



Universidad
de Alcalá

COMISIÓN DE ESTUDIOS OFICIALES
DE POSGRADO Y DOCTORADO

ACTA DE EVALUACIÓN DE LA TESIS DOCTORAL

Año académico 2016/17

DOCTORANDO: **CASAS FARFÁN, LUIS FRANCISCO**
D.N.I./PASAPORTE: ****283118

PROGRAMA DE DOCTORADO: **D431-DERECHO**
DEPARTAMENTO DE: **CIENCIAS JURÍDICAS**
TITULACIÓN DE DOCTOR EN: **DOCTOR/A POR LA UNIVERSIDAD DE ALCALÁ**

En el día de hoy 30/05/17, reunido el tribunal de evaluación nombrado por la Comisión de Estudios Oficiales de Posgrado y Doctorado de la Universidad y constituido por los miembros que suscriben la presente Acta, el aspirante defendió su Tesis Doctoral, elaborada bajo la dirección de **GUILLERMO ESCOBAR ROCA**.

Sobre el siguiente tema: *LIMITES CONSTITUCIONALES AL IUS PUNIENDI EN ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN COLOMBIA*

Finalizada la defensa y discusión de la tesis, el tribunal acordó otorgar la CALIFICACIÓN GLOBAL¹ de (no apto, aprobado, notable y sobresaliente): SOBRESALIENTE

Alcalá de Henares, 30 de Mayo de 2017

EL PRESIDENTE

Fdo.: Lorenzo Cobina

EL SECRETARIO

Fdo.: Carmen Fajana

EL VOCAL

Fdo.: Carlos Vidal

UNIVERSIDAD DE ALCALÁ. PATRIMONIO DE LA HUMANIDAD

Con fecha 29 de junio de 2017 la Comisión Delegada de la Comisión de Estudios Oficiales de Posgrado, a la vista de los votos emitidos de manera anónima por el tribunal que ha juzgado la tesis, resuelve:

- Conceder la Mención de "Cum Laude"
 No conceder la Mención de "Cum Laude"

La Secretaria de la Comisión Delegada

FIRMA DEL ALUMNO,

Fdo.:

¹ La calificación podrá ser "no apto" "aprobado" "notable" y "sobresaliente". El tribunal podrá otorgar la mención de "cum laude" si la calificación global es de sobresaliente y se emite en tal sentido el voto secreto positivo por unanimidad.

INCIDENCIAS / OBSERVACIONES:

Por enfermedad de la Secretaria Titular, Prof.^a Dr.^a Teresa Rodríguez Montañés, actúa en calidad de Secretaria suplente la Prof.^a Dr.^a Carmen Figueroa Navarro.



Universidad
de Alcalá

COMISIÓN DE ESTUDIOS OFICIALES
DE POSGRADO Y DOCTORADO

En aplicación del art. 14.7 del RD. 99/2011 y el art. 14 del Reglamento de Elaboración, Autorización y Defensa de la Tesis Doctoral, la Comisión Delegada de la Comisión de Estudios Oficiales de Posgrado y Doctorado, en sesión pública de fecha 29 de junio, procedió al escrutinio de los votos emitidos por los miembros del tribunal de la tesis defendida por *CASAS FARFÁN, LUIS FRANCISCO*, el día 30 de mayo de 2017, titulada *LIMITES CONSTITUCIONALES AL IUS PUNIENDI EN ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN COLOMBIA*, para determinar, si a la misma, se le concede la mención "cum laude", arrojando como resultado el voto favorable de todos los miembros del tribunal.

Por lo tanto, la Comisión de Estudios Oficiales de Posgrado resuelve otorgar a dicha tesis la

MENCIÓN "CUM LAUDE"

Alcalá de Henares, 11 julio de 2017
EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN DE ESTUDIOS
OFICIALES DE POSGRADO Y DOCTORADO



Firmado digitalmente por VELASCO
PEREZ JUAN RAMON - DNI
03087239H
Fecha: 2017.07.12 15:34:25 +02'00'

Juan Ramón Velasco Pérez

Copia por e-mail a:

Doctorando: *CASAS FARFÁN, LUIS FRANCISCO*

Secretario del Tribunal: *TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS*.

Director de Tesis: *GUILLERMO ESCOBAR ROCA //*



Universidad
de Alcalá

ESCUELA DE DOCTORADO
escuela.doctorado@uah.es

(a cumplimentar por la Escuela de Doctorado)

DILIGENCIA DE DEPÓSITO DE TESIS.

Comprobado que el expediente académico de D./D^a LUIS FRANCISCO CASAS FARPÁN reúne los requisitos exigidos para la presentación de la Tesis, de acuerdo a la normativa vigente, y habiendo presentado la misma en formato: soporte electrónico impreso en papel, para el depósito de la misma, en el Servicio de Estudios Oficiales de Posgrado, con el n^o de páginas: 391 se procede, con fecha de hoy a registrar el depósito de la tesis.

Alcalá de Henares a 24 de febrero de 2017

Fdo. El Funcionario

RESTAURAR

IMPRIMIR



Programa de Doctorado en Derecho

**LÍMITES CONSTITUCIONALES AL *IUS PUNIENDI* EN ESTADOS DE
EXCEPCIÓN EN COLOMBIA**

**Tesis Doctoral presentada por:
LUIS FRANCISCO CASAS FARFÁN**

**Director:
Doctor PhD. GUILLERMO ESCOBAR ROCA**

2017



Programa de Doctorado en Derecho

**LÍMITES CONSTITUCIONALES AL *IUS PUNIENDI* EN ESTADOS DE
EXCEPCIÓN EN COLOMBIA**

**Tesis Doctoral presentada por:
LUIS FRANCISCO CASAS FARFÁN**

Director:

Doctor PhD. GUILLERMO ESCOBAR ROCA

Profesor Titular Universidad de Alcalá de Henares.

Director del Departamento de Ciencias Jurídicas.

Alcalá de Henares, 2017

RESUMEN

La tesis inicia con un repaso de los antecedentes y fundamentos teóricos de los estados excepcionales, para luego describir la manera en la que algunos estados regulan dicha materia, así como las exigencias que impone el DIDH para evitar que su utilización termine en regímenes arbitrarios.

Se lleva a cabo una exposición de la manera como las distintas constituciones políticas colombianas han reglamentado los estados excepcionales, evidenciando una línea evolutiva que va desde la concepción de estos como fenómeno estrictamente político hasta entenderlos como un instituto jurídico que requiere igualmente de un control judicial. Para desarrollar la anterior idea, se hace un análisis de los diversos textos constitucionales y precedentes relevantes, especialmente aquellos que se confeccionaron en vigencia de la Constitución de 1886 y luego de la promulgación de la Carta de 1991, destacando la manera como en la última etapa temporal se propugna por limitar el ejercicio de la excepcionalidad constitucional.

Luego de lo anterior, y partiendo de la premisa según la cual el modelo estatal permea la configuración del ordenamiento jurídico penal, se presentan los límites que el Estado Social de Derecho impone al legislador penal, por lo que tendrá que preservar unas garantías referidas a la sanción, al delito y al juzgamiento.

Posteriormente, confluyen las dos líneas expositivas para plantear las restricciones materiales como temporales que debe tener el legislador extraordinario cuando, en ejercicio de los diversos estados de excepción, crea preceptos de contenido penal.

Se culmina analizando los efectos del control judicial que ha realizado la Corte Constitucional colombiana a los decretos legislativos de contenido penal, expedidos al amparo de los estados de excepción, demostrando que su uso resulta cada vez menos recurrente, por cuanto en la *praxis* terminan siendo un instrumento simbólico y de eficacia mínima, que en algunos casos sólo ha servido para presionar al legislador ordinario para que adopte como normatividad permanente aquellas que originalmente tenían carácter excepcional.

La tesis se funda especialmente en una exposición deductiva, muy propia del método jurídico, que parte de la caracterización de los conceptos más amplios: Estados de excepción y derecho penal en Estado Social de Derecho, para arribar a una propuesta teórica muy puntual como lo es la caracterización de los límites que tiene el *ius puniendi* cuando se ejerce en el marco de la excepcionalidad constitucional. Su fuente primordial lo es la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana que se ve complementada con doctrina especializada, así como con precedentes de otros tribunales y documentos emanados de organismos institucionales de derecho interno o proveniente del DIDH.

A Ileana y Juan Camilo, por supuesto.

Agradecimientos

Son muchas las personas a las que una labor académica debe agradecer. Siempre serán insuficientes. Pese a lo anterior, quiero expresar mi profunda admiración, respeto y agradecimiento al Dr. Guillermo Escobar Roca, mi director de tesis, y quien con su paciencia y lucidez me permitió canalizar una serie de ideas en torno a los temas expuestos en el trabajo. Su interés por el conocimiento de nuestra institucionalidad colombiana es asombroso.

Requiere un agradecimiento especial el profesor Jorge Eduardo Lamo Gómez, por su apoyo desde el decanato de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga -UNAB-.

A Mónica Cortés Falla, la docente que me llevó a la Academia y quien me mostró, con su ejemplo, la templanza como virtud necesaria en una tesis doctoral.

No puedo dejar de mencionar al profesor Heriberto Sánchez Bayona como a mi colega Laura Reyes Navarro por sus valiosos aportes.

A los distintos profesores de derecho constitucional y penal con quienes he tenido oportunidad de conversar sobre los asuntos acometidos en la investigación.

A mi familia, por siempre estar ahí.

Tabla de Contenido

	Pág.
Resumen	3
Agradecimientos	6
Tabla de contenido	7
Abreviaturas usadas en el texto	13
INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO I	
1 LA EXCEPCIONALIDAD CONSTITUCIONAL	31
1.1 FUNDAMENTO TEÓRICO	31
1.2 ANTECEDENTES MEDIATOS	37
1.3 ANTECEDENTES INMEDIATOS	41
1.4 ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO	44
1.4.1 Estados sin regulación constitucional expresa de los estados de excepción	47
1.4.1.1 Reino Unido	47
1.4.1.2 Estados Unidos	49
1.4.1.3 Alemania	53

1.4.2	Estados con regulación constitucional expresa de los estados de excepción	55
1.4.2.1	Casos europeos	56
1.4.2.1.1	Italia	56
1.4.2.1.2	Francia	58
1.4.2.1.3	España	61
1.4.2.2	Casos latinoamericanos	75
1.4.2.2.1	Argentina	78
1.4.2.2.2	México	80
1.4.2.2.3	Uruguay	82
1.4.2.2.4	Chile	83
1.4.2.2.5	Brasil	87
1.4.2.2.6	Paraguay	89
1.4.2.2.7	Perú	90
1.4.2.2.8	Venezuela	91
1.4.2.2.9	Ecuador	95
1.4.2.2.10	Bolivia	97
1.5	LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN EL DIDH	98
1.5.1	Principio de proclamación	100
1.5.2	Principio de notificación	102
1.5.3	Principio de no discriminación	104
1.5.4	Principio de proporcionalidad	105
1.5.5	Principio de provisionalidad o temporalidad	106
1.5.6	Principio de intangibilidad de ciertos derechos	107
1.5.7	Principio de amenaza excepcional	108
1.5.8	Principio de necesidad	109

CAPÍTULO II

2	LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN COLOMBIA	115
2.1	ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN LAS CONSTITUCIONES ANTERIORES A 1886	115
2.2	ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1886	117
2.2.1	De 1886 a 1910	117
2.2.2	De 1910 a 1953	124
2.2.3	De 1953 a 1991	128
2.3	ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991	149
2.3.1	Estado de guerra	165
2.3.2	Conmoción interior	168
2.3.3	Estados de emergencia	174
2.3.3.1	Orden económico	175
2.3.3.2	Orden social	177
2.3.3.3	Orden ecológico	178

CAPÍTULO III

3	EL EJERCICIO DEL <i>IUS PUNIENDI</i> EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO	183
3.1	EL PLANO EPISTEMOLÓGICO DEL DERECHO PENAL EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO	192

3.2	EL PLANO POLÍTICO DEL DERECHO PENAL EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO	196
3.3	EL PLANO JURÍDICO DEL DERECHO PENAL EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO	198
3.3.1	Garantías referidas a la sanción	201
3.3.1.1	Retribución	201
3.3.1.2	Legalidad	210
3.3.1.3	Necesidad de intervención	218
3.3.2	Garantías referidas al delito	225
3.3.2.1	Lesividad	225
3.3.2.2	Materialidad	229
3.3.2.3	Culpabilidad	236
3.3.3	Garantías referidas al juzgamiento	238
3.3.3.1	Jurisdiccionalidad	238
3.3.3.2	Acusación	243
3.3.3.3	Carga de la prueba	246
3.3.3.4	Contradicción	256

CAPÍTULO IV

4	EL <i>IUS PUNIENDI</i> EN EL MARCO DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN	265
4.1	EL ROL DEL EJECUTIVO EN MATERIA PENAL DENTRO DEL MARCO DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN	267
4.2	LÍMITES A LOS DECRETOS LEGISLATIVOS DE CONTENIDO PENAL	279
4.2.1	Principio de restricción material	286

4.2.1.1	Creación de tipos penales y modificación de penas	287
4.2.1.1.1	Definición material de bienes jurídicos (aplicación del subprincipio de idoneidad)	293
4.2.1.1.2	Conexidad entre la norma penal y la perturbación que ha dado lugar al estado excepcional (aplicación del subprincipio de necesidad)	296
4.2.1.1.3	Juicio de estricta proporcionalidad	297
4.2.1.2	Modificaciones al procedimiento penal	299
4.2.1.2.1	Imposibilidad de asignar la investigación o juzgamiento de civiles a autoridades militares	300
4.2.1.2.2	Imposibilidad de suprimir la participación del Ministerio Público en el procedimiento penal	306
4.2.1.2.3	Procedimientos especiales (a propósito del derecho a la igualdad)	308
4.2.1.2.4	En relación con afectaciones a la propiedad sobre bienes vinculados a procesos penales	321
4.2.1.2.5	En relación con el régimen penitenciario	323
4.2.2	Principio de temporalidad	326
CONCLUSIONES		335
ANEXO		341
BIBLIOGRAFÍA		367
1	Doctrina	367
2	Jurisprudencia y textos institucionales	384

Abreviaturas usadas en el texto:

CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos.
CAFDH	Carta Africana de Derechos Humanos.
CE	Constitución Española.
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
DIH	Derecho Internacional Humanitario.
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos.
LEE	Ley Estatutaria de Estados de Excepción.
LOEAES	Ley Orgánica Regulatoria de Estados de Alarma, Excepción y Sitio
MP	Magistrado Ponente.
OEA	Organización de Estados Americanos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

INTRODUCCIÓN

La Constitución colombiana de 1991 empieza definiendo nuestra organización política como un Estado Social de Derecho. Tal consagración coincide, en buena parte, con las definiciones que plasman las constituciones modernas posteriores a la Ley Fundamental de Bonn¹. De hecho, la Asamblea Nacional Constituyente colombiana reconoce expresamente como un antecedente de esa referencia terminológica el texto de la Constitución española de 1978.

La inclinación a referirse al Estado Social de Derecho, y no simplemente al Estado de Derecho, no resulta extraña, pues aquel concepto supera a este en tanto que además de mantener sus elementos esenciales, adquiere un compromiso de respetar y garantizar los derechos sociales, pues con dicha fórmula se entiende que la organización estatal debe estar “*orientada al bien común*”²

La teleología que caracteriza al Estado Social de Derecho “*obliga y justifica al legislador a actuar en términos de configuración social. Su misión está ante todo dirigida a asegurar el mínimo existencial de cada persona... la meta es un orden que pueda ser sentido, en el momento de que se trate, como justo*”.³

¹ Por vía de ejemplo Cfr. Artículos 20.1 y 28.1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, el artículo 1.1. de la Constitución española de 1978, artículo 1 de la Constitución de Bolivia, El artículo 1 de la Constitución de Ecuador, el artículo 1 de la Constitución de Paraguay, el artículo 1 de la Constitución de Perú, el artículo 2 de la Constitución de Venezuela.

² BENDA, Ernesto. *El Estado Social de Derecho*. En BENDA Ernesto y otros. *Manual de derecho constitucional*. Barcelona: Marcial Pons, ediciones jurídicas. Trad. LÓPEZ Pina, Antonio. 2001, p. 557.

³ *Ibidem*, pp. 533-534.

⁴ En el caso colombiano dichos cometidos se encuentran constitucionalizados en el artículo 2 de la Constitución de 1991. BENDA, Ernesto. *El Estado Social de Derecho*. En BENDA Ernesto y otros. *Manual de derecho constitucional*. Barcelona: Marcial Pons, ediciones jurídicas. Trad. LÓPEZ Pina, Antonio. 2001, p. 557. *la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional,*

³ *Ibidem*, pp. 533-534.

El objetivo caracterizado no es exclusivo del legislador, sino que lo es de todas las autoridades estatales: La actividad interpretativa que realizan los jueces debe orientarse a alcanzar los cometidos estatales⁴. De igual manera, las actividades desplegadas por el ejecutivo se legitiman en tanto con ellas se avance en justicia social.⁵

El Estado Social de Derecho “*supone no sólo la tentativa de someter la actuación del Estado Social –a la que no se quiere renunciar- a los límites formales del Estado de Derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real*”⁶, de ahí que todos los instrumentos jurídicos, incluyendo la excepcionalidad constitucional, además de delimitarse formalmente, deben tener unas claras restricciones con el objeto de evitar su abuso y, por el contrario, para que permitan el cumplimiento de los fines estatales.

La excepcionalidad constitucional conlleva una facultad legislativa en el ejecutivo que, dentro del marco referido, se encuentra formal y materialmente reglada. En el caso colombiano, el mismo texto de la Constitución Política reafirma lo expresado: Los artículos 212, 213 y 215 no sólo indican que el Presidente de la República podrá expedir “*decretos legislativos*”, sino que, a renglón seguido, señala que las facultades extraordinarias que adquiere deberán ser utilizadas estrictamente en lo necesario para superar la situación

⁴ En el caso colombiano dichos cometidos se encuentran constitucionalizados en el artículo 2 de la Carta: “*Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*”

⁵ Cfr. Con la caracterización del Estado Social de Derecho como “*prototipo de categoría jurídica orientada al futuro*”. (BENDA, Ernesto. Óp. Cit., pp. 533 y 553-557).

⁶ MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 2 edición. Barcelona: Bosch, casa editorial S.A. 1982.

excepcional que la motivó⁷. Es más, el Estado de Guerra y de Conmoción Interior están sometidos a una serie de reglas previstas expresamente en el artículo 214⁸ de la Carta.

El marco normativo referido es la causa eficiente para que la Corte Constitucional, en múltiples pronunciamientos, haya señalado que las facultades excepcionales del ejecutivo en estados de excepción son limitadas, en tanto que su ejercicio debe justificarse por una necesaria conexidad entre las medidas adoptadas y la situación generadora de la anormalidad que se desea superar. Igualmente, la Corte Constitucional, a partir de los mismos

⁷ Así, en el artículo 212 que regla el Estado de Guerra se preceptúa: *“el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad...”*

En el artículo 213 que se refiere al Estado de Conmoción Interior se indica que: *“Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos.”*

Y, finalmente, en el artículo 215 alusivo a los Estados de Emergencia se advierte que: *“Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.”*

⁸ *“Artículo 214. Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones:*

1. Los decretos legislativos llevarán la firma del Presidente de la República y todos sus ministros y solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del Estado de Excepción.

2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.

3. No se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado.

4. Tan pronto como hayan cesado la guerra exterior o las causas que dieron lugar al Estado de Conmoción Interior, el Gobierno declarará restablecido el orden público y levantará el Estado de Excepción.

5. El Presidente y los ministros serán responsables cuando declaren los estados de excepción sin haber ocurrido los casos de guerra exterior o de conmoción interior, y lo serán también, al igual que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refieren los artículos anteriores.

6. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refieren los artículos anteriores, para que aquella decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.”

preceptos constitucionales, ha inferido restricciones que van más allá de la mera conexidad, como la ponderación y el respeto por el núcleo esencial de los derechos fundamentales. Así, en la sentencia C-059 de 1993 se indicó que:

“El gobierno puede, durante los Estados de Conmoción Interior, dictar normas con fuerza de ley, que pueden temporalmente suspender las leyes. Los organismos y las funciones de investigación y juzgamiento pueden ser ciertamente de una mayor limitación durante los estados de excepción constitucional, pero su núcleo esencial -lo "básico"- no puede ser desnaturalizado. Se trata de encontrar un punto medio de equilibrio que haga compatibles las mayores expresiones del "ius puniendi" del Estado por razones de conservación del orden público, ancladas en el interés general, de un lado, con el mínimo de derechos intocables de las personas, fundamentalmente relativos al debido proceso, basados en el interés particular, de otro lado.”

Por supuesto, la noción sobre el núcleo esencial de los derechos fundamentales implica el reconocimiento de que existe un intangible en ellos, unas notas que no pueden ser alteradas, so pena de desnaturalizar el derecho mismo y de tornarlo impracticable. Ese núcleo esencial debe ser respetado por todas las autoridades y particulares, *“Consiste en aquellas facultades necesarias para que el derecho sea reconocido como lo que es”*⁹ y, por tanto, no puede verse afectado por el legislador ordinario, obviamente, tampoco por el extraordinario, tal y como lo señaló la Corte en la cita expuesta.

Ahora bien, cuando el contenido de los decretos legislativos sea penal (rama del derecho en la que se ven involucrados por antonomasia la libertad, el debido proceso y otros de los más caros derechos fundamentales), es evidente que esa delimitación del núcleo esencial no estará ajena a debates que estén precedidos de una tensión entre el eficientismo de medidas coercitivas, tan

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-489 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

proclives de adoptar en situaciones de crisis, y el garantismo tendiente a minimizar la intervención sancionatoria estatal.

Ciertamente, la creación de normas penales puede estar precedida de discursos políticos que en algunas ocasiones se circunscribe en un auténtico populismo punitivo, inspirado en una retribución primaria de conductas que afectan genéricamente a una comunidad que suele ver esa reacción estatal como la esperada y lógica¹⁰.

Desde luego, en situaciones de anormalidad social, que motivan las declaratorias de excepcionalidad constitucional, esa confianza en el derecho penal se traduce en el “endurecimiento” de penas, la reducción de términos y la limitación de garantías, pues sólo así se predicará de este la eficiencia que debe caracterizar la administración de justicia.

“La eficacia es entendida prácticamente como la producción a toda costa de sentencias condenatorias o, en todo caso, como la producción de decisiones que afectan de manera directa la libertad de las personas. No en vano el derecho penal eficientista se articula, por ejemplo, sobre una regulación más allá de todo límite razonable de la detención preventiva. Una persona está detenida “preventivamente” hasta que el Estado prácticamente le consiga las pruebas para condenarlo. En la práctica eficientista el proceso penal se convierte, en sí mismo, en la pena¹¹”.

¹⁰ Claros ejemplos de lo expresado podrían ser los proyectos de ley que buscan cadena perpetua a personas que sean encontradas responsables de delitos de acceso carnal violento con menor de edad y que suelen registrarse por los congresistas luego de un amplio despliegue mediático a un caso particular, especialmente escabroso.

¹¹ APONTE, Alejandro. *El derecho penal en una perspectiva de paz: De la tensión entre “eficientismo” y garantismo en el caso colombiano*. En Centro de estudios de justicia de las Américas. 2015. [citado 05-01-2017]. Disponible en: <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/663.pdf>

No ha resultado extraño en Colombia que en la confección de medidas extraordinarias de contenido penal haya imperado ese corte eficientista en el que las garantías suelen verse como obstáculos para una rápida (eficiente) administración de justicia que se confunde a veces con impunidad.¹²

Desde luego, junto a esa visión y pretensión eficientista del sistema penal, se erige una concepción garantista que se ancla en una interpretación de normas constitucionales que moldean el Estado Social de Derecho. La constitucionalización del derecho penal se traduce en restricciones al ejercicio del *ius puniendi*, la relativización del principio de libertad de configuración del legislador ordinario y, con mayor razón, del extraordinario.

Precisamente, complementando lo expuesto, es válido recordar que la LEEE, que desarrolla los preceptos constitucionales relativos a los estados de excepción en Colombia, fija una serie de principios que restringen las facultades extraordinarias derivadas de los estados de excepción. Dichos principios han sido sintetizados e incluso ampliados por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

“Durante la conmoción interior, las facultades excepcionales no pueden ser utilizadas siempre que se haya declarado el estado de excepción, sino únicamente cuando se cumplan los principios de finalidad, necesidad, proporcionalidad, no discriminación y motivación de incompatibilidad. Estos principios, definidos por el mismo legislador estatutario, señalan que: i) cada una de las medidas adoptadas en los decretos legislativos deberá estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos (principio de finalidad); ii) deben ser expresas y claras las razones por las cuales las medidas adoptadas son necesarias para alcanzar los fines que dieron lugar a la

¹² Valga como ejemplo la legislación que soportó la denominada “justicia sin rostro” o los decretos legislativos expedidos en 1992 que tenían como objetivo evitar una salida de personas detenidas (pero no condenadas) que terminaron pagando la ineficiencia estructural de la administración de justicia con la prolongación de sus detenciones.

declaratoria del estado de excepción correspondiente (principio de necesidad); iii) que los decretos legislativos que suspendan leyes deben expresar las razones por las cuales son incompatibles con el estado de conmoción interior (principio de motivación de incompatibilidad); iv) que las medidas expedidas durante los estados de conmoción interior deben guardar proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar (principio de proporcionalidad); y, v) que las medidas adoptadas con ocasión de los estados de excepción no pueden entrañar discriminación alguna, fundada en razones de raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica (principio de no discriminación). A estos principios legales deben añadirse los de subsidiariedad y conexidad, que emanan directamente de la Carta y han sido acogidos por la jurisprudencia.”¹³

La introducción de estos principios es coherente con el modelo estatal adoptado, pues no sólo someten al legislador excepcional a una serie de requisitos formales, sino que también le exigen una preservación de los derechos fundamentales. Adicional a lo anterior, la citada principialística le impone al ejecutivo acudir a la excepcionalidad con el objetivo de sortear la situación anormal que la motivó y, de esta manera, volver nuevamente al orden constitucional ordinario.

“Los estados de excepción no excepcionan la Constitución. Al contrario, constituyen situaciones legitimadas por la misma Constitución Política y el orden internacional de los derechos humanos, en que frente a la aparición de circunstancias excepcionales que subviertan el normal funcionamiento del Estado, la Constitución autoriza los estados de excepción como expresión de su auto- conservación y garantía del orden social existente, habilitando al ejecutivo para la asunción extraordinaria de la función legislativa y responder de manera preventiva a la crisis generada con el

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 122 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

*objeto de conjurar oportuna y adecuadamente la grave perturbación del orden.*¹⁴

Precisamente, la finalidad de las medidas excepcionales hace que estas, por excelencia, sean temporales. En efecto, si el objetivo final de las potestades otorgadas es volver al estado ordinario, es claro que una vez se llegue a este, no se justifique mantener las medidas adoptadas por vía extraordinaria. La misma naturaleza de las cosas lo permite concluir. En el caso colombiano, tanto la Constitución como la LEEE refuerzan el carácter temporal de la legislación de excepción. Así, el citado artículo 212 de la Carta indica que los decretos legislativos *“dejarán de tener vigencia tan pronto se declare restablecida la normalidad”*; otro tanto preceptúa el artículo 213 que ordena que tales decretos *“dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público”*. Exactamente en el mismo sentido de restringir en el tiempo los decretos legislativos encontramos el artículo 215 que permite extender la vigencia de las normas excepcionales que establezcan o modifiquen tributos, aunque no más allá del *“término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente”*.¹⁵

De otra parte, cuando las facultades extraordinarias otorgadas al ejecutivo se utilizan para proferir decretos legislativos en materia penal, adquiere una relevancia la limitante temporal de aquellos. En efecto, siendo que en materia penal se erige como un postulado básico la consagración de la favorabilidad (artículo 29 de la Constitución Política), resulta muy probable que unas disposiciones temporales terminen siendo ineficientes e incluso inaplicables por los fenómenos de retroactividad y ultraactividad que se derivan del referido principio.

¹⁴ Ibídem. Sentencia C-224 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁵ En la LEEE los artículos 41 y parágrafo del 47 reiteran las disposiciones constitucionales.

Retomando lo expuesto hasta ahora, surge entonces de manera diáfana la necesidad de profundizar sobre las restricciones temporales, así como las materiales que impone el marco constitucional al legislador excepcional en materia penal, pues sólo de ésa manera puede encontrarse un instrumental teórico que permita definir si el uso de esa actividad legislativa en cabeza del gobierno nacional termina a la postre en un mero ejercicio simbólico del *ius puniendi* o en una herramienta de presión al legislador ordinario para adoptar como permanentes normas que, por sus características, son de carácter temporal.

El problema central que se acomete no es otro que determinar cuáles son esas limitaciones constitucionales que tiene el ejercicio del *ius puniendi* en los estados de excepción en Colombia, autoproclamada (artículo 1 de la Constitución Política) como Estado Social de Derecho.

Para resolver la problemática planteada, acudiremos al método jurídico que nos obliga a centrar nuestra atención en las fuentes normativas que tienen que ver con el instituto jurídico de los estados de excepción, pero también con el *ius puniendi*, a fin de efectuar una presentación sistemática de los contenidos de dichos conceptos. Esta exposición permitirá edificar unas conclusiones, que tendrán también como insumo el estudio de los diversos casos en los que, en ejercicio de las potestades legislativas exorbitantes que otorgan los estados excepcionales en Colombia, se hubieren promulgado normas de contenido penal.

El método jurídico incluye el análisis de los institutos en cuestión, lo que obliga a definirlos a partir de su cimiento normativo, pero sin dejar de lado la manera como se han desarrollado históricamente o como se fundamentan.

Así, en un primer capítulo abordaremos el estudio del estado de excepción a partir de la presentación de los distintos discursos que se han expuesto para

justificar y encontrar su característica esencial, lo que será relevante para identificar y tomar algunos institutos jurídicos como antecedentes tanto mediatos como inmediatos de la figura que hoy conocemos.

La delimitación del ámbito conceptual del estado de excepción exige igualmente un repaso por su tratamiento en el derecho comparado, tanto en los estados en los cuales no hay una expresa reglamentación constitucional de ellos, como en aquellos en que sí aparece tal regulación, por ejemplo, el caso español, que sirvió de referente al constituyente colombiano, como también en los Estados latinoamericanos en donde la figura ha sido usada en forma permanente.

Una vez se ha precisado el alcance del concepto de estado de excepción en general, se centrará la atención en los estados de excepción en Colombia, haciendo una necesaria diferenciación en la forma como se regulaban los mismos en la Constitución de 1886 y luego con el advenimiento de la Constitución de 1991. Se enfatizarán las principales diferencias entre los dos modelos adoptados de estados excepcionales, recalcando la idea según la cual el modelo estatal es determinante para caracterizar cada uno de estos marcos normativos.

En este segundo capítulo describiremos la manera como la excepcionalidad constitucional se reconoció desde los mismos inicios de la República. Los constituyentes estimaron que con ella podía enfrentarse de mejor manera la guerra de independencia y, superada esta, las múltiples guerras civiles que protagonizaron buena parte del siglo XIX.

Hecho lo anterior, analizaremos la manera como los estados de excepción fueron recogidos en la Carta original de 1886, dando lugar a disposiciones que son reconocidas como altamente antidemocráticas, lo que originó la necesidad de reformar el instituto jurídico con la intención de canalizar los poderes

exorbitantes del ejecutivo, pero manteniendo una débil limitación temporal de la excepcionalidad. Centraremos nuestro análisis no sólo en la regulación legal de los estados de excepción, en el que se incluye el estado de emergencia surgido en la segunda mitad del siglo XX, sino también en el control judicial que se adoptó, resaltando cómo ha prevalecido un control formal sobre uno material que tan sólo tímidamente se empieza a mostrar en las últimas décadas de vigencia de la Carta de 1886.

En lo que a la Constitución de 1991 se refiere, presentaremos las características esenciales de cada una de las especies de excepcionalidad reconocidas: Estado de guerra, conmoción interior y emergencia económica, social o ecológica. Destacaremos las limitaciones que el constituyente impuso al ejecutivo y la forma como la Corte Constitucional, como guardiana de la Constitución, ha entendido su control como formal y material, siendo este último de gran relevancia y protagonista del cambio en la comprensión de dichos estados excepcionales.

El tercer capítulo describirá el marco normativo general del *ius puniendi* estatal en un Estado Social de Derecho, cuestión importante, puesto que permitirá tener una idea clara de lo que se debe entender por garantías penales y la forma como estas se transforman en auténtica limitación del poder represor del Estado.

A partir de la teoría garantista de Ferrajoli repasaremos los principios que emanan directamente de un modelo estatal que, como el colombiano, se define como Social de Derecho.

Un cuarto apartado, en el que a partir de lo descrito en el capítulo anterior, se estudiará el marco especial en el que se debe desenvolver el *ius puniendi* en los estados de excepción. En este acápite se torna necesario señalar las fronteras materiales y temporales que tendría el ejecutivo en esta temática.

Acometer el objetivo planteado implicará entonces hacer un recorrido por todos aquellos pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana, así como por algunos parámetros de interpretación de instrumentos internacionales sobre la materia, a fin de determinar el marco de referencia que se debe tener en cuenta en un caso específico para verificar si el uso que le ha dado el ejecutivo a la figura de los estados de excepción ha estado dentro de los límites constitucionales o, por el contrario, desborda los diques impuestos en un modelo estatal respetuoso de los derechos humanos e interesado en evitar abusos de poder.

Obviamente, como se ha explicado, la investigación se centrará en la intersección de los dos conceptos jurídicos fundamentales en ella: Estados de excepción y *ius puniendi*, tarea que nos impone, en primer lugar, analizar el ejercicio de esa potestad sancionatoria en situación de normalidad y luego redefinirlas en los estados de excepcionalidad constitucional.

Hecho lo anterior, se confrontará ese resultado con la realidad colombiana, permitiendo concluir si realmente el ejecutivo ha utilizado la conmoción interior o la emergencia económica, social o ecológica dentro de los parámetros de la Carta o, por el contrario, sólo han servido para enviar un mensaje político a la comunidad y un mensaje de urgencia al Congreso de la República, instándolo a que adopte como propia la normativa extraordinaria, incurriendo en una práctica que algunos autores han denominado el “blanqueo” de legislación que *“permite la eliminación de la condición peyorativa, en términos constitucionales, de la excepcionalidad sin que el contenido normativo sufra variación alguna”*.¹⁶

¹⁶ SOUSA SANTOS, Boaventura de y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo I. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes. 2001, p. 334.

El desarrollo de los cuatro capítulos anunciados permitirá sustentar las conclusiones que contendrán las críticas que puedan hacerse a las normas de contenido penal que se expiden con fundamento en los estados de excepción, esto es, nos ayudarán a definir si las mismas son clara muestra de un derecho penal simbólico y una herramienta de presión al legislador ordinario o, por el contrario, poseen una efectividad material y un uso adecuado de la institución.

“...la eficacia del derecho opera en dos terrenos: veamos:

Las normas jurídicas pueden ser instrumentos prácticos dirigidos a la acción. En este caso la existencia de una norma no se explica simplemente por su validez formal sino por su capacidad para producir un cierto comportamiento en los individuos destinatarios de la norma. Este es el poder de regulación propiamente jurídico, el mismo que sido atribuido por antonomasia al derecho en las obras de innumerables filósofos y sociólogos...eficacia instrumental.

Las normas jurídicas también pueden ser símbolos dirigidos a la representación. En este caso, su fuerza radica en el impacto mental que produce un discurso legal con capacidad para establecer la diferencia ente lo lícito y lo ilícito, lo justo y lo injusto, lo verdadero y lo falso y entendido como parte fundamental de instituciones político-jurídicas legítimas. Aquí el texto jurídico, como el texto recitado por el chamán al curar a sus enfermos crea una mediación puramente psicológica y, de esta manera, consigue el efecto que persigue. Así como en la curación chamánica la forma mítica prevalece sobre el contenido del relato, en el derecho puede suceder que la forma simbólica prevalezca sobre el contenido instrumental de la norma...eficacia simbólica”¹⁷.

El escrito culminará con un cuadro que relaciona todas las sentencias de constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional con miras a estudiar

¹⁷ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *La eficacia simbólica del derecho: sociología política del campo jurídico en América Latina*. Segunda edición. Bogotá: IEPRI-Debate. 2014. p. 92.

los distintos decretos legislativos. Dicho cuadro se discrimina por gobiernos y resalta el tipo de estado de excepción adoptado, así como el contenido general de la norma revisada y la decisión tomada por el tribunal constitucional. Sin duda, este cuadro permitirá visualizar rápidamente la periodicidad con que cada uno de los gobiernos utilizó estos instrumentos excepcionales, así como el respeto que se tuvo de los límites impuestos a los mismos, siendo este último aspecto relevante para edificar las conclusiones que se presentan.

CAPÍTULO I
LA EXCEPCIONALIDAD CONSTITUCIONAL

1 LA EXCEPCIONALIDAD CONSTITUCIONAL

Los estados de excepción son mecanismos de defensa que tienen los sistemas jurídicos frente a situaciones fácticas extraordinarias que ponen en riesgo el sistema y que no pueden ser sorteados con los instrumentos ordinarios. Constituyen una organización alternativa que tiene como objetivos

“1. Mantener la eficacia formal de la Constitución como constitución alternativa de emergencia, evitando el fenómeno siempre penoso de imposición de la fuerza normativa de lo fáctico, 2. Facilitar, en la medida de lo posible, la vuelta ordenada a la constitución legítima”¹⁸.

La anterior delimitación conceptual es relevante, en tanto que parte del uso de herramientas excepcionales a las cuales se llega en virtud de la regulación que hace el propio sistema normativo. Exige una formalidad: La necesidad de declarar la excepcionalidad constitucional, para lo cual se debe seguir las exigencias que imponga la propia Constitución y la ley.

1.1 FUNDAMENTO TEÓRICO

La justificación del estado excepcional ha sido tema de debate. Así, una opinión extendida desde tiempo atrás, nos indica que es la necesidad lo que genera su configuración. Otros autores, como Schmitt, lo fundan en el concepto de soberanía y, finalmente, otros como Agamben, lo cimientan en el de espacio vacío de derecho.

La primera justificación teórica a los estados de excepción se sintetiza en el aforismo latino *necessitas legem non habet*, es decir, la necesidad no requiere

¹⁸ CRUZ VILLALÓN, Pedro. *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Madrid: Tecnos. 1984, p. 19.

ley. La lógica que inspira esta aseveración es simple: Una situación apremiante no puede ser abordada como una normal y, precisamente, esa excepcionalidad que debe ser afrontada, es la que imposibilita su previa configuración y solución.

Si se llegare a regular una situación como excepcional, dejaría de serlo, pues la descripción de ella, producto de alguna vivencia anterior, así como de la manera como se debe enfrentar, sería suficiente para predicar su normalidad, en tanto que la administración tendría claramente definido el supuesto de su actuación.

Lo extraordinario es, por definición, lo que se sale de la norma general, lo que no resulta común. Si ello es así, se deduce que hasta tanto se presente esa situación no se podrá determinar cuáles son las opciones reales de actuación que tienen las autoridades, por lo que cualquier regulación previa resultaría una talanquera real para superar la crisis que afronta una sociedad.

Santo Tomás resumió el argumento que caracteriza este primer intento de justificación de los estados excepcionales:

“Hay que advertir, sin embargo, que, si la observancia literal de la ley no da pie a un peligro inmediato al que se haya de hacer frente sin demora, no compete a cualquiera interpretar qué es lo útil o lo perjudicial para el Estado, sino que esto corresponde exclusivamente a los gobernantes, que, con vistas a estos casos, tienen autoridad para dispensar de las leyes. Pero si el peligro es inmediato y no da tiempo para recurrir al superior, la necesidad misma lleva aneja la dispensa, pues la necesidad no se sujeta a la ley.”¹⁹

¹⁹ AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. Primera sección de la segunda parte, cuestión 96, artículo 6. Madrid: Biblioteca de autores cristianos. 1989, pp. 753-754.

Desde esta perspectiva, se entiende entonces que los estados de excepción no son más que el reconocimiento de esa urgente necesidad de actuar que impide la respuesta a través de los canales ordinarios que se han creado para situaciones de normalidad. De ahí que la motivación que se esboza para acudir a dichos estados excepcionales implique términos como guerra, conmoción institucional, emergencia, afectación grave del orden público, riesgo para el Estado, entre otros.

La regla general que se adopta en estados de excepción justificados en la necesidad es concentrar poder en el ejecutivo, generalmente unipersonal, para que las decisiones sean más rápidas y efectivas. Usualmente se deja de lado cualquier intervención de los órganos de representación democrática que, por su naturaleza deliberativa, tornarían en lentas y, por ende inoperantes, las medidas que se deban adoptar para superar la crisis.

En los estados de derecho la óptica referida tiene serias repercusiones y contradicciones. Así, tal postura implica reconocer que en situaciones de excepción constitucional se pueda abandonar la premisa según la cual la democracia es el fundamento normativo de cualquier poder, siendo tal consecuencia justificada de manera simple: Ante la urgencia de acción para superar la crisis que se tiene que afrontar, se parte de la idea que no es posible que los canales ordinarios (instaurados democráticamente) sean los utilizados, pues estos podrían resultar tardíos y, por ende, las consecuencias para la organización política serían catastróficas; por lo que ante esa situación extrema se debe acudir a un remedio igualmente extremo: Aglutinar la fuerza y dejar que el ejecutivo actúe como lo tenga que hacer e incluso dejando de lado, si fuere menester, garantías constitucionales.

Carl Schmitt, deja de lado la justificación de la excepcionalidad a partir de la necesidad, para elaborar un discurso mucho más sofisticado que tome como

insumos la descripción de la realidad política del mundo clásico y el contexto de su propio entorno.

El pensador alemán concibe que el estado de excepción debe partir de una idea básica: El derecho no se agota en la norma, sino que implica también decisión. Es soberano quien decide, por lo que el estado de excepción es, ante todo, una cuestión de decisión de política soberana, es una realidad política, antes que un fenómeno originado en el ordenamiento jurídico.

La premisa de la que parte Schmitt es la que permite reconocer una situación de excepcionalidad constitucional en lo que él denomina dictadura comisarial (en donde el soberano instituido quiere mantener su poder) como también en aquella que identifica como dictadura soberana (derivada de la revolución triunfante)²⁰. Precisamente, ese realismo político de Schmitt lo llevó a afirmar que en el estado de excepción “*el estado continua existiendo, mientras que el derecho pasa a un segundo plano*”²¹.

Agamben, en su obra sobre la materia,²² parte de la proposición según la cual el estado de necesidad no es un estado del derecho, sino lo contrario, es un espacio de no-derecho, un vacío o, en los términos del profesor referido, una situación de anomia. Por manera entonces que en el estado de excepción lo que hay es una verdadera suspensión del derecho, un ejercicio de *auctoritas*, que se opone dialécticamente a lo jurídico (*potestas*).

La diferenciación que hace Agamben le permite arribar a la conclusión que cuando el estado de excepción se vuelve indeterminado y busca justificarse a

²⁰ SCHMITT, Carl. *La dictadura*. Trad. DIAZ GARCÍA, José. Ediciones de la Revista de Occidente. Madrid. 1968.

²¹ Citado por AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción*. Homo Sacer II. Trad. COSTA, Flavia et al. Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora. Buenos Aires. 2004, p. 69.

²² *Ibidem*.

sí mismo con una pretendida e inexistente conexión con lo jurídico “*el sistema jurídico-político se transforma en una máquina letal*”²³.

La inferencia a la que llega Agamben está determinada en buena parte por lo ocurrido en los regímenes totalitarios (que se valieron de la excepcionalidad constitucional para afianzarse en el poder), así como también por los recientes cambios normativos que se han producido sobre la base de enfrentar al terrorismo y que ha significado un auténtico retroceso de libertades ya alcanzadas y una concentración de poder a costa de la actividad parlamentaria.

Debe reconocerse que los riesgos que nos describe Agamben se han materializado en el pasado con el régimen fascista italiano o el nazismo alemán. Igualmente, los regímenes de facto latinoamericanos serían una muestra de su descripción.

Ciertamente, la comprensión que nos presenta Agamben sobre el tema resulta bien interesante, pues nos invita a ver la excepcionalidad constitucional como un instrumento que carece de justificación normativa y que, por ende, debe ser eliminado del marco de un Estado de Derecho, pues si se llegare a utilizar éste para tratar de introducir aquel, lo que se estaría llevando a cabo en la práctica no sería cosa distinta que una manipulación jurídica tendiente a legitimar regímenes de facto.

Por supuesto que cuando repasamos la experiencia latinoamericana y, específicamente la colombiana²⁴, en donde por vía de excepción se creó un marco jurídico que difícilmente podría superar un análisis constitucional ordinario, la postura descrita resulta bien sugestiva. Sin embargo, la realidad nos obliga a reconocer que en el devenir normal de una sociedad pueden

²³ *Ibíd*em, p.155.

²⁴ una caracterización del régimen jurídico anclado en la excepcionalidad constitucional colombiana lo desarrollaremos en el capítulo segundo.

presentarse situaciones apremiantes y extraordinarias que exigen una respuesta atípica. El *quid* del asunto radicará entonces en minimizar los riesgos, advertidos por Agamben y claramente presentes, los cuales, a nuestro juicio, pueden disminuirse con la incorporación de un sistema de control férreo y que parta de la idea que los estados excepcionales no constituyen un fenómeno extrajurídico sino, por el contrario, un objeto de regulación y control normativo.

Si se parte de una concepción de estado de excepción como fenómeno jurídico (*intra ius*) y no algo ajeno a él (*extra ius*), se tiene entonces que reconocer que, independientemente de las diversas nociones que se tenga en torno a los mismos, debe reconocerse una serie de elementos comunes que, precisamente desde lo normativo, deben caracterizar su esencia a fin que no terminen contraviniendo las bases mismas de la organización política que se propendía defender, arribando, de este modo, a un estado arbitrario con una excesiva concentración de poder y sin respeto alguno por la legitimidad democrática.

Así las cosas, podemos colegir que mostramos nuestro acuerdo en torno al entendimiento del estado excepcional como una forma de defender al estado existente o el modelo que se quiere instaurar. Si ello es así, podría inferirse, *ab initio*, que existe una correspondencia con la postura Schmittiana cuando se refiere a la clasificación de dictadura comisarial y dictadura soberana, pues tanto la una como la otra se arrogan poderes excepcionales para mantener un *statu quo* o para hacer efectivo un poder constituyente. Sin embargo, esa correspondencia no es total ni coincidente en lo esencial.

En efecto, sea lo primero reconocer que los estados de excepción surgen jurídicamente por la insuficiencia y poca o nula efectividad de las instituciones ordinarias para superar la situación grave y excepcional que debe enfrentar un Estado.

En segundo término, a diferencia del teórico alemán, consideramos que la excepcionalidad constitucional no es una cuestión de mero ejercicio de poder soberano, de política pura en la que el derecho queda en un segundo plano, sino, por el contrario, un fenómeno que no puede escapar al derecho (*intra ius*) y que, antes bien, requiere de una regulación estricta de las potestades exorbitantes que pueden otorgarse en los casos de anormalidad que ocasionó aquella.

1.2 ANTECEDENTES MEDIATOS

Como origen mediato de la institución suele invocarse la figura de la dictadura romana: Una magistratura especial que implicaba el otorgamiento del *imperium* a una persona para que, en momentos difíciles, enfrentase dicha situación excepcional con el propósito de volver a los canales ordinarios. La institución surgió con la instauración de la República, luego de la caída de los reyes etruscos²⁵ y con el objetivo de sortear guerras con pueblos vecinos y, posteriormente, las revueltas creadas en el vasto territorio romano.

Es el clásico Tito Livio el encargado de relacionar la dictadura con la necesidad de afrontar un inminente conflicto bélico:

“Alarmada la ciudad ante la expectativa de acontecimientos de tal gravedad, surgió por primera vez la idea de nombrar un dictador. Pero no hay acuerdo ni en qué año, ni quiénes eran los cónsules, que no inspiraban mucha confianza por considerárselos del partido de los Tarquinos –pues incluso ese detalle se cuenta–, ni quien fue el primer dictador. Sin embargo me encuentro con que, según los historiadores más

²⁵ SILES VALLEJOS, Abraham. *La dictadura en la República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional*. En Derecho PUCP N°. 73. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 2014, p. 413.

*antiguos, Tito Larcio fue el primer dictador y Espurio Casio el primer jefe de la caballería*²⁶.

Es de acotar que la dictadura romana se diferenci6 de la monarquía en tanto que en aquella se limitaba temporalmente el poder otorgado al gobernante, quien, adem6s, quedaba sin posibilidad de designar a un sucesor.²⁷

Son los textos cl6sicos romanos los causantes de la fuerte tradici6n, que reconoce Schmitt, seg6n la cual:

*“La dictadura es una sabia invenci6n de la Rep6blica Romana, el dictador un magistrado romano extraordinario, que fue introducido despu6s de la expulsión de los reyes, para que en tiempo de peligro hubiera un imperium fuerte, que no estuviera obstaculizado, como el poder de los c6nsules, por la colegialidad, por el derecho de veto de los tribunos de la plebe y la apelaci6n al pueblo”.*²⁸

La dictadura romana se toma como antecedente de los estados de excepci6n, en tanto que era un mecanismo extraordinario que tenía la institucionalidad para enfrentar una situaci6n que le ponía en riesgo, siendo que el car6cter excepcional radicaba, precisamente, en aglutinar el poder en una sola persona que actuaba sin reparar en los lmites ordinarios, pero siempre orientando su quehacer a regresar al estado normal de cosas.

La dictadura es respuesta institucional en tanto que era creada por el c6nsul, por orden del senado, es decir, exigía un procedimiento reglado previamente en donde intervenía las instituciones políticas ordinarias. Igualmente, se

²⁶ TITO LIVIO. *Historia de Roma desde su fundaci6n*. 2,18, 4. Trad. VILLAR Vidal, Jes6s Antonio. Planeta Deagostini. Madrid. 1998, p.147.

²⁷ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Perfecto. *La dictadura, una instituci6n democr6tica en la Roma republicana*. En Liber Amicorum. Colecci6n de Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. D Jos6 Pérez Montero. Tomo III. Oviedo: Universidad de Oviedo. Oviedo, 1988, p. 1241.

²⁸ SCHMITT, Carl. Óp. Cit., p. 33

destaca, y en esto vuelve a ser similar a los estados de excepción modernos, en que se presentaba una restricción temporal y material, ésta última por cuanto sólo se justificaban las acciones tendientes a superar la crisis que le daba origen, valoración que recaía en el senado que era el encargado de extender o no los poderes especiales al dictador²⁹.

Aun cuando no tiene el mismo nivel de divulgación y reconocimiento, vale la pena señalar que otra figura que suele ponerse como antecedente de los estados de excepción es el *iustitium*, una institución que, al igual que en la dictadura, sólo se podía utilizar en situación de inminente riesgo para la República; Sin embargo, a diferencia de ella, en aquella no se crea una magistratura extraordinaria para entregarle el *imperium*, sino que se hace un expreso reconocimiento de la suspensión del derecho para evitar su trasgresión.

“Si se tenían noticias de una situación que podía poner en peligro la República, los romanos emitían un senatus consultum ultimum; es decir, consultaban generalmente a los cónsules, en algunos casos al pretor y a los tribunos de la plebe, y en los casos más extremos a todos los ciudadanos, para que se tomara alguna medida para salvar el Estado. Este senadoconsulto tenía por condición un decreto que debía declarar el tumultus y daba lugar posteriormente a la proclamación de un iustitium”³⁰.

Esta caracterización de los dos antecedentes más remotos de los estados excepcionales permite entender que también sea justificado que el profesor Agamben deseche la dictadura como referente histórico válido, a diferencia de

²⁹ Debe reconocerse que el control político del senado se fue relajando con el tiempo, por lo que la vigencia de la dictadura solía ser cada vez mas amplia y terminó abriendo camino para el advenimiento del imperio.

³⁰ SERRATORE, Constanza. *Del homo sacer y el iustitium: dos figuras de la excepción soberana. De Roma a nuestros días*. En revista Pléyade. Año III. N°. 6. Santiago de Chile: Centro de análisis e investigación política. Julio-diciembre de 2010, p. 33.

lo que hace Schmitt, y se incline por ver esa referencia exclusivamente en el *iustitium*, dado que mientras en aquella se mantiene cierta reglamentación (sigue siendo un fenómeno jurídico) que es secundaria frente a una realidad política (la situación apremiante y la entrega del *imperium*), en el *iustitium* se cae en una situación de no-derecho.

En otros términos, la sola variación en la ubicación del antecedente histórico es un aspecto que ha llevado a que el profesor Agamben critique la postura tradicional presentada por Schmitt, por cuanto la característica esencial del estado de excepción es, a su juicio, la situación de anomia en la que no es posible, como sí ocurría en la dictadura romana, vincular la reacción extraordinaria al derecho mismo.³¹

La postura teórica de Agamben es significativa, dado que su tesis lleva a desligar cualquier vínculo de legalidad de regímenes totalitarios como los de Mussolini o Hitler (quienes llegan al poder conforme a las reglas vigentes y, de hecho, sobre la normativa existente fundan sus sistemas jurídico-políticos a partir de la excepcionalidad constitucional), para considerarlos como regímenes que sencillamente declaran una situación de anomia que les permite sobreponer al estado de derecho una situación de facto con los abusos que ello puede representar.

Ciertamente resulta atractiva la tesis de Agamben, pues políticamente permite poner en evidencia totalitarismos y situación de no-derecho con ropajes de legalidad y, por esta vía, de legitimidad. Sin embargo, consideramos que jurídicamente sí resulta necesario, precisamente para evitar desbordamientos de poder, que se tenga una clara reglamentación de la posibilidad de acudir a esos poderes exorbitantes con el único propósito de superar una verdadera situación extraordinaria que requiera una solución pronta y efectiva, sin que

³¹ Cfr. AGAMBEN, Giorgio. Óp. Cit., pp. 85-101.

estos calificativos terminen justificando intromisiones exageradas, y por ende ilegítimas, a los derechos fundamentales.

En otras palabras, no dudamos en señalar que, a pesar de los riesgos propios de la excepcionalidad constitucional, esta no puede comprenderse tan solo desde la perspectiva política, requiriendo una férrea reglamentación jurídica que permita mantener control sobre el ejercicio del poder.

1.3 ANTECEDENTES INMEDIATOS

Es en la Francia revolucionaria en donde encontramos las referencias directas a los estados de excepción. Así, el artículo 92 de la Constitución del 22 Frimario del año VIII de la Revolución preceptuaba:

“En el caso de una revuelta armada, o trastornos que amenazan la seguridad del Estado, la ley podrá suspender, en los lugares y por el tiempo que determine, el imperio de la Constitución.

Esta suspensión puede ser declarada provisionalmente en los mismos casos, por decreto del gobierno, si el cuerpo legislativo está cesante, a condición de que este cuerpo se convoque al más corto plazo por un artículo del mismo decreto.”

Es importante recordar que la anterior Constitución fue posterior al golpe de Estado del 18 Brumario y que en ella se instauró el Consulado, figura que le permitiría a Napoleón Bonaparte concentrar el poder político y militar. Ciertamente resulta atractivo hacer el paralelo histórico entre los últimos años de la república romana, a partir de la dictadura de Julio César y hasta la coronación de Octavio Augusto, con los años que transcurrieron entre el 18 Brumario y la coronación del corso como emperador. Dos momentos históricos en donde se abusó de la excepcionalidad creada para defender un sistema republicano de gobierno y que terminaron en su antítesis: Sendos imperios.

Posteriormente, el artículo 14 de la Carta de 1814 le permitía al rey, en situaciones de grave desorden, *“hacer los reglamentos y las ordenanzas necesarios para la ejecución de las leyes y la seguridad del Estado”*, facultad que luego, con el acta adicional del 22 de abril de 1815, se condiciona a la ley³².

Obsérvese entonces cómo en el nacimiento de nuestro moderno estado de derecho en el sistema continental europeo se hace referencia a los estados de excepción con una vaguedad tal que permitía al gobernante ejercer un poder despótico, en tanto que no existía limitante material ni temporal.

Por su parte, en el constitucionalismo alemán es relevante recordar el texto de los incisos segundo y siguientes del artículo 48 de la Constitución de Weimar:

“Cuando se hayan alterado gravemente o estén en peligro la seguridad y el orden público en el Imperio, el Presidente puede adoptar las medidas indispensables para el restablecimiento de los mismos, incluso en caso necesario con ayuda de la fuerza armada. Con este fin puede suspender temporalmente en todo o en parte los derechos fundamentales fijados en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153.

El Presidente del Imperio habrá de dar conocimiento inmediatamente al Reichstag de todas las medidas que adopte con arreglo a los párrafos 1 y 2 de este artículo. A requerimiento de este, dichas medidas quedarán sin efecto. El Gobierno de un País podrá aplicar provisionalmente en su territorio medidas de las expresadas en el párrafo 2 de este artículo cuando implique peligro el retraso en adoptarlas. Tales medidas quedarán sin efecto si lo reclaman el Presidente del Imperio o el Reichstag. Una ley del Imperio regulará los detalles.”

³² Ibidem., p. 39.

Al confrontar los textos citados de las disposiciones francesa y alemana se encuentran las siguientes similitudes y diferencias:

- Operan los estados de excepción por alteraciones graves del orden público que pongan en riesgo al Estado.
- Mientras en el caso francés se dejaba en abstracto la posibilidad de suspender el imperio de la constitución, en la Constitución de Weimar hay una referencia directa a los ítems constitucionales que pueden suspenderse: Libertad personal, intimidad, libertad de pensamiento, derecho a reunión y asociación y a la propiedad privada; sin embargo, es tan amplio el espectro fijado que realmente la suspensión constitucional que habilitaba el estado excepcional terminaba siendo similar, máxime cuando la reglamentación legal no se produjo nunca.

No obstante que, como quedó dicho, la Constitución de Weimar tenía una redacción que sugería una limitación a los poderes otorgados al presidente, esto resultaba tan vago que permitió exclamar a Schmitt que:

“Ninguna constitución de la tierra como aquella de Weimar había legalizado tan fácilmente un golpe de Estado”³³.

Y razón tenía el jurista alemán: El uso de estas medidas extraordinarias fue ocasionando una mayor concentración de poder en el ejecutivo que, teniendo además la facultad de disolver el parlamento³⁴ terminó presionando a este para que terminara acogiendo las disposiciones que se promulgaban con

³³ Citado por AGAMBEN. Óp. Cit., p. 45.

³⁴ Artículo 25 de la Constitución de Weimar: *“El Presidente del Imperio puede disolver el Reichstag, pero solamente una vez por el mismo motivo. Las nuevas elecciones se verificarán dentro de los sesenta días siguientes a la disolución”.*

fundamento en el ya citado artículo 48, pues, de lo contrario, quedaba expuesto a su propia disolución.³⁵ La evidente relevancia del ejecutivo se mostró en toda su dimensión cuando se promulgó la denominada Ley para solucionar los peligros que acechan al Pueblo y al Estado de 1933, conocida como ley de plenos poderes, y que no fue otra cosa que una habilitación a gobernar en excepción³⁶ que fue utilizada por Adolf Hitler para sepultar definitivamente la República.

1.4 ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Luego de indagar por el fundamento y orígenes de los estados de excepción, es necesario efectuar un recorrido, así sea breve, sobre la forma como se prevé dicha figura en algunos Estados.

En el derecho comparado se reconocen, al menos, tres modelos de estados de excepción:

“El primero se caracteriza por la ausencia del derecho de excepción, es decir, porque no prevé la posibilidad de suspensión de la Constitución...el

³⁵ Cfr. TOBÓN TOBÓN, Mary Luz. *La imposibilidad de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales durante los estados de excepción en Colombia: Análisis desde el derecho constitucional e internacional de los derechos humanos*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. 2016, p. 66.

³⁶ El texto de la citada ley era el siguiente: “Artículo 1 — En adición al procedimiento establecido por la Constitución, las leyes del Reich pueden también ser emitidas por el Gobierno del Reich. Esto incluye las leyes referidas en los artículos 85, párrafo 2 y artículo 87 de la Constitución. Artículo 2 — Las leyes emitidas por el Gobierno del Reich pueden diferir de la Constitución en tanto no contradigan las instituciones del Reichstag y del Reichsrat. Los derechos del Presidente quedan sin modificación. Artículo 3 — Las leyes emitidas por el gobierno del Reich deben ser promulgadas por el Canciller y publicadas en el diario oficial del Reich. Tales leyes entrarán en efecto al día siguiente de la publicación salvo que se indicase una fecha diferente. Los artículos 68 al 77 de la Constitución no se aplican a las leyes emitidas por el gobierno del Reich. Artículo 4 — Los tratados celebrados por el Reich con Estados extranjeros que afecten materia de las legislaciones del Reich no necesitarán la aprobación de las cámaras legislativas. El gobierno del Reich debe promulgar las reglas necesarias para la ejecución de tales tratados. Artículo 5 — Esta ley entra en vigor el día de su publicación. Queda sin vigencia el 1 de abril de 1937 o si el actual gobierno del Reich fuese sustituido por otro.”

segundo modelo es el denominado estado excepcional, que consiste en prever las posibles situaciones de crisis o perturbación de la normalidad, manteniendo el orden constitucional en lo sustancial, pero determinando para estas situaciones de crisis una serie de medidas extraordinarias, taxativamente enumeradas y que suponen la suspensión de la Constitución en algunos de sus extremos. El tercer modelo es el denominado dictadura constitucional, en el que se renuncia a determinar los supuestos de la crisis y a delimitar los efectos; cualquier parte de la Constitución es susceptible de suspensión y las medidas que puede tomar el gobierno son todas aquellas que considere necesarias para solventar la situación de crisis y restaurar la Constitución en su plena integridad”³⁷.

Lo primero que se advierte es que no siempre los estados de excepción encuentran una referencia directa y expresa en la Constitución Política, como sí ocurre en casos como el español, el francés o el de los Estados latinoamericanos.

De otra parte, la forma de gobierno que se tenga tiene, igualmente, incidencia en la manera como se regule los estados excepcionales.

“En cuanto a la declaración de estos estados, hay que diferenciar entre las formas de gobierno parlamentarias y presidenciales. En las primeras, la regla es la intervención preceptiva y vinculante del Parlamento, como sucede en España, en que se exige siempre la intervención del Congreso de los Diputados si hay suspensión de derechos. En las segundas, aunque cabe la intervención decisiva del Parlamento (estado de sitio por conmoción interior, art. 75 C. argentina; estado de excepción, art. 238 C. paraguay), la declaración suele estar en manos del Presidente de la República con diversas variantes (directamente, art. 166 C. ecuatoriana;

³⁷ SIERRA PORTO, Humberto. *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1998, p. 344.

con la firma de todos los ministros, arts. 212-215 C. colombiana; con acuerdo del Consejo de Ministros, arts. 137 C. peruana y 337 C. venezolana; previa aprobación del Parlamento, en el estado de defensa nacional del art. 238 C. paraguaya, estados de asamblea y sitio del art. 40 C. chilena, estado de sitio por ataque exterior, art. 61 C. argentina, estado de guerra exterior, art. 212 C. colombiana; con posterior aprobación del Parlamento, arts. 288 C. paraguaya y 137 C. boliviana)³⁸.”

Puede también efectuarse un acercamiento a los distintos modelos de ordenamiento jurídico excepcional a partir de la existencia de algún tipo de control político y/o judicial sobre el ejercicio de funciones en la situación de anomalía, o si este se limita a las normas promulgadas bajo su amparo o incluye al acto constitutivo de la excepción.

Resaltamos, para los objetivos propuestos, una clasificación de los estados excepcionales desde la perspectiva formal, entendiendo por tal, si existe o no una expresa regulación del tópico en el texto constitucional.

La ausencia de norma expresa constitucional puede generar dos situaciones diametralmente opuestas: Que se infiera que bajo ninguna circunstancia puede suspenderse la Constitución o que se incurra en un modelo con amplia discrecionalidad en la adopción de medidas excepcionales que sólo serán reguladas en cada caso particular.

A continuación, y siguiendo como criterio de clasificación el estrictamente formal, esto es, si se regula o no de manera expresa el estado de excepción en la Constitución, se efectuará una descripción de algunos modelos constitucionales con la pretensión de tener mayores elementos de caracterización de las diversas formas de concebir los estados excepcionales.

³⁸ VÍRGALA FORURIA, Eduardo. Suspensión de derechos. En Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales . programa regional de apoyo a las Defensorías del Pueblo en Iberoamerica. [on line] 10/05/2011. [citado 15-01-2017]. Disponible en: http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/124.

Desde luego, esta presentación permitirá identificar el modelo adoptado en el caso colombiano que, se anticipa, siempre ha estado inclinado a regular de manera expresa en sus textos constitucionales las herramientas extraordinarias que se otorgan al gobierno nacional para sortear la situación de anormalidad.

1.4.1 Estados sin regulación constitucional expresa de los estados de excepción

Bajo este epígrafe se ubicarán aquellos casos relevantes en donde el Estado no tiene consagrada de manera directa y expresa la reglamentación de los estados excepcionales, ya sea por la ausencia de un documento escrito constitucional (Reino Unido) o porque teniéndolo, este no dedica articulado para señalar la forma como deben operar las instituciones en situaciones de anormalidad (Estados Unidos, Alemania). *“No es tanto que el ordenamiento refleje una laguna en este aspecto, sino que, por definición, no se admite la hipótesis de que la Constitución pueda ser suspendida.”*³⁹ Como se podrá observar, son los Estados que constituyen referente en el sistema del *common law* los que caracterizan este modelo.

Aun cuando *a priori* se podría pensar que la ausencia de reglamentación constitucional llevaría a implementar un régimen de excepcionalidad abusivo y sin límite alguno, se observará que tal inferencia es incorrecta, en la medida en que se han implementado controles políticos y judiciales (estos últimos a partir del *telos* constitucional), evitando mayores abusos de poder.

1.4.1.1 Reino Unido

El Reino Unido, con su particular constitución consuetudinaria, es en sí mismo una manifestación de los Estados del primer grupo. En efecto, en el derecho

³⁹ CRUZ VILLALÓN, Pedro. Óp. Cit., p.27.

moderno se advierte que en casos de emergencia, los ingleses han acudido a la denominada *martial law*.

“(E)l único dispositivo jurídico que, en Inglaterra, podría ser comparado con el état de siège francés aparece bajo el nombre de martial law; pero se trata de un concepto tan vago que se lo puede definir con razón como “un término poco feliz para justificar, a través del common law, los actos llevados a cabo por necesidad con el objeto de defender el Commonwealth cuando se va a la guerra (Rossiter, 1948, p 142)”⁴⁰.

Se ha llegado incluso a plantear que el *état de siège* francés es incluso inspirado en el *martial law* inglés⁴¹, pues dicha figura ya había sido usada cuando se desarrolla la Revolución Francesa⁴².

Con la declaración marcial se podían suspender derechos e, incluso, se podía someter a particulares a la jurisdicción militar, todo ello justificado en la necesidad de actuación. Fue esta filosofía la que llevó a la adopción, durante la Segunda Guerra Mundial, de las *Emergency powers Act* de 1939 y 1940.

Debe reconocerse que también se presentan situaciones en las cuales se pueden limitar derechos fundamentales en casos diferentes a los conflictos bélicos. Así, en la Parte II de la “*Civil Contingencies Act*” de 2004 que reemplaza a la “*Emergency powers Act*” de 1920.

“Se define la emergencia, de un modo amplio, como la situación o evento que amenaza el bienestar humano, el medio ambiente o la seguridad del

⁴⁰ SIERRA PORTO, Humberto. Óp. Cit., p. 53.

⁴¹ Cfr. GARCÍA CUADRADO, Antonio María. *El ordenamiento constitucional. Un enfoque histórico y formal de la teoría de la Constitución y de las fuentes del derecho*. Alicante: Editorial club universitario. 2002, p. 80.

⁴² Schmitt señala que fue utilizada incluso para aplicarla a ciudadanos ingleses con ocasión de los desórdenes de Londres de 1780. Cfr. SCHMITT, Carl. Óp. Cit., p. 222.

Estado. Estas medidas de emergencia se tomarán, normalmente, por la reina (a través de una “Order in Council”) o por un ministro de la Corona, si la urgencia de la medida así lo requiere. El periodo de vigencia de estas medidas está limitado a 21 días, a no ser que el parlamento amplíe dicho plazo. Estas medidas de emergencia pueden afectar a todas las leyes del Estado, salvo a la “Human Rights Act”.⁴³

Recientemente, tomando como justificación la amenaza terrorista en general y los atentados sufridos en Londres atribuidos a Al-Qaeda⁴⁴ en particular, han llevado a adoptar una legislación de emergencia⁴⁵ que básicamente se orienta a efectuar mayores controles migratorios, otorgarles mayores poderes a los órganos de investigación, permitir la detención de personas hasta por el lapso de 28 días (en vez de 24 horas como resulta común para los casos ordinarios)⁴⁶.

Como se trata de legislación ordinaria, la misma no está supeditada a una vigencia temporal, sino que esta estará determinada por el propio legislador.

1.4.1.2 Estados Unidos

En los Estados Unidos la figura fue igualmente utilizada durante la Guerra Civil. Lincoln la usó acudiendo previamente a la autorización del Congreso, aunque también prescindiendo de ella⁴⁷. La incertidumbre en el procedimiento que se debía seguir tiene su génesis en la ausencia de norma expresa en la

⁴³ BOMBILLAR SÁENZ, Francisco. *El sistema constitucional del Reino Unido*. En Revista de Derecho Constitucional Europeo. Año 8., Núm. 15. Enero- junio de 2011. [citado 22-03-2016]. Disponible en: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE15/articulos/03FMBombillar.htm>.

⁴⁴ Se hace referencia a las explosiones que se produjeron el 7 de julio de 2005 y que afectaron principalmente el sistema de transporte público de Londres.

⁴⁵ Es el caso del *Terrorism Act* de 2006.

⁴⁶ Sección 23 del *Terrorism Act* de 2006.

⁴⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 224.

Constitución norteamericana sobre estados de excepción y también en la ambigüedad de algunos artículos en lo referente a la competencia.

Si observamos el artículo 1, sección novena de la Carta norteamericana se preceptúa que:

“No se suspenderá el privilegio de habeas corpus, salvo cuando en casos de rebelión o invasión la seguridad pública lo exija”.

Por su parte, el artículo 2, sección 2 de la misma Constitución prevé que:

“El presidente será jefe supremo del ejército y de la armada de los Estados Unidos, así como de la milicia de los distintos estados cuando esta fuere llamada al servicio activo de la Nación. Podrá exigir opinión por escrito al jefe de cada departamento ejecutivo sobre cualquier asunto que se relacione con los deberes de sus respectivos cargos y tendrá facultad para suspender la ejecución de sentencias y para conceder indultos por delitos contra los Estados Unidos, salvo en casos de residencia”...

Con sustento en la anterior normativa, Lincoln autorizó al jefe del estado mayor del ejército a suspender el *habeas corpus* en aquellos casos en que lo considerase necesario. La decisión gubernamental, polémica por cierto, fue dirimida por el juez Taney, presidente de la Suprema Corte, quien señaló que no podía el presidente suspender la garantía de *habeas corpus* ni en tiempos de anormalidad, pues es una prerrogativa exclusiva del Congreso⁴⁸.

Durante la Primera y Segunda Guerra Mundial los presidentes Wilson y Roosevelt, respectivamente, crearon una serie de disposiciones que luego serían aprobadas por el Congreso norteamericano y que constituían un verdadero estado excepcional. De hecho, gracias a la declaración de guerra de

⁴⁸ El caso es conocido como Merryman de 1861.

1941 se pudo concentrar y posteriormente deportar a miles de ciudadanos norteamericanos de origen japonés, aspecto que no mereció para la época ningún reproche jurídico de la Suprema Corte⁴⁹, no obstante que muchos años después (1983) la sentencia Korematsu fue anulada por la Corte y luego el Congreso acordó indemnizar a aquellos que fueron destinatarios de una política abusiva e injusta.⁵⁰

La ausencia de disposiciones constitucionales relativas a estados de excepción en los Estados Unidos llevó a que en la práctica en situaciones de emergencia el presidente asumía una responsabilidad política por la promulgación de normas que luego eran estudiadas y confirmadas o no por el Congreso. Sólo cuando existía controversia entre gobierno y Congreso (caso Merryman) o cuando se acudía directamente por los afectados (casos Hirabayashi y Korematsu) intervenía la autoridad judicial.

Esa ausencia de reglamentación llevó también a que en una clara situación que hoy podría catalogarse como de emergencia económica: la gran depresión de los años 30, el presidente Roosevelt protagonizara una dinámica iniciativa normativa justificada en un discurso análogo al bélico:

“Asumo sin dudas la guía del gran ejército de nuestro pueblo para conducir un ataque disciplinado a nuestros problemas comunes (...) Estoy dispuesto a comandar según mis deberes constitucionales todas las medidas que requiere una nación golpeada en un mundo golpeado (...) En el caso que el Congreso falle en adoptar las medidas necesarias y si la emergencia nacional continuara, no me sustraeré a la clara exigencia de los deberes a los cuales me enfrento. Pediré al Congreso el único instrumento que queda para enfrentar la crisis: Amplios poderes ejecutivos para emprender una

⁴⁹ Cfr. Casos Hirabayashi vs. EEUU de 1943 y Korematsu vs. EEUU de 1944.

⁵⁰ BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *La revolución conservadora en el derecho constitucional norteamericano. En Revista de estudios políticos*. Centro de estudios Políticos y constitucionales. Núm. 129. Madrid. julio-septiembre de 2005, p. 230.

*guerra contra la emergencia, tan amplios como los poderes que me serían atribuidos si fuésemos invadidos por un enemigo externo*⁵¹.

Y así fue: El Congreso le otorgó facultades extraordinarias que llevaron a implementar lo que se conoció como la política del *new deal*. El caso es relevante y significativo por cuanto no evidencia que la situación de anomalía, no necesariamente está ligada a conflicto bélico interno (la guerra de secesión) o externo (1ª y 2ª guerras mundiales), sino que también puede extenderse al ámbito económico. Igualmente, otro aspecto relevante que se infiere de la información anterior es que la ausencia de reglamentación constitucional expresa de los estados de excepción, conlleve a que el manejo de estos se realice en cada caso particular y dependiendo de la relación congreso-gobierno.

Al igual que en el caso inglés, la amenaza terrorista, especialmente después de los hechos del 11-S, ha traído como consecuencia una legislación de excepción que tuvo como sustento la autorización dada al presidente para que usara la fuerza que fuere necesaria contra naciones, organizaciones o personas que hubieren participado en los atentados terroristas de 2001. El marco normativo de esas medidas de excepción la encontramos en la *Patriot Act* que dio facultades extraordinarias a las diversas agencias de seguridad estadounidense, a la vez que creó nuevos delitos y aumentó las penas de otros ya existentes.

Al mirar en detalle las medidas adoptadas se encuentra que en ellas se incluye la posibilidad de encarcelamiento de personas sospechosas por tiempo indeterminado, la vigilancia generalizada sobre la población, en fin, aspectos que claramente muestran que se ha optado por una evidente restricción de derechos y libertades individuales en procura de la seguridad.

⁵¹ AGAMBEN, Giorgio. Óp. Cit., pp. 56-57.

La descripción general ha llevado a que algunos sostengan que cada vez es más cierta la expresión que indica que estamos viviendo “*una situación en la cual la emergencia devenga la regla y la distinción entre paz y guerra (y entre guerra externa y guerra civil mundial) resulta imposible*”⁵².

1.4.1.3 Alemania

En la Europa continental, Alemania es un caso que pasó de una regulación constitucional del estado de excepción, ya tratado en el capítulo de antecedentes mediatos, a un escenario en el que no hay una mención directa de la figura.

Por supuesto, lo anterior no quiere significar que en la Ley Fundamental de Bonn no existan referencias indirectas a la posibilidad de suspender o limitar garantías o derechos fundamentales. Sin embargo, esas menciones tienen claramente una inspiración de protección de la Constitución antes que un reconocimiento de una situación de concentración efectiva de poder.

Coincidimos con el profesor Schneider cuando afirma que:

“Bajo la impresión de las experiencias de la República de Weimar, los creadores de la Ley Fundamental (LF) se han preocupado específicamente por proteger la Constitución. Las seguridades estructurales que fueron añadidas a lo heredado se caracterizan por el intento de impedir un vaciamiento de los derechos fundamentales mediante un aprovechamiento excesivo de las reservas de leyes (art. 19 inc. 2 de la LF), a través de la participación más activa del Poder Legislativo en la actuación conjunta y el control de los poderes estatales, excluyendo violaciones a la Constitución (art. 79 inc. 1, frase 1 L.F), y mediante la limitación de enmiendas de la Constitución (art. 79 inc. 3 LF). Las seguridades preventivas y represivas también van mucho más allá del marco heredado. Forman parte de ellas

⁵² *Ibidem*, p. 58.

la pérdida de derechos fundamentales (art. 18 L.F), la posibilidad de prohibir los partidos políticos (art. 21, inc. 2 LF), la cláusula de fidelidad del artículo 5, inc. 3 frase 2 L.F, la acusación de presidentes y jueces (art. 61 y 98, inc. 2 L.F), el establecimiento de una autoridad federal superior para reunir y evaluar documentos con fines de proteger la Constitución (art. 87. Inc. 1 frase 2 L.F), junto a las autoridades de protección a la Constitución de los Estados Federados y, finalmente el Derecho Penal político que sólo había sido incluido en parte en la Ley Fundamental y únicamente durante un periodo de transición (art. 143 L.F antigua versión) y que hoy está reglamentado en los arts. 80 y siguientes del Código Penal. Por último, es nuevo el instituto del Estado de Emergencia legislativa (art. 81 L.F).⁵³

Y no son para menos las prevenciones del constituyente alemán, pues bastaría con repasar los abusos que se originaron de la regulación del estado de excepción de la Constitución de Weimar y la teorización-justificación de la figura por juristas de la talla de Schmitt para tratar de blindar cualquier abuso del ordenamiento jurídico que pueda conllevar a prácticas totalitarias.

Pese a la comprensible omisión constitucional sobre reglamentación de los estados de excepción, vale la pena recordar que en 1968 se “*votó una ley de integración de la Constitución (Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes) que reintroducía el estado de excepción (definido “estado de necesidad interna”, innere Notstand)*”⁵⁴ con la que se fortalecían las actividades de vigilancia general y de policía judicial, justificando dichas medidas con la amenaza comunista y más recientemente con la terrorista.

Lo cierto es que Alemania ha propugnado por un sistema en el que la excepcionalidad se entiende prevista normativamente y sólo en ese estricto

⁵³ SCHNEIDER, Hans-Peter. *Problemas de la Constitución de emergencia y de la legislación de emergencia a la luz de la ley Fundamental*. En DEMASI, Carlos, et al. *Estado de Derecho y estado de Excepción*. Montevideo: Ediciones Trilce. 1999.

