzón.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 11 de marzo de 1976. Mag.
Pon. Dr. Eustorgio Sarria.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 22 de abril de 1976. Mag.
Pon. Dr. Guillermo González Charry.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 5 de mayo de 1976. Mag.
Pon. Dr. Eustorgio Sarria.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 13 de mayo de 1976. Mag.
Pon. Dr. José Gabriel de la Vega.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 13 de mayo de 1976. Mag.
Pon. Luis Sarmiento Buitrago.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 18 de junio de 1976. Mag.
Pon. Dr. Luis E. Romero Soto.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 12 de agosto de 1976. Mag.
Pon. Dr. Alvaro Luna Gómez.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 20 de octubre de 1976. Mag.
Pon. Dr. Alvaro Luna Gómez.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 18 de noviembre de 1976.
Mag. Pon. Alvaro Luna Gómez.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 9 de marzo de 1978. Mag.
Pon. Dr. Guillermo González Charry.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 30 de octubre de 1978. Mag.
Pon. Dr. Luis Carlos Sáchica.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 3 de diciembre de 1979. Mag.
Pon. Dr. Miguel Lleras Pizarro.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, fallo de 23 de mayo de 1980. Mag.s.
Pons. Drs. Oscar Salazar Chavez, Mario Latorre Rueda, Ricardo Me-
dina Moyano.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA, fallo de 26 de octubre de 1976.
Mag. Pon. Jorge Ortiz Rubio.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA, fallo de 25 de septiembre de
1979. Mag. Pon. Dr. Gonzalo Mejía Picón.
- FISCALIA TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR, Concepto de 22 de julio
de 1972. Fiscal Joaquín Ardila Dimate.
- TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR, Concepto de 31 de enero de 1980.
Mag. Pon. Dr. Leonel Olivar Bonilla.