⁵⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Op. Cit.*, pp. 46-47.

marco legal se pueden ejercer las funciones extraordinarias que en modo alguno incluyen el desplazamiento de la actividad legislativa. Por el contrario, encontramos referencias directas en el texto constitucional que permiten inferir que en algunos casos de restricción debe contarse con la participación directa del Tribunal Constitucional, tal y como ocurre con lo previsto en el artículo 18 de la Ley Fundamental de Bonn.⁵⁵

1.4.2 Estados con regulación constitucional expresa de los estados de excepción

A diferencia de los casos inglés y estadounidense, en este acápite repasaremos el marco constitucional de algunos Estados europeos y otros latinoamericanos que tienen como nota común la referencia directa de sus cartas políticas a los estados de excepción.

Los modelos que se describirán se caracterizan porque *ad latere* del derecho constitucional de normalidad tienen uno previsto para situaciones extremas, las que incluso terminan siendo objeto de regulación para tipificar los supuestos que darían lugar a la declaratoria de excepcionalidad, las competencias y órganos que deben intervenir en dicha declaratoria, las medidas que se pueden adoptar y las garantías que deben respetarse o que no pueden ser suspendidas.⁵⁶

La forma en que se regula la excepcionalidad constitucional varía de un estado a otro, siendo un rasgo común que en la medida en que sea más reciente el

⁵⁵ “Artículo 18 (Modificado 28/06/1993) Quien, para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia, abuse de la libertad de expresión de opinión, particularmente de la libertad de prensa (artículo 5, apartado 1), de la libertad de enseñanza (artículo 5, apartado 3), de reunión (artículo 8), de asociación (artículo 9), del secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones (artículo 10), así como del derecho de propiedad (artículo 14) y del de asilo (artículo 16a) pierde estos derechos fundamentales. La privación y su alcance serán declarados por la Corte Constitucional Federal.”

⁵⁶ Cfr. CRUZ VILLALÓN, Pedro. Óp. Cit., pp. 32-33.

texto constitucional se tiene una mayor proclividad a regular la materia con mayor precisión. Igualmente, se observa que en muchos casos se deja al legislador la culminación del marco normativo de excepción.

1.4.2.1 Casos europeos

Bajo este epígrafe nos referiremos a los marcos constitucionales de Italia, Francia y España, cuyas constituciones contienen disposiciones que permiten identificar los rasgos generales de los estados de excepción.

1.4.2.1.1 Italia

La Constitución italiana no trae una tipología expresa de los estados de excepción, como tampoco utiliza dicho vocablo en su texto, lo que ha permitido que algunos autores ubiquen el caso italiano entre aquellos que corresponden a Estados en donde no se consagran en la carta fundamental casos específicos y predeterminados de limitación de los derechos fundamentales por cuenta de situaciones de emergencia o de graves afectaciones al orden público. Así, por vía de ejemplo, el profesor Schilaci que refiere sobre el particular:

“La ausencia de previsiones constitucionales al respecto no ha impedido al legislador adoptar, en fases particularmente delicadas de la historia republicana, leyes con carácter excepcional, especialmente en materia penal, destinadas a gestionar emergencias: piénsese por ejemplo en la llamada “Legge Reale” (n. 232/1975 y sucesivas modificaciones) dirigida a afrontar la emergencia terrorista, y al inicio de los 90 la legislación en materia de contraste de la criminalidad de naturaleza mafiosa, caracterizada por un notable endurecimiento de la regulación carcelaria,

especialmente en relación al régimen de aislamiento (llamada “Carcere duro”)⁵⁷”.

No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta el texto del artículo 77⁵⁸ de la Carta de 1947 puede ubicarse el caso italiano entre aquellos casos de Estados que consagran en sus textos constitucionales regulaciones a estados de excepción, pues aun cuando el término en sí mismo no sea utilizado, es evidente que el concepto sí se encuentra presente, veamos:

En el artículo referido se posibilita que el gobierno profiera decretos con fuerza de ley, lo que *a priori* constituye una clara manifestación de poder excepcional. Sin embargo, en la misma disposición se advierte que tal facultad, sin duda extraordinaria, sólo se da por delegación de las Cámaras, luego entonces es el uso de mecanismos legislativos ordinarios los que, a la postre, entregan una facultad legislativa extraordinaria al ejecutivo.

Sin embargo, en donde se encuentra una clara referencia al estado excepcional es en la segunda parte del mismo artículo en el que se señala que “*en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia*” puede habilitarse al gobierno para que profiera “*medidas provisionales con fuerzas de ley*”.

En efecto, la cita hecha es una concentración de poder en manos del ejecutivo justificada por una situación apremiante y con la asunción de la responsabilidad

⁵⁷ SCHILLACI, Angelo. *El sistema constitucional de Italia*. En Revista de Derecho Constitucional Europeo. Año 7. Núm. 14. Julio- diciembre de 2010. [citado 22-03-2016]. Disponible en: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE14/articulos/01AngeloSchillaci.htm>

⁵⁸ “Artículo 77. El Gobierno no puede, sin delegación de las Cámaras, dictar decretos con fuerza de ley ordinaria. Cuando, en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia, el Gobierno adopte, bajo su responsabilidad, medidas provisionales con fuerza de ley, deberá presentarlas a las Cámaras ese mismo día para su conversión, las cuales, incluso hallándose disueltas, serán debidamente convocadas y se reunirán dentro de los cinco días siguientes. Los decretos perderán toda eficacia desde el principio si no fueren convertidos en leyes dentro de los sesenta días desde su publicación. Las Cámaras podrán, sin embargo, regular mediante ley las relaciones jurídicas surgidas en virtud de los decretos que no hayan sido convertidos.”

política que ello implique, aspectos que, como ya se ha inferido, son las notas características de los estados excepcionales.

La Carta italiana tiene además una restricción importante a los poderes exorbitantes del gobierno, pues preceptúa que decretos legislativos que se expidan pierden eficacia si no son “convertidos” por las Cámaras en los sesenta días siguientes a su promulgación. Un auténtico control político a la actuación del gobierno, pero también un llamado a realizar el denominado “blanqueo” de la normatividad.

1.4.2.1.2 Francia

La V República Francesa está regida por la Constitución del 4 de octubre de 1958, documento en el que, a diferencia de los casos anteriormente revisados, contempla una expresa y directa alusión a los estados de excepción.

En efecto, en el artículo 16 constitucional⁵⁹ se tipifican las razones que pueden generar la excepcionalidad extrema y que básicamente se centran en situaciones que afectan el normal desarrollo de las instituciones republicanas o

⁵⁹ “ARTÍCULO 16. Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave o inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el Presidente de la República tomará las medidas exigidas por tales circunstancias, previa consulta oficial con el Primer Ministro, los Presidentes de las Cámaras y el Consejo Constitucional. Informará de ello a la Nación por medio de un mensaje. Dichas medidas deberán estar inspiradas por la voluntad de garantizar a los poderes públicos constitucionales, en el menor plazo, los medios para cumplir su misión. El Consejo Constitucional será consultado sobre ello.

El Parlamento se reunirá de pleno derecho.

No podrá ser disuelta la Asamblea Nacional durante el ejercicio de los poderes extraordinarios. Tras treinta días de ejercicio de los poderes excepcionales, el Consejo Constitucional podrá ser solicitado por el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, sesenta diputados o sesenta senadores, a efectos de examinar si se siguen cumpliendo las condiciones enunciadas en el primer párrafo. Se pronunciará lo antes posible mediante anuncio público. Procederá de pleno derecho a este examen y se pronunciará en las mismas condiciones al término de sesenta días de ejercicio de los poderes excepcionales y en cualquier momento pasado este plazo”.

se está en peligro inminente de invasión o de afectación de la independencia nacional.

La declaración de este estado excepcional corresponde exclusivamente al Presidente de la República, quien debe respetar unas formalidades como la consulta previa al Primer Ministro, a los Presidentes de las Cámaras y al Consejo Constitucional.

Existen igualmente unas limitantes materiales como la adopción de medidas con la exclusiva finalidad de sortear la situación que llevó a la declaratoria de excepcionalidad constitucional. También se define una restricción temporal que depende del mantenimiento de la situación extraordinaria, aunque pasados los primeros treinta días se efectuará examen constitucional sobre las causas de la declaratoria. En todo caso el tribunal Constitucional no tiene competencia para derogar la declaratoria excepcional.

La crítica más relevante está en la excesiva concentración de poder en cabeza del presidente, quien queda habilitado para adoptar *“las medidas exigidas por las circunstancias”*, una expresión etérea y de una amplitud suma. Igualmente, la limitante temporal en últimas está condicionada a la decisión gubernamental, pues, como se indicó, es al gobierno a quien se le ha conferido la potestad de valorar la situación generadora del estado de anormalidad.⁶⁰

La disposición del artículo 16 citado puede complementarse con el artículo 35 referente a la declaración de guerra que requiere autorización del Parlamento, que si se llegare a dar, es lógico que dé paso a las medidas requeridas y necesarias a que alude la primera de las normas en comento.

⁶⁰ Cfr. PINON, Stéphane. *El Sistema Constitucional de Francia*. En Revista de Derecho Constitucional Europeo. Año 7. Núm. 14. Julio- diciembre de 2010. [citado 22-03-2016]. Disponible en: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE14/articulos/001SPinon.htm#ocho>

Por su parte, en el artículo 36 constitucional se hace mención al estado de sitio, que se regula en los siguientes términos:

“Artículo 36. El estado de sitio será decretado por el Consejo de Ministros. Su prórroga después de doce días sólo podrá ser autorizada por el Parlamento.”

El marco normativo francés quedaría incompleto si no se hiciera expresa referencia a la Ley 55/385, del 3 de abril de 1955, que regula los denominados estados de emergencia que se pueden decretar, bajo el amparo constitucional, *“en caso de peligro inminente como consecuencia de infracciones graves de orden público o en caso de eventos que tienen, por su naturaleza y gravedad, el carácter de calamidad pública.”*⁶¹

Vale la pena recordar que en época reciente, fue la última norma referida la invocada por el presidente Hollande para declarar el estado de emergencia⁶² luego de los atentados terroristas en el teatro Bataclán⁶³, siendo posteriormente prorrogado por tres meses, motivado por el atentado en Niza, ocurrido el 14 de julio de 2016.

Los estados de emergencia franceses permiten adoptar medidas que limitan el derecho de asociación, la intimidad de domicilio, a la vez que otorgan unas mayores funciones a la policía judicial y a los organismos de inteligencia estatal, entre otros.

⁶¹ Artículo 1 de Ley 55385 de 1955.

⁶² Decreto 2015-1475.

⁶³ Ocurridos el 13 de noviembre de 2015.

1.4.2.1.3 España

El régimen jurídico español reconoce una verdadera tipología de estados excepcionales. Todos ellos parten de un elemento común que no es otro que la justificación para su declaratoria:

"Cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes⁶⁴".

Poseen como anclaje constitucional los artículos 55⁶⁵ y 116⁶⁶ que delegan en el legislador la caracterización de los estados excepcionales que tienen como

⁶⁴ Artículo 1 de la LOEAES.

⁶⁵ "1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.

2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes."

⁶⁶ "1. Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes.

2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración.

3. El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos.

4. El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones.

5. No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los

especies a los Estados de Alarma, Excepción, en sentido estricto, y Sitio. Tuvieron como antecedentes inmediatos la Ley de Orden público de 1959 y la Ley de Movilización Nacional de 1969⁶⁷

Con todo, existen unos elementos comunes a los tres estados como el reconocimiento de los principios de temporalidad, formalidad, proporcionalidad y principio democrático.

En efecto, sólo es posible declarar uno de los estados excepcionales previstos constitucional y legalmente con todas sus limitaciones y características (taxatividad), para lo cual se debe realizar la declaratoria en un acto gubernamental (decreto en los casos de estados de alarma y de excepción en sentido estricto) o del Congreso de Diputados en el caso del estado de sitio, siendo imperioso que el acto declaratorio sea publicado en el Boletín Oficial del Estado –BOE- (formalidad).

Igualmente, la regulación normativa a la que se hace referencia indica que todos los estados excepcionales deben estar limitados en el tiempo, siendo condicionada su vigencia a que se supere la situación de anormalidad que sirvió de pretexto para su declaratoria, razón por la que, vuelta la situación de normalidad, decaen automáticamente todas aquellas medidas adoptadas en el estado de anormalidad constitucional (temporalidad). Asimismo, las decisiones

demás poderes constitucionales del Estado, no podrá interrumpirse durante la vigencia de estos estados.

Disuelto el Congreso o expirado su mandato, si se produjere alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de dichos estados, las competencias del Congreso serán asumidas por su Diputación Permanente.

6. La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes.”

⁶⁷ Cfr. COTINO HUESO, Lorenzo. Legislación militar y de defensa en España: Desarrollo y retos constitucionales pendientes. En *Ámbito Jurídico*. [on line]. No. 36. Enero de 2007. [citado 25-01-2007]. Disponible en: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1435#_ftnref72

que se adopten bajo el cobijo del estado excepcional deben ser aquellas que resulten necesarias e indispensables para volver a la situación de normalidad (proporcionalidad).

Tanto la Constitución como La ley Orgánica reguladora⁶⁸ son enfáticas en afirmar que no podrá suspenderse el funcionamiento del Congreso de Diputados. Asimismo, ordena que este efectúe un control sobre las actuaciones que despliegue el gobierno (principio democrático).

La manera como se regulan los estados excepcionales en España da lugar a una discusión interesante: Se trata de un solo estado con diversos grados de intensidad o realmente estamos ante tres especies disímiles en su naturaleza.

La primera postura partiría de la premisa según la cual no hay sino una sola especie de estado excepcional y los estados de alarma, excepcional en sentido estricto y de sitio no serían más que grados diversos del mismo fenómeno.

Un enfoque como el anterior, supondría que se pudiese pasar de un estado a otro, en la medida en que fuere escalando la situación de anormalidad.

La lectura gradualista estaría respaldada por el hecho de que existe una mayor posibilidad de suspender garantías constitucionales en tanto se vaya acrecentando la gravedad de la situación generadora de la excepcionalidad, siendo que esa mayor injerencia en la suspensión constitucional va corriendo

⁶⁸ Ley 4 de 1981, Orgánica reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, la que, como lo describe el profesor GARCÍA CUADRADO, "...no sólo se tramitó por procedimiento de urgencia... sino que, su elaboración se realizó a una velocidad insólita para cualquier texto legislativo; ...la urgencia seguida fue tal que los miembros de la Cámara alta dispusieron de sólo 48 horas para conocer el texto y presentar enmiendas. En efecto, el informe de la ponencia del Congreso se publicó el 14 de abril (firmado el 6) y ese mismo día (!) se publicó el dictamen de la comisión (debatido el día 9), siendo el debate en el pleno los días 21, 22 y 23 de abril. El trabajo en el Senado quedó concluido en dos días: el 13 de mayo se publican las enmiendas de los senadores al proyecto remitido por el Congreso y ese mismo día (!) se aprueban el informe de la ponencia y el dictamen de la comisión, siendo la discusión y aprobación por el pleno del Senado el día 14" (citado en GARCÍA CUADRADO, Antonio María. Óp. Cit., p. 179).

paralela a una mayor participación del Congreso de Diputados, que va desde una intervención “*a posteriori*” (estado de alarma) hasta convertirse en el órgano encargado de declarar el estado extraordinario (estado de sitio).

Por el contrario, una postura opuesta es aquella que rechaza la idea de progresividad de los estados excepcionales, los reconoce y entiende como tres situaciones diversas, que obedecen a causas distintas y que, en consecuencia, generan efectos igualmente diferentes.

Es evidente que los tres estados tienen unos elementos comunes y no es para menos, pues al fin de cuentas ellos constituyen lo que se ha denominado el soporte del derecho excepcional. No obstante lo anterior, es también claro que cada uno de los conceptos reglados en la Constitución española tiene sus propias notas diferenciales que los hacen autónomos e independientes de sus pares con quienes, de todas formas, comparten el mismo género.

Desde luego, la autonomía de cada uno de los conceptos utilizados para describir la excepcionalidad constitucional no es impedimento para que puedan usarse, en un caso específico, herramientas propias de un estado diferente al que se ha declarado. Así, en el artículo 28 de la LOEAES se prevé que:

“Cuando la alteración del orden público haya dado lugar a alguna de las circunstancias especificadas en el artículo 4.º o coincida con ellas, el Gobierno podrá adoptar además de las medidas propias del estado de excepción, las previstas para el estado de alarma en la presente ley”.

No es extraña esta previsión legal, puesto que una situación de grave perturbación del orden público que pueda dar lugar a la declaratoria del estado de excepción en sentido estricto puede, a su vez, ocasionar una parálisis de servicios públicos esenciales o un desabastecimiento, hipótesis que dan lugar a la posible declaratoria del estado de alarma.

Dicho lo anterior, menester es entrar a caracterizar cada uno de los estados previstos constitucional y legalmente, sin dejar de lado problemas prácticos que se presentaron en la única declaración de excepcionalidad que ha tenido España en vigencia de la Constitución de 1978: La crisis de los controladores aéreos de 2010.

Es de resaltar que aun cuando España ha tenido en su historia reciente hechos de gravedad como lo fue el frustrado golpe de estado de 1981 o los atentados terroristas en la estación ferroviaria de Atocha⁶⁹, no se acudió en estos dos momentos históricos a la declaratoria de excepción, lo que no significa su irrelevancia en esta temática o que se hubiesen afrontado de igual modo. En efecto, el primer acaecer referido motivó la reglamentación de las normas constitucionales pertinentes (Ley 4 de 1981), mientras que con el segundo se enfrentó la situación con una legislación antiterrorista que ha sido delimitada por los canales ordinarios⁷⁰.

- El Estado de Alarma⁷¹.

“Aunque los datos que nos aportan los diarios de sesiones y boletines de las Cortes constituyentes no son muy claros al respecto, parece deducirse

⁶⁹ Ocurridos el 11 de marzo de 2004.

⁷⁰ Sobre este punto debe recordarse que en España la Constitución en su artículo 55.2 permite expresamente la suspensión individual de garantías, siendo que el precepto ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 11 de 1980, sustituida después por la Ley Orgánica 9 de 1984. Esta disposición sería derogada por la Ley Orgánica 3 de 1988 y que debe ser complementada por otras disposiciones como la Ley Orgánica 4 de 1988, siendo que estas últimas no constituyen normas especiales para contrarrestar actos terroristas (cfr. TENORIO SÁNCHEZ, Pedro. *Constitución y legislación antiterrorista*. En: Revista de Derecho político. N°. 71-72. Madrid: UNED. 2008, pp. 553-605).

⁷¹ Cfr. GARCÍA CUADRADO, Antonio María. Óp. Cit., p. 189: “...por lo que se refiere a la historia constitucional de España hay que decir que el estado de alarma, al menos como hoy lo entendemos, no ha existido en España más que en la Ley de Orden Público aprobada durante la Segunda República (1933) y que desapareció en la Ley de Orden Público de 1959, volviendo a aparecer en el proyecto de reforma de esta última presentado en las Cortes en pleno proceso constituyente 1977-78”.

que se pensó en el estado de alarma como remedio inicial a alteraciones de orden público poco extendidas o que coincidieran o siguieran a catástrofes naturales o situaciones de riesgo social. Sin embargo, sea por la poca claridad del Texto constitucional al respecto, sea por la premura con que se aprobó la LOREAES⁷² en 1981, el legislador modificó la naturaleza del estado de alarma convirtiéndolo en una forma de protección civil más solemne en su declaración y por ello más ineficaz en su aplicación práctica”⁷³.

Será declarado por el Gobierno por medio de un decreto que deberá ser acordado por el Consejo de Ministros, debiéndole dar cuenta al Congreso de los Diputados. Igualmente, se reseña la limitante temporal que se fija en quince días que pueden ser prorrogados, pero esto último, sólo por expresa autorización del Congreso de Diputados.

De hecho, la intervención parlamentaria en este trámite es realmente limitada, a tal punto que ha sido descartada como un acto de control.⁷⁴

De otra parte, las causas que pueden conllevar a la declaratoria del estado de alarma se concretan en cuatro situaciones fácticas que, en principio, están íntimamente relacionadas con fenómenos naturales. Así, encontramos que entre las hipótesis previstas están:

“a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.

⁷² Corresponde a la LOEAES.

⁷³ GARCÍA CUADRADO, Antonio María. Óp. Cit., p. 190.

⁷⁴ Cfr. SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando. *Derecho parlamentario español*. Madrid: Editorial Dykinson. 2013, p. 412.

b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves”

Los supuestos anteriores contemplados en la LOEAES están en el marco de una despolitización del estado de alarma, es decir, al hacerse referencia a fenómenos naturales se deja por fuera la posibilidad de que se pueda acudir a este estado excepcional en particular cuando la alteración grave de la normalidad provenga de conflictos sociales.

Desde luego, la descripción de los literales a) y b) del citado artículo 4 de la LOEAES no tiene mayores problemas interpretativos para ajustarse a la teleología fijada. Empero, no ocurre lo mismo en relación con los otros dos literales de la disposición que se analiza⁷⁵, pues claramente la paralización de servicios públicos esenciales y las situaciones de desabastecimiento pueden provenir tanto del acaecimiento de fenómenos naturales como también de conflictos sociales.

A fin de evitar que se utilizare el estado de alarma para reaccionar ante conflictividad social, con el enorme riesgo de politizar su uso, se incluyó en el literal c) de la norma citada, una referencia que exigía que junto con la afectación de servicios públicos esenciales, debía configurarse alguna de las demás circunstancias o situaciones previstas en el mismo artículo. Con dicho agregado normativo el supuesto del literal c) pierde su carácter autónomo y se convierte en una situación agravante de cualquiera de las demás hipótesis legales generadoras de estados de alarma.

⁷⁵ “c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28.2 y 37 .2 de la Constitución y concorra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.
d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad” .

Coincidimos con el profesor Cruz Villalón cuando, refiriéndose al literal d) de la norma que regula las situaciones que pueden causar el estado de alarma, señala que dicha hipótesis exige la comprensión de que las:

“Situaciones de desabastecimiento” previstas en la LODES⁷⁶ son situaciones de desabastecimiento no imputables a una paralización de servicios con origen en un conflicto social, en cuyo caso nos situaríamos en el terreno de las previsiones del estado de excepción. El desabastecimiento del estado de alarma es una situación que, en coherencia con la institución, trae su origen de causas naturales (sequía, etc.) o de situaciones internacionales (petróleo, por ejemplo), pero no de conflictos sociales⁷⁷.

La interpretación restrictiva que se propone no está exenta de polémicas. De hecho, en la única declaración de estado de Alarma realizada en España, estaría en contravía de lo propuesto, como quiera que lo invocado en el Real Decreto 1673 del 4 de diciembre de 2010, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, estuvo soportado en una tensión social provocada por *“el abandono de sus obligaciones por parte de los controladores civiles de tránsito aéreo”*⁷⁸.

Dicho de otro modo: la interpretación sugerida permitiría colegir la ilegalidad del Real Decreto mencionado, pues si bien la situación era calamitosa y estaba prácticamente paralizado el servicio público de transporte aéreo, no es menos cierto que ello no devino de un accidente o desgracia natural, como entendemos debe ser la adecuada hermenéutica del literal a) del artículo 4 de la LOEAES. El gobierno y la opinión prevalente, sin embargo, consideró que no

⁷⁶ Corresponde a la LOEAES.

⁷⁷ CRUZ VILLALÓN, Pedro. *El nuevo derecho de excepción*. En: Revista española de derecho constitucional. Centro de estudios políticos y constitucionales. Vol. 1. Núm. 2 mayo-agosto de 1981, p. 98.

⁷⁸ Exposición de motivos del R.D 1673 de 2010.

existía ningún inconveniente de legalidad de la norma que declaraba el estado de Alarma, en tanto que se partió de la premisa según la cual la situación de catástrofe o calamidad que se mencionan en el literal a) ya citado, son de cualquier naturaleza, siendo que la referencia a terremotos, inundaciones o incendios son simples ejemplos, que no contiene la *ratio* de la disposición.⁷⁹

A nuestro juicio, la situación que generó la declaratoria de Alarma está circunscrita en una idea de gradualidad que negamos a la regulación de los estados de excepción, *lato sensu* entendidos; por lo que debió, si era absolutamente imposible sortear la situación con los mecanismos ordinarios, acudir a un estado de excepción *stricto sensu* que sí está previsto para afectaciones de servicios públicos provenientes de graves alteraciones del orden público.⁸⁰

El tema, si bien fue propuesto a la judicatura, no fue abordado en su esencia y, por lo mismo, se perdió una oportunidad para conocer la postura jurídica de los tribunales correspondientes.

En efecto, en aquella ocasión la Unión Sindical de Controladores Aéreos (USCA) interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo pretendiendo la declaratoria de nulidad del Real Decreto que encomendó transitoriamente al Ministerio de Defensa las facultades de control de tránsito

⁷⁹ El Tribunal Constitucional español, mediante Auto 007 de 2012 inadmitió el recurso de amparo que fuere interpuesto contra el acuerdo del Pleno del Congreso de Diputados de 16 de diciembre de 2010 con el que se autorizó la prórroga del estado de alarma. Igualmente, vale la pena destacar que el Tribunal Supremo español, mediante auto de 10 de febrero de 2011 emanado de la sección octava de la Sala de lo contencioso-administrativo declaró carecer de jurisdicción para conocer de la declaración del estado de alarma.

⁸⁰ Cfr. En el mismo sentido que proponemos: VIDAL PRADO, Carlos. *Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga*. En: Revista española de derecho constitucional. Centro de estudios políticos y constitucionales. Núm. 92. Madrid. Mayo-agosto de 2011, pp. 243-265.

aéreo atribuidos a una entidad pública empresarial (AENA⁸¹), sobre la base, entre otros argumentos, de que se soportó en la declaración de un estado de Alarma que se promulgó cimentado en causales que correspondían a los estados de excepción.

El planteamiento de la demanda fue desestimado por razones técnicas de competencia, sin que se hubiere efectuado un análisis de fondo sobre la materia. En efecto, se consideró por el juzgador que las atribuciones del gobierno contempladas en el Real Decreto demandado (el 1611 de 2010) se incluían en las medidas que permite la legislación ordinaria (Ley 21 de 2003) y en relación al cuestionamiento del Real Decreto que declaraba el estado de Alarma expresó que:

“Esta declaración del estado de alarma no puede ser enjuiciada en el actual proceso jurisdiccional por no ser la actuación contra la que fue dirigido el recurso contencioso-administrativo que ha dado lugar al inicio de dicho proceso”⁸².

Igualmente, el Tribunal Supremo inadmitió el recurso contencioso-administrativo que se había interpuesto contra el Real Decreto 1673 de 2010 que declaraba el Estado de Alarma bajo el argumento que se estaba ante una norma de naturaleza parlamentaria que escapaba al control judicial de la actuación administrativa⁸³, postura que coincidió con lo decidido por el Tribunal Constitucional que conoció del asunto en virtud del recurso de amparo impetrado contra la referida inadmisión. En esa oportunidad se indicó que:

⁸¹ Aeropuertos españoles y navegación aérea-AENA- es una sociedad mercantil estatal adscrita al Ministerio de Fomento dedicada a gestionar los aeropuertos y helipuertos españoles.

⁸² TRIBUNAL SUPREMO- Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo. Sentencia de 16 de abril de 2014. Recurso 554/2010. M.P. Nicolás Antonio Maurandi Guillén.

⁸³ Cfr. TRIBUNAL SUPREMO. Sección séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Auto de 30 de mayo de 2011. Recurso 153/2011.

“La decisión gubernamental por la que se declara el estado de alarma no se limita a constatar el presupuesto de hecho habilitante de la declaración de dicho estado, esto es, la concurrencia de alguna o algunas de las situaciones o “alteraciones graves de la normalidad” previstas en la LOEAES (art. 4) que pueden dar lugar a la proclamación del estado de emergencia, ni se limita tampoco a la mera la declaración de este. La decisión gubernamental tiene además un carácter normativo en cuanto establece el concreto estatuto jurídico del estado que se declara. En otras palabras, dispone la legalidad aplicable durante su vigencia, constituyendo también fuente de habilitación de disposiciones y actos administrativos. La decisión gubernamental viene así a integrar en cada caso, sumándose a la Constitución y a la LOEAES, el sistema de fuentes del derecho de excepción, al complementar el derecho de excepción de aplicación en el concreto estado declarado. Y esta legalidad excepcional que contiene la declaración gubernamental desplaza durante el estado de alarma la legalidad ordinaria en vigor, en la medida en que viene a excepcionar, modificar o condicionar durante ese periodo la aplicabilidad de determinadas normas, entre las que pueden resultar afectadas leyes, normas o disposiciones con rango de ley, cuya aplicación puede suspender o desplazar...”

*Así pues, constatada con base en la argumentación expuesta la condición de decisiones o disposiciones con rango o valor de ley de la declaración gubernamental del estado de alarma y de su prórroga, hemos de concluir que las resoluciones judiciales impugnadas, que inadmitieron el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los demandantes de amparo contra los Reales Decretos 1673/2010, de 4 de diciembre, y 1717/2010, de 17 de diciembre, no han vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), al resultar aquellos excluidos, en razón de su valor o rango de ley, del ámbito de fiscalización del orden jurisdiccional contencioso-administrativo”.*⁸⁴

⁸⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 83 del 2016.

- El Estado de Excepción.

Regulado en la LOEAES en los artículos 13 a 31. Claramente se refiere a una situación que tiene su génesis en un conflicto que origina una afectación tan grave del orden público que termine afectando *“el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, de los servicios públicos esenciales para la comunidad o cualquier otro aspecto del orden público”*⁸⁵ y que no pueda ser superado con los instrumentos ordinarios.

La naturaleza de los supuestos generadores de la declaratoria del estado de excepción es diferente a los del estado de alarma. En relación con este último, su fuente la encontramos en una afectación del orden público originado por un conflicto de carácter social y no como consecuencia de un fenómeno natural o accidental. Por supuesto, esta idea refuerza la negativa de entender los estados extraordinarios como un problema de graduación, cuando son en realidad diversas especies, independientes y autónomas.

La forma como se regula el Estado de Excepción en España difiere igualmente en relación con el estado de Alarma, pues nuevamente intervienen gobierno y Congreso de Diputados, pero este último no lo hace en forma posterior a la declaratoria, sino anterior. En efecto, para que pueda declararse el estado excepcional es *conditio sine qua non* que exista una autorización expresa del Congreso de Diputados que estudiará la viabilidad de su declaratoria, previa petición de iniciativa exclusiva del Gobierno nacional.

Esa iniciativa privativa del gobierno tiene que materializarse en una solicitud formal al Congreso de Diputados, la cual debe contener la referencia de los

⁸⁵ Artículo 13 LOEAES.

derechos que se requiere suspender, la mención de las medidas a adoptar, la delimitación territorial en la que va a operar el estado excepcional, el tiempo que se prevé para la situación de anormalidad (que debe ser menor a treinta días) y la estimación del máximo de sanción pecuniaria que puede imponerse a aquellos que contravengan las disposiciones expedidas en el marco de la excepcionalidad.

La intervención del Congreso de Diputados es ejercicio de su función de control sobre el gobierno, máxime cuando puede “*ejercer un efecto condicionante*”⁸⁶ sobre las medidas excepcionales adoptadas, no confiriendo la autorización solicitada o modificándola.

La regulación que se hace del estado de excepción tiene unas claras referencias a competencias de carácter penal. Así, el artículo 16 de la ya citada LOEAES posibilita que, como medida creada en el marco excepcional, se detenga a una persona hasta por el lapso de diez días y sólo si se llegare a estimar la necesidad de tal aprehensión para conservar el orden público alterado y sobre la base de fundadas sospechas de que esa persona pueda estar involucrada en la generación de dichas situaciones. En ese orden de ideas, el estado de excepción está previendo, de manera expresa e inequívoca, una posible modificación de preceptos que ordinariamente encontramos en normas de contenido procesal penal.

Otro tanto ocurre con los artículos 17 y 18 de la LOEAES que permiten otorgar a las autoridades gubernativas labores de investigación con clara intromisión en el derecho a la intimidad e inviolabilidad de domicilio y que, de no ser por la autorización dada, comportaría actos de recaudo de pruebas ilícitas que debieran ser excluidas de un proceso judicial.⁸⁷

⁸⁶ SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando. Óp. Cit., p. 412.

⁸⁷ En efecto, estas autorizaciones suponen la suspensión de los derechos consagrados en el artículo 18 constitucional que hacen referencia a la intimidad e inviolabilidad de domicilio y

Igualmente, en el artículo 30 de la pluricitada Ley Orgánica se crea un procedimiento excepcional de privación de libertad en el marco del proceso penal, pues bastará que el

“Juez estimase la existencia de hechos contrarios al orden público o a la seguridad ciudadana que puedan ser constitutivos de delito, oído el Ministerio Fiscal, decretará la prisión provisional del presunto responsable, la cual mantendrá, según su arbitrio, durante dicho estado”.

Asimismo, en el mismo precepto se indica que no habrá lugar al subrogado de “*remisión condicional*” para los condenados en los procedimientos excepcionales. Se crea pues todo un tratamiento especial y mucho menos garantista que el ordinario.

- Estado de Sitio.

La decisión de declarar el estado de sitio la toma el Congreso de los Diputados por mayoría absoluta, a propuesta exclusiva del Gobierno. Obsérvese que, como se había ya adelantado, la intervención del Congreso resulta mucho mayor en este estado que igualmente comporta el máximo de concentración de poder y que habilita el mayor grado de suspensión de derechos constitucionales.

La causa generadora del estado de sitio la encontramos en la amenaza a la integridad nacional, la propia existencia del Estado o del orden constitucional vigente. No es que se exija la concreción de los peligros que se describen normativamente para arribar a la excepcionalidad, pues bastará la amenaza sobre cualquiera de ellas para obtener su declaratoria.

comunicaciones. En época de normalidad constitucional esas injerencias sólo son admisibles previa intervención judicial y producto de una ponderación constitucional de cada caso.

La lógica del estado de sitio es la que permite comprender que el marco legal de la figura reitera y afianza en el gobierno la dirección de la política militar y de defensa, aunque sin la posibilidad de transferir el conocimiento de delitos a la justicia penal militar, aspecto que, de todas formas, sí se le permite al Congreso de Diputados por expresa disposición legal⁸⁸.

Las facultades extraordinarias que otorga el estado de sitio incluyen las que corresponden a los estados de alarma y excepción y, además, la suspensión temporal de las garantías del detenido a ser informado de manera inmediata de sus derechos y de las razones de su detención.⁸⁹

1.4.2.2 Casos latinoamericanos

América Latina tiene como rasgo común en su constitucionalismo el excesivo presidencialismo que ha conducido a fenómenos como el caudillismo⁹⁰ y que ha favorecido la instauración de dictaduras a lo largo y ancho de nuestro subcontinente.

Hoy, la realidad latinoamericana es la de un cúmulo de Estados que se presentan como democracias y que cuentan con textos constitucionales de viejo cuño, como el argentino o de reciente factura, como el boliviano.

Por supuesto, el centralismo y la concentración de poder en el ejecutivo han ocasionado, en la historia reciente, fenómenos de reforma constitucional para

⁸⁸ Así, el artículo 35 de la LOEAES: “*El Congreso de los Diputados podrá determinar los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la Jurisdicción Militar*”.

⁸⁹ Artículo 32.3 de la LOEAES.

⁹⁰ Tan marcados en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX y reflejado en la literatura en textos como *Señor Presidente* de Miguel Ángel Asturias o *El otoño del patriarca* de Gabriel García Márquez.

permitir la prolongación de un régimen específico o incluso de un gobernante en concreto.⁹¹

Lo cierto es que en medio de la diversidad de textos constitucionales encontramos un común denominador: En todas las constituciones se hace una referencia directa y expresa a los estados excepcionales.

La reglamentación de los estados de excepción en América Latina en general, y en particular en los países andinos, tienen en común varios elementos:

- *“Un emblema ideológico, en el que, al igual que las dictaduras de los años sesenta y setenta, se anuncia un gran proceso de restauración nacional en nombre de la democracia, la libertad y otros valores.*
- *Un cambio constitucional, que suele tener como punto de partida la expedición de decretos presidenciales de carácter excepcional que dan lugar a procesos constituyentes o a referendos en distintas modalidades.*
- *La superposición de la labor legislativa del Congreso, ahora ejercida por decretos presidenciales de carácter excepcional, especialmente intensa y funcional durante el proceso de transición entre el viejo y el nuevo régimen constitucional, donde además los decretos no son pasibles de control alguno.*
- *Una relación reactiva con los jueces y con toda forma de control, que da lugar a la expedición de nuevos decretos de reforma judicial, de supresión de las burocracias judiciales o de simple desconocimiento de la función judicial.*
- *El vertimiento definitivo del régimen de excepción, que puede revestir tres modalidades básicas: la excepción como elemento constitutivo de las normas constitucionales definitivas; la excepción en el contenido de*

⁹¹ En esta vía podríamos citar los casos de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia en donde las reformas constitucionales han estado aupadas en buena parte por las simpatías e imagen de los presidentes de turno: Uribe Vélez, Hugo Chávez, Rafael Correa o Evo Morales, respectivamente.

las normas de transición entre los dos regímenes constitucionales; o la excepción inserta en sucesivas reformas constitucionales, que progresivamente erosionan el Estado constitucional democrático.

- *El dominio total del Presidente de la República, como jefe de plaza, quien instala la Constitución bajo su deseo, o la reforma hasta acomodarla a sus intereses, siempre en nombre de las libertades y del orden.*
- *Una operación del “blanqueo”, en virtud de la cual todas las normas mostradas o vertidas en la excepción pasan a ser normas permanentes, como el establecimiento de una fase superior, en la que las posteriores declaratorias del estado de excepción pierdan sentido, hasta “ser sustituida de forma progresiva por una generalización sin precedentes del paradigma de la seguridad como una técnica normal de gobierno”⁹².*

Por lo anterior, y dado que existe una enorme similitud en la figura, dependiendo de la época en que se construye el texto constitucional, efectuaremos una reseña somera de los distintos casos con la clara pretensión de resaltar la idea que ya fuere expuesta.

De otro lado, la descripción que se realizará permitirá observar como entre más reciente sea el texto constitucional, mayor reglamentación tienen los estados excepcionales, siendo que la tendencia es a introducir varias especies de estos, donde cada uno de ellos tiene sus propias exigencias y atribución de facultades.

⁹² QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando & QUINCHE RAMÍREZ, Víctor Alberto. *La excepcionalidad y las prácticas dictatoriales en las constituciones de los países andinos*. En: BARTOLOMÉ RUIZ, Castor y QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. *Justicia, estados de excepción y memorial*. Bogotá: Universidad del Rosario. 2011., pp.78- 80.

1.4.2.2.1 Argentina

La Constitución de la Nación Argentina⁹³ hace alusión a la excepcionalidad constitucional en el artículo que se refiere a las atribuciones del ejecutivo. Sin llevar a cabo clasificaciones o conceptualizaciones, señala en su artículo 99.3 que cuando ocurran *“circunstancias excepcionales (que) hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia...”*. Más adelante, en el numeral 16 del mismo artículo otorga al ejecutivo la facultad de *“declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la nación...”* si se sufre un ataque exterior, pudiendo hacer también tal declaración si se tratare de una conmoción interior y el Congreso estuviere en receso.

Con todo, la hermenéutica de este instituto jurídico debe partir de la redacción de su artículo 23 en la que se diferencia entre el estado de sitio derivado de guerra exterior y aquel que se origina por conmoción interior; siendo importante indicar que en ellos se pueden suspender las garantías constitucionales, aun cuando en ninguno de los dos puede el presidente arrogarse la función de condenar ni aplicar penas (limitación material negativa).

Ahora bien, sobre el uso de los mecanismos de derecho excepcional, bastaría con recordar que Argentina estuvo durante un buen tiempo sometida a gobiernos de facto que suspendieron por completo la Constitución vigente, llegándose incluso a invocar figuras como el estado de sitio para justificar su actuación y adelantar labores de represión.

⁹³ Aprobada por una Asamblea Constituyente de 1853 y reformada en varias ocasiones, siendo la última gran reforma del 22 de agosto de 1994.

“La mera lectura de la Constitución no alcanza para brindar un cuadro real de cómo el estado de sitio fue utilizado en nuestro país, ni qué otros poderes de emergencia han sido invocados e implementados, apelando a fuentes extralegales de autoridad. De 1862 a 1986, sólo durante períodos constitucionales, el estado de sitio fue declarado cuarenta y tres veces sobre un total de cuarenta y cuatro casos, argumentándose conmoción interior (la única excepción fue la guerra contra el Paraguay en 1865). De instrumento para ser utilizado en situaciones extraordinarias, el estado de sitio devino en recurso habitual de los gobiernos para hacer frente a conflictos internos de orden político o social. No es sorprendente que algunos de los partidarios de una doctrina liberal sobre emergencias hayan llegado a afirmar que el estado de sitio en Argentina fue frecuentemente pervertido en instrumento de opresión política”⁹⁴.

La regulación constitucional del estado de sitio en Argentina es precaria. El control judicial que pueda tener su declaración es prácticamente nulo, en tanto que se ha entendido como potestad que involucra únicamente al ejecutivo y al legislativo, dado que la intervención judicial solo se justificaría en casos particulares y en ejercicio de la función constitucional de conocimiento del *habeas corpus*.

“La declaración de estado de sitio es considerada, por la jurisprudencia, una típica cuestión no justiciable. Ello, con fundamentos en: el ejercicio de facultades privativas irrevisables judicialmente; el ejercicio del juicio prudencial, necesario y final, del Congreso y del Ejecutivo; la exclusiva responsabilidad del órgano Presidencia de la Nación; la índole política de la cuestión; la apreciación política que de ella se hace; el ejercicio de criterios de oportunidad, mérito o conveniencia; entre otros argumentos. De

⁹⁴ NEGRETTO, Gabriel. *El Problema de la Emergencia en el sistema constitucional*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994, pp. 106-107.

*tal modo, la declaración misma de estado de sitio moraría fuera del ámbito de revisión judicial*⁹⁵.

Podemos sintetizar el caso argentino indicando que la declaración del estado de sitio conllevaba dos consecuencias primordiales:

- La clara suspensión de garantías constitucionales.

- La concentración de atribuciones en cabeza del Presidente de la República.

1.4.2.2 México

Uno de los textos constitucionales más importantes en América Latina ha sido la Constitución mexicana de 1917⁹⁶. En dicho texto normativo⁹⁷ se advierte en

⁹⁵ SACRISTÁN, Estela. *Control judicial del estado de sitio y de la intervención estatal*. En ALBERTSEN, Jorge, et. al. *Cuestiones de control de la administración pública*. Buenos Aires: Ediciones RAP. 2010, p. 697.

⁹⁶ La relevancia de esta Constitución es tal que algunos autores ven en ella elementos de constitucionalismo moderno y un claro precedente del Estado Social de Derecho. En este sentido Cfr. Entre otros: VALADÉS, Diego. *La no aplicación de las normas y el estado de derecho*. En: CARBONELL, Miguel et. al. *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. México: Siglo XXI editores. 2002, p. 138 y ss.

⁹⁷ “Artículo 29. *En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, este concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.*
En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

su artículo 29⁹⁸ que las garantías constitucionales pueden verse suspendidas en cuatro hipótesis:

- Invasión extranjera.
- Perturbación grave de la paz pública
- Cuando la sociedad esté en un gran peligro
- Cuando la sociedad esté en un gran conflicto

Si bien en la misma disposición normativa se fija una limitante material a las potestades extraordinarias del ejecutivo, no puede pasarse por alto observar la indeterminación de las últimas dos causales mencionadas. Dicha indefinición trata de superarse con la expresa incorporación de los principios que deben orientar la declaración de excepcionalidad: Legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación, así como un control automático que debe hacer la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre los decretos expedidos por el ejecutivo.

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.

Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.”

⁹⁸ El texto original de esta disposición fue objeto de cuatro reformas: La del 21 de abril de 1981, el 2 de agosto de 2007, el 10 de junio de 2011 y el 10 de febrero de 2014.

La República mexicana ha hecho uso del estado de excepción en el siglo XX, con fundamento en el citado artículo 29 de su Carta, tan sólo con ocasión de la Segunda Guerra Mundial⁹⁹. De hecho, el texto original de esta norma sufrió modificación en el 2011, con el objetivo de ajustar la norma a los estándares del DIDH.¹⁰⁰

1.4.2.2.3 Uruguay

En el caso de la República Oriental del Uruguay, su Constitución¹⁰¹ no menciona la expresión estados de excepción o estado de sitio. No obstante lo anterior, visto el contenido del artículo 168.17¹⁰² es claro que cuando se hace referencia a las medidas prontas de seguridad se están regulando situaciones de excepcionalidad constitucional, tal y como lo ha reconocido la doctrina en dicho país.¹⁰³ La adopción de una terminología diferente no es obstáculo para

⁹⁹ En casos como el terremoto de ciudad de México o la rebelión en Chiapas fueron afrontados por lo que se denominó estado de emergencia “*como instancia previa y de impacto menor al estado de excepción*”. Cfr. GARCÍA CAMINO, Bernardo y RASCADO PÉREZ, Javier. *La revisión constitucional de la legislación de los estados de excepción. Una nueva figura en el derecho procesal constitucional mexicano*. En: Revista de estudios constitucionales. Núm. 2. Talca: Universidad de Talca. 2013., p. 547.

¹⁰⁰ Cfr. SALAZAR UGARTE, Pedro. *Estado de excepción, suspensión de derechos y jurisdicción*. México: UNAM. 2013, p. 246.

¹⁰¹ Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967 (que ha sido modificada en varias ocasiones, incluyendo la reforma del 31 de octubre de 2004).

¹⁰² “Artículo 168. Al Presidente de la República, actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros, corresponde...

17) Tomar medidas prontas de seguridad en los casos graves e imprevistos de ataque exterior o conmoción interior, dando cuenta, dentro de las veinticuatro horas a la Asamblea General, en reunión de ambas Cámaras o, en su caso, a la Comisión Permanente, de lo ejecutado y sus motivos, estándose a lo que estas últimas resuelvan.

En cuanto a las personas, las medidas prontas de seguridad sólo autorizan a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro del territorio, siempre que no optasen por salir de él. También esta medida, como las otras, deberá someterse, dentro de las veinticuatro horas de adoptada, a la Asamblea General en reunión de ambas Cámaras o, en su caso, a la Comisión Permanente, estándose a su resolución”.

¹⁰³ Cfr. PÉREZ PÉREZ, Alberto. *Los sistemas constitucionales de Alemania y Uruguay frente a estados de excepción*. En: DEMASI, Carlos et al. *Estado de Derecho y estado de Excepción*. Montevideo: Ediciones Trilce. 1999. En el mismo sentido ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo G. *Los estados de excepción en Uruguay: hipótesis, aprobación y controles jurídicos o*

señalar que el concepto de excepción está no solo reconocido sino reglado genéricamente en su Carta Política.

Desde el restablecimiento de la democracia y la constitución, acaecida en 1985, los gobiernos uruguayos no han recurrido a estas medidas tan comunes durante buena parte del siglo XX para enfrentar alteraciones de orden público o incluso para solventar una crisis bancaria.

1.4.2.2.4 Chile

Curiosamente la Constitución chilena reguló constitucionalmente los estados excepcionales y con miras a evitar los abusos que habían ocasionado las normas anteriores¹⁰⁴ durante la época de la dictadura militar de Augusto Pinochet¹⁰⁵.

jurisdiccionales. Ius et Praxis [online]. 2002, vol.8, N°.1 [citado 06-01-2016], pp. 147-169 . Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100010&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000100010>, De igual modo, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J. *La Constitución Nacional*. Montevideo: Ed. Cámara de senadores. Tomo III. 1998, p.106.

¹⁰⁴ Así, la Ley 31 de 1937 preceptuaba que: "*El Congreso Nacional declara en estado de sitio el territorio de la República por el tiempo que durare la actual guerra con el Perú, y queda en consecuencia autorizado el Presidente de la República para usar de todo el Poder Público que su prudencia hallare necesario para regir el Estado, sin otra limitación que la de no poder condenar por sí, ni aplicar penas, debiendo emanar estos actos de los tribunales establecidos, o que en adelante estableciere el mismo Presidente*".

¹⁰⁵ Debe tenerse en cuenta que en el texto original de la Constitución chilena se consagró una disposición transitoria (la vigésima cuarta, hoy derogada y sustituida en su integridad) que dejaba la reglamentación de los estados excepcionales en ciernes. Señalaba la norma referida que: "*Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 39 y siguientes sobre estados de excepción que contempla esta Constitución, si durante el período a que se refiere la disposición decimotercera transitoria (ocho años, a contar del 11-3-81) se produjeren actos de violencia destinados a alterar el orden público o hubiere peligro de perturbación de la paz interior, el Presidente de la República así lo declarará y tendrá, por seis meses renovables, las siguientes facultades:*

- a) *Arrestar a personas hasta por el plazo de cinco días, en sus propias casas o en lugares que no sean cárceles, Si se produjeren actos terroristas de graves consecuencias, dicho plazo podrá extenderlo hasta por quince días o más;*
- b) *Restringir el derecho de reunión y libertad de información, esta última sólo en cuanto a la fundación, edición o circulación de nuevas publicaciones;*
- c) *Prohibir el ingreso al territorio nacional o expulsar de él a los que propaguen las doctrinas a que alude el artículo 8 de la Constitución, a los que estén sindicados o tengan reputación de*

“En los ciento cuarenta años que abarca la vigencia de nuestras dos primeras grandes constituciones – esto es, desde 1833 hasta 1973 – la regulación jurídica de los estados de excepción constitucional se preocupó más de la preservación del orden público y la seguridad del Estado que de los derechos fundamentales, que quedaron en un relativo desamparo.

Es en plena consolidación del régimen militar cuando se dicta el primer estatuto que ordena y sistematiza los estados de excepción: el Acta Constitucional N° 4, de 1976, la cual – por otra parte – nunca llegó a entrar en vigencia. Y es la Constitución del 80 – obra magna del mismo régimen de facto – la que, en definitiva, regula, en un párrafo especial, el necesario equilibrio que en un Estado de derecho debe existir entre las prerrogativas exorbitantes que se conceden a la autoridad en estos estados y el grado de restricción que, durante su vigencia, pueden sufrir los derechos de las personas”¹⁰⁶.

Lo cierto es que la actual Constitución Política de Chile¹⁰⁷ en sus artículos 39 a 45 regula los denominados estados de excepción constitucional, distinguiendo:

- El Estado de Asamblea¹⁰⁸, para los casos de guerra exterior.

ser activistas de tales doctrinas y a los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para la paz interior, y

d) Disponer la permanencia obligada de determinadas personas en una localidad urbana del territorio nacional hasta por un plazo no superior a tres meses.

Las facultades contempladas en esta disposición las ejercerá el Presidente de la Republica, mediante decreto supremo firmado por el Ministro del Interior, bajo la fórmula" Por orden del Presidente de la Republica". Las medidas que se adopten en virtud de esta disposición no serán susceptibles de recurso alguno, salvo el de reconsideración ante la autoridad que las dispuso”.

¹⁰⁶ RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. *Los estados de excepción constitucional en Chile*. En: *Ius et Praxis*. Vol. 8 Num.1. Talca: Universidad de Talca. 2002, pp. 252.

¹⁰⁷ Aprobada el 8 de agosto de 1980 y ratificada en plebiscito del 11 de septiembre de esa misma anualidad.

¹⁰⁸ “Artículo 40.- El estado de asamblea, en caso de guerra exterior, y el estado de sitio, en caso de guerra interna o grave conmoción interior, lo declarará el Presidente de la República, con acuerdo del Congreso Nacional. La declaración deberá determinar las zonas afectadas por el estado de excepción correspondiente.

- El Estado de Sitio, para casos de guerra interna o grave conmoción interior.
- El Estado de Catástrofe¹⁰⁹, cuando se está frente a casos de calamidad pública.
- El Estado de Emergencia¹¹⁰, en casos de “grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la Nación” (artículo 42).

El Congreso Nacional, dentro del plazo de cinco días contado desde la fecha en que el Presidente de la República someta la declaración de estado de asamblea o de sitio a su consideración, deberá pronunciarse aceptando o rechazando la proposición, sin que pueda introducirle modificaciones. Si el Congreso no se pronunciara dentro de dicho plazo, se entenderá que aprueba la proposición del Presidente.

Sin embargo, el Presidente de la República podrá aplicar el estado de asamblea o de sitio de inmediato mientras el Congreso se pronuncia sobre la declaración, pero en este último estado sólo podrá restringir el ejercicio del derecho de reunión. Las medidas que adopte el Presidente de la República en tanto no se reúna el Congreso Nacional, podrán ser objeto de revisión por los tribunales de justicia, sin que sea aplicable, entre tanto, lo dispuesto en el artículo 45.

La declaración de estado de sitio sólo podrá hacerse por un plazo de quince días, sin perjuicio de que el Presidente de la República solicite su prórroga. El estado de asamblea mantendrá su vigencia por el tiempo que se extienda la situación de guerra exterior, salvo que el Presidente de la República disponga su suspensión con anterioridad.”

¹⁰⁹ *“Artículo 41.- El estado de catástrofe, en caso de calamidad pública, lo declarará el Presidente de la República, determinando la zona afectada por la misma.*

El Presidente de la República estará obligado a informar al Congreso Nacional de las medidas adoptadas en virtud del estado de catástrofe. El Congreso Nacional podrá dejar sin efecto la declaración transcurridos ciento ochenta días desde ésta si las razones que la motivaron hubieran cesado en forma absoluta. Con todo, el Presidente de la República sólo podrá declarar el estado de catástrofe por un período superior a un año con acuerdo del Congreso Nacional. El referido acuerdo se tramitará en la forma establecida en el inciso segundo del artículo 40.

Declarado el estado de catástrofe, las zonas respectivas quedarán bajo la dependencia inmediata del Jefe de la Defensa Nacional que designe el Presidente de la República. Este asumirá la dirección y supervigilancia de su jurisdicción con las atribuciones y deberes que la ley señale.”

¹¹⁰ *“Artículo 42.- El estado de emergencia, en caso de grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la Nación, lo declarará el Presidente de la República, determinando las zonas afectadas por dichas circunstancias. El estado de emergencia no podrá extenderse por más de quince días, sin perjuicio de que el Presidente de la República pueda prorrogarlo por igual período. Sin embargo, para sucesivas prórrogas, el Presidente requerirá siempre del acuerdo del Congreso Nacional. El referido acuerdo se tramitará en la forma establecida en el inciso segundo del artículo 40.*

Declarado el estado de emergencia, las zonas respectivas quedarán bajo la dependencia inmediata del Jefe de la Defensa Nacional que designe el Presidente de la República. Este asumirá la dirección y supervigilancia de su jurisdicción con las atribuciones y deberes que la ley señale.

El Presidente de la República estará obligado a informar al Congreso Nacional de las medidas adoptadas en virtud del estado de emergencia.”

El texto constitucional chileno debe ser complementado con la Ley 18415 de 1985 que corresponde a la “*ley orgánica constitucional de los estados de excepción*” y en la que se detallan las características de cada uno de ellos:

El Estado de Asamblea debe ser decretado por el presidente y su vigencia correrá paralela con el tiempo que se mantenga la situación de guerra exterior. En esta situación de anormalidad se le entregan al Presidente de la República facultades para: Suspender o restringir la libertad personal, el derecho de reunión y la libertad de trabajo; restringir el ejercicio del derecho de asociación; interceptar, abrir o registrar documentos y toda clase de comunicaciones; disponer requisiciones de bienes; y, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad.

El Estado de Sitio también es declarado por el Presidente y tiene una vigencia inicial equivalente a 15 días. Sin embargo, podrá ser prorrogado mediante autorización del Congreso Nacional. Las facultades extraordinarias que se le conceden al Presidente de la República son: Restringir la libertad de locomoción; arrestar a las personas en sus propias moradas o en lugares que la ley determine, y que no sean cárceles ni estén destinados a la detención o prisión de reos comunes; y, suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión.

El Estado de Emergencia que, como se indicó en precedencia, se puede declarar por el Presidente cuando exista grave alteración del orden público, daño o peligro para la seguridad de la Nación, sea por fuerzas de origen interno o externo. Al igual que en el caso anterior, su vigencia inicial es de 15 días, sin perjuicio de que pueda ser prorrogarlo por igual período, empero, para sucesivas prórrogas, se necesitará el acuerdo del Congreso Nacional. En el estado de emergencia, el presidente puede restringir las libertades de locomoción y de reunión.

El Estado de Catástrofe también debe ser declarado por el Presidente en eventos de calamidad pública y puede extenderse por más de un año, debiéndose en todo caso, determinar las zonas en donde se declara dicha situación, las cuales quedarán bajo la dependencia inmediata del Jefe de la Defensa Nacional que designe el Presidente. Durante la vigencia de este estado excepcional, el Presidente puede restringir las libertades de locomoción y de reunión; disponer requisiciones de bienes; establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad; y, adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada.

1.4.2.2.5 Brasil

Brasil asigna constitucionalmente¹¹¹ un título completo (el V) para desarrollar la idea de los estados de excepcionalidad constitucional que divide en dos grandes grupos:

- El Estado de Defensa, causada por afectaciones al orden público o la *“paz social amenazada por una grave y eminente inestabilidad institucional o afectadas por calamidades naturales de grandes proporciones”* (artículo 136¹¹²).

¹¹¹ La Constitución Política de la República Federativa de Brasil fue promulgada el 5 de octubre de 1988.

¹¹² *“Artículo. 136. El Presidente de la República puede, oídos el Consejo de la república y el Congreso de Defensa Nacional, decretar el estado de defensa para preservar o restablecer en breve tiempo, en lugares concretos y determinados, el orden público o la paz social amenazadas por una grave y eminente inestabilidad institucional o afectadas por calamidades naturales de grandes proporciones.*

1. El decreto que declarase el estado de defensa determinará el tiempo de su duración, especificará las áreas que serán abarcadas e indicará, en los términos y límites de la ley, las medidas coercitivas en vigor, de entre las siguientes:

- 1. Restricciones a los derechos de:*
 - 1. Reunión, incluso la ejercida en el seno de las asociaciones;*
 - 2. Secreto de correspondencia;*
 - 3. Secreto de comunicación telegráfica y telefónica;*

- El Estado de Sitio, al que se llega cuando resulte insuficiente el estado anterior o cuando se produzca una declaración de guerra o agresión armada extranjera (artículo 137¹¹³).

En uno y otro se enfatizan limitantes temporales, formales y materiales. Dada la forma como se encuentran regulados los estados excepcionales, puede inferirse que estos se conciben como de naturaleza gradual, es decir, se entendería el Estado de Sitio como una excepcionalidad de mayor intensidad a la que sólo se acudiría cuando se justifique que el Estado de Defensa resulta insuficiente para superar la situación de crisis. Obsérvese que es una situación diferente a la que se describió en relación con el derecho español y, como se verá más adelante, con la reglamentación del instituto en el derecho

2. Ocupación y uso temporal de bienes y servicios públicos, en el supuesto de calamidad pública, respondiendo la Unión por los daños y perjuicios que se ocasionen.

2. El tiempo de duración del estacional o sucesión de hechos que demuestren la ineficacia de la medida tomada durante el Estado de Defensa;

3. Durante la vigencia del Estado de Defensa:

1. La prisión por delito contra el Estado, decretada por el ejecutor de la medida, será inmediatamente comunicada por éste al juez competente, que la levantará, si no fuese legal, facultando al preso para requerir al examen el cuerpo del delito por la autoridad policial;

2. La comunicación será acompañada de declaración, por la autoridad, del estado físico y mental del detenido en el momento de su actuación;

3. La prisión o detención de cualquier persona no podrá ser superior a diez días, excepto cuando fuese autorizada por el Poder judicial;

4. Decretando el estado de defensa o su prórroga, el Presidente de la República, dentro de veinte y cuatro horas, remitirá el acto, con la respectiva justificación, al Congreso Nacional, que decidirá por mayoría absoluta.

5o. Si el Congreso Nacional estuviese en período de vacaciones será convocado, extraordinariamente, en el plazo de cinco días.

6o. El Congreso Nacional examinará el decreto en el plazo de diez días, contados desde su recepción, debiendo continuar funcionando en tanto el estado de defensa estuviese en vigor.

7o. Rechazando el decreto, cesa inmediatamente el Estado de Defensa.”

¹¹³ *“Artículo 137. El Presidente de la República puede, oídos el Congreso de la República y el Consejo de Defensa Nacional, solicitar al Congreso Nacional autorización para decretar el Estado de Sitio en los casos de:*

1. Conmoción grave de repercusión nacional o sucesión de hechos que demuestren la ineficacia de la medida tomada durante el estado de defensa;

2. Declaración de estado de guerra o respuesta a una agresión armada extranjera.

Párrafo único. El Presidente de la República, al solicitar autorización para decretar el estado de sitio o su prórroga, señalará los motivos determinantes de la solicitud, debiendo el Congreso Nacional por mayoría absoluta.”

colombiano, en donde hay una relación *inter especies* en las modalidades excepcionales.

1.4.2.2.6 Paraguay

La Constitución paraguaya¹¹⁴ sólo reconoce como estados de excepción¹¹⁵ aquellos que se declaren en virtud de un conflicto armado internacional o de una “grave conmoción interior que ponga en inminente peligro el imperio de esta Constitución o el funcionamiento regular de los órganos creados por ella,

¹¹⁴ Promulgada el 20 de junio de 1992.

¹¹⁵ “Artículo 288 - De la declaración, de las causales, de la vigencia y de los plazos.
En caso de conflicto armado internacional, formalmente declarado o no, o de grave conmoción interior que ponga en inminente peligro el imperio de esta Constitución o el funcionamiento regular de los órganos creados por ella, el Congreso o el Poder Ejecutivo podrán declarar el Estado de Excepción en todo o en parte del territorio nacional, por un término de sesenta días como máximo. En el caso de que dicha declaración fuera efectuada por el Poder ejecutivo, la medida deberá ser aprobada o rechazada por el Congreso dentro del plazo de cuarenta y ocho horas.
Dicho término de sesenta días podrá prorrogarse por períodos de hasta treinta días sucesivos, para lo cual se requerirá mayoría absoluta de ambas Cámaras.
Durante el receso parlamentario, el Poder Ejecutivo podrá decretar, por única vez, el Estado de Excepción por un plazo no mayor de treinta días, pero deberá someterlo dentro de los ocho días a la aprobación o rechazo del Congreso, el cual quedará convocado de pleno derecho a sesión extraordinaria, únicamente para tal efecto.
El decreto o la ley que declare el Estado de Excepción contendrá las razones y los hechos que se invoquen para su adopción, el tiempo de su vigencia y el territorio afectado, así como los derechos que restrinja.
Durante la vigencia del Estado de Excepción, el Poder ejecutivo sólo podrá ordenar, por decreto y en cada caso, las siguientes medidas: la detención de las personas indiciadas de participar en algunos de esos hechos, su traslado de un punto a otro de la República, así como la prohibición o la restricción de reuniones públicas y de manifestaciones.
En todos los casos, las personas indiciadas tendrán la opción de salir del país.
El Poder Ejecutivo informará de inmediato a la Corte suprema de Justicia sobre los detenidos en virtud del Estado de Excepción y sobre el lugar de su detención o traslado, a fin de hacer posible una inspección judicial.
Los detenidos en razón del Estado de Excepción permanecerán en locales sanos y limpios, no destinados a reos comunes, o guardarán reclusión en su propia residencia. Los traslados se harán siempre a sitios poblados y salubres.
El Estado de Excepción no interrumpirá el funcionamiento de los poderes del Estado, la vigencia de esta Constitución ni, específicamente, el habeas corpus.
El Congreso, por mayoría absoluta de votos, podrá disponer en cualquier momento el levantamiento del Estado de Excepción, si considerase que cesaron las causas de su declaración.
Una vez que finalice el Estado de Excepción, el Poder Ejecutivo informará al Congreso, en un plazo no mayor de cinco días, sobre lo actuado durante la vigencia de aquel.”

el Congreso o el Poder Ejecutivo”. Es relevante señalar que en el Paraguay la declaración del estado excepcional requiere una aprobación posterior del Congreso.

1.4.2.2.7 Perú

Perú, con su Constitución Política¹¹⁶, regula en el capítulo VII del título IV el “Régimen de excepción”¹¹⁷ que contiene dos modalidades:

- El Estado de Emergencia, ocasionado *“en caso de perturbación de la paz o del orden interno, catástrofe o de graves consecuencias que afecten la vida de la Nación”*.

- El Estado de Sitio, *“en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan”*.

“El Estado de Emergencia es el menos fuerte de los dos. Cuando es impuesto se puede suspender solamente los derechos relativos a la

¹¹⁶ Constitución Política del Perú de 29 de diciembre de 1993.

¹¹⁷ *“Artículo 137°.- El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan:*

1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2° y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie.

El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República.

2. Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días. Al decretarse el estado de sitio, el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso”.

libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio y la libertad de reunión y de tránsito. Esto quiere decir que las personas pueden ser detenidas, prohibidas de viajar, impedidas de reunirse en lugares públicos o privados, y que las autoridades pueden allanar los domicilios sin necesidad de mostrar orden judicial como normalmente debe ocurrir.

El Estado de Sitio es una medida aplicable a situaciones sumamente graves como invasión, guerra exterior o guerra civil. Durante su vigencia se suspenden todos los derechos salvo los que expresamente se dice que no serán suspendidos¹¹⁸.”

La Ley 24150 reglamenta el Estado de Excepción. Resulta muy particular que la regulación que se efectúa gira en torno a las atribuciones que se le otorgan a las fuerzas armadas, a fin de que sean ellas las encargadas de asumir el control del orden interno en dichas situaciones apremiantes.

1.4.2.2.8 Venezuela

En Venezuela encontramos que se dedica el capítulo II del título VIII de la Carta¹¹⁹ a los Estados de Excepción. Resulta interesante observar cómo este acápite hace parte de uno mayor denominado “*De la protección de esta Constitución*”, reafirmandose, de esta manera, la idea de que la excepcionalidad estará justificada en tanto que con ella se procura defender las garantías que la propia Carta reconoce.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 338¹²⁰, clasifica los Estados de Excepción en:

¹¹⁸ RUBIO CORREA, Marcial. *Para conocer la Constitución de 1993*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 2010., pp. 224-225.

¹¹⁹ La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela fue promulgada el 20 de diciembre de 1999.

¹²⁰ “Artículo 338. Podrá decretarse el estado de alarma cuando se produzcan catástrofes,

- El Estado de Alarma, causado por *“catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación o de sus ciudadanos y ciudadanas”*.
- El Estado de Emergencia Económica, cuando *“se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación”*.
- El Estado de Conmoción Interior o Exterior, *“en caso de conflicto interno o externo, que ponga seriamente en peligro la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos y ciudadanas, o de sus instituciones”*.

La Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, por medio de la Ley 32 de 2001, promulgó la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, en la que se afianza la idea según la cual su declaratoria es exclusiva del Presidente y que, en modo alguno, se puede interrumpir el funcionamiento de los poderes públicos, a la vez que hace expresa la proporcionalidad que debe mediar entre la medida excepcional adoptada y la *“gravedad, naturaleza y ámbito de aplicación”* (artículo 4).

De otra parte, se ordena que las medidas excepcionales deben tener una duración limitada (artículo 5) y que la declaración que se realice puede ampliar

calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación, o de sus ciudadanos y ciudadanas. Dicho estado de excepción durará hasta treinta días, siendo prorrogable hasta por treinta días más.

Podrá decretarse el estado de emergencia económica cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación. Su duración será de hasta sesenta días, prorrogable por un plazo igual.

Podrá decretarse el estado de conmoción interior o exterior en caso de conflicto interno o externo, que ponga seriamente en peligro la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos y ciudadanas, o de sus instituciones. Se prolongará hasta por noventa días, siendo prorrogable hasta por noventa días más.

La aprobación de la prórroga de los estados de excepción corresponde a la Asamblea Nacional. Una ley orgánica regulará los estados de excepción y determinará las medidas que pueden adoptarse con base en los mismos”.

las facultades del ejecutivo, a la vez que se permite la restricción de garantías constitucionales.

Se destaca en la Ley Orgánica venezolana de estados excepcionales, un capítulo dedicado a los controles que debe tener el decreto que establece su declaratoria:

De un lado, la Asamblea Nacional (artículo 26), que debe pronunciarse sobre la declaración inicial, así como, con mayoría absoluta, autorizar al ejecutivo en los casos de “*prórroga o aumento del número de garantías restringidas*”. En este último caso, su silencio causado por circunstancias de fuerza mayor y prolongado por ocho días continuos, será suficiente para entenderse tácitamente aprobado.

De otro, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 31) deberá pronunciarse sobre la constitucionalidad del decreto de declaratoria del estado excepcional, así como de aquel que ordena su prórroga o aumenta el número de garantías restringidas.

Este doble control, no exhaustivamente reglado en la ley correspondiente, genera algunas lagunas sobre los efectos prácticos del mismo:

“En primer lugar, el decreto en cuestión debe ser remitido, dentro de los ocho días siguientes a su adopción, tanto a la Asamblea Nacional, como a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. De esto resulta la concomitancia de los dos controles: la Asamblea y la Sala Constitucional habrán de controlar el mismo acto, teniendo en cuenta términos de referencia distintos: la oportunidad y conveniencia, por un lado y por el otro, la conformidad a la Constitución. De modo que, medidas inoportunas pueden ser constitucionales y, viceversa, medidas oportunas pueden ser inconstitucionales.”

Además, el acto mediante el cual la Asamblea Nacional apruebe el decreto que declare el estado de excepción, es también susceptible de control constitucional, tanto en la forma, como en el fondo”¹²¹.

La República Bolivariana de Venezuela ha declarado en varias ocasiones estados excepcionales en el nuevo marco constitucional. Algunos con alcance geográfico focalizado¹²² y otros en todo el territorio nacional¹²³.

Lo cierto es que la ambigüedad en la regulación de los controles, a la que se hiciera referencia en precedencia, ha permitido que una excepcionalidad decretada permaneciere vigente aun cuando no contara con el aval de la Asamblea Nacional¹²⁴, y no solo eso, sino que fue prolongada¹²⁵ por el

¹²¹ NIKKEN, Claudia. *Aproximación crítica a la regulación de los estados de excepción en Venezuela*. En: *Ius et Praxis*. Universidad de Talca, Chile. 2002., pp.171-198.

¹²² Así, los Decretos 2013, 2014, 2015, 2016 que declararon el estado de excepción en municipios concretos del territorio nacional.

¹²³ Así, el Decreto 2184 de 16 de enero de 2016 que declaró la emergencia económica (prorrogado por el Decreto 2270 del 11 de marzo de 2016), el Decreto 2323 del 13 de mayo de 2016 que declara “*el Estado de excepción y de la Emergencia Económica, dadas las circunstancias extraordinarias de orden Social, Económico, Político, Natural y Ecológicas que afectan gravemente la Economía Nacional*” (prorrogado por el Decreto 2371 del 12 de julio de 2016), el Decreto 2452 del 13 de septiembre de 2016 que vuelve a declarar el estado de excepción y emergencia económica (prorrogado por el Decreto 2548 del 13 de noviembre de 2016) y el Decreto 2667 del 13 de enero de 2017 que vuelve a hacer exacta declaratoria de excepcionalidad.

¹²⁴ El estado de excepción decretado por el presidente Maduro mediante el Decreto 2323 generó el acuerdo de la Asamblea Nacional del 17 de mayo de 2016 que dispuso: “*PRIMERO: Desaprobar el Decreto N° 2323, del 13 de mayo de 2016, dictado por el Presidente de la República. SEGUNDO: Denunciar que el Decreto N° 2323, del 13 de mayo de 2016, profundiza la grave alteración del orden constitucional y democrático que padece Venezuela y representa un franco abandono de la Constitución por parte del Presidente de la República. TERCERO: Instar a la Organización de las Naciones Unidas, a la Organización de Estados Americanos y a los órganos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) para que contribuyan, junto a esta Asamblea Nacional y al pueblo de Venezuela, a poner freno al desmantelamiento de la democracia y del Estado de Derecho que está siendo llevado a cabo por el Presidente de la República y las instituciones que están a su servicio. CUARTO: Exigir al Presidente de la República que se someta a la Constitución y que promueva, en el marco de las disposiciones constitucionales y de manera respetuosa con las funciones que el pueblo otorgó a esta Asamblea Nacional, las medidas que conduzcan a una verdadera rectificación de la política económica y el fortalecimiento de los valores democráticos. QUINTO: Divulgar el presente Acuerdo mediante su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela y a través de los medios de difusión de la*

Ejecutivo, con la aquiescencia del máximo órgano judicial y en franca oposición con la corporación legislativa.

1.4.2.2.9 Ecuador

La República del Ecuador¹²⁶ destina la regulación de los estados de excepción a la sección cuarta del capítulo tercero, dedicado a la función ejecutiva, del título IV, alusivo a la participación y organización del poder. Los artículos correspondientes (164 a 166¹²⁷) no hacen una tipología de los mismos, aunque

Asamblea Nacional.” En el mismo sentido, la corporación legislativa, en sesión especial del 17 de enero de 2017, acordó. “*Primero: desaprobar el decreto 2667 publicado este martes en Gaceta oficial número 41.074, con fecha 13 de enero de 2017. Segundo: denunciar que el decreto 2667 profundiza la grave alteración del orden constitucional y democrático que sufre Venezuela y representa un completo abandono a la Constitución un completo abandono a la Constitución por parte del Presidente de la República. Tercero: instar a la Organización de las Naciones Unidas, a la Organización de Estados Americanos, a los Órganos del Mercado Común del Sur, y a la Unión de Naciones Suramericanas, Unasur; para que contribuyan junto a esta Asamblea Nacional y al pueblo de Venezuela, a poner freno al desmantelamiento de la democracia y del estado de derecho que está siendo llevado a cabo por el Ejecutivo Nacional y las Instituciones que están a su servicio. Cuarto: divulgar el presente acuerdo mediante su publicación en la Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela y a través de los medios de difusión de la Asamblea Nacional.*”

¹²⁵ El estado de excepción que había sido decretado por Decreto 2323 de 2016 fue prorrogado por 60 días mediante Decreto 2371 del 12 de julio de 2016.

¹²⁶ Constitución de la República del Ecuador promulgada el 20 de octubre de 2008.

¹²⁷ “*Art. 164.- La Presidenta o Presidente de la República podrá decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. La declaración del estado de excepción no interrumpirá las actividades de las funciones del Estado.*

El estado de excepción observará los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad. El decreto que establezca el estado de excepción contendrá la determinación de la causal y su motivación, ámbito territorial de aplicación, el periodo de duración, las medidas que deberán aplicarse, los derechos que podrán suspenderse o limitarse y las notificaciones que correspondan de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales.

Art. 165.- Durante el estado de excepción la Presidenta o Presidente de la República únicamente podrá suspender o limitar el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información, en los términos que señala la Constitución.

Declarado el estado de excepción, la Presidenta o Presidente de la República podrá:

- 1. Decretar la recaudación anticipada de tributos.*
- 2. Utilizar los fondos públicos destinados a otros fines, excepto los correspondientes a salud y*

sí es claro en determinar sus causas generadoras: “*agresión, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural*”; así como los principios que deben respetarse: “*necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad*”, y la delimitación de las potestades que pueden ejercerse.

Las disposiciones constitucionales ecuatorianas encuentran reglamentación en la “*Ley de seguridad pública y del Estado*” cuyo objeto es el de “*regular la seguridad integral del Estado democrático de derechos y justicia*” (artículo 1). Al revisarse su contenido se advierte que, además de hacer una reglamentación en torno a la definición, requisitos de declaratoria y control por parte de la Asamblea Nacional como por la Corte Constitucional (artículo 31), también se hace una mención expresa de las responsabilidades en que incurrían aquellos que abusen de su declaratoria (artículo 3).

educación.

3. *Trasladar la sede del gobierno a cualquier lugar del territorio nacional.*

4. *Disponer censura previa en la información de los medios de comunicación social con estricta relación a los motivos del estado de excepción y a la seguridad del Estado.*

5. *Establecer como zona de seguridad todo o parte del territorio nacional.*

6. *Disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y llamar a servicio activo a toda la reserva o a una parte de ella, así como al personal de otras instituciones.*

7. *Disponer el cierre o la habilitación de puertos, aeropuertos y pasos fronterizos.*

8. *Disponer la movilización y las requisiciones que sean necesarias, y decretar la desmovilización nacional, cuando se restablezca la normalidad.*

Art. 166.- *La Presidenta o Presidente de la República notificará la declaración del estado de excepción a la Asamblea Nacional, a la Corte Constitucional y a los organismos internacionales que corresponda dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la firma del decreto correspondiente. Si las circunstancias lo justifican, la Asamblea Nacional podrá revocar el decreto en cualquier tiempo, sin perjuicio del pronunciamiento que sobre su constitucionalidad pueda realizar la Corte Constitucional.*

El decreto de estado de excepción tendrá vigencia hasta un plazo máximo de sesenta días. Si las causas que lo motivaron persisten podrá renovarse hasta por treinta días más, lo cual deberá notificarse. Si el Presidente no renueva el decreto de estado de excepción o no lo notifica, éste se entenderá caducado.

Cuando las causas que motivaron el estado de excepción desaparezcan, la Presidenta o Presidente de la República decretará su terminación y lo notificará inmediatamente con el informe correspondiente.

Las servidoras y servidores públicos serán responsables por cualquier abuso que hubieran cometido en el ejercicio de sus facultades durante la vigencia del estado de excepción.”

Es de relevancia destacar que la ley citada del Ecuador, como lo sugiere su nombre, no se limita al tema de reglamentar los estados excepcionales, sino que también delimita el marco del sistema de seguridad pública estatal.

“La Constitución vigente no se limita, como las anteriores, a enumerar las causales para decretar el estado de excepción; recoge también los principios que la doctrina considera que deben ser cumplidos para que esta última se considere constitucional: “el estado de excepción observará los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad” dice el segundo inciso del artículo 164.

El segundo inciso del artículo 29 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado agrega otro elemento que la doctrina considera fundamental: el decreto de excepción “será dictado en caso de estricta necesidad, es decir, si el orden institucional no es capaz de responder a las amenazas de seguridad de las personas y del Estado”¹²⁸.

Con fundamento en las normas reseñadas, el gobierno nacional promulgó el Decreto 1001 del 17 de abril de 2016, mediante el cual declaró el Estado de Excepción en las provincias que fueron afectadas por un evento telúrico de fuertes dimensiones. Dicha excepcionalidad fue ampliada a todo el territorio nacional con la expedición, al día siguiente, del Decreto 1002. Posteriormente, mediante el Decreto 1101 del 16 de junio de ese mismo año, se extendió temporalmente la vigencia de la excepcionalidad en las provincias afectadas.

1.4.2.2.10 Bolivia

La Constitución de Bolivia¹²⁹ hace referencia al estado de excepción que pueda declararse cuando exista *“peligro para la seguridad del Estado, amenaza*

¹²⁸ AGUILAR ANDRADE, Juan Pablo. *Entre la retórica de lo nuevo y la persistencia del pasado: la Corte Constitucional y los estados de excepción*. En: *Iuris dictio*. Quito: Universidad San Francisco de Quito. Año 10, Vol. 13. Enero de 2013., p. 73.

¹²⁹ Constitución Política del Estado plurinacional de Bolivia del 7 de febrero de 2009.

*externa, conmoción interna o desastre natural*¹³⁰, dejando al legislador su reglamentación, pero imponiendo unas claras restricciones que incluyen la dependencia de su vigencia a la aprobación posterior de la Asamblea Legislativa Plurinacional (artículo 138¹³¹).

1.5 LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN EL DIDH

Los sistemas universal y regional de DIDH tienen una incidencia directa en la delimitación de los estados excepcionales, en procura de que estos no se conviertan en mecanismos de violación de los derechos humanos.

En el sistema universal la preocupación ha generado la necesidad de crear un Relator Especial para este tema¹³², así como la proclamación de unas normas mínimas aplicables en situaciones de estado de excepción¹³³, también

¹³⁰ El artículo 137 de la Constitución de Bolivia preceptúa que: *“La declaración del estado de excepción no podrá en ningún caso suspender las garantías de los derechos, ni los derechos fundamentales, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los derechos de las personas privadas de libertad”*

¹³¹ *“Artículo 138. I. La vigencia de la declaración del estado de excepción dependerá de la aprobación posterior de la Asamblea Legislativa Plurinacional, que tendrá lugar apenas las circunstancias lo permitan y, en todo caso, dentro de las siguientes setenta y dos horas a la declaración del estado de excepción. La aprobación de la declaración indicará las facultades conferidas y guardará estricta relación y proporción con el caso de necesidad atendida por el estado de excepción. Los derechos consagrados en la Constitución no quedarán en general suspendidos por la declaración del estado de excepción.*

II. Una vez finalizado el estado de excepción, no podrá declararse otro estado de excepción dentro del siguiente año, salvo autorización legislativa previa.”

¹³² Esta relatoría fue nombrada *“por la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías en cumplimiento de la Resolución 1985/37 del ECOSOC, después que la Comisión de Derechos Humanos le pidiera a la subcomisión que le propusiese medidas encaminadas a asegurar el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los casos de estados de excepción en cualquier país del mundo”* (TOBÓN TOBÓN, Mary. Óp. Cit., pp. 211-212.).

¹³³ Aprobadas por expertos organizados por el Instituto de Derechos Humanos, Universidad Abo Akademi en Turku/Abo (Finlandia) el 30 de noviembre al 2 de diciembre de 1990 y revisada posteriormente por el Instituto Noruego de Derechos Humanos los días 29 y 30 de septiembre de 1994. Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, 51° período de sesiones, Tema 19 del programa provisional, Informe de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías sobre su 46° período de sesiones.

conocidas como “Normas Turku”¹³⁴ que incluyen varias disposiciones que tienen que ver directamente con el uso del derecho penal en dichos estados¹³⁵.

¹³⁴ En el artículo 1 se indica claramente la intención de éste documento: *“Artículo:1.En la presente Declaración se afirman normas humanitarias mínimas aplicables en todas las situaciones, incluidos los casos de violencia interna, los conflictos étnicos, religiosos y nacionales, los disturbios, las tensiones y en las situaciones excepcionales, y que no se podrán suspender en ninguna circunstancia. Estas normas deberán respetarse independientemente de que se haya declarado o no un estado de excepción. 2. Nada de lo contenido en las presentes normas se interpretará de manera que restrinja o menoscabe las disposiciones de ningún instrumento internacional de carácter humanitario o de derechos humanos”*.

¹³⁵ Como ejemplos podríamos citar varios artículos que expresamente se refieren al tema penal:

“Artículo 4. 1. Toda persona privada de libertad será reclusa en lugares de detención reconocidos. Se dará rápidamente a sus familiares, a sus abogados y a otras personas que tengan un interés legítimo, información fidedigna acerca de su detención y de su paradero, incluidos los traslados. 2. Toda persona privada de su libertad podrá comunicarse con el mundo exterior, en particular con su abogado, de conformidad con normas razonables promulgadas por la autoridad competente. 3. El derecho a un recurso eficaz, incluido el hábeas corpus, estará garantizado como medio de determinar el paradero o el estado de salud de las personas privadas de libertad y para identificar a la autoridad que haya ordenado o ejecutado la privación de libertad. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención privada o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 4. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente, se le proporcionarán alimentos y agua potable suficiente, alojamiento y ropa decorosos y disfrutará de salvaguardias en lo que se refiere a la salud, la higiene y las condiciones laborales sociales...”

Artículo 6.3. En los países que no hayan abolido todavía la pena capital, solo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos. No se aplicará la pena de muerte a las mujeres embarazadas, las madres de niños pequeños ni a las personas que al cometer el delito tuvieron menos de 18 años de edad. 4. No se ejecutarán las sentencias de muerte antes de que hayan transcurrido por lo menos seis meses a partir de la notificación del fallo definitivo por el que se confirme dicha sentencia de muerte.

Artículo 9. No se dictará ninguna sentencia ni se ejecutará ninguna pena respecto de una persona declarada culpable de un delito sin previo juicio ante un tribunal independiente e imparcial legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por la comunidad de naciones. En particular: 1. El procedimiento dispondrá que se informe sin demora al acusado de los detalles del delito que se le imputa y que se celebre un juicio en un plazo razonable y ofrecerá al acusado todos los derechos y medios de defensa necesarios antes del juicio y durante el mismo; 2. Nadie será declarado culpable de un delito excepto en virtud de la responsabilidad penal individual; 3. Toda persona acusada de un delito será considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad conforme a ley; 4. Toda persona acusada de un delito tendrá derecho a ser juzgada en su presencia; 5. Nadie será obligado a prestar testimonio contra sí mismo ni a declararse culpable; 6. Nadie podrá volver a ser juzgado o castigado por un delito del que ya haya sido definitivamente declarado culpable o absuelto de conformidad con la ley y el procedimiento penal; 7. Nadie será considerado culpable de un delito por razón de una acción u omisión que no constituía infracción penal, con arreglo al derecho aplicable, en el momento en que fue cometida.”

El repaso de la normativa internacional permite colegir la existencia de una serie de principios¹³⁶ que deben acatar los Estados al momento de declarar situaciones de excepcionalidad constitucional. A continuación caracterizaremos cada uno de ellos, señalando las fuentes legales que le sirven de sustento.

1.5.1 Principio de proclamación

Este principio impone a los Estados la obligación de dar a conocer a sus pobladores la declaración del estado excepcional, siendo un deber hacer lo que esté a su alcance para que se conozca, con antelación, el uso de la anormalidad constitucional.

De hecho, en los principios de Siracusa se preceptúa que:

“1. Un Estado parte que suspenda sus obligaciones en virtud del Pacto, hará una proclamación oficial de la existencia de una situación de excepción que amenace la vida de la nación.

2. Los procedimientos para proclamar un estado de excepción en virtud del derecho nacional se establecerán antes de que se produzca el estado de excepción”¹³⁷.

La teleología del referido principio es evidente: permitir a la población que puede verse afectada por la declaratoria de excepcionalidad tener conocimiento de las particularidades de las medidas que se adoptan, cuál es su

¹³⁶ Cfr. MELÉNDEZ FLORENTÍN. *Los derechos fundamentales en los estados de excepción según el derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. 1997, pp. 98-119.

¹³⁷ NACIONES UNIDAS. Consejo Económico y social. Comisión de derechos humanos. 41 periodo de sesiones. Tema 18. Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Parte II. 1984.

materialidad, su ámbito de aplicación, su vigencia temporal y qué tanto afecta el goce de los derechos humanos.

El principio de proclamación se exige tanto en el sistema universal como en los sistemas regionales. La omisión de los Estados de dar a conocer a sus pobladores sobre la adopción de medidas de emergencia configura lo que ha sido denominado estado de excepción de facto y conlleva un contexto muy proclive a la violación de derechos humanos.

“Si bien el artículo 4 del Pacto¹³⁸ es la única disposición que exige en forma expresa la proclamación por un acto oficial, los órganos regionales de control lo han interpretado también como un requisito. Así, por ejemplo, la Comisión Europea estimó, en el caso Chipre c. Turquía, que para poder invocar el derecho de derogación reglamentada por el artículo 15 de la Convención Europea, el Estado derogante debía justificar la existencia de un acto de proclamación oficial. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, desde el comienzo mismo de sus trabajos, en reiteradas oportunidades ha llamado la atención de los gobiernos ante el incumplimiento de este requisito. Así, por ejemplo, en ocasión del examen del primer informe periódico de Surinam, el representante de este país reconoció ante los expertos del Comité la existencia de un estado de emergencia de hecho con ocasión del golpe de Estado de 1980, puesto que ni el estado de sitio ni el estado de urgencia habían sido declarados oficialmente. A su vez, y como se desprende de la lista anual, el Relator Especial ha realizado numerosas observaciones de esta naturaleza, incluyendo en la categoría de países bajo estado de excepción de facto a aquellos que habían implantado medidas de urgencia sin haber dado cumplimiento al requisito formal de una proclamación oficial. Por ejemplo, formuló observaciones coincidentes con las del Comité de Derechos

¹³⁸ PIDCP.

*Humanos en el caso del Togo, el Líbano, Namibia y África del Sur, con anterioridad a los cambios institucionales operados en ellos*¹³⁹.

Es lógico que si los estados de excepcionalidad permiten suspender normativa alusiva a los derechos humanos, los destinatarios del sistema jurídico sepan con certeza los detalles de tales suspensiones; esto es, deben conocer cuáles garantías estarán en pausa, por cuánto tiempo, por qué motivo (cuál fue la génesis de la declaratoria) cuál es la finalidad que se persigue, en fin, todas las particularidades de esa situación extraordinaria a la que se ven enfrentados. Nótese que la exigencia es de una comunicación expedita entre autoridades y población.

1.5.2 Principio de notificación

Conforme a este principio los Estados deben informar al Secretario General de la respectiva organización sobre la adopción de la declaración del estado excepcional. Este principio tiene un claro fundamento normativo en el artículo 4.3 del PIDCP, disposición en la que también se obliga a los Estados no sólo a informar de la suspensión de apartes del tratado internacional en virtud de una situación excepcional, sino que además deberán dar las razones que motivaron tal suspensión, debiéndose especificar cuáles derechos quedan suspendidos, así como también el momento en el cual se termina la situación que motivó la declaración.

Una disposición similar a la anterior la encontramos en el artículo 27.3 de la CADH donde también se obliga a los Estados partes a informar de tal circunstancia, a través del Secretario General de la OEA, tanto de las disposiciones suspendidas como *“de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.”*

¹³⁹ NACIONES UNIDAS. Informe del Relator Especial Leandro Despouy sobre los derechos humanos y los estados de excepción. E/CN.4/Sub.2/1997/19. 23 de junio de 1997., par. 56

Finalmente el artículo 15.3 del CEDH refiere que aquellos Estados que hagan uso del estado de excepción deberán tener *“plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado”, al igual que el momento en que deja de existir la situación de anormalidad.*

A diferencia del principio de proclamación que tiene como destinatario la comunidad nacional, el de notificación se efectúa a la comunidad internacional que tiene el derecho de conocer las dificultades que atraviesa un determinado Estado y que puede conllevar a inconvenientes en sus obligaciones internacionales.

“El objetivo sustancial de esta formalidad es el de hacer efectiva la obligación que tiene todo Estado Parte de una convención de comunicar a los otros Estados Partes la imposibilidad de cumplir transitoriamente ciertas obligaciones estipuladas en la misma. Vale decir, la regla es el cumplimiento de las obligaciones asumidas -en este caso el respeto irrestricto de todos los derechos reconocidos en el instrumento- y, en el supuesto de imposibilidad transitoria, se debe informar a los otros Estados a través del depositario del tratado: el Secretario General de las Naciones Unidas en cuanto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, en cuanto a las dos Convenciones regionales, el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos y el Secretario General del Consejo de Europa, respectivamente¹⁴⁰”.

Es claro que la notificación entonces no es sólo un requisito formal, sino que tiene implicaciones jurídicas serias. En efecto, aun cuando un Estado hubiere declarado el estado excepcional con todas las formalidades que impone el derecho interno, sino se notifica en la forma que se exige, no quedaría exento de responsabilidades estatales por la eventual suspensión de derechos humanos derivados de la emergencia declarada.

¹⁴⁰ *Ibidem.*, par. 60.

1.5.3 Principio de no discriminación

Con sustento en los artículos 4.1 del PIDCP, 27.1 de la CADH, puede inferirse que tanto en el sistema universal, como en el regional americano de derechos humanos, hay una prohibición expresa de utilizar los mecanismos de excepción para protagonizar actos discriminatorios por razón de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Es importante resaltar que en ninguna de las dos disposiciones se hace referencia a la discriminación por razones políticas; sin embargo, consideramos que la teleología de estos instrumentos internacionales permite censurar igualmente situaciones de discriminación política como consecuencia de la adopción de medidas de carácter extraordinario.

La misma razón esbozada con antelación, lleva igualmente a colegir que ese principio de no discriminación también puede predicarse del sistema regional europeo, aun cuando en forma expresa no lo refiera el instrumento internacional. En efecto, la normativa que hace parte del sistema es clara en señalar la proscripción de los actos discriminatorios, en especial cuando se desarrolla el derecho a la igualdad. Esas mismas razones deben imperar en los estados excepcionales, pues de lo contrario se caería en una contradicción en tanto que se estaría habilitando, sin norma expresa sobre el particular, el desconocimiento de apartes de los instrumentos internacionales.

En el sentido expresado se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas cuando ha señalado que si bien es cierto que *“un Estado Parte puede suspender varios derechos en la medida estrictamente requerida*

por la situación. Sin embargo, el Estado Parte no puede suspender ciertos derechos ni puede adoptar medidas discriminatorias por diversas causas.”¹⁴¹

1.5.4 Principio de proporcionalidad

Informa este principio que debe existir una adecuación entre las medidas que se adoptan en el marco de una situación de excepcionalidad constitucional con las situaciones de crisis que deben afrontar extraordinariamente los Estados. Expresiones como *“podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación”* (artículo 4.1 del PIDCP), *“podrá adoptar disposiciones que en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”* (artículo 27.1 de la CADH), *“podrá tomar medidas... en la estricta medida en que lo exija la situación”* (artículo 15.1 de la CEDH), constituyen inequívocamente una muestra que la proporcionalidad es una preocupación latente de estos instrumentos internacionales.

Es evidente que con la exigencia referida se pretende evitar el abuso de la excepcionalidad para desplazar los ámbitos ordinarios de competencia o para crear medidas exorbitantes que, en un entorno de normalidad, no tendrían cabida. Sin embargo, el referido principio es claro en señalarnos que la situación extraordinaria no puede habilitar al Estado para adoptar cualquier tipo de medidas, sino que estas deben ser valoradas conforme a una ponderación racional, imponiendo una limitación evidente al uso de los poderes excepcionales que sólo estarán acordes con el DIDH en tanto que sean las necesarias para conjurar la crisis.

Es claro que la valoración que conlleva la proporcionalidad no está exenta de riesgos de subjetividad, sin embargo, para minimizar el riesgo es necesario que

¹⁴¹ NACIONES UNIDAS. Comité de Derechos Humanos. Observación número 5. Suspensión de las obligaciones (artículo 4). 13º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 142. 1981.

ese balanceo entre medidas adoptadas y situación a superar deba realizarse en contextos específicos.

“Un requisito fundamental de cualesquiera disposiciones que suspendan la aplicación del Pacto, conforme a lo establecido en el párrafo 1 del artículo 4, es que esas disposiciones se adopten en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación. Este requisito guarda relación con la duración, el ámbito geográfico y el alcance material del estado de excepción y de cualesquiera disposiciones excepcionales aplicada en razón de la emergencia. La suspensión de algunas de las obligaciones contraídas en virtud del Pacto en situaciones de excepción es claramente distinta de las restricciones o limitaciones permitidas aun en circunstancias normales conforme a diversas disposiciones del Pacto . Sin embargo, la obligación de limitar cualesquiera suspensiones a las estrictamente necesarias según las exigencias de la situación refleja un principio de proporcionalidad común a las facultades de suspensión y de limitación. Es más, el solo hecho de que una suspensión permisible de la aplicación de una determinada disposición pueda de por sí justificarse por las exigencias de la situación no elimina el requisito de que deba mostrarse que las medidas concretas adoptadas como consecuencia de esa suspensión son necesarias en razón de las exigencias de la situación¹⁴²”.

1.5.5 Principio de provisionalidad o temporalidad

Es una directriz, en el marco de los sistemas universal y regional (americano y europeo) de derechos humanos, que los estados de excepción deben contar con una limitación en el tiempo. Desde luego, la vigencia de la situación de anomalía estará inicialmente condicionada a la existencia de las circunstancias extraordinarias que llevaron a un Estado a suspender algunas garantías. Los artículos 5.1 del PIDCP, 27.1 de la CADH y 17 de la CEDH

¹⁴² NACIONES UNIDAS. Comité de Derechos humanos. Observación General N°. 29. Estados de emergencia (artículo 4). CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 31 de agosto de 2001.

coinciden en hacer referencia al carácter transitorio de las medidas, dado que en el evento de prolongarse en forma indefinida dejaría vaciado de contenido los derechos reconocidos por los instrumentos internacionales en comento.

Es claro que la finalidad del principio de temporalidad es evitar que se prolongue indefinidamente la suspensión de derechos humanos, verdadero abuso del instrumento. El Relator Especial para los derechos humanos y estados de excepción sugiere que, para respetar de manera íntegra este principio, debe la legislación interna señalar de manera inequívoca que el estado excepcional no puede ir más allá de lo estrictamente necesario para retornar a la situación de normalidad, así como habilitar la revisión periódica por parte de los órganos de control y que se sugiere no sea superior a los tres meses¹⁴³. El mayor riesgo de abuso de los estados de excepción está precisamente en la indeterminación que muchas veces se ocasiona por cuenta de la “*temporalidad*” atada a una condición que puede ser valorada de manera ligera como es el calificar el retorno a la “*normalidad*”. Dicho de otro modo: No basta señalar que las medidas excepcionales existirán mientras subsista la situación de anormalidad, sino que es menester que de tanto en tanto se verifique, con criterios objetivos, si se mantiene o no el contexto extraordinario que motivó el proferimiento de aquellas.

1.5.6 Principio de intangibilidad de ciertos derechos

“Este principio establece la obligación jurídica de reconocer y garantizar bajo toda circunstancia de tiempo y lugar el núcleo mínimo de derechos de la persona humana, sin discriminaciones de ninguna naturaleza. Este núcleo de derechos fundamentales está estrechamente vinculado a los valores esenciales de la persona humana, a su dignidad, a la igualdad y a otros aspectos relacionados con su vida, con su integridad personal, con

¹⁴³ Cfr. NACIONES UNIDAS. Informe del Relator Especial Leandro Despouy sobre los derechos humanos y los estados de excepción. Óp. Cit., pars.74-75 .

*su seguridad y con su desarrollo integral, y cuya suspensión o derogación en nada podría favorecer o contribuir a la superación de la crisis excepcional*¹⁴⁴.

El artículo 4.2 del PIDCP no deja margen a la ambigüedad cuando refiere que los derechos a la vida, a no ser destinatario de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes; a no ser sometido a esclavitud o servidumbre, a no ser privado de su libertad por deudas, así como el reconocimiento de los principios de legalidad, irretroactividad y favorabilidad en materia penal, la afirmación de su personalidad jurídica y a los derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; constituyen el cúmulo de derechos y garantías cuya suspensión no están autorizadas ni aun en estados excepcionales.

Disposiciones similares a las anteriores son el 27.2 de la CADH y el 15.2 de la CEDH. Se destaca cómo en el sistema regional americano se adicionan a los derechos referidos en el sistema universal la intangibilidad de la integridad personal, la protección de la familia, el derecho al nombre, los derechos del niño, a tener una nacionalidad, los derechos políticos, así como de aquellas *“garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”*.

1.5.7 Principio de amenaza excepcional

Si bien es cierto que los Estados en ejercicio de su poder soberano son los que determinarán, en un caso particular, cuándo acudirán a la declaratoria de un estado de excepcionalidad constitucional; no es menos cierto que, en el marco del DIDH y, específicamente, con sustento en los artículos 4.1 del PIDCP, 27.1 de la CADH y 15.1 de la CEDH, puede inferirse que ese margen de decisión no es arbitrario ni absoluto. En efecto, con sustento en las disposiciones citadas puede arribarse a la conclusión que en el marco de los sistemas universal y

¹⁴⁴ MELÉNDEZ FLORENTÍN. Óp. Cit., p.109.

regional (americano y europeo) de derechos humanos, la “*justificación*” que invoque el Estado para declarar el estado de anormalidad debe ser realmente grave y de una magnitud tal que no pueda ser confrontada con los instrumentos ordinarios con los que se cuenta.

Así las cosas, con posterioridad a la declaratoria de excepcionalidad podrían los órganos e instancias de protección de los sistemas de derechos humanos conocer de los atropellos o arbitrariedades cometidas por los Estados que hubieren protagonizado tales actos en virtud de una declaratoria de excepcionalidad que no tuviere la exigencia requerida de gravedad.

Una forma de preservar este principio y de evitar que los Estados puedan resultar responsables del quebrantamiento del estándar del DIDH es la creación de sistemas de control material a la decisión gubernamental de declarar la excepcionalidad. Los mecanismos de control pueden ser políticos (generalmente otorgados a las asambleas legislativas) o judiciales. Sea como fuere, lo relevante es el grado de independencia que tengan los mismos para evitar caer en meros trámites formales que hagan proclive el abuso de la excepcionalidad.

1.5.8 Principio de necesidad

Una situación similar al denominado principio de amenaza excepcional es el que ahora ocupa nuestra atención. Los Estados están autorizados a recurrir a las situaciones de excepcionalidad cuando se acredite que las herramientas ordinarias con las que se cuenta resultaban ineficaces para superar el entorno de crisis. De no hacerlo, no es que surja la ineficacia del estado declarado y de las disposiciones emanadas en el derecho interno, pero sí puede ocasionar responsabilidades internacionales de los Estados que sencillamente, con su obrar, protagonizan un auténtico abuso de la potestad de suspender a partes de los instrumentos internacionales acogidos.

Como puede entonces observarse, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se reconoce que los Estados deben contar con mecanismos para solventar crisis que ocasionan anormalidad constitucional y que, en principio, tales declaraciones pueden terminar coartando derechos humanos. Los sistemas universal y regional han procurado delimitar los alcances de dicha excepcionalidad, a fin de no violar los tratados internacionales que propenden por la protección de los derechos humanos.

“Los regímenes excepcionales, que alteran el funcionamiento de la división de poderes y restringen las libertades ciudadanas, han sido reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos, a condición de acorazar aún más ciertos derechos. Ese es el sentido de los artículos 4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”¹⁴⁵.

De otra parte, no sólo los textos de los principales instrumentos de derechos humanos son los se han referido de manera expresa a los límites que deben tener los Estados para declarar excepciones constitucionales, sino que también lo han hecho diversas autoridades internacionales.

Así, en el sistema universal se destaca la creación de un Relator Especial para el tema de los estados de excepción. Dicho relator presentó un informe en el que se destacan los límites que deben tener las declaratorias de excepcionalidad constitucional, para que no estén en contravía de los compromisos internacionales adquiridos por los Estados.

En términos generales, se indica que las declaratorias de excepcionalidad deben obedecer a unos principios como: la legalidad, la proclamación formal, la

¹⁴⁵ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Estados de Excepción*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación. 2004, p. 31.

notificación a la comunidad internacional, la proporcionalidad, la no discriminación, la temporalidad (*“la enunciación de este principio, implícito en la naturaleza misma del estado de excepción, apunta fundamentalmente a señalar su necesaria limitación en el tiempo y evitar así la indebida perpetuación del mismo”*¹⁴⁶), el principio de amenaza excepcional (que *“define la naturaleza del peligro y se refiere a los presupuestos de hecho -conmoción interior, ataque exterior, peligro público, catástrofes naturales o generadas por el hombre, etc.- que conforman el concepto “circunstancias excepcionales”*¹⁴⁷), y el principio de compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas del derecho internacional.

Por su parte, en el sistema regional interamericano se destaca la opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, en donde la Corte Interamericana absolvió la inquietud de la República Oriental de Uruguay que indagaba sobre cuáles eran aquellas garantías judiciales que se podían suspender en estados de excepcionalidad constitucional. En tal documento, la Corte Interamericana sostuvo por unanimidad:

“1. Que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el artículo 27.2 de la Convención, el hábeas corpus (art. 7.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención.

2. También deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (art. 29.),

¹⁴⁶ NACIONES UNIDAS. Informe del Relator Especial Leandro Despouy sobre los derechos humanos y los estados de excepción. Óp. Cit.

¹⁴⁷ *Ibíd.*

previstos en el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos.

3. *Que las mencionadas garantías judiciales deben ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogidos por el artículo 8 de la Convención.”*

Habría que agregar a lo anterior varios pronunciamientos de instancias internacionales en donde se ha tratado la temática de los estados de excepción en el caso específico de Colombia.

Así, en el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se destacan los casos: Suárez de Guerrero, Fals Borda y otros, Herrera Rubio, Bautista Arellana y Rafael Armando Rojas García. En la Comisión Interamericana de Derechos Humanos podríamos citar el caso 11020 adelantado contra Colombia y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos los casos Velásquez Rodríguez, Caballero Delgado y Santana y las Palmeras.

CAPÍTULO II
LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN COLOMBIA

2 EL ESTADO DE EXCEPCIÓN EN COLOMBIA

2.1 ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN LAS CONSTITUCIONES ANTERIORES A 1886

El marco normativo que regula la excepcionalidad constitucional en Colombia lo podemos ubicar desde los orígenes mismos de la República. En efecto, en la Constitución de 1821¹⁴⁸ (Constitución de Cúcuta) expresamente se otorgaban facultades excepcionales al Presidente, lo que resultaba apenas lógico, en tanto que se estaba afrontando aún la guerra de independencia¹⁴⁹.

Disposiciones similares se acogieron en la Constitución de 1832¹⁵⁰; sin embargo, hay que reconocer que en esta última la reglamentación fue mayor. De hecho, en tres disposiciones¹⁵¹ se hacía referencia a las causas

¹⁴⁸ Esta Constitución lo era de la Gran Colombia que “comprendía el antiguo Virreinato de Nueva Granada y de la Capitanía General de Venezuela.” (artículo 6).

¹⁴⁹ El artículo 55.25 preceptuaba: “Son atribuciones exclusivamente propias del Congreso: ...25. Conceder durante la presente guerra de independencia al Poder Ejecutivo aquellas facultades extraordinarias que se juzguen indispensables en los lugares que inmediatamente están sirviendo de teatro a las operaciones militares, y en los recién libertados del enemigo; pero detallándolas en cuanto sea posible, y circunscribiendo el tiempo, que sólo será el muy necesario”. Por su parte, el artículo 128 consagraba: “En los casos de conmoción interior a mano armada que amenace la seguridad de la República, y en los de una invasión exterior repentina, puede, con previo acuerdo y consentimiento del Congreso, dictar todas aquellas medidas extraordinarias que sean indispensables y que no estén comprendidas en la esfera natural de sus atribuciones. Si el Congreso no estuviere reunido, tendrá la facultad por sí solo; pero le convocará sin la menor demora, para proceder conforme a sus acuerdos. Esta extraordinaria autorización será limitada únicamente a los lugares y tiempo indispensablemente necesarios”.

¹⁵⁰ Constitución del Estado de Nueva Granada del 1 de marzo de 1832.

¹⁵¹ “Artículo 108.- En los casos de grave peligro por causa de conmoción interior, o de ataque exterior, que amenace la seguridad de la República, el Poder Ejecutivo ocurrirá al congreso, y en su receso, al Consejo de Estado, para que, considerando la urgencia, según el informe del ejecutivo, le conceda, con las restricciones que estime convenientes, en todo o en parte, las siguientes facultades:

1. Para llamar al servicio aquella parte de la guardia nacional que se considere necesaria;
2. Para negociar la anticipación que se juzgue indispensable, de las contribuciones y rendimientos de las rentas nacionales, con el correspondiente descuento, o para negociar o

generadoras de la excepcionalidad (conmoción interior o guerra exterior), a las facultades adquiridas por el Presidente, así como a la restricción temporal y material de las medidas, aunque a la postre en forma indefinida, pues quedaban sujetas a lo “*indispensablemente necesario*”. Finalmente, en el texto constitucional referido se hacía expresa mención, por vez primera, de la responsabilidad presidencial por el abuso de las mismas.

“La sucesiva (Constitución) de 1843 disponía que el ejecutivo mantendría el orden y la tranquilidad interior de la república como facultad constitucional propia; las de 1853¹⁵², 1858¹⁵³ y 1863¹⁵⁴ no preveían el asunto aunque se observa que la concepción inicial fue la de fortalecer al ejecutivo ante la guerra pero limitándole en la conmoción interior, privilegiando el poder del Congreso y mermando las facultades objetivas y temporales del Presidente. Mas entre 1843 y 1886 se fortaleció el poder Ejecutivo al estatuirle como facultades constitucionales propias las de repeler los ataques y las agresiones así como cualquier perturbación del

exigir por vía de empréstito una suma suficiente, siempre que no puedan cubrirse los gastos con las rentas ordinarias, designando los fondos de dónde, y el término dentro del cual deba verificarse el pago;

3. Para que, siendo informado de que se trama contra la tranquilidad o seguridad de la República, pueda expedir órdenes de comparecencia o arresto contra los indiciados de este crimen, interrogarlos o hacerlos interrogar, debiendo ponerlos dentro de setenta y dos horas a disposición del juez competente, a quien pasará los documentos que dieron lugar al arresto, junto con las diligencias que se hayan practicado;

4. Para conceder amnistías o indultos generales o particulares.

Artículo 109.- Las facultades que se concedieren al Poder Ejecutivo, según el Artículo anterior, se limitarán únicamente al tiempo y objetos indispensablemente necesarios para restablecer la tranquilidad y seguridad de la República; y del uso que haya hecho de ellas el Poder Ejecutivo, dará cuenta al Congreso en su próxima reunión.

Artículo 110.- El Presidente de la República es responsable en todos los casos de infracción de la Constitución y de las leyes, en los de abuso de las facultades que se le concedan conforme al artículo ciento ocho de esta constitución, y en cualesquiera otros de mala conducta en el ejercicio de sus funciones.”

¹⁵² Constitución de la República de Nueva Granada del 20 de mayo de 1853.

¹⁵³ Constitución para la Confederación Granadina del 22 de mayo de 1858.

¹⁵⁴ Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia del 8 de mayo de 1863 (Constitución de Rionegro).

*orden público en el interior*¹⁵⁵, con lo que el Ejecutivo se tornó en factor normativo especial”.¹⁵⁶

Lo que sí estaba claro era que no existía en ninguno de los textos constitucionales anteriores a 1886 una referencia directa y expresa a la posibilidad de declarar un estado excepcional sobre la base de una situación de emergencia económica. Toda excepcionalidad se justificada únicamente sobre la existencia de una afectación del orden público por guerra exterior o por los enfrentamientos internos que caracterizaron buena parte de la historia del siglo XIX. Por supuesto, lo anterior no significa que en el amplio margen de discrecionalidad que tenía el ejecutivo para adoptar las medidas que se considerasen necesarias para enfrentar la conmoción interior se pudieren adoptar disposiciones de claro contenido económico.

2.2 ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1886

2.2.1 De 1886 a 1910

Un rasgo característico de la historia política y jurídica colombiana de la segunda mitad del siglo XX fue el uso y abuso del estado de excepción como institución constitucional, lo que generó que el ejecutivo terminare, no en pocas ocasiones, investido de facultades legislativas con las que intervenía el sistema penal.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Aunque el acentuado federalismo de la denominada Constitución de Rionegro debilitó al Presidente de la Unión (con un periodo presidencial de 2 años) frente a los presidentes de los “Estados soberanos”, muchas veces verdaderos caudillos en su región.

¹⁵⁶ MONTOYA MEDINA, Luis Eduardo. *La excepción se hace regla*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. 2011., p. 40.

¹⁵⁷ Cfr. GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, Et al. *¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? Una defensa prudente del control judicial de los estados de excepción*. Bogotá: Dejusticia. 2005, pp. 7-8: “El estado de excepción se convirtió, por lo menos hasta 1991, en un instrumento ordinario de la política gubernamental. He aquí cuatro indicaciones de esta anomalía: (1) la excepción era casi permanente. Así, por ejemplo, en los 21 años transcurridos entre 1970 y 1991, Colombia vivió 206 meses bajo estado de excepción, es decir, 17 años, lo

Si bien es cierto el objeto del presente escrito no es efectuar un recuento histórico detallado de los estados de excepción, si consideramos que es pertinente recordar que durante la Constitución de 1886, y teniendo como contexto la violencia, la declaratoria de estado de sitio fue prácticamente una política de orden público que pretendía superar ese entorno de anormalidad.

Desafortunadamente, no fueron pocas las ocasiones en las que para superar la crisis que había originado la excepcionalidad, se terminaba profiriendo decretos que alteraban principios básicos del sistema penal moderno como la afectación del juez natural, la posibilidad de juzgamiento de civiles por autoridades militares y la creación de tipos penales.

La Constitución de 1886 reglaba en los artículos 121 y 122 los denominados estados de sitio y de emergencia económica: El primero, tendiente a conjurar una situación de perturbación grave del orden público proveniente de guerra exterior o de una conmoción interior. El segundo, se refería a una situación en la que se debía afrontar unos hechos *“que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico o social del país o que constituyan también grave calamidad pública”*¹⁵⁸ . No obstante, hay que reconocer que la reglamentación de los estados excepcionales en vigencia de la Constitución de 1886 no fue, sin embargo, uniforme durante su vigencia.

cual representa el 82% del tiempo transcurrido. Entre 1949 y 1991 Colombia vivió más de treinta años en estado de sitio. (2) Buena parte de las normas de excepción las ha legalizado el Congreso, lo que ha convertido al Ejecutivo en un legislador de hecho. (3) Hubo períodos en los cuales se impusieron profundas restricciones a las libertades públicas, a través, por ejemplo, de la justicia militar para juzgar a los civiles. Según Gustavo Gallón (1979), a finales de 1970, el 30% de los delitos del Código Penal eran competencia de cortes marciales. (4) La declaratoria y el manejo de la excepción desvirtuaban el sentido y el alcance de las normas constitucionales sobre la materia, debido a la ausencia total de un control político y jurídico. Al finalizar este período, en 1991 se promulga la Constitución actual, con la cual, por primera vez en la historia del país, se imponen claras restricciones a esta práctica.”

¹⁵⁸ Constitución Política de 1886, artículo 122.

En la versión original de la Carta, manteniendo la línea ya descrita en la primera fase de vida republicana, sólo se contaba con la posibilidad de declarar “*el estado de sitio*” y no así la emergencia económica o social¹⁵⁹.

La disposición fue el producto de un debate en torno a dos ponencias: La del proyecto original, defendida por Miguel Antonio Caro, que hacía una distinción “*entre la legalidad marcial y la propia de los tiempos de paz desplazada por aquella*”¹⁶⁰, otorgándole unas potestades mayores al Presidente de la República. La segunda, defendida por José María Samper, que propugnaba por la limitación de poderes del ejecutivo, independientemente de la situación generadora de la excepcionalidad. A la postre esta última tesis fue la que se impuso¹⁶¹.

Estimamos que el exceso de facultades excepcionales se debió en buena parte al precario control judicial¹⁶² y político¹⁶³ sobre los decretos legislativos que tuvo en un comienzo la Constitución, así como unas restricciones referidas tan

¹⁵⁹ El artículo 122 de la Constitución se refería a la responsabilidad limitada del jefe del ejecutivo y en modo alguno se aludía a potestades extraordinarias por afectación que pusiere en riesgo el orden económico o social.

¹⁶⁰ MONTOYA MEDINA, Luis Eduardo. Óp. Cit., p.42.

¹⁶¹ Cfr. COPETE LIZARRALDE, Álvaro. *Lecciones de derecho constitucional colombiano: Apuntes de clases*. Bogotá: Universidad Nacional. 1973., pp. 187-190.

¹⁶² De hecho, conforme a lo preceptuado por el original artículo 151, numeral 4, de la Constitución de 1886 sólo se ejercía control de constitucionalidad si lo solicitaba el propio gobierno nacional. Evidentemente, siendo el ejecutivo el autor de las disposiciones que entrarían eventualmente bajo la respectiva revisión de la Corte Suprema, resultaba muy probable que esta no se refiriese al tema. (*Artículo 151.- Son atribuciones de la Corte Suprema:...4. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de actos legislativos que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales*”).

¹⁶³ En la práctica la única intervención del Congreso era a través de la reglamentación legal en torno a las facultades que puede asumir el Presidente; sin embargo, esta disposición legal no se adoptó en parte porque se estimaba que envolvía una contradicción de la figura de excepcionalidad en tanto que era el presidente quien estaba encargado de la preservación del orden público y era quien debía adoptar las medidas que resultaren necesarias para restablecerlo. (cfr. COPETE LIZARRALDE, Álvaro. Óp. Cit. P. 192).

sólo al concepto de “*derecho de gentes*” (versión original del artículo 121 constitucional¹⁶⁴).

El mencionado exceso de facultades llevó a que se reconozca la génesis de la justicia penal de excepción en Colombia en el gobierno de Rafael Núñez y, específicamente, con la promulgación de la Ley 61 de 1888 conocida como Ley de los Caballos¹⁶⁵. Obsérvese que en principio, resultaría incongruente lo expresado, en tanto que si se trata de una ley, creada por ende por el órgano legislativo ordinario, no se entendería porqué puede tomarse la misma como antecedente histórico de un régimen excepcional que se caracteriza, precisamente, por otorgar facultades extraordinarias, entre ellas la legislativa, al ejecutivo. No obstante lo anterior, debe hacerse una breve reseña histórica que permita entender la primera afirmación de este párrafo.

La Constitución de 1886 se promulga luego de una guerra civil¹⁶⁶, y con la clara intención de romper con el orden constitucional anterior, por lo que se formula

¹⁶⁴ “Artículo 121.- En los casos de guerra exterior, o de conmoción interior, podrá el Presidente, previa audiencia del Consejo de Estado y con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración quedará el Presidente investido de las facultades que le confieran las leyes, y, en su defecto, de las que le da el Derecho de gentes, para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento. Las medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional legislativo que, dentro de dichos límites, dicte el Presidente, serán obligatorios siempre que lleven la firma de todos los Ministros. El Gobierno declarará restablecido el orden público luego que haya cesado la perturbación o el peligro exterior; y pasará al Congreso una exposición motivada de sus providencias. Serán responsables cualesquiera autoridades por los abusos que hubieren cometido en el ejercicio de facultades extraordinarias.”

¹⁶⁵ Llamada así porque su origen fue un incidente con caballos (que aparecían con su cola cortada) que tuvo lugar en el departamento del Cauca y que fue interpretada como la evidencia de la existencia de una “*horda de bandidos*”. Sobre el particular resulta interesante consultar ADARVE CALLE, Lina. *La ley de los caballos de 1.888: entre la búsqueda del “orden” y la construcción de un enemigo*. En: Revista Nuevo foro penal. Volumen 7. N°. 78 Medellín: Universidad EAFIT. Enero-junio de 2012. pp. 146-168.

¹⁶⁶ El siglo XIX colombiano se caracterizó por unas permanentes guerras civiles. En 1885 un grupo de liberales radicales, que defendían el ideario de la Constitución de Rionegro de 1863 se levantaron en armas contra el gobierno de Rafael Núñez que representaba lo que se denominó “la Regeneración” que estaba integrada por algunos que se conocían como liberales independientes, como el propio Núñez, y el partido conservador encabezado por Miguel

un excesivo centralismo, en contraposición al federalismo de la Constitución de 1863. Al año siguiente se expide la Ley 153 de 1887 que contemplaba entre sus artículos una disposición del siguiente tenor:

“Artículo 6. Una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución. Pero si no fuere disposición terminante, sino oscura o deficiente, se aplicará en el sentido más conforme con lo que la Constitución preceptúe.”

Obsérvese que este precepto resultaba, desde la idea de primacía constitucional, técnicamente absurdo, pues en la práctica permitía que una ley tuviera materialmente rango constitucional.

“Eso equivalía ni más ni menos, a dejar libre una puerta falsa en el sendero de las modificaciones de la norma fundamental. La ley ordinaria podía, en el hecho, realizar un cambio, puesto que sus cláusulas eran obligatorias aunque aparecieran en contradicción con el supremo estatuto. Quedaba este condenado a la flexibilidad que amparada en el sofisma y escudada en el espíritu de partido, desquiciaba el principio de razonable rigidez y permanencia que todo constituyente ha de darle a su obra, de largas proyecciones hacia futuro y de supremacía en el orden jurídico.”¹⁶⁷

De hecho, la práctica de invertir el orden jerárquico de las normas no resultaba tan exótica en la Colombia de fines del siglo XIX. Así, un repaso al texto del

Antonio Caro. Precisamente, en septiembre de 1885 luego de conocerse la derrota liberal en la batalla de la Humareda, el presidente Núñez exclamó: *“La Constitución de Rionegro ha dejado de existir”* y se convoca a un Congreso de delegatarios que fue el redactor de la Constitución de 1886. Cfr. MELO, Jorge Orlando. *La Constitución de 1886*. En: Nueva Historia de Colombia. Bogotá: Editorial Planeta. Volumen III. 1989.

¹⁶⁷ PÉREZ, Francisco de Paula. *Derecho Constitucional colombiano*. Bogotá: Editorial Lerner. 1967, p. 440.

artículo L transitorio de la Constitución de 1886¹⁶⁸ indicaba que aquellas disposiciones proferidas por el Presidente con fuerza de ley anterior a la promulgación de la entonces nueva Carta, mantenían su vigencia aun cuando resultaren contrarias al novel marco normativo y hasta tanto no resultaren expresamente derogados.

En este contexto entonces se entiende que al promulgarse la Ley 61 de 1888¹⁶⁹ se estuviere creando un marco normativo de excepción que fue utilizado, ¡y de qué manera! Para crear normas de claro contenido penal, modificando el régimen procesal aplicable y las sanciones que se derivaban de comportamientos que eran catalogados como lesivos del orden público, pero que en el fondo no eran más que manifestaciones de contradictores políticos.

“La ley solicitada por Rafael Núñez fue expedida y se convirtió en el más eficaz de los instrumentos, para cometer todo tipo de arbitrariedades contra los opositores al régimen de la Regeneración. La Ley de los Caballos fue usada para muchos y variados asuntos, principalmente, para

¹⁶⁸ “Artículo L.- Los actos de carácter legislativo expedidos por el Presidente de la República antes del día en que se sancione esta Constitución, continuarán en vigor, aunque sean contrarios a ella, mientras no sean expresamente derogados por el Cuerpo Legislativo o revocados por el Gobierno”.

¹⁶⁹ El texto completo de la norma es el siguiente: “Ley 61 de 1888 (25 de mayo). Por la cual se conceden al presidente de la República algunas facultades extraordinarias. Art. 1o. Facúltese al Presidente de la República: 1°. Para prevenir y reprimir administrativamente los delitos y culpas contra el Estado que afecten el orden público, pudiendo imponer, según el caso, las penas de confinamiento, expulsión del territorio, prisión ó pérdida de derechos políticos por el tiempo que crea necesario. 2°. Para prevenir y reprimir con iguales penas las conspiraciones contra el orden público y los atentados contra la propiedad pública o privada que envuelvan, á su juicio, amenaza de perturbación del orden ó mira de infundir terror entre los ciudadanos; y 3°. Para borrar del escalafón á los militares que, por su conducta, se hagan indignos de la confianza del Gobierno á juicio de aquel Magistrado. Art. 2°. El Presidente de la República ejercerá el derecho de inspección y vigilancia sobre las asociaciones científicas é institutos docentes; y queda autorizado para suspender por el tiempo que juzgue conveniente, toda Sociedad ó Establecimiento que bajo pretexto científico ó doctrinal sea foco de propaganda revolucionaria ó de enseñanzas subversivas. Art. 3°. Las providencias que tome el Presidente de la República en virtud de la facultad que esta Ley le confiere, deberán para llevarse á efecto ser definitivamente acordadas en el Consejo de Ministros. Art. 4°. Las penas que se apliquen de conformidad con esta ley no inhiben á los penados de la responsabilidad que les corresponda ante las autoridades judiciales conforme al Código Penal. Art. 5°. La presente ley caducará el día en que el Congreso de la República expida una Ley sobre alta policía nacional”.

librarse de los “enemigos” políticos del gobierno de Miguel Antonio Caro, quien no sólo mandó a ejecutar reos para intimidar a la población, también la utilizó para desterrar del país a aquellos que, por su posición política y social, no podía mandar a ejecutar tan fácilmente...

...el vicepresidente Miguel Antonio Caro, encargado de la dirección del poder Ejecutivo nacional, no solo utilizó la herramienta legal que ya tenía – Ley de los Caballos- sino que además no dudó en declarar el estado de sitio en la ciudad de Bogotá y expidió el Decreto número 389, en el cual dispuso que el orden en la ciudad se conservaría militarmente y prohibió la reunión pública de cinco o más ciudadanos, “así como la circulación de publicaciones de todo género sin el previo pase del ministerio de gobierno”; además se ordenaba que las contravenciones a este decreto y los ataques a domicilios de particulares, de empleados y a los edificios públicos serían juzgados y castigados militarmente¹⁷⁰.

Nótese cómo el Ejecutivo aprovechó el momento y limitó, aún más, los derechos y las garantías de los ciudadanos desde el punto de vista penal (derecho al juez natural -civiles juzgados por civiles- y derecho a juicio justo), censuró algunos periódicos e impuso la censura previa a la prensa en general.

Después de las protestas, fueron detenidas aproximadamente 400 personas¹⁷¹, sin juicio previo ni defensa. El representante del poder Ejecutivo les impuso como pena el extrañamiento a la Isla de San Andrés, hasta nueva orden del gobierno; y a los cómplices “el extrañamiento de la capital de la República con destino a permanecer en los lugares que les señale el Poder Ejecutivo por el tiempo que se juzgue necesario¹⁷²”.

¹⁷⁰ *Diario Oficial*, N°. 9047, Bogotá, 17 de enero de 1893, p. 76. El estado de sitio fue levantado el 24 de febrero de 1893, mediante el Decreto 494. *Diario Oficial*, N°. 9086, 25 de febrero de 1893, p. 253.

¹⁷¹ Cfr. AGUILERA PEÑA, Mario. *Insurgencia urbana en Bogotá. Motín, conspiración y guerra civil, 1893- 1895*. Bogotá: Instituto colombiano de Cultura. 1997, p. 85.

¹⁷² ADARVE CALLE, Lina. *Óp. Cit.*, p.156, 158.

La habilitación al ejecutivo a legislar en materia penal de la forma como se hizo durante esa última década del siglo XIX resultaba cuestionable jurídicamente. Si bien es cierto que en virtud de la ya citada norma de la Ley 153 de 1887 se presumía la disposición ajustada a la Carta, era evidente que la posibilidad de privar de la libertad sin proceso previo, la fijación de penas ex post resultaban incompatibles con el debido proceso en general y con el principio de legalidad en particular. De ahí, que con el tiempo se escucharon voces en contra de esas potestades exorbitantes del ejecutivo, incluso entre miembros respetados del partido político en el poder.¹⁷³ Dichas críticas fueron determinantes para su derogación mediante la Ley 18 de 1898 y, posteriormente, para derogar también el artículo 6 de la citada Ley 153 de 1887 por medio del artículo 40 del Acto Legislativo 03 de 1910.¹⁷⁴

2.2.2 De 1910 a 1953

La reforma constitucional de 1910 trató de enmendar los excesos cometidos. Para ello, introdujo algunas modificaciones que destacamos:

- La primacía de la norma constitucional¹⁷⁵.

¹⁷³ Así, el líder conservador, senador para la época y posteriormente presidente de la República José Vicente Concha, señalaba: *“Castigar a los colombianos, por hechos no definidos en ley preexistente, sin necesidad de imputarles acto alguno, sin hacerlos comparecer ante tribunal competente y sin observar la plenitud de las fórmulas de un juicio”*; a su juicio, esta facultad era la *“disposición más despótica, más anticristiana, más salvaje, de la ley de facultades extraordinarias.”*(Cfr. ADARVE CALLE, Lina. Óp. Cit. 164).

¹⁷⁴ Nótese cómo la derogatoria del fundamento normativo legal que sirvió de sustento para predicar una aparente constitucionalidad de la Ley de los caballos fue derogada por un acto legislativo, típica disposición de modificación de texto constitucional. A nuestro juicio esto es una muestra más que para esta época el principio de supremacía de la Constitución en Colombia no estaba desarrollado ni comprendido plenamente.

¹⁷⁵ Acto Legislativo 03 de 1910. Artículo 40: *“En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán preferencia las disposiciones constitucionales”*.

- La prohibición de que, vía decreto legislativo, se pudiese derogar la legislación ordinaria¹⁷⁶ .

- Expresar que la legislación excepcional se entendía como transitoria¹⁷⁷, en tanto que superado el estado de sitio se volvía a la legislación ordinaria.

- La creación de la acción pública de inconstitucionalidad, que se ha calificado como la contribución significativa del derecho colombiano al derecho occidental¹⁷⁸. Con soporte en dicha acción, se podía demandar la exequibilidad de “*todas las leyes o decretos acusados*” ante la Corte Suprema de Justicia¹⁷⁹ .

Pese a lo anterior, lo cierto era que la excesiva prolongación de la excepcionalidad terminó por desbordar en demasía tal carácter transitorio de las normas que llegaron a ser incluso permanentes con la promulgación de leyes ordinarias que recogían los decretos legislativos.

En la reforma constitucional de 1914¹⁸⁰ se incluyó que era menester contar con el concepto previo del Consejo de Estado¹⁸¹ que no resultaba vinculante y que,

¹⁷⁶ Acto Legislativo 03 de 1910. Artículo 33: “...*El Gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos...*”

¹⁷⁷ Acto Legislativo 03 de 1910. Artículo 33: “...*Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio. El Gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento; y dejarán de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado*”.

¹⁷⁸ Cfr. VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de batalla: una crítica al constitucionalismo colombiano*. Segunda Edición. Bogotá: Fondo Editorial CEREC. 1997., p. 149.

¹⁷⁹ Acto Legislativo 03 de 1910. Artículo 41: “*A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren esta y las leyes, tendrá la siguiente: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.*”.

¹⁸⁰ Que tuvo como objetivo restablecer el Consejo de Estado como órgano máximo de la jurisdicción contenciosa administrativa (suprimido en una reforma de 1905), pero manteniendo igualmente algunas funciones consultivas.

por ende, terminó siendo un mero formalismo en la adopción de medidas extraordinarias.

Una revisión al caso que históricamente ha sido identificado como la “*masacre de las bananeras*” es muestra clara de los excesos de la figura. A principios del siglo XX, concretamente al finalizar la década de los 20, se presenta una huelga en una de las compañías más importantes que tenía la costa colombiana: La United Fruit Company. Esta huelga motivó que el presidente Miguel Abadía Méndez declarara el estado de sitio y se reprimiere la protesta con suma violencia¹⁸². No sólo la autoría del hecho quedó impune penalmente sino que, por vía de normatividad excepcional, algunos huelguistas terminaron siendo reos de tribunales militares en virtud del Decreto Legislativo 02 de 1928, siendo esta la primera vez en la vida republicana que “*los civiles fueron perseguidos por la justicia penal militar*”¹⁸³, una práctica que se reiteraría posteriormente durante la dictadura del general Gustavo Rojas Pinilla.

El marco normativo que se creó con la reforma de 1910 se mantuvo vigente durante buena parte de la primera mitad del siglo XX. Ya hemos observado que la reforma de 1914 realmente fue menor. Tan sólo en 1945 se introdujo una disposición que preceptúa “*que el control (constitucional) se extendía a los*

¹⁸¹ Acto Legislativo de 1914. Artículo 7: “*En los casos de que tratan el Artículo 28 de la Constitución y el 33 del Acto Legislativo número 03 de 1910, el Gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado para dictar las providencias de que tratan dichos Artículos*”.

¹⁸² La descripción de la masacre de las bananeras como es conocida la represión violenta de la huelga contra la United Fruit Company fue objeto de debates en el Congreso de la República en donde se llegó a demostrar que al menos 300 trabajadores fueron asesinados por las balas de los uniformados (Cfr. GAITÁN AYALA, Jorge Eliécer. 1928: La Masacre de las bananeras. Editorial cometa de papel. Bogotá. 1.997). Aunque otros autores ubican esa cifra entre 60 a 75 huelguistas (Cfr. BUSHNELL, David. *Colombia. Una nación a pesar de sí misma: de los tiempos precolombinos a nuestros días*. Bogotá: Editorial Planeta. 1996.) Igualmente, el hecho ha tenido tal trascendencia de nuestro país que ha sido inmortalizado en obras literarias como *la Casa grande* de Álvaro Cepeda Samudio o *Cien años de soledad* de Gabriel García Márquez.

¹⁸³ ITURRALDE, Manuel. *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*. Bogotá: Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana. 2010, p.60

*decretos expedidos con fundamento en facultades legislativas precisas y pro tempore, aquellos del estado de conmoción interior o de guerra exterior*¹⁸⁴. A nuestro juicio resultaba evidente que tal extensión estaba implícita en la reforma de 1910 cuando creaba la acción pública de inconstitucionalidad, pues no existiendo diferenciación alguna respecto de las normas que podían ser demandadas, era obvio que también incluía los decretos legislativos. Sin embargo, a fin de superar interpretaciones literales y restrictivas, se termina haciendo explícita la posibilidad de someter a estudio constitucional los referidos decretos, con la modificación del artículo 53 de la entonces vigente Carta.¹⁸⁵

El marco normativo descrito era el imperante cuando acaecieron algunos hechos que marcaron hito en la historia de Colombia: El bogotazo¹⁸⁶, la clausura del Congreso en 1949¹⁸⁷ y el advenimiento de la dictadura militar de Rojas Pinilla¹⁸⁸.

¹⁸⁴ MONTOYA MEDINA, Luis Eduardo. Óp. Cit., p. 46.

¹⁸⁵ *“A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren esta y las leyes, tendrá la siguiente: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, o sobre todas las leyes o decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 69 y el artículo 117 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano. En las acciones de inexequibilidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación”*.

¹⁸⁶ Expresión con la que se conocen los disturbios, para muchos el inicio formal de la denominada “*Época de la Violencia*”, ocurridos el 9 de abril de 1948 cuando fue asesinado el líder liberal Jorge Eliécer Gaitán.

¹⁸⁷ *“El 9 de noviembre el gobierno declaró turbado el orden público y estableció el estado de sitio en todo el país. Bajo este amparo una serie de decretos fueron dictados: cierre del Congreso y demás cuerpos legislativos departamentales y municipales, establecimiento de la censura de prensa, prohibición de todas las reuniones o manifestaciones públicas y otorgamiento de plenos poderes a los gobernadores de los departamentos para que implementaran las medidas. Los colombiano entendieron que estaban frente a un autogolpe de Estado, frente al empotramiento de una dictadura y ante la radicalización de lo que entonces se conocía como la Violencia”* (AYALA DIAGO, César Augusto. *El cierre del Congreso de 1949*. En: Revista Credencial Historia. Edición 162. Bogotá. Junio de 2003).

¹⁸⁸ La dictadura militar se produjo en el lapso de 1953 a 1957.

La muerte violenta del caudillo y candidato liberal Jorge Eliecer Gaitán, desencadenó una sucesiva alteración del orden público que motivó la declaratoria del estado de excepción. Pese a la situación francamente anormal que se vivía, se llevó a cabo los comicios para conformar los cuerpos colegiados, en donde el liberalismo, partido de oposición en ese momento, obtuvo la mayoría en el Congreso de la República. Corría el año 1949 y se desarrollaba la fase final del gobierno conservador presidido por Mariano Ospina Pérez. Una vez instalado el Congreso y en *“un acto de ingenuidad, el 9 de noviembre, en las horas de la mañana, los presidentes del Senado y la Cámara visitaron al presidente Ospina para anunciarle que se iba a tramitar una acusación contra él”*¹⁸⁹ por los abusos cometidos durante la represión de los hechos del 9 de abril. En horas de la tarde el presidente Ospina estimó turbado el orden público y declaró el estado de sitio en todo el territorio nacional, lo que le permitió la expedición del Decreto 3520 de esa anualidad, mediante el cual suspendió las sesiones del Congreso Nacional, Asambleas Departamentales y de los Concejos Municipales, pues estimó que en las circunstancias que se estaban viviendo resultaba *“incompatible con el estado de sitio la continuación de las actuales sesiones ordinarias del Congreso”*, siendo que esa interrupción era vista como *“indispensable para lograr el pronto restablecimiento del orden público”*.¹⁹⁰

2.2.3 De 1953 a 1991

Culminado el periodo presidencial de Ospina Pérez, accede al gobierno nacional Laureano Gómez Castro. El conservador llega a la primera

¹⁸⁹ REYES, Catalina. *El gobierno de Mariano Ospina Pérez*. En Nueva Historia de Colombia. Tomo II. Bogotá: Editorial Planeta. 1989., p. 31.

¹⁹⁰ Parte considerativa del Decreto 3520 del 9 de noviembre de 1949.

magistratura luego de unas elecciones en las que fue el único candidato¹⁹¹. Como se encontraba cerrado el Congreso de la República, se posesiona ante la Corte Suprema de Justicia e inicia una administración que suele relacionarse con un incremento de las acciones de represión política y de limitación a las libertades públicas, ocasionando un ambiente caldeado que propicia en 1953 el golpe de estado del general Gustavo Rojas Pinilla¹⁹².

El breve recuento del contexto en que accede al poder el mencionado general permite comprender porque durante su gobierno fue común la promulgación de decretos legislativos, algunos de los cuales permitió convertir en regla general la posibilidad de juzgamiento de civiles por tribunales castrenses. Así con la expedición de Decreto Legislativo 054 de 1954:

*“El Gobierno creó la “justicia sumaria de excepción”, de la cual se hacía responsable al Servicio de Inteligencia Colombiano (SIC), y cuyo propósito era perseguir a los enemigos del régimen, principalmente a los líderes y activistas de izquierda”.*¹⁹³

Luego de la caída de la dictadura, los dos partidos políticos tradicionales llegan a un acuerdo para alternarse en el poder, periodo que ha sido conocido en nuestra historia como el *“Frente Nacional”*¹⁹⁴, cuyo primer presidente fue Alberto

¹⁹¹ El candidato liberal Darío Echandía renunció en medio de sus denuncias de persecución y de falta de garantías, que se evidenciaban en una ola de asesinatos que incluyó a su propio hermano.

¹⁹² Golpe de estado que acaece precisamente en el momento en el que el presidente Gómez reasumía el poder que había dejado transitoriamente por motivos de enfermedad en su designado Roberto Urdaneta Arbeláez.

¹⁹³ ITURRALDE, Manuel. Óp. Cit., p.60.

¹⁹⁴ En la historia de Colombia se conoce como *“Frente Nacional”* al periodo de 16 años comprendido entre 1958 a 1974 producto de una coalición política entre los partidos Liberal y Conservador concretada el 24 de julio de 1956 entre los líderes de dichos partidos Alberto Lleras Camargo y Laureano Gómez Castro y avalada popularmente con el denominado plebiscito de 1957 convocado por la Junta Militar que gobernó el país a la caída de la dictadura del general Rojas Pinilla. (Cfr. PAREDES, Zioly y DÍAZ, Nordelia. *Los orígenes del Frente*

Lleras Camargo quien promovió en 1960 una reforma constitucional que introdujo un mayor control político a los estados excepcionales y acentuó el control judicial sobre los mismos, llegando incluso a ponerle un término perentorio para su pronunciamiento respecto de la inexecutable de la declaratoria. Resultaba evidente que la motivación de la reforma constitucional no era otra que la de evitar los abusos del estado de sitio en 1949¹⁹⁵.

No obstante lo anterior, el propio Lleras Camargo, dentro del nuevo marco normativo de los estados excepcionales, declararían en varias ocasiones, como también sus sucesores¹⁹⁶, estados de sitio que en buena medida fueron utilizados para criminalizar la protesta social, que se solía identificar con insurgencia, con movimientos de orientación marxista, en fin, con un “enemigo” del orden establecido y ubicado en un contexto de guerra fría en la que se interpretaba todo esto como posibles brotes revolucionarios que tenían inspiración cubana.

“El enfoque punitivo de emergencia se convirtió en una herramienta habitual del Gobierno, en especial durante la década de los años sesenta, cuando gobernó el Frente Nacional, y que fue un período de intensa turbulencia social. Aunque en esos años se crearon movimientos armados

Nacional. En Presente y pasado. Revista de Historia. Año 12. Universidad de los Andes. Bogotá. Enero-junio de 2007, pp. 179-190).

¹⁹⁵ Acto Legislativo 01 de 10 de diciembre de 1960. “Artículo 1. El Presidente de la República no podrá ejercer las facultades de que trata el Artículo 121 sino previa convocatoria del Congreso en el mismo decreto en que declare turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella, ya sea por causa de guerra exterior o de conmoción interna. Esta convocatoria se hará para dentro de los diez (10) días siguientes a la expedición de tal decreto. Si el Presidente no lo convocare, el Congreso se reunirá por derecho propio. En todo caso permanecerá reunido mientras dure el estado de sitio.

El Congreso, por medio de proposición aprobada por Mayoría absoluta de una y otra Cámara, podrá decidir que cualquiera de los decretos que dicte el gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias del estado de sitio, pase a la Corte Suprema de Justicia para que decida sobre su constitucionalidad. La Corte fallará dentro del término de seis (6) días, y si así no lo hiciera, el Decreto quedará suspendido.

La demora de los Magistrados en pronunciar el fallo es causal de mala conducta.”

¹⁹⁶ Ver siguiente cuadro.

*de izquierda en las zonas rurales (que luego se convertirían en las guerrillas comunistas), en los años sesenta y setenta las medidas de excepción se concentraron en un objetivo concreto que el régimen político valoraba como una amenaza mayor: Los movimientos de estudiantes y trabajadores, que se consideraban comunistas y subversivos*¹⁹⁷.

En 1968 se produjo una de las mayores reformas a la Carta de 1886. Los estados excepcionales fue uno de los diversos tópicos modificados, siendo que desde esa época se mantuvo la redacción de los preceptos que se encontraban vigentes para la fecha en que se promulgó la Constitución de 1991.

En relación con el estado de sitio, se mantenía su regulación en el artículo 121¹⁹⁸; sin embargo, se incluyó el control automático de constitucionalidad del

¹⁹⁷ ITURRALDE, Manuel. Óp. Cit., p. 61.

¹⁹⁸ *“Artículo 121. En caso de guerra exterior, o de conmoción interior, podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la república o parte de ella.*

Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá, además de las facultades 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.

Los decretos que dentro de esos precisos límites dicte el Presidente tendrán carácter obligatorio, siempre que lleven la firma de todos los Ministros.

El Gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos, Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio.

La existencia del estado de sitio en ningún caso impide el funcionamiento normal del Congreso, Por consiguiente, este se reunirá por derecho propio durante las sesiones ordinarias y en extraordinarias cuando el Gobierno lo convoque.

Si al declararse la turbación del orden público y el estado de sitio estuviere reunido el Congreso, el Presidente le pasará inmediatamente una exposición motivada de las razones que determinaron la declaración. Si no estuviere reunido, la exposición le será presentada el primer día de las sesiones ordinarias o extraordinarias inmediatamente posteriores a la declaración.

En el caso de guerra exterior, el Gobierno convocará al Congreso en el decreto que declare turbado el orden público y en estado de sitio la República, para que se reúna dentro de los diez días siguientes, y si no lo convocare, podrá el Congreso reunirse por derecho propio.

El Gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o terminado la conmoción interior y dejarán de regir Los decretos de carácter extraordinario que haya dictado.

Serán responsables el Presidente y los Ministros cuando declaren turbado el orden público sin haber ocurrido el caso de guerra exterior o de conmoción interior; y lo serán también, lo mismo que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de Las

decreto que lo promulgaba, así como un término perentorio para que la Corte Suprema de Justicia se pronunciare sobre su exequibilidad¹⁹⁹.

La limitación temporal que se impuso para que la judicatura resolviera sobre su ajuste o no a la Carta no tuvo una figura correlativa respecto de la vigencia misma del estado de sitio que seguía supeditado al restablecimiento del orden público, valoración que dependía de quien ejercía las facultades exorbitantes: El gobierno nacional.

No obstante que la modificación al viejo estado de sitio era importante, no puede desconocerse que en materia de estados excepcionales la más relevante reforma tiene que ver con la inclusión, junto al estado de sitio, de la emergencia económica que si bien fue introducida en el artículo 122²⁰⁰

facultades a que se refiere el presente artículo.

PARÁGRAFO. El Gobierno enviará a la Corte Suprema de Justicia el día siguiente a su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviados, la Corte Suprema de Justicia aprehenderá inmediatamente de oficio su conocimiento.

Los términos señalados en el artículo 214 se reducirán a una tercera parte, y su incumplimiento dará lugar a la destitución de los Magistrados responsables, la cual será decretada por el Tribunal Disciplinario.”

¹⁹⁹ Así, en el artículo 214 constitucional se preceptuaba que: “En las acciones de inexecutableidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación. En los casos de los artículos 121 y 122, cualquier ciudadano puede intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad de los decretos a que ellos se refieren.

La Corte Suprema de Justicia cumplirá estas funciones en Sala Plena, previo estudio de la Sala Constitucional compuesta de Magistrados especialistas en Derecho Público,

El Procurador General de la Nación y la Sala Constitucional dispondrán, cada uno, de un término de treinta días para rendir concepto y ponencia, y la Corte Suprema de Justicia de sesenta días para decidir. El incumplimiento de los términos es causal de mala conducta que será sancionada conforme a la ley”.

²⁰⁰ “Artículo 122. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en el artículo 121, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico o social del país o que constituyan también grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar el estado de emergencia por períodos que sumados no podrán exceder de noventa días al año.

Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente con la firma de todos los Ministros, dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Tales decretos solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que determine el estado de emergencia.

constitucional, ya había tenido algún intento de nacimiento en nuestro orden jurídico, tal y como lo recuerda Pérez Motta cuando sintetiza el origen del precepto citado:

“En primer lugar el encargado de la Presidencia Roberto Urdaneta Arbeláez presentó un proyecto en tal sentido a la frustrada Asamblea Constituyente de 1952 – 1953, y luego Alfonso López Michelsen en 1966 impulsó en el Senado el texto que se convirtió en el Acto Legislativo N° 1 de 1968 que modificó la Carta de 1886 y estableció a través del artículo 122 lo que genéricamente se ha llamado el Estado de Emergencia Económica.

A pesar de que buena parte de las importantes enmiendas que se introdujeron a la Constitución en esa ocasión fueron impulsadas por el Presidente Lleras Restrepo, lo atinente a la reforma del Estado de Sitio se hizo contra su voluntad, ya que él había manifestado explícitamente ser partidario de atender las crisis económicas por medio de facultades extraordinarias, pero los congresistas estimaron que este mecanismo “...

El Gobierno en el decreto en que declare el estado de emergencia señalará el término dentro del cual va a hacer uso de sus facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término. El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogables por acuerdo de las dos Cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el estado de emergencia y las medidas adoptadas. El Congreso podrá en todo tiempo y a iniciativa propia, derogar, modificar o adicionar las materias específicas de los decretos a que se refiere este artículo.

En las condiciones y para los efectos previstos en este artículo, el Congreso se reunirá por derecho propio, si no fuere convocado.

Serán responsables el Presidente y los Ministros cuando declaren el estado de emergencia sin haber ocurrido los hechos a que se refiere el inciso 1°; lo serán también por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refiere el presente artículo.

Durante el estado de emergencia económica el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores consagrados en leyes anteriores.

PARÁGRAFO. El Gobierno enviará a la Corte Suprema de Justicia el día siguiente a su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida definitivamente sobre su constitucionalidad, Si el Gobierno no cumpliere con el deber de enviarlos, la Corte Suprema de Justicia aprehenderá inmediatamente de oficio su conocimiento.

Los términos señalados en el artículo 214 se reducirán a una tercera parte, y su incumplimiento dará lugar a la destitución de los Magistrados responsables, la cual será decretada por el Tribunal Disciplinario”.

que requiere de la aprobación de una ley, podría no resultar tan rápido ni tan sigiloso como exige el manejo de ciertas crisis económicas^{201,202}.

Lo cierto es que el nuevo estado excepcional tuvo unas mayores limitaciones que el estado de sitio, incluso con las reformas que se introdujeron a este último en 1968. En efecto, en el estado de emergencia económica se consagraba una limitación temporal, como quiera que no podía prorrogarse esta por más de 90 días al año, lo que contrasta con la indeterminación del estado derivado de la guerra exterior o estado de sitio. Se fijaba clara y expresamente una restricción material que sólo habilitaba al ejecutivo a expedir decretos legislativos que tuviere como finalidad la superación de la crisis que había dado lugar a la excepcionalidad, así como evitar su extensión. Finalmente, se asimilaba al estado de sitio en la necesidad de contar con un control judicial por parte de la Corte Suprema de Justicia; sin embargo, en los estados de emergencia, los términos, de por sí perentorios para esta, se disminuían a una tercera parte.

Como pudo advertirse, el periodo reseñado en este epígrafe, que resume el marco normativo de los estados de excepción previo a la promulgación de la Constitución de 1991, tiene como principales características la pluralidad de mecanismos extraordinarios, la inclusión de limitaciones temporales a través de plazos, al menos para los casos de emergencia, así como el control judicial que siempre había que efectuar sobre los decretos legislativos.

Precisamente, el rol asignado a la judicatura muchas veces se limitó a los aspectos puramente formales de la declaratoria de estado de sitio o de emergencia y eso, sin duda, contribuyó a que la excepcionalidad siguiera

²⁰¹ PALACIOS MEJÍA, Hugo. *La economía en el Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Biblioteca ANIF. 1975., p. 437.

²⁰² PÉREZ MOTTA, Pedro Pablo. *La emergencia económica: Un instrumento financiero público eficaz para las épocas de crisis?* Bogotá: ESAP. 2005., pp. 18-19.

siendo instrumento jurídico de uso permanente. El siguiente cuadro²⁰³ muestra los días en los que Colombia estuvo bajo estado de excepcionalidad constitucional en el periodo 1958 y el 4 de julio de 1991 (cuando entró en vigor la nueva Constitución Política).

Fecha inicio	Fecha final	Presidente	Duración del estado de excepción (en días)
27/08/1958	02/12/1958	Alberto Lleras Camargo	97*
03/12/1958	11/01/1959	Alberto Lleras Camargo	39*
12/01/1959	05/10/1960	Alberto Lleras Camargo	632*
08/10/1960	11/10/1961	Alberto Lleras Camargo	368*
11/10/1961	31/12/1961	Alberto Lleras Camargo	81*
23/05/1963	30/05/1963	Guillermo León Valencia	7*
21/05/1965	12/12/1968	Guillermo León Valencia/Carlos Lleras Restrepo	1301*
09/10/1969	19/04/1970	Carlos Lleras Restrepo	192*
21/04/1970	15/05/1970	Carlos Lleras Restrepo	24*
15/05/1970	18/07/1970	Carlos Lleras Restrepo	64*
19/07/1970	11/11/1970	Carlos Lleras Restrepo/Misael Pastrana Borrero	115*
13/11/1970	17/11/1970	Misael Pastrana Borrero	4*
26/02/1971	25/12/1973	Misael Pastrana Borrero	1033*
12/06/1975	26/06/1975	Alfonso López Michelsen	14
26/06/1975	16/06/1976	Alfonso López Michelsen	356
07/10/1976	16/06/1982	Alfonso López Michelsen/Julio César Turbay Ayala	2620
08/10/1982	09/10/1982	Belisario Betancur Cuartas	1

²⁰³ Cfr. BERMÚDEZ DURANA, Fernando Et. al. *Los estados de excepción en Colombia ¿un diseño institucional adecuado para el balance de poderes?*. Bogotá: Ediciones Uniandes. 2011, pp. 28-29.

23/12/1982	11/02/1983	Belisario Betancur Cuartas	50
14/03/1984	29/04/1984	Belisario Betancur Cuartas	46
01/05/1984	04/07/1991	Belisario Betancur Cuartas/Virgilio Barco Vargas/César Gaviria Trujillo	2620

* Gobiernos del Frente Nacional.

Un total de 9664 días de excepcionalidad evidencian la afirmación que se hizo en precedencia.

De idéntica manera, el cuadro anterior muestra la manera como en la década de los 80 se estuvo un buen tiempo bajo el imperio de la excepcionalidad constitucional, lo que algunos denominaron “*la larga noche hobbesiana*”²⁰⁴ y que es paralela a la escala de violencia que vivió el país por cuenta de la guerra contra el narcotráfico y los actos terroristas endilgados a Pablo Escobar y al cartel de Medellín.²⁰⁵

Este recuento también permite comprender lo expresado por la CIDH cuando presenta informe especial sobre Colombia:

“Si bien el estado de sitio había sido implantado con carácter esporádico antes de 1948, a partir de ese año su vigencia se ha tornado periódica convirtiendo su carácter transitorio en un sistema casi permanente, bajo consideraciones tendientes a combatir la violencia política y común en las zonas rurales y, en los últimos años, en los sectores urbanos del país.

La atribución de establecer el estado de sitio figura en el Artículo 121 del Texto Fundamental de 1886, y su vigencia no conlleva, de acuerdo con el mismo, la suspensión o derogación de las disposiciones constitucionales,

²⁰⁴ Cfr. BARRETO ROZO, Antonio. *La generación del estado de sitio. El juicio a la anormalidad institucional en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991*. Bogotá: Universidad de los Andes. 2011, p. 57.

²⁰⁵ Cfr. *Ibíd*em, pp. 58-94.

entre ellas, de las garantías individuales consagradas en dicho ordenamiento normativo.

No obstante lo anterior, se estima que pese a lo prescrito constitucionalmente, el mantenimiento sistemático del estado de sitio da lugar a un régimen de excepción cuya prolongación indeterminada afecta el funcionamiento institucional del Estado de Derecho colombiano²⁰⁶”.

La proclividad a declarar estados excepcionales no es suficiente para comprender en toda su dimensión el uso y abuso de la figura. Para ello, debe complementarse con el control judicial que tuvieron las medidas adoptadas, pues se esperaría que dicho control comportaría un importante dique a las facultades gubernamentales, máxime cuando su intervención debería estar orientada por la guarda de la Constitución. Tal y como se señalare precedentemente, la extensión temporal de los estados de excepción son un indicador que muestra que la efectividad del control judicial no fue riguroso

No obstante lo expresado, debe reconocerse que a lo largo de la vigencia de la Constitución de 1886 no se mantuvo la misma idea de control judicial sobre la excepcionalidad. Una interesante síntesis de la forma como este se llevó a cabo la propone el profesor Montoya Medina:

“A la vez, el mundo ideal del control jurídico, de las medidas expedidas con ocasión del estado de sitio por más de un siglo, se había cernido respecto de normas que sin perder su presunción de inconstitucionalidad, fueron tenidas como leyes de efectos amplios y derogatorios, 1886-1910, y luego suspensivas del ordenamiento contrario, restrictivas y temporales (desde 1910), caracterizado por la carencia de control de constitucionalidad (de 1810 – 1910), o por el control a partir de la acción pública de inexequibilidad por iniciativa ciudadana (1910), o por el control semi oficial

²⁰⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Colombia. Doc. 22 junio 30 de 1981.

por remisión del Congreso (1960 hasta 1968) único periodo en que si la Corte Suprema de Justicia no se pronunciaba dentro de los seis días siguientes se suspendía el decreto en una especie de presunción de inconstitucionalidad²⁰⁷ y por el control automático u oficioso desde 1968.²⁰⁸”

Nótese como en la primera fase de nuestra descripción normativa (1886-1910), en donde materialmente resultaba inexistente la prevalencia constitucional, no hubo pronunciamiento judicial alguno sobre el ejercicio de las facultades exorbitantes. Es claro que el tema se asimilaba como un contexto ajeno a lo jurídico y de naturaleza estrictamente político. Por su parte, con la creación de la acción pública de inconstitucionalidad se pudo debatir, desde lo jurídico, la exequibilidad o no de los actos legislativos. Ciertamente, esa característica permitió incluir la excepcionalidad en los terrenos normativos y no verlo como un mero fenómeno político. Sin embargo, la inclusión no fue plena ni directa; por el contrario, fue gradual, tanto en términos de oportunidad para realizar el análisis de las normas extraordinarias como en el contenido mismo que debía tener dicha valoración.

En lo concerniente a la oportunidad, recuérdese que en un comienzo el pronunciamiento de la Corte se producía exclusivamente si era objeto de demanda los respectivos actos legislativos. Téngase presente, como ya fue expuesto, que incluso para sortear la interpretación literal del acto legislativo de 1910 se debió introducir una enmienda constitucional que, de manera expresa, preceptuaba que los actos legislativos podían también ser demandados en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad. Sería tan sólo con la reforma de 1968 que se incluiría el control judicial automático, materializado en el deber que tenía el gobierno nacional de remitir los decretos legislativos al día siguiente de su expedición a la Corte Suprema de Justicia, con lo que se exigía

²⁰⁷ Cfr. SÁCHICA APONTE, Luis Carlos. *Constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Editorial Temis. 1983., p. 205.

²⁰⁸ MONTOYA MEDINA, Luis Eduardo. *Óp. Cit.*, p. 52.

siempre un pronunciamiento, desde lo jurídico, sobre la constitucionalidad de los estados de excepción.

En lo alusivo al contenido del examen jurídico de los estados de excepción, cierto resulta afirmar que, durante un buen tiempo, la Corte Suprema de Justicia se limitó a una revisión formal de las normas e incluso efectuó interpretaciones que coincidían con una política de eficientismo y seguridad que afectaron garantías básicas de los ciudadanos.

De hecho, la Corte Suprema de Justicia mantuvo inicialmente la tesis según la cual el acto de declaratoria del estado excepcional configuraba en sí mismo un acto político que, por su naturaleza, no podía ser objeto de control jurídico. En otros términos, el examen jurídico debía recaer sobre las normas que se promulgaren bajo el amparo del estado excepcional, pero no así el acto que declaraba este último. De esta manera, se otorgaba un amplio margen de discrecionalidad al ejecutivo y se autolimitaba la competencia de la judicatura. Baste reseñar algunas citas jurisprudenciales para probar la afirmación.

La Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de 1934 indicó que:

“El constituyente en el artículo 33 (alude al reformativo de la Carta de 1886 sucedido en 1910) dejó al presidente la libertad de apreciación acerca de la necesidad de hacer uso de esta autorización constitucional respecto de toda la República o parte de ella (...) en estas circunstancias sólo el Presidente puede, asesorado por el Consejo de Estado, decidir acerca de la extensión del territorio de la República que fuere preciso sujetar al régimen de la legalidad marcial²⁰⁹”.

²⁰⁹ MONTOYA MEDINA, Luis Eduardo. Óp. Cit., p. 53.

Y en la misma línea un pronunciamiento del 12 de junio de 1945 cuando se pronunció sobre la constitucionalidad del Decreto Legislativo 1644 de 1944 expedido luego del fallido golpe de estado de ese año²¹⁰:

*“El estatuto colombiano no contempla, como es obvio, las maneras de expresión de la voluntad del Gobierno y del Senado (sic) y dejan así a la **libre estimación**, según las circunstancias y costumbres de cada época, el cabal cumplimiento de las exigencias constitucionales” (hemos destacado), consagratorio de una amplia libertad para el Ejecutivo y modestísimo papel para el Control judicial, del cual arriba trajimos algunos criterios doctrinales adversos²¹¹” .*

En la década de los 50 y, específicamente durante la dictadura del general Rojas Pinilla, la Corte Suprema de Justicia introdujo una argumentación distinta que abandonaba la idea de la discrecionalidad total del ejecutivo para declarar la excepcionalidad, para arribar prácticamente a la misma conclusión pero sobre el desarrollo del concepto de orden público. Así, en una sentencia de 28 de junio de 1956 expresó que su función en el examen de constitucionalidad se limitaba a:

“a) No estorbar la acción del ejecutivo, como supremo guardián del orden público dirigida al cumplimiento de sus poderosos deberes y al ejercicio de sus facultades extraordinarias para la restauración de la paz y la seguridad social; b) impedir el quebranto de las garantías básicas que la constitución mantiene para todo tiempo, en lo tocante a la organización del estado y a los derechos individuales y sociales; c) cuidar que los decretos legislativos que se sometan al juicio de la Corte cumplan la finalidad de contribuir al restablecimiento del orden público.

...

²¹⁰ Corresponde a lo que históricamente ha sido denominado el “cuartelazo de Pasto” ocurrido en julio de 1944 cuando algunos miembros del ejército retuvieron transitoriamente al presidente Alfonso López Pumarejo.

²¹¹ MONTOYA MEDINA, Luis Eduardo. Óp. Cit., p. 53

En otros términos: Si la norma del decreto es clara y manifiestamente dirigida a la guarda del orden, se acomoda a las exigencias del estatuto; si manifiesta y evidentemente no tiene relación con dicho objeto, lo contraría o quebranta. En los casos dudosos, cuando tal relación no es ostensible la calificación del Presidente sobre la conexidad de la disposición con la guarda del orden público debe prevalecer, lo cual marca la prevalencia del criterio del Ejecutivo en los casos difíciles²¹²”.

Destacamos el uso del término “estorbar” para referirse al control sobre las normas excepcionales. Denota esa expresión lingüística una enorme limitación de la función judicial y una concepción implícita que controlar es equivalente a torpedear. Desde esa perspectiva, resultaba lógico que la “exequibilidad” del decreto legislativo dependía de que las mismas consideraciones invocadas para su promulgación. Así, si en ellas se hacía referencia a situaciones que, a su vez, había motivado la declaratoria de estado de sitio, se concluía que se ajustaba a la Carta. Por supuesto, la posibilidad de que se excluyeran del ordenamiento jurídico esas disposiciones extraordinarias resultaba francamente remota.

El concepto de orden público permitió efectuar un control constitucional sobre los decretos legislativos desde su contenido, pero flexibilizando de tal manera la vinculación estrecha y directa con la situación extraordinaria que se quería enfrentar, que terminaba ampliando el ámbito de competencias del ejecutivo. Así, en una decisión en la que se estudiaba la constitucionalidad de un decreto legislativo en donde disminuía el periodo de vacancia judicial, la Corte aseveró que:

“en tiempos de anormalidad por conmoción interna era previsible que para la “restauración de la paz y la tranquilidad social” fuera necesario “intensificar el trabajo de los funcionarios encargados de administrar

²¹² Ibídem., pp. 53-54.

justicia, a fin de que los delitos sean investigados y sancionados eficazmente y de que todos los derechos tengan oportuna protección por parte del Estado". Entonces, para la Corte, en tiempos de anormalidad era "natural" que el Gobierno pudiera exigir a los funcionarios un mayor esfuerzo "para un rendimiento extraordinario en sus labores". De ese modo, la corporación justificó la conexidad entre la finalidad del decreto y el restablecimiento del orden público y, por tanto, concluyó que el Ejecutivo había actuado dentro de los límites constitucionales²¹³.

Desde luego, estas importantes restricciones en el control judicial tuvieron serias repercusiones, pues se terminó avalando, como ha quedado advertido, una situación de anormalidad como regla general.

La Corte Suprema de Justicia no sólo se limitó a realizar un control formal sobre los actos de declaratoria de la excepcionalidad constitucional, sino que, en algunos casos, concibió que una vez se declarara esa situación de anormalidad, se ingresaba a un marco normativo distinto.

Así, por ejemplo, encontramos casos en los que a pesar que el artículo 61 de la Carta de 1886 consagraba expresamente que *"Ninguna persona o corporación podrá ejercer, simultáneamente, en tiempo de paz, la autoridad política o civil y la judicial o la militar"*, la Corte terminó avalando decretos legislativos en los que se confería a la justicia penal militar el juzgamiento de civiles, pues estimaba que, *a contrario sensu*, en tiempos de no - paz, como los que inspiraban los estados de sitio, la Carta no traía ningún tipo de prohibición, por lo que se podía, en aras de la celeridad²¹⁴, otorgarles la competencia juzgadora.

²¹³ CAJAS SARRIA, Mario Alberto. *La Corte Suprema de Justicia bajo el gobierno del general Gustavo Rojas Pinilla*. En: *Revista de estudios sociales*. Universidad de los Andes. Bogotá. Septiembre-diciembre de 2014., p. 134.

²¹⁴ Cfr. ARIZA HIGUERA, Libardo José. *Fuerzas Armadas, justicia penal militar y discurso judicial: entre el garantismo y el eficientismo*. En *Derecho Constitucional. Perspectivas críticas*. Bogotá: Siglo del hombre editores. 1999, p. 9: *"Sin duda, el argumento relativo a la mayor*

La postura de la Corte Suprema de Justicia se mantuvo en la misma línea hasta avanzada la década de los 80.²¹⁵ Durante ese tiempo se terminó declarando exequibles normas como el Decreto 1133 de 1970 que permitía que en casos de secuestro y conexos fueren los consejos verbales de guerra los encargados de administrar justicia. Igualmente, a este período corresponden los decretos del cuatrienio de Turbay Ayala (Estatuto de Seguridad), resaltándose el Decreto 070 de 1978 que llegó, incluso, a eximir de responsabilidad penal a los militares que en la realización de operaciones de prevención y represión de extorsión, secuestro y delitos de narcotráfico pudieren cometer delitos, bajo el entendido que la defensa social justificaba tal proceder.

En la década de los 80 vale la pena resaltar el Decreto 1042 de 1984, mediante el cual se le otorgaba competencia a la justicia penal militar para conocer algunas conductas punibles relacionadas con el narcotráfico e incluso señaló que el Código Penal Militar sería la norma para tener en cuenta en procedimientos de captura y detención²¹⁶.

eficacia y celeridad de la justicia penal militar para juzgar determinados delitos, cobraba importancia dentro de las exigencias del Estado de Sitio. No obstante, pierde total validez cuando se analiza la duración real de los procesos en esta jurisdicción, frente a los costos que se deben asumir en términos de garantías individuales. Un estudio de 1.983, muestra cómo entre la duración real del proceso penal ordinario y el consejo verbal de guerra únicamente hay 44 días de diferencia, lo que pone en tela de juicio la verdadera eficacia de la justicia penal militar.”

²¹⁵ Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia de octubre 30 de 1969 M.P. Luis Sarmiento Buitrago. Sentencia de noviembre 6 de 1969. M.P. José Gabriel de la Vega. Sentencia de agosto 13 de 1970. M.P. Luis Sarmiento Buitrago. Sentencia de marzo 31 de 1971 M.P. Luis Sarmiento Buitrago. Sentencia de octubre 19 de 1971 M.P. José Gabriel de la Vega.. Sentencia de julio 10 de 1975 M.P. Guillermo González Charry. Sentencia de julio 31 de 1975 M.P. Eustorgio Sarria. Sentencia de diciembre 2 de 1976. M.P. Luis Sarmiento Buitrago. Sentencia de marzo 3 de 1978 M.P. Guillermo González Charry. Sentencia de octubre 30 de 1978. M.P. Luis Carlos SÁCHICA. Sentencia de 3 de julio de 1984. M.P. Alfonso Patiño Rosselli. Sentencia de mayo 26 de 1988 M.P. Fabio Morón Díaz.

²¹⁶ Según datos de la CIDH. Óp. Cit.: “En 1980 la Justicia Penal Militar realizó trescientos treinta y cuatro (334) Consejos de guerra Verbales por diferentes delitos, unos políticos como la rebelión y otros comunes como la extorsión, secuestro, chantaje, homicidios en funcionarios públicos, atracos a entidades y personas, etc., estas investigaciones ponen de presente más

No obstante el claro desbordamiento de los alcances de normas penales militares, la Corte, siguiendo su línea jurisprudencial, determinando que era ajustado el referido decreto a la Constitución.

Durante el gobierno Barco se promulgó el Decreto 750 de 1987 que creó un tribunal especial de instrucción en abierta oposición al principio de juez natural. Conforme al citado decreto legislativo, el novel Tribunal se encargaría de investigar los delitos contra la vida e integridad personal *“que causan una especial conmoción social, de modo tal que agravan la perturbación del orden público y dificultan su restablecimiento”*. El tribunal creado remitiría a la Sala de Casación Penal para que, en única instancia, profiriese la respectiva sentencia, con lo que, de paso, se atentaba contra el principio de doble instancia y se originaba un tratamiento distinto sobre la base, altamente subjetiva, de estimar que una conducta era especialmente perturbadora del orden público.

que la celeridad, la eficacia de la justicia Penal Militar dentro de las garantías y requisitos procesales en la primera y segunda instancia y en los casos previstos por la ley, ante la Corte Suprema de Justicia.

Para la situación concreta de procesos por delitos políticos, para demostrar “la celeridad de esta jurisdicción”, se pueden citar los siguientes casos de consejos de guerra celebrados entre 1980 y 1981, con duración que fluctuó entre veinte (20) días y dos (2) meses:

- Consejo de Guerra celebrado en Bogotá contra 21 integrantes del movimiento subversivo “Auto Defensa Obrera” (A.D.O.).
- Consejo de Guerra celebrado en Melgar (Tolemaida) contra 31 integrantes del movimiento subversivo M-19.
- Consejo de Guerra celebrado en Bogotá contra 9 integrantes del movimiento subversivo “Pedro León Arboleda” (P.L.A.).
- Consejo de Guerra celebrado en Pasto contra 13 integrantes del movimiento subversivo “Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia” (F.A.R.C.).
- Consejo de Guerra celebrado en Medellín contra 25 integrantes del movimiento subversivo “Pedro León Arboleda” (P.L.A.).
- Consejo de Guerra celebrado en Bucaramanga contra 35 integrantes del movimiento subversivo M-19.
- Consejo de Guerra celebrado en Villavicencio contra 14 integrantes del movimiento subversivo “Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia” (F.A.R.C.).
- Consejo de Guerra celebrado en Medellín contra 6 integrantes de la denominada “Brigada Negra”, dependiente del movimiento subversivo “Ejército de Liberación Nacional” (E.L.N.).
- Consejo de Guerra que se celebra en Ipiales contra 66 integrantes del movimiento subversivo M-19 iniciado a mediados de abril del año en curso, cuya culminación no tardará más de diez (10) días”.

La Corte Suprema, al examinar la constitucionalidad del citado decreto legislativo dio un vuelco a su doctrina anterior, pues estimó que se estaban desconociendo unos claros límites materiales impuestos por la Constitución Política. En aquella oportunidad, el máximo tribunal de justicia sostuvo:

"Se ha aludido a los aspectos perturbadores que desde el punto de vista institucional resultan del hecho de extender la acción de las Fuerzas Armadas a campos diversos de los que no sólo la Constitución sino la propia naturaleza de las cosas les ha trazado. Conviene referirse ahora a lo que ello envuelve en torno a la concepción de la justicia.

Una de las más preciosas conquistas de la civilización política es la de la justicia administrada por órganos independientes, imparciales y versados en la ciencia jurídica. No hay que explayarse en demasiadas consideraciones para demostrar las bondades de este principio. Ahora bien, la justicia penal militar, por su organización y por la forma como se integra y como funciona, no hace parte de la Rama Jurisdiccional, como lo exige la Constitución para el juzgamiento de la población civil. Quizá responda a la angustia y a la indignación que experimenta la opinión pública cuando se ve amenazada e inerme ante fuerzas oscuras y excepcionalmente dañinas. Pero el sentido propio de la función jurisdiccional no es encontrar responsables a todo trance, sino castigar el culpable y absolver al inocente, lo cual exige una reflexión ponderada que no suele darse cuando hay que actuar con celeridad frente a las perturbaciones del orden público.

Las urgencias del momento, por apremiantes que lleguen a ser, no son móvil plausible para disponer y tolerar un desbordamiento de las órbitas que la Constitución les asigna a cada una de las ramas del poder público. La anormalidad en los hechos no puede combatirse creando anormalidad en las estructuras jurídicas de la república, pues en todo tiempo deben

prevalecer los mandatos constitucionales sobre las normas de inferior categoría".²¹⁷

La nueva tesis esgrimida fue reiterada con ocasión de la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto 790 de 1987, con ponencia de Hernando Gómez Otálora. Decisión en la que se declaró inexecutable dicha norma que tenía un sentido similar al Decreto 750 del mismo año.

Un segundo cambio en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se presentó cuando a ella le asignaron la competencia de dirimir los conflictos de jurisdicción ordinaria de la penal militar, muy frecuente por cierto cuando se investigaban y juzgaban militares en servicio activo por conductas delictivas cuyas víctimas eran civiles. La postura tradicional que indicaba que estos casos eran del conocimiento de la justicia penal militar en tanto que eran los militares los sujetos activos y que las conductas se desarrollaban en el marco de su servicio como tales, fue variada por la Corte en su sentencia del 11 de octubre de 1988 en la que se indicó que:

*“aquellos militares que delinquen en condiciones ajenas al servicio, procede el juzgamiento de la Justicia Ordinaria”, (siendo que) “en virtud de esta interpretación, la Corte determinó, por ejemplo, que los militares presuntamente involucrados en la masacre de Segovia, ocurrida en 1988, debían ser juzgados por la justicia ordinaria”*²¹⁸.

Revisada la fundamentación de las nuevas sentencias, se observa que la Corte había utilizado el principio de separación de poderes para modificar su precedente.

²¹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia N°. 58 de 16 de junio de 1987. M.P. Jesús Vallejo Mejía.

²¹⁸ CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *El derecho a la justicia como garantía de no repetición*. Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica. 2016. p. 41.

La polémica sobre la facultad de juzgamiento de civiles por militares había sido resuelta a favor de la justicia ordinaria. Sin embargo, en *“otros aspectos la Corte fue decididamente permisiva frente a las exigencias autoritarias, en particular frente al control de la declaratoria del estado de sitio y sus decretos de desarrollo, y frente a la colisión permanente entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción de orden público”*.²¹⁹

Una clara muestra de lo anterior son, precisamente, los fallos que profirió la Corte Suprema de Justicia declarando la constitucionalidad del decreto conocido como *“Estatuto para la Defensa de la Democracia”* (Decreto 180 de 1988) y otros decretos legislativos que crearon tipos penales y que tuvieron el aval del tribunal de justicia e, incluso, una buena parte de ellos pervivió en vigencia de la Constitución de 1991 mediante su adopción como legislación permanente en ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas por dicha Carta.

La Corte no se pronunció sobre la restricción que podría tener el ejecutivo para que, utilizando los poderes legislativos excepcionales, pudiese crear nuevos tipos penales (vr. gr. El enriquecimiento ilícito de particulares con el Decreto 1895 de 1989) o se organizare una nueva jurisdicción (vr. gr. La de orden público como los Decretos 1631 de 1987 o 181 de 1988). Al repasar las decisiones judiciales que abordaron la problemática, no se observa la más mínima referencia a la restricción de las facultades excepcionales que se le otorgaban al ejecutivo para proferir disposiciones con fuerza de ley en materia penal.

Visto en retrospectiva, resulta evidente que durante la vigencia de la Constitución de 1886 el uso del estado de sitio fue excesivo y así lo reconoció y

²¹⁹ ARIZA HIGUERA, Libardo José. Óp. Cit., p. 14.

criticó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²²⁰, e incluso lo describió la Corte Constitucional²²¹ en los pronunciamientos que ha venido realizando en ejercicio del control de constitucionalidad y en los que ha enfatizado, precisamente, las distinciones con el modelo constitucional anterior.

Lo cierto es que al comparar la Constitución de 1886 con la nueva Carta Política y la LEEE, se advierte que aquella tenía límites más tenues para la declaratoria de estado de sitio.

De otra parte, el repaso de la normativa constitucional, en especial la interpretación que se hizo de ella por los órganos de control judicial, nos permite concluir que dicho control fue incrementándose progresivamente. En efecto, tal y como se expuso en su oportunidad, en un primer momento se asimiló el estado de excepción con un verdadero estado de no-derecho, un fenómeno estrictamente político en el que nada tenía que hacer lo jurídico; por tal razón, la deliberación sobre su uso no trascendía de las corporaciones legislativas y nunca llegaban a los estrados judiciales. Posteriormente, se entendió que el ejercicio de los instrumentos de excepción también configuraba un fenómeno jurídico, por lo que resultó válido regular e interpretar las normas que delimitaban el ejercicio del poder. En una primera etapa el control judicial fue estrictamente formal, la verificación de una lista de chequeo en torno a las exigencias *ad solemnitatem* de la declaratoria de excepción; sin embargo, con

²²⁰ Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre la situación de Derechos Humanos en Colombia. Conclusiones y recomendaciones. Washington. 2004: *“El Estado colombiano utilizó de manera excesiva los estados de excepción durante la vigencia de la anterior Constitución, conforme a opinión compartida en forma muy generalizada por las personalidades que presentaron sus testimonios ante la Comisión. Durante más de cuarenta años han estado los colombianos regidos por medidas tomadas al amparo del estado de sitio. La nueva Constitución ha limitado las facultades del ejecutivo para decretar estados de excepción. Resultaría por ello conveniente que en adelante la declaratoria de los estados de excepción se haga por el ejecutivo únicamente en casos realmente excepcionales, de extrema gravedad, que pongan en peligro la vida de la Nación, para evitar la tendencia de continuar dentro de una legislación de excepción de manera permanente”*.

²²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-216 de 29 de marzo de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

el correr del tiempo, y ya en la última etapa de vigencia de la Constitución de 1886, dicho control empezó a comprenderse, aunque tímidamente, como de contenido material.

2.3 ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

La Constitución de 1991 es producto de un proceso que inició, precisamente, con un estado de excepción, tal y como se expone a continuación:

Mediante la promulgación del Decreto Legislativo 927 del 3 de mayo de 1990, el gobierno nacional, con el objeto de restablecer el orden público, ordenó *“contabilizar los votos que se produzcan en la fecha de las elecciones presidenciales de 1990, en torno a la posibilidad de integrar una Asamblea Constitucional”*. Es relevante tener igualmente presente que con antelación a esa disposición, la ciudadanía, en las elecciones parlamentarias del 11 de marzo de 1990, había depositado votos²²² solicitando la convocatoria de dicha Asamblea²²³, labor realizada de facto, en tanto que no era una participación formal e incluso contrariando la propia Constitución que era clara en indicar que sólo el Congreso de la República estaba habilitado para reformar la Carta Política²²⁴, así como un precedente de la propia Corte Suprema de Justicia que

²²² La prensa de la época contabilizó informalmente alrededor de dos millones de votos por la Asamblea.

²²³ Este movimiento, en sus orígenes estudiantil, fue conocido como la “séptima papeleta”, en razón a que ese día se depositaban 6 papeletas electorales de manera oficial: Los votos a Senado, Cámara de Representantes, Asambleas Departamentales, Concejos, alcaldes y Juntas Administradoras Locales.

²²⁴ *“Artículo 218. La Constitución, salvo lo que en materia de votación ella dispone en otros artículos, sólo podrá ser reformada por un Acto Legislativo, discutido primeramente y aprobado por el Congreso en sus sesiones ordinarias; publicado por el Gobierno, para su examen definitivo en la siguiente legislatura ordinaria; por esta nuevamente debatido, y, últimamente, aprobado por la mayoría absoluta de los individuos que componen cada Cámara. Si el Gobierno no publicare oportunamente el proyecto de Acto Legislativo, lo hará el Presidente del Congreso”*.

reiteraba que por fuera del Congreso no podía llevarse a cabo ningún tipo de reforma constitucional²²⁵.

Lo cierto es que el hecho político que representó la “*séptima papeleta*” sirvió de motivación²²⁶ para la promulgación del ya referido Decreto 927 que permitió que se contabilizara oficialmente la participación ciudadana que proponía la convocatoria de la Asamblea Constitucional, equivalente al 88% de los sufragantes, dato que luego fue recogido por otro Decreto Legislativo, el 1926 del 24 de agosto de 1990²²⁷, con el que se convocó a elecciones para integrar dicha asamblea que debía estar sujeta a un temario que había sido definido en un “acuerdo político”²²⁸ que se llevó a cabo entre los diferentes partidos políticos.

²²⁵ En efecto, la Corte Suprema de Justicia había dejado sin efectos la reforma constitucional promovida por el gobierno de Alfonso López Michelsen por medio de una Asamblea Constitucional señalando que “*si el acto legislativo no trasciende la categoría de una ley especial porque no es obra del Congreso como poder constituyente constituido ; si este, según lo dispone el artículo 2 del ordenamiento superior, emana de la soberanía que reside en la Nación al igual que los demás poderes públicos, entonces ese acto debe subordinarse a la propia Constitución, y la facultad para expedirlo habrá de ejercerse en los términos que ella establece*”.

²²⁶ Así, dentro de las consideraciones del decreto legislativo se advirtió “*que el 11 de marzo de 1990 un número considerable de ciudadanos, por iniciativa propia, ante la inminente necesidad de permitir el fortalecimiento institucional en ejercicio de la función constitucional del sufragio y de su autonomía soberana, manifestaron su voluntad para que la Constitución Política fuera reformada prontamente por una Asamblea Constitucional y que dicha convocatoria ha sido recogida y reiterada por las diversas fuerzas políticas y sociales*”.

²²⁷ Dentro de la parte considerativa del Decreto 1926 de 1990 se indicó “*Que el resultado de tal contabilización demuestra que una amplia mayoría de votantes, superior al 88%, sufragó afirmativamente, lo cual significa que la Nación, depositaria de la soberanía, ha manifestado en ejercicio de la función constitucional del sufragio su voluntad de que sea convocada una Asamblea Constitucional con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la Nación, integrada democrática y popularmente para reformar la Constitución Política vigente con el fin de fortalecer la democracia participativa*”.

²²⁸ Igualmente, en la parte considerativa del citado decreto se reseñó “*Que el Acuerdo del 2 de agosto fue suscrito por el Presidente Electo de Colombia, en su condición de Director del Partido Liberal, y por representantes del Movimiento de Salvación Nacional, del Partido Social Conservador y del Movimiento Alianza Democrática M-19, fuerzas que obtuvieron el 27 de mayo más del 96% de la votación total, quienes señalaron la fecha del 9 de diciembre de 1990 para que los ciudadanos decidan si convocan o no la Asamblea, elijan sus miembros, definan sus elementos constitutivos y el temario que implica el límite de su competencia*”.

Lo cierto es que este excepcional procedimiento reformativo de la Constitución pasó el examen de constitucionalidad en la Corte Suprema de Justicia. En relación con el decreto que ordenaba la contabilidad de los votos a favor de una Asamblea Constitucional, la corporación judicial señaló que ante la evidencia de la acentuada y progresiva afectación del orden público, así como de la insuficiencia de la institucionalidad para afrontarla, era necesario permitir la canalización del “clamor popular”.

“Para nadie es extraño en Colombia que las causas que generaron la perturbación, lejos de haberse extinguido se han aumentado en los seis años de vigencia del Decreto 1038 de 1984. En ese periodo el país ha asistido a múltiples hechos de violencia que lo han horrorizado; la toma del Palacio de Justicia y la inmolación de 11 magistrados de esta Corporación, la muerte de tres candidatos presidenciales, la explosión de un avión cargado de pasajeros, las masacres, las fosas comunes, los atentados a los periódicos, las bombas que indiscriminadamente cobran víctimas inocentes, son ejemplos de una situación ya no solo atribuible a la guerrilla y al narcotráfico, sino a otras manifestaciones del crimen organizado.

...

Los hechos mencionados demuestran a las claras que las instituciones tal como se encuentran diseñadas no son suficientes para enfrentar las diversas formas de violencia a las que tienen que encarar. No es que las instituciones se hayan constituido per se en factor de perturbación, sino que han perdido eficacia y se han vuelto inadecuadas, se han quedado cortas para combatir modalidades de intimidación y ataque no imaginadas siquiera hace pocos años, por lo que su rediseño resulta una medida a todas luces necesaria para que las causas de la perturbación no continúen agravándose, como hasta ahora ha venido ocurriendo, en los seis años de vigencia del Estado de Sitio.

El clamor popular para que ocurra el fortalecimiento institucional es un hecho público y notorio que en derecho no requiere prueba; en favor de él se han manifestado los partidos políticos, los medios de comunicación, los

*estamentos universitarios y el pueblo en general, a través de la denominada "séptima papeleta", en las elecciones del 11 de marzo de 1990*²²⁹.

Por su parte, la Corte, en un fallo polémico²³⁰, acudió al concepto de constituyente primario para resolver la clara limitación del artículo 218 constitucional, en tanto que señaló que la disposición sólo se refería al constituyente derivado, pero que en modo alguno podía incluir al soberano popular.

"Siendo la nación el constituyente primario y teniendo ella un carácter soberano, del cual emanan los demás poderes, no puede tener otros límites que los que él mismo se imponga, ni los poderes constituidos pueden revisar sus actos.

...

*En pocas pero trascendentes palabras, el Poder Constituyente Primario, representa una potencia moral y política de última instancia, capaz, aun en las horas de mayor tiniebla, de fijar el curso histórico del Estado, surgiendo como tal con toda su esencia y vigor creativos. Por esto mismo, sabe abrir canales obstruidos de expresión, o establecer los que le han sido negados, o, en fin, convertir en eficaz un sistema inidóneo que, por factores diversos, ha llegado a perder vitalidad y aceptación*²³¹".

De hecho, la argumentación en torno a los alcances del constituyente primario le permitió a la Corte declarar aquellas disposiciones del decreto legislativo que pretendían limitar las competencias de la Asamblea Constitucional.

²²⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Plena. Sentencia 59 del 24 de mayo de 1990.

²³⁰ Contó con 12 salvamentos de voto de un total de 26 magistrados que participaron en la deliberación.

²³¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Plena. Sentencia 138 del 9 de octubre de 1990. MM.PP. Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz.

“En efecto, por cuanto la Asamblea Nacional Constitucional que será conformada por el pueblo como Constituyente Primario en las elecciones que se convocan para el próximo 9 de diciembre no puede ser limitada en su competencia, como lo señala el Decreto 1926 de 1990, la Corte procederá a declarar como inexecutable todas aquellas limitaciones que en la parte motiva y en la parte resolutive implican restricción al ejercicio pleno de su soberanía. Entre ellas, particularmente, las referentes al temario acordado por las fuerzas políticas; las que contienen el numeral 4° de las bases del Acuerdo político; las del numeral 15 de las mismas que facultan a la Corte para revisar los actos del constituyente primario y las demás expresiones que tienen igual o similar alcance”²³².

La Asamblea Nacional Constituyente se instaló el 5 de febrero de 1991 y culminó su labor el 4 de julio de esa anualidad, cuando fue promulgada la nueva Carta Política que dedicó el capítulo sexto, del Título VII, a la definición de los estados de excepción. Los dividió en: Estado de Guerra Exterior (artículo 212), de Conmoción Interior (artículo 213) y de Emergencia económica, social o ecológica (artículo 215).

La nueva reglamentación constitucional tiene claro que los decretos legislativos que emane el Presidente de la República en los estados de anormalidad tienen una restricción temporal y deberán siempre respetar el DIH, no pudiendo interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público.

Asimismo, los citados decretos tendrán que limitar su contenido a aquellas materias que motivaron su declaratoria. Igualmente, tendríamos que señalar que en el nuevo contexto de la Carta política, por vía de decretos legislativos, no se podrá, como sí se hizo en el pasado, suspender los derechos humanos. Sobre este aspecto, el texto constitucional

²³² Ibídem.

expresamente prohíbe retenciones de carácter administrativo y el juzgamiento de civiles por tribunales militares.

En el contexto descrito, bien puede entonces afirmarse que la Constitución de 1991 trató de poner coto a la situación que se venía presentando con la indeterminación del estado de excepcionalidad. Los problemas de atemporalidad, ausencia de límites materiales, el escaso control político y judicial, constituyeron los elementos prevalentes para la configuración de la nueva normativa.

Repasar las actas de la Asamblea Nacional Constituyente en donde se discutió la regulación de los estados de excepcionalidad, permite evidenciar la enorme preocupación de los constituyentes por evitar el abuso de la figura, así como su afán de fijar claras restricciones en su reglamentación. Las ponencias presentadas sobre el tema constituyen, en buena medida, discursos que condensan los reparos históricos a la forma como se utilizó el mecanismo en vigencia de la Carta anterior.

"El artículo 121 de la Constitución vigente, que establece el Estado de Sitio, mantiene intacto el espíritu de la Constitución del 5 de agosto de 1886 y su uso exagerado ha ido produciendo una deformación grave del Estado de Derecho en Colombia. El primer uso excesivo fue la llamada ley de los caballos de 1887, que suspendió los derechos civiles y produjo la Guerra de los Mil Días. La situación se ha agudizado en los últimos 43 años, por el uso casi continuo del régimen de emergencia. Podría decirse que muchos de los constituyentes somos de la generación del Estado de Sitio.

Esa aplicación repetida (en ocasiones abusiva) de las normas de excepción, se caracteriza por los siguientes elementos:

a) *Se aplica por igual a la guerra exterior y la conmoción interna, lo cual cubre fenómenos internacionales y sociales de muy diversa índole. En*

la guerra externa, seguramente hay unidad nacional ante la amenaza exterior. En cambio en el conflicto interno, la sociedad está dividida y enfrentada entre sí.

b) El Presidente de la República queda ipso facto investido de todas las facultades excepcionales que permite la Constitución acumulando un poder enorme. A pesar de haberse utilizado en exceso ha sido ineficaz para resolver las situaciones de conmoción interna que hemos tenido en los últimos años. Es como tener un cañón para cazar un ratón. No existe una graduación de la medida de la excepción, de modo que a cada situación se pueda responder con una acción proporcional y adecuada a su gravedad.

c) Vulnera el Estado de Derecho al permitir la expedición y suspensión de las leyes sin otra limitación que la presunta conexidad, entre las causas que llevaron a su implantación y las leyes expedidas o suspendidas. Ello significa la invasión desmedida de la órbita legislativa.

d) Todo lo anterior produce un Estado de Sitio permanente, donde el Ejecutivo queda "preso" en su mantenimiento para conservar vigentes las leyes expedidas, aunque las causales de alteración de la normalidad hayan cesado o cambiado de carácter.

e) El control constitucional que ejerce la Corte Suprema se ha limitado al ordenamiento jurídico para decisiones que tienen alto contenido político por lo que su concepto ha sido objeto de interpretaciones muy variables, aunque se ha ido consolidando una doctrina al respecto.

f)(...)

g) En resumen el Estado de Sitio está desgastado como medida eficaz para recuperar la normalidad.

(...)

Para recuperar la normalidad, deben aplicarse medidas excepcionales proporcionales a los hechos y adecuadas a los fines. Ello requiere una racionalidad en la graduación de los estados de excepción.²³³"

²³³ Asamblea Nacional Constituyente. *Gaceta Constitucional* N° 76 de mayo 18 de 1991, pp. 12 - 13.

La Carta política de 1991 elimina de la terminología jurídica la expresión “estado de sitio” y en su lugar se refiere a “estados de excepción”, siendo que el cambio no es sólo semántico, sino que incluye transformaciones de fondo, pues resulta evidente que la intención del constituyente era remediar los abusos que otrora se cometieron con la declaratoria de excepcionalidad constitucional.

La pretensión del constituyente se reforzó cuando se adoptó igualmente el concepto de bloque de constitucionalidad, a fin de incorporar al texto de la Carta instrumentos internacionales que deben ser respetados en los estados excepcionales, generándoles unas limitantes materiales y temporales.

De hecho, en el texto constitucional se hizo expresa mención en su artículo 214.2 que en los estados de excepción siempre se tendrán que respetar las reglas del DIH recogidas básicamente en los cuatro convenios de Ginebra y sus dos protocolos.

Por su parte, el artículo 93, inspirado sin duda alguna en el artículo 10.2 de la Carta española, optó por una técnica de remisión a un conjunto de textos que pueden ser determinados: Los tratados internacionales que hayan sido ratificados por Colombia y que versen sobre derechos humanos; entre ellos se encuentran el PIDCP y la CADH que, como se señaló, imponen una serie de principios que deben tener en cuenta los estados a la hora de declarar una situación de excepcionalidad.

Analizado en conjunto el texto de la Constitución de 1991 podemos inferir que los estados de excepción se encuentran orientados por varios principios a saber²³⁴:

²³⁴ Cfr. CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. *Los estados de excepción constitucional en Colombia*. En: *Ius et praxis*. Chile: Universidad de Talca, 2002.

- Taxatividad, según el cual las alteraciones que pueden invocarse para declarar la excepcionalidad son las que contempla la norma superior: guerra exterior, conmoción interior, emergencia económica, social o ecológica.
- Necesidad, que *“se refiere a la exigencia de que la situación que da origen a la proclamación de un régimen de excepción sea de tal gravedad que justifique el investir al Presidente de facultades excepcionales”*²³⁵.
- Formalidad, según el cual es menester que el ingreso a la situación de anormalidad se produzca mediante un decreto legislativo con el que se pretende: *“(1) notificar a la población el ingreso a la anormalidad; (2) expresar la verificación de un hecho habilitante de un estado de excepción, en cuya virtud el Presidente podrá expedir Decretos-Legislativos y restringir los derechos; (3) poner en acción los controles político (Congreso) y jurídico (Corte Constitucional) sobre la actuación del Gobierno”*²³⁶.
- Proporcionalidad, con lo cual se quiere significar que el ejercicio de los poderes excepcionales deben procurar la mínima modificación del marco normativo ordinario, razón por la que : *“(1) no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales; (2) no se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público; (3) el ejercicio de las facultades será sólo el necesario para enfrentar eficazmente la anormalidad; (4) los decretos-legislativos deben guardar una relación de estricta causalidad con la anormalidad y su resolución; (5) las medidas deben ser proporcionales a la gravedad de los hechos; (6) la duración de los estados está temporalmente definida; (7) el Presidente y los Ministros, responderán*

²³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-219 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²³⁶ *Ibíd.*

*por los abusos que cometan al hacer uso de las facultades excepcionales*²³⁷.

- Temporalidad, en tanto que no pueden los estados excepcionales prolongar su vigencia indefinidamente, sino que tienen unas claras restricciones de tiempo e incluso si se llegare a la situación de normalidad que le generó, no había justificación para seguir dilatando su existencia.
- Intangibilidad de derechos de excepción, que surge directamente del artículo 4 del PIDCP y 27 de la CADH que, por vía del artículo 93 constitucional, se incorporan a nuestro ordenamiento constitucional y que limitan las facultades extraordinarias que se conceden en los estados excepcionales en el sentido de que no podrá suspenderse una serie de garantías que se reconocen en dichos instrumentos internacionales y que terminan recogidas en la LEEE.
- Principio democrático, que tiene que ver con la imposibilidad de obstaculizar el funcionamiento del Congreso de la República para que ejerza el control político del ejecutivo, siendo dicho mecanismo adicional al control jurídico que lleva a cabo la propia Corte Constitucional.

Esta caracterización de los principios que orientan la excepcionalidad constitucional no impide señalar que en un comienzo la propia Constitución propició un verdadero “blanqueo” de las normas excepcionales que estaban imperando antes de su promulgación y que fueron avaladas por la propia Corte Constitucional²³⁸.

²³⁷ *Ibíd.*

²³⁸ Los preceptos normativos que reglaba la reserva de testigos y funcionarios (la denominada popularmente justicia sin rostro) fueron declarados ajustados a la Constitución por la Corte Constitucional que entendió que dichas medidas se justificaban en tanto buscaban asegurar un buen funcionamiento de la administración de justicia” (Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150 de 1993).

“La propia Constitución favoreció en un principio la normalización de esta justicia de excepción. Así, con fundamento en uno de sus artículos transitorios, el Gobierno de César Gaviria convirtió en legislación permanente buena parte de las disposiciones contenidas en el Estatuto Antiterrorista y el Estatuto para la Defensa de la Justicia. De este modo, la Comisión Legislativa Especial, conocida en los medios como “congresito”, aprobó el Decreto 2266 de 1991, mediante el cual se adoptó como legislación permanente los delitos contenidos en legislación de excepción. Igualmente se aprobó el Decreto 2271 de 1991, que reprodujo gran parte de las disposiciones del Estatuto para la Defensa de la Justicia.

La normalización de la justicia de excepción se cristalizó con la adopción, también mediante decreto, de un nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700/1991) que incorporó componentes de la justicia de excepción dentro del marco de la justicia ordinaria. En este nuevo código se normalizó la justicia de orden público que había sido creada en el periodo anterior bajo la vigencia del estado de sitio, la cual pasó a convertirse en la denominada justicia regional. De esta manera, los juzgados regionales no solo pasaron a encargarse de los delitos que correspondían antes a la jurisdicción de orden público —los delitos relacionados con estupefacientes, los delitos políticos y los de la legislación antiterrorista (Artículo 71)—, sino que también heredaron el procedimiento especial con el que esta operaba. Así, en los procesos adelantados por las y los jueces regionales se permitía la reserva de la identidad de testigos (Artículo 293) y de fiscales y jueces regionales (Artículo 158) —en otras palabras, se heredaron los mecanismos de la justicia sin rostro—, e igualmente se redujeron considerablemente los términos del proceso (Artículo 457).²³⁹”

²³⁹ CENTRO DE MEMORIA HISTÓRICA. Óp. Cit., pp. 84-85.

Debe de todas formas reconocerse que con el nuevo marco constitucional de los estados de excepción, por lo menos desde el punto de vista cuantitativo, se ha presentado un menor uso de dichos instrumentos exorbitantes, como quiera que en dicho lapso sólo se han tenido, válidamente²⁴⁰, trece declaratorias de excepcionalidad: cuatro de conmoción interior y nueve de emergencia²⁴¹. Números significativos sin duda cuando se les compara, incluso en un lapso mayor, con casos como el español, en donde sólo se han usado en una ocasión. Con todo, pese a la existencia de una pluralidad de declaraciones excepcionales, es claro que al confrontarse con el estado de cosas anterior a la vigencia de la actual Carta estamos, sin dubitación alguna, frente a un verdadero avance.

Por supuesto, aquellos principios derivados de los sistemas universal y regional (a los que ya hicimos referencia en capítulo anterior), unido a la preocupación del constituyente de 1991 por la necesidad de evitar los excesos del antiguo

²⁴⁰ Entiéndase por “válidamente” el que haya tenido la declaratoria de excepcionalidad una Sentencia de exequibilidad por la Corte Constitucional.

²⁴¹ Las situaciones de Conmoción Interior fueron declaradas en los Decretos 1155 de 10 de julio de 1992, 1793 de noviembre 8 de 1992, 1900 de 2 de noviembre de 1995 y 1837 de agosto 11 de 2002, los cuales fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencias C-556 de 1992, C-031 de 1993, C-027 de 1996 y C-802 de 2002, respectivamente.

Las declaratorias de emergencia se llevaron a cabo mediante la promulgación de los decretos: 333 de 1992, declarado exequible mediante sentencia C-004 de 1992. En tal disposición se declaró la emergencia social.

680 de 1992 que declaró la emergencia económica y social y que fuere encontrado ajustado a la constitución mediante sentencia C-447 de 1992.

1178 de 1994, que declaró el estado de emergencia por calamidad pública y que fuere revisado y encontrado exequible mediante sentencia C-366 de 1994.

2330 de 1998 que declaró la emergencia económica y social y cuyo examen de constitucionalidad se hizo en sentencia C-122 de 1999.

195 de 1999 que declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica, siendo declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-216 de 1999.

4333 de noviembre 17 de 2008 que declaró la emergencia social y que fuere declarado exequible en sentencia C-135 de 2009.

2693 de 2010 que también declaró la emergencia social y cuya constitucionalidad fue revisada en sentencia C-843 de 2010.

156 de 2011 que declaró la emergencia económica, social y ecológica y cuyo examen de constitucionalidad se dio mediante sentencia C-156 de 2011.

Finalmente con el Decreto 1770 de 2015 que declaró la emergencia económica, social y ecológica y que fuere declarado exequible en sentencia C-670 de 2015.

estado de sitio, permiten concluir que los cambios hechos a los estados de excepción no son accidentales ni aislados; todo lo contrario, son muestra del desarrollo del instituto jurídico, producto de su devenir histórico y de una directriz bien marcada en la norma fundamental, que bien puede sintetizarse en la fórmula de Estado Social de Derecho, concepto que irradia todo el ordenamiento jurídico e imprime un contenido garantista a las disposiciones normativas, incluyendo, como es obvio, las del derecho penal.

Es en el anterior marco en donde debe ubicarse cualquier análisis de la norma legal que regula el tema de los estados excepcionales en Colombia. A diferencia del sistema normativo anterior a 1991; ahora se cuenta con una reglamentación legal detallada de cada uno de los diferentes estados que pueden ser declarados en situaciones de auténtica anormalidad.

Lo primero que debe señalarse es que el constituyente, de manera expresa, ordena que el tema de la excepcionalidad debe ser tratado mediante ley estatutaria²⁴², esto es, una normativa que tiene una categoría superior a las demás clases de leyes, por lo que se le imprime un trámite especial para su expedición, como es la exigencia de ser aprobada por mayoría absoluta del Congreso y durante una misma legislatura; a la vez que se le impone un examen previo de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.

Una discusión que se originó en su momento fue si se podía acudir a la declaratoria de excepcionalidad sin que hubiere sido promulgada la ley estatutaria correspondiente. Un debate que también se ha dado en España en donde claramente se fijó dos posturas:

Aquella que sostenía que la referencia que hacía el artículo 116.1 de la Constitución española a que *“una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio...”*, que podría asemejarse a la previsión colombiana

²⁴² Artículo 152 Constitución Política.

consagrada en el ya citado artículo 152 de la Carta, ponía en suspenso el denominado derecho excepcional.

Otra parte de la doctrina señalaba que si bien las disposiciones del artículo 116 de la Constitución española, y sus análogos 212 a 215 de la colombiana, configuraban un derecho latente, no podía inferirse que no pudiese aplicarse directamente²⁴³.

En el caso español la ausencia de declaratoria de excepción antes de la promulgación de la respectiva ley orgánica impidió que se dirimiere en los tribunales la controversia. No ocurrió lo mismo en Colombia, en donde el 24 de febrero de 1992 se declaró la emergencia social que fue avalada jurídicamente por la Corte Constitucional mediante sentencia C-004 de 1992 y en donde en modo alguno se estimó, como lo creemos también, que fuere necesaria la promulgación de la ley estatutaria como condición para la aplicación directa de los preceptos constitucionales que regulan los estados exceptivos.

No obstante la aplicabilidad directa de las normas que reglan la excepcionalidad en la Carta política colombiana, el legislador creó la LEEE para dar una mayor precisión a aquella y, de paso, cumplir con el mandato constitucional.

Una primera precisión que vale la pena señalar es que la legislación adoptada hace referencia a una idea que, como ya se indicó, se infiere del texto constitucional: Que los estados excepcionales deberán respetar no sólo las disposiciones expresas de la Carta, sino que también deberán acatar *“los tratados internacionales sobre derechos humanos incorporados al ordenamiento jurídico nacional”* (artículo 1). Una concepción que se refuerza

²⁴³ Una síntesis de éste debate Cfr. SERRANO Alberca, José Manuel. En GARRIDO FALLA, Fernando. *Comentarios a la constitución*. Madrid: Editorial Civitas. Tercera edición. 2001, p.1775.

cuando la LEEE indica que éstos tratados tendrán prevalencia sobre el orden interno (artículo 3).

Desde luego, esa “*prevalencia*” no puede entenderse como supraconstitucional, sino que su hermenéutica adecuada nos lleva a entenderla como supralegal pero al mismo nivel constitucional, en virtud de la remisión que se usa con la técnica del bloque de constitucionalidad, dejando incólume el precepto del artículo 4 de la Carta que refiere la superioridad jerárquica de la norma constitucional.

Igualmente, dentro de la lógica prevista por el constituyente de restringir los estados excepcionales, se advierte en la ley referida que su objeto es doble: Por un lado, “*establecer los controles al ejercicio de las facultades extraordinarias del Gobierno*” (artículo 2) y, en segundo término, garantizar la protección efectiva de los derechos humanos.

Estas dos ideas inspiradoras de la norma legal: Su objeto y la inclusión de normas internacionales de derechos humanos, fueron las que dieron soporte a una primera, común y gran limitación de carácter material: La intangibilidad de los siguientes derechos:

“El derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia, los derechos del niño, a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por

deudas civiles; el derecho al habeas corpus y el derecho de los colombianos por nacimiento a no ser extraditados²⁴⁴.

Basta con repasar la lista de derechos intangibles en los estados de excepción para encontrar la perfecta armonía con lo consagrado en el artículo 27 de la CADH, quizás sólo con un agregado que consagraba la norma colombiana relativa al derecho de los colombianos por nacimiento a no ser extraditados, el cual fue derogado en virtud del Acto Legislativo 1 de 1997 que alteró la consagración dispuesta originalmente en el artículo 35 constitucional.

Desde luego, las razones para incluir ese derecho a no extradición no puede comprenderse fuera del contexto de violencia generalizada que se vivía en la década de los 90 por cuenta del narcoterrorismo que esgrimía como principal bandera la ausencia de extradición²⁴⁵, herramienta que utilizó el gobierno más que como medida de colaboración internacional, como verdadera sanción.

Dentro de las disposiciones generales, comunes a todos los estados excepcionales, debe destacarse el precepto según el cual:

“El Estado de Excepción es un régimen de legalidad y por lo tanto no se podrán cometer arbitrariedades so pretexto de su declaración”²⁴⁶.

Obsérvese cómo el legislador colombiano despeja cualquier duda en torno al régimen excepcional que se consagra, pues impide que se tome como un verdadero espacio jurídico vacío (Agamben) o una dictadura que se reconoce legitimada para actuar en un escenario de no-derecho (Schmitt) para optar por un régimen en el que la legalidad está igualmente presente.

²⁴⁴ Artículo 4 de la LEEE.

²⁴⁵ De hecho la principal organización criminal de la época se autodenominó “*Los extraditables*” y consagraba como lema “*Preferimos una tumba en Colombia a una cárcel en Estados Unidos*”.

²⁴⁶ Artículo 7 de la LEEE.

No puede pasarse inadvertida tampoco la manera como se preceptúa que los decretos legislativos que surjan del estado de excepción deben tener una conexidad con las causas de perturbación y los motivos que las hacen necesaria (artículo 8). Dicho de otro modo, la reglamentación legal impide que vuelvan a entronizarse prácticas jurisprudenciales ya superadas, en las que se obstaculizaba el estudio de ponderación de las medidas adoptadas con la causas del estado exceptivo. Por supuesto, la disposición en cita permite entonces el examen sobre contenidos de los decretos legislativos, pues podrá y deberá valorarse en cada caso si las disposiciones adoptadas efectivamente son las adecuadas e idóneas para conjurar la amenaza al Estado, pudiéndose dar el caso en el que la declaratoria de excepcionalidad se encuentre justificada, pero no así las medidas implementadas.

El marco normativo general de los estados excepcionales, así como la revisión de sus diversas especies, llevan a inferir que en Colombia, tal y como lo predicamos en su momento respecto de España, no hay una “*gradualidad*” de estados de excepción, sino que cada uno de ellos, aun cuando existen unos predicamentos comunes, tienen sus propias particularidades y naturaleza que los delimitan conceptualmente. Por lo anterior, es pertinente entonces entrar a caracterizar cada estado.

2.3.1 Estado de guerra

El Estado de guerra exterior es la situación más apremiante que pone en riesgo la integridad territorial y la soberanía nacional. Su declaración compete al Presidente de la República a través de la promulgación de un decreto que debe contar con la firma de todos los ministros y en el que se deberá expresar los motivos que llevan a tal declaratoria.

En el Estado de guerra exterior se concentran los poderes en el ejecutivo, que de por sí tienen una fortaleza que nos identifica como sistema presidencial²⁴⁷, aunque sólo en lo estrictamente necesario para “*repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad*” (artículo 212 Constitución Política).

No obstante que la declaratoria compete al jefe de estado, la norma constitucional preceptúa que esa manifestación formal sólo se podrá verificar cuando el Senado la haya autorizado, con la única excepción que la necesidad de repeler algún tipo de ataque obligue al Presidente a prescindir de la misma.

La Carta también establece que el Estado de guerra exterior genera un sistema de plenos poderes²⁴⁸ en el gobierno nacional que lo habilita para emanar disposiciones con fuerza de ley que pueden suspender las normas vigentes promulgadas en tiempos de normalidad. Por supuesto, estas normas sólo estarán vigentes por el término de la anormalidad.

Las facultades extraordinarias que se le encargan al Presidente de la República incluyen la posibilidad de expropiación sin que exista una indemnización previa, así como restringir los medios de comunicación, incluyendo la posibilidad de limitar informaciones o suspender temporalmente los servicios de radiocomunicaciones de redes públicas o privadas, en tanto que puedan afectar las operaciones de guerra.

En Colombia estas últimas facultades tienen un amargo recuerdo y un antecedente en vigencia de la Carta de 1886 que si bien no se dio en el marco

²⁴⁷ El Presidente de la República tiene la condición de jefe de Estado, jefe de gobierno, suprema autoridad administrativa y símbolo de la unidad nacional (artículos 188 y 189 de la Constitución Política).

²⁴⁸ Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El estado de excepción en el derecho constitucional español*. Madrid: Editorial Revista de Derecho privado. 1973, pp. 19-21.

de una confrontación bélica con otro estado, si se efectuó en estado de sitio: La denominada toma del Palacio de Justicia en 1985 por cuenta del grupo guerrillero M-19 y en la que, en cierto momento, el gobierno nacional, encabezado por el presidente Belisario Betancourt, suspendió la transmisión en directo de los acontecimientos que estaban ocurriendo en el corazón de la capital de la República para transmitir, en diferido, un partido de fútbol.

Desde luego, medidas que tienen que ver con la regulación del servicio militar y la movilización nacional en forma total o parcial hacen parte del cúmulo de poderes que se otorgan al ejecutivo. Si volvemos la mirada a las regulaciones que se hacen de los estados de guerra en otros ordenamientos jurídicos, se aprecia que es común el otorgamiento de las referidas facultades.

El marco normativo que se prevé para una situación como la que ahora abordamos, que por excelencia es la situación de excepcionalidad mayor, no implica la ausencia del funcionamiento del Congreso de la República. Por el contrario, se preceptúa expresamente que este podrá *“reformular o derogar, en cualquier tiempo, los decretos legislativos que dicte el Gobierno”* (artículo 32 LEEE), previsión que estimamos necesaria, pues su omisión conllevaría a recordar el triste antecedente de la Constitución de Weimar.

La LEEE señala que en el Estado de guerra exterior el Presidente, además de las facultades ya referidas, queda investido con aquellas propias de la conmoción interior, lo que no puede entenderse como un argumento para predicar la gradualidad, sino simplemente como un reconocimiento de la nota común existente entre estos, que no es otra que la afectación a la estabilidad institucional y la existencia e integridad de la unidad nacional.

2.3.2 Estado de conmoción interior

Conforme a lo señalado en el artículo 213 de la Constitución Política colombiana el estado de conmoción interior es aquel que se causa por una “grave perturbación del orden público” que afecte, señala la norma, “de manera inminente” la estabilidad institucional, la seguridad del estado o la convivencia ciudadana, que no pueda ser resuelta por los canales ordinarios.

Esta disposición reemplaza al viejo Estado de sitio de la Constitución de 1886, sin embargo, mantiene en común la apelación al concepto de orden público, término que está ligado tradicionalmente a los de tranquilidad y paz social.

Coincidimos con la postura del profesor De Bartolomé Cenzano cuando indica que una adecuada interpretación del vocablo orden público tiene que estar ligada al respeto de los derechos fundamentales, leyes, así como los derechos de los demás, pudiéndose incluso delimitar en sentido estricto “con la protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales”²⁴⁹.

Si entendemos de la forma como se indicó el término de orden público, necesariamente se pone una limitante a su invocación como causa generadora de un estado de excepcionalidad, puesto que no puede ser tomada como tal cualquier afectación a la seguridad, tranquilidad y salubridad (por ejemplo las causadas por una protesta social), sino que requieren una afectación superlativa del entorno necesario para ejercer libremente los derechos fundamentales.

Dicho de otro modo, hoy el concepto de orden público lleva inherente un grado de gravedad que, en los términos previstos en la Constitución Política, se

²⁴⁹ DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos. *El orden público como límite a los derechos y libertades*. En: Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid. 2002, p. 444.

aumenta exponencialmente cuando, pese a lo anterior, se le califica también como una situación de grave perturbación.

La anterior interpretación de la expresión utilizada por el constituyente puede comprenderse como un verdadero pleonismo, empero, la reiteración resulta necesaria por el abuso de la figura en la vigencia de la Constitución anterior, en donde resultaba muy fácil justificar la excepcionalidad apelando a cualquier afectación al orden público.

Desde luego, la delimitación de las causas generadoras de la conmoción interior sigue enfatizando en la afectación verdaderamente extraordinaria de ese ambiente en el que se ejercen los derechos fundamentales. Por ello, implica también una afectación a la estabilidad institucional, esto es, al normal funcionamiento de las instituciones. Igualmente, debe atentarse contra la seguridad del Estado, es decir, se busca proteger el orden constitucional vigente pero, se insiste, el peligro debe ser de tal magnitud que altere la libertad que tienen las personas para poder desarrollar sus derechos fundamentales.

Finalmente, también se reseña en la disposición constitucional como concepto jurídico relevante para la determinación del estado de conmoción interior, el término convivencia ciudadana, concepto que vuelve a realzar el entorno requerido para poder hablar de un orden público.

En el pasado reciente se utilizó la denominada doctrina de seguridad nacional para justificar un permanente estado de sitio y una concentración excesiva de poder en manos del ejecutivo. Ese cuadro histórico es el que se quiso superar cuando se anteponen una serie de calificativos a la perturbación del orden público, máxime cuando la propia Constitución informa que la condición será necesaria únicamente cuando no pueda sortearse la situación de crisis con los mecanismos ordinarios. Y es que el concepto de orden público, orden

constitucional, seguridad estatal, estabilidad constitucional, convivencia ciudadana, no son ajenos al ámbito del derecho ordinario. Así, el poder de policía o el ejercicio del *ius puniendi* estatal son claras herramientas que permiten enfrentar alteraciones del orden público.

Es menester entonces que el gobierno nacional argumente adecuada y suficientemente no sólo la situación de extrema gravedad para el orden público, sino la insuficiencia de los instrumentos ordinarios para sortear la situación.

La Carta de 1991 introduce también una limitante temporal al Estado de conmoción interior: 90 días, los cuales pueden resultar prorrogados hasta por dos períodos iguales. De esta manera, el máximo tiempo que puede durar será de 270 días. Sin duda alguna, un lapso mayúsculo pero que, frente a la indefinición vivida con antelación, constituye realmente un avance.

Ha querido el constituyente igualmente involucrar al Senado de la República en la segunda prórroga, la cual sólo será viable previo su concepto favorable. Por supuesto, este control político, reafirmado con la exigencia al gobierno nacional de presentar informes al Congreso de la República (artículo 39 de la LEEE) corre paralelo con el jurídico que corresponde a la Corte Constitucional y que no sólo incluye la valoración de la necesidad, urgencia y ponderación exigibles en la primera declaración de la conmoción interior, sino que tendrá que actualizarse cada vez que se prorrogue la situación de anormalidad.

Al revisarse la reglamentación del Estado de conmoción interior se advierte que hay unas facultades expresas que tienen relación con el ámbito penal: La posibilidad de crear una unidad especial de investigación a cargo del Fiscal General de la Nación (artículo 37 *ibídem*), así como la facultad de restringir la circulación y residencia de ciudadanos, siempre y cuando no se afecte su núcleo esencial.

La conmoción interior faculta también al gobierno nacional a efectuar modificaciones presupuestales e incluso imponer contribuciones fiscales o parafiscales o percibir contribuciones o impuestos que no figuren previamente en el presupuesto nacional.

Igualmente, le resultan propias al gobierno nacional aquellas potestades exorbitantes que se refirieron en el estado anterior alusivas a la restricción de medios de comunicación, con la salvedad de que estos quedan expresamente autorizados para “*la divulgación de información sobre violación de derechos humanos*” (artículo 38 literal c) *ibídem*).

De otro lado, el artículo 38 de la referida LEEE preceptúa que el gobierno podrá ordenar la interceptación o registro de comunicaciones con el objeto de buscar y recaudar pruebas judiciales o prevenir delitos, así como la aprehensión preventiva de personas y la realización de registros y allanamientos domiciliarios. Se destaca que en todos estos casos se requiere la autorización judicial, así sea esta verbalmente, en situaciones de urgencia. Comparando estas disposiciones con aquellas que regulan la materia en tiempos de normalidad contenidas en el Código de Procedimiento Penal, encontramos que la única diferencia radica en esa posibilidad de admitir en casos urgentes la autorización verbal y no a través de una decisión previa originada en audiencia ante el respectivo juez de control de garantías.

Comentario aparte merece el contenido de los artículos 42 y 44 de la LEEE. El primero prohíbe a los tribunales militares investigar o juzgar civiles. El segundo se refiere al “*poder punitivo*” que se le otorga al ejecutivo.

En cuanto a la prohibición a tribunales militares hemos visto que ello obedece a la clara intención de no repetir la práctica recurrente de someter civiles a jurisdicción castrense como ocurrió durante la época anterior a 1991.

Ahora bien, dado que la geografía nacional contiene un amplio territorio selvático, aspecto que ha sido aprovechado por los grupos paramilitares, guerrilleros y narcotraficantes para ejercer sus actividades ilícitas, se ha discutido si las autoridades militares en su actividad de controlar esas zonas pueden ejercer labores de policía judicial como el recaudo de elementos de prueba, evidencias o información que luego sirvan en el contexto del proceso penal.

Un sector consideraba que tal potestad estaba por fuera de la prohibición de investigación o juzgamiento de civiles por tribunales militares. Argüían que la actividad desplegada por las unidades militares era estrictamente de apoyo y no correspondía, en términos estrictos, a una actividad de investigación o juzgamiento, pues aquella seguía en cabeza de la Fiscalía y está en los jueces ordinarios.

La postura contraria, que a la postre se impuso, señaló que el recaudo de elementos probatorios está ligado en esencia a la actividad investigativa, luego no podría estar dirigida por autoridades militares, que sólo estarían habilitadas para llevar acabo el acompañamiento necesario para garantizar la seguridad de quienes sí poseen tales atribuciones.²⁵⁰

En cuanto a la denominación legal de “*poder punitivo*” se hace referencia a una serie de facultades legislativas del gobierno nacional que incluyen: Crear tipos penales, aumentar y reducir penas, modificar las disposiciones de procedimiento penal y de policía, así como autorizar cambios de radicación de los procesos. Estas potestades han sido limitadas por la LEEE en el sentido de que su uso no puede conllevar a desconocer la participación del ministerio

²⁵⁰ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1.024 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

público²⁵¹ en los procesos penales, como tampoco pretermitir el debido proceso y la separación de las funciones de acusación y juzgamiento.

Igualmente, indica la norma que los tipos que se llegaren a crear deben tener relación directa y estrecha con las causas generadoras de la situación de anormalidad y que, bajo ninguna circunstancia podrían tipificarse como delito “*los actos de protesta social*”.

Estimamos que las facultades punitivas materializadas en la posibilidad de crear o modificar tipos penales se encuentran inspiradas en la prevención general negativa, puesto que, en virtud de la temporalidad de las normas penales y la aplicación del principio de favorabilidad, su eficacia para aplicarse a los casos que motivaron la excepcionalidad sería totalmente inocua.

En efecto, a la pena, como derivación de la comisión de una conducta delictiva, se le han reconocido varias funciones:

- La retributiva, que es la función clásica, según la cual la sanción debe ser equilibrada con el daño causado con el delito. Se sustenta esta finalidad en un ideal de justicia (Kant)²⁵² o como producto de la lógica dialéctica (Hegel)²⁵³.
- La preventiva especial, en sus dos vertientes: Positiva y negativa. La primera, que nos señala que la pena sirve para “rehabilitar” al procesado,

²⁵¹ Constituye una verdadera particularidad del proceso penal colombiano que junto a Fiscalía y defensa se permita la participación del Ministerio Público (en cabeza de la Procuraduría General de la Nación) con el triple objetivo de preservar la legalidad, proteger derechos fundamentales y defender el patrimonio público.

²⁵² Cfr. LESCH, Heiko. *La función de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1999.

²⁵³ Si el delito es la negación de la pena y la pena es, a su vez, la negación del delito, es obvio entonces que la pena, siendo la negación de la negación del delito, se convierte, asimismo, en la reafirmación del derecho.

reintegrándolo a la sociedad. La segunda, tiene que ver con la inocuización del delincuente, la extracción de este como fuente de peligro del medio social en que habita.

- La preventiva general, que también se reconoce en sus facetas positiva y negativa. La primera, que indica que se reafirma la confianza en el derecho cuando se observa que las personas que delinquen son sancionadas. La segunda, hace referencia a que con la pena se disuade al delincuente de cometer delitos, lo que sucedería en virtud de una ponderación riesgo-beneficio.

Precisado lo anterior, es claro entonces que existiendo un término de vigencia de las normas promulgadas en excepcionalidad, 270 días como máximo, y que dentro de los derechos intangibles en los estados de excepción se encuentran el respeto a la legalidad, irretroactividad y favorabilidad de la ley penal; es obvio que la creación de tipos penales, en virtud de decretos legislativos, no podrá ser aplicada a casos ocurridos con antelación a su declaración y que seguramente han contribuido a crear la situación de anormalidad; como tampoco a aquellos comportamientos acaecidos durante la vigencia de la conmoción interior, dado que al desaparecer esta, dejarán de tener vigencia las normas que, por esencia, tienen una limitante temporal, por lo que, en virtud del principio de favorabilidad se aplicarían las disposiciones de derecho ordinario que, dentro de la lógica que se sigue, serían sin duda más benignas.

2.3.3 Estados de emergencia

El régimen de excepcionalidad colombiano consagra también el denominado Estado de emergencia que se puede declarar cuando, por circunstancias fácticas diferentes a las que dieron motivo a la guerra exterior o conmoción interior, se genere perturbación o grave e inminente riesgo de perturbación al orden económico, social o ecológico o se ocasione una calamidad pública.

Ciertamente, la caracterización hecha del estado de emergencia nos lleva a predicar cierta subsidiariedad respecto de los otros estados excepcionales, esto es, que si se llegaren a presentar hechos de grave alteración del orden público o de agresión exterior y que, a su vez, alteren el orden económico, social o ecológico, deberá declararse cualquiera de los dos anteriores, dependiendo de las características particulares, y no el estado de emergencia. Tal subsidiariedad ha sido reconocida por la jurisprudencia constitucional como producto de un juicio de identidad que

“Exige la realización de un test de exclusión sobre los hechos invocados como generadores de la perturbación del orden económico, social o ecológico, a efectos de descartar semejanza o asimilación con hechos característicos de los demás estados de excepción²⁵⁴”.

De otro lado, la normativa, la doctrina y la jurisprudencia hacen referencia a los estados de emergencia económica, social o ecológica en forma indistinta. Creemos que es producto del régimen jurídico idéntico en lo que concierne a facultades extraordinarias que se otorgan, causales que pueden ser invocadas para su declaración o los controles que deben realizarse durante su vigencia. Sin embargo, cada uno de estos vocablos es distinto, por lo que resulta pertinente delimitarlos.

2.3.3.1 Orden económico

Para comprender la denominación “orden económico” debemos partir de la idea de constitución económica, otro de los grandes aportes del constitucionalismo alemán²⁵⁵. Dicho término hace alusión al *“conjunto de normas, principios y valores que, una vez incorporados a la Constitución*

²⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-156 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo.

²⁵⁵ La Constitución de Weimar reconoce la economía en el texto constitucional.

*formal, guardan relación con la economía y son aplicables a la actividad y a las relaciones económicas financieras*²⁵⁶.

Así, estimamos que la expresión “orden económico” debe interpretarse como el estado de cosas instaurado en la Carta y que se refiere a la manera como se entiende que la economía se inserta en la vida nacional con el propósito de alcanzar los fines estatales programados. Por ende, este vocablo inserto en el panorama de los estados de excepción, exige que la afectación o inminente y grave peligro lo sea respecto de la manera como opera la economía. La amenaza es tal que se pone en riesgo la propia existencia del entorno de producción y distribución de bienes y servicios requeridos para el desarrollo individual y colectivo.

En el caso colombiano es evidente que la Carta introduce conceptos que si bien no imponen un modelo económico particularmente detallado, no es menos cierto que sí permiten identificar nuestra economía: La propiedad privada con función social y ecológica, la libertad contractual, la libertad de industria y comercio, la intervención del poder político en el escenario económico, la iniciativa privada, entre otros.

Así, si tales principios básicos se ponen en peligro o se afectan de tal manera que no se pueda sortear tal situación con las herramientas ordinarias, es perfectamente posible acudir al escenario de la excepcionalidad, por vía de la declaratoria de emergencia, claro está, si se reúnen las demás exigencias requeridas.

²⁵⁶ BIDART CAMPOS, Germán. *La constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino) cuestiones constitucionales*. En Revista Mexicana de derecho Constitucional. N°. 6. México. Enero-junio de 2002, p. 1144

2.3.2.2 Orden social

La expresión “orden social” se refiere a la estructura social y esta, a su vez, implica el conjunto de normas, reglas y principios que rigen las relaciones de una sociedad. Al igual que en el orden económico, la Constitución también consagra un modelo general de convivencia social.

En efecto, al mencionarse en el texto constitucional el orden justo, la solidaridad, la promoción de la prosperidad general o la igualdad real y efectiva, se impone el deber de adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados, está indicando el constituyente que el orden establecido constitucionalmente es uno en el que se propende por la dignificación del hombre, por la promoción y desarrollo de la persona²⁵⁷.

De este modo, el concepto de orden social no es sinónimo de orden público, en los términos igualmente tratados con antelación. Divergencia que no necesariamente conlleva a una repugnancia entre los dos conceptos, como quiera que la afectación del orden social pueda generar la alteración del entorno necesario para el ejercicio de los derechos fundamentales. Con todo, el orden social, a nuestro juicio, es una acepción con una menor extensión, pues sólo se refiere a aquel entorno necesario para permitir ese desarrollo individual, así como el ambiente de solidaridad que habilite el potencial personal.

La delimitación anterior nos conduce a que la afectación del orden social suele estar íntimamente ligada al orden económico, pues al fin de cuentas se han

²⁵⁷ El mismo preámbulo de la Constitución hace referencia directa al orden justo como una característica que debe predicarse del marco jurídico, democrático: “*El pueblo de Colombia en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución Política de Colombia*”.

diseñado en la Carta unas líneas generales que se consideran idóneas para alcanzar ese desarrollo social.

2.3.3.3 Orden ecológico

La Carta de 1991 también contiene preceptos que se relacionan directa o indirectamente con el medio ambiente. Baste con repasar preceptos como el artículo 8, que impone la obligación al Estado de proteger las riquezas culturales y naturales de la nación, deber que, de alguna manera se amplía a todas las personas, con la atribución de una función ecológica a la propiedad privada. De otra parte, el artículo 80 señala que también el Estado es el encargado de:

“(Planificar) el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar el desarrollo sostenible, su conservación o sustitución.

Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas en las zonas de frontera.”

La preocupación constitucional por el tema medioambiental ha permitido acuñar el término “*Constitución ecológica*”, que ha sido incluso asimilado por la jurisprudencia:

“Esta Constitución ecológica tiene dentro del ordenamiento colombiano una triple dimensión: de un lado, la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación. De otro lado, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano,

*derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales. Y, finalmente, de la Constitución ecológica deriva un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares”.*²⁵⁸

Pues bien, al igual que se manifestó en relación con el orden económico y social, la afectación o el peligro grave e inminente a este entorno definido constitucionalmente es lo que se podría tomar como principio de causa generadora del estado de emergencia.

Junto a los estados de emergencia derivados de afectaciones a los órdenes económico, social o ecológico, encontramos también la posibilidad de acudir a esta figura en casos de calamidad pública, definida como:

*“Aquella situación catastrófica que se deriva de causas naturales o técnicas, y que produce una alteración grave e intempestiva de las condiciones sociales, económicas y ecológicas de una región o de todo el país, o, como aquella desgracia o infortunio que afecte intempestivamente a la sociedad o a un sector importante de ella y que perturbe o amenace perturbar de manera grave, inminente o intempestiva el orden económico, social o ecológico. Esta situación catastrófica puede tener una causa natural, por ejemplo terremotos, sismos, avalanchas, desbordamientos de ríos, inundaciones, tsunamis (maremotos), incendios, entre otros, o puede tener una causa técnica como por ejemplo “accidentes mayores tecnológicos”. El carácter catastrófico no solo debe ser grave sino que debe tener una ocurrencia imprevista o sobreviniente a las situaciones que normalmente se presentan en el discurrir de la actividad de la sociedad, en sus diferentes manifestaciones, y a las cuales debe dar respuesta el Estado mediante la utilización de sus competencias normales, presupuesto que se relaciona con el juicio valorativo.”*²⁵⁹

²⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-760 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-216 de 2011. M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

Nótese que la caracterización de las causas que pueden generar los estados de emergencia no se centran en aspectos de carácter natural, sino que su espectro de posibilidades es mucho mayor, en tanto que pueden referirse, ciertamente a desastres naturales o accidentes devastadores, como también a coyunturas impredecibles como la decisión soberana de otro Estado.²⁶⁰

Desde luego, siguiendo la lógica de todos los demás estados excepcionales, las atribuciones concedidas al gobierno tienen límites de carácter material, derivadas de la potestad exclusiva de tomar medidas que estén ligadas a la superación de la crisis que se quiere sortear. Por supuesto, dada la naturaleza del estado de emergencia, resulta obvio que la mayor parte de medidas extraordinarias tengan vínculo con los aspectos presupuestales.

Igualmente, se mantienen en el Estado de emergencia los controles políticos y jurídicos, así como también las restricciones temporales; estas últimas, en la medida en que sólo puede ser declarado por el máximo término de 30 días prorrogables, pero sin que en ningún caso superen los 90 días al año.

No sobra resaltar la expresa prohibición de desmejorar los derechos sociales de los trabajadores por vía de decretos legislativos, así como la inexistencia de disposición que de manera directa haga referencia al tema punitivo.

²⁶⁰ Así, por ejemplo, la declaración de emergencia decretada en la zona de frontera con Venezuela cuando el gobierno de ese Estado decidió cerrar indefinidamente la frontera.

CAPÍTULO III
EL EJERCICIO DEL *IUS PUNIENDI* EN UN ESTADO SOCIAL
DE DERECHO

3 EL EJERCICIO DEL *IUS PUNIENDI* EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO

La facultad sancionadora del Estado está delimitada por el modelo que este asuma. De esta manera, predicar la relación existente entre derecho constitucional y derecho penal es algo lógico. Los contenidos de la Carta delimitan los contenidos del *ius puniendi*, en tanto que es en aquella en donde encontramos los fundamentos normativos para la función sancionadora del Estado y en donde se ubican los principios que regulan y restringen dicha función.

La fórmula Estado Social de Derecho, tal y como lo ha reiterado la Corte Constitucional:

“(E)s de una importancia sin precedentes en el contexto del constitucionalismo colombiano.

...

Lo primero que debe ser advertido es que el término “social” ahora agregado a la clásica fórmula del estado de derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado. Un larga historia de transformaciones institucionales de las principales democracias constitucionales del mundo, está presente para dar testimonio de la trascendencia de este concepto”²⁶¹.

Esa larga historia de transformaciones no es más que la superación del ortodoxo modelo liberal de Estado y la exigencia de un rol protagónico de este en procura de alcanzar los fines o cometidos trazados, los cuales deben estar orientados a la dignificación del hombre.

²⁶¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 406 de 1992. M.P. Dr. Ciro Angarita Barón.

En el contexto anterior, se entiende entonces que el concepto de Estado Social de Derecho no tiene una definición acabada sino, por el contrario, es un constructo cultural que describe sólo un modelo estatal con una clara fijación teleológica²⁶².

Así, resulta claro indicar que el ordenamiento jurídico, en su totalidad, se permea de esa concepción política que pretende comprometerse con la materialización de las libertades tradicionales de contenido individual y las exigencias de justicia social.²⁶³ A dicho fenómeno se le ha conocido con el término “*constitucionalización del derecho*” que, como lo sostiene el profesor Favoreu, está determinado por “*la acumulación de normas constitucionales a través del desarrollo de la justicia constitucional, y luego el mecanismo de difusión de estas normas en el orden jurídico*”.²⁶⁴

Lo cierto es que la idea de constitucionalización del derecho ha sido abordada teóricamente desde diversos ángulos, dando origen a distintas presentaciones, que pueden sintetizarse en tres grandes grupos²⁶⁵:

- Perspectiva positivista clásica: Parte de la de premisa que siendo la Constitución Política una norma jurídica, esta se inserta en el ordenamiento como una más; claro, como la norma superior, pero al fin de cuentas, como una proposición normativa que es susceptible de interpretación con los

²⁶² Cfr. GONZÁLEZ MORENO, Beatriz. *El estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Universidad de Vigo. Civitas. Madrid 2002, pp. 55-67.

²⁶³ Cfr. VILA CASADO, Iván. *Nuevo Derecho Constitucional. Antecedentes y fundamentos*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2002, p. 379.

²⁶⁴ FAVOREU, Louis Joseph. *La Constitucionalización del derecho*. Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile. Volumen 12. Número 1. Valdivia, agosto de 2001, p. 33.

²⁶⁵ Cfr. ATIENZA, Manuel. *Constitucionalismo y derecho penal*. En MIRENTXU, Corcoy. Constitución y derecho penal. Marcial Pons, Madrid. 2012, pp. 21 y 22.

métodos tradicionales. No existe pues, desde esta óptica, ningún tipo de “*nuevo derecho*”, ni mucho menos un cambio de paradigma.

- Perspectiva neopositivista del derecho: Contrario a la tesis anterior, se parte de la idea que sí existe un cambio de paradigma jurídico, por lo que no sólo interesa la valoración de la norma constitucional para determinar la validez formal del ordenamiento jurídico, sino que las disposiciones infraconstitucionales deben también estar en consonancia con los contenidos sustanciales de la Carta.
- Perspectivas pospositivistas o neoconstitucionalistas: Su punto de partida es reconocer una dualidad en el derecho. En su estructura, en tanto que las normas se manifestarán como reglas o principios, pero también en cuanto a contenidos: Descriptivo, referido a la norma tal y como es, y valorativo, alusivo a la pretensión de corrección del derecho que es.

Desde luego, la textura abierta de la norma constitucional, que se traduce en un mayor ámbito de movilidad del intérprete, es una consideración que no puede tomarse a la ligera y que, de por sí, es fuente de debates en torno a la delimitación de esa *ratio essendi* de la Carta, o de los alcances valoréticos de la misma²⁶⁶.

Creemos que independientemente de las dificultades que pueda generar adoptar una postura neopositivista o neoconstitucionalista, lo cierto es que la relación entre Constitución y derecho penal no puede tomarse sólo desde criterios de positivismo clásico, que redunden en valoraciones puramente formales, sino que la validez también involucra la confrontación con el estándar

²⁶⁶ En el caso colombiano esa dificultad propia de las citadas perspectivas la encontramos por ejemplo en las acciones de tutela que la Corte Constitucional ha resuelto invalidando pronunciamientos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia a partir de valoraciones que van mas allá de la literalidad de preceptos de la Carta. Igualmente, es claro lo sensible de estas posturas cuando se acude a la tesis de sustitución de la constitución para declarar inexecutable actos legislativos que tienen por finalidad, precisamente, modificar textos suyos.

axiológico del modelo constitucional fijado. No entenderlo de esa manera sería retroceder en la concepción de la Constitución como norma fundamental.

Desde luego, la perspectiva sugerida implica que el concepto mismo de derecho penal no se pueda limitar a un mero conjunto de normas que consagran delitos que atribuyen como consecuencia penas y medidas de seguridad, sino que debe comprenderse como un ordenamiento en el que además de reglas también tiene principios que ayudan a efectuar el desvalor que representa el reproche de conductas delictivas, así como la cuantificación de las eventuales penas y medidas de seguridad.

La sutil diferencia terminológica es relevante: Mientras que en la primera se vuelca la hermenéutica jurídico penal a un problema de subsunción, en la segunda de las acepciones se introduce un elemento valorativo fuerte (reprochabilidad) que unido al reconocimiento de la dualidad regla-principio, nos impone una interpretación ponderativa que exige del hermeneuta un mayor esfuerzo, a la vez que la aplicación de la norma penal se convierte también en un escenario de reafirmación del límite al ejercicio del *ius puniendi*.

Con razón ha expresado nuestra Corte Constitucional²⁶⁷ que:

“(L)a norma penal, (es) al mismo tiempo, un instrumento de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales y un mecanismo de protección de los mismos, así como de determinados bienes constitucionales, dado que un concepto de bien jurídico vinculante para el legislador sólo puede derivar de los cometidos plasmados en la Carta Política de un Estado Social de Derecho fundado en la libertad del individuo, en tanto que límites

²⁶⁷ Ver al respecto CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-587 de 1992, C-504 de 1993, C-038 de 1995, C-345 de 1995, C-070 de 1996, C-113 de 1996, C-125 de 1996, C-394 de 1996, C-013 de 1997, C-239 de 1997, C-456 de 1997, C-472 de 1997, C-659 de 1997, C-404 de 1998, C-083 de 1999, C-996 de 2000, C-1164 de 2000, C-173 de 2001, C-177 de 2001 y C-317 de 2002, entre otras.

*a la potestad punitiva del Estado. Por lo tanto, esta Corporación ha entendido que el ejercicio del ius puniendi está sometido a los principios de estricta legalidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, razonabilidad, igualdad y responsabilidad por el acto en tanto que límites materiales a la ejecución de esta competencia estatal*²⁶⁸

La delimitación constitucional del derecho penal no se puede tampoco restringir a un reconocimiento formal de los “clásicos” principios constitucionales de claro contenido penal (presunción de inocencia, legalidad, entre otros) en las comúnmente denominadas “normas rectoras” de los respectivos códigos. Creemos que *“es desde la Constitución, desde el sistema de valores, principios, derechos y libertades en ella consagrados que toda ley ha de respetar, desde donde deben elaborarse y definirse tanto los límites como los principios que han de informar el Derecho penal*²⁶⁹”, siendo que esas restricciones se predicen tanto de la labor del legislador como también la de los jueces en la solución de los casos concretos.

La libertad de configuración legislativa en materia penal no es absoluta, debe estar circunscrita a ese marco constitucional. Desde luego, si ello es así, y dado que la norma que crea un tipo o que impone una sanción afecta libertades individuales, es evidente entonces que el examen de constitucionalidad de la norma penal dependa de la valoración en torno al juicio de proporcionalidad que exista para justificar la intromisión del ordenamiento jurídico en el ámbito conceptual de un derecho fundamental.

Así, existen casos en donde la restricción constitucional del legislador penal no resulta tan polémica, como pueden ser aquellos eventos en los que se crean

²⁶⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-205 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁶⁹ RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. Expansión del derecho penal y límites constitucionales. En Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009. P.1662.

tipos penales que no contengan una definición clara de la conducta prohibida o no persigan la protección de un determinado bien jurídico o si lo hacen se lleva a cabo sobre un interés que resulta socialmente irrelevante.

Un poco más complejo resultan aquellos eventos en donde se estima que la medida penal puede resultar contraria a la Constitución por cuanto existían otras medidas de control alternativas que tornan aquella intervención como desproporcionada o cuando se advierte que *“se lesiona el valor justicia o dignidad humana o cuando la desproporción de la pena es patente y a todas luces excesiva; en suma cuando en conjunto la arbitrariedad del tipo resulta evidente”*.²⁷⁰.

Tal y como lo señalamos, las restricciones al ordenamiento penal no son exclusivamente para el legislador, sino también para los jueces. Son varios los escenarios interpretativos en donde la aplicación de la norma penal debe ser modulada por los principios y valores constitucionales, pues sólo de esa manera se llevará a cabo un auténtico control de la actividad judicial para que sea acorde con el modelo definido en la Carta.

*“El punto de partida de dicho control se expresa en la idea de que los tipos penales no pueden interpretarse y aplicarse de forma contraria a los derechos fundamentales y que los hechos probados no pueden ser valorados a un mismo tiempo actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito”*²⁷¹.

Ciertamente la aplicación de criterios de proporcionalidad en la interpretación de la norma penal puede también ocasionar, en algunos eventos, una

²⁷⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis. Justicia Constitucional y Derechos fundamentales. Editorial Trotta. Madrid. 2003. P. 295.

²⁷¹ RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, Teresa. Op. Cit. P. 1666.

interesante restricción a la actividad judicial que no quedaría legitimada cuando reacciona desproporcionadamente en aquellos

“supuestos en que sin que pueda hablarse de ejercicio legítimo, por no respetarse esos límites, nos encontramos ante conductas que inequívocamente pueden ser calificadas como pertenecientes al ámbito objetivo de ejercicio del derecho fundamental, afirmando que en estos casos si los órganos judiciales prescinden de la circunstancia de que está en juego un derecho fundamental e incluyen entre los supuestos sancionables por aplicación de un tipo penal estas conductas, vulneran el derecho fundamental²⁷²”.

De otra parte, creemos que en la comprensión de conceptos dogmáticos penales también tienen cabida valoraciones inspiradas en el telos constitucional. Así, criterios de imputación objetiva como la prohibición de regreso, la autopuesta en riesgo, el principio de confianza; la interpretación del caso a partir de la real vulneración o puesta en peligro de bienes jurídicos, la introducción de principios como el de necesidad de pena, son sólo muestras que la teoría del delito no se agota en un ejercicio descriptivo, ni de mera subsunción entre el supuesto normativo de un precepto de la parte especial del código penal y un caso particular, sino que involucra un aspecto axiológico nada despreciable.

Bajo la perspectiva de la constitucionalización del derecho penal, se infiere entonces que esa valoración de las diversas categorías dogmáticas del delito debe partir del modelo constitucional mismo.

La Corte Constitucional expresamente ha reconocido la interpretación propuesta en precedencia:

²⁷² Ibídem. P. 1669.

“Ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius puniendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas.”²⁷³

Obsérvese que en el marco de nuestro sistema normativo no se reconoce una absoluta libertad de configuración del legislador, sino que su potestad creadora se encuentra delimitada por una teleología especial: El denominado fundamento del poder punitivo, así como por el catálogo de derechos y el reconocimiento de la dignidad humana, que necesariamente se traducen en un cúmulo de garantías a favor del ciudadano y que se perfilan como auténticos diques del *ius puniendi*.

Desde luego, la constitucionalización del derecho penal implica que el modelo estatal adoptado, Estado Social de Derecho, termine perfilando las características esenciales del derecho penal.

“En cuanto Derecho penal de un Estado Social, debe legitimarse como sistema de protección social efectiva, lo que atribuye la misión de prevención de delitos en la medida – y sólo en la medida- de lo necesario para aquella protección. Ello ya constituye un límite de la prevención. Por

²⁷³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 038 de 1995. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

*otra parte, en cuanto Derecho penal de un Estado democrático de Derecho, debe someter la prevención penal a otra serie de límites, en parte herederos de la tradición liberal del Estado de Derecho y en parte reforzados por la necesidad de llenar de contenido democrático el Derecho penal. Dos palabras resumen, a mi juicio, este programa político-criminal: prevención limitada*²⁷⁴.

El marco referido es el que nos motiva a afirmar que necesariamente en un modelo de Estado Social de Derecho se propugna por la adopción de un sistema penal “*garantista*”, como quiera que en él se fija un importante límite al poder sancionatorio en cabeza del Estado, todo ello en procura de brindar protección a los ciudadanos frente al mismo.

El concepto de “*sistema garantista*” tiene la misma característica del Estado Social de Derecho: No es un concepto acabado ni mucho menos una idea que pueda ser definida en términos absolutos²⁷⁵. Sobre el particular, baste recordar las palabras del profesor Ferrajoli para quien el citado concepto constituye

“(U)n modelo normativo de derecho...propio del Estado de Derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una

²⁷⁴ MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal*. Iustel. Madrid. 2011, pp.19-20.

²⁷⁵ Así por ejemplo, la doctrina ha identificado al menos cuatro acepciones de garantismo: “*Como filosofía política o teoría de la justicia, es decir, como un modelo normativo acerca de la forma óptima de organización política, siquiera de la forma menos intolerable o más humana...En segundo término, el garantismo designa también un modelo de ciencia del Derecho o, más específicamente, de dogmática jurídica, una reflexión que se sitúa ya en el punto de vista interno al sistema jurídico...En tercer lugar...el garantismo presenta también un nuevo modelo para la teoría del Derecho, que pretende conjugar las dos grandes tradicionales del positivismo jurídico, la normativista preocupada sólo por el deber ser del Derecho, y la realista que hace de la eficacia o efectividad, del ser del Derecho, el momento central de la experiencia jurídica...Por último, garantista es un calificativo que puede predicarse también de los mismos sistemas jurídicos...es sencillamente aquel Derecho que se orienta a la garantía de los derechos subjetivos, y, muy especialmente, a la garantía de los derechos fundamentales.*” (PRIETO SANCHIS, Luis. *Garantismo y derecho penal*. 1 edición. Iustel. Madrid. 2011, pp. 21-23).

*técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado de garantía de los derechos de los ciudadanos*²⁷⁶.

Partiendo de la idea expuesta, caracterizaremos cada uno de dichos planos en el Estado Social de Derecho.

3.1 PLANO EPISTEMOLÓGICO DEL DERECHO PENAL EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El derecho penal, desde la perspectiva epistemológica del modelo estatal referido, se traduce en la comprensión de dicho ordenamiento jurídico como *ultima ratio*, es decir, como un instrumento de intervención que tiene una doble cualidad: Ser residual (subsidiario) y fragmentario.

El predicar su carácter residual significa que sólo se justificará la intervención del derecho penal cuando fracasen los demás instrumentos institucionales de control social. No sería adecuado usar la máxima herramienta de represión para pretender alcanzar objetivos que bien podrían alcanzarse mediante el uso de otras ramas del derecho (disciplinario, administrativo, fiscal).

Pese a la coincidencia en señalar el carácter subsidiario del derecho penal, lo cierto es que en muchas ocasiones encontramos que la premisa de la que parte dicha idea no es del todo cierta.

En efecto, no siempre la manera como interviene el sistema de control penal es menos invasivo o intenso en relación con otras áreas jurídicas, por ejemplo, el

²⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Editorial Trotta. 1995, pp. 851-852.

administrativo o el fiscal, máxime cuando estos muestran un nivel de eficiencia mayor al que puede representar un lento y desgastante proceso penal²⁷⁷.

De otra parte, la evidencia que nos da el legislador en torno al manejo de la política criminal que se ciñe en buena parte a crear nuevos tipos penales, aumentar penas, prescindiendo de cualquier análisis sobre instrumentos de control paralelos genera la idea contraria a la expuesta: Que el derecho penal es el llamado a intervenir en múltiples aspectos sociales.

(La)“impresión de que el principio de subsidiariedad del Derecho penal podría ser, más que un principio, una ilusión de un grupo al final relativamente pequeño de teóricos del Derecho penal, es una impresión que se impone especialmente cuando se tiene presente que el mismo legislador parece contemplar el Derecho penal menos como última ratio que como una prima ratio mediante cuyo uso se han de dirigir los desarrollos sociales y corregir los desarrollos equivocados”²⁷⁸.

El referido principio de subsidiariedad parte de una idea sencilla, pero difícil de materializar: El legislador debe acudir al control jurídico penal cuando advierta que en un ejercicio de ponderación de intereses se tenga como necesaria para proteger, de manera efectiva, bienes jurídicos.

“(E)l Derecho Penal sólo puede ocuparse de proteger aquellos derechos considerados como más relevantes para el libre desarrollo de la

²⁷⁷ Así, autores como Schünemann propugnan por indicar que “la tesis...según la cual el Derecho penal es en principio subsidiario respecto al control administrativo fracasa al poner a prueba en la práctica los sistemas de control ya establecidos. Lo correcto es, más bien, adoptar una relación de complemento.” (SCHÜNEMANN, Bernd. *Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del derecho penal en un estado de derecho liberal*. En VON HIRSCH, Andrew et. al. *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier libros jurídicos. 2012, p. 69.

²⁷⁸ WOHLERS, Wolfgang. *Derecho penal como ultima ratio ¿Principio fundamental del derecho penal de un Estado de derecho o principio sin un contenido expresivo propio?* En VON HIRSCH, Andrew et. al. *Óp. Cit.*, p. 112-113.

*personalidad y el funcionamiento adecuado de la sociedad, de lo cual se ha desprendido el principio denominado de subsidiariedad, en tanto otros instrumentos de control deben proteger el gran universo de los derechos*²⁷⁹.

Por supuesto, el primer gran problema que afronta el legislador en este punto es responder a la pregunta ¿qué es lo que merece la categoría de bien jurídico? Pues, indudablemente, la respuesta a tal interrogante determinará la canalización del ejercicio del *ius puniendi* en el marco constitucional al que nos venimos refiriendo o, por el contrario, será una muestra y elemento que permita identificar un sistema punitivo desbordado.

Un buen criterio para precisar los bienes jurídicos es aquel que los relaciona estrechamente con los derechos fundamentales. En este sentido, *“la noción de bien jurídico es necesaria (no simplemente conveniente) y consustancial a una organización política que, bajo la denominación de Estado de Derecho, emplee el Derecho Penal como instrumento de control social”*.²⁸⁰

Calificar el derecho penal de fragmentario significa que la norma penal se justificará en tanto que se castiguen *“únicamente las conductas que con mayor intensidad lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos, es decir, aquellas especialmente intolerables”*.²⁸¹

Acatar las características de un derecho penal residual y fragmentario exige, en consecuencia, que sólo serán válidas, formal y materialmente, aquellas

²⁷⁹ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Introducción al Derecho Penal Constitucional*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica. 2013, pp. 22-23.

²⁸⁰ BARBOSA CASTILLO, Gerardo y otro. *Bien jurídico y derechos fundamentales. Sobre un concepto de bien jurídico para Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1996, p. 64.

²⁸¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia de 19 de agosto de 2007. Radicado 26565 M.P. Dra. María del Rosario González Lemos.

disposiciones normativas y decisiones judiciales que reprochen en abstracto, las primeras y en un caso particular, las segundas, cuando se esté frente a conductas realmente lesivas que afecten de manera grave derechos fundamentales o el orden requerido para el desarrollo de la sociedad (como, por ejemplo, sería el caso de los delitos contra la administración pública o de justicia).

*“En virtud del principio de intervención mínima la actuación punitiva del estado, que restringe el campo de la libertad y que mediante la pena priva de derechos fundamentales o condiciona su ejercicio, por una parte, debe ser el último de los recursos (ultima ratio) de los que el mismo tiene a su disposición para tutelar los bienes jurídicos y, por otra parte, debe ser lo menos gravoso posible para los derechos individuales, mientras resulte adecuado para alcanzar los fines de protección que se persiguen”.*²⁸²

Nótese cómo en la concepción del principio de intervención mínima se tiene implícita la idea expuesta en torno a la ponderación como técnica interpretativa del moderno derecho penal en el marco de un Estado Social de Derecho.

*“(V)incular los principios materiales del Derecho penal al principio de proporcionalidad que rige en la jurisprudencia sobre derechos fundados del mismo modo que cualquier otra limitación a tales derechos, lo que significa que su legitimidad constitucional sólo podrá mantenerse si resultan idóneas, necesarias y proporcionadas, esto es, si resultan idóneas para proteger bienes jurídicos relevantes que hayan de ser tutelados mediante normas penales, necesarias porque no existe otro medio alternativo que, mostrándose de pareja eficacia protectora, provoque menores daños que la ley penal, y proporcionadas entre el mal que pretenden evitar y los daños que irremediablemente genera la pena”*²⁸³.

²⁸² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-356 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería.

²⁸³ PRIETO SANCHIS, Luis. Óp. Cit. P.90.

3.2 PLANO POLÍTICO DEL DERECHO PENAL EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El segundo plano identificador de un sistema garantista está dado por lo político, que parte de la idea del derecho penal como un mecanismo de control social, esto es, como un recurso *“de que dispone una sociedad determinada para asegurarse de la conformidad de los comportamientos de sus miembros con un conjunto de reglas y principios establecidos, así como las formas organizadas con que la sociedad responde a sus transgresiones”*²⁸⁴, siendo tal tipo de control necesario, puesto que se entiende como *“una condición básica de la vida social, pues a través de él se asegura el cumplimiento de las expectativas de conducta y los intereses contenidos en las normas que rigen la convivencia, confirmándolas y estabilizándolas contra fácticamente, en caso de su fluctuación o incumplimiento, con la respectiva sanción impuesta en una determinada forma o procedimiento.”*²⁸⁵

Con todo, esa caracterización del derecho penal como instrumento de control social debe entenderse utilizada dentro de una ponderación de intereses que se rige por un principio de *favor libertatis*, esto es, debe procurarse la restricción al máximo de su uso, pues implica la limitación de derechos individuales, siendo el mayor de ellos la libertad.

“La función del derecho penal en una sociedad secularizada y en el Estado de derecho pretende proteger, con un control social coactivo, ciertos

²⁸⁴ MÚÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Bogotá: Editorial Temis. 1999, p. 25.

²⁸⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, y HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. vol. 1. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p.15.

*bienes jurídicos fundamentales y determinadas condiciones básicas de funcionamiento de lo social*²⁸⁶.

Desconocer el ejercicio del *ius puniendi* en el marco de un sistema de control limitado por la libertad como regla general, implica necesariamente una maximización del poder configurativo del legislador en materia penal que fácilmente puede generar lo que se ha denominado por algunos criminólogos el “*derecho penal máximo*”, asociado en algunas ocasiones a un “*derecho penal simbólico*”, que está íntimamente ligado al modelo penal de seguridad ciudadana²⁸⁷ o incluso caracterizado por otros como cualidad propia del denominado “*derecho penal de enemigo*”.

Así, el profesor Hassemer indica que:

*“El Derecho penal simbólico se da bajo formas muy diversas: Derecho penal que está menos orientado a la protección del bien jurídico que a efectos políticos más amplios como la satisfacción de una «necesidad de acción». Es un fenómeno de la crisis de la política criminal actual orientada a las consecuencias. Ello convierte gradualmente al Derecho penal en un instrumento político flanqueador de bienes jurídicos universales y delitos de peligro abstracto. Este Derecho penal se aviene a las imágenes de una «inseguridad global» y de una «sociedad de riesgo». Un Derecho penal simbólico con una función de engaño no cumple la tarea de una política criminal y mina la confianza de la población en la Administración de Justicia.”*²⁸⁸

²⁸⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-144 de 1997. Alejandro Martínez Caballero.

²⁸⁷ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*. 6 edición. Valencia: Tirant lo Blanch. 2007, pp. 681- 690.

²⁸⁸ HASSEMER, Winfried, *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*. En Varios Autores *Penal y Estado*, Santiago: Editorial Jurídica Conosur. 1995, p. 35.

En el segundo grupo de autores que muestran preocupación por la maximización del derecho penal a partir de la categoría de derecho penal de enemigo encontramos, entre otros, al profesor Zaffaroni²⁸⁹ y a Aponte, para quienes los estados de excepcionalidad se han convertido en el campo propicio para incorporar una teoría en la que el dique del poder punitivo ya no se encuentra en los bienes jurídicos, sino en la vigencia misma de la norma, propugnando por lo que se denomina un eficientismo penal en perjuicio de una postura garantista.²⁹⁰

3.3 PLANO JURÍDICO DEL DERECHO PENAL EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El tercer plano al que se ha hecho referencia es el jurídico, y alude a todas aquellas formalidades de tipo constitucional que se le imponen al legislador para que pueda crear normas de contenido penal. La potestad legislativa se limita entonces con un catálogo de garantías penales y procesales, entendidas como

“aquellos límites negativos (obligaciones de no hacer) y vínculos positivos (obligaciones de hacer) impuestos al ejercicio del ius puniendi, tanto en abstracto o en el plano de la producción normativa como en concreto o en el plano aplicativo, en orden a la protección de los derechos fundamentales del imputado y del reo”²⁹¹.

Sobre este punto, la Corte Constitucional ha reiterado que si bien en principio el legislador tiene un amplio margen de discrecionalidad para la confección de

²⁸⁹ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Bogotá: Ediciones Gustavo Ibáñez. Universidad Santo Tomás. 2006.

²⁹⁰ Cfr. APONTE CARDONA, Alejandro. *Guerra y Derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Bogotá: Ediciones Gustavo Ibáñez. 2006.

²⁹¹ PRIETO SANCHIS, Luis. Óp. Cit., p.81.

normas que integren el sistema penal, también es cierto que esa potestad no es ilimitada, sino que debe encausarse en unos claros marcos que le impone la propia Carta:

“(E)l Legislador tiene un amplio margen de apreciación y una libertad de configuración para determinar el contenido concreto del derecho penal, en desarrollo de la política criminal del Estado, pero también que dichas decisiones legislativas deben sujetarse a los principios establecidos por la Constitución. Esto explica por qué el control que el juez constitucional ejerce sobre esas definiciones legislativas es un control de límites, a fin de que el Legislador permanezca en la órbita de discrecionalidad que la Carta le reconoce, esto es, que no incurra en desbordamientos punitivos, pero que tampoco desproteja aquellos bienes jurídicos que por su extraordinario valor, la Constitución excepcionalmente haya ordenado una obligatoria protección penal.”²⁹²

De hecho, son varios los pronunciamientos en los que la Corte Constitucional ha tenido a bien declarar inexecutable por considerar que se habrían pretermitido algunos principios constitucionales que delimitan la órbita legislativa en esta materia.²⁹³ Desde luego, dichos principios no son más que auténticas garantías de los ciudadanos que se ven como sujetos pasivos del *ius puniendi* limitado.

Ahora bien, la cuestión radica en determinar esas garantías que delimitan materialmente el ejercicio del poder sancionatorio. En este punto adherimos al profesor Ferrajoli que, luego de recordarnos que las mismas no son producto de generación espontánea, sino que emanan del devenir histórico, nos las resume en diez expresiones latinas que recuerdan la estructura de un sorites:

²⁹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-226 de 2002. M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

²⁹³ Por vía de ejemplo las sentencias C-559 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero o la C-843 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

“Nulla poena sine crimine, nullum crimen sine lege, nulla lex (poenalis) sine necessitate, nulla necessitatis sine iniuria, nulla iniuria sine actione, nulla actio sine culpa, nulla culpa sine indicio, nullum iudicium sine accusatione, nulla accusatio sine probatione, nulla probatio sine defensione”.

Estos aforismos se traducen en sendos principios que deben orientar cualquier sistema penal que pretenda el calificativo de “*garantista*” propio de un Estado Social de Derecho: Retribución, legalidad, necesidad, lesividad, materialidad, culpabilidad, jurisdiccionalidad, acusación, carga de la prueba y contradicción. Los citados principios pueden sistematizarse, agrupándolos en categorías de garantías, dependiendo de lo que se pretende en cada una de dichas especies. Así, se puede crear una tipología que distinga aquellos que harán parte de las restricciones formales, materiales y relativas al diseño del proceso penal:

“(G)arantías formales o relativas al quién y al cómo de las tipificaciones penales, esto es, relativas a quien puede decidir qué castigar y a cómo debe hacerlo, que suelen resumirse todas ellas en el principio de legalidad; garantías penales o relativas al cuándo prohibir y cuánto castigar, como los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, necesidad, lesividad o culpabilidad y, por otra parte, los aspectos relacionados con las clases y condiciones de las penas; y garantías procesales, como las relativas al juez natural, la presunción de inocencia y la carga de la prueba o los derechos de defensa, que se conectan a la pregunta de cómo juzgar”²⁹⁴.

²⁹⁴ PRIETO SANCHIS, Luis. Óp. Cit., p. 85.

3.3.1 Garantías referidas a la sanción

La consecuencia que genera el reproche por la comisión de un delito es la sanción, término genérico que aglutina tanto las penas como las medidas de seguridad. Las dos, sin duda, inspiradas en una prevención general y especial. Son la derivación de un comportamiento que se desvalora de modo distinto, de ahí que se diga que mientras la pena está soportada sobre una estructura de delito compuesta por el injusto culpable, las medidas de seguridad lo son respecto de una conducta delictiva sentada sobre la estructura del injusto sin que exista causal que excluya su responsabilidad. Lo cierto es que las dos categorías, penas y medidas de seguridad, deben estar orientadas por los principios de retribución, legalidad y necesidad.

3.3.1.1 Retribución

Según el principio de retribución la sanción debe guardar proporcionalidad con el daño cometido con el delito, es decir, no debe ser exagerada a punto tal que termine siendo la anulación misma de la dignidad humana, como sería el caso de la pena capital o la imposición de penas perpetuas. Igualmente, no será admisible una sanción que desborde el daño que se hubiere causado con la infracción penal.

Por supuesto, el principio de retribución no es propio de un modelo de Estado Social de Derecho. Su reconocimiento data del Estado liberal tradicional y, por ello, es perfectamente lógico encontrar en autores del iluminismo o en la Escuela Clásica italiana referencias directas sobre tal principio.

En efecto, recordemos cómo uno de los grandes cometidos de la obra de Beccaría era la humanización de las penas y ello, en parte, estaba determinado por el acatamiento de una proporcionalidad entre delito y sanción.

“Si la geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas en que se graduasen desde la mayor hasta la menos dura; pero bastará al sabio legislador señalar los puntos principales, sin turbar el orden, no decretando contra los delitos del primer grado las penas del último. Y en caso de haber una exacta y universal escala de las penas y de los delitos, tendríamos una común y probable medida de los grados de tiranía y de libertad y del fondo de humanidad, o de malicia, de todas las naciones”²⁹⁵.

En el mismo sentido, el maestro de Pisa señalaba que:

“El criterio aceptable como medida de cantidad de los delitos no puede ser, pues, más que el del daño, fórmula que se remonta a Platón, fórmula exacta y fórmula racional. Daño inmediato (esto es, fuerza objetiva física del delito) y daño mediato (esto es, fuerza objetiva moral del delito) combinados conjuntivamente.”²⁹⁶

La idea básica subyacente en el principio de retribución no es otra que la que indica que el autor de un delito debe recibir su merecido, siendo que ese daño “merecido” debe valorarse conforme al grado de daño causado.

El fundamento primigenio de la retribución es religioso y ético: Haber obrado mal debe generar un mal a quien lo ha ocasionado. La pena vista como expiación de culpa es una clara muestra de lo anterior.

En la teoría de la pena, la retribución es vista como enmarcada en las denominadas teorías absolutas que pretenden justificar la sanción no buscando

²⁹⁵ BECCARÍA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Madrid: Editorial Tecnos. 2008, p. 26.

²⁹⁶ CARRARA, Francesco. *Programa del curso de Derecho Criminal*. Parte General. Vol. I. Buenos Aires: Editorial Depalma. 1944, p. 135.

una función, sino a partir de la idea de la pena como fin mismo que permite llegar a un concepto universal como el de justicia o el imperio del derecho.

Ya en oportunidad anterior hicimos referencia a que la retribución puede ser comprendida desde dos grandes discursos: El ético kantiano y el lógico hegeliano.

Conforme al primero, siendo el hombre un fin en sí mismo, es claro entonces que a la pena no pueda otorgársele ningún tipo de utilidad para el hombre, caso en el cual estaríamos instrumentalizándolo, en contraposición con el referido principio de dignidad humana. Si ello es así, la pena sólo debe justificarse por sí misma y eso sólo puede ocurrir cuando la entendemos como la herramienta idónea y necesaria para lograr el ideal de justicia. La pena es un imperativo categórico, pues corresponde a la noción básica de la sociedad de que hay que darle a cada cual lo que se merece y si el delincuente ha obrado mal, se colige que debe ser destinatario de un mal, es el elemental requerimiento de la justicia como valor supremo de una sociedad.

Conforme al segundo, en el discurso lógico se comprende la pena como instrumento para afianzar la voluntad general expresada en la ley que se quebranta con la conducta delictiva. La dialéctica entendida como el movimiento que se rige por la regla de lucha de contrarios (tesis, antítesis, síntesis) nos indicaría que la ley penal es la tesis creada por el legislador y como manifestación de la voluntad general de un grupo social, la norma de convivencia, el precepto que condensa las expectativas sociales. Cuando una persona contraviene la norma penal, la niega en su esencia: Como emanación de ese orden social deseado. Luego el delito se perfila como la antítesis perfecta de la norma penal, su contrario, que da lugar a una nueva reacción de la sociedad a través de su organización política (Estado) con la imposición de una pena a modo de síntesis que, en el fondo, no es más que la reafirmación de esa voluntad general que, a pesar de su negación con el delito, debe seguir

imperando. De ahí que la pena es corolario lógico del delito, es el destino necesario del actuar reprochable; pero también, este mismo razonamiento nos llevaría a plantear que esa sanción debe ser equivalente al daño ocasionado, pues, de no serlo, existiría un desequilibrio en el movimiento dialéctico activado con el delito.

En el marco del Estado Social de Derecho esa retribución hace que se limite el *ius puniendi*. Así, no podría el Estado imponer sanciones realmente desproporcionadas al reproche que ocasiona la conducta. Lo anterior es válido incluso en aquellos eventos en los que se advierte cierto carácter curativo a las sanciones, como es el caso de las medidas de seguridad que se imponen a los inimputables con base patológica. En tales casos, no podría el Estado, con sustento en el aludido principio, extender la medida de seguridad más allá de lo que le correspondería a una pena impuesta a un imputable y acorde con el juicio de reproche que se hiciera, aun cuando durante dicho lapso no se alcanzare a cumplir con la “curación” del condenado²⁹⁷.

Recuérdese cómo en vigencia de la Constitución de 1886 se permitió que existieran medidas de seguridad perpetuas, precisamente sobre la base de que siendo estas inspiradas en un carácter curativo, se legitimaba su extensión, hasta tanto se lograra su cometido. Desde luego, cuando la declaración de inimputabilidad era consecuencia de una enfermedad incurable, la dilación e indefinición de la consecuencia impuesta era realmente muy probable.

Igualmente, aplicando una retribución estricta, tendríamos que aceptar, en principio, que si el daño causado por el delincuente fuere la muerte podría entonces justificarse la pena capital. Desde luego, hoy esa concepción de

²⁹⁷ Interesante resulta destacar como en el Código Penal español en su artículo 6.2 el legislador, de manera expresa, delimita temporalmente las medidas de seguridad en la proporción que corresponde a las penas: “*Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.*”

retribución no puede asimilarse como fuerza bruta, sino como un instituto que se ubica como restricción de la potestad sancionadora del Estado y que debe acompañarse con otros principios como los de dignidad humana y las funciones que se reconocen expresamente a la sanción y que proscriben la pena de muerte, en tanto que al ser aplicada desaparecería cualquier posibilidad de reinserción social, que también se advierte como inherente a la sanción.

“El retribucionismo rígido, con base en el cual se defiende a veces la pena de muerte, no sólo mina sus propios fundamentos sino que olvida que la modernidad democrática precisamente se construye con la idea de abandonar la ley del talión, pues la justicia penal, si quiere ser digna de ese nombre, no debe ser una venganza encubierta. De allí la importancia de humanizar las penas para humanizar la sociedad en su conjunto, por lo cual se considera que la pena no puede constituirse en una represalia estatal, sino que debe responder a los principios de racionalidad y humanidad, en donde el tipo penal y la sanción son entes heterogéneos que se ubican en escenarios diferentes, y por ende no son susceptibles de igualación. En ese orden de ideas, si bien se conserva la idea retributiva, como criterio orientador de la imposición judicial de sanciones, pues debe haber una cierta proporcionalidad entre la pena, el delito y el grado de culpabilidad, lo cierto es que el derecho humanista abandona el retribucionismo como fundamento esencial de la pena”²⁹⁸.

En nuestro ordenamiento jurídico la retribución se reconoce expresamente como norma rectora (artículo 4 del Código Penal), precepto que la identifica como una de las funciones que cumple la pena²⁹⁹.

Lo cierto es que independientemente de la teoría de la pena que se adopte para justificar la sanción, el problema grande que se tiene en casos concretos

²⁹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-144 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁹⁹ “Artículo 4°. Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.”

es la determinación del *quantum* de esa sanción para que, dentro de lo expresado, esta se califique como justa.

El profesor Robinson³⁰⁰ denomina principios distributivos de la pena aquellos argumentos que se han utilizado como criterios de cuantificación de la sanción para, agregamos nosotros, alcanzar esa retribución justa.

Así, un principio común usado es el de disuasión a delinquir a otros potenciales delincuentes (disuasión general) o al delincuente del caso (disuasión particular). Igualmente, se suele acudir como principio distributivo la incapacitación de las personas que son consideradas peligrosas, lo que justificaría prácticas como, por ejemplo, la castración de violadores potenciales, la pena de muerte o el encarcelamiento de personas.

En otras ocasiones, se trata de sustentar el *quantum* de la pena a partir de la búsqueda de la rehabilitación³⁰¹ o sencillamente acudiendo a discursos de merecimiento deontológico³⁰² o empírico.³⁰³

Creemos que los intentos por describir e incluso propugnar por un principio distributivo de la sanción soportado en el merecimiento³⁰⁴ no impide cierto grado

³⁰⁰ Cfr. ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*. Trad. CANCIO, Manuel y ORTIZ DE URBINA, Íñigo. Madrid: Marcial Pons. 2012.

³⁰¹ “Rehabilitar o reformar a un delincuente es otro medio para evitar futuros delitos. La rehabilitación suprime el deseo o la necesidad del delincuente de llevar a cabo conductas delictivas. El tratamiento médico, la asistencia psicológica, los tratamientos de deshabitación y los programas educativos y de formación profesional son las formas más comunes de rehabilitación”. ROBINSON, PAUL. H. Óp. Cit., p. 40.

³⁰² “Conforme al principio distributivo de “merecimiento deontológico”...el único criterio para determinar la pena es la reprochabilidad moral del autor, una cuestión de filosofía moral. Se castiga a una persona si y sólo si es culpable y se le castiga atendiendo estrictamente el grado de su culpabilidad: ni más ni menos” (Ibidem., pp.40-41.)

³⁰³ Consiste en “un principio distributivo de “merecimiento” basado en las intuiciones sobre la justicia compartidas por la comunidad, en lugar de uno basado en las nociones filosóficas de merecimiento”. (ibidem., p. 41).

de discrecionalidad que se tiene a la hora de definir la naturaleza y marcos legales de la sanción, así como al momento de dosificar, en un caso específico, la pena que corresponde a un determinado delincuente. Esa discrecionalidad, que no comporta arbitrariedad, debe ser usada con fundamento en el arsenal teórico que se ha descrito para justificar la sanción misma. El calificativo de justa o no, dependerá, en buena medida, de la correspondencia que debe existir entre ella y el grado de culpabilidad que se atribuya al infractor.

Caso aparte, y un verdadero reto para el principio de retribución, a punto tal que termina negando su existencia, lo constituye la denominada justicia restaurativa, en tanto que en ella se abandona esa medida de pena equivalente al grado de culpabilidad, para acoger otro tipo de sanciones que se tomarán como adecuadas y políticamente correctas, sólo si en su determinación participan los interesados³⁰⁵ (víctima, victimario, Estado) que deberán aceptarla en procura de alcanzar un objetivo mayor (superación del conflicto, la paz).

En Colombia se cuenta en el pasado reciente con el caso de la desmovilización de los denominados grupos paramilitares que corrió paralelo con un tratamiento penal alternativo en el que la máxima sanción que podía recibir un procesado era de 8 años de prisión, aun cuando podía ser el protagonista de una gran cantidad de conductas punibles cometidas, muchas de ellas caracterizadas por la atrocidad. Es evidente que no puede hablarse de retribución en estos casos,

³⁰⁴ La propuesta presentada por el citado profesor ROBINSON se cimienta en el merecimiento empírico, en tanto que *"las personas obedecen la ley no tanto porque temen ser aprehendidas por el sistema de justicia penal, sino porque les importa lo que su grupo social piense de ellas y porque consideran la obediencia moralmente adecuada. Las leyes penales basadas en los estándares comunitarios respecto del castigo merecido mejoran esa obediencia....(con lo que se concluye que) una atribución de pena basada en el merecimiento resulta ser el criterio de asignación que tiene la mayor utilidad en términos de control del delito"*. (ibídem., p. 233).

³⁰⁵ En la justicia restaurativa *"no hay criterios articulados mediante los cuales deba determinarse la pena, sino más bien un proceso, como la mediación entre víctima y el autor, los grupos de determinación de la pena (sentencing circles), o las reuniones de grupos de familiares (family group conferences), por mencionar sólo algunos. Los resultados dependerán no de una serie de reglas articuladas, sino más bien de las instituciones y preferencias de las concretas personas implicadas en el proceso en cuestión."* (ibídem., p. 237).

pues claramente si se compara la pena con la que corresponde a delitos de menor impacto, no hay una mínima correspondencia.

Más recientemente, y con ocasión del acuerdo de paz alcanzado con el grupo guerrillero FARC-EP, se creó el marco de una Jurisdicción Especial de Paz habilitada para conceder amnistías e imponer penas alternativas a personas que pudieren estar incurso en la comisión de delitos perpetrados en el marco del conflicto armado.

Aun cuando los acuerdos de paz ya están avalados jurídicamente, el proceso si muestra la dificultad que tiene la sociedad de dejar de lado criterios de retribución en materia penal. En efecto, los acuerdos de paz fueron sometidos inicialmente a refrendación popular, siendo rechazados popularmente, en buena parte por estimar que se estaba instaurando un régimen de impunidad.

Superado el impase, se refrendó un nuevo texto por el Congreso de la República y se inició el trámite de implementación en el que se avizora un gran debate sobre el tratamiento punitivo o las amnistías que se deberán aplicar. De hecho, uno de los interrogantes recurrentes que se plantean es si existirá reclusión y de haberla cuales serían sus condiciones, pregunta que, por lo reiterativa, ha tenido respuesta institucional en los siguientes términos en donde aflora el sistema diferenciado y alternativo:

“La Jurisdicción Especial para la Paz contempla un régimen de reclusión diferenciado:

- Para quienes reconozcan su responsabilidad de manera temprana por los delitos más graves, las sanciones serán de restricción efectiva de la libertad de 5 a 8 años. Será un sistema de restricción de la libertad bajo un régimen de vigilancia y control pero con un grado de flexibilidad que permita el cumplimiento de las funciones reparatoras y restaurativas de las sanciones, como contribuir al desminado o a la sustitución de cultivos.

- A quienes reconozcan su responsabilidad tardíamente, se les impondrá una sanción que será una pena privativa de la libertad de entre 5 y 8 años, que deberá ser cumplida en el régimen de reclusión ordinario.
- Quienes no reconozcan su responsabilidad y sean declarados culpables por el Tribunal para la Paz, que en todo caso deberán cumplir con las condiciones acordadas, serán condenados a pena privativa de la libertad de hasta 20 años que deberá ser cumplida bajo el régimen de reclusión ordinario.
- Las sanciones se graduarán teniendo en cuenta el nivel de participación determinante en las conductas más graves y representativa³⁰⁶.”

Lo cierto es que en esa configuración normativa será importante recordar precedentes de la Corte Constitucional que resumen en buena medida la tensión entre justicia y paz en los sistemas transicionales de justicia, en donde la retribución en su acepción clásica sencillamente no aplica.

“Si bien en el entendimiento de una parte de la población la justicia es comúnmente ligada con el castigo, la complejidad de los procesos de justicia transicional y su necesidad de responder a violaciones masivas hacen que los mismos no puedan centrarse exclusivamente en medidas penales. Por lo anterior, la justicia penal es sólo uno de los mecanismos de la justicia transicional que debe aplicarse conjuntamente con medidas de verdad, reparación y no repetición para satisfacer los derechos de las víctimas.

...

En este sentido, la Corte ha señalado que el deber de juzgar y condenar a penas adecuadas y proporcionales a los responsables de los crímenes investigados solo puede tener excepciones en procesos de justicia transicional, en los cuales se investiguen a fondo las violaciones de

³⁰⁶ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Oficina del Alto Comisionado para la Paz. *Jurisdicción Especial para la Paz*. [on line] [citado 26-01-2017]. Disponible en: <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Audios/PREGUNTASYRESPUESTAS.pdf>

derechos humanos y se restablezcan los derechos mínimos de las víctimas a la verdad y a la reparación integral y se diseñen medidas destinadas a evitar su repetición: “la determinación de límites frente a figuras de exclusión de responsabilidad penal o de disminución de las penas en procesos de transición, en cuanto no es admisible la exoneración de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, y por tanto el deber de juzgar y condenar a penas adecuadas y proporcionales a los responsables de los crímenes investigados. Esta regla, como lo ha señalado la Corte, solo puede tener excepciones en procesos de justicia transicional en los cuales se investiguen a fondo las violaciones de derechos humanos y se restablezcan los derechos mínimos de las víctimas a la verdad y a la reparación integral y se diseñen medidas de no repetición destinadas a evitar que los crímenes se repitan”³⁰⁷.

3.3.1.2 Legalidad

Conforme al principio de legalidad se exige que las sanciones penales estén descritas en una ley en sentido material y formal. Dicho de otro modo: existe una reserva legal en materia penal, tal y como lo reconoce nuestro tribunal constitucional al señalar que:

“(L)a definición de las conductas punibles corresponde al Legislador, y no a los jueces ni a la administración, con lo cual se busca que la imposición de penas derive de criterios generales establecidos por los representantes del pueblo, y no de la voluntad individual y de la apreciación personal de los jueces o del poder ejecutivo.”³⁰⁸

De idéntica manera, la garantía se satisface en tanto que la norma de contenido penal sea *praevia, certa, scripta y stricta*.

³⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

³⁰⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-599 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Es pertinente efectuar una caracterización general de cada una de estas cualidades exigibles de la ley penal, advirtiendo que se llevará a cabo una presentación general de los temas polémicos que pueden suscitar, generalidad que deviene de la delimitación del tema del presente trabajo.

En cuanto a lo primero, se refiere a que:

“...nullum crimen sine praevia lege: no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley; nulla poena sine praevia lege: esto es, no puede aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en ella; nemo iudex sine lege: o sea que la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función; nemo damnetur nisi per legale iudicium, es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal.”³⁰⁹

El carácter previo de la ley está expresamente reconocido en el artículo 29 de la Constitución Política, como también en el artículo 15.1 del PIDCP y en el artículo 9 de la CADH. En todas estas disposiciones es inequívoco el mandato que se le hace al legislador para que defina con anterioridad y de manera clara, concreta e inequívoca las conductas que se reputan reprochables, así como la definición de la respectiva consecuencia jurídica, amén del señalamiento del juez natural y de las reglas que se deben adelantar para determinar la responsabilidad penal.

La garantía de una ley penal previa está íntimamente ligada a la seguridad jurídica relacionada con la protección de la libertad. Como lo advierte el profesor Pérez Luño:

³⁰⁹ JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II Filosofía y Ley Penal. Buenos Aires: Editorial Losada, 1950.

“La seguridad es, sobre todo y antes que nada, una radical necesidad antropológica humana y el saber a qué atenerse es el elemento constitutivo de la aspiración individual y social de la seguridad”³¹⁰.

La preexistencia de la ley penal, como garantía ciudadana, implica igualmente la prohibición de la aplicación retroactiva de la norma, salvo, como es sabido, por razones de favorabilidad, concepto que no está exento de problemas de aplicación.

En efecto, en casos de tránsito de normas complejas que aglutinen diversos tipos de sanciones (por ejemplo multa y prisión) o en donde una de ellas posibilite un subrogado penal, pero aquella que resulta más benigna no lo haga, la discusión es inevitable. Existe un consenso en la jurisprudencia y coincide con una postura mayoritaria de la doctrina el descartar la *lex tertia*, es decir, la práctica interpretativa en la que se tomaría lo más favorable de cada una de las disposiciones en conflicto y que equivaldría a crear un nuevo precepto no realizado por el legislador.

Otro tanto puede afirmarse respecto de los delitos continuados y en los cuales la comisión de la conducta se extiende un tiempo suficiente para presenciar un tránsito legislativo. Se ha optado, en estos casos, en virtud del principio de igualdad, por aplicar la norma vigente al momento de realizarse el último acto ejecutivo, independientemente de que se hubiere tenido antes una disposición más benigna. En efecto, si se tomare la norma más benigna durante el desarrollo de la conducta delictiva, y esta no fuere la última vigente, se estaría reprochando de manera más benigna a esa persona en relación con aquella que hubiere realizado la conducta tan sólo en vigencia de la última disposición y ello aun cuando el lapso de comisión delictiva fue mayor (y por ende también mayor el reproche) en el primero de los casos mencionados.

³¹⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Editorial Ariel. 1991, p.8.

En Colombia el tema de la favorabilidad en delitos de conducta permanente no ha sido pacífico. Baste con recordar pronunciamientos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que defendieron tesis yuxtapuestas.

Una primera postura sostiene que si durante el transcurso de la comisión del delito surge una norma más benigna, habrá que aplicar esta aun cuando al culminar el delito estuviere vigente una diferente más gravosa. El cimiento de esta concepción está en la aplicación de la favorabilidad en sentido lato y en la premisa según la cual donde no distingue el legislador no le corresponde hacerlo al intérprete. En efecto, si en la disposición constitucional que se refiere a la favorabilidad no hay expresamente una referencia a los delitos continuados, se debe entender que no es posible llevar a cabo distinciones a la hora de aplicar aquel principio³¹¹.

³¹¹ Así en CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia de marzo 30 de 2006. Rad. 22813. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón se expresó:

“6. La Sala ha vuelto a reflexionar sobre el tema y ahora afirma lo siguiente:

...

b) Si durante la ejecución del hecho, es decir, si durante todo el tiempo de realización de la conducta, han transitado varias disposiciones que regulan el asunto de diversas maneras, se debe aplicar la más favorable.

Los motivos de las afirmaciones son los siguientes:

6.1. El artículo 29 de la Constitución Política dispone que “La ley permisiva a favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

El ordenamiento jurídico recoge ese precepto en los artículos 44 de la Ley 153 de 1887, 6° del Código Penal (L. 599/2000) y 6° del Código de Procedimiento Penal (L. 599 600 del 2000)(sic), normas que son obligatorias, prevalentes y que deben ser empleadas como criterios orientadores y de interpretación para las restantes.

El artículo 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, adoptado mediante L. 16/72), bajo el título de “principio de legalidad y de retroactividad”, establece similar derecho en los siguientes términos:

“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”. Idéntica es la redacción del artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (L. 74/68).

Estas disposiciones del derecho internacional reúnen los requisitos del artículo 93 de la Carta Política y, por tanto, “prevalecen en el orden interno”, porque forman parte del denominado “bloque de constitucionalidad”.

Como se lee con facilidad, las normas citadas se refieren al principio de favorabilidad de manera considerablemente generosa, vasta, por cuanto, como se percibe sin esfuerzo, de una parte, no limitan en ningún caso a la aplicación de una u otra disposición. Simplemente es

Una segunda tesis, que coincide con nuestra postura expuesta en precedencia, apelando al derecho a la igualdad refiere que en tanto que la conducta delictiva se mantiene en el tiempo no es posible referirse al tránsito legislativo sino únicamente cuando deja de ejecutarse el delito. Lo contrario, sería dar un tratamiento punitivo más benigno a una conducta a todas luces con mayor reprochabilidad.³¹²

seleccionada aquella que, de cualquier forma, incrementa, para bien, la situación del reo; y, de la otra, porque no excluyen de su contenido ningún evento de benignidad, o sea, no aluden a excepciones a la benignidad.

...

Bastaría afirmar, entonces, con los principios generales del derecho, con los grandes postulados sempiternos, que si la ley no se refiere expresamente a excepciones, tampoco puede hacerlo el intérprete Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus; y que cuando la ley lo quiere, lo dice. Si no lo quiere, calla Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit.

Constitucionalmente, entonces, no hay duda alguna en cuanto no existen restricciones para escoger y aplicar la disposición más benigna, de aquellas que se han sucedido durante el tiempo de comisión constante y continua de la conducta punible. Es, se reitera, apreciación elemental: si la ley no distingue, el intérprete tampoco puede hacerlo.

Con la interpretación que en el pasado venía haciendo la Corte, es evidente que se colocaban obstáculos al amplio ámbito del axioma de la favorabilidad y se cercenaba el derecho a esta, pues iba en contra de la Carta Política, del bloque de constitucionalidad y de la ley, que, se repite, no establecen ni insinúan cortapisa alguna en la materia.

Con la tesis que ahora extiende la Sala, el asunto se torna en más constitucional-legal y, sobre todo, en más justo: si durante el discurrir continuo e ininterrumpido de la denominada conducta permanente, transitan y rigen varias disposiciones, es inexorable la elección de aquella que mejore la situación del procesado y, desde luego, con posterioridad, si es del caso, del condenado”.

³¹² Así en CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia de agosto 25 de 2010. Radicación. 31407. M.P. María del Rosario González de Lemos: “Encuentra la Colegiatura que tratándose de delitos permanentes cuya comisión comenzó en vigencia de una ley, pero que se postergó hasta el advenimiento de una legislación posterior más gravosa, se impone aplicar esta última normatividad, de acuerdo con las siguientes razones:

Primera, no tienen ocurrencia los presupuestos para dar aplicación al principio de favorabilidad por vía de la ultraactividad de la norma vigente para cuando inició el comportamiento, pues dicho principio se aplica cuando dos legislaciones en tránsito legislativo o coexistentes se ocupan de regular de manera diferente, entre otros casos, las consecuencias punitivas de un mismo comportamiento determinado, de modo que se acoge la sanción más beneficiosa para el procesado.

Siendo ello así, palmario resulta que no opera el mencionado principio tratándose de delitos permanentes, pues el tramo cometido bajo el imperio de una legislación benévola, no es el mismo acaecido en vigencia de una nueva ley más gravosa, en cuanto difieren, por lo menos en el aspecto temporal, así se trate del mismo ámbito espacial, pues el tiempo durante el cual se ha lesionado el bien jurídico objeto de protección penal en vigencia de la nueva legislación más severa, es ontológicamente diferente del lapso de quebranto acaecido bajo el imperio de la anterior normatividad más benévola.

Segunda, si en materia de aplicación de las normas penales en el tiempo rigen los principios de legalidad e irretroactividad, en virtud de los cuales, la ley gobierna los hechos cometidos durante su vigencia, es claro que si se aplicara la norma inicial más beneficiosa, se dejaría

Precisamente, el carácter de *certa* que se le endilga a la ley penal se refiere a la exigencia de una descripción plena de la conducta punible, evitándose la indeterminación que pudiere afectar la garantía en comento. Esta concepción de la legalidad *certa* está íntimamente ligada con el principio de tipicidad que le exige

“al legislador describir de manera clara, precisa e inequívoca, las conductas que han de considerarse como hechos delictivos. Por ello, aquellas normas ambiguas, extremadamente generales e indeterminadas, esto es, las que consagran como hechos punibles comportamientos cuya descripción resulta inexacta, difusa o imprecisa, desconocen el mandato

impune, sin más, el aparte de la comisión del delito que se desarrolló bajo la égida de la nueva legislación más gravosa.

Tercera, si de acuerdo con el artículo 6° de la Carta Política, las personas pueden realizar todo aquello que no se encuentre expresa, clara y previamente definido como punible, es evidente que cuando acomodan su proceder a un tipo penal sin justificación atendible, se hacen acreedoras a la pena dispuesta en el respectivo precepto. Cuarta, obsérvese que si a quienes comenzaron el delito en vigencia de la ley anterior se les aplicara la ley benévola de manera ultraactiva con posterioridad a su derogatoria, obtendrían un beneficio indebido, pues si otras personas cometieran el mismo delito en vigencia de la nueva legislación se les impondría esa pena más grave, trato desigual que impone corregir la inequidad, con mayor razón si en virtud del principio de proporcionalidad de la pena, el delito cuya permanencia se haya extendido más en el tiempo debe tener una sanción superior a la derivada de un punible de duración inferior.

Quinta, si uno de los propósitos de la lex previa se orienta a cumplir con la función de prevención general de la pena, en el entendido de que cuando el legislador dentro de su libertad de configuración normativa eleva a delito un determinado comportamiento está enviando un mensaje a la sociedad para que las personas se abstengan de cometer tal conducta, so pena de estar llamadas a soportar la sanción anunciada, no hay duda que el aumento de punibilidad de un delito como producto de la política criminal del Estado, supone para quienes se encuentran en tal predicamento dos posibilidades: Una, dejar de cometer la conducta antes de que empiece a regir la nueva punibilidad, v.g. liberar al plagiado en el delito de secuestro, abandonar el alzamiento en armas en el punible de rebelión, o dejar el grupo acordado para cometer delitos en el ilícito de concierto para delinquir, respondiendo únicamente de conformidad con la pena establecida en la ley para tal momento vigente.

La otra, continuar con la comisión del delito permanente dentro de su autonomía y posibilidad efectiva de determinación, pero, desde luego, asumiendo los nuevos costos punitivos más gravosos dispuestos por el legislador, pues no se aviene con una política criminal coherente que el incremento de penas para los delitos permanentes ya iniciados no se traduzca efectivamente en su imposición, con lo cual se estimularía la prolongación en el tiempo de tales comportamientos con la correlativa afrenta persistente para el bien jurídico objeto de tutela”.

contenido en el artículo 29 de la Constitución, pues permiten diferentes interpretaciones y dan lugar a la arbitrariedad judicial.”³¹³

En materia penal se han reconocido las leyes penales en blanco, entendidas como aquellas disposiciones que efectúan remisión a otra norma para complementar la descripción de la conducta típica. Su adopción está justificada en materias que, por su naturaleza, constituyen ámbitos caracterizados por un gran dinamismo y complejidad. Es evidente que existe una tensión entre una norma en blanco y el principio de legalidad *certa*, pues no encontraríamos en el tipo todos y cada uno de los elementos que permitan describir en forma completa la conducta que daría lugar a una sanción. Sin embargo, se ha reconocido que esa tensión no es inconstitucional siempre y cuando la remisión que efectúe la norma en blanco sea imprescindible por cuenta de su extensión o de su complejidad, si dicha remisión sólo se efectúa en temas secundarios, pero no en la descripción esencial de la conducta reprochable, siempre y cuando tal remisión sea clara y precisa, que no dé lugar a equívoco.

“La complejidad de la vida moderna, lo que de por sí supera las técnicas utilizadas por el primigenio Derecho Penal Liberal, al introducir la protección de bienes jurídicos de alcance colectivo, contenidos técnicos complejos, sujetos apenas determinables y a veces hasta sin existencia actual, ha abierto los caminos para que se acepte, en aras de no sufrir la norma desuetud temprana que afecte la inteligibilidad de la comunicación, la posibilidad de realizar ajustes ágiles a la proposición normativa por encima de la rigidez tradicional que ofrece la ley penal”³¹⁴.

La garantía de la legalidad también exige que se trate de una norma *scripta*, lo cual se traduce en la proscripción de la costumbre como fuente del derecho penal.

³¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-996 de 2000 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

³¹⁴ GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Op. Cit., p. 105.

De otra parte, se debe reiterar que la norma penal no sólo debe ser ley desde el punto de vista material, sino también formal. Ya habíamos hecho referencia a que esa reserva legal se deja en cabeza del órgano de representación democrático. En el caso colombiano no se estimó por el tribunal constitucional la necesidad de exigirse una ley estatutaria para expedir el código penal, en tanto que no se estaba reglando el núcleo esencial de un derecho fundamental, razón por la que la ley penal puede ser, como de hecho lo es, una ley ordinaria.

“En el nuevo Código de Procedimiento Penal se encuentran reguladas materias tales como la acción penal, la acción civil, el habeas corpus, la liquidación de perjuicios, el embargo y secuestro de bienes, la definición de los sujetos procesales, las reglas de jurisdicción y competencia, los impedimentos y las recusaciones, las providencias, los recursos, las pruebas, las etapas procesales, la investigación criminal, el papel de la policía judicial, la ejecución de las sentencias, la ejecución de las penas y medidas de seguridad y las relaciones con autoridades extranjeras, entre muchos otros temas.

Algunas de estas materias, guardan relación con los derechos fundamentales al debido proceso a la intimidad o a la libertad personal. Sin embargo, en esencia un código de procedimiento regula actuaciones y procedimientos judiciales. Al hacerlo toca el debido proceso y el derecho de defensa pero lo hace para concretar sus principios a un ramo de la legislación, no para definir de manera general la esencia de estos derechos, ni para delimitar sus alcances y limitaciones independientemente del ámbito legislativo penal, civil o laboral de que se trate. El Código de Procedimiento Penal no es una ley estatutaria del debido proceso y del derecho de defensa sino la especificación de estos derechos en un ramo del derecho, el penal. Ello no significa que ningún artículo de dicho código afecta el núcleo esencial del debido proceso o del derecho de defensa. Lo que sucede es que la Corte no puede efectuar un análisis constitucional separado y específico de los artículos del Código puesto que, como ya se

*anotó, el actor no elevó cargos contra ellos sino contra la ley en su conjunto*³¹⁵.

Es de acotar que en otros contextos, el español por ejemplo, la reserva legal es más exigente, a punto tal que se requiere un tipo de ley especial: La orgánica en el caso reseñado³¹⁶.

Una consecuencia directa de los anteriores atributos de la ley penal es la prohibición de la analogía *in malam partem*, que, desde luego, estaría en contravía de la garantía en los términos anteriormente definidos, pues claramente se estaría extendiendo el ámbito del supuesto normativo más allá de lo que este expresamente regula, ocasionando la imposición de una consecuencia jurídica que resulta perjudicial para el procesado. Por vía de ejemplo, no podría analógicamente, ampliarse los casos previstos en un determinado tipo.

3.3.1.3 Necesidad de intervención

Según este principio la intervención del derecho penal sólo se justifica en casos de graves violaciones o puesta en peligro de bienes jurídicos relevantes, que bien podrían tener correspondencia con los derechos fundamentales y con aquellas situaciones necesarias para el desarrollo de estos. De esta manera, se podría predicar realmente el carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal para otorgarle el calificativo de última *ratio*.

El concepto dogmático de bien jurídico, entendido desde una perspectiva constitucional, permitirá comprender que

³¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-646 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³¹⁶ El código penal español corresponde a la Ley Orgánica 10 de 1995 con sus posteriores modificaciones introducidas igualmente por sendas leyes orgánicas.

*“al delimitarse la esfera de libertad dentro de un modelo de estado fundado en la afirmación de los derechos fundamentales, el Derecho Penal ha de hacer presencia tan solo como reacción frente a conductas graves de interferencia, lo cual supone, como quedó afirmado atrás, estructurar el concepto de delito sobre los elementos mínimos de conducta humana y bien jurídico, en torno y a partir de los cuales han de desarrollarse las nociones de injusto, imputación y reprochabilidad”.*³¹⁷

La jurisprudencia constitucional colombiana admite que la libertad de configuración del legislador penal se ve limitada por la valoración que debe hacerse en torno al fracaso de otros mecanismos de control social, pues evidentemente, sólo será constitucionalmente admisible una norma penal si ella se justifica como necesaria para proteger los intereses más caros de la sociedad.

“La Corte ha sostenido que el derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando los demás alternativas de control han fallado. Esta preceptiva significa que el Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, pero tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; como también ha precisado que la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. En esta medida, la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la

³¹⁷ BARBOSA CASTILLO, Gerardo. Óp. Cit., p. 112.

*comunidad. De allí que el derecho penal sea considerado por la jurisprudencia como la última ratio del derecho sancionatorio.*³¹⁸

La idea expuesta tiene también hoy una permanente tensión con la expansión del derecho penal³¹⁹ generada en buena parte por lo que se ha denominado derecho penal de riesgo, el cual habilita sancionar a personas antes de producirse la lesión a los bienes jurídicos (por ejemplo los llamados tipos penales de peligro), así como incluir nuevas sanciones penales para proteger bienes jurídicos supraindividuales o colectivos.

“Si examinamos la actual situación nos encontramos con lo que en el denominado “moderno” derecho penal se caracteriza:

*1.- Por la protección de bienes jurídicos de carácter colectivo, cuyo contenido a veces consiste en realidad en funciones desarrolladas por la Administración. 2.- Por una anticipación generalizada de la intervención del Derecho penal, consecuencia de un agotamiento de exigencias preventivas, lo que lleva al empleo de la técnica de los delitos de peligro abstracto o de los delitos de acumulación. 3.- por la difuminación de las relaciones del Derecho penal con el Derecho administrativo sancionador, se habla con acierto de una “administrativización” del Derecho penal. 4.- Por producir efectos sobre las garantías procesales, con una rechazable tendencia hacia la privatización. 5.- Por recurrir a leyes sectoriales muy técnicas o normas penales en blanco.*³²⁰”

³¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 636 de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo.

³¹⁹ Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 57 y ss.

³²⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo derecho penal. Principios y desafíos del derecho penal de hoy*. Madrid: Iustec. 2012, pp. 194-195.

Bien puede señalarse que hay cuatro grandes factores que inciden en esa tendencia a maximizar hoy el derecho penal³²¹: La evolución tecnológica, la evolución económica, la evolución política y la evolución cultural.

En relación con los avances tecnológicos, es evidente que con estos se han creado nuevos riesgos que exigen respuestas del derecho penal. Estos avances incluyen también la evolución de los medios de comunicación que terminan amplificando el impacto de las conductas delictivas o sirviendo de medios para realizar fraudes o internacionalizar el delito.

“Nuevos riesgos en los transportes, en la fabricación masiva de productos, en la energía nuclear, en la nueva genética, etc. Son riesgos que a menudo no afectan individuos determinados, como los delitos más clásicos (homicidio, robo, violación etc.), sino a la población en general o a grandes colectivos (partícipes en el tráfico de automóviles, consumidores, trabajadores), o a bienes también colectivos (como el medio ambiente)”³²².

En lo concerniente a la evolución económica, es evidente que la sofisticación de las actividades productivas, la creación de nuevos y complejos bienes mercantiles, entre otros aspectos, ha dado lugar a lo que se empieza a conocer como un derecho penal económico que adquiere cada vez mayor relevancia en el derecho penal general.

“La evolución económica –en parte favorecida por los progresos tecnológicos- está ampliando las posibilidades de comisión de delitos en el marco de actividad empresarial y mediante sociedades mercantiles, que no pocas veces se domicilian en paraísos fiscales responsables.”³²³

³²¹ Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal*. Madrid: Iustel. 2.011, pp. 24-30.

³²² *Ibidem.*, p. 24.

³²³ *Ibidem.*, p.26.

La evolución política que hemos tenido también genera nuevas exigencias al derecho penal que ahora dirige su mirada a temáticas que antes le resultaban ajenas en parte porque las desarrollaban sectores “poderosos” que estaban inmunes al escrutinio público y mucho menos a la judicialización penal de sus conductas. Asimismo, la mayor intensidad de los estándares de igualdad ha ocasionado una mayor preocupación del derecho penal por las víctimas de situaciones que se tomaban como del resorte de la privacidad: La violencia de género o doméstica, por vía de ejemplo.

“La evolución cultural incluye un aumento preocupante de la violencia en la sociedad. Esto ocurre en muchos países, pero en el llamado primer mundo llama especialmente la atención el caso de EE.UU., donde la violencia creciente de los delincuentes se corresponde con un Derecho penal igualmente violento, con penas de muerte cada vez más frecuentes, penas de prisión perpetuas, un número de reclusos extraordinariamente alto, prisiones duras³²⁴.”

Es una realidad que el legislador cada vez crea nuevas intervenciones del derecho penal en ámbitos sociales que antes sencillamente le eran ajenos. Una postura pasiva frente a ésta práctica nos llevaría a la maximización del derecho penal y un desconocimiento de este principio de necesidad de intervención que estamos tratando.

Por supuesto, otra postura que puede asumirse es negar la posibilidad de que el derecho penal pueda incursionar con la creación de nuevos delitos que no estén ligados a derechos fundamentales individuales³²⁵, interesante planteamiento que, a nuestro juicio, está de espaldas a la actualidad que

³²⁴ *Ibíd.*, p.27.

³²⁵ Así por ejemplo, la llamada Escuela de Frankfurt. Cfr. HASSEMER, Winfried. En *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. (trad. MUÑOZ Conde, Francisco et. al) Bogotá: Editorial Temis. 1999, pp.15-37.

genera nuevos riesgos sociales y que reclama igualmente unas intervenciones estatales en procura de minimizar los mismos.

No puede dejarse de lado el planteamiento del profesor Silva Sánchez³²⁶ que para tratar de sortear la tensión admite que es una necesidad actual no limitar la intervención penal al ámbito de derechos fundamentales individuales, sino que también se justifica y legitima la intromisión en las áreas nuevas que hemos destacado; sin embargo, plantea que para no ocasionar un desbordamiento del derecho penal debe distinguirse en su interior dos bloques o niveles de rigor diferentes:

- El Derecho penal de primera velocidad, que coincidiría con la noción clásica de derecho penal liberal y en donde la pena prevalente fuere la privación de la libertad.

- El Derecho penal de segunda velocidad, que se comprendería como un área accesoria, en donde encontraríamos los delitos de peligro y en donde la sanción no reportaría la privación de libertad.

Coincidimos con la propuesta anterior en un aspecto: Es una realidad evidente que no podemos limitar el derecho penal a la protección de derechos individuales. No obstante lo anterior, creemos que no resulta apropiado hacer la diferenciación de los dos bloques de derecho penal. Creemos que la vida actual nos muestra que en múltiples casos la intervención del Estado es exigida y resulta pertinente y necesaria cuando se propende por la protección de derechos colectivos, por ejemplo el medio ambiente, la salud pública, conceptos que cada vez adquieren, dentro de la sociedad de riesgo, una mayor valía y, dentro de la lógica retribucionista, exige también una sanción que no necesariamente descarta o debe descartar la privación de la libertad.

³²⁶ SILVA Sánchez, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas. 1999.

La intervención del derecho penal se verá entonces como necesaria si está dirigida a la efectiva protección de derechos fundamentales y de bienes constitucionales necesarios para el desarrollo de la sociedad, aspectos que son los que le dan contenido al concepto de bien jurídico que, a nuestro juicio, es necesario mantener para vincular de manera estrecha el ejercicio del *ius puniendi* con el marco constitucional.

“Uno de los mayores peligros reside justamente en trasladar el contenido material del delito, de la conducta que se pretende evitar a través de su criminalización, es decir, del bien jurídico, a la desobediencia a la norma, que se manifestaría aquí tan solo en la regulación de la Administración. En estos casos, lo que no es aceptable, se cambiaría, como principio legitimador, la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico, por el quebrantamiento de la función ordenadora de la Administración.”³²⁷

Hay que reconocer que la postura defendida no es la única y que incluso pierde cada vez más adeptos que se inclinan por aquella tesis que no ve en el derecho penal un modelo de protección de bienes jurídicos en los términos expuestos, sino un instrumento mediante el cual se propende por la vigencia del ordenamiento jurídico que es visto como el sistema que condensa las expectativas de conducta en una sociedad. Desde esta perspectiva, se necesita la intervención penal para garantizar esa confianza en el derecho, para mantener vivas las expectativas de comportamiento que reducen la complejidad propia de la vida, aun cuando en un caso específico (delito) se hubiere desconocido una norma particular.³²⁸

³²⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Óp. Cit., p. 229.

³²⁸ La teoría funcionalista de Jakobs desarrolla de manera integral esta idea que, como se expuso al comienzo del capítulo, no hace parte del tema central de nuestro estudio, razón por la que no se ahondara en ella. (Cfr. JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Trad. CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004. MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría*

3.3.2 Garantías referidas al delito

La definición del delito a lo largo de la historia no ha sido uniforme. Si bien el término siempre hace referencia a la conducta no deseada, desviada o reprochable, hay que reconocer que el establecer exactamente lo que debe ser cobijado en su ámbito conceptual no ha sido fácil y ha obedecido a concepciones filosóficas y políticas distintas. Llega a confundirse incluso con el pecado, censurando no sólo el obrar sino el pensar. Los principios que se ubican en estas garantías pretenden, precisamente, describir cómo ha de entenderse el concepto de delito en el marco de un Estado Social de Derecho que propugne por un modelo garantista.

Lo primero que se advierte es que el delito debe ser entendido como conducta, es decir, como exteriorización de la voluntad que cause un menoscabo real a un bien jurídico, con lo cual, de entrada, se proscriben el derecho penal de autor y, de paso, la responsabilidad objetiva.

3.3.2.1 Lesividad

Una conducta sólo puede ser calificada como delictiva cuando afecta o ponga en riesgo un bien jurídicamente tutelado, pues de lo contrario se estará frente a un caso de falta de antijuridicidad material. No basta entonces la mera contradicción entre el hecho y la norma, sino que es menester indagar por la vulneración real o potencial de un interés mayúsculo de la sociedad.

del bien jurídico crítica hacia el sistema. Trad. CANCIO MELIÁ, Manuel y PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001)

De esta manera, el principio de lesividad se encuentra íntimamente ligado con el concepto de antijuridicidad material³²⁹ y este último con el de bien jurídico, entendido como *“circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social estructurado sobre la base de esa concepción o para asegurar el funcionamiento del mismo.”*³³⁰

Dicho de otro modo: Para comprender el alcance del principio de lesividad se tiene que partir del reconocimiento de una función social que debe cumplir el concepto dogmático de bien jurídico, de manera que sólo cuando se ponen en grave riesgo esas condiciones de vida (y que están estrechamente ligadas a los derechos fundamentales), puede advertirse que se está frente a un injusto penal.

La Sala Penal de la Corte ha tenido oportunidad de precisar el alcance del principio en comento y su implicación en la teoría del delito:

“El principio de lesividad de la conducta punible surgió como un criterio de limitación del poder punitivo dentro del moderno Estado de Derecho, en el entendido de que constituye una obligación ineludible para las autoridades tolerar toda actitud o comportamiento que de manera significativa no dañe o ponga en peligro a otras personas, individual o colectivamente consideradas, respecto de los bienes y derechos que el ordenamiento jurídico penal está llamado como última medida a proteger.

Este principio, propio del derecho penal ilustrado, no sólo está íntimamente ligado a otros de la misma índole (como los de necesidad, proporcionalidad, mínima intervención, separación entre derecho y moral, subsidiariedad y

³²⁹ Cfr. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *El principio de la antijuridicidad material. Regulación y aplicación*. Tercera edición. Editorial Gustavo Ibáñez. 2003.

³³⁰ ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*, Grijley, Lima, 2007, p. 140. En el mismo sentido, puede citarse la siguiente obra: MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, quinta edición, 2002, p. 75.

naturaleza fragmentaria), sino que también le otorga un sentido crítico a la teoría del bien jurídico, e incluso habilita en el derecho penal la misión de amparo exclusivo de los mismos, tal como lo ha sostenido en forma casi que unánime la doctrina³³¹, al igual que de manera pacífica la jurisprudencia constitucional³³² y la de la Sala en múltiples providencias³³³.³³⁴

El principio de lesividad, *lato sensu* entendido, nos llevaría a inferir que cualquier conducta que no lesione bienes jurídicos será contraria a la Carta, en tanto que no podría entronizarse como conducta delictiva por cuanto no tendría anclaje constitucional el supuesto bien jurídico invocado. Por su parte, *stricto sensu* entendido, nos permite colegir que en cada caso particular, el juzgador debe analizar si se afecta relevantemente el bien jurídico, pues sólo así puede predicarse la antijuridicidad material.

En otros términos: El principio de lesividad, en su sentido amplio, constituye limitante a la libertad de configuración legislativa y, en sentido estricto, es un insumo para determinar la antijuridicidad de una conducta concreta. Para llevar a cabo una y otra tarea, creemos que en el contexto de esa relación que hemos mencionado necesaria entre derecho constitucional y penal, debe interpretarse a partir del principio de proporcionalidad, que nos permitirá

³³¹ Cf., entre muchos otros, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, 2001, p. 464-474; GARCIA Rivas, Nicolás, *El poder punitivo en el Estado Democrático*, Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 1996, pp. 46 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J., y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Nuevo sistema de derecho penal*; Trotta, Madrid, 2004, pp. 31 y ss.; y ROXIN, Claus, *Op. Cit.*, pp. 91 y ss.

³³² Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-565 de 1993, C-070 de 1996 y C-420 de 2002, entre otras.

³³³ Cfr., entre otras, sentencias de 8 de agosto de 2005, radicación 18609; 26 de abril de 2006, radicación 24612; 23 de agosto de 2006, radicación 25745; 19 de octubre de 2006, radicación 19499; y 18 de noviembre de 2008, radicación 29183.

³³⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia de 13 de mayo de 2009. Rad. 31362. M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

evaluar la “verdadera trascendencia de la conducta y las consecuencias de la imposición de una consecuencia jurídica sobre un particular”.³³⁵

No obstante lo expuesto, no puede desconocerse que el principio de lesividad y el de antijuridicidad material, con el que mantiene una relación estrecha y esencial, también se ven amenazados por el relajamiento de las categorías dogmáticas que se producen en un medio inspirado en el eficientismo del sistema.

“La antijuridicidad material también se ve afectada, incluso de forma más preocupante, en tanto en cuanto el principio de lesividad también está siendo obviado. Para ello únicamente debemos observar el cada vez mayor número de resoluciones que expresamente se refieren a conceptos tales como el peligro hipotético, presunto, estadístico o el principio de precaución³³⁶”.

La ductilidad de la lesividad puede conllevar a una mayor libertad de configuración del legislador penal, así como a una menor exigencia probatoria para desvirtuar la presunción de inocencia; pues, en lo que concierne a lo primero, bastaría con argumentar un daño potencial y estadístico para justificar una nueva conducta delictiva y, en cuanto lo segundo, haría falta tan sólo ubicar un caso en una categoría de lesión abstracta para inferir la existencia del injusto.

A nuestro juicio, no es admisible en un Estado Social de Derecho la relativización del principio de lesividad al extremo de que se eche por la borda

³³⁵ BERNATE OCHOA, Francisco. *La lesividad penal: de la interdicción de la arbitrariedad a la prohibición de defecto*. En VELÁSQUEZ VÉLÁSQUEZ, Fernando. Et. al. *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado*. Tomo I. Bogotá: Editorial Ibáñez, Universidad de los Andes. 2013, p. 377.

³³⁶ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales*. En MIR PUIG, Santiago. *Constitución y sistema penal*. Madrid: Marcial Pons. 2012, p. 157.

una de las más caras garantías que ha logrado el sistema penal, cual es la de exigir como elemento esencial del delito, la lesión de intereses relevantes para la sociedad y una ofensa en concreto y *ex post* a un bien jurídico³³⁷.

3.3.2.2 Materialidad

La exigencia de un concepto material de delito es una de las más importantes conquistas del derecho penal. A nuestro juicio representó el paso de un derecho penal primitivo, sustentado en la sanción de la persona por lo que ella era y representaba (sus pensamientos y obras), a un derecho penal en el que se sanciona por lo que se hace. La materialidad implica entonces el abandono del derecho penal de autor y la entronización de un derecho penal de acto.

El principio de materialidad supone entonces un concepto supralegal³³⁸ que termina delimitando al legislador que no tendría, en consecuencia, absoluta libertad para definir lo delictivo.

³³⁷ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *El principio de lesividad como garantía penal*. En Revista nuevo foro penal. Vol. 8. Núm. 79. Universidad EAFIT. Medellín. 2012, p. 111: “es posible articular el principio de ofensividad en dos subprincipios: El de ofensividad en abstracto, que podría anclarse a la Constitución mediante una formulación del tipo “nadie puede ser castigado por un hecho que no ofenda bienes jurídicos de relevancia constitucional”; y el de ofensividad en concreto, con el cual se podría establecer que “nadie puede ser castigado por un hecho que, aun correspondiendo a un tipo normativo de delito, no produzca en concreto, al bien por este protegido, ningún daño o peligro”. El primer principio, al consistir en una norma dirigida al legislador, debería formularse en la Constitución. El segundo, al ser una norma dirigida a los jueces, podría perfectamente ser previsto por una ley común. En ambos casos, este principio tiene la forma, que es propia de todas las garantías, de límite o condicio sine qua non de la intervención penal.

³³⁸ La relación de conceptos supraleales con el principio de materialidad permitirían comprender como manifestación de este último las estructuras lógico-objetivas welzelianas (cfr. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte general*. 3 edición castellana. Trad. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y YAÑEZ PÉREZ, Sergio. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 1957) o la diferenciación entre norma y ley penal en la teoría de las normas de Binding (cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo. *Dogmática de los límites al derecho penal*. En VON HIRSCH, Andrew et. al. *Óp. Cit.* 2002, pp. 19-47) Sin embargo, en éste apartado, consideramos que el principio de materialidad debe referirse a la conducta como creación humana y, de ahí, que consideremos que involucra criterios de imputación.

Una de las conquistas del derecho penal liberal fue exigir la realización de una conducta para predicar la existencia de un delito. Desde luego, tal idea implicaba la proscripción de normas penales que sancionaren a las personas por lo que son y no por lo que hacen, otorgándose una prevalencia al derecho penal de acto y no el de autor.

El principio de materialidad de la acción tiene fundamento constitucional en el artículo 29 que señala expresamente que *“nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”*. Por supuesto, entendiendo por “acto” la realización de una conducta (ya sea por acción u omisión), es claro entonces que la propia Carta constitucional pone una importante talanquera al legislador penal con el reconocimiento del principio que se trata.

Ahora bien, esa conducta (materialidad del delito) tiene que ser propia o, lo que es lo mismo, imputable a un ser humano, lesiva, culpable, dominable³³⁹ y externa (que se hubiere manifestado en el mundo fenoménico).

Vale la pena recordar las observaciones que hace el profesor Ferrajoli que, al comentar éste principio señala que:

“Observado en negativo, como límite a la intervención penal del estado, este principio marca el nacimiento de la moderna figura del ciudadano, como sujeto susceptible de vínculos en su actuar visible, pero inmune, en su ser, a límites y controles; y equivale, por lo mismo, a la tutela de su libertad interior como presupuesto no sólo de su vida moral sino también de su libertad exterior para realizar todo lo que no está prohibido. Observado en positivo, se traduce en el respeto a la persona humana en cuanto tal y en la tutela de su identidad, incluso desviada, al abrigo de

³³⁹ Cf. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, pp. 237 y ss.

*prácticas constrictivas, inquisitivas o correctivas dirigidas a violentarla o, lo que es peor, a transformarla; y equivale, por ello, a la legitimidad de la disidencia e incluso de la hostilidad frente al estado; a la tolerancia para con el distinto, al que se reconoce su dignidad personal; a la igualdad de los ciudadanos, diferenciables sólo por sus actos, no por sus ideas, sus opiniones o su específica diversidad personal.*³⁴⁰

Así, ningún daño, por sí mismo y por grave que sea, puede ocasionar una sanción penal, a no ser que el mismo sea generado por una conducta. Creemos que el principio de materialidad no sólo debe entenderse en el marco que hemos venido exponiendo como referido a la exteriorización de la conducta, sino que también cobija criterios objetivos de imputación, es decir, la atribución de la acción u omisión a un determinado sujeto. Desde luego, escapa al objeto del presente trabajo efectuar un repaso de las discusiones dogmáticas en torno a ese juicio de imputación³⁴¹, lo que no es obstáculo para afirmar que en el marco del derecho penal garantista, esa atribución no debe quedarse en el aspecto causal, sino que implica una valoración social que puede conectarse con la teoría del riesgo para dar lugar a la delimitación de criterios de imputación objetiva³⁴², tales como:

³⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. Óp. Cit., p. 481.

³⁴¹ Puede diferenciarse una teoría de imputación objetiva a partir de la obra de ROXIN que se aparta de los conceptos creados a partir de estructuras lógico - objetivas creadas en el marco del finalismo, propugnando por un sistema en el que las soluciones deben ser a partir de criterios político criminales, de la valoración social de las conductas. (Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. LUZÓN-PEÑA, Diego Manuel et. al.. Editorial Civitas. Madrid. 1997.) Otra postura en torno a la imputación objetiva es desarrollada básicamente por el profesor JAKOBS para quien la atribución de una conducta no debe hacerse sobre la diferenciación entre acción u omisión ni por criterios naturalísticos, sino sobre la base de las competencias o dominio normativo sobre el resultado típico. (cfr. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. CUELLO CONTRERAS, Joaquin y SERRANO GONZÁLEZ, José Luis. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas S.A. 1995, así como JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Trad. PEÑARANDA RAMOS, Enrique et. al. Madrid: Civitas. 1997.)

³⁴² Cfr. REYES ALVARADO, Yesid. Imputación objetiva. Bogotá: Editorial Temis. 2005.

- El ámbito de protección de la norma, que solo nos permite tomar como imputable una conducta cuando esta produce un resultado enmarcado en el riesgo que se quiso prevenir con la norma penal. Este criterio

“está reservado para aquellos eventos no cobijados por los anteriores y opera cuando se determina que el legislador no quiso hacer responsable de la conducta a la persona que la realiza, valga como ejemplo el caso de la madre que recibe la noticia que su hijo ha sido atropellado por un vehículo, lo que le produce un shock nervioso a consecuencia de lo cual fallece. Desde el punto de vista del ámbito de protección de la norma, sólo se imputan los daños directos; en este caso se imputará el acto del atropellamiento del hijo, mas no la muerte de la madre.”³⁴³

- El riesgo permitido, que hace referencia a aquellas situaciones que aun cuando generan riesgos que, incluso, pueden concretarse en afectaciones a bienes jurídicos, no permiten su imputación en tanto que no sobrepasan los niveles admisibles socialmente.

“(S)olamente se puede hacer penalmente responsable a una persona del resultado lesivo que ha causado, en caso de que hubiera podido evitar dirigidamente este resultado mediante su actuar.”³⁴⁴

Dicho de otro modo, tiene que ver con la admisión de que en las sociedades modernas necesariamente deben realizarse conductas que reportan riesgos que terminan siendo tolerados por la comunidad. Sólo podrá imputarse una conducta lesiva para un bien jurídico cuando se desborde ese riesgo admitido.

³⁴³ SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. *Imputación objetiva y delito imprudente*. En AA.VV. *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2011., p. 462.

³⁴⁴ KINDHÄUSER, Urs. *Tendencias del derecho penal contemporáneo*. Bogotá: Ediciones USTA. 2012, p.71.

“Puesto que no es posible una sociedad sin riesgos y no se plantea seriamente la renuncia a la sociedad, no puede haber una garantía normativa de total ausencia de riesgos, sino que, por el contrario, el riesgo inherente a la configuración social irremediablemente ha de tolerarse, y ello como riesgo permitido.

...

*Un comportamiento que genera riesgo permitido se considera socialmente normal, y ello no porque se tolere en el caso concreto por el contexto en el que se encuentra, sino porque en esa configuración es aceptado de modo natural. Por lo tanto, los comportamientos que crean un riesgo permitido no son comportamientos que hayan de ser justificados, sino que no realizan tipo alguno”.*³⁴⁵

- La prohibición de regreso,³⁴⁶ concepto acuñado para lograr la exclusión de la imputación de un hecho delictivo a la persona que limita su conducta a un acto neutral carente de sentido delictivo, pero que fue previo a la intervención delictiva de otro sujeto.

*“La prohibición de regreso es un criterio limitante de la responsabilidad penal que tiene aplicación principalmente en los ámbitos de participación y en las posiciones de garantes, en todas las formas de los tipos penales. No es responsable quien interviene en la realización de una conducta cuando ella responde al cumplimiento de su rol social. De ahí que todos los intervinientes en un hecho delictivo tengan un mismo fundamento para que se les impute la conducta, la diferencia está en el plano cuantitativo, esto es, hay que observar en cada caso concreto el grado de significancia comunicativa con el que se intervino en su realización.”*³⁴⁷

³⁴⁵ JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal*. Trad. CANCIO MELIÁ, Manuel. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1994., pp. 38-42.

³⁴⁶ Cfr. NAUCKE, Wolfgang. *La prohibición de regreso en derecho penal*. Trad. CANCIO MELIÁ, Manuel. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1998.

³⁴⁷ SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. *Óp. Cit.*, p. 463.

- El Principio de confianza,³⁴⁸ que nos exige tener en cuenta los roles de distintas personas que intervienen en un acto complejo, de manera que para establecer la viabilidad de imputar un hecho debo valorar si esa conducta estaba soportada en la expectativa razonable de un actuar adecuado de un tercero.

“En ideales circunstancias una comunidad social derivaría funcionar de manera tal que todos sus integrantes llenaran las expectativas de comportamiento que de ellos se esperan, razón por la cual cuando determinadas conductas se apartan de los patrones trazados por la sociedad se recurre al empleo de mecanismos que como el derecho tienen la pretensión de reglamentar la actividad de las personas en busca de ese ideal de convivencia social...Como consecuencia de ese consenso que teóricamente debería fundar las directrices de comportamiento social, surge la necesidad de que cada sujeto pueda organizar su actividad sobre el supuesto de que las demás personas se comportarán también de manera reglamentaria, a pesar de que la experiencia enseñe que eso no siempre ocurre; a partir de esos supuestos se reconoce a nivel doctrinal y jurisprudencial la existencia de un principio de confianza que encierra justamente la facultad de asumir como regla general de comportamiento que los ciudadanos se conducen conforme a las previsiones sociales de conducta³⁴⁹”.

- Autopuesta en peligro,³⁵⁰ que alude a aquellas situaciones en que la propia víctima es la que asume el riesgo elevado y sus consecuencias. Desde luego, habrá que tener en cuenta que este criterio excluye la imputación sólo en casos de infracción de los deberes de autoprotección, siendo que,

³⁴⁸ Cfr. MARAVER GÓMEZ, Mario. *El principio de confianza en el derecho penal: Un estudio sobre la aplicación del principio de autoresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*. Civitas/Thomson. Navarra. 2009.

³⁴⁹ REYES ALVARADO, Yesid. Óp. Cit., p. 141-142.

³⁵⁰ Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*. José María Bosch editor. Barcelona. 1998.

contrario sensu, no tendrá la virtualidad de evitar esa imputación en eventos en que la víctima resulta instrumentalizada por quien tiene el dominio del hecho, o cuando se está frente a casos de deberes de control o vigilancia, generadora de una posición de garante frente a quien asume el peligro.

“Esta institución opera en los supuestos en los que el titular de un bien jurídico (víctima) emprende conjuntamente con otro (autor) una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico. La actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, en la medida en que – en primer lugar- la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, - en segundo lugar- , la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor, por carecer esta de la responsabilidad o de la base cognitiva necesaria para poder ser considerada autoresponsable, y – finalmente, en tercer lugar-, el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima.”³⁵¹

- Concreción del riesgo típico, que no es más que el criterio que nos indica que para imputar el resultado es imperioso, aunque no suficiente, que la conducta cree un riesgo relevante jurídico penalmente, sino que, además, es menester acreditar que el resultado causado es la realización efectiva del riesgo inherente a la conducta del autor, esto es, que el resultado es la realización del riesgo que la norma quería evitar. Esta idea conlleva a entender que, además de la relación de causalidad, es también exigible un nexo normativo o relación de riesgo entre la conducta y el resultado. De ese vínculo depende la imputación a una determinada persona ya sea por un delito consumado o en grado de tentativa. Esta exigencia permite excluir la imputación de aquellos eventos en donde se desvía el curso causal o casos no cubiertos por el fin de protección de la disposición penal.

³⁵¹ CANCIO MELIÁ, Manuel. *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. Imputación a la víctima*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1998.

3.3.2.3 Culpabilidad

El principio de culpabilidad tiene su fundamento en la dignidad humana, concepto que, como ya lo hemos recordado, impide la instrumentalización del hombre. En efecto, parte este principio de la premisa según la cual el individuo es quien controla y domina la conducta que se le endilga, esto es, que sólo se puede sancionar a una persona por hechos voluntarios que hubiere cometido.

“El principio de que no hay acción sin culpa, corresponde a la exigencia del elemento subjetivo o psicológico del delito; según dicho principio, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción si no es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer. De ahí que sólo pueda imponerse pena a quien ha realizado culpablemente un injusto.”³⁵²

De esta manera, el principio de culpabilidad garantiza que en un sistema jurídico penal quede proscrita cualquier forma de responsabilidad objetiva. Asimismo, tal postulado tiene unas implicaciones relevantes en cuanto impide la construcción de un sistema represor basado exclusivamente en criterios meramente preventivos que pueden conducir a una maximización del derecho penal.

Precisamente, el profesor Velásquez advierte sobre este punto que:

“Resulta cuando menos sospechoso que algunos críticos del principio de culpabilidad pretendan desconocer su carácter garantístico para colocar en su lugar conceptos funcionales que, con prédicas como “la fidelidad al derecho”, la “proporcionalidad” y otras semejantes, implican retornar a concepciones penales totalitarias que buscan instrumentalizar al hombre

³⁵² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 239 de 1997. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

para los fines del Estado. De nuevo, es bueno insistir en ello, resulta cuando menos curioso que los críticos de la retribución (confundiendo el fin con el fundamento de la pena) coloquen en su lugar la prevención general o especial olvidando cómo dichas funciones han llevado, históricamente, a erigir derechos penales de ingrata recordación.”³⁵³

De otra parte, es claro que, desde la perspectiva que se viene tratando, el principio de culpabilidad tiene como función fundamentar el reproche penal y, junto al principio de materialidad, inscribir un sistema dentro del ámbito del derecho penal de acto, sustentado en una responsabilidad subjetiva.

En efecto, el principio de culpabilidad es un presupuesto de sanción, en tanto que materializa el reproche que debe hacerse a una persona que es motivable por la norma, con capacidad de autodeterminación y comprensión y que, en un contexto fáctico específico, realiza una conducta diferente a aquella que se esperaba de él.

“La responsabilidad está (formalmente) fundamentada cuando, en las circunstancias del caso, se podía esperar del autor que evitara la realización del tipo delictivo en pos del seguimiento de la norma que prohíbe el comportamiento en cuestión. Ahora bien, se puede esperar el seguimiento de la norma si el autor, por una parte, tenía capacidad de acción, esto es, si era capaz, cognitivamente y físicamente de formarse y realizar la intención de evitar la realización del tipo y, por otra parte, si tenía capacidad de motivación. Esta última se da cuando puede exigirse al autor que reconozca la norma como razón (dominante) con eficacia para la acción. Esto significa, según el derecho vigente, que en el autor no deben presentarse causas de exculpación o de exclusión de la culpabilidad, y que el autor no se ha de encontrar en un error de prohibición invencible.”³⁵⁴

³⁵³ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *La culpabilidad y el principio de culpabilidad*. En *Revista de Derecho y ciencias políticas*. Vol. 50, año 1993. Lima, p. 304.

³⁵⁴ KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. Editorial B de F. Buenos Aires. 2011, p. 147-148.

3.3.3 Garantías referidas al juzgamiento

Los principios de jurisdiccionalidad, acusación, carga de la prueba y contradicción se predicán del juzgamiento, dan cuerpo al concepto de debido proceso y se refieren a la exigencia de un juez natural imparcial, a la prohibición de procesos penales de estirpe administrativa, a la tendencia acusatoria y no inquisitiva de nuestros procedimientos, a la adopción del principio de *favor rei* con sus especies *in dubio pro reo* (aplicación de la presunción de inocencia) y favorabilidad, así como la garantía de contar con una defensa material.

3.3.3.1 Jurisdiccionalidad

Evidentemente una de las garantías que se incluyen dentro del debido proceso es aquella según la cual *nulla culpa sine iudicio*. Su consagración implica el tránsito de la autotutela del derecho, de la justicia privada y la venganza a la justicia pública, a la institucionalización y monopolio del estado de la acción penal, lo que implica que es el órgano judicial, y no la parte ofendida, la que determinará si se cumple o no con los presupuestos para imponer una sanción penal.

“La sentencia penal pronunciada por el órgano judicial competente para ello es hoy el único fundamento que admite la aplicación de una pena. Desde que la sociedad moderna prohibió la justicia de propia mano (venganza privada) y erigió el Estado (poder político central) en depositario y monopolizador del poder penal, constituyendo a la pena como un instituto público, ella sólo puede ser impuesta por un órgano oficial determinado por la ley”³⁵⁵.

³⁵⁵ MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Parte general. Fundamentos*. 2 edición. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 486.

La legitimidad de la jurisdicción, a diferencia de lo que ocurre con la del ejecutivo o legislativo, no recae en el carácter mayoritario de su composición ni en la adopción de decisiones acordes con el querer de la mayoría. Por el contrario, suele identificarse la actividad jurisdiccional como contramayoritario³⁵⁶, en tanto que su fundamento está en su función de preservación de las garantías creadas para proteger y hacer efectivos los derechos fundamentales.

“Todo lo cual no significa que el poder judicial no pueda ser calificado como democrático, entendida esta expresión en la forma que propugna el garantismo, es decir, como democracia constitucional donde la soberanía queda escindida en dos polos en permanente tensión: La soberanía encarnada en el ejercicio del derecho de voto y en la decisión mayoritaria que es fundamento de las leyes, y que se desarrolla en la esfera de lo decidible; y sea otra soberanía fragmentada que son los derechos fundamentales, derechos que no son sino fragmentos de soberanía de los que somos titulares todos y cada uno y que por tanto expresan la esfera de lo indecible. La legitimidad de la jurisdicción se nutre de esta segunda democracia, no de la primera”³⁵⁷.

El principio de jurisdiccionalidad adquiere un mayor rigor en tratándose de procesos penales, tal y como lo recordó la Corte Constitucional cuando sostuvo que:

“Si las facultades de configuración política del Legislador en materia de diseño y regulación de los procesos judiciales se encuentran limitadas por los principios de rigorismo formal y universalidad, estos se tornan aún más exigentes y necesarios en tratándose del procedimiento penal. Ciertamente, la Corte estima que el proceso penal, en cuanto

³⁵⁶ Cfr. PRIETO SANCHIS, Luis. Óp. Cit., pp. 149-181.

³⁵⁷ Ibidem., p. 153.

*manifestación del poder punitivo del Estado, se encuentra sometido a los principios de estricta legalidad y jurisdiccionalidad, motivo por el cual, en su diseño y regulación, el Legislador se encuentra sometido a mayores restricciones que en tratándose de procesos judiciales que no se relacionan directamente con la libertad personal.*³⁵⁸

Desde luego, el sometimiento del legislador a la estricta legalidad también lleva implícita la exigencia de un proceso reglado previamente, de tal manera que la decisión que se adopte constituya el resultado lógico de ese debate presentado en el marco de unas normas conocidas.

Ahora bien, la jurisdiccionalidad no sólo se refiere a la exigencia de un proceso judicial, sino que además tiene íntima relación con el derecho que le asiste al procesado de contar con un trámite expedito, sin dilaciones injustificadas, así como a contar con la garantía de un juez natural que, a su vez, implica la predeterminación del juez, la autonomía e independencia que debe tener el juzgador, así como su imparcialidad.³⁵⁹

En relación con lo primero, el derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas, es evidente que su anclaje constitucional lo encontramos en el concepto mismo del debido proceso³⁶⁰, así como su desarrollo legal en la fijación de términos que, tal y como lo ordena el artículo 228 de la Constitución

³⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-272 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁵⁹ Cfr. PÉREZ Pinzón. Álvaro Orlando. *Los principios generales del proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004, pp. 58 – 65.

³⁶⁰ El artículo 29 de la Constitución Política en su parte final expresa que: “*Quien sea sindicado tiene derecho... a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas*”, texto que coincide con otros preceptos que regulando el debido proceso también se refieren de manera expresa a este derecho. Así, el artículo 14.3.c) del PIDCP: “*Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:...* c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas”. El 8.1 de la CADH: “*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable*”. El 6.1 del CEDH: “*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable*”.

Política, “se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado”, quedando en evidencia que los mismos están inspirados en el principio de celeridad.³⁶¹

“La jurisdicción no cumple con la tarea que le es propia, si los procesos se extienden indefinidamente, prolongando de esta manera, la falta de decisión sobre las situaciones que generan el litigio, atentando así, gravemente contra la seguridad jurídica que tienen los ciudadanos. La administración de justicia, no debe entenderse en un sentido netamente formal, sino que radica en la posibilidad real y verdadera, garantizada por el Estado, de que quien espera la resolución de un proceso, la obtenga oportunamente.

Así las cosas, vale decir que una decisión judicial tardía, constituye en sí misma una injusticia, como quiera que los conflictos que se plantean quedan cubiertos por la incertidumbre, con la natural tendencia a agravarse”.

En cuanto a lo segundo, el principio de juez natural, es claro que se materializa en la proscripción de jueces *ad hoc*, siendo que, de tal manera, se preserva de la mejor forma la imparcialidad e independencia. Por supuesto, la forma para garantizar que se tenga previamente designado el juzgador de los casos por venir es regulando previamente la asignación de los diversos asuntos.

“La garantía del juez natural tiene una finalidad más sustancial que formal, en razón a que su campo de protección no es solamente el claro establecimiento de la jurisdicción encargada del juzgamiento, previamente a la consideración del caso, sino también la seguridad de un juicio imparcial y con plenas garantías para las partes. Conforme con ello, ha precisado que dicho principio opera como un instrumento necesario de la

³⁶¹ El artículo 4 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia preceptúa que: “La administración de justicia debe ser pronta y cumplida. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Lo mismo se aplicará respecto de los titulares de la función disciplinaria”.

rectitud en la administración de justicia y como una garantía frente a la posible arbitrariedad de la actuación de los poderes del Estado en perjuicio de los ciudadanos.

En relación con esto último, la Corte ha insistido en sostener que la exigencia de que se haya asignado normativamente competencia no basta para definir el alcance del juez natural, pues, como se ha explicado, la garantía en cuestión exige adicionalmente que no se altere “la naturaleza de funcionario judicial”, lo que implica, a su vez, que previamente se definan quiénes son los jueces competentes, que los mismos tengan carácter institucional y que una vez asignada debidamente la competencia para conocer un caso específico, no les sea revocable el conocimiento del caso, salvo que se trate de modificaciones de competencias al interior de una determinada institución.

5.7. Conforme con lo dicho, el derecho al juez natural comprende una doble garantía: (i) para quien se encuentra sometido a una actuación judicial o administrativa, en cuanto le asegura “el derecho a no ser juzgado por un juez distinto a los que integran la Jurisdicción, evitándose la posibilidad de crear nuevas competencias distintas de las que comprende la organización de los jueces”; y (ii) para la Rama Judicial, “en cuanto impide la violación de principios de independencia, unidad y ‘monopolio’ de la jurisdicción ante las modificaciones que podrían intentarse para alterar el funcionamiento ordinario”.

5.8. Ahora bien, a partir de su configuración jurídica, la garantía del juez natural se encuentra íntimamente ligada a los conceptos de jurisdicción y competencia. La Corte ha explicado que la jurisdicción, en general, “consiste en la potestad que tiene el Estado para administrar justicia en ejercicio de la soberanía de que es titular, mediante el conocimiento y decisión de las diferentes causas (civiles, criminales, administrativas, etc.)”. Por tratarse de una potestad estatal, lo ha expresado la Corporación, la jurisdicción es única e indivisible, razón por la cual “todos los jueces ejercen jurisdicción en nombre del Estado, pero circunscrita al ámbito

*propio de la competencia que le asigna la ley*³⁶².

3.3.3.2 Acusación

El Principio Acusatorio constituye un término con un ámbito conceptual que al menos cubre las siguientes exigencias³⁶³:

- La exigencia de un acto formal de acusación previo al proferimiento de sentencia, con lo cual queda proscrita la posibilidad de “juicios sumarios”.
- La independencia entre quien formula la acusación y quien está encargado de fallar el caso. Dicho de otro modo: Quien acusa no puede ser quien juzga, debe corresponder a personas e instituciones diferentes.
- La congruencia³⁶⁴ que debe existir entre la sentencia y la acusación, es decir, que esta última termina delimitando el objeto del juicio.
- La imposibilidad de que el instructor pueda adoptar decisiones judiciales con efectos de cosa juzgada, pues esta siempre debe estar a cargo de un juez como tercero imparcial.

En esencia, el principio acusatorio se refiere a la repartición de tareas en el proceso penal, dado que el juzgamiento y la acusación se asignan a distintos sujetos procesales. Esta distribución de funciones impide que el juez lleve a

³⁶² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-328 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³⁶³ Cfr. URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. *El control de la acusación. Una reflexión sobre los límites del poder de acusar en el Estado constitucional de derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2013, pp. 38-43.

³⁶⁴ La congruencia debe predicarse respecto de la imputación personal, fáctica y jurídica, siendo que las dos primeras son absolutas y la última relativa, en tanto que no podrá condenarse a alguien diferente ni por hechos distintos a los que conste en la acusación, aunque, excepcionalmente, puede existir variaciones en la denominación o connotación jurídica que se le dé a ese quehacer fáctico.

cabo investigaciones por su propia cuenta y que no pueda predicarse la existencia de un proceso penal si no existe acusación proferida previamente por un órgano independiente: *nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio*.

En el caso colombiano es conocido que con anterioridad al Acto Legislativo 03 de 2002 el sistema penal era mixto, en cuanto que si bien era cierto separaba las funciones de investigación y juzgamiento, no lo era menos que existían funciones y actividades regladas en las que esa separación no era tan clara.

En efecto, debe recordarse que durante mucho tiempo a la Fiscalía General de la Nación se le atribuyeron claras funciones judiciales que incluían la práctica de pruebas (que en virtud del principio de permanencia de la prueba eran valoradas por el juzgador) o la posibilidad de precluir la investigación, decisión que extingue la correspondiente acción penal y tiene los mismos alcances de una sentencia absolutoria.

De igual forma, mediante la figura de la variación de la acusación en juicio, y la interpretación que se hiciera de este instituto jurídico, se llegó a permitir que el juez terminare involucrándose en el ejercicio de la acción penal, en tanto que podía sugerir y tomar como tema del debate final una especial denominación jurídica de la conducta juzgada.

A partir del ya citado Acto Legislativo 03 de 2002 la tendencia acusatoria se intensificó y aun cuando la Fiscalía sigue ubicándose en la rama judicial y que conserva algunas funciones de clara estirpe judicial (la posibilidad de afectar derechos fundamentales), es claro que la definición de la *litis* con efecto de *res iudicata* es exclusividad de la judicatura, ante quien deberán practicarse la totalidad de las pruebas que soporten la decisión final.

De otro lado, debe tenerse presente que el principio acusatorio se refiere también a la correlación que debe existir entre acusación y sentencia, esto es, alude de manera directa al denominado principio de congruencia que se menoscaba cuando se condena:

“i) Por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación; ii) por un delito que no se mencionó fáctica ni jurídicamente en el acto de formulación de imputación o de la acusación y iii) por el delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación o en la de acusación, pero incluyendo alguna circunstancia, genérica o específica que intensifica la sanción, o suprimiendo una circunstancia, genérica o específica de menor punibilidad reconocida en las audiencias de formulación de la imputación o en la de acusación.”³⁶⁵

Así, el principio acusatorio tiene varias implicaciones:

- La independencia del juzgador que no ha conocido de la investigación y no se encuentra “contaminado” con el caso.
- La exigencia de una congruencia entre la acusación y la sentencia.
- La posibilidad de diseñar estrategias defensivas a partir del descubrimiento probatorio que exige la acusación formal y la preservación de la mediación, oralidad, publicidad y concentración en el desarrollo del juicio oral que sigue a partir de la presentación de la acusación.³⁶⁶

³⁶⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación penal. Sentencia de 10 de marzo de 2010. Rad. 32422. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

³⁶⁶ Cfr. BERNAL CUELLAR et. al. *El proceso penal. Tomo II. Estructura y garantías procesales*. 6 edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2013.

- La imposibilidad que tiene el juez de proferir una sentencia condenatoria cuando la fiscalía ha solicitado un sentido del fallo absolutorio³⁶⁷.

3.3.3.3 Carga de la prueba

El principio de carga de la prueba se suele vincular a la presunción de inocencia e *indubio pro reo*, pues en la medida en que se parta de la base de que la persona procesada es inocente, es al Estado a quien compete demostrar esa responsabilidad penal y, por ende, a quien correspondería la carga de probar su pretensión acusatoria.

No obstante esa relación que hemos descrito, algunos autores estiman que es totalmente inapropiado referirse a la carga de la prueba en el proceso penal.

“Sin embargo, esa idea (carga de la prueba) es ajena al proceso penal. El reo no tiene que aportar ninguna prueba, y de hecho puede guardar completo silencio durante todo el proceso y permanecer totalmente inactivo sin que ello vaya a significar que será condenado. El ministerio fiscal no es el abogado de la acusación y por tanto no busca una condena, por más que así se presuma por la mayoría de ciudadanos, influidos por la cinematografía sobre todo. El ministerio fiscal busca esclarecer la realidad tanto como el juez y actúa bajo el principio de objetividad, de manera que no tiene la “carga” de probar nada, sino la obligación de desplegar una actividad probatoria en el proceso que sirva para que la realidad, condenatoria o absolutoria, aparezca³⁶⁸”.

³⁶⁷ Esta garantía se había mantenido en Colombia desde la promulgación y vigencia del Código de Procedimiento Penal de 2004 que tiene una clara tendencia acusatoria. Sin embargo, en reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia (con 4 disidencias de 9 votos) se adoptó la tesis que aun cuando la Fiscalía pidiera absolución, el juez podía proferir condena. Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia de 25 de mayo de 2016. Rad. 43837. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

³⁶⁸ NIEVA FENOLL, Jordi. *La razón de ser de la presunción de inocencia*. En Revista para el análisis del derecho. Universitat Pompeu Fabra. Barcelona. 2016. Num.1, p. 10.

En realidad el concepto de carga se desarrolló inicialmente en el derecho civil y en el marco de un proceso dispositivo. Sin embargo, hay que reconocer que el término ha sido utilizado en las demás ramas del derecho, sin ser la penal excepción. Precisamente, en el derecho sancionatorio se le ha estudiado a la par de la presunción de inocencia, en los términos ya citados e incluso introduciendo una importante variante como es la carga dinámica de la prueba.

Por lo anterior, en este acápite se realizará, en primer lugar, un estudio de las implicaciones que en el marco de garantías referidas al juzgamiento tendría la presunción de inocencia, para luego centrar la atención sobre las incidencias, particularidades y problemas que representa predicar el principio de carga dinámica de la prueba en el derecho penal.

Una garantía propia del moderno derecho penal es la presunción de inocencia. Se trata de una presunción *iuris tantum* que se mantiene a lo largo del proceso penal y que sólo quedará desvirtuada cuando, más allá de toda duda razonable, el juez encuentre que la persona es responsable de una conducta punible.

“Es por ello que (la persona procesada) no puede ser tratada como culpable ni tiene por qué ser obligada a declarar, ni ser ella, dado su estado de inocencia, la que deba probar su inocencia, sólo es posible la adopción de las oportunas medidas cautelares, excepcionalmente personales, con la única finalidad de garantizar los fines del proceso”³⁶⁹.

Por supuesto, la presunción de inocencia no implica que el procesado goce de plena libertad durante el trámite procesal. Bien puede imponerse una medida cautelar de carácter personal (medidas de aseguramiento) como producto de

³⁶⁹ JAÉN VALLEJO, Manuel. *Derechos fundamentales del proceso penal*. Bogotá: Ediciones Gustavo Ibáñez. 2004, pp. 195-196.

una ponderación de intereses que se presentan en el escenario del litigio penal.

En efecto, la presunción de inocencia y el derecho fundamental a la libertad, se oponen a los intereses de la sociedad, la víctima y el propio Estado a que se les garantice su protección, la comparecencia del implicado al proceso y la preservación de las pruebas que permitan esclarecer lo sucedido y alcanzar la verdad que desencadene la decisión justa.

La concepción de los fines de las medidas de aseguramiento (y no sólo de la detención preventiva, que es sólo una especie de aquel género), como fundamento de la restricción de derechos de aquel que aún se presume inocente, es armónica con una pacífica línea jurisprudencial de la Corte Constitucional que incluye, entre otros pronunciamientos, las sentencias C- 774 de 2001 y la C-1198 de 2008.

De la misma manera, la posibilidad de imponer medidas cautelares personales es admitido por el DIDH. Baste con recordar los textos del artículo 7.5 de la CADH o el 9.3 del PIDCP³⁷⁰. Así, conforme al DIDH la detención preventiva, en tanto que entraña una privación o restricción de libertad anterior a la sentencia condenatoria, sólo es legítima si se usa con el único objeto de garantizar la comparecencia del imputado al proceso y, eventualmente, la ejecución de la sentencia condenatoria.

Dentro del marco anterior, es entonces coherente que el artículo 250 de la Constitución Política, reiterado por el 296 del C.P.P., definiere como finalidades de la restricción de la libertad el impedir la obstrucción a la justicia, el aseguramiento de la comparecencia del imputado al proceso y la protección de

³⁷⁰ Cfr. CADH art. 7.5: "*Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio*" PIDCP art. 9.3: "*... su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo*".

la comunidad y de las víctimas. Tal teleología vuelve a ser repetida en el artículo 308 de la misma obra, quizás con una necesaria glosa, y es la infortunada redacción de este último precepto, que en vez de hacer referencia a la protección de la comunidad y de las víctimas, tal y como ya lo había hecho, se refiere a la peligrosidad del imputado, concepto de ingrata recordación y que de alguna manera denota calidades personales, a la vez que evidencia vestigios de un derecho penal de autor, proscrito de nuestro sistema penal en los artículos primero y 29 de la Constitución Política.

En términos generales, bien puede decirse entonces que esos fines que fundamentan las medidas de aseguramiento se aglutinan en tres grupos de situaciones en las que se exige del estado una actuación ante la evidencia recaudada que indica unos riesgos, ya sean estos de obstaculización, reiteración o fuga.

- El riesgo de obstaculización se refiere a que la medida asegurativa es necesaria *“para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia”*³⁷¹. Tal y como lo expresa la doctrina:

*“Este peligro existe legalmente si se da la sospecha de que el inculpado destruirá medios de prueba, los modificará, suprimirá, disimulará o falsificará, de que influirá de forma ilícita en coinculpados, testigos o peritos, de que motivará a otros a tales conductas, y por ello amenazase el peligro de que la investigación de la verdad quedará dificultada”*³⁷².

El Código de Procedimiento Penal en sus artículos 308.1 y 309 regla lo concerniente a la *“obstrucción a la justicia”*, que no es cosa distinta que el reconocimiento del riesgo en comento. La exigencia probatoria se refiere a la

³⁷¹ PEDRAZA JAIMES, Miguel Ángel. *La detención preventiva en el sistema penal acusatorio*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales. 2008, p. 52.

³⁷² GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*. Barcelona: Bosch casa editorial. 1985, p. 107.

acreditación de motivos graves y fundados que permitan inferir que el imputado pueda:

- Destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba.
- Inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.
- Dificulte la realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en la actuación.

Obsérvese cómo la exigencia que hace el legislador es lógica: Si existe elemento de prueba que indique que el imputado puede afectar las distintas fuentes de prueba, ello justificaría la imposición de una medida de aseguramiento en aras de permitir el esclarecimiento de lo ocurrido y la preservación de un orden justo como fin constitucional.

Por supuesto, la negativa que puede hacer el indiciado de suministrarle a la fiscalía un interrogatorio jamás podrá tomarse como evidencia de obstrucción a la justicia, pues es claro que allí estamos frente al ejercicio elemental de un derecho constitucional de no autoincriminación.

Algo más: No es suficiente la hipótesis según la cual, dada la gravedad de la conducta, se puede estar frente a un riesgo de obstaculización, puesto que resulta necesario suministrar elementos de prueba que así lo indiquen. No sobra tampoco advertir que dichos elementos probatorios serán diferentes a aquellos que sirven para construir la inferencia razonable de autoría o participación, pues claro resulta que se está frente a un comportamiento post delictual que genera un riesgo para la adquisición o búsqueda de pruebas.

- El riesgo de fuga se encuentra reglado en los artículos 308.3 y 312 del C.P.P. Conforme a dicho marco normativo se advierte que los criterios para evaluar la configuración de este riesgo en un caso concreto están atados al análisis de la gravedad y modalidad de la conducta, a lo que habría que agregar la evidencia que indique que la persona carece de arraigo, o bien se acredite una actitud del imputado respecto del devenir del proceso o frente al daño causado, que lleven a considerar que no es de su interés comparecer al proceso.

La sentencia C-1198 de 2008 de la Corte Constitucional enfatizó la necesidad de acreditar en la audiencia que pretenda imponer una medida asegurativa la existencia de uno cualquiera de los factores enlistados en el artículo 312 del C.P.P. En otros términos, no será suficiente argumentar la necesidad de una medida de aseguramiento sólo advirtiendo la gravedad y modalidad de la conducta delictiva, sino que el ente acusador carga con el deber probatorio de acreditar que la persona del procesado quiere evadir la autoridad.

- El riesgo de reiteración se refiere a los casos en que se observe y acredite que el procesado puede volver a delinquir, con lo cual estaría poniendo en peligro a la comunidad en general o a la víctima en particular. Este riesgo se encuentra reglado en el 308.2, 310 y 311 del C.P.P.

El ordenamiento jurídico define lo que debe entenderse por peligro para la comunidad. El legislador ha estimado que se justifica la restricción de derechos del imputado cuando esté involucrado en la comisión de un hecho de especial gravedad, lo que seguramente se reflejará en la pena imponible, y además si se evidencia alguna de las siguientes hipótesis:

- Que el imputado puede continuar delinquir.
- Que tiene vínculos con organizaciones criminales.

- La imputación que se le ha hecho cobija pluralidad de delitos, debiéndose analizar la naturaleza de estos.
- Que el imputado esté acusado o sujeto a medida de aseguramiento o disfrutando algún mecanismo sustitutivo de pena privativa de la libertad por delito doloso o preterintencional.
- La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
- El uso de armas de fuego a armas blancas.
- En casos de abuso sexual con menor de 14 años.

Se resalta el hecho de que la norma exige la presencia de dos condiciones a la vez: De un lado la gravedad y modalidad de la conducta y, de otro, alguna de las siete hipótesis reseñadas, lo cual quiere significar que la Fiscalía asume una carga probatoria, que va más allá de aquellas con las que pretende demostrar la inferencia razonable, pues debe también acreditar precisamente el indicio de reiteración o, lo que es lo mismo, la evidencia que indique que la persona del procesado puede seguir delinquirando de mantenerse su libertad.

Tal y como se advirtió *ab initio* de este acápite, el riesgo de reiteración también cobija las hipótesis en las que se considere que la medida de aseguramiento es viable cuando con ella se pretenda proteger a la víctima de la conducta delictiva, en tanto que existe una probabilidad de que el procesado siga afectando a quien ya se ve afectado con la presunta comisión delictiva. Es de resaltar que, conforme a lo preceptuado en el artículo 311 del C.P.P. esa protección no sólo cobija a la víctima directa, sino que también incluye a su familia o sus bienes.

Una vez más se insiste en que es menester que la solicitud de medida de aseguramiento por esta causal se justifica en tanto que se acredite con elementos de prueba la probabilidad de tal afectación a la víctima o su entorno.

Colombia, y en ello desafortunadamente no es una excepción en la región, tiene una elevada población carcelaria que corresponde a personas procesadas y no condenadas³⁷³, fenómeno que fue objeto de análisis de la CIDH que diagnosticó que:

“(A) partir de la experiencia directa en el terreno y del seguimiento a la situación de los derechos humanos en la región en los últimos años, la Comisión Interamericana ha encontrado entre las causas de estos altos índices de presos sin sentencia: el retardo o mora judicial, generado a su vez por otra serie de disfuncionalidades y deficiencias estructurales más profundas de los sistemas judiciales; la falta de capacidad operativa y técnica de los cuerpos policiales y de investigación; la falta de capacidad operativa, independencia y recursos de las defensorías públicas; las deficiencias en el acceso a estos servicios de defensa pública; la falta de independencia judicial, en algunos casos los jueces se abstienen de decretar medidas cautelares por temor a ser sancionados o removidos de sus cargos y otras veces ceden ante las presiones mediáticas; la existencia de legislación que privilegia la aplicación de la prisión preventiva

³⁷³ “(E)n Colombia (se) observó que del total de 113,884 personas privadas de libertad al 31 de diciembre de 2012, el 30% serían presos sin condena; en Uruguay constató que de una población de 9,067 reclusos a junio de 2011, el 65% estaban en calidad de procesados; y en Argentina verificó que del total de 30,132 personas privadas de libertad en la provincia de Buenos Aires a marzo de 2010, el 61%, no tenían sentencia firme de acuerdo con cifras oficiales, las organizaciones de la sociedad civil señalaban en cambio que este índice era del 70%”. En CIDH. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13 30 diciembre 2013. P. 16.

y que restrinja la posibilidad de aplicación de otras medidas cautelares; la falta de mecanismos para la aplicación de otras medidas cautelares; la inversión de la carga prueba, de manera que es el acusado quien debe probar que la prisión preventiva no debe ser ordenada; los paradigmas y prácticas judiciales arraigadas que favorecen el empleo de la prisión preventiva sobre otras medidas; la corrupción; el uso extendido de esta medida excepcional en casos de delitos menores; y la extrema dificultad en conseguir su revocación una vez ha sido dictada³⁷⁴.

Finalmente, debe también recordarse la manera como el principio de carga de la prueba en cabeza del ente acusador, y que lleva implícita la presunción de inocencia, tiene igualmente una relación estrecha con el principio *indubio pro reo*, tal y como lo recordó la Corte Constitucional cuando señaló:

*“La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del *in dubio pro reo*, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado³⁷⁵.”*

Un tema polémico y que tiene un vínculo directo con el concepto de carga de la prueba es lo concerniente a lo que se denomina “*carga dinámica de la prueba*,”

³⁷⁴ Ibídem. P. 16-17.

³⁷⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-774 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

según la cual corresponde a la persona que se encuentre en mejor posición para probar un hecho, acreditar el mismo. Esta comprensión de la garantía que se comenta se introdujo inicialmente al derecho administrativo y en derecho civil, pero tradicionalmente se entendía por completo ajena al ámbito del derecho penal en virtud de la presunción de inocencia que conllevaba la asunción, por parte del Estado, de la carga de probar la responsabilidad penal.

Pese a lo anterior, la doctrina y posteriormente la jurisprudencia³⁷⁶, han venido introduciendo el concepto de carga dinámica de la prueba a procesos penales de corte acusatorio, en tanto que estos no se rigen por un principio de investigación integral.³⁷⁷

“Por todo ello, y a pesar de la presunción de inocencia, no puede negarse la existencia de un interés del acusado (presupuesto básico para hablar de carga de la prueba formal) en acreditar los hechos que se opongan a la pretensión acusatoria. Por supuesto, dicho interés surge una vez que la acusación haya aportado pruebas de cargo, en cuyo caso su pasividad (si el tribunal considera probada la culpabilidad) será causa suficiente de una sentencia condenatoria... Puede decirse, pues, que la iniciativa probatoria del acusado es contingente, supeditada en todo caso a la mayor o menor eficacia de la prueba practicada por la acusación. Es posible entonces formular la segunda regla de distribución de la carga de la prueba: Una vez que la acusación ha aportado pruebas de cargo, el acusado tiene la carga de practicar las pruebas relativas a los hechos que le sean favorables”³⁷⁸.

³⁷⁶ A manera de ejemplo Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-740 de 2003. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 de abril de 2008, radicado 23754; sentencia del 27 de marzo de 2009, radicado 31103 y sentencia del 13 de mayo de 2009, radicado 31147.

³⁷⁷ URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. *La nueva estructura probatoria del proceso penal*. Segunda edición. Bogotá: Ediciones Nueva jurídica. 2011, pp. 122-134.

³⁷⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: lustel. 2005, p. 356.

En Colombia, los tribunales han acudido a esta teoría para casos como los de enriquecimiento ilícito, lavado de activos y omisión de agente retenedor; en parte, para suplir deficiencias en las investigaciones que soportan las acusaciones respectivas.³⁷⁹ Cuando se revisa los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia se advierte que no se cuestionan en ellos los problemas que puede representar la adopción del concepto de carga dinámica de la prueba frente a la presunción de inocencia y, antes bien, se ha justificado su uso como complemento del citado principio.

“(Si)...el principio de presunción de inocencia demanda del Estado demostrar los elementos suficientes para sustentar la solicitud de condena, no puede pasarse por alto que en los eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando pruebas suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria de esos elementos, es a la contraparte, dígase defensa o procesado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión³⁸⁰”.

3.3.3.4 Contradicción

El contradictorio se refiere al derecho que tienen las partes de intervenir en un proceso en condiciones de paridad, sobre todos aquellos temas sujetos a decisión. Dicho de otro modo, parte de la idea que un pronunciamiento judicial debe estar precedido de la participación y argumentación de las partes enfrentadas en la *litis*. Como se aprecia, se parte de una concepción dialéctica del proceso y de la “*verdad*” como producto de ese antagonismo procesal. La

³⁷⁹ Cfr. PULECIO BOEK. *La teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal*. Bogotá: Ediciones Deplama. Universidad Javeriana. 2012.

³⁸⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de marzo de 2009. Rad. 31103. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

contradicción, como garantía, se vincula estrechamente con el derecho de defensa.

“La base esencial del derecho a defenderse reposa en la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación; ella incluye, también, la posibilidad de agregar, además, todas las circunstancias de interés para evitar o aminorar la consecuencia jurídica posible (pena o medida de seguridad y corrección), o para inhibir la persecución penal.”³⁸¹

El principio de contradicción comprende dos aspectos relevantes:

De un lado, el *“derecho que tienen las partes de buscar, desde sus opuestas perspectivas, las fuentes de prueba”³⁸²*, lo que supone que tanto acusador como defensa puedan adelantar labores de investigación y puedan recaudar elementos de prueba que puedan luego esgrimir en el escenario propio del juicio.

De otro lado, al derecho que tienen las partes a intervenir *“en la formación de las pruebas... luego, la actividad de las partes gira en torno al aporte de las argumentaciones, capaces o no de ilustrar el significado de la prueba, es decir, la relevancia que esta pueda adquirir ante la hipótesis acusatoria, en el sentido de su implicación o de su exclusión”³⁸³*.

Así las cosas, puede inferirse que el principio contradictorio está íntimamente ligado al derecho de defensa como opositor de la acusación que se efectúa para iniciar el juicio. En ese sentido, todo procesado, dentro de un proceso

³⁸¹ MAIER, Julio. Óp. Cit., p. 552.

³⁸² FERRUA, Paolo. *Contradictorio y verdad en el proceso penal*. En GIANFORMAGGIO, Letizia. *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*. Bogotá: Editorial Temis. 2008, p. 250.

³⁸³ *Ibíd.*

penal, tiene la posibilidad de contradecir o desvirtuar los cargos que en su contra se eleven, ya sea en forma directa: Defensa material, o bien sea mediante la asistencia de un abogado: Defensa técnica.

Son varias las disposiciones normativas que en el DIDH desarrollan el derecho de defensa, a manera de ejemplo pueden ser citados los artículos 8 y 10 de la DUDH, 9.2, 14.1, 14.3 y 14.5 del PIDCP, 46.2 de la CDFUE, 6.3 del CEDH, 8.1 y 8.2 de la CADH, 7.1 de la CAfDH. Estas disposiciones de DIDH coinciden con las reglas 7 a 15 del Proyecto de Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento penal (reglas de Mallorca).

Una interpretación sistemática de las anteriores disposiciones nos permite inferir que ese derecho de defensa, en su doble faz de defensa material y técnica, implica una serie de garantías que bien podríamos reunir en tres ítems diferentes:

- Un primer grupo que podríamos citar como garantías de contradicción en sentido estricto y que comprende, a su vez, otras que se refieren al conocimiento del proceso, esto es, el derecho que le asiste a todo procesado a obtener una información pronta de la investigación y acusación que se le endilgue, pero además, debe contar con el tiempo necesario para que ese imputado o acusado pueda preparar adecuadamente su estrategia de defensa, lo que será viable en tanto que tenga posibilidad de conocer y analizar la evidencia que se presente en su contra, recoger la que le permita soportar su pretensión, en fin, preparar su contradicción a los cargos que deben estar plenamente delimitados fáctica y jurídicamente. En otros términos, este primer grupo de garantías cobija una serie de derechos que muchas veces son tomados en forma autónoma, tal como el derecho a una tutela judicial efectiva, que incluye la facultad de acceder al proceso y a ser informado de la acusación (principio acusatorio).

- Un segundo grupo de garantías que podríamos llamar de defensa técnica y que se refiere a la necesidad que tienen los estados de garantizar que los procesados cuenten con la asesoría de un profesional del derecho que puede ser escogido directamente por él o, en el evento de no hacerlo, designado por el propio ente estatal. Lo cierto es que lo que se desea es que alguien que se estima docto en materia jurídica permitirá analizar el caso con el procesado, siendo necesario que esa comunicación entre abogado-cliente se dé en términos de absoluta confidencialidad. En este punto llama la atención como en algunos ordenamientos jurídicos la designación de un abogado de oficio se hace en términos meramente formales, llegándose incluso al absurdo de entender que ese requisito se suple con la asistencia de una persona de reconocida honorabilidad, no necesariamente abogado³⁸⁴, o nombrando abogados sobre los cuales no existe ningún tipo de control en su actividad. Creemos que los Estados deben fortalecer sus sistemas de defensoría pública, esto es, una red de abogados a cargo del estado, debidamente capacitados en materia penal y sobre los cuales se ejerza un control de gestión que haga realidad el derecho en comento. Debe incluirse igualmente en este grupo, el derecho que tiene la persona a tener un intérprete que le permita conocer la imputación y la estrategia que se surtirá con su asistente letrado.

- Un tercer grupo de garantías que podríamos denominar de impugnación, se refiere a la posibilidad que se tiene de interponer recursos contra aquellas decisiones que afectan directamente sus derechos fundamentales o pretensiones procesales. Es evidente que esta garantía contiene otra, cual es la de contar con una doble instancia y, además, aunque expresamente no lo menciona ninguno de los tratados internacionales citados, también incluye la prohibición de *reformatio in peius*, tal y como lo sugiere Naciones Unidas en la regla 36 de Mallorca: “*El ejercicio del derecho a recurrir ante*

³⁸⁴ Fue el caso de los códigos de procedimiento penal anteriores al examen de constitucionalidad con base en la Carta de 1991.

*un tribunal superior debe excluir la posibilidad de que el recurrente sufra, como consecuencia de dicho ejercicio, un perjuicio en su situación”, es decir, que en aquellos eventos en que el condenado sea apelante único debe preservársele el derecho de no hacer más gravosa la condena que ya pesa sobre él. Dicho de otra manera: Si la defensa es apelante único, lo peor que le puede pasar es que le confirmen su decisión, pero jamás podrá incrementarse esa sanción que ya se ha impuesto. Finalmente, no sobra advertir que el concepto de apelante único es cualitativo y no cuantitativo, esto es, no se podrá negar la existencia de apelante único en un proceso cuya sentencia es apelada por varias partes (v.gr. varios defensores de sendos procesados), siempre y cuando el interés sea el mismo, pues es este último el que determina el carácter de único que exige la aplicación del principio de no *reformatio in peius*.*

Dentro de este tercer grupo de garantías, debe incluirse el derecho a tener una decisión judicial motivada, pues es claro que sólo se podrá ejercer adecuadamente la impugnación si se conocen con anterioridad las razones que soportan el fallo que no se comparte. En este tópico es interesante comentar el uso y abuso de sentencias pro forma, esto es, modelos que utilizan los despachos judiciales para múltiples procesos con coincidencias temáticas. Tales estereotipos no son inadmisibles *per se*, sin embargo, tienen el enorme riesgo de conculcar el derecho del procesado de tener una respuesta a sus posturas defensivas en cada caso particular, tal y como tuvo oportunidad de expresarlo el Tribunal Constitucional español en sentencia 128/2003 cuando advirtió que:

“(S)i bien este tribunal considera desaconsejable su uso, este puede no implicar necesariamente una falta o insuficiencia de la motivación debiendo

analizarse el caso concreto para determinar la suficiencia de la respuesta ofrecida...³⁸⁵.

³⁸⁵ Tribunal Constitucional Español. Sentencia 128 de 2003. Citado por JAEN VALLEJO, Manuel. Óp. Cit., p. 34.

CAPÍTULO IV
EL *IUS PUNIENDI* EN EL MARCO DE LOS ESTADOS DE
EXCEPCIÓN

4 EL IUS PUNIENDI EN EL MARCO DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

Luego de haber descrito las particularidades de los estados de excepción y de haber descrito las consecuencias que el modelo de Estado Social de Derecho genera en el ejercicio del *ius puniendi*, es menester analizar la intersección de estos dos ámbitos conceptuales, a fin de delimitar las restricciones que se adquieren para esa facultad sancionadora cuando se utiliza en el marco de los estados excepcionales.

En principio, tal y como se ha podido explicar en acápite anterior, los estados de excepción concentran poder en el ejecutivo que muchas veces, como en el caso colombiano, ha utilizado las facultades extraordinarias para promulgar una gran cantidad de disposiciones de contenido penal.

“Por la perpetuación del conflicto armado el derecho penal se va enrareciendo constantemente, de tal manera que en tanto haya un estado de excepción el primero en ser modificado es el Código Penal.”³⁸⁶

Por lo anterior, no resulta inapropiado señalar que durante la vigencia de la Constitución de 1886 por cuenta de la legislación de excepción se llegó a tal extremo de que muchas garantías propias de un Estado moderno terminaron siendo desconocidas.

“(M)ilitarizar la Administración de Justicia para los civiles, creando jurisdicciones especiales o procedimientos excepcionales en los cuales se recortan las garantías básicas del debido proceso, derecho a la defensa,

³⁸⁶ TORRES VÁSQUEZ, Henry. *Terrorismo de Estado y Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Ibáñez. 2010, p. 474.

limitación de términos o cortapisas o la interposición de recursos ordinarios

387”

Por supuesto, la constitucionalización del derecho penal, la introducción del concepto de Estado Social de Derecho conlleva unas claras limitaciones al *ius puniendi*, como también fue objeto de estudio en el capítulo precedente. Por lo anterior, resulta lógico partir de la premisa según la cual: Las limitantes que se han resaltado en el ejercicio del poder punitivo se refuerzan en los estados excepcionales. ¿La razón? Siendo estos últimos una situación reglada en la que se activan unos controles políticos y jurídicos para evitar el abuso de esas facultades extraordinarias adquiridas por el ejecutivo, resulta evidente que la máxima potestad de intervención, que es la asunción de funciones legislativas en materia penal, deben contar con unos criterios de evaluación mucho más estrictos que los que se suelen ejercer en contextos de normalidad, máxime cuando en ellos está proscrita la posibilidad de crear normas de contenido penal.

La premisa de la que partimos torna también evidente una afirmación que se hiciera en epígrafe anterior: En el marco de la Constitución de 1991 se ha limitado el uso del estado de excepción y, como lo veremos a continuación, son tantas las restricciones que se imponen al *ius puniendi*, que el ejecutivo prácticamente ha dejado de lado como práctica recurrente el proferir decretos legislativos de contenido penal.³⁸⁸

³⁸⁷ ZAMORA ÁVILA, Martha Lucía. *Legislación de orden público en el gobierno colombiano de 1.980 a 1.990 y las disposiciones del estado de sitio que se adoptaron como legislación permanente con posterioridad a la promulgación de la Constitución de 1.991*. En *Política criminal y reforma penal*, libro homenaje al Prof. Dr. D. Juan del Rosal, Madrid: Editorial de derechos reunidas. 1993, p.1147.

³⁸⁸ Cfr. Anexo 1 de este trabajo en el que se encuentra el listado de los decretos legislativos proferidos en el marco de la Constitución política de 1991. Basta con observar los contenidos de cada uno de ellos, así como la decisión judicial sobre su exequibilidad para entender que cada vez es menos recurrente el uso del estado de excepción para proferir normas penales.

4.1 EL ROL DEL EJECUTIVO EN MATERIA PENAL DENTRO DEL MARCO DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

La existencia de los estados de excepción en general, y de conmoción interior en particular, obedecen a la necesidad de otorgarle, en momentos difíciles, poderes especiales al gobierno para que supere la situación extraordinaria y se vuelva a los canales de la normalidad. Como se ha descrito en los capítulos anteriores, su origen es antiguo como también diversa su fundamentación. Sea cual fuere el antecedente que se tome en torno al tema, lo cierto es que siempre se maneja la idea según la cual, el gobierno en estados de riesgo excepcional queda investido de facultades legislativas que deben ser usadas durante un tiempo determinado (límite temporal) y con miras a conjurar la crisis que condujo a dicho estado (límite material).

La consagración de los estados de excepción no debe ser calificada de buena o mala. Sencillamente constituye, por regla general, una necesidad frente a situaciones de emergencia que no pueden ser sorteadas con las reglas de derecho ordinarias. Nuestra Constitución Política ha reconocido esta dificultad práctica y ha consagrado una verdadera “*taxonomía*” de estados de excepción.

Ha estimado el constituyente colombiano que un problema que se tome como móvil para declarar un estado excepcional no puede servir de excusa para dejar relegado el ordenamiento jurídico; antes bien, el mismo resulta ratificado dentro del estado excepcional y, prueba de ello, es que la Carta política así lo ordena, armonizando perfectamente con lo preceptuado en el artículo 27 de la CADH.

Las disposiciones citadas, al ser interpretadas sistemáticamente, no dejan duda de que aun en estados de excepción no se podrán suspender los

derechos humanos ni las libertades fundamentales, las reglas del DIH³⁸⁹ y además ciertas garantías judiciales que, a juicio de la CIDH, resultan :

“Indispensables (y) no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el artículo 27.2 de la Convención (Americana sobre derechos Humanos), el habeas corpus...el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes..., destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya supresión no está autorizada por la misma Convención...también deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno..., previstos en el derecho interno de los estados partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención y cuya suspensión o limitación comporte la indefensión de tales derechos”³⁹⁰.

El marco normativo referido nos deja en claro que existe un rígido estándar a la hora de hacer uso de las facultades extraordinarias que se le otorgan al ejecutivo en los estados de excepción.

Dentro del contexto descrito, adquiere sentido la reiterada manifestación de la Corte Constitucional cuando nos recuerda que los estados excepcionales en Colombia tienen un doble control: El político y el jurídico, los cuales, lejos de yuxtaponerse, terminan complementándose.

“Los límites a las atribuciones del presidente en estados de excepción están sometidos a controles tanto jurídicos como políticos sobre su

³⁸⁹ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-156 de marzo 10 de 1999. M.P. Dra. Martha Victoria Sánchez Méndez.

³⁹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC 9/87 del 6 de octubre de 1987.

declaratoria y sobre las medidas adoptadas, que constituyen un reconocimiento a que el acto mediante el cual se declara un estado de excepción si bien es un acto político, sujeto a consideraciones de necesidad, oportunidad y conveniencia, también es un acto jurídico atado a reglas y requisitos formales y materiales dirigidos a garantizar su legitimidad y a evitar su uso arbitrario. Uno y otro control no son necesariamente incompatibles o excluyentes, ya que se dirigen a examinar aspectos distintos del ejercicio de las facultades excepcionales del Gobierno durante un estado de excepción, que en el caso concreto de la declaratoria del estado de emergencia económica, social o ecológica, lo habilita para dictar normas con fuerza y rango de ley: los decretos legislativos, destinados específicamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Estos decretos deben referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia.”³⁹¹

El control político lo lleva a cabo el Congreso de la República, quien tendrá que valorar la oportunidad y conveniencia de la declaratoria.

El artículo 215 de la Constitución Política señala que el Congreso podrá reunirse por voluntad propia si no llegare a ser convocado por el gobierno nacional y que, incluso, durante el año siguiente, tendría la facultad de *“derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno. En relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo”*.

“El control jurídico corresponde a la Corte Constitucional que cumple un papel relevante como guardián de la supremacía e integridad de la Constitución (art. 241 superior). Dicho control recae sobre los actos jurídicos adoptados por el Ejecutivo en virtud del estado de emergencia

³⁹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-159 de febrero 25 de 2009. M.P. Humberto Sierra Porto.

comprendiendo tanto el decreto declaratorio como los expedidos en su desarrollo. Es un control objetivo que implica una labor de cotejo entre el acto emitido y los parámetros normativos de control.

Dichos parámetros de control a los actos del legislador extraordinario están dados por: i) la Constitución Política; ii) los tratados internacionales ratificados por el Congreso que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción (art. 93 superior), y iii) la Ley 137 de 1994, Estatutaria de los Estados de Excepción.”³⁹²

El anterior marco normativo permite concluir que el examen de constitucionalidad de las disposiciones promulgadas en virtud de un estado excepcional, exige una revisión de varios aspectos relevantes:

La conexidad, entendida como la relación causal que debe existir entre los hechos que se invocan como fundamento del estado excepcional y las medidas que se crean para superar la situación anormal.

“La debida relación de conexidad que deben guardar las medidas que se dicten durante los estados de excepción con las causas que originaron la declaración del mismo, es un requisito constitucional de ineludible cumplimiento. Por tanto, las normas que se expidan deben estar dirigidas, en forma expresa y directa, a combatir los acontecimientos perturbadores de la paz, el sosiego y la tranquilidad ciudadana, eventos que dieron origen a la legalidad extraordinaria, y con el fin exclusivo de restablecer el orden perturbado. Si los decretos legislativos que expida el Presidente de la República durante los estados excepcionales, no guardan ninguna relación con las causas que llevaron a su implantación, ni están destinados a conjurar la crisis que los motivó, ni a contrarrestar el orden perturbado, con el fin de restablecer la normalidad, que es el permanente deber del

³⁹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-224 del 30 de marzo de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

*Gobierno, dichos decretos serán declarados inexecutable por exceder los límites constitucionales.*³⁹³

De esa conexidad exigible surge igualmente el principio de finalidad, esto es, la valoración de la teleología que persiguen las medidas adoptadas y que no es otra distinta a la búsqueda de la superación de la situación excepcional.

Dentro de las exigencias constitucionales para superar el control judicial que se debe hacer de un estado excepcional también se incluye la necesidad, es decir, el juicio en torno al carácter indispensable de las medidas tomadas para conjurar la crisis desencadenadora de la situación excepcional.

*“Este juicio comprende dos partes en las cuales se juzga si el Presidente como responsable del orden público incurrió en un error manifiesto de apreciación acerca de la necesidad de la medida: a) el juicio de necesidad fáctica, orientado a examinar si las medidas adoptadas para lograr el restablecimiento del orden perturbado son necesarias para superar las causas de perturbación o impedir la extensión de sus efectos; y b) el juicio de necesidad jurídica, o juicio de subsidiariedad, dirigido a establecer si existen normas que regulen situaciones similares en tiempos de normalidad y, en caso afirmativo, si estas medidas ordinarias preexistentes son idóneas para enfrentar la situación excepcional”.*³⁹⁴

Por último, la Corte ha recordado que también es materia de análisis la relación de proporcionalidad en sentido estricto que debe reinar entre las medidas que se hubieren adoptado y la restricción de derechos o el uso extraordinario de facultades asumidas. La noción de proporcionalidad ha sido comprendida por la propia Corte como un criterio hermenéutico de la Carta:

³⁹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-179 del 13 de abril de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

³⁹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-149 de 25 de febrero de 2003. M.P. Manuel Cepeda Espinosa.

”En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución–, busca asegurar que el poder público actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho, fuerza normativa de la Constitución y carácter inalienable de los derechos de la persona humana...”

La proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.³⁹⁵

Nótese que lo que se expone no es otra cosa que la expresa referencia al uso del principio de proporcionalidad como criterio adecuado para efectuar el control constitucional sobre las normas jurídicas que se expiden en los estados excepcionales. Creemos, y en eso adherimos plenamente a la tesis del profesor Bernal³⁹⁶, que la técnica utilizada por la Corte Constitucional es la óptima para evaluar la validez de las disposiciones infraconstitucionales, en tanto que brinda una mayor consistencia técnica que los criterios provenientes de las teorías materiales de los derechos fundamentales, veamos:

³⁹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-916 del 29 de octubre de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁹⁶ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Cuarta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2014.

Las llamadas teorías materiales incluyen, al menos, tres modelos diferentes:

- La teoría liberal de los derechos fundamentales.
- La teoría democrática de los derechos fundamentales.
- La teoría de los derechos fundamentales en el Estado Social.

La primera teorización parte de la premisa según la cual el contenido de los derechos fundamentales está determinado por *“los valores pertenecientes a una ideología o a una visión general de Sociedad, la Constitución y el Estado”*³⁹⁷ y, a la vez, dicho concepto de derecho fundamental tiene una doble función de servir de legitimación y límite del poder estatal en general y, obviamente, del poder sancionatorio en particular. Lo cierto es que el contenido concreto que se les dé a los derechos fundamentales dependerá entonces del paradigma político que se tenga. Así, pueden identificarse dentro de este primer grupo las teorías liberales que entienden que *“los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado”*³⁹⁸, idea que cobijaría, por ejemplo, la teoría de las libertades básicas de John Rawls³⁹⁹.

Aun cuando estas teorías dotan de un contenido material a los derechos fundamentales, quedan realmente huérfanas en el diseño de una metodología que permita superar las situaciones en las que entren en tensión derechos fundamentales; incluso, si se llegare a aceptar cierta jerarquía en estos, en un caso de yuxtaposición que se presente, se terminaría menoscabando o

³⁹⁷ Ibídem, p. 322.

³⁹⁸ BOCKENFORDE. Citado por BERNAL PULIDO, Carlos. Óp. Cit., p.325.

³⁹⁹ Cfr. Ibídem, pp. 347-379.

sacrificando siempre uno de ellos, en procura de salvaguardar aquel que se entiende de mayor entidad.

Por su parte, la teoría democrática de los derechos fundamentales tiene como tesis capital *“que las facultades morales de la persona democrática se convierten, bajo el imperio de la Constitución, en posiciones democráticas de derecho fundamental, cuyo titular es el ciudadano”*⁴⁰⁰. Vincula el contenido del derecho fundamental a los derechos de participación política que permitan canalizar las decisiones de la sociedad. Su fundamento filosófico lo encontraríamos en la manifestación de la voluntad general rousseauiana y que en una versión mucho más remozada sería la emanación del principio democrático. Creemos que esta apelación a la democracia para delimitar los alcances del derecho fundamental corre el enorme riesgo de desconocer específicas problemáticas de minorías sociales, lo que puede desencadenar en el desconocimiento de sus derechos en casos puntuales.

La teoría de los derechos fundamentales en el Estado Social sirvió de soporte al reconocimiento y promulgación en las constituciones modernas de los derechos de prestación que, a su vez, se instituyen como normas fines del modelo estatal⁴⁰¹ o también conocidas como normas de programación final que imponen al Estado el deber de buscar un objetivo definido, aunque sin indicar los medios para alcanzarlo. Precisamente, la ausencia de una metodología para lograr sus cometidos constituye su deficiencia en relación con la aplicación del principio de proporcionalidad.

Por su parte, el principio de proporcionalidad deviene de una teoría estructural, es decir, de una concepción según la cual es en el análisis mismo del derecho fundamental, en su propia estructura, en donde encontramos los criterios necesarios para abordar los problemas de tensión y de delimitación de los

⁴⁰⁰ *Ibidem.*, p. 400.

⁴⁰¹ *Ibidem.*, p.468.

mismos. No es que se parta de su neutralidad ideológica o de una asepsia filosófica, es evidente que se debe partir de un reconocimiento de contenido del derecho fundamental, pero ello es sólo el punto de partida, pues debe complementarse con una técnica en la que entran en juego los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Dicho de modo más simple: El principio de proporcionalidad supera los criterios que provienen de las teorías materiales, en tanto que confluye con el contenido el uso de una metodología estricta que permite un mayor grado de seguridad jurídica y una argumentación más exigente pero igualmente con mayor grado de legitimidad, en tanto que requiere la superación de varias etapas (subprincipios).

Conforme al subprincipio de idoneidad o de adecuación, la intervención en un derecho fundamental será admisible en tanto que se persiga con ella un fin constitucionalmente legítimo y, además, resulta idónea para *“fomentar su obtención”*⁴⁰².

El subprincipio de necesidad nos informa que *“toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto”*⁴⁰³. Obsérvese que para efectuar el juicio de necesidad se deben plantear en un caso específico los otros medios alternativos que se pueden tener para alcanzar el fin constitucional propuesto, a fin de establecer cuál de todos ellos es el que resulta más benigno con los derechos fundamentales en juego.

Finalmente, el subprincipio de proporcionalidad estricta entiende que una intervención a un derecho fundamental sólo será admisible en cuanto que el

⁴⁰² *Ibidem.*, p. 875.

⁴⁰³ *Ibidem.*, p. 933.

beneficio que se obtenga con ella compense los sacrificios o limitaciones del otro derecho fundamental⁴⁰⁴.

Coincidimos con el profesor Hassemer cuando, a propósito del principio de proporcionalidad indica que este surge realmente del sentido común:

“No es un descubrimiento de los juristas ni tampoco del legislador. Pertenece a nuestra existencia en el estatus civil (status civilis), determina nuestra relación con los demás, denota una explicación del mundo no solamente de carácter jurídico, sino de conceptos de la vida cotidiana, del ámbito de las ciencias sociales y filosóficas. Carga idéntica e igualitaria, proporcionalidad y sentido de la medida, pertenecen más o menos al mismo campo semántico. El que matar moscas a cañonazos carezca de sentido parece, sobre todo, una instrucción bien fundamentada desde el punto de vista técnico o económico, pero también pone de manifiesto que el actuar tiene una medida. Formulado de manera general, el principio de proporcionalidad se puede entender como una expresión de la justicia en tanto justicia de cargas⁴⁰⁵”.

Precisado el alcance del principio de proporcionalidad, debe decirse que en temáticas de estados de excepción, aquel genera dos tipos de aspectos a analizar:

El orden policivo, consistente en analizar la relación entre la medida adoptada y la gravedad de los hechos que busca conjurar. Sería inenquirible entonces la medida excepcional que restringe drásticamente los derechos constitucionales para asegurar una mínima o insignificante mejoría de la situación de orden público.

⁴⁰⁴ Ibídem., p. 962.

⁴⁰⁵ HASSEMER, Winfried. *El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales*. En VON HIRSCH, Andrew et. al. *Op. Cit.*, p. 193.

La segunda manifestación del juicio se orienta a verificar que no exista una restricción innecesaria de los derechos y libertades, pues tal limitación “sólo será admisible en el grado estrictamente necesario para buscar el retorno a la normalidad.” Se trata aquí de la existencia de un medio exceptivo menos drástico o lesivo que tenga igual o mayor efectividad que el medio escogido, caso en el cual esta medida también se torna inexecutable por desproporcionada.”⁴⁰⁶

En el marco del DIDH y, específicamente en el sistema regional americano, se ha hecho expresa mención a la proporcionalidad que debe existir entre los poderes exorbitantes que se adquieren con ocasión de un estado excepcional y la suspensión de garantías que puede acarrear aquellos.

*“La suspensión de garantías no debe exceder... la medida de lo estrictamente necesario para atender la emergencia; resulta también ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción, aun dentro de la situación de excepcionalidad jurídica vigente”.*⁴⁰⁷

De hecho, se han utilizado expresiones como idoneidad, razonabilidad que son propios del juicio de proporcionalidad que debe orientar la actividad estatal en estados excepcionales.

“Las limitaciones que se imponen a la actuación del Estado responden a la necesidad genérica de que en todo estado de excepción subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, a fin de que ellas se adecuen razonablemente a las necesidades de la situación y

⁴⁰⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-149 de 25 de febrero de 2003. M.P. Manuel Cepeda Espinosa.

⁴⁰⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cantoral Benavides. Sentencia del 18 de agosto de 2000.

no excedan de los límites estrictos impuestos por la Convención o derivados de ella⁴⁰⁸.

A todo lo anterior se une la exigencia que hace la Carta en el sentido de que por vía de un estado excepcional no pueden violarse los derechos humanos y demás límites establecidos en la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la LEEE, lo que lleva implícita una exigencia de no arbitrariedad y la intangibilidad de ciertos derechos.⁴⁰⁹

Debe igualmente tenerse en cuenta que la LEEE adiciona el principio de motivación de incompatibilidad (artículo 12), referido a que en aquellos casos en los cuales con fundamento en los estados de guerra y conmoción interior se suspendan las leyes, el gobierno deberá justificar las razones concretas de la incompatibilidad de dichas disposiciones con el régimen de excepción.

Finalmente, en el artículo 14 de la ley citada se incorpora el principio de no discriminación, que se relaciona directamente con el artículo 13 constitucional sobre igualdad, por lo que las medidas excepcionales exigirán que a todas las personas se les dé el mismo trato, no pudiéndose hacer distinciones basadas

⁴⁰⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Castillo Petruzzi y otros. Sentencia del 30 de mayo de 1999.

⁴⁰⁹ Cfr. Artículo 4° de la LEE: “*Derechos intangibles. De conformidad con el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los demás tratados sobre la materia ratificados por Colombia, durante los estados de excepción serán intangibles: el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño, a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles; el derecho al habeas corpus y el derecho de los colombianos por nacimiento a no ser extraditados. Tampoco podrán ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. De conformidad con el literal b) del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de estos Estados*”.

en criterios como la raza, la lengua, la religión, el origen familiar y las creencias políticas o filosóficas.

Los aspectos mencionados son, como se advirtió, la materia que será objeto de análisis del control que se lleva a cabo sobre la declaratoria de una excepcionalidad constitucional, así como sobre las medidas que con dicho fundamento se adopten. Por lo anterior, se exige una motivación suficiente en los decretos legislativos, pues es en este apartado en donde se consignarán los motivos y finalidades perseguidas y que serán posteriormente el centro de valoración de las autoridades políticas y judiciales.

4.2 LÍMITES A LOS DECRETOS LEGISLATIVOS DE CONTENIDO PENAL

Independientemente de la suerte con la que corrieron las distintas declaraciones de estados de excepción, lo cierto es que algunos de los decretos legislativos que se originaron a partir de ellos tenían una clara connotación penal, ya sea porque elevaba las penas, creaban conductas punibles, efectuaban modificaciones al procedimiento penal, otorgaban funciones de policía judicial a organismos de seguridad del estado, ampliaban las facultades para capturar a una persona o registrar sus viviendas o impedir su movilización; en fin, porque afectaban de manera directa el derecho a la libertad, que es el más afectado con las normas de contenido penal.

En vigencia de la Constitución de 1886 se acudía a la declaratoria de estado de sitio para promulgar decretos legislativos con los cuales se pretendía conjurar brotes de criminalidad extrema que, a su vez, era la causa eficiente para justificar la declaratoria de excepcionalidad.

Como pudimos apreciar en el capítulo anterior, la Corte Suprema de Justicia en buena parte se limitaba a estudiar la formalidad de los decretos legislativos y

sólo en la última fase de su actividad como tribunal constitucional efectuó valoraciones más allá de lo formal, pero sin cuestionar mucho las motivaciones gubernamentales.

Bien puede decirse que esa práctica fue la que inspiró las primeras decisiones de la Corte Constitucional cuando declaró la exequibilidad de los decretos que declaraban la conmoción interior o la emergencia económica. Fue tan sólo hasta el año 1995 cuando la Corte Constitucional estimó que si bien se estaba viviendo una situación de grave zozobra social por cuenta de las masacres cometidas y del incremento de la criminalidad, no podía, por ese sólo hecho, considerarse jurídicamente válido acudir a la excepcionalidad constitucional.

“Los hechos narrados no tienen el carácter de coyunturales, transitorios ni excepcionales, que deban ser conjurados mediante medidas de excepción, sino que constituyen patologías arraigadas que merecen tratamiento distinto por medio de los mecanismos ordinarios con que cuenta el Estado para sortear problemas funcionales y estructurales normales.

...

Es claro que los hechos invocados por el Gobierno son, ciertamente, "graves" y perturbadores del orden público, que es presupuesto de la convivencia pacífica y de la vigencia de un orden justo, fin esencial del Estado colombiano. Pero si son, como las propias cifras aportadas por el Gobierno lo corroboran, las manifestaciones reiteradas de la vieja y arraigada patología social que aqueja al país, no es para su tratamiento que se han dispuesto los estados de excepción. La persistencia obstinada de la citada patología, demanda medidas permanentes, como ella, dirigidas a atacar su génesis y no la erupción epidérmica. No puede el gobernante desentenderse del problema esencial, dirigiendo su acción a la morigeración del epifenómeno, máxime si ese camino conduce a un régimen restrictivo de los derechos fundamentales que el propio orden constitucional ha dispuesto que sea siempre temporario”⁴¹⁰.

⁴¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-466 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Obsérvese que no basta con la gravedad de la situación para que se justifique la declaratoria de excepcionalidad, sino que es menester que esta situación sea verdaderamente anormal, que no haga parte del entorno diario, pues de ser así, las medidas que se deben adoptar deben surgir del debate democrático en el escenario natural que no es otro que el Congreso de la República⁴¹¹. Igualmente, no puede ser la situación que se invoca como motivación de la excepcionalidad constitucional una consecuencia del inadecuado funcionamiento de las instituciones, tal y como ocurrió cuando se presentó un cese de actividades en la rama judicial que originó, a su vez, un incremento de libertades por vencimiento de términos y una dilación generalizada de procesos, lo que fue usado por el ejecutivo como razón suficiente para declarar la conmoción interior y expedir disposiciones de policía y de contenido procesal penal que no fueron avaladas por la Corte Constitucional que consideró que:

⁴¹¹ Esta conclusión es válida igualmente para los estados de emergencia. Así cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-122 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz: *“Un hecho puede parecer a una sociedad extraordinario y sorprenderla sin conocimientos o instrumentos adecuados para evitar, corregir o morigerar sus efectos perniciosos. Sin embargo, si en su interior su riqueza institucional le brinda mecanismos para captar y adaptarse a la novedad, esta difícilmente podrá considerarse en sí misma extraordinaria. De la misma manera, el incremento cuantitativo y cualitativo de estructuras y experiencias, hacia el futuro impedirá tratar como hechos emergentes o extraordinarios aquellos que se incorporan como expectativas conocidas o previsibles que puedan ser objeto de conocimiento y manejo con base en el repertorio de instrumentos a disposición de la sociedad y de sus autoridades. Si no se descuenta el potencial de respuesta institucional que en cada momento de su historia ha logrado aquilatar una determinada sociedad, todo hecho tendría forzosamente que revestir el carácter de sobreviniente y extraordinario. Si se omite toda consideración sobre los poderes existentes para afrontar una determinada crisis, vale decir, si se ignora el concierto de órganos, facultades y mecanismos creados cuya intervención puede resultar decisiva con miras a su solución, la consecuencia no puede ser otra distinta que la de ampliar indebidamente los poderes del ejecutivo con grave detrimento del funcionamiento normal del Estado de Derecho.”* O con CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-252 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio: *“El decreto declaratorio del estado de emergencia social se ha encontrado contrario a la Constitución Política, por cuanto no logró demostrarse la presencia de hechos sobrevinientes ni extraordinarios (presupuesto fáctico); si bien la situación reviste de gravedad no resulta inminente (presupuesto valorativo); y el Gobierno dispone de medios ordinarios para enfrentar la problemática que expone en salud (juicio de suficiencia)”*.

“Ahora bien, en la parte motiva del Decreto 3929 de 2008 sólo se hace alusión a que las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía son insuficientes para prevenir la salida de las cárceles de delincuentes y para conjurar la situación de grave perturbación creada por la parálisis judicial, al igual que a la necesidad de incorporar al Presupuesto General de la Nación nuevos gastos y adoptar los mecanismos presupuestales y legales adecuados para financiar las erogaciones requeridas para conjurar la crisis. Estas aseveraciones no constituyen una valoración sobre la insuficiencia de los poderes de policía en cabeza del Presidente de la República para sortear la situación crítica originada por el cese de actividades judiciales, sino una simple afirmación de la insuficiencia de tales poderes.

Al omitir tal apreciación, la declaratoria del estado de conmoción interior se convierte en un acto arbitrario que contraviene la Constitución, a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario ratificados por Colombia y a la Ley Estatutaria sobre los Estados de Excepción, pues el Decreto 3929 de 2008 carece de uno de los requisitos materiales de la declaratoria, el cual a su vez es uno de los elementos básicos que permiten la realización del control judicial en cabeza de la Corte Constitucional.⁴¹²”

Además de la valoración estricta del quehacer fáctico que motiva la declaratoria de excepcionalidad, la Corte Constitucional, en ejercicio de su control judicial sobre los decretos legislativos, ha creado una línea jurisprudencial en la que se observa una mayor exigencia y limitación al legislativo extraordinario cuando de normas penales se trata. Y no es para menos, pues si bien es cierto que los estados de excepción son reglados y constituyen situaciones que se encuentran previstas por la propia Constitución, no lo es menos que en ellos se hace una inversión del principio democrático, pues atribuye al ejecutivo una facultad legislativa que, de otra manera, le resultaría extraña.

⁴¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-070 de 2009. M.P. Humberto Sierra Porto.

No puede desconocerse que cuando la Corte Constitucional impone límites a las normas penales, sean estas ordinarias, proferidas por el Congreso de la República; o extraordinarias, emanadas por el ejecutivo en el ejercicio de potestades excepcionales; se está ante una situación que muestra la tensión entre los principios democrático y de supremacía constitucional.

“Como es sabido, el Estado Constitucional cimienta su estructura en dos pilares fundamentales: por un lado, en el principio político democrático, conforme al cual se entiende que corresponde al pueblo, en cuanto titular de la soberanía el ejercicio indiscutible del poder constituyente; por otro, en el principio jurídico de la supremacía constitucional, en cuya virtud se considera que la Constitución es lex superior, que obliga por igual a gobernantes y gobernados (...) Confluyen, de esta suerte, dos líneas de pensamiento estatal surgida de los procesos revolucionarios burgueses, dos líneas de pensamiento perfectamente diferenciables. La primera es la que, intentando proporcionar una justificación racional del poder, arranca de las incipientes formulaciones pactistas del mundo medieval (Marsilio de Padova, Nicolás de Cusa, etc.), para terminar en la formidable construcción del iusnaturalismo contractualista, en nombres como Althusius, Grocio, Puffendorf, Wolf, Locke, Rousseau. La segunda, preocupada no tanto en justificar racionalmente el poder como en propiciar su limitación, que podría situar su génesis en las doctrinas medievales de la supeditación del gobernante a la ley (Baldo, Bracton, Fortescue, etc.), encuentra su plenitud teórica, en los umbrales mismos del triunfo y la institucionalización de las revoluciones burguesas, en la obra de Montesquieu⁴¹³” .

En efecto, desde la misma aparición de la democracia griega se ha teorizado sobre los límites que debe tener el legislador (ordinario y extraordinario,

⁴¹³ DE VEGA GARCÍA, Pedro. En RAMIREZ CLEVES, Gonzalo. *Límites a la reforma constitucional en Colombia: el concepto de Constitución como fundamento de la restricción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005, p. 17.

agregamos ahora) para impedir, que por regla de simples mayorías, se llegue a un sistema que desconozca los derechos de las minorías o que termine en un auténtico caos. El quid del asunto se podría sintetizar así:

“Si el pueblo hace la ley y en consecuencia la ley depende de la voluntad del pueblo ¿cómo se puede predicar que el pueblo aparezca supeditado a la voluntad de una norma aprobada por él mismo? o en otras palabras, si el pueblo tiene la capacidad para crear una ley y de igual manera tiene la potestad para derogarla, entonces ¿cómo justificar la limitación del poder democrático a partir de la misma ley que este poder establece y anula a voluntad⁴¹⁴?”

Desde la antigua Grecia se ha intentado de resolver el dilema planteado. Así, Aristóteles distingue una democracia legal, respetuosa de los *Nomoi* que se refiere a las “leyes” o normas naturales y racionales que orientan la vida en sociedad, y la democracia no legal, que es la que no acata esas disposiciones, conllevando una degeneración del sistema democrático e incurriendo en lo que el estagirita denominó demagogia⁴¹⁵.

La misma preocupación inspiró siglos después la diferenciación entre poder constituyente originario y poder constituyente constituido, para predicar de este último claras restricciones en su labor normativa a punto que esas limitaciones también se predicaban de las reformas constitucionales.⁴¹⁶

⁴¹⁴ CORTE COSNTITUCIONAL. Sentencia C-249 de 2012. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁴¹⁵ DE VEGA GARCÍA, Pedro. Óp. Cit., p.27.

⁴¹⁶ Sobre el particular resulta didáctica la tesis de Radbruch que reconoce un derechos suprallegal que se impone a las normas injustas y arbitrarias. Cfr. RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y derecho*. Bogotá: Editorial Temis. 2005, p. 35. Más recientemente otros autores han vuelto sobre el tema. Así ELSTER, Jon. *Ulises y las sirenas: Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. Trad. UTRILLA, Juan José. México: Fondo de cultura económica. 1989. HOLMES, Stephen. *Precompromisos y la paradoja de la democracia*. [online]. [citado 2016-07-16] pp. 1-26. Disponible en: <<http://www.fcpolit.unr.edu.ar>. SAGER, Lawrence. *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Madrid: Marcial Pons. 2007.

Es claro que en la actualidad la supremacía constitucional se hace realidad en la medida en que el Tribunal Constitucional ejerza la función de guardián de la norma fundamental. Ese marco constitucional, tal y como se ha podido desarrollar en los epígrafes anteriores, es el que exige del legislador penal unas restricciones que, en tiempos de excepcionalidad, se potencializan a fin de evitar abusos de poder.

La propia Corte Constitucional ha reconocido que la valoración de la actividad legislativa extraordinaria es diferente (mucho más estricta) en los estados excepcionales

“La Corte considera que en materia de juicios de constitucionalidad sobre decretos legislativos, no opera el fenómeno de la cosa juzgada, debido a las profundas diferencias ontológicas existentes entre un tiempo de normalidad y uno de anormalidad. Por ende, la valoración que debe realizarse al controlar normas proferidas en un estado de excepción difiere de la que se realiza cuando se efectúa un control ordinario dado que el marco de acción en cuanto a límite de derechos de uno y otro legislador no es el mismo. En efecto, durante un tiempo de normalidad los límites materiales internos e internacionales a la capacidad normativa del legislador son más estrictos que durante un estado de excepción, y por ende los juicios de constitucionalidad que se realicen sobre las normas con fuerza de ley no pueden ser iguales. Lo anterior no implica que determinadas consideraciones doctrinales, sentadas en fallos anteriores, puedan ser tomadas en consideración para la presente decisión⁴¹⁷”.

La primera limitación que se tiene es la proporcionalidad entre la medida adoptada y materializada en una norma de contenido penal y la situación extraordinaria que se desea sortear con ella. De hecho esta exigencia no lo es

⁴¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1007 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

sólo para normas penales sino en general para cualquier medida que se tome en el marco de las potestades extraordinarias.

Por lo anterior, los principios de conexidad, necesidad, finalidad y proporcionalidad estricta son totalmente predicables de las restricciones que tiene el gobierno nacional cuando, con fundamento en los estados de excepción, promulga normas con fuerza de ley (decretos legislativos).

Con todo, es igualmente viable advertir que a las restricciones generales que se tienen en el ejercicio extraordinario de la facultad legislativa, se unen otras cuando dichas facultades tienen un claro componente penal. Perfectamente pueden sintetizarse esos límites en dos:

El principio de restricción material, en donde se presentan ciertas particularidades en los principios de necesidad, finalidad y proporcionalidad estricta.

El principio de temporalidad, que obliga a analizar el tema de la eficacia real de las disposiciones creadas bajo el cobijo de la excepcionalidad.

Desarrollemos a continuación cada uno de éstos ítems.

4.2.1 Principio de restricción material

La libertad de configuración que tiene el legislador en materia penal no es absoluta, tal y como se advirtió en el acápite anterior. Una serie de garantías y principios se edifican como diques al poder sancionatorio que ejerce el Estado.

Desde luego, si partimos de la premisa de que los estados de excepción concentran en el ejecutivo unas potestades legislativas que no le son propias y que tal circunstancia, *per se*, genera un mayor riesgo de abuso del poder, es

obvio que cuando esas facultades se utilizan en el contexto de un Estado Social de Derecho tienen una serie de restricciones en la configuración normativa, máxime cuando, como en el área penal, se invade el ámbito propio de la libertad.

Al repasar los textos constitucionales como la LEEE y la jurisprudencia sobre la materia, puede colegirse que esas restricciones se verifican según la naturaleza de las medidas adoptadas, en relación con creación de tipos penales, modificación de sanciones existente o la introducción o modificación de procedimientos penales.

4.2.1.1 Restricción en la Creación de tipos penales y en la modificación de penas

Conforme al artículo 44 de la LEEE esta facultad es autorizada en los estados de conmoción interior. El primer interrogante que se efectuaría sería si la manifestación expresa de la norma a una sola tipología de estado excepcional, implicaría que no se contare con esta facultad en los demás.

Una interpretación exegética⁴¹⁸, mediante el uso de la técnica lógica⁴¹⁹ y del principio a *contrario sensu* nos llevaría a concluir que efectivamente la expresión estado de conmoción interior excluye la posibilidad de que en estados de guerra o de emergencia el ejecutivo pueda crear nuevas conductas punibles o alterar el marco punitivo existente.

⁴¹⁸ Cfr. GIRALDO ÁNGEL, Jaime. *Metodología y técnicas de la investigación jurídica*. Ibagué: Ediciones Unibagué. 2012.

⁴¹⁹ “El análisis lógico permite ampliar o restringir el alcance de una norma, de acuerdo con su naturaleza... También en este tipo de análisis se aplican ciertos principios lógicos que ayudan a desentrañar la voluntad del legislador, como son los siguientes:... A contrario sensu: De acuerdo a este principio, si el legislador ha dispuesto algo para un hecho, se concluye que la norma no puede cobijar los hechos contrarios” (Ibídem, p. 151.).

Una interpretación sistemática⁴²⁰, a través de la técnica de integración de la institución por vía constitucional⁴²¹, también nos pondría frente a una conclusión similar: El artículo 6 de la Carta preceptúa que mientras los particulares pueden realizar todo aquello que no esté prohibido en la Constitución y la ley; las autoridades sólo podrán ejercer las competencias que expresamente les autoriza el ordenamiento jurídico. Así, si en un estado excepcional distinto a la conmoción interior se promulgaran normas penales para crear tipos nuevos o modificar sanciones, sería una clara manifestación de extralimitación de funciones, pues no existiría una disposición que le sirviera de soporte a la actuación gubernamental.

No obstante lo anterior, existiría igualmente fundamento normativo para poder crear tipos penales y modificar la punibilidad en situaciones de guerra exterior, pues el contenido del artículo 33 de la LEEE indica que también son facultades del gobierno en esa situación excepcional aquellas que son propias de la conmoción interior, luego entonces, la facultad punitiva expresa para este último estado de anormalidad constitucional, que trata el ya citado artículo 44 de la LEEE, le sería inherente a los casos de guerra exterior.

Por supuesto, en el caso de los estados de emergencia no hay un precepto normativo que atribuya potestades punitivas al ejecutivo, por lo que no sería constitucionalmente válido arrogarse las mismas.

Incluso prescindiendo de la tipología tradicional de métodos y técnicas de interpretación normativa y acudiendo a la técnica que nos introduce el

⁴²⁰ *“El método sistemático parte de la concepción filosófica según la cual el derecho constituye un sistema, y solamente bajo la perspectiva de entenderlo como tal puede el jurista aproximarse a su conocimiento, de tal manera que la norma debe ser comprendida como una parte del sistema, y debe ser interpretada, para aplicarla a los casos concretos, teniendo en cuenta su funcionalidad dentro del mismo”.* (Ibídem., p. 157)

⁴²¹ Dentro de las particularidades del método sistemático, en esta técnica se busca la funcionalidad de la norma a partir de su anclaje constitucional, armonizando los diferentes preceptos con la teleología que fija la disposición de la Carta que le sirve, a su vez, de fundamento.

reconocimiento del principio de proporcionalidad, también se arribaría a la misma conclusión: Evidentemente, aun se contare con una inspiración constitucional, la protección del orden económico, por ejemplo, no resultaría tan claro el examen del subprincipio de necesidad, en tanto que las causas motivadoras de la intervención a derechos fundamentales inmersos en las normas penales en los estados de emergencia no guardarían una estrecha conexidad con la creación de normas diferentes a las que ya existen en el derecho ordinario. Incluso, promulgando disposiciones que creasen nuevos delitos o que incrementaren sanciones ya existentes, es evidente que no pudiendo ser aplicables a los hechos que habrían causado la anormalidad que llevó a su declaratoria (en virtud del principio de favorabilidad), en últimas, terminaría siendo inocua la facultad a la que hacemos referencia.

En la historia de la Constitución de 1991 sólo en una ocasión se promulgaron, en un estado de emergencia, decretos legislativos que modificaban y creaban tipos penales o aumentaban penas ya establecidas. El caso tiene que ver con la expedición del decreto 4333 de 2008 que declaró la emergencia social motivada por la crisis que se presentó por la proliferación de las comúnmente denominadas “*pirámides financieras*” y que fueron definidas en la exposición de motivos del citado decreto como sistemas sofisticados de captación de dineros que evadían la vigilancia de la Superintendencia Financiera.

Al ser estudiados los decretos que creaban o modificaban tipos o sanciones penales, la Corte consideró que en estados de emergencia, en tanto excepcional, permiten al ejecutivo adoptar este tipo de medidas⁴²². El argumento central radica en que el principio de conexidad, junto al de finalidad y proporcionalidad estricta, es suficiente para determinar si es menester acudir a disposiciones de contenido penal para sortear las circunstancias fácticas que llevaron a la declaratoria del estado excepcional.

⁴²² Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-224, 225 y 226 de 2009.

Al anterior argumento agregó la Corte, que no existiendo en la Constitución ni en la LEEE disposición que prohíba expresamente tal competencia legislativa extraordinaria en materia penal, era entonces válido afirmar que se podía predicar esta facultad del ejecutivo en los estados de emergencia.

Estimamos que el último argumento expuesto es una inadecuada extensión del principio de permisión que sólo es predicable de los particulares, pero no así de las autoridades públicas (artículo 6 de la Constitución Política). De hecho, es contrario a precedente de la propia Corte Constitucional cuando advirtió que:

“Es a todas luces contrario al principio señalado (permisión), suponer que al no estar algo expresamente prohibido, bien sea para el legislativo, o para cualquier otra rama del poder público, sus integrantes pueden hacerlo, porque esa prerrogativa es exclusiva de los particulares. Los servidores públicos tan sólo pueden realizar los actos previstos por la Constitución, las leyes o los reglamentos, y no pueden, bajo ningún pretexto, improvisar funciones ajenas a su competencia. Esto como una garantía que la sociedad civil tiene contra el abuso del poder por parte de aquellos servidores. Es una conquista que esta Corporación no puede soslayar, no sólo por el esfuerzo que la humanidad tuvo que hacer para consagrarla efectivamente en los textos constitucionales, sino por la evidente conveniencia que lleva consigo, por cuanto es una pieza clave para la seguridad del orden social justo y para claridad en los actos que realicen los que detentan el poder público en sus diversas ramas”⁴²³

Si bien es cierto que la Corte determinó que esa potestad punitiva era propia del ejecutivo en estados de emergencia, también lo es que el tribunal aclaró que la posibilidad de crear o modificar tipos penales con fundamento en dichos estados, tendría igualmente una restricción material, pues si lo que se busca es superar la crisis económica, social o ecológica, es claro que los tipos penales

⁴²³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-337 de 1993. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

que pueden ser objeto de modificaciones o incluso de creación por parte del legislador extraordinario, deben versar sobre bienes jurídicos relacionados con estos ámbitos de protección de las normas.

“En el estado de emergencia, no resultarían admisibles tipos penales descritos bajo la forma de amenaza o de capacidad abstracta de afectar el orden económico, social o ecológico o provocar una calamidad pública, sino que se es necesaria una precisión sobre la capacidad concreta de producir esa afectación”⁴²⁴.

De hecho, en la sentencia C-225 de 2009 se dejó sentada la posibilidad de que el ejecutivo en situación de emergencia pudiese crear tipos penales siempre y cuando:

“(i) Que sólo es posible sancionar comportamientos que atenten contra el orden económico, social o ecológico; (ii) que en la descripción del comportamiento tipificado, deben tratarse las conductas que de manera directa perturben el orden económico, social o ecológico; y (iii) que el sujeto activo, la conducta tipificada y el objeto protegido, deben estar en directa conexión con las causas o motivos que dieron lugar a la declaratoria de emergencia”⁴²⁵.

La Corte no hizo ningún tipo de mención al contenido del artículo 44 de la LEEE y, muchos menos hicieron alusión a los alcances de la disposición que hace expresa mención del poder punitivo con exclusividad a los estados de conmoción interior. De hecho, en la parte considerativa de la sentencia se dedica un capítulo a *“la jurisprudencia constitucional en el contexto de la conmoción interior”* para sintetizar la postura del tribunal en torno a la facultad punitiva del gobierno pero, se insiste, en el marco de un estado excepcional

⁴²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-226 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-225 de 2009. M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez.

diferente a la emergencia social que, como se indicó, fue el invocado para expedir la disposición creadora de tipo y modificadora de uno ya existente.

Ciertamente la postura de la Corte Constitucional resulta preocupante, pues evidentemente deja la reglamentación del estado excepcional que trae la Carta y que regula la LEEE, simplemente como un referente normativo, pero no, como consideramos que debe ser, un estricto marco de actuación gubernamental para evitar despropósitos o abusos de esas facultades excepcionales.

A nuestro juicio, con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, se perdió una oportunidad para dejar sentado definitivamente que en los estados de emergencia social, económica o ecológica no resulta proporcional el ejercicio de facultades legislativas en materia penal por las razones que expusimos en precedencia.

Con todo, debe registrarse igualmente que la postura de la Corte Constitucional no fue unánime. Importantes y reiterados salvamentos de voto de las sentencias: C-224, C-225 y C-226 de 2009 han criticado la extensión de las facultades penales propias de la conmoción interior a los estados de emergencia. Consideran, y creemos que con razón, que se está realizando una analogía indebida. Si existe una norma en la LEEE que expresamente permite la creación o modificación de tipos penales y, por el contrario, no hay una norma equivalente respecto de los estados de emergencia, sencillamente es porque en estos últimos no habría tal potestad extraordinaria⁴²⁶.

Al margen de la discusión anterior, resulta claro que la potestad punitiva, materializada en la posibilidad de crear o modificar tipos y sanciones penales, es propia de los estados de conmoción interior. No obstante, esa facultad no

⁴²⁶ Cfr. Salvamentos y aclaraciones de voto de los magistrados Humberto Sierra Porto, Luis Ernesto Vargas Silva y Juan Carlos Henao en Sentencias C-224, C-225 y C-226 de 2009.

es general, pues como se señaló en el capítulo anterior, una garantía que es propia del Estado Social de Derecho es que la política criminal y, específicamente, la determinación de las conductas catalogadas como delictivas y sus respectivas sanciones, deben ser expresión del principio democrático (*les stricta*).

A partir del marco normativo de los estados excepcionales podemos inferir la existencia de los siguientes límites de la función punitiva que extraordinariamente se le concede al gobierno:

4.2.1.1.1 Definición material de bienes jurídicos (aplicación del subprincipio de idoneidad).

Conforme a esta restricción, el ejecutivo no podrá alterar el sistema punitivo a su antojo. Tan sólo está habilitado para hacerlo en relación con delitos que propendan por la protección de bienes jurídicos que se requiere tutelar con la declaración del estado excepcional. Ha destacado la Corte Constitucional un precedente en esta materia que vale la pena reseñar:

“Las restricciones, en materia punitiva, tienen alcances distintos según se trate de la definición del tipo penal o de la sanción imponible. Respecto de la definición del tipo, se aplican las siguientes restricciones: (i) sólo es posible sancionar comportamientos que atenten contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, lo que corresponde al principio de restricción material; (ii) al describir el comportamiento, debe tratarse de conductas que pongan en peligro directo el orden público, lo que se recoge en el principio de finalidad; y (iii) el destinatario de la norma, la conducta y el objeto de la misma, deben estar en directa relación con las causas y motivos que dieron lugar a la declaratoria de conmoción interior, lo cual constituye un desarrollo del

*principio de necesidad y surge del respeto por la razonabilidad y la proporcionalidad estricta.*⁴²⁷”

Ahora bien, por mandato expreso del legislador no pueden crearse, aun cuando se vinculen con los bienes jurídicos específicos que admiten el ejercicio de la función punitiva, delitos que lo que hagan sea sancionar “*actos legítimos de protesta social*” (artículo 44 LEEE). Esta limitante refuerza una prohibición que, a nuestro juicio, está implícita incluso para el legislador penal ordinario.

Consideramos que, adicional a las restricciones ya mencionadas, las normas penales que se profieren en estados de excepción, con las cuales se creen o modifiquen tipos penales, además de las limitantes ya reseñadas, deben referirse a conductas punibles de peligro concreto y no abstracto.

Debe recordarse que los delitos de peligro abstracto son aquellos en los que el legislador *a priori* estima peligrosa una específica actividad. Por el contrario, en los delitos de peligro concreto se exige la realización de una conducta prohibida, pero además, se requiere, para su concreción, que se ponga efectiva y realmente en peligro el bien jurídico tutelado.

En los estados de conmoción interior las normas referentes a tipos penales deben corresponder a regulaciones

“de un peligro concreto, porque no basta con que el autor hubiere realizado una conducta de lesión para un bien jurídico v.gr. afectar la vida de una persona o el daño a la infraestructura energética, sino que además, siempre se requiere la prueba de que ha surgido un peligro próximo para la estabilidad institucional que se trata de salvaguardar con la conmoción interior. No basta con que el legislador tipifique una situación de peligro para esos bienes, porque el Juez debe verificar en el caso concreto, si las conductas están en relación directa con las causas y motivos que

⁴²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-939 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

expresamente se señalaron en el decreto que declaró la conmoción. Decreto que señala un marco de regulación adicional al señalado en la Carta, en el bloque de constitucionalidad y en la ley estatutaria.⁴²⁸

Desde luego, la exigencia dogmática a la que nos referimos tiene igualmente un sustento constitucional en el artículo 213. Dicha disposición se refiere expresamente a la inminencia de la afectación de la convivencia ciudadana, seguridad del Estado y estabilidad institucional. Ese carácter inminente, necesariamente se traduce en un peligro real y concreto y no en una mera posibilidad teórica de riesgo.

En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que:

“La alteración del orden público como presupuesto factico verificable a más de ser grave, debe tener la virtualidad de atentar, de poner en serio peligro, de amenazar, de generar un riesgo para esos ámbitos de protección. Por ello, puede afirmarse que el presupuesto valorativo es de carácter alternativo pues basta con que la grave alteración del orden público tenga la virtualidad de atentar contra uno de esos tres ámbitos (estabilidad institucional, seguridad del estado o convivencia ciudadana) para que la declaratoria del estado de conmoción interior sea legítima⁴²⁹”.

Obsérvese la complementariedad que se presenta entre los principios de necesidad y finalidad, cuando de normas penales en estados de excepcionalidad se trata:

“Mientras el principio de finalidad impone diseñar tipos penales de peligro concreto, el juicio de necesidad obliga a establecer cómo tales conductas generan un peligro concreto para los bienes jurídicos tutelados. Esto se

⁴²⁸ Ibídem.

⁴²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-802 de 2 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

*explica por el hecho de que el gobierno no es libre para determinar conductas que estime amenazantes de los bienes jurídicos tutelados, sino que su competencia se restringe a conjurar una amenaza cierta de los mismos. Esto se traduce en la obligación de **hacer explícita** la situación que se pretende enfrentar. Esta carga de hacer explícitas las razones, por otra parte, pone de manifiesto la diferencia entre las competencias ordinarias del legislador y las excepcionales del Gobierno, pues el primero puede argüir meras consideraciones de conveniencia, mientras que el segundo únicamente puede exponer razones de imperiosa necesidad, con lo que se refuerza el carácter limitado de sus competencias y facultades.*⁴³⁰

4.2.1.1.2 Conexidad entre la norma penal y la perturbación que ha dado lugar al estado excepcional (aplicación del subprincipio de necesidad).

El ejecutivo sólo podrá adoptar las normas penales que crean tipos o modifican sanciones cuando estas se presenten como medidas requeridas para contrarrestar las perturbaciones que dieron lugar al estado excepcional. No será una justificación válida acudir a criterios cimentados en contrarrestar amenazas en abstracto contra el orden social o la seguridad del Estado. Tiene que ver esta exigencia con la idoneidad de la medida que se adopta. El delito creado o modificado, como también la sanción que se aumenta, deben guardar una relación directa con las causales que determinaron el estado de excepción. De hecho, esta exigencia se deriva de la filosofía y la manera como se han reglado los estados de excepción, tiene un fundamento normativo expreso en el artículo 44, literal a) de la LEEE⁴³¹.

⁴³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-939 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁴³¹ “ARTÍCULO 44. PODER PUNITIVO. Durante el Estado de Conmoción Interior, mediante decreto legislativo, se podrán tipificar penalmente conductas, aumentar y reducir penas, así como modificar las disposiciones de procedimiento penal y de policía y autorizar el cambio de radicación de procesos.

...
Las medidas contempladas en el inciso primero sólo podrán dictarse siempre que:

Desde luego, la anterior exigencia corre paralela al deber que tiene el gobierno de expresar en la motivación del decreto legislativo, las razones por las que se considera que los delitos creados o modificados, o las conductas punibles cuyas penas se aumentan, tienen la capacidad de perturbar, de manera concreta y de modo grave e inminente, el orden público; a punto tal que se ponga en riesgo la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana, en el contexto descrito en la disposición que dio lugar a la declaratoria de excepcionalidad constitucional.

Como lo ha indicado la Corte Constitucional, el gobierno nacional tiene el deber jurídico de hacer explícita la situación que se enfrenta y que se pretende superar con la adopción de las disposiciones punitivas.

“Esta carga de hacer explícitas las razones, por otra parte, pone de manifiesto la diferencia entre las competencias ordinarias del legislador y las excepcionales del Gobierno, pues el primero puede argüir meras consideraciones de conveniencia, mientras que el segundo únicamente puede exponer razones de imperiosa necesidad, con lo que se refuerza el carácter limitado de sus competencias y facultades⁴³²”.

4.2.1.1.3 Juicio de estricta proporcionalidad

A fin de superar el estándar constitucional de los estados de excepción, el gobierno, cuando utiliza la función punitiva, debe igualmente acreditar fehacientemente las razones por las cuales las medidas ordinarias, que en este caso serían los delitos existentes o las penas ya vigentes, no resultan suficientes para contrarrestar las perturbaciones que originaron la declaratoria

a) *Se trate de hechos punibles que guarden relación directa con las causas que originaron la declaratoria del Estado de Conmoción Interior o pretendan impedir la extensión de sus efectos”*

⁴³² *Ibídem.*

de la conmoción interior. Sobre este aspecto ha indicado la Corte Constitucional, y en ello se coincide plenamente, que no resultan suficientes justificaciones que:

“(i) Se limitan a señalar que determinadas disposiciones son incompatibles con el estado de conmoción sin ofrecer argumentos que lo demuestren, y (ii) que la argumentación sea incoherente, irracional, incomprensible o insuficiente para dar cuenta de las razones de incompatibilidad de los tipos existentes.”⁴³³

Finalmente el principio de proporcionalidad estricta también tiene unas particularidades cuando de decretos legislativos de contenido penal se trata. En primer lugar, en lo atinente a las consecuencias penales de la comisión de delitos, debe tenerse presente

“(i) que no se pueden imponer penas que resulten absurdas frente al hecho sancionado, bien sea por notorio exceso o por defecto. (ii) que exista una relación de eficacia racional entre el medio y el fin constitucional (protección de los bienes jurídicos tutelados arriba indicados).

Esta relación de eficacia (idoneidad), no se agota en una relación lógica entre el medio y el fin, sino que también incorpora un componente normativo: la aptitud jurídica del medio. Dicha aptitud, en materia de las facultades punitivas del Estado durante el estado de conmoción interior, comprende, entre muchos, los principios de temporalidad y de favorabilidad, pues ellos determinan la capacidad de la sanción para mantenerse en el tiempo y generar el efecto deseado: sancionar al infractor y, de esta manera, proteger los bienes jurídicos tutelados. Teniendo en cuenta lo anterior, se debe admitir que se introduce dentro del

⁴³³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-225 de 2009. M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez.

*juicio de proporcionalidad un elemento de eficacia normativa que recae sobre la sanción.*⁴³⁴

4.2.1.2 Restricción en las modificaciones al procedimiento penal

Al revisar los decretos legislativos con contenido penal se observa que también se han creado normas que afectan el proceso penal, ya sea en lo correspondiente a las competencias que se asignan a las diversas autoridades, aspecto que no ha tenido mayor polémica en las decisiones de la Corte Constitucional⁴³⁵ que han efectuado su control jurídico, u otorgando facultades de policía judicial a unidades de la fuerza pública o creando disposiciones que hacen más estricto el régimen procesal aplicado a los delitos conocidos por la justicia especializada o, incluso, también haciendo más rigurosos los procesos de ejecución de las sanciones, modificando regímenes disciplinarios de los centros penitenciarios.

El primer aspecto que debe definirse es si el ejecutivo puede crear normas que afectan el procedimiento penal en todos los estados excepcionales. Sobre el particular, buena parte de lo expresado con ocasión de la potestad extraordinaria para crear o modificar delitos o marcos punitivos es predicable de la facultad para alterar disposiciones que se refieren al procedimiento penal. Al fin de cuentas, el fundamento normativo legal nos indica que, al igual que la situación analizada en el epígrafe anterior, el artículo 44 de la LEEE hace

⁴³⁴ *Ibíd.*

⁴³⁵ Así en CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-076 de 1993. M.P. Jaime Sanín Greiffestein: *“La facultad de atribuir competencia a las distintas autoridades judiciales para conocer de los asuntos que con fundamento en una determinada y preconcebida política criminal se les asigne, es tarea propia y exclusiva del legislador, que también puede ejercer válidamente el Presidente de la República durante los estados de excepción. En el evento que se estudia el Gobierno Nacional atendiendo la gravedad del delito de hurto de petróleo y sus derivados decidió asignar el conocimiento y decisión de los procesos que por tales actuaciones deban adelantarse a los jueces regionales, que como se sabe tienen a cargo también el conocimiento y decisión de otros delitos que inciden en mayor grado en la turbación del orden público.”*

expresa referencia a esta potestad en los estados de conmoción interior (extensibles a los estados de guerra por mandato del artículo 33 ibídem). Así, la discusión sobre la posibilidad de ampliar la potestad reguladora de los procedimientos penales a situaciones de emergencia social, económica o ecológica, coincide con la descripción ya planteada, por lo que no es necesario volver a repetirla.

4.2.1.2.1 Imposibilidad de asignar la investigación o juzgamiento de civiles a autoridades militares

La Constitución Política es expresa en señalar que no es posible que civiles puedan ser investigados o juzgados por autoridades castrenses⁴³⁶. Igualmente, la LEEE (artículo 37) preceptúa que los militares no pueden integrar las unidades especiales de policía judicial que deben ser organizadas por el Fiscal General de la Nación.

Estas disposiciones citadas no son gratuitas. Como lo pudimos advertir en el capítulo dedicado a estudiar los estados excepcionales en Colombia, la historia trae recuerdos de abuso de las medidas extraordinarias y, en buena parte, por cuenta del sometimiento de los civiles a la jurisdicción penal militar o por la introducción de sistemas de enjuiciamiento con un claro matiz inquisitivo.

Al repasar el contenido de las disposiciones excepcionales proferidas en el marco de la Constitución de 1991 no se advierten casos como los que se produjeron en la anterior Carta de asignar a tribunales castrenses funciones de juzgamiento de civiles.

No obstante lo anterior, sí han habido casos en los cuales se han atribuido funciones de policía judicial a autoridades militares.

⁴³⁶ Cfr. Artículo 213 de la Constitución Política y 42 de la LEEE.

En efecto, el Decreto 1810 de 1992⁴³⁷ creaba unidades de policía judicial en las fuerzas militares, pero bajo la dirección, coordinación y dependencia de la Fiscalía General de la Nación. La Corte Constitucional declaró condicionadamente exequible la disposición, siempre y cuando las personas que integraran esas unidades no fueren militares.

“Las fuerzas militares, en atención a sus objetivos constitucionales carecen de competencia en materia de policía judicial. La integración de las unidades de policía judicial con militares, en el plano constitucional, equivale a una intromisión de la administración en la función jurisdiccional. A la ley corresponde crear cuerpos de policía judicial. No puede la Ley profanar la independencia del Fiscal. El Decreto legislativo lo hace al conferir de manera directa una atribución transitoria de la función policial judicial que sólo el Fiscal podía ordenar, entre otras razones, porque de la misma se genera responsabilidad a su cargo. Si las unidades aludidas se conforman con personal militar, la norma resultará inexecutable. Si, en cambio, dichas unidades se conforman con personal no militar, que es una posibilidad que puede objetivamente deducirse de la norma, la misma es exequible.”⁴³⁸ (resaltado extraliterem)

Ciertamente la decisión de la Corte hacía que el decreto perdiese sentido, pues lo que se pretendía era que en las fuerzas militares se pudieran adelantar

⁴³⁷ Los artículos relevantes de ese decreto para este estudio son: “Artículo 1°. Bajo la dirección, coordinación y dependencia del Fiscal General de la Nación, en las Fuerzas Militares se conformarán unidades que ejercerán funciones de policía judicial, en desarrollo de lo previsto por el numeral 4° del artículo 251 de la Constitución Política, en relación con hechos punibles de competencia de los jueces regionales, en los eventos en que no sea posible disponer de autoridades de policía judicial en el lugar de los hechos.

Artículo 2°. Las unidades especiales creadas por el artículo anterior sólo podrán practicar las diligencias atribuidas por el Código de Procedimiento Penal a la policía judicial.

Artículo 3°. Las unidades especiales informarán a la mayor brevedad posible a las unidades de fiscalía competentes sobre las diligencias practicadas.

Artículo 4°. Las unidades de las Fuerzas Militares a que se refiere el presente Decreto, podrán ser comisionadas para la práctica de diligencias como autoridades especiales de policía judicial, conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal.”

⁴³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-034 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

labores propias de policía judicial que, por excelencia, no le son inherentes a su función. De hecho, si se repasa la parte considerativa del decreto, se advierte que la motivación que se tuvo era la dificultad que tenían los miembros de policía judicial para recaudar y preservar los elementos probatorios necesarios para la judicialización de los diferentes casos de connotación penal, cuando estos se encontraban en zonas del territorio nacional en conflicto armado, por lo que, con fundamento en el principio de colaboración armónica de la ramas del poder público, se debían crear dentro de las fuerzas militares unidades de policía judicial. Coincidimos con lo expresado en el entonces salvamento de voto de la decisión mayoritaria:

“Las exigencias de la congruencia y la lógica permitían esperar que la Corte hubiera declarado inconstitucional a secas el decreto objeto de revisión, sin reconocerle presuntas virtudes redentoras propias de la Constitucionalidad condicional, como fue lo que en últimas aconteció. Tratando de entender con la mejor buena voluntad el alcance de esta sentencia de la cual disiento no se ve cómo puede entenderse que las unidades de policía judicial lleguen a integrarse con personal no militar como quiera que el Decreto 1810 de 1992 busca precisamente otorgar dichas funciones a las fuerzas militares las cuales, en el estricto sentido del artículo 216 de la Constitución vigente, excluyen a la Policía Nacional. Utilizar las alternativas de la constitucionalidad condicional en casos como el presente en los cuales todas las circunstancias concluyen a determinar un muy alto grado de probabilidad de que la conducta claramente violatoria de la Constitución puede ocurrir, no hace otra cosa sino deteriorar las posibilidades mismas de una utilización justificada de dicha alternativa. Pero lo que es más grave aún, con ello sólo se logra cubrir un aparente manto de constitucionalidad aquello que de antemano se sabe que tiene visos ciertos de no serlo”⁴³⁹.

⁴³⁹ Ibídem. Salvamento de voto de Ciro Angarita Barón.

De otra parte, la Carta (artículo 252) advierte que *“aún durante los Estados de Excepción de que trata en sus artículos 212 y 213, el Gobierno no podrá suprimir, ni modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento”*.

Interesante resulta observar el estudio de constitucionalidad que se hiciera al decreto legislativo 1941 de 1992⁴⁴⁰ en la sentencia C-059 de 1993. Es de acotar que en la citada norma el legislador extraordinario se refería a la posibilidad de que los jueces penales municipales o promiscuos municipales asumieran a prevención las investigaciones de casos que correspondían a la justicia regional cuando en el lugar en que hubieren ocurrido los hechos no existiere fiscal que pudiere asumir de manera inmediata el asunto. Incluso se habilitaba que, extraordinariamente, esos mismos jueces pudieren definir la situación jurídica de los procesados.

Evidentemente son muchos los cuestionamientos que tenía la norma referida. Es claro que la intervención de un juez en la etapa de instrucción es una medida que resulta cuestionable frente a la limitación impuesta en el ya citado artículo 252 de la Carta, aun cuando no fuere dicho funcionario el competente para adelantar el juzgamiento de esos casos. No se entiende cómo una institución, diferente a la que constitucionalmente se le ha encargado la investigación (la Fiscalía General de la Nación), pueda asumir dicha función de manera transitoria. Amén de lo anterior, es claro que la conexidad de la medida

⁴⁴⁰ Decreto 1941 de 1992: *“ARTÍCULO 1º Tratándose de los delitos de competencia de los jueces regionales y del Tribunal Nacional, cuando en el sitio donde se cometa un hecho punible no exista Fiscal que avoque inmediatamente la investigación, lo hará el juez Penal o Promiscuo Municipal del lugar, quien deberá remitir inmediatamente a la Unidad de Fiscalía competente el aviso de iniciación.*

ARTÍCULO 2º El Juez avocará el conocimiento, ordenará o practicará las pruebas que considere pertinentes, indagará al imputado y remitirá las diligencias inmediatamente a la Unidad de Fiscalía para resolver la situación jurídica y continuar con la investigación sin perjuicio de que se pueda comisionar para ello a un Juez Penal.

PARÁGRAFO: Si no fuere posible poner a disposición de la Unidad de Fiscalía más próxima, las diligencias respectivas y siempre y cuando fuere necesario, el Juez le resolverá la situación jurídica del imputado.”

adoptada con la motivación del estado de conmoción interior (la alteración de orden público por acciones de guerrillas y delincuencia organizada⁴⁴¹) resultaba difícil de justificar. No obstante lo anterior, la Corte Constitucional terminó avalando la medida, señalando que esa asignación temporal de competencia instructiva no afectaba el núcleo básico del principio acusatorio que impone la separación entre investigación y juzgamiento y su desarrollo con entidades diversas, en tanto que el juez no era el encargado de acusar sino de vincular al proceso al procesado y a lo sumo definir su situación jurídica. Sobre la conexidad se limitó a avalar el argumento expuesto por el gobierno para adoptar esa medida. Manifestó la Corte en dicha oportunidad que:

“El gobierno puede, durante los Estados de Conmoción Interior, dictar normas con fuerza de ley, que pueden temporalmente suspender las leyes. Los organismos y las funciones de investigación y juzgamiento pueden ser ciertamente de una mayor limitación durante los estados de excepción constitucional, pero su núcleo esencial -lo "básico"- no puede ser desnaturalizado. Se trata de encontrar un punto medio de equilibrio que haga compatibles las mayores expresiones del ius puniendi del Estado por razones de conservación del orden público, ancladas en el interés general, de un lado, con el mínimo de derechos intocables de las personas, fundamentalmente relativos al debido proceso, basados en el interés particular, de otro lado⁴⁴²”.

Una década posterior fue promulgado el Decreto 2002 de 2002 *“por el cual se adoptan medidas para el control del orden público y se definen las zonas de rehabilitación y consolidación”*, en cuyo articulado se previó que la fuerza pública, el departamento Administrativo de Seguridad –DAS- realizaren actividades de policía judicial e incluso se les atribuía la facultad de realizar

⁴⁴¹ Considerandos del decreto 1793 de 1992 que declaró el estado de conmoción interior y del propio Decreto 1941 de 1992.

⁴⁴² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-059 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

allanamientos, capturas, interceptaciones, inspecciones previa autorización judicial la que, en casos de urgencia, podría ser incluso verbal.

La Corte Constitucional, al revisar el contenido del decreto legislativo, reitera y, a nuestro juicio, precisa el precedente que ya había sentado en la C-050 de 1993, pues expresó que:

“Constitucionalmente no puede aceptarse que “en ejercicio de sus funciones la Fuerza Pública”, como lo establece el decreto que se revisa, pueda disponer la captura de persona alguna, ni tampoco la interceptación o registro de comunicaciones, ni la inspección, registro domiciliario o allanamiento, ni tampoco la realización de inspecciones o registros a bienes inmuebles no domiciliarios, naves y aeronaves, para buscar pruebas con fines judiciales o para prevenir la comisión de delitos, pues la función de policía judicial le corresponde de manera específica a algunos servidores públicos expresamente señalados en la Constitución y la ley. Con todo, es claro que los miembros de la Fuerza Pública y del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, que no tengan funciones de policía judicial, pueden, al igual que cualquier persona y no por su pertenencia a las instituciones mencionadas, realizar la captura de alguien contra quien exista orden de captura públicamente requerida por la autoridad competente, conforme lo autoriza de manera expresa el artículo 348 del Código de Procedimiento Penal, norma que dispone que en estos casos habrá de aplicarse lo dispuesto para las situaciones de flagrancia.”⁴⁴³

Obsérvese que la disposición constitucional que impide que los militares asuman la investigación y juzgamiento de civiles ha sido interpretada de manera estricta a punto tal que dentro del ámbito de “investigación” también se incluyen las labores de policía judicial. Esta tesis ha sido acatada en los últimos lustros en Colombia e incluso ha sido acogida por la Corte Suprema de Justicia

⁴⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1024 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

en procesos ordinarios en donde ha excluido pruebas por ilicitud en su recaudo cuando esas han sido tomadas en operaciones militares irregulares o por miembros de la fuerza pública⁴⁴⁴.

Decantado el precedente constitucional no se advierte en las siguientes declaraciones de excepcionalidad que se hubieren proferido decretos legislativos en donde a autoridades militares se les entregue algún tipo de función investigativa, siendo esto un verdadero avance en relación con la práctica anterior a la Constitución de 1991.

4.2.1.2.2 Imposibilidad de suprimir la participación del Ministerio Público en el procedimiento penal

El marco de restricciones normativas a estas facultades exorbitantes otorgadas al ejecutivo incluyen también la imposibilidad de modificar las normas de procedimiento penal con el objetivo de “*suprimir la intervención del ministerio público*” (artículo 44 de la LEEE), ejercido por la Procuraduría General de la Nación. Es de recordar que este interviniente procesal participa en los procesos penales con la finalidad de defender el orden jurídico, el patrimonio público o los derechos y garantías fundamentales (artículo 277.7 de la Constitución Política).

Durante la vigencia de la Constitución de 1991 no se ha expedido ningún decreto legislativo que hubiere limitado de manera expresa la intervención especial del Ministerio Público. Sin embargo, en el ya citado Decreto 2002 de

⁴⁴⁴ Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de marzo de 2003. Rad. 11631. Sentencia del 14 de julio de 2004. Radicado 16243 y auto del 1 de agosto de 2011. Rad. 29877 (ésta última providencia excluyó las evidencias recaudadas en el marco de la operación Fénix que se desarrolló en territorio ecuatoriano y que dio de baja a *Raúl Reyes*, miembro del secretariado de las Fuerzas armadas revolucionarias de Colombia –FARC-).

2002 se advierte que la Procuraduría General de la Nación deberá asignar un agente especial en cada una de las unidades operativas de las fuerzas militares con el objeto de acompañar las actividades de esta que incluían, conforme al decreto, funciones de policía judicial.

Sin duda alguna, *a priori*, se trataría de una proposición normativa que reforzaría el control que compete al ministerio público; sin embargo, la misma disposición refería que la ausencia del procurador no configuraba una condición necesaria para llevar a cabo las operaciones a cargo de la fuerza pública, lo que, a nuestro juicio, convertía el precepto en una mera formalidad y simbolismo en torno a un control por parte de la Procuraduría General de la Nación cuando aquellas autoridades debían adelantar funciones de policía judicial. Por supuesto, cuando se trataba de operaciones militares, tal y como lo recordó la Corte Constitucional⁴⁴⁵, resultaba contrario a la Carta, específicamente a la delimitación de funciones de la fuerza pública y de la Procuraduría General de la Nación.

⁴⁴⁵ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 1024 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra: *“Por otra parte, está fuera de toda discusión que las Fuerzas Militares como brazo armado del Estado, tienen por su propia naturaleza funciones distintas a las de los servidores públicos civiles. Por ello, tienen una preparación específica en establecimientos estatales adecuados para su formación; en su actuar obedecen rígidamente al principio jerárquico; a sus miembros, se les somete por el ordenamiento jurídico a disposiciones especiales, y las situaciones de enfrentamiento armado con los riesgos que este comporta no les son extrañas, sino que forman parte de su actividad normal, de su misión institucional. Distinto es el caso de los funcionarios civiles, a quienes el Estado no prepara para la vida de las armas, a quienes, en consecuencia, les resulta ajena la disciplina militar, la jerarquía castrense, así como las operaciones militares, a cuyo riesgo no se encuentran obligados como parte de su actuación en la vida de la sociedad.*

Es claro que no se trata de la inexistencia de solidaridad de los servidores civiles con los miembros de la Fuerza Pública, sino sencillamente de que unos y otros tienen distintas funciones dentro del Estado, y los dos, sometidos a la Constitución y a las leyes.

De esta suerte, llevar a los campos donde se realizan operaciones militares a servidores civiles cuyos medios para actuar son las leyes y los libros, así se traten de tomar las medidas necesarias para su integridad física, como lo señala el artículo primero del decreto legislativo bajo examen, no se acompasa con la Constitución Política, ni resulta acorde con el principio de proporcionalidad que el artículo 13 de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, exige respecto de las medidas que durante ellos se adopten para conjurar los hechos que llevaron a su declaración.”

4.2.1.2.3 Procedimientos especiales (a propósito del derecho a la igualdad)

Cuando se promulga la Constitución de 1991 el sistema penal colombiano contemplaba un procedimiento ordinario y otro especial, este último denominada justicia especializada, de orden público o regional. El primero, como se advierte con su denominación, era el común. El segundo, también como se infiere de su *nomen*, surgió con el propósito de conocer de los delitos más graves que afectaran el orden público.

La justicia especializada en Colombia se crea mediante la Ley 2 de 1984 para un grupo delimitado de conductas delictivas⁴⁴⁶. Su vigencia fue prevista para el lapso de 6 años⁴⁴⁷, sin embargo, por disposición de estado de sitio, el Decreto 2790 de 1990, se prolongó su aplicación “*mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional*”⁴⁴⁸. Posteriormente, con el advenimiento de la Constitución de 1991 se habilitó al ejecutivo, a través de

⁴⁴⁶ Así, el artículo 12 de la Ley 2 de 1984 preceptuaba que: “*Créanse doscientos (200) cargos de Jueces Especializados con categoría de Jueces de Circuito en materia penal y doscientos (200) cargos de Fiscales de Circuito. La designación de los Jueces cuyos cargos se crean por la presente ley, se hará por los respectivos Tribunales Superiores de Distrito.*

Judicial para períodos de dos (2) años y la de los Fiscales por la Procuraduría General de la Nación, para períodos de tres (3) años, en el número que designe el Gobierno para cada Distrito.

La provisión de los cargos se hará a medida que las necesidades lo exijan, a juicio del Gobierno.

Los Jueces Especializados a que se refiere esta ley, serán competentes para investigar y fallar los siguientes delitos: secuestro extorsivo, extorsión, terrorismo y los conexos con estos.

Los Jueces Especializados de que trata este capítulo conocerán de los hechos punibles cometidos dentro del territorio del respectivo Distrito Judicial y para los efectos de instrucción podrán practicar diligencias en todo el territorio nacional. Serán radicados o comisionados por el Consejo Nacional de Instrucción Criminal.

Cuando con cualquiera de los delitos a que se refiere este capítulo se cometiere delito conexo de competencia del Juez Superior, una vez instruido el proceso, se remitirá a dicho Juez para que conozca de él de conformidad con las normas comunes del procedimiento penal.”

⁴⁴⁷ Así expresamente lo preveía el artículo 74 de la Ley 2 de 1984.

⁴⁴⁸ Artículo 1 del Decreto 2790 de 1990.

disposición transitoria de la Carta⁴⁴⁹, que pudiere adoptar como legislación permanente aquellas normas creadas bajo el cobijo del estado de sitio. De esta manera, el gobierno nacional profirió el Decreto 2271 de 1991 que permitió la prolongación del régimen especial de orden público o también conocido como justicia regional.

Lo cierto es que esa justicia especializada tiene un rígido procedimiento que restringe, en comparación con el procedimiento ordinario, garantías procesales. Así, los términos para instruir o juzgar son mucho mayores, igualmente el término para obtener la libertad provisional, la proclividad a ordenar detenciones preventivas incluso antes de la vinculación formal al proceso, y la posibilidad de contar con testigos y jueces con reserva de identidad⁴⁵⁰.

La Corte Constitucional tuvo que pronunciarse sobre la exequibilidad del citado Decreto 2271 de 1991, que si bien no es un decreto legislativo emanado del ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas en el marco de un estado excepcional, sí constituyó un decreto especial en virtud de la competencia transitoria que le otorgaba la propia Constitución Política. Precisamente por esta característica, consideramos pertinente reseñar la manera como la Corte estudió aspectos que tenían que ver con un trato diferencial para las personas sometidas a la justicia regional y que se caracterizaba por sus limitaciones en garantías. Lo anterior máxime cuando el decreto lo que hace es recoger normas emanadas, ellas sí, en el estado de sitio anterior a la Constitución de 1991.

⁴⁴⁹ El artículo 8 transitorio de la Constitución de 1991 preceptuaba que: *“Los decretos expedidos en ejercicio de las facultades de Estado de Sitio hasta la fecha de promulgación del presente Acto Constituyente, continuarán rigiendo por un plazo máximo de noventa días, durante los cuales el Gobierno Nacional podrá convertirlos en legislación permanente, mediante decreto, si la Comisión Especial no los imprueba”*.

⁴⁵⁰ Comúnmente llamados jueces y testigos “sin rostro” que desaparecen del sistema penal cuando la Corte Constitucional mediante Sentencia C-392 de 2000 declaró su inexequibilidad parcial de la Ley 504 de 1999.

Así, por ejemplo, en lo concerniente a la reserva de identidad de funcionarios y testigos, encontramos una seria contradicción en la forma como fue resuelto el tema por la Corte Constitucional. Inicialmente en la sentencia C-093 de 1993, que declaró la exequibilidad del ya citado Decreto 2271 de 1991 señaló:

“Se trata de una modalidad específica de carácter procesal predicable de las actuaciones tanto de fiscales como de los jueces regionales que se ocupan de estas modalidades delictivas dentro de los trámites especiales previstos por la ley, enderezada a asegurar la reserva de la identidad de los jueces y de los fiscales, que se vería burlada si se reconociere una tal posibilidad de recusación. No es necesario el conocimiento de la identidad del juez para lograr el fin de la cabal administración de la justicia y para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de las personas. Bien puede el legislador excluir del régimen procedimental la procedencia de las causales de recusación de los funcionarios judiciales en aquellas materias sin que por ello se viole norma constitucional alguna⁴⁵¹”.

La tesis sostenida en ese momento por la Corte no fue pacífica, contó con los votos disidentes de Ciro Angarita Barón y de Alejandro Martínez Caballero. Esa disidencia pasaría más tarde a ser la tesis mayoritaria⁴⁵² cuando se estudia la constitucionalidad de la Ley 504 de 1999 que pretendía extender la vigencia de la denominada “justicia sin rostro”. En esa oportunidad indicó el tribunal:

“El artículo 29 de la Constitución Política establece como una de las garantías del debido proceso, que este ha de ser público. Este principio, conforme a la doctrina universal, implica el conocimiento por las partes de cuál es la persona que actúa como funcionario del Estado para instruir y para fallar el proceso, así como cuáles son las actuaciones que se surten

⁴⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-093 de 1993. MM.PP. Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁵² Sólo 3 magistrados que suscribieron la Sentencia C-093 de 1993, uno de los cuales salvó el voto, eran miembros de la Corte que falló la Sentencia C-392 de 2000.

en este, pues, de otra manera no podría hacerse efectivo el derecho a la imparcialidad de los funcionarios judiciales, ni podría tampoco ejercerse el de impugnar las providencias que se consideren contrarias a la ley. Así, si se priva al sindicato del conocimiento de la identidad del funcionario a cuyo cargo se encuentra la instrucción o el juzgamiento, aun cuando existieran causales para recusarlo si no se declara impedido, el sindicato se vería impedido para plantear siquiera la recusación y, así, se exponería a que su causa fuera instruida por alguien que careciera de la indispensable condición de la imparcialidad que constituye una de las garantías mínimas a que se tiene derecho en un Estado Democrático, conquista esta que en la historia de la humanidad constituye pilar fundamental del debido proceso, no sólo para contener eventuales abusos en contra de los justiciables, sino, así mismo, para que la transparencia de las actuaciones de estos gane para las decisiones judiciales confiabilidad y respetabilidad en el marco social en que ellas se produzcan.⁴⁵³”

La contradicción también se advierte cuando se estudia la reserva de identidad de los testigos. Así, en el primer pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el particular señaló que era una medida tendiente a proteger a los testigos y que tenía un fundamento en la propia Carta.

“Este tipo de disposiciones no se opone a la Constitución Nacional, mucho menos cuando el artículo 250 numeral 4º de la Constitución prevé la facultad de la Fiscalía General de la Nación de velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes. Por tal razón la Corte declarará su exequibilidad teniendo en cuenta, además, que las especiales disposiciones a las que pertenecen estos mecanismos, guardan estrecha relación con el propósito del legislador y del constituyente de dotar a la Rama Judicial de los mecanismos suficientes para enfrentar las acciones de la delincuencia organizada⁴⁵⁴.”

⁴⁵³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-392 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁴⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-093 de 1993. MM.PP. Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

Muy distinta fue la postura que asumió la misma corporación cuando vuelve a estudiar el caso en el año 2000:

“Es evidente que cuando se ignora la identidad de la persona que rinde una declaración en contra del sindicato se mengua de manera protuberante y ostensible la garantía constitucional del debido proceso público, en la medida en que se desconoce por completo el principio de publicidad y contradicción de la prueba, al imposibilitarse el ejercicio pleno del derecho a tachar al testigo, cuando existan motivos para dudar de su imparcialidad. Puede protegerse al testigo de manera diferente a la de ocultarle al procesado quién es la persona que declara contra él”⁴⁵⁵.

Creemos que esta última postura asumida debió ser la línea decisoria de la Corte Constitucional. En el primer pronunciamiento se nota cierta argumentación eficientista que caracterizó el análisis de las disposiciones excepcionales durante la Constitución de 1886. No hay una clara argumentación en torno a la proporcionalidad que debe hacerse en materia de oposición de intereses constitucionales y mucho menos en lo concerniente a la admisión en “bloque” de una normativa que había sido creada en estado de sitio. Por el contrario, en el pronunciamiento de 2000 es clara la evolución argumentativa de la Corte Constitucional cuando pondera los intereses en juego y llega a la conclusión de que mantener la disposición sería afectar el núcleo básico del debido proceso y de la defensa. Esa postura constituye un importante referente para el legislador ordinario y extraordinario que ve en la tesis presentada un dique a su libertad de configuración normativa en los procesos penales, aun cuando se trate del régimen de justicia especializada.

De otra parte, también es relevante recordar que uno de los primeros decretos legislativos sometido al escrutinio de la Corte Constitucional lo fue el 1156 de

⁴⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-392 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

1992. Dicha disposición fue promulgada al amparo de una declaratoria de conmoción interior. Su objetivo no era otro que impedir que en virtud de la aplicación de una disposición del Código de Procedimiento Penal, el parágrafo del artículo 415 del Decreto 2700 de 1991, los procesados por la jurisdicción de orden público pudieran obtener la libertad invocando principio de favorabilidad o acudiendo al *habeas corpus*⁴⁵⁶.

En dicha oportunidad, la Sala mayoritaria de la Corte Constitucional estimó que era exequible, pues bastaba con determinar la conexidad del contenido del decreto con la declaratoria misma de conmoción. En realidad no efectuó mayores raciocinios sobre los límites que podría tener el ejecutivo en materia penal. El tribunal constitucional justificó el decreto en tanto que, a su parecer, se estaban precisando a través de una interpretación auténtica, los alcances de unas disposiciones procesales, que efectuaban un trato distinto a aquellas personas procesadas vinculadas a la jurisdicción de orden público y a las que incluso, por vía normativa, se les restringía el ejercicio del *habeas corpus*. Justificó el trato diferencial en las particularidades y gravedad de las conductas que se someten a la jurisdicción especial de orden público. Se limitó a transcribir las razones gubernamentales y a citar la posibilidad de una excarcelación masiva de personas procesadas por la entonces denominada justicia regional.

“El Gobierno Nacional, como responsable del orden público, tenía la obligación de expedir el Decreto 1156/92, en ejercicio de su facultad excepcional teniendo en cuenta la dificultad existente, por el cambio legislativo en el procedimiento penal, para precisar su aplicabilidad; lo que se pone de presente en la multiplicidad de interpretaciones que se presentaron en los distintos estamentos sociales, todos de buena fe,

⁴⁵⁶ El artículo 3 del citado Decreto 1156 de 1992 preceptuaba: “En los delitos de competencia de los jueces regionales y del Tribunal Nacional no procederá la acción de Habeas Corpus por causales previstas para obtener la libertad provisional, las cuales deben alegarse dentro del proceso respectivo. Tampoco procederá para efecto de revisar la legalidad de las providencias que hubieren decidido sobre la privación de la libertad.”

incluso los equivocados, que permitió por parte de estos últimos la formulación de más de un millar de solicitudes de libertad provisional para los detenidos a órdenes de la Jurisdicción de Orden Público, con base en el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal”⁴⁵⁷.

Resultan más que interesantes los salvamentos de voto de los magistrados Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero, para quienes el decreto no debió pasar el examen de constitucionalidad, habida consideración de que el mismo afectaba el debido proceso, la igualdad, la libertad y anulaba el *habeas corpus*. En efecto, en lo que concierne a la igualdad, dicho derecho, a juicio de los disidentes, se vulneraría en tanto que se llevaba a cabo una auténtica discriminación de los procesados por la jurisdicción de orden público, a quienes, a diferencia de aquellos que estaban en la jurisdicción ordinaria, se les imponían restricciones para solicitar la libertad por vencimiento de términos. Con el objetivo de evitar su excarcelación, el decreto admitía que el trámite de los procesos pudiera prolongarse de manera injustificada (garantía propia del debido proceso), llegándose, incluso, por vía del decreto legislativo, a impedir el uso del *habeas corpus* y del principio de favorabilidad.

“Si las causales de Habeas Corpus son las mismas de la libertad provisional y si estas no pueden en este caso invocarse para tal efecto, el Habeas Corpus desaparece por sustracción de materia. Se trata entonces de una denegación total del Habeas Corpus, que viola el artículo 30 de la Carta. Segundo, si el Habeas Corpus no procede tampoco para revisar la legalidad de las providencias judiciales que hubieren decidido sobre la privación de la libertad de los detenidos por cuenta de la antigua jurisdicción de orden público, entonces nunca habrá Habeas Corpus, porque precisamente la fuente de violación de la libertad, que da origen a esta secular institución, son las providencias judiciales que de manera irregular nieguen la libertad. El Habeas Corpus queda circunscrito a

⁴⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-557 de 1992. M.P. Simón Rodríguez Rodríguez.

*situaciones de hecho, pues no opera frente a providencias judiciales. Ahora bien, un acto arbitrario que formalice una detención irregular queda automáticamente amparado por esta restricción. El artículo 30 constitucional deviene así en letra muerta*⁴⁵⁸.

Si bien es cierto, los salvamentos de voto no llevan a cabo una reflexión sobre los límites materiales de los decretos legislativos de contenido penal, es claro que en ellos sí está presente una clara idea de las garantías constitucionales que no podían evadirse en el test de validez.

Debe destacarse la postura del señor Procurador en el trámite del proceso que comentamos, pues en su concepto advertía que la fijación de un criterio hermenéutico mediante un decreto legislativo era un irrespeto al principio de separación de poderes. El argumento no tuvo eco en la sala mayoritaria, que consideró que se estaba ante un caso de interpretación auténtica que, al ser conexas con los motivos de la declaratoria de la conmoción, permitía predicar su ajuste a la Carta.

Bajo el mismo estado de conmoción interior que inspiró el ya comentado Decreto 1156, también se expidió el Decreto 1833 de 1992 que creó una serie de *“normas sobre concesión de beneficios por colaboración con la justicia”* y que puede hoy tomarse como un antecedente directo del principio de oportunidad en materia procesal penal. En efecto, el mencionado decreto permitía que en los procesos que se ventilaban ante los jueces regionales, la Fiscalía se abstuviera de investigar y acusar a aquellos testigos que brindasen información valiosa para determinar responsabilidad penal de los autores o partícipes de conductas delictivas⁴⁵⁹. Era evidente que un criterio utilitarista

⁴⁵⁸ *Ibíd.* Salvamento de voto de Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁵⁹ El artículo 1 del citado Decreto 1833 de 1992 preceptuaba: *“En los procesos que se adelanten por los delitos de competencia de los jueces regionales, el Fiscal General de la Nación o el Vicefiscal podrán garantizar, previo concepto del Procurador General de la Nación, que el testigo no será sometido a investigación ni acusación por los hechos en relación con los cuales rinda declaración, cuando su versión pueda contribuir eficazmente a determinar la*

orientaba la normatividad excepcional. La Corte Constitucional estudió el contenido del decreto y conceptuó su ajuste a la Carta, no sin antes reconocer que:

“Es, ciertamente, doloroso y trágico que haya sido necesario recurrir a medidas de esta clase, que están tan distantes de los principios clásicos y de las instituciones tradicionales del derecho penal, pero que son, por un desgarrador sino - respuesta a una crisis aterradora.

Ojalá todo esto conduzca a la serenidad que la patria merece.”⁴⁶⁰

Obsérvese la manera como el tribunal constitucional ya empieza a reconocer que las medidas adoptadas se yuxtaponen a esos *“principios clásicos y de las instituciones tradicionales del derecho penal”* y que no son cosa diferente a las garantías penales expresamente reconocidas en nuestra Carta. Fueron esas divergencias con tales garantías las que llevaron nuevamente a que la decisión contara con los salvamentos de voto de los magistrados Angarita y Martínez, a

responsabilidad penal de los autores o partícipes de los mencionados delitos.

Las personas beneficiarias de la garantía anterior, en ningún tiempo podrán ser objeto de investigación o de acusación por los hechos respecto de los cuales hubieren rendido declaración.

Si el declarante estuviere ya vinculado al proceso penal como presunto autor o partícipe no podrá ser objeto de la garantía a que se refiere este artículo y solamente podrá recibir los demás beneficios que se prevén en el Código de Procedimiento Penal o en otras leyes penales especiales.

La garantía de que trata este artículo se concederá previo estudio de la conveniencia y eficacia de la declaración del testigo.

Dicho estudio se fundamentará, por lo menos, en alguno o algunos de los siguientes aspectos:

a) El valor de la declaración para incriminar al autor intelectual o a los demás autores intelectuales del hecho punible.

b) La gravedad del hecho punible y del daño social causado por este.

c) Que la declaración pueda conducir a la identificación de los autores a partícipes de otros delitos.

La garantía podrá concederse a testigos que se encuentren dentro o fuera del territorio nacional.

Negada la garantía, no podrán utilizarse las declaraciones previas que hubiere efectuado el testigo.

El Fiscal General de la Nación o el Vicefiscal, en su caso, de manera inmediata deberá rendir informe escrito ante la Corte Suprema de Justicia, a través de su Presidente, sobre las razones por las cuales otorgó la garantía en cada ocasión.”

⁴⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-052 de 1993 M.P. Jaime Sanín Greiffenstein.

los que se les unió en esta ocasión José Gregorio Hernández. El argumento central es que la medida adoptada, sólo para los procesos ventilados ante la justicia regional, violaba el derecho a la igualdad.

Destacamos los votos disidentes en tanto que la tesis que esgrimieron en ese momento pasó al poco tiempo a ser mayoritaria⁴⁶¹ en la Sentencia C-171 de 1993 que estudió la exequibilidad del Decreto 264 de 1993⁴⁶² que también facultaba a la Fiscalía a otorgar beneficios por colaboración con la justicia a personas procesadas en la denominada justicia regional. En este

⁴⁶¹ Es de destacar que de los 7 magistrados que suscribieron la sentencia C-052 de 1993 sólo 5 participaron de la elaboración de la sentencia C-171 de 1993, siendo que 2 de ellos habían sido disidentes de aquel.

⁴⁶² El artículo 1 del Decreto 264 de 1993 preceptuaba: *“Beneficios. El Fiscal General de la Nación o el Fiscal que este designe podrán conceder uno o varios de los beneficios consagrados en este decreto a las personas que sean o puedan ser investigadas, juzgadas o condenadas por delitos de competencia de los jueces regionales, en virtud de la colaboración que presten para la eficacia de la administración de justicia, de conformidad con los criterios establecidos en este decreto.*

Podrán concederse los siguientes beneficios:

a. Garantía de que las manifestaciones del imputado o procesado no se utilizarán directa o indirectamente como prueba en su contra.

b. Beneficio de libertad provisional, que se otorgará de acuerdo al trámite previsto en el Código de Procedimiento Penal, en cuanto a las obligaciones que deben imponerse al beneficiario.

c. Detención domiciliaria para delitos cuya pena mínima no exceda de ocho años de prisión.

d. Exclusión o concesión de causales específicas de agravación o atenuación punitiva respectivamente, siempre que existan dudas sobre los medios probatorios que demuestren su existencia.

La exclusión de causales de agravación punitiva y la concesión de causales de atenuación punitiva se otorgarán para efectos de formular resolución de acusación, dictar sentencia o determinar la procedencia de la medida de aseguramiento que deba adoptarse.

e. Proferimiento de resolución inhibitoria, preclusión de la investigación o cesación de procedimiento.

f. Disminución punitiva de acuerdo a la colaboración que se haya prestado en proporción que determinará el fiscal competente. El beneficio se deducirá de la pena que se imponga en la sentencia condenatoria.

g. Otorgamiento de libertad condicional. El tiempo de pena cumplida necesario para obtener la libertad condicional se fijará por el fiscal competente según la eficacia de la colaboración.

h. Aumento de rebaja de pena por estudio, trabajo o enseñanza según la colaboración prestada.

i. Suspensión de la condena impuesta.

j. Exclusión parcial o total del cumplimiento de la pena para el sentenciado.

K. Exclusión de pago de multa.

l. No imposición de una o varias penas accesorias.

m. Supresión de antecedentes penales.

n. Incorporación al programa de protección a víctimas y testigos.

PARÁGRAFO. Los beneficios anteriores pueden ser concurrentes a juicio de la Fiscalía siempre que no se excluyan por su naturaleza.

pronunciamiento se llegó a declarar la inexecutable del decreto legislativo,⁴⁶³ pues se entendió que se estaba afectando la igualdad y que, además, las medidas que se estaban adoptando mediante legislación excepcional, enmarcadas dentro de una política de sometimiento a la justicia, podían ser discutidas y aprobadas de manera general mediante los canales ordinarios previstos en la Carta.

“Es claro que al atribuir el Gobierno, mediante un decreto de conmoción interior como es el que nos ocupa, al Fiscal General de la Nación o al fiscal que él designe, la potestad de conceder beneficios excepcionales a los sindicatos o aun a los condenados por ciertos delitos, se están modificando las funciones básicas de acusación y juzgamiento. Existe en ello un evidente quebrantamiento del principio de justicia distributiva y de justicia conmutativa. Concederles a algunos ciudadanos una serie de beneficios, excluyendo de esos privilegios excepcionales a los demás individuos, significa establecer el principio conocido como la "acepción de personas", opuesto a la igualdad propia de la justicia. El decreto, al conceder y permitir la negociación de unos beneficios, discrimina favorablemente a quienes han incurrido en los delitos más graves y atroces, rompiendo de manera abrupta no sólo el principio consagrado en el artículo 13 constitucional, sino también toda la filosofía que inspira a la Carta Política. Al introducir una desigualdad sin justificación alguna, de acuerdo con el artículo 13 mencionado, está desconociendo el deber estatal de promover las condiciones para que la igualdad de todos los colombianos sea real y efectiva, ignorando además el objetivo fundamental dispuesto a lo largo de toda la normatividad de nuestra Carta Política⁴⁶⁴”.

El nuevo precedente de la Corte sería reiterado y complementado en sentencia C-415 de 1993, que revisó la constitucionalidad del Decreto 1495 de 1993,

⁴⁶³ La decisión contó con el salvamento de voto de Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴⁶⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-171 de 1993. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

disposición que concedía beneficios a personas que abandonaban de manera voluntaria las organizaciones subversivas. En esta oportunidad se declaró la exequibilidad de la norma excepcional, en tanto que no se limitaban los beneficios a los procesados por la justicia regional, con lo que superaba el escollo que se había descrito en el pronunciamiento reseñado con anterioridad.

“Puede el Gobierno, en ejercicio de las atribuciones propias del Estado de Conmoción Interior conceder beneficios como medida excepcional encaminada a conjurar la crisis de orden público. Se trata de un tema propio de la función legislativa considerada en su sentido material, no de una atribución exclusiva del Congreso y, por otra parte, ningún obstáculo de índole constitucional existe para que esa legislación sea transitoria, como aquí acontece⁴⁶⁵”.

Un tema en el que la Corte ha tenido fuertes discusiones ha sido el de las normas excepcionales que modifican términos del proceso penal y regulan temas como las medidas de aseguramiento y la libertad por vencimiento de términos, de tal manera que se impida por decreto, la aplicación de algunos institutos jurídicos previstos en el ordenamiento ordinario.

Sobre el particular, es muy ilustrativa la Sentencia C-426 de 1993 que estudió el Decreto 1496 de 1993. En dicha providencia la Corte declaró exequible la norma, sin embargo, presentó varios salvamentos de voto,⁴⁶⁶ en donde se cuestionan, a la luz de los principios de temporalidad y finalidad, la constitucionalidad de las medidas adoptadas. En efecto, en la disidencia de dicha sentencia se hace un análisis sobre el carácter sustancial de disposiciones procesales que eran modificadas por el decreto legislativo, naturaleza que hacía inane y simbólica la disposición excepcional que no

⁴⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁴⁶⁶ Salvaron voto en esa sentencia los magistrados José Gregorio Hernández, Carlos Gaviria Díaz, Jorge Arango Mejía, Alejandro Martínez Caballero.

tendría aplicación material para aquellos casos que habían inspirado la declaratoria de conmoción, en virtud de la aplicación del principio de favorabilidad.

“Ahora bien: las normas reguladoras de esa materia, ostentan un indiscutible carácter sustantivo aunque materialmente se incorporen a un estatuto procesal. Es que ellas condicionan el derecho del sindicato a recuperar su libertad y por esa potísima razón, por conferir un derecho subjetivo de esa envergadura, hacen parte del derecho sustancial y son elemento inescindible del debido proceso.

Si hacen más gravosa la situación del sindicato por dificultar o dilatar la recuperación de su libertad, sólo son aplicables a los procesos que se inicien después de que han entrado en vigencia...

Surge entonces, inevitablemente, un interrogante: ¿si sólo son aplicables las normas (cuestionadas) del Decreto 1496 a los procesos iniciados con posterioridad al 4 de agosto, cómo pueden evitar el efecto que, precisamente, tratan de evitar? De ningún modo pueden evitarlo, si son rectamente aplicadas. Y no pueden hacerlo porque existe un insalvable obstáculo no meramente fáctico sino de orden lógico, a saber: la imposibilidad de conferir vigencia retroactiva a una norma penal odiosa, conforme a las reglas de nuestra norma fundamental...

Y una última y definitiva pregunta: si son lógicamente ineptas para evitar las consecuencias que tratan de evitar y sólo pueden reglar situaciones que surjan con posterioridad al levantamiento de la conmoción, ¿qué conexidad pueden tener con las circunstancias invocadas por el Gobierno para la declaratoria de aquella? ninguna, desde luego.⁴⁶⁷”

⁴⁶⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-426 de 1993. M.P. Hernando Herrera Vergara. salvamento de voto José Gregorio Hernández y Alejandro Martínez Caballero.

El argumento planteado en la disidencia a la postura mayoritaria sería luego uno de los pilares de aquellas decisiones que limitaron al ejecutivo en la creación de tipos penales, tal y como se trató con anterioridad.

Un tema que no ha ocasionado mayores controversias en la Corte lo constituye la revisión de la constitucionalidad de normas que, como el Decreto 1834 de 1992, introducía el sistema de protección de testigos. Con todo, vale la pena resaltar que la sentencia C-035 de 1993, que revisó la citada norma, contó con el salvamento de voto del magistrado Ciro Angarita, quien consideró que se creaba un tratamiento especial a favor de los testigos y que ello redundaba en una afectación al derecho a la igualdad.

4.2.1.2.4 En relación con afectaciones a la propiedad sobre bienes vinculados a procesos penales

Dentro de las disposiciones expedidas en los estados excepcionales en vigencia de la Constitución de 1991 se incluyen también decretos legislativos que han modificado los procedimientos para extinguir el dominio sobre los bienes relacionados con la comisión de conductas delictivas.

Si bien es cierto el derecho a la propiedad no está incluida entre aquellos derechos intangibles que deben ser respetados por el legislador extraordinario, no es menos cierto que este debe acatar garantías que deben inspirar los procedimientos tendientes a extinguir el dominio. Dicho de otro modo: Aun cuando la propiedad privada es un derecho que puede ser limitado en los estados de excepción, ello no significa que tales restricciones se puedan hacer de cualquier modo y desconociendo la conexidad, proporcionalidad que debe existir entre la extinción al dominio y la situación de anormalidad que se desea superar⁴⁶⁸.

⁴⁶⁸ En sentido similar al que se expone Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001.

Con ocasión de la primera declaratoria de conmoción interior que hiciera el gobierno de Álvaro Uribe Vélez se profirió el Decreto legislativo 1975 de 2002, con el que se introdujeron reformas al proceso que la legislación ordinaria tenía para regular la declaratoria de la extinción de dominio. Se crearon nuevas causales y se redujeron los tiempos procesales.

Si bien es cierto que la norma referida, en términos generales, pasó el examen de constitucionalidad en sentencia C-1007 de 2002, no es menos cierto que en dicho pronunciamiento la Corte aplicó un rasero garantista que culminó con la exequibilidad condicionada de algunas disposiciones. En efecto, se consideró que aun cuando era susceptible de modificación el procedimiento de extinción de dominio por vía de decreto legislativo, era claro que dada la conexidad que debe existir con las causas generadoras de la excepcionalidad constitucional, sólo se podía aplicar el nuevo procedimiento a aquellas personas y respecto de aquellas conductas que expresamente se habían mencionado en el decreto que declaró inicialmente el estado de conmoción interior.

“La Corte considera de igual manera, que al legislador extraordinario le estaba vedado extender el régimen de la acción de extinción de dominio a cualesquiera actividades ilícitas, por cuanto se violaría, de manera flagrante, la conexidad que siempre debe existir entre un decreto legislativo determinado y aquel mediante el cual se declaró el estado de conmoción interior. Además, desconoce el vínculo o hilo conductor lógico y material, que siempre debe presentarse entre la adopción de una medida excepcional y la finalidad legítima de conjurar las causas que le dieron origen al régimen de anormalidad”⁴⁶⁹.

Igual acontece cuando el decreto legislativo regula temas alusivos a los bienes que pueden verse comprometidos en un proceso penal. Sobre este aspecto, y

⁴⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1007 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

siguiendo la línea argumentativa que se ha venido sosteniendo, debe exigirse que la disposición extraordinaria supere el test de estricta proporcionalidad, o lo que es lo mismo, debe acreditarse que la medida adoptada afecta el derecho, en lo estrictamente necesario y, además, que no podía sortearse con los instrumentos ordinarios.

Un claro ejemplo de lo anterior lo encontramos en la Sentencia C-226 de 2011 que declaró la inexecutable de algunas disposiciones del Decreto 4826 de 2010, que autorizaba al Consejo Nacional de Estupefacientes a entregar, con destinación definitiva a cualquier entidad pública, bienes que se encontraban incautados o que habían sido objeto de procesos de extinción del dominio. En dicha oportunidad la Corte estimó que:

“Si bien este mecanismo puede tener una finalidad legítima desde la perspectiva constitucional y ser idónea para el logro de la misma, afecta de manera desproporcionada el derecho de propiedad, en la medida que se trata de bienes sobre los cuales aún se encuentra pendiente una decisión judicial acerca de la extinción o no del dominio sobre los mismos, el cual se perdería con su destinación definitiva a las entidades territoriales, sin oportunidad de cuestionar y defender la legitimidad de la propiedad de esos bienes por parte de su titular”⁴⁷⁰.

4.2.1.2.5 En relación con el régimen penitenciario

En vigencia de la Constitución de 1991 se han promulgado en dos ocasiones decretos legislativos que intervienen el sistema penitenciario colombiano. Así, el Decreto 1372 de 1995 que endurecía penas relacionadas con la fuga de presos, como también permitía que la fuerza pública pudiese intervenir en la vigilancia de los establecimientos carcelarios del país. La segunda se verificó

⁴⁷⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-226 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa.

en 1996 con el Decreto 100 de esa anualidad y que modificaba el régimen disciplinario en los centros de reclusión.

En relación con la primera norma, esta fue declarada inexecutable como consecuencia de la invalidez del decreto que había declarado la conmoción interior y en cuya motivación se había expuesto que era menester fortalecer el sistema carcelario para evitar fugas y hacer efectivas las decisiones judiciales. Estimó la Corte, acertadamente, que esa circunstancia como las demás que se invocaban eran de una gravedad indiscutible pero no reportaban el carácter extraordinario. Por supuesto, la decisión anterior (C-466/95) impidió un pronunciamiento expreso y particular en torno al contenido específico del decreto legislativo con contenido penitenciario.

No ocurrió lo mismo en relación con el segundo decreto legislativo relacionado. En esa oportunidad se declaró la inexecutable básicamente por el mismo argumento de falta de ausencia de excepcionalidad en la situación carcelaria que se quería superar con medidas extraordinarias.

“Se vulnera la Constitución cuando se pretende cumplir las funciones de gobierno apelando siempre a las medidas extraordinarias, únicamente permitidas por la Carta cuando la crisis no puede ser conjurada bajo el orden jurídico de normalidad. No es aplicable el Estado de Conmoción Interior para dictar normas con fuerza legislativa enderezadas a contrarrestar conductas, que delatan ineficacia administrativa en la ejecución de actos materiales como la búsqueda de armas en los penales y el mantenimiento de la necesaria disciplina dentro de los mismos. No toda situación de dificultad en el manejo, conservación y recuperación del orden público debe conducir necesariamente al Estado de Conmoción Interior. Aún declarado este por determinadas causas, no es válida la expedición de decretos legislativos cuando en relación con los hechos que configuran la crisis se tienen a la mano mecanismos eficaces y

*atribuciones integrantes de las instituciones de normalidad para lograr los fines buscados*⁴⁷¹”.

De esta manera el ejecutivo difícilmente puede crear disposiciones de contenido penitenciario acudiendo a la excepcionalidad constitucional, pues claramente los hechos que motivarían ese carácter extraordinario no puede ser simplemente la gravedad del sistema derivado de la ineficiencia misma del Estado.

No puede pasarse por alto que en materia carcelaria la propia Corte Constitucional ha declarado el “estado de cosas inconstitucional”⁴⁷² en dos oportunidades⁴⁷³, pero esa calificación no motiva el uso de los estados excepcionales, sino que exige unas actividades prioritarias y un seguimiento que hace la propia Corte a la ejecución de compromisos concretos que asume

⁴⁷¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-503 de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁴⁷² “La figura del Estado de cosas inconstitucionales puede ser definida como un mecanismo o técnica jurídica creada por la Corte Constitucional, mediante la cual declara que ciertos hechos resultan abiertamente contrarios a la Constitución, por vulnerar de manera masiva derechos y principios consagrados en la misma, en consecuencia insta a las autoridades competentes, para que en el marco de sus funciones y dentro de un término razonable, adopten las medidas necesarias para corregir o superar tal estado de cosas.

En la sentencia T-025 de 2004, la Corte enumera los factores que se deben tener en cuenta para determinar cuando existe un estado de cosas inconstitucional:

- 1) La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas.
- 2) La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos.
- 3) La adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado.
- 4) La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos.
- 5) La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante.
- 6) El hecho de que si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial. (QUINTERO LYONS, Josefina et al. *La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia*. En Revista jurídica Mario Alario D’Filippo. Vol. 3. Núm. 1. Universidad de Cartagena. 2011, pp.71-72.).

⁴⁷³ La primera mediante sentencia T-153 de 1998 y la segunda con sentencia T-388 de 2013.

el ejecutivo o, en general, todas las autoridades involucradas a fin de superar esa irregular situación⁴⁷⁴.

4.2.2 Principio de temporalidad

Tal y como ya se expresó en los apartados que caracterizan los estados de excepción, las normas creadas de manera extraordinaria por el gobierno nacional tienen una vigencia temporal establecida.

La Corte Constitucional ha reiterado la existencia de una restricción temporal a las medidas penales adoptadas con fundamento en los estados de excepción, independientemente de su especie. Ha estimado que tales disposiciones tendrán vigencia limitada, conclusión a la que llega por una interpretación sistemática que hace de la ley estatutaria de los estados de excepción y que se refiere, de manera directa, a restricciones en el tiempo de disposiciones normativas dictadas al amparo de estados de excepcionalidad.

En los estados de conmoción interior, la vigencia la consagra la propia Constitución en su artículo 213, así como en los artículos 34 y 41 de la LEEE. Dichas disposiciones señalan que el estado de conmoción interior tendrá una

⁴⁷⁴ Así por ejemplo lo reconoce la Corte Constitucional en la citada sentencia T-153 de 1988: *“las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida. Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema.”*

duración máxima de 90 días, prorrogables hasta otros dos periodos de igual término. Sin embargo, los decretos legislativos proferidos durante la vigencia de tal lapso excepcional podrán prorrogar su vigencia hasta por 90 días más. Dicho de otro modo, la regla general nos indica que las normas penales creadas mediante decretos legislativos tienen una duración idéntica al término de vigencia del estado de conmoción interior, empero, por excepción, esa validez en el tiempo puede ir hasta 90 días más del fenecimiento del estado excepcional.

Desde luego, la vigencia limitada de las normas penales excepcionales adquiere una relevancia frente a la aplicación del principio de favorabilidad, pues fácilmente pueden darse situaciones en las cuales la existencia de un proceso penal tendiente a determinar la responsabilidad penal de una persona, así como la ejecución de la sanción que le fuere impuesta, puede dilatarse en el tiempo más allá del lapso de vigencia del estado de conmoción interior. Por lo anterior, la normativa excepcional, por regla general más drástica, no tendría realmente vocación de aplicación, si se tiene en cuenta que las normas penales ordinarias terminarían aplicándose al caso por retro o ultractividad.

De esta manera, las disposiciones penales creadas en estados de conmoción interior tienen una clara función de prevención general negativa y se enmarcan dentro de lo que se ha denominado un derecho penal simbólico. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional:

“i) El principio de favorabilidad no puede ser limitado y muchos menos suspendido durante los estados de excepción, porque es uno de los derechos intangibles; ii) los decretos legislativos suspenden, pero no derogan la legislación existente, y iii) de acuerdo a la Carta Política, levantada la conmoción no pueden seguir rigiendo los decretos expedidos a su amparo. Las normas expedidas son leyes (ley en sentido material) de

carácter temporal que pierden vigencia una vez levantada la conmoción.

b) Lo anterior significa que, si la pena supera los límites señalados para el concreto tipo penal ordinario, en virtud del principio de favorabilidad no va a ser aplicable una vez finalizado el estado de excepción. Si ello es así, ¿qué se busca con los incrementos punitivos realizados por encima de los tipos ordinarios? No puede afirmarse que se trata de prevenir la comisión de delitos, porque si el infractor sabe que en ningún caso le será aplicable la exacerbación de la pena, esta no puede cumplir la función de motivación y orientación de conductas propia de la prevención general. Desaparecida la finalidad de prevención, surge la pregunta: ¿Qué se busca entonces con estos incrementos punitivos? Indudablemente una mera función simbólica, consistente en hacerle creer a la opinión pública que se está luchando contra el terrorismo, en tranquilizarla (no brindándole seguridad, que es un concepto distinto) frente a la angustia que producen los actos que desestabilizan el régimen constitucional. Pues bien: acudir a un derecho penal simbólico, entendido este como la apariencia de protección de bienes jurídicos, cuando en realidad el objetivo de la pena es tranquilizar a la ciudadanía, es una finalidad constitucionalmente ilegítima. Es ilegítima, porque la protección de bienes jurídicos es un límite al ejercicio del ius puniendi del Estado⁴⁷⁵ y en este caso no se está protegiendo un bien jurídico con relevancia penal⁴⁷⁶.

De todas formas, no ha resultado extraña la práctica mediante la cual el gobierno nacional, paralelo al proferimiento de decretos legislativos en materia penal, presenta los mismos textos como proyectos de ley ante el Congreso de la República con la pretensión de convertirlos en legislación ordinaria

⁴⁷⁵ Cfr. HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. Trad. LARRAURI, Elena. En Revista Nuevo Foro Penal. N° 51. Medellín, enero de 1991, págs. 17 y ss. HASSEMER, Winfried. *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*. Revista Doctrina Penal, núm. 46/47, abril-septiembre 1989, págs. 275 y ss. Trad. ZIFFER, Patricia S.

⁴⁷⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-939 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

permanente, lo que ha sido conocido como la práctica de blanqueo⁴⁷⁷ normativo.

En el siguiente cuadro⁴⁷⁸ encontramos la relación de las diversas leyes que recogieron los contenidos de decretos legislativos que se expidieron con el cobijo de los estados excepcionales. Vale la pena resaltar cómo en algunos casos fue declarado inexecutable el estado de conmoción interior que sirvió de soporte al decreto legislativo y, sin embargo, su contenido termina siendo adoptado en ley ordinaria. Es el caso de la Ley 228 de 1996 que recoge en buena medida el Decreto 1410 de 1995 que fue declarado inexecutable en sentencia C-519 de 1995.

Ley	Decreto legislativo y Tema
15 de 1992	1156 de 1992 (expedido en desarrollo de la conmoción interior declarada mediante Decreto 1155 de 1992). Suspendió normas del Código de Procedimiento Penal e impuso un régimen más restrictivo de detención preventiva para los procesados por la justicia regional.
81 de 1993	Reforma el Código de Procedimiento Penal. Introdujo mecanismos de colaboración con la justicia y refuerza la justicia regional.
228 de 1996	Convirtió en legislación permanente las medidas de excepción relacionadas con contravenciones especiales en especial las contenidas en el Decreto 1410 de 1995.
365 de 1997	Convirtió en legislación permanente las medidas de excepción relacionadas con el incremento de penas de prisión y reducción de beneficios penales para delitos cometidos por organizaciones criminales. Incrementó las penas de prisión para todos los delitos relacionados con la criminalidad organizada, como terrorismo, narcotráfico, rebelión, concierto para delinquir, conformación y financiación de grupos armados ilegales
504 de 1999	Creó la justicia penal especializada (en sustitución de la justicia regional) y modificó tipos penales creados por decretos de estado de conmoción interior.

⁴⁷⁷ Cfr. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. Óp. Cit., pp. 334 - 335.

⁴⁷⁸ Cfr. ITURRALDE, Manuel. *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*. Bogotá: Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana. 2010, pp. 337-349.

Vale la pena recordar que la Corte Constitucional ha analizado de manera específica los alcances de la temporalidad de las normas penales proferidas en estados excepcionales y ha llegado a la conclusión de que ante la ruptura normativa que implica el estado excepcional, es lógico inferir que las disposiciones creadas temporalmente pierden su eficacia, salvo que resultaren más favorables que las normas ordinarias, una vez se vuelva a los canales de la normalidad constitucional. Esta conclusión, que compartimos en su integridad, llevaría entonces a señalar que cuando se produce el denominado “blanqueo” de normas penales con su promulgación en una ley formal, sus prescripciones sólo regirán en el futuro, pero no podría prolongar la vigencia de los mismos preceptos pero cuando estaban vigentes bajo el ropaje del decreto legislativo. La sinopsis del precedente aludido es el siguiente:

“Uno de los principales argumentos contra la interpretación que hace la Corte Constitucional, referente a las restricciones que tiene el legislador de excepción, en cuanto a la posibilidad de establecer tipos penales o modificarlos durante la conmoción interior, estriba en la eventualidad de que el legislador adoptara los tipos penales creados durante la conmoción como normas ordinarias. En tal evento, se podría entender que existe continuidad entre las conductas calificadas como punibles y no entrarían a operar principios como la favorabilidad, que se ha demostrado relevante en la comprensión que hace la Corte del tema.

El punto de partida para la interpretación jurídica es el texto positivo. Teniendo este presupuesto básico, la Corte no puede desconocer el perentorio mandato del constituyente según el cual una vez levantado el estado de conmoción, las medidas dictadas durante su vigencia dejarán de regir. El mandato normativo de dicha disposición es claro: existe ruptura jurídica entre la legislación ordinaria y la excepcional. Admitir que no se presenta solución de continuidad en el evento en que se dictara una ley que adoptara como ordinarios los tipos penales dictados bajo el estado de

conmoción, supondría que tales medidas excepcionales nunca dejaron de regir.

Lo anterior, sin embargo, no implica que el legislador no pueda reproducir los tipos penales dictados durante la conmoción interior o modificar las penas en los términos establecidos en dicho período. El Congreso de la República es el competente para fijar las conductas punibles y sus sanciones. El legislador no puede, merced a la reproducción de las normas, prorrogar la conmoción. Puede, previo debate democrático y consideración sobre la política criminal, adoptar la decisión política de incorporar al régimen ordinario las medidas. Estas, en todo caso, únicamente tendrán efectos hacia el futuro, como ocurre respecto de toda decisión normativa en materia penal⁴⁷⁹”.

Las restricciones temporales a las que hemos hecho referencia son evidentes cuando del estado de conmoción interior se trata; sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de los estados de emergencia económica, social o ecológica, en donde no hay una disposición expresa que se refiera a las restricciones temporales de aquellos decretos legislativos de contenido punitivo.

La Corte Constitucional señala que es necesario predicar un límite temporal para los decretos proferidos durante el estado de emergencia, aún en aquellos de contenido penal.

En efecto, en la sentencia C-224 de 2009, la Corte indica que:

“Una interpretación sistemática y teleológica del ordenamiento constitucional y la ley estatutaria de los estados de excepción como de estos y los convenios internacionales de derechos humanos (artículo 93 superior), permite señalar que los decretos legislativos penales adoptados durante el estado de emergencia, son de vigencia temporal respetando las particularidades que ofrece el artículo 215 superior.

⁴⁷⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-939 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

...

*No puede partirse de la perpetuación del estado de emergencia social con la vigencia indefinida de los decretos legislativos penales, dados los intereses superiores en juego y el especial celo de la comunidad internacional por la observancia de los derechos humanos. Una posición contraria convertiría en regla general la legalidad extraordinaria suplantando definitivamente la legalidad ordinaria y, por ende, comprometiendo significativamente el estado democrático de derecho.*⁴⁸⁰

No obstante que consideramos equivocada la inferencia según la cual, en estados de emergencia pueden proferirse decretos legislativos de contenido penal, estimamos, de aceptarse tal conclusión, que era necesario imponer las restricciones en la forma en que lo hizo la Corte Constitucional.

Vale la pena resaltar que la postura mayoritaria de la Corte se adoptó, pese a que, la misma Corporación, en la decisión que examinó la constitucionalidad de la LEEE había llegado a concluir que los decretos legislativos proferidos

*“durante la emergencia, a diferencia de los dictados con fundamento en la declaratoria de conmoción interior, pueden reformar o derogar la legislación preexistente y tienen vigencia indefinida, hasta tanto el poder legislativo proceda a derogarlos o reformarlos, salvo cuando se trata de normas relativas a la imposición de tributos o modificación de los existentes, los cuales dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el congreso durante el año siguiente les otorgue carácter permanente”*⁴⁸¹.

Ese precedente jurisprudencial, y la inexistencia de una norma en la Constitución Política que restrinja la facultad legislativa extraordinaria en

⁴⁸⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-224 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴⁸¹ Corte Constitucional. Sentencia C 179 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

materia penal en estados de emergencia, constituyó el eje central de los salvamentos y aclaraciones de voto presentados por el magistrado Nilson Pinilla Pinilla en las Sentencias C-224, C-225 y C-226 de 2009.

Creemos que al examinarse detalladamente la decisión que valoró la constitucionalidad de la LEEE y al confrontarla con aquellos precedentes en los que se impuso límite temporal a las disposiciones penales expedidas en el marco de estados de emergencia, no puede inferirse la existencia de una contradicción entre una y otros, en tanto que se introduce una particularidad al problema jurídico planteado en la primera ocasión: El contenido penal que pueden tener los decretos legislativos proferidos al amparo de una situación de emergencia, aspecto que no fue analizado por la Corte en el año 1994, cuando se refirió a la indeterminación temporal en términos generales y haciendo énfasis en las normas expedidas en estados de emergencia pero de contenido distinto al penal. Realmente estamos frente a un caso de disanalogía⁴⁸² entre el caso nuevo y el precedente que aparentemente resultaba aplicable.

⁴⁸² La disanalogía es un argumento legítimo para apartarse del precedente vinculante. *“Los precedentes deben ser aplicados de manera general a aquellos casos futuros análogos por sus hechos que los jueces deban resolver. Si el caso futuro, por algún hecho clave o determinante, no es analogizable al caso anterior, el juez puede inaplicar el precedente y aplicar otro, si respeta mejor la analogía y siempre y cuando la doctrina allí contenida pueda considerarse vigente; si parece ser que ningún precedente es analogizable al caso nuevo, el juez no tiene sub reglas constitucionales aplicables y puede, por tanto, hacer una interpretación directa de los textos constitucionales sin tener que tomar en cuenta la fuerza gravitacional de la jurisprudencia (puesto que no existe sobre este punto).”* LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Interpretación Constitucional*. Segunda edición. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa. Escuela Rodrigo Lara Bonilla, pp. 156 -157.

CONCLUSIONES

Los estados de excepción tienen referentes históricos en la antigua Roma. Tradicionalmente se ha identificado a la dictadura como el antecedente natural, pues se trataba de una magistratura extraordinaria sometida a reglas previas y cuya finalidad era superar la situación crítica que la había originado y volver nuevamente a los canales ordinarios. No obstante lo anterior, también se ha señalado el *iustitium* como precedente de la excepcionalidad, si esta es vista como una situación de no derecho, en la medida en que en dicha situación se actuaba al margen de la institucionalidad y con el único propósito de preservar la República.

Tomar partido por uno u otro antecedente histórico no es sólo cuestión de forma, sino que en el fondo caracteriza la idea sobre la excepcionalidad: Una situación jurídica o una cuestión de hecho, en el que nada tiene que hacer el derecho.

Esa tensión entre las dos formas de comprender la excepcionalidad se entiende superada cuando observamos en el derecho comparado y encontramos que los Estados regulan la excepcionalidad, sea en sus propios textos constitucionales, como los latinoamericanos y algunos europeos, o a través de legislación ordinaria como ocurre, entre otros, en los Estados Unidos o el Reino Unido.

Se advierte que las constituciones más recientes son más proclives a regular en extenso la materia, creando una tipología de estados de excepción. Sea como fuere, la excepcionalidad en todos los casos encuentra una regulación, así sea de carácter legal, pero siempre sometida a controles políticos y jurídicos.

En el marco del DIDH se han impuesto a los Estados unas restricciones para acudir a los estados excepcionales, dando lugar a los principios de proclamación, notificación, no discriminación, proporcionalidad, provisionalidad o temporalidad, intangibilidad de ciertos derechos, amenaza excepcional y de necesidad; todos los cuales se han desarrollado con la clara intención de evitar abusos de poder en mengua de los derechos humanos garantizados en los distintos instrumentos internacionales del ámbito universal o regional.

Los estados de excepción no son un instituto jurídico novedoso en nuestro contexto colombiano, ni en el derecho comparado. Por el contrario, es tema tratado normativamente en distintas constituciones y en el DIDH. Lo cierto es que, en el caso colombiano, su marco actual resulta mucho más exigente que el que se tenía en vigencia de la Constitución anterior.

De hecho, en Colombia, desde el siglo XIX, se ha hecho referencia a los estados de excepción en las distintas constituciones políticas, las cuales distinguían entre el estado de guerra y el de sitio. La emergencia económica sólo aparece en nuestro contexto normativo con la reforma de 1968 que se hiciera a la Constitución de 1886.

Durante la vigencia de la Carta anterior, el uso de la excepcionalidad fue frecuente. En buena parte para utilizar las facultades exorbitantes contra los contradictores políticos, movimientos de izquierda, guerrillas, narcotráfico y delincuencia en general.

La permanencia del estado excepcional en Colombia durante buena parte del siglo XX obedeció al débil control judicial que se ejercía sobre los decretos que declaraban el estado de sitio o la emergencia económica. De hecho, el control que estaba a cargo de la Corte Suprema de Justicia estuvo caracterizado por limitarse a lo estrictamente formal. Sólo en los últimos lustros de vigencia de la Constitución de 1886 se empezó a desarrollar la tesis según la cual la Carta

impone ciertos límites al legislador extraordinario. Resulta relevante señalar que ese viraje intelectual obedeció al examen de decretos legislativos de contenido penal que resultaban los más propensos de usar, cuando de excepcionalidad se trataba.

El modelo de estado permea toda la legislación, no siendo la penal excepción alguna. El Estado Social de Derecho exige, en aras de la coherencia, un modelo de derecho penal garantista, es decir, en el que se limite el *ius puniendi* con una serie de garantías que bien pueden clasificarse en tres grandes grupos: Las referidas a la pena, al delito y al propio juzgamiento. No constituye cada una de ellas conceptos absolutos, sino parámetros de regulación que permiten calificar un sistema normativo de más o menos garantista.

El legislador ordinario tiene entonces unas restricciones constitucionales y carece de una absoluta libertad de configuración normativa. En los estados de excepción el ejecutivo adquiere mayores poderes que los que ordinariamente tiene, siendo uno de ellos el de asumir la postura de legislador. Para materializar esa facultad, puede el Gobierno Nacional proferir decretos legislativos.

De esta manera, si hay una limitación constitucional al legislador ordinario cuando crea normas penales, y siendo que los estados excepcionales tienen también serias y claras restricciones materiales y temporales, es lógico entonces colegir que cuando el ejecutivo adopta facultades legislativas exorbitantes y las usa para promulgar decretos legislativos de contenido penal, la Constitución le hace más intensas las limitaciones con el firme propósito de preservar las garantías reconocidas en el Estado Social de Derecho y, de esa forma, también convertirse en un dique frente a abusos de poder.

Dicho de otra forma: El gobierno nacional, en aquellas oportunidades que ha declarado el estado de conmoción interior o de emergencia, ha proferido

decretos legislativos con claro contenido penal, por lo que los principios que orientan el examen de constitucionalidad de las medidas adoptadas se refuerzan y se tornan más exigentes, dada la particularidad de ese contenido jurídico-penal, pues se parte de la idea de que las garantías que son inherentes al ejercicio del *ius puniendi* no pueden ser evadidas por una excepcionalidad declarada.

No obstante lo anterior, el repaso de las decisiones de la Corte Constitucional frente al estudio de las distintas normas penales emanadas en estados de excepción permiten mostrar que inicialmente el control material fue similar al que se tenía en la Corte Suprema de Justicia en su última etapa en que fungió como tribunal constitucional. Sólo años después se hizo más estricto el control, impidiendo, por regla general, que se creasen normas penales creando nuevos delitos o sin que mediare relación alguna con bienes jurídicos.

Las normas excepcionales de contenido penal se encuentran limitadas a la protección (en concreto) de aquellos bienes jurídicos que se relacionan directa y estrechamente con los móviles que se tomaron para declarar la situación anormal, todo ello como consecuencia de la denominada paradoja de los estados excepcionales, según la cual la restricción de las libertades y derechos fundamentales ha de tener como propósito esencial la preservación de esos mismos bienes, que de ninguna manera pueden ser destruidos, sino provisionalmente limitados, con el propósito de que la obediencia al derecho se restaure y las libertades y derechos recobren la vigencia plena de que gozan en tiempo de normalidad.

En materia de procesos penales, se ha dicho que la norma que indica que en estados de excepción no pueden los militares investigar y juzgar civiles ha sido interpretada de tal manera que incluye también labores de policía judicial a cargo de unidades de la fuerza pública.

De otra parte, aun cuando se reconoce la existencia de un régimen penal especializado, mucho más estricto y riguroso en comparación con el que podríamos denominar ordinario, no puede entenderse que dicho reconocimiento habilite al legislador excepcional a desconocer los principios constitucionales de favorabilidad, acceso al *habeas corpus*, separación de la acusación y el juzgamiento.

Pese a que la LEEE es clara en señalar que la función legislativa en materia penal es propia de los estados de conmoción interior y, por extensión, para el estado de guerra, la Corte Constitucional terminó avalando la tesis que también se podía acudir a ella en los estados de emergencia, manteniendo, de todas formas, las mismas restricciones que se predicaban en aquellos.

El control jurídico de los estados excepcionales conlleva un examen de la conexidad, necesidad, finalidad, proporcionalidad, estricta motivación de incompatibilidad y no discriminación; todos los cuales han sido desarrollados jurisprudencialmente a partir de la interpretación de aquellos preceptos constitucionales y de la LEEE que les sirven de sustento.

En varias ocasiones el ejecutivo ha presentado proyectos de ley que recogen las normas penales expedidas en estados de excepción, una práctica conocida como “blanqueo” legislativo y que no puede admitirse para preservar la vigencia de esas disposiciones durante la conmoción interior o la emergencia declarada. Existe una ruptura entre la legislación ordinaria y extraordinaria, de manera que cuando el Congreso apruebe como ley un precepto penal, este sólo tendrá aplicación desde ese instante hacia el futuro y no puede tener efectos retroactivos.

Esas limitaciones temporales de las normas penales dictadas al cobijo de los estados excepcionales, unido esto con el principio de favorabilidad, tornan

aquellos preceptos en disposiciones propias de lo que se conoce como derecho penal simbólico, pues su efectividad es muy baja.

ANEXO

Cuadro resumen de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional en relación con el examen de constitucionalidad de los diversos decretos legislativos promulgados al amparo de estados de excepción.

Sentencia	Magistrado ponente	Decreto	Decisión
GOBIERNO DE CÉSAR GAVIRIA TRUJILLO			
C-004/92	Eduardo Cifuentes Muñoz	333 de 1992: "Por el cual se declara el estado de emergencia social ".	Exequible
C-005-92	Jaime Sanín Greffenstein	335 de 1992: "Por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, y se dictan otras disposiciones en materia salarial".	Exequible
C-062-93	Jaime Vidal Perdomo	334 de 1992: "Por el cual se reajustan las asignaciones básicas de los empleados públicos".	Exequible
C-447-92	Eduardo Cifuentes Muñoz	680 de 1992: "Por medio del cual se declara el estado de emergencia económica y social ".	Exequible
C-448-92	José Gregorio Hernández	700 de 1992: "Por el cual se adoptan medidas en materia de contratación, endeudamiento, presupuesto y reestructuración de las entidades del sector eléctrico y se adoptan otras disposiciones con el fin de conjurar la crisis en el servicio público de energía eléctrica e impedir la extensión de sus	Exequible

		efectos”.	
C-556-92	Simón Rodríguez Rodríguez	1155 de 1992: “Por el cual se declara el estado de conmoción interior ”.	Exequible
C-557-92	Simón Rodríguez Rodríguez	1156 de 1992: “Por el cual se dictan disposiciones en relación con el procedimiento aplicable a los delitos de conocimiento de jueces regionales”.	Exequible
C-579-92	Simón Rodríguez Rodríguez	1195 de 1992: “Por el cual se levanta el estado de conmoción interior y se prorroga la vigencia del decreto 1.156 de 1992”.	Exequible
C-031-93	Eduardo Cifuentes Muñoz	1793 de 1992: “Por el cual se declara el estado de conmoción interior .”	Exequible
C-032-93	José Gregorio Hernández Galindo	1811 de 1992: “Por el cual se dictan normas para hacer efectivas las órdenes que en materia de orden público imparta el presidente de la república”.	Exequible
C-033-93	Alejandro Martínez Caballero	1812 de 1992: “Por el cual se toman medidas en materia de información y se dictan otras disposiciones”.	Exequible
C-034-93	Eduardo Cifuentes Muñoz	1810 de 1992: “Por el cual se le otorgan funciones de policía judicial a las fuerzas militares”.	Exequible
C-035-93	Dr. Fabio Morón Díaz	1834 de 1992: “Por el cual se crea la protección a testigos, víctimas en el proceso penal”.	Exequible
C-052-93	Jaime Sanín Greiffenstein	1833 de 1992: “Por el cual se expiden normas sobre concesión beneficios por colaboración con la justicia”.	Exequible
C-058-93	Eduardo Cifuentes Muñoz	1873 de 1992: Por el cual se dictan medidas para la seguridad y protección de los servidores públicos de la Rama Judicial, del Ministerio Público y se expiden otras disposiciones.	Exequible
C-059-93	Alejandro Martínez Caballero	1941 del 1992: “Por el cual se otorga competencia a los jueces penales”.	Exequible
C-060-93	Fabio Morón Díaz	1942 de 1992: Por el cual se dictan normas sobre reservas y adjudicación de terrenos baldíos.	Exequible

C-068-93	Simón Rodríguez Rodríguez	1835 de 1992: "Por el cual se dictan medidas de control sobre el uso de los recursos de las entidades territoriales o administrativas por estas y se dictan otras disposiciones".	Exequible
C-069-93	Simón Rodríguez Rodríguez	1940 de 1992: "Por medio del cual se modifica el presupuesto general de la nación para la vigencia fiscal de 1992".	Exequible
C-072-93	José Gregorio Hernández Galindo	2006 de 1992: "Por el cual se adoptan normas de conmoción interior sobre asunción por parte de la nación, de pérdidas ocasionadas por actos terroristas al sector transportador".	Exequible
C-073-93	Alejandro Martínez Caballero	2094 de 1992: Por medio del cual se modifica el presupuesto general de la nación para la vigencia fiscal de 1992 y se dictan otras disposiciones".	Exequible
C-075-93	Alejandro Martínez Caballero	2008 de 1992: "Por el cual se modifica presupuestos referentes a las entidades territoriales".	Parcialmente exequible
C-076-93	Jaime Sanín Greiffenstein	05 de 1993: "Por el cual se toman medidas sobre competencia en materia penal y se dictan otras disposiciones".	Exequible
C-077-93	Eduardo Cifuentes Muñoz	06 de 1993: "Por el cual se expiden normas sobre el porte de armas, municiones y explosivos y se dictan otras disposiciones".	Exequible
C-082-93	José Gregorio Hernández Galindo	07 de 1993: "Por el cual se adoptan medidas en materia de uso de sistemas de radiocomunicaciones".	Exequible
C-083-93	Fabio Morón Díaz	2009 de 1992: "Por el cual se crea una contribución".	Exequible
C-098-93	Eduardo Cifuentes Muñoz	2007 de 1992: "Por el cual se adoptan medidas para financiar las nuevas erogaciones que se requieren para conjurar las causas que originaron la declaratoria de estado de conmoción interior e impedir la extensión de sus efectos".	Exequible
C-134-93	Alejandro Martínez Caballero	263 de 1993: Por el cual se dictan medidas tendientes a garantizar la atención hospitalaria a las víctimas de atentados terroristas".	Exequible

C-136-93	Antonio Barrera Carbonell	1875 de 1992: "Por el cual se dictan normas de conmoción interior sobre contratos y sanciones aplicables a los contratistas".	Parcialmente exequible
C-153-93	José Gregorio Hernández	262 de 1993: Por el cual se modifica el Decreto 07 de 1993.	Exequible
C-154-93	Eduardo Cifuentes Muñoz	261 de 1993: "Por el cual se prorroga el estado de conmoción interior".	Inexequible
C-155-93	Jorge Arango Mejía	265 de 1993: "Por el cual se implementa el pago de una contribución para la financiación de las Fuerzas Armadas".	Exequible
C-169-93	Dr. Vladimiro Naranjo Mesa	266 de 1993: "Por el cual se adoptan medidas en materia de uso de sistemas de radiocomunicación".	Exequible
C-171-93	Dr. Vladimiro Naranjo Mesa	264 de 1993: "Por el cual se expiden normas sobre beneficios por colaboración con la justicia".	Inexequible
C-175-93	Carlos Gaviria Díaz	2010 de 1992: Por el cual se toman medidas para aumentar la eficacia de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones.	Exequible e inexequible art. 5
C-196-93	Carlos Gaviria Díaz	423 de 1993: "Por el cual se prorroga la vigencia del Decreto 266 de 1993".	Exequible
C-197-93	Antonio Barrera Carbonell	444 de 1993: "Por el cual se dictan medidas de apoyo a las víctimas de atentados terroristas".	Exequible
C-207-93	Eduardo Cifuentes Muñoz	445 de 1993: "Por el cual se expiden normas sobre concesión de beneficios a quienes abandonen voluntariamente las organizaciones subversivas".	Parcialmente exequible
C-206-93	Antonio Barrera Carbonell	446 de 1993: "Por medio del cual se ordenan y efectúan algunas operaciones presupuestales en el presupuesto general de la nación y órganos de la rama ejecutiva para la vigencia fiscal de 1993".	Exequible
C-214-93	José Gregorio Hernández Galindo y Hernando Herrera Vergara	542 de 1993: "Por el cual se dictan disposiciones para facilitar el diálogo con los grupos guerrilleros, su desmovilización y reinserción a la vida social".	Exequible

C-261-93	Hernando Herrera Vergara	543 de 1993: "Por el cual se ordenan y efectúan algunas operaciones presupuestales en el presupuesto general de la nación y órganos de la rama ejecutiva para la vigencia fiscal de 1993".	Exequible
C-266-93	Hernando Herrera Vergara	624 de 1993: "Por el cual se prorroga la vigencia del Decreto 266 de 1993 y se adoptan otras medidas en materia de uso de sistemas de radiocomunicaciones".	Exequible
C-267-93	Hernando Herrera Vergara	682 de 1993: "Por el cual se modifica el decreto 624 de 1993".	Exequible
C-268-93	Carlos Gaviria Díaz	827 de 1993: "Por el cual se prorroga la vigencia de medidas adoptadas por decretos 266 y 624 de 1993, en materia de usos de sistemas de radiocomunicaciones".	Exequible
C-271-93	José Gregorio Hernández Galindo	828 de 1993: "Por el medio del cual se efectúan algunas operaciones presupuestales en el presupuesto general de la nación para la vigencia fiscal de 1993".	Exequible
C-275-93	Hernando Herrera Vergara	709 de 1993: "Por el cual se adoptan disposiciones en materia penal"	Exequible
C-294-93	Eduardo Cifuentes Muñoz	829 de 1993: "por el cual se prorroga el estado de conmoción interior ".	Exequible
C-415-93	José Gregorio Hernández Galindo	1495 de 1993: "por el cual se expiden normas sobre concesión de beneficios a quienes abandonen voluntariamente las organizaciones subversivas".	Parcialmente Exequible
C-416-93	Eduardo Cifuentes Muñoz	1497 de 1993: "Por el cual se efectúan algunas operaciones presupuestales en el presupuesto general de la nación para la vigencia fiscal de 1993".	Exequible
C-426-93	Hernando Herrera Vergara	1496 de 1993: "Por el cual se dictan disposiciones en relación con los términos para realizar la instrucción y las causales de libertad provisional en	Exequible

		los procesos de competencia de los jueces regionales y del tribunal nacional”.	
C-427-93	Hernando Herrera Vergara	1400 de 1993: “Por el cual se adoptan medidas en relación la contribución creada por el Decreto 2009 de 1992”.	Exequible
C-464-93	Antonio Barrera Carbonell	Decreto 1515 de 1993: “Por el cual prorroga la vigencia de algunos decretos expedidos en desarrollo de estado de conmoción interior”.	Exequible
C-300-94	Eduardo Cifuentes Muñoz	874 de 1994: “Por el cual se declara estado de conmoción interior ”.	Inexequible
C-309-94	Carlos Gaviria Díaz	875 de 1994: “Por el cual se declara la emergencia judicial y se adoptan medidas en materia procesal penal”.	Inexequible
C-310-94	Alejandro Martínez Caballero	951 de 1994: “Por el cual se dictan medidas en materia procesal penal”.	Inexequible
C-338-94	Hernando Herrera Vergara	952 de 1994: “Por el cual se levanta el estado de conmoción interior y se prorroga la vigencia de otras disposiciones”.	Inexequible
C-366-94	Alejandro Martínez Caballero	1178 de 1994: Por el cual se decreta el Estado de Emergencia por razón de grave calamidad pública (Medidas con motivo del Terremoto y avalancha del río Páez).	Exequible
C-367-94	Eduardo Cifuentes Muñoz	1179 de 1.994: Por el cual se crea la Corporación para la Reconstrucción de la Cuenca del Río Páez y Zonas Aledañas, Corpopaeces.	Exequible
C-368-94	Vladimiro Naranjo Mesa	1252 de 1994: Por el cual se adiciona el Decreto 1.179 de 1994.	Exequible
C-370-94	Fabio Morón Díaz	1185 de 1994: Por el cual se dictan normas sobre expropiación por vía administrativa y se adoptan otras medidas.	Exequible
C-373-94	Fabio Morón Díaz	1264 de 1994: Por el cual se establecen exenciones tributarias para la zona afectada por la calamidad pública en los Departamentos del Huila y Cauca.	Exequible

C-375-94	Antonio Barrera Carbonell	1265 de 1994: Por el cual se dictan disposiciones especiales sobre los créditos en la zona de desastre de los Departamentos de Cauca y Huila.	Inexequible
C-376-94	Jorge Arango Mejía	1263 de 1994: Por el cual se modifica el Decreto 1179 de 1994 y se adiciona el presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 1994 y se dictan otras disposiciones.	Exequible
GOBIERNO DE ERNESTO SAMPER PIZANO			
C-466-95	Carlos Gaviria Díaz	1370 de 1995: "Por el cual se decreta el estado de conmoción interior ".	Inexequible
C-488-95	José Gregorio Hernández Galindo	1371 de 1995: "Por el cual se expiden. medidas contra la delincuencia organizada y se dictan otras disposiciones".	Inexequible
C-503-95	Hernando Herrera Vergara	1372 de 1995: "Por el cual se dictan relacionadas con el sistema carcelario y penitenciario nacional".	Inexequible
C-519-95	Vladimiro Naranjo Mesa	1410 de 1995: "Por el cual se dictan tendientes a restablecer la seguridad nacional".	Inexequible
C-520-95	Fabio Morón Díaz	1531 de 1995: "Por el cual se crea la corporación para la convivencia ciudadana en la región de Urabá – CONCIUDADANA.	Inexequible
C-534-95	Eduardo Cifuentes Muñoz	1532 de 1995: "Por el cual se adiciona el presupuesto general de la nación para la vigencia fiscal de 1995.	Inexequible
C-535-95	Jorge Arango Mejía	1590 de 1995: "Por el cual se dictan normas tendientes a restablecer el orden público y la seguridad en la región Urabá".	Inexequible
C-560-95	Antonio Barrera Carbonell	1723 de 1995: "Por el cual se dictan medidas tendientes para a erradicar los delitos contra la libertad personal y se dictan otras disposiciones".	Inexequible
C-582-95	Alejandro Martínez	1724 de 1995: "Por el cual se dictan medidas para asegurar la eficacia de las normas sobre	Inexequible

	Caballero	conmoción interior sobre la seguridad ciudadana”.	
C-027-96	Hernando Herrera Vergara	1900 de 1995”: “Por el cual se declara el estado de conmoción interior en todo el territorio nacional, por el término de noventa (90) días”.	Exequible
C-045-96	Vladimiro Naranjo Mesa	1902 de 1995: “Por el cual se toman medidas en materia de información y se dictan otras disposiciones”.	Exequible
C-045-96	José Gregorio Hernández Galindo Hernando Herrera Vergara	1303 de 1996: “Por el cual se levanta el estado de conmoción interior y se prorroga la vigencia de disposiciones”.	Exequible
C-067-96	Antonio Barrera Carbonell	1901 de 1995: “Por el cual se dictan normas en materia de orden público en todo el territorio nacional.	Exequible condicionado
C-092-96	Eduardo Cifuentes Muñoz	2027 de 1995: “Por la cual se dictan medidas destinatarias a proteger la población civil”.	Inexequible
C-135-96	Eduardo Cifuentes Muñoz Alejandro Martínez Caballero	2238 de 1995: “Por el cual se dictan medidas de tendientes a erradicar algunos delitos contra la libertad personal, especialmente el secuestro y la extorsión, y se expiden otras disposiciones”.	Parcialmente exequible
C-136-96	José Gregorio Hernández Galindo	100 de 1996: “Por el cual se dictan normas relativas al sistema carcelario y penitenciario nacional y se dictan otras disposiciones”.	Inexequible
C-153-96	Jorge Arango Mejía	208 de 1996:”Por el cual se prorroga el estado de conmoción interior”.	Exequible
C-295-96	Hernando Herrera Vergara	717 de 1996: Por el cual se dictan unas medidas tendientes a la preservación del orden público (Determina las Zonas Especiales de Orden Público).	Parcialmente exequible
C-328-96	Eduardo	777 de 1996: “Por el cual se prorroga el	Exequible

	Cifuentes Muñoz	estado de conmoción interior”.	
C-344-96	Jorge Arango Mejía	900 de 1996: “Por el cual se adoptan medidas tendientes a controlar la acción de las organizaciones criminales y terroristas en las zonas especiales del orden público”.	Exequible
C-452-96	Fabio Morón Díaz	1311 de 1996: “Por el cual se dictan normas tendientes a la preservación del orden público”.	Exequible
C-453-96	Eduardo Cifuentes Muñoz	1312 de 1996: “Por el cual se adiciona y aclara el Decreto 1303 de 1996”.	Exequible
C-122-97	Antonio Barrera Carbonell- Eduardo Cifuentes Muñoz	80 de 1997: “Por el cual se declara el Estado de Emergencia Económica y Social ”.	Inexequible
C-127/97	José Gregorio Hernández	81 de 1997: “Por el cual se dictan medidas para desestimular el endeudamiento externo”.	Inexequible
C-129-97	Antonio Barrera Carbonell	88 de 1997: “Por el cual se expiden normas para erradicar la evasión tributaria y el contrabando”.	Inexequible
C-130-97	Alejandro Martínez Caballero	89 de 1997: “Por el cual se expiden normas sobre el impuesto de timbre”.	Inexequible
C-131-97	Carlos Gaviria Díaz	150 de 1997: “Por medio del cual se dictan medidas en materia de impuestos nacionales y se expiden otras disposiciones”.	Inexequible
C-132-97	Hernando Herrera Vergara	165 de 1997: “Por el cual se dictan disposiciones sobre reducción del gasto público en materia de contratos de asesoría y consultoría, viajes internacionales, publicidad oficial y se dictan otras disposiciones”.	Inexequible
C-133-97	Fabio Morón Díaz	222 de 1997: “Por el cual se crea el programa de manejo de divisas para el sector público”.	Inexequible
C-134-97	Vladimiro	223 de 1997: “Por el cual se dictan medidas	Inexequible

	Naranjo Mesa	para reactivar el ciclo de la construcción de vivienda de interés social”.	
C-135-97	José Gregorio Hernández Galindo	224 de 1997: “Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 81 de 1997, "por el cual se dictan medidas para desestimular el endeudamiento externo”.	Inexequible
C-132-97	Hernando Herrera Vergara	242 de 1997: “Por el cual se reglamenta el artículo 3° del Decreto 165 de 1997 - Contratos publicitarios, prohibición”.	Inexequible
C-136-97	José Gregorio Hernández Galindo	250 de 1997: “Por medio del cual se dictan normas en materia de adjudicación de bienes rurales sobre los cuales se hubiere extinguido su dominio”.	Inexequible
C-186-97	Antonio Barrera Carbonell	251 de 1997: “Por medio del cual se modifican los Decretos 88 y 150 de 1997 y se expiden medidas complementarias”.	Inexequible
C-137-97	Hernando Herrera Vergara	252 de 1997: “Por el cual se modifica y adiciona el Decreto Legislativo 165 de 1997 y se dictan otras disposiciones”.	Inexequible
C-138-97	Jorge Arango Mejía	253 de 1997: “Por el cual se dictan disposiciones para agilizar la venta de unos activos estatales”.	Inexequible
C-187-97	Eduardo Cifuentes Muñoz	254 de 1997: “Por el cual se modifica el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 1997”.	Inexequible
C-139-97	Carlos Gaviria Díaz	255 de 1997: “Por el cual se dictan medidas para reactivar la construcción de vivienda de interés social”.	Inexequible
GOBIERNO DE ANDRÉS PASTRANA ARANGO			
C-122-99	Fabio Morón Díaz	2330 de 1998: “Por el cual se declara el Estado de Emergencia Económica y Social. ”	Exequible
C-136-99	José Gregorio Hernández	2331 de 1998: “Por el cual se dictan medidas tendientes a resolver la situación de los sectores financiero y cooperativo, aliviar la situación de los	Exequible

		deudores por créditos de vivienda y de los ahorradores de las entidades cooperativas en liquidación, mediante la creación de mecanismos institucionales y de financiación y la adopción de disposiciones complementarias”.	
C-137-99	Antonio Barrera Carbonell	2332 de 1998: “Por el cual se adiciona el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 1998”.	Exequible
C-138-99	Eduardo Cifuentes Muñoz	2333 de 1998: “Por el cual se adiciona el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 1999”.	Exequible
C-216-99	Antonio Barrera Carbonell	195 de 1999: “Por el cual se decreta el estado de emergencia económica, social y ecológica por razón de grave calamidad pública”.	Exequible
C-217-99	Eduardo Cifuentes Muñoz	196 de 1999: “Por el cual se dictan disposiciones para hacer frente a la calamidad pública causada por el terremoto producido el 25 de enero de 1999”.	Exequible
C-219-99	Martha Victoria Sáchica de Moncaleano	198 de 1999: “Por el cual se adiciona el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 1999 (Cambio con motivo del terremoto del Eje Cafetero)”.	Exequible
C-220-99	Eduardo Cifuentes Muñoz	223 de 1999: “Por el cual se adicionan los Decretos Legislativos 195 y 198 de 1999”.	Exequible
C-327-99	Carlos Gaviria Díaz	258 de 1999: “Por el cual se dictan disposiciones para hacer frente a la situación de calamidad pública causada por el terremoto producido el 25 de enero de 1999”.	Parcialmente exequible
C-328-99	Martha Victoria Sáchica de Moncaleano	350 de 1999: “Por el cual se dictan disposiciones para hacer frente a la emergencia económica, social y ecológica causada por el terremoto ocurrido el 25 de enero de 1999”.	Parcialmente exequible
C-329-99	Alejandro Martínez Caballero	351 de 1999: “Por el cual se adiciona el presupuesto general de la Nación, para la vigencia de 1999”.	Exequible

C-330-99	Antonio Barrera Carbonell	360 de 1999: "Por el cual se adiciona el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 1999 y se dictan otras disposiciones".	Exequible
PRIMER GOBIERNO ÁLVARO URIBE VÉLEZ			
C-802-02	Jaime Córdoba Triviño	1837 de 2002: "Por el cual se declara el Estado de Conmoción Interior. "	Exequible
C-876-02	Álvaro Tafur Galvis	1838 de 2002: "Por medio del cual se crea un impuesto especial destinado a atender los gastos del Presupuesto General de la Nación necesarios para preservar la Seguridad Democrática".	Parcialmente Exequible
C- 939-02	Eduardo Montealegre Lynett	1900 de 2002: "Por el cual se adoptan medidas en materia penal y procesal penal contra las organizaciones delincuenciales y se dictan otras disposiciones".	Inexequible
C- 940-02	Manuel José Cepeda Espinosa	1885 de 2002: "Por medio del cual se adiciona el Decreto 1.838 de 2002".	Parcialmente Exequible
C- 947-02	Rodrigo Escobar Gil	1.959 de 2002: "Por el cual se adiciona el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2002".	Exequible
C- 1007-02	Clara Inés Vargas	1975 de 2002: "Por medio del cual se suspende la Ley 333 de 1996 y se regulan la acción y el trámite de la extinción del dominio".	Parcialmente Exequible
C- 1024-02	Alfredo Beltrán Sierra	2002 de 2002: "Por el cual se adoptan medidas para el control del orden público y se definen las zonas de rehabilitación y consolidación".	Parcialmente Exequible
C- 1065-02	Eduardo Montealegre Lynett	2180 de 2002: "Por el cual se modifican los artículos 4° y 6°. del Decreto 1900 de 2002".	Exequible
C-008-03	Rodrigo Escobar Gil	2255 de 2002: "Por el cual se adoptan medidas relacionadas con los Concejos	Parcialmente Exequible

		Municipales para su normal funcionamiento”.	
C-063-03	Clara Inés Vargas Hernández	2555 de 2002: “Por el cual se prorroga el Estado de Conmoción Interior”.	Exequible
C-0122-03	Marco Gerardo Monroy Cabra	2929 de 2002: “Por el cual se delimitan unas zonas definidas en el Decreto 2002 de 2002”.	Parcialmente Exequible
C-0148-03	Jaime Córdoba Triviño	2749 de 2002: Por el cual se adiciona el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2002”.	Parcialmente Exequible
C-0149-03	Manuel José Cepeda Espinosa	2748 de 2002: “Por el cual se expiden normas en materia procesal penal”.	Inexequible
C-0327-03	Alfredo Beltrán Sierra	245 de 2003: “Por el cual se prorroga el Estado de Conmoción Interior”.	Inexequible
C-0219-03	Clara Inés Vargas Hernández	900 de 2003: “Por el cual se adiciona el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2003”.	Inexequible
SEGUNDO GOBIERNO DE ÁLVARO URIBE VÉLEZ			
C-070-09	Humberto Sierra Porto	3929 de 2008: “Por el cual se declara el estado de conmoción interior ”.	Inexequible
C-071-09	Mauricio González Cuervo	3930 de 2008: “Por el cual se otorgan facultades a la Sala Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y se dictan otras disposiciones”.	Inexequible
C-072-09	Nilson Pinilla Pinilla	3955 de 2008: “Por el cual se otorgan facultades a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y se dictan otras disposiciones”.	Inexequible
C-073-09	Mauricio González Cuervo	3990 de 2008: “Por el cual se otorgan facultades a la Sala Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y se dictan otras disposiciones”.	Inexequible

C-0176-09	Clara Elena Reales Gutiérrez	021 de 2008: "Por el cual se levanta el Estado de Conmoción Interior".	Inexequible
C-0239-09	Mauricio González Cuervo	4685 de 2008: "Por el cual se dicta una disposición en materia de extinción de dominio".	Inexequible
C-0135-09	Humberto Sierra Porto	4333 de 2008: "Por el cual se declara el Estado de Emergencia Social ".	Exequible
C-0136-09	Jaime Araujo Rentaría.	4335 de 2008: Por el cual se asignan funciones a los Alcaldes y Gobernadores en desarrollo del Decreto número 4333 de noviembre de 2008, "por el cual se declara el Estado de Emergencia Social".	Parcialmente Exequible
C-0145-09	Nilson Pinilla Pinilla	4334 de 2008: Por el cual se expide un procedimiento de intervención en desarrollo del Decreto 4333 de 2008: "Por el cual se declara el Estado de Emergencia Social.	Parcialmente Exequible
C-0146-09	Luis Ernesto Vargas Silva	4490 de 2008: "Por el cual se modifica el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2008 y se dictan otras disposiciones".	Exequible
C-0172-09	Cristina Pardo Schlesinger	4591 de 2008: "Por el cual se dictan medidas para extender la oferta de servicios financieros a las personas de menores ingresos de la población y se dictan otras disposiciones".	Exequible
C-0224-09	Jorge Iván Palacio Palacio	4336 de 2008: Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 10 del Decreto 4334 de 2008: "Por el cual se expide un procedimiento de intervención en desarrollo del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008: "por el cual se declara el Estado de Emergencia Social".	Exequible
C-0225-09	Clara Elena Reales Gutiérrez	4449 de 2008: "Por el cual se adiciona y modifica el Código Penal".	Inexequible
C-0226-09	Gabriel Eduardo	4450 de 2008: "Por el cual se adiciona el	Inexequible

	Mendoza Martelo	artículo 305 del Código Penal”.	
C-0254-09	Nilson Pinilla Pinilla	4704 de 2008: Por el cual se declara la prórroga del Estado de Emergencia Social por un periodo de treinta (30) días.	Inexequible
C-0256-09	Luis Ernesto Vargas Silva	45 de 2009: Por medio del el cual se establecen medidas para contrarrestar los efectos de la crisis social generada por la actividad de los captadores o recaudadores de dineros del público en operaciones no autorizadas.	Inexequible
C-0257-09	Cristina Pardo Schlesinger	4789 de 2008: “Por el cual se dictan medidas en materia tarifaria de energía eléctrica”.	Inexequible
C-0283-09	Humberto Sierra Porto	4705 de 2008: Por el cual se adiciona y modifica el procedimiento establecido en el Decreto 4334 de 2008, y se dictan otras disposiciones, "por el cual se expide un procedimiento de intervención en desarrollo del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008", "por el cual se declara el Estado de Emergencia Social.	Inexequible
C-0284-09	Jorge Iván Palacio Palacio	44 de 2009: Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 4334 de 2008, modificado por el Decreto 4705 de 2008", "por el cual se expide un procedimiento de intervención en desarrollo del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008, "por el cual se declara el Estado de Emergencia Social”.	Inexequible
C-0252-10	Jorge Iván Palacio Palacio	4.975 de 2009: “Por medio del cual se declara el estado de emergencia social ”.	Inexequible
C-253-10	Nilson Pinilla Pinilla	127 de 2010: “Por el cual se adoptan medidas en materia tributaria”.	Inexequible
C-254-10	Mauricio González Cuervo	4.976 de 2009: “Por medio del cual se expiden medidas excepcionales con el fin de liberar recursos que permitan garantizar la continuidad en la prestación de los servicios	Inexequible

		de salud de la población beneficiaria y se dictan otras disposiciones”.	
C-255-10	Mauricio González Cuervo	133 de 2010: “Por el cual se adoptan medidas tendientes a garantizar el acceso, oportunidad, continuidad, calidad y eficiencia en la prestación de los servicios de salud, y se dictan otras disposiciones”.	Inexequible
C-288-10	Luis Ernesto Vargas Silva	128 de 2010: “Por medio del cual se regulan las prestaciones excepcionales en salud y se dictan otras disposiciones”.	Inexequible
C-289-10	Nilson Pinilla Pinilla	131 de 2010: “Por medio del cual se crea el Sistema Técnico Científico en Salud, se regula la autonomía profesional y se definen aspectos del aseguramiento del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones”.	Inexequible
C-290-10	Gabriel Eduardo Mendoza Martelo	75 de 2010: “Por el cual se expiden disposiciones para agilizar la solución de controversias entre las diferentes entidades y organismos del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.	Inexequible
C-291-10	Humberto Sierra Porto	129 de 2010: “Por medio del cual se adoptan medidas en materia de control a la evasión y elusión de cotizaciones y aportes al sistema de la protección social, y se dictan otras disposiciones”.	Inexequible
C-292-10	Humberto Sierra Porto	135 de 2010: “Por medio del cual se distribuyen recursos del Fisco para el fortalecimiento de la Política Nacional para la Reducción del Consumo de Sustancias Psicoactivas y su Impacto y se dictan otras disposiciones”.	Inexequible
C-298-10	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	74 de 2010: “Por medio del cual se introducen modificaciones al régimen de Fondo de Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito - Fonsat- y se dictan otras disposiciones”.	Inexequible

C-302-10	Juan Carlos Henao Pérez	126 de 2.010: "Por el cual se expiden disposiciones para agilizar la solución de controversias entre las diferentes entidades y organismos del Sistema General de Seguridad Social en Salud".	Inexequible
C-332-10	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	130 de 2010: "Por el cual se dictan disposiciones del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, en desarrollo del Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009".	Inexequible
C-374-10	María Victoria Calle Correa	132 de 2010: "Por el cual se establecen mecanismos para administrar y optimizar el flujo de recursos que financian el Régimen Subsidiado de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".	Inexequible
C-399-10	María Victoria Calle Correa	73 de 2010: "Por el cual se expiden medidas excepcionales con el fin de liberar recursos de los saldos excedentes del Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones - Aportes Patronales que permitan financiar la atención a la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, y se dictan otras disposiciones".	Inexequible
C-843-10	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	2693 de 2010: "Por el cual se declara el Estado de Emergencia Social ".	Exequible
C-884-10	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	2694 de 2010: "Por el cual se adoptan medidas tributarias transitorias para estimular la actividad económica en los municipios que limitan con la República Bolivariana de Venezuela".	Exequible
C-911-10	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	2799 de 2010: Por el cual se modifican parcialmente los Decretos 2693, "por el cual se declara el Estado de Emergencia Social" y 2694 de 2010, "por el cual se adoptan medidas tributarias transitorias para estimular la actividad económica en los municipios que	Exequible

		limitan con la República Bolivariana de Venezuela".	
C-912-10	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	3148 de 2010: Por el cual se adicionan unos párrafos al artículo 1° del Decreto 2694 de 2010, modificado por el Decreto 2799 de 2010, "por el cual se adoptan medidas tributarias transitorias para estimular la actividad económica en los municipios que limitan con la República Bolivariana de Venezuela.	Exequible
PRIMER GOBIERNO DE JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN			
C-156-11	Mauricio González Cuervo	4580 de 2010: "Por el cual se declara el estado de emergencia económica, social y ecológica por razón de grave calamidad pública".	Exequible
C-193-11	Mauricio González Cuervo	4702 de 2010: Por el cual se modifica el Decreto-ley 919 de 1989: "Por cual se organiza el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres y se dictan otras disposiciones".	Parcialmente Exequible
C-194-11	Humberto Sierra Porto	4830 de 2010: Por el cual se modifica el Decreto 4702 de 2010, "por el cual se modifica el Decreto-ley 919 de 1989", "por cual se organiza el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres y se dictan otras disposiciones.	Parcialmente Exequible
C-217-11	Jorge Iván Palacio Palacio	16 de 2011: Por el cual se crea la figura del "empleo de emergencia" para los damnificados por la emergencia económica, social y ecológica declarada por el Decreto 4580 de 2010.	Inexequible
C-218-11	Gabriel Eduardo Mendoza Martelo	17 de 2011: "Por medio del cual se adoptan medidas en materia de salud con el fin de hacer frente a la	Inexequible

		emergencia económica, social y ecológica declarada por el Decreto 4580 de 2010".	
C-219-11	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	15 de 2011: "Por el cual se establecen los límites máximos de velocidad para garantizar la seguridad vial en el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".	Inexequible
C-222-11	Gabriel Eduardo Mendoza Martelo	4673 de 2010: "Por el cual se adiciona el artículo 38 de la Ley 1333 de 2009, y se dictan otras disposiciones para atender la situación de desastre nacional y de emergencia económica, social y ecológica nacional, "por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones".	Condicionamente exequible
C-223-11	Luis Ernesto Vargas Silva	4674 de 2010: "Por el cual se dictan normas sobre evacuación de personas y se adoptan otras medidas".	Exequible
C-224-11	Luis Ernesto Vargas Silva	4822 de 2010: "Por el cual se suspenden restricciones para la operación de las pistas de los aeropuertos nacionales e internacionales en el territorio nacional y se dictan otras disposiciones para atender la situación de desastre nacional y de emergencia económica, social y ecológica nacional".	Exequible
C-225-11	Gabriel Eduardo Mendoza Martelo	4827 de 2010: "Por el cual se dictan disposiciones relacionadas con la prestación del servicio educativo con ocasión de la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica".	Exequible
C-226-11	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	4829 de 2010: "Por el cual se adiciona la Ley 1341 de 2009 con el fin de	Condicionamente exequible

		atender la situación de emergencia económica, social y ecológica de la que trata el Decreto 4580 de 2010".	
C-227-11	Juan Carlos Henao Pérez	4628 de 2010 "Por el cual se dictan normas sobre expropiación por vía administrativa y se adoptan otras medidas".	Parcialmente exequible
C-240-11	Luis Ernesto Vargas Silva	4831 de 2010: "Por el cual se destinan recursos para conjurar la crisis e impedir la extensión de los efectos causados por el fenómeno de La Niña".	Condicionamente exequible
C-241-11	Humberto Sierra Porto	4703 de 2010: Por el cual se decretan medidas sobre fuentes de financiamiento en virtud del estado de emergencia económica, social y ecológica declarado mediante el Decreto 4580 de 2.010.	Condicionamente exequible
C-242-11	Gabriel Eduardo Mendoza Martelo	4820 de 2010: "Por el cual se dispone la enajenación de una participación accionaria de la Nación en Ecopetrol S. A".	Inexequible
C-243-11	Mauricio González Cuervo	4825 de 2010: Por el cual se adoptan medidas en materia tributaria en el marco de la emergencia económica, social y ecológica declarada por el Decreto 4580 de 2010.	Exequible
C-244-11	Juan Carlos Henao Pérez	4832 de 2010: "Por el cual se dictan disposiciones en materia de vivienda para hacer frente a la emergencia económica social y ecológica nacional".	Condicionamente exequible
C-251-11	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	4819 de 2010: "Por el cual se crea el Fondo Adaptación".	Exequible
C-252-11	Luis Ernesto Vargas Silva	130 de 2011: "Por el cual se modifica el Decreto 16 de 2011, "por el cual se crea la figura del `empleo de emergencia´ para los damnificados por la emergencia	Inexequible

		económica, social y ecológica declarada por el Decreto 4580 de 2010".	
C-257-11	Juan Carlos Henao Pérez	143 de 2011: Por el cual se adiciona un numeral al artículo 1o y se modifica el artículo 2o del Decreto 4628 de 2010, "por el cual se dictan normas sobre expropiación por vía administrativa y se adoptan otras medidas".	Inexequible
C-264-11	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	142 de 2011: Por el cual se adiciona el Decreto 4819 de 2010, "por el cual se crea el Fondo Adaptación".	Inexequible
C-272-11	María Victoria Calle	4823 de 2010: "Por medio del cual los contratistas y concesionarios del Estado deberán contribuir solidariamente a la atención de la emergencia económica, social y ecológica".	Parcialmente exequible
C-274-11	María Victoria Calle Correa	4627 de 2010: "Por el cual se dictan disposiciones para hacer frente a la emergencia económica, social y ecológica y se modifica el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2010".	Condicionamente exequible
C-275-11	María Victoria Calle Correa	4833 de 2010: "Por el cual se decretan medidas asociadas al sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, tendientes a conjurar el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica decretado mediante Decreto 4580 de 2010".	Exequible
C-296-11	María Victoria Calle Correa	4826 de 2010: Por el cual se adiciona la Ley 785 de 2002 y se dictan otras disposiciones para hacer frente a la emergencia económica, social y ecológica nacional, "por la cual se dictan disposiciones relacionadas con la administración de los bienes incautados en aplicación de las Leyes 30 de 1986 y	Parcialmente exequible

		333 de 1996”.	
C-299-11	Jorge Iván Palacio Palacio	4821 de 2010: “Por el cual se adoptan medidas para garantizar la existencia de suelo urbanizable para los proyectos de construcción de vivienda y reubicación de asentamientos humanos para atender la situación de desastre nacional y de emergencia económica, social y ecológica nacional”.	Exequible
C-300-11	Jorge Iván Palacio Palacio	4828 de 2010: “Por el cual se dictan disposiciones para atender la situación de desastre nacional y de emergencia económica, social y ecológica por grave calamidad pública declarada en el territorio colombiano e impedir la extensión de sus efectos”.	Condicionamente exequible
C-216-11	Juan Carlos Henao Pérez	20 de 2011: “Por el cual se declara el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por razón de grave calamidad pública”.	Inexequible
C-216-11	Juan Carlos Henao Pérez	144 de 2011: “Por el cual se expiden algunas disposiciones para facilitar la actuación de las autoridades departamentales y municipales en la atención de los efectos generados por el Fenómeno de La Niña”.	Inexequible
C-245-11	Humberto Antonio Sierra Porto	127 de 2011: “Por el cual se dictan disposiciones relacionadas con la inversión de recursos para garantizar la prestación del servicio público educativo con ocasión de la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica”.	Inexequible
C-246-11	Humberto Antonio Sierra Porto	146 de 2011: Por medio del cual se establecen medidas de eficiencia y control en el manejo y protección de los recursos públicos destinados a la	Inexequible

		atención de la emergencia económica, social y ecológica y se dictan otras disposiciones”.	
C-254-11	Gabriel Eduardo Mendoza Martelo	126 de 2011: “Por medio del cual se adoptan medidas en materia de riesgos, seguro agropecuario y crédito agropecuario, para atender la situación de emergencia económica, social y ecológica por grave calamidad pública declarada en el territorio colombiano e impedir la extensión de sus efectos”.	Inexequible
C-255-11	María Victoria Calle	128 de 2011: “Por el cual se adoptan medidas especiales en materia tributaria, aduanera y cambiaria para los damnificados o afectados por el Fenómeno de La Niña 2010-2011”.	Inexequible
C-256-11	Juan Carlos Henao Pérez	129 de 2011: “Por el cual se dictan disposiciones en materia de servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica, gas natural, acueducto, alcantarillado y aseo para hacer frente a la emergencia económica, social y ecológica declarada por el Decreto 20 de 2011”.	Inexequible
C-276-11	Mauricio González Cuervo	141 de 2011: “Por el cual se modifican los artículos 24, 26, 27, 28, 29, 31, 33, 37, 41, 44, 45, 65 y 66 de la Ley 99 de 1993, y se adoptan otras determinaciones, "por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones”.	Inexequible
C-278-11	Jorge Iván	125 de 2011: “Por el cual se crea el	Inexequible

	Palacio Palacio	Programa Especial de Reforestación y se dictan otras disposiciones en desarrollo del Decreto número 20 de 2011, "por el cual se declara el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por razón de grave calamidad pública".	
C-336-11	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	145 de 2011: "Por el cual se modifica el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2011".	Inexequible
SEGUNDO GOBIERNO DE JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN			
C-670-15	María Victoria Calle Correa	1770 de 2015: " Por el cual se declara el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en parte del territorio nacional".	Exequible
C-700/15	Gloria Stella Ortiz Delgado	1771 de 2015: "Por el que se levantan algunas restricciones existentes".	Exequible
C-702-15	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	1772 de 2015: "Por el que se establecen disposiciones excepcionales para garantizar la reunificación familiar de nacionales deportados".	Exequible
C-671-15	Alberto Rojas Ríos	1773 de 2015: "Por el que se autoriza celebración de convenios interadministrativos para ejecución de recursos públicos".	Exequible
C-722-15	Myriam Ávila Roldán	1802 de 2015: Se desarrolla el Decreto 1770 de 2015 y autoriza tráfico férreo.	Inexequible
C-701-15	Luis Guillermo Guerrero Pérez	1818 de 2015: "Por el que se adoptan medidas tributarias transitorias para estimular la actividad económica".	Exequible
C-703-15	Jorge Iván Palacio Palacio	1819 de 2015: "Por el que se dictan medidas en materia de vivienda".	Exequible
C-723-15	Luis Ernesto Vargas Silva	1820 de 2015: "Por el que se dictan medidas de para incentivar la actividad económica y la creación de empleo".	Exequible
C-724-15	Luis Ernesto	1821 de 2015: "Por el que se amplía la	Exequible

	Vargas Silva	destinación de unos recursos para promover la empleabilidad”.	
C-751-15	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	1978 de 2015: “Por el que se adoptan medidas para garantizar aseguramiento al régimen subsidiado de migrantes colombianos repatriados de Venezuela”.	Exequible
C-753-15	Jorge Iván Palacio Palacio	1979 de 2015: “Por el que se desarrolla el Decreto 1770 de 2015 y se autoriza la generación de energía eléctrica en el proyecto hidroeléctrico el Quimbo”.	Inexequible

BIBLIOGRAFÍA

1. Doctrina.

ADARVE CALLE, Lina. *La ley de los caballos de 1.888: entre la búsqueda del “orden” y la construcción de un enemigo*. En Revista Nuevo foro penal. Volumen 7. N°. 78. Universidad EAFIT. Medellín. Enero-junio de 2012.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción*. Homo Sacer II. Trad. COSTA, Flavia et al. Adriana Hidalgo editora. Buenos Aires. 2004.

AGUILAR ANDRADE, Juan Pablo. *Entre la retórica de lo nuevo y la persistencia del pasado: la Corte Constitucional y los estados de excepción*. En Iuris Dictio. Universidad San Francisco de Quito. Año 10 Vol. 13. Quito. Enero de 2013.

AGUILERA PEÑA, Mario. *Insurgencia urbana en Bogotá. Motín, conspiración y guerra civil, 1893- 1895*. Bogotá: Instituto colombiano de Cultura. 1997.

APONTE CARDONA, Alejandro. *Guerra y Derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Bogotá: Editorial Gustavo Ibáñez. 2006.

APONTE, Alejandro. *El derecho penal en una perspectiva de paz: De la tensión entre “eficientismo” y garantismo en el caso colombiano*. [on line] En Centro de estudios de justicia de las Américas. 2015. [citado 05-01-2017]. Disponible en: <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/663.pdf>

AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. Primera sección de la segunda parte, cuestión 96, artículo 6. Biblioteca de autores cristianos. Madrid. 1989.

ATIENZA, Manuel. *Constitucionalismo y derecho penal*. En MIRENTXU Corcoy. *Constitución y derecho penal*. Madrid: Editorial Marcial Pons. 2012.

AYALA DIAGO, César Augusto. *El cierre del Congreso de 1949*. En Revista Credencial Historia. Edición 162. Bogotá. Junio de 2003.

BARBOSA CASTILLO, Gerardo y otro. *Bien jurídico y derechos fundamentales. Sobre un concepto de bien jurídico para Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1996.

BARRETO ROZO, Antonio. *La generación del estado de sitio. El juicio a la anormalidad institucional en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991*. Bogotá: Universidad de los Andes. 2011.

BECCARÍA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Madrid: Editorial Tecnos. 2008.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *La revolución conservadora en el derecho constitucional norteamericano*. En Revista de estudios políticos. Centro de estudios Políticos y constitucionales. Núm. 129. Madrid. julio-septiembre de 2005.

BENDA, Ernesto. *El Estado Social de Derecho*. En BENDA Ernesto y otros. *Manual de derecho constitucional*. Marcial Pons, ediciones jurídicas. Trad. LÓPEZ Pina, Antonio. Barcelona, 2001.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo derecho penal. Principios y desafíos del derecho penal de hoy*. Madrid: lustec. 2012

BERMÚDEZ DURANA, Fernando y TABORDA BURGOS, Juan Camilo. *Los estados de excepción en Colombia: ¿Un diseño institucional adecuado para el balance de poderes?* Bogotá: Ediciones Uniandes. 2011.

BERNAL CUÉLLAR et. al. *El proceso penal. Tomo II. Estructura y garantías procesales.* 6 edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2013.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.* Cuarta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2014.

BERNATE OCHOA, Francisco. *La lesividad penal: de la interdicción de la arbitrariedad a la prohibición de defecto.* En VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Et. al. *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado.* Tomo I. Bogotá: Editorial Ibáñez, Universidad de los Andes. 2013.

BIDART CAMPOS, German J. *La constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino) cuestiones constitucionales.* En Revista Mexicana de derecho Constitucional. N°. 6. México. Enero-junio de 2002.

BOMBILLAR SÁENZ, Francisco. *El sistema constitucional del Reino Unido.* En Revista de Derecho Constitucional Europeo [on line]. Año 8., Núm. 15. Enero-junio de 2011. [citado 22-03-2016]. Disponible en: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE15/articulos/03FMBombillar.htm>

BUSHNELL, David. Colombia. *Una nación a pesar de sí misma: de los tiempos precolombinos a nuestros días.* Bogotá: Editorial Planeta. 1996.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, y HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal.* Vol. I. Madrid: Editorial Trotta. 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J., y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid: Trotta. 2004.

CAJAS SARRIA, Mario Alberto. *La Corte Suprema de Justicia bajo el gobierno del general Gustavo Rojas Pinilla*. En Revista de estudios sociales. Universidad de los Andes. Bogotá. Septiembre-diciembre de 2014.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*. Barcelona: José María Bosch editor. 1998.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. Imputación a la víctima*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1998.

CARBONELL, Miguel et. al. *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. México: Siglo XXI editores. 2002.

CARRARA, Francesco. *Programa del curso de Derecho Criminal. Parte General. Vol. I* Buenos Aires: Editorial Depalma. 1944.

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. *Los estados de excepción constitucional en Colombia. Ius et praxis*. Chile: Universidad de Talca. 2002.

COPETE LIZARRALDE, ÁLVARO. *Lecciones de derecho constitucional colombiano: Apuntes de clases*. Bogotá: Universidad Nacional. 1973.

COTINO HUESO, Lorenzo. Legislación militar y de defensa en España: Desarrollo y retos constitucionales pendientes. En *Ámbito Jurídico*. [on line]. No. 36. Enero de 2007. [citado 25-01-2017]. Disponible en: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1435#_ftnref72

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales*. En MIR PUIG, Santiago. *Constitución y sistema penal*. Madrid: Editorial Marcial Pons. 2012.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Madrid: Tecnos. 1984.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. *El nuevo derecho de excepción*. En Revista española de Derecho constitucional. Centro de estudios políticos y constitucionales. Vol. 1 Madrid. 2 mayo-agosto de 1981.

DE VEGA GARCÍA, Pedro. En RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo. *Límites a la reforma constitucional en Colombia: el concepto de Constitución como fundamento de la restricción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005.

ELSTER, Jon. *Ulises y las sirenas: Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. Trad. UTRILLA, Juan José. México: Fondo de cultura económica. 1989.

ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo G. *Los estados de excepción en Uruguay: hipótesis, aprobación y controles jurídicos o jurisdiccionales*. *Ius et Praxis* [online]. 2002, vol.8, n.1 [citado 06-01-2016]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100010&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000100010>.

FAVOREU, Louis Joseph. *La Constitucionalización del derecho*. Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile. Volumen 12. Número 1. Valdivia, agosto de 2001.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho penal liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2002.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel. 2005.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El estado de excepción en el derecho constitucional español*. Editorial Revista de Derecho privado. Madrid. 1973.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta. 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *El principio de lesividad como garantía penal*. En Revista nuevo foro penal. Vol. 8. Núm. 79. Universidad EAFIT. Medellín. 2012.

GAITÁN AYALA, Jorge Eliécer. *1928: La Masacre de las bananeras*. Bogotá: Editorial cometa de papel. 1997.

GARCÍA CAMINO, Bernardo y RASCADO PÉREZ, Javier. *La revisión constitucional de la legislación de los estados de excepción. Una nueva figura en el derecho procesal constitucional mexicano*. En Revista de estudios constitucionales. Núm. 2. Talca: Universidad de Talca. 2013.

GARCÍA CUADRADO, Antonio María. *El ordenamiento constitucional. Un enfoque histórico y formal de la teoría de la constitución y de las fuentes del derecho*. Alicante: Editorial club universitario. 2002.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*. 6 edición. Valencia: Tirant lo Blanch. 2007.

GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el Estado Democrático*. Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca. 1996.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y otro. *¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? Una defensa prudente del control judicial de los estados de excepción*. Dejusticia. Bogotá. 2005.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *La eficacia simbólica del derecho: sociología política del campo jurídico en América Latina*. Segunda edición. Bogotá: IEPRI-Debate. 2014.

GIRALDO ÁNGEL, Jaime. *Metodología y técnicas de la investigación jurídica*. Ibagué: Ediciones Unibagué. 2012.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *El principio de la antijuridicidad material. Regulación y aplicación*. Tercera edición. Bogotá: Editorial Gustavo Ibáñez. 2003.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Introducción al Derecho penal Constitucional*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica. 2013.

GONZÁLEZ MORENO, Beatriz. *El estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid: Universidad de Vigo. Civitas. 2002.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2003.

HASSEMER, Winfried. *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*. Trad. ZIFFER, Patricia S. En *Revista Doctrina Penal*. Núm. 46/47. Depalma. abril-septiembre 1989.

HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. Trad. LARRAURI, Elena. En revista Nuevo Foro Penal. N° 51. Bogotá: Editorial Temis. 1991.

HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*. En Varios Autores. *Pena y Estado*, Santiago: Editorial Jurídica Conosur. 1995.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Trad. MUÑOZ Conde, Francisco et. al. Bogotá: Editorial Temis. 1999.

HASSEMER, Winfried. *El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales*. En VON HIRSCH, Andrew et. al. *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier libros jurídicos. 2012.

HOLMES, Stephen. *Precompromisos y la paradoja de la democracia*. [online]. [citado 2016-07-16]. Disponible en: <<http://www.fcpolit.unr.edu.ar>>

ITURRALDE, Manuel. *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*. Bogotá: Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana. 2010.

JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal*. Trad. CANCIO MELIÁ, Manuel. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1994.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ, José Luis. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas S.A. 1995.

JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Trad. PEÑARANDA RAMOS, Enrique et. al. Madrid: Civitas. 1997.

JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Trad. CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J. *La Constitución Nacional*. Ed. Cámara de senadores. Tomo III. Montevideo, 1998.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II Filosofía y Ley Penal, Buenos Aires: Editorial Losada. 1950.

KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. Buenos Aires: Editorial B de F. 2011.

KINDHÄUSER, Urs. *Tendencias del derecho penal contemporáneo*. Bogotá: Ediciones USTA. 2012.

LESCH, Heiko. *La función de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1999.

LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*. Madrid: Editorial Aguilar. 1969.

MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Parte general. Fundamentos. 2da edición. Buenos Aires. Editores del Puerto.

MARAVÉR GÓMEZ, Mario. *El principio de confianza en el derecho penal: Un estudio sobre la aplicación del principio de autoresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*. Navarra: Editorial Civitas/Thomson. 2009.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio. *La crisis de la justicia penal en Colombia. Promesas constitucionales incumplidas*. Bogotá: Editorial Temis. 1999.

MELÉNDEZ FLORENTÍN, Los derechos fundamentales en los estados de excepción según el derecho internacional de los derechos humanos. Universidad Complutense. Madrid. 1997.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Montevideo. Editorial B de F, segunda edición, 2002.

MIR PUIG, Santiago y otros. *Política Criminal y reforma del Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Temis. 1982.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. quinta edición. Barcelona. 2002.

MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal*. Madrid: Iustel. 2011.

MONTOYA MEDINA, Luis Eduardo. *La excepción se hace regla*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Bogotá: Editorial Temis. 1999.

MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*. Trad. CANCIO MELIÁ, Manuel y PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2001.

NIKKEN, Claudia. *Aproximación crítica a la regulación de los estados de excepción en Venezuela*. En *Ius et Praxis*. Universidad de Talca, Chile. 2002.

NAUCKE, Wolfgang. *La prohibición de regreso en derecho penal*. Trad. CANCIO Meliá, Manuel. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1998.

NEGRETTO, Gabriel. *El Problema de la Emergencia en el sistema constitucional*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. 1994.

NIEVA FENOLL, Jordi. *La razón de ser de la presunción de inocencia*. Revista para el análisis del derecho. Núm. 1. Universitat Pompeu Fabra. Barcelona. 2016.

PALACIOS MEJÍA, Hugo. *La economía en el Derecho Constitucional Colombiano*. Biblioteca ANIF. Bogotá. 1975.

PAREDES, Zioly y DÍAZ, Nordelia. *Los orígenes del Frente Nacional*. En *Presente y pasado*. Revista de Historia. Año 12. Universidad de los Andes. Bogotá. Enero-junio de 2007.

PÉREZ, Francisco de Paula. *Derecho Constitucional colombiano*. Bogotá: Editorial Lerner. 1967.

PÉREZ MOTTA, Pedro Pablo. *La emergencia económica: ¿Un instrumento financiero público eficaz para las épocas de crisis?* Bogotá: ESAP. 2005.

PÉREZ PÉREZ, Alberto. *Los sistemas constitucionales de Alemania y Uruguay frente a estados de excepción*. En DEMASI, Carlos et al. *Estado de Derecho y estado de Excepción*. Montevideo: Ediciones Trilce. 1999.

PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. *Los principios generales del proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004.

PINON, Stéphane. *El Sistema Constitucional de Francia*. En *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. [on line] Año 7. Num. 14. Julio- diciembre de 2010. [citado 22-03-2016]. Disponible en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE14/articulos/001SPinon.htm#ocho>

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos fundamentales*. Editorial Trotta. Madrid. 2003.

PRIETO SANCHIS, Luis. *Garantismo y derecho penal*. 1 edición. Madrid: Iustel. 2011.

PULECIO BOEK. *La teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal*. Bogotá: Ediciones Depalma. Universidad Javeriana. 2012.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando y QUINCHE RAMÍREZ, Víctor Alberto. *La excepcionalidad y las prácticas dictatoriales en las constituciones de los países andinos*. En BARTOLOMÉ RUIZ, Castor y QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. *Justicia, estados de excepción y memorial*. Bogotá: Universidad del Rosario. 2011.

QUINTERO LYONS, Josefina et al. *La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia*. En *Revista jurídica Mario Alario D'Filippo*. Universidad de Cartagena. Vol. 3. Núm. 1. 2011.

RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y derecho*. Bogotá: Editorial Temis. 2005.

REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. Bogotá: Editorial Temis. 2005.

REYES, Catalina. *El gobierno de mariano Ospina Pérez*. En Nueva Historia de Colombia. Tomo II. Bogotá: Editorial Planeta. 1989.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. *Los estados de excepción constitucional en Chile*. En ius et praxis. Vol. 8. Núm. Talca: Universidad de Talca.

ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*. Trad. CANCIO, Manuel y ORTIZ DE URBINA, Íñigo. Madrid: Marcial Pons. 2012.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *Dogmática de los límites al derecho penal*. En VON HIRSCH, Andrew et. al. *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier libros jurídicos. 2002.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Perfecto. *La dictadura, una institución democrática en la Roma republicana*. En Liber Amicorum. Colección de Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. D José Pérez Montero. Tomo III. Oviedo: Universidad de Oviedo. 1988.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Expansión del derecho penal y límites constitucionales*. En Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo I. fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. LUZÓN Peña, Diego-Manuel et. al.. Madrid: Editorial Civitas. 1997.

ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima: Grijley. 2007.

RUBIO CORREA, Marcial. *Para conocer la Constitución de 1993*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 2010.

SÁCHICA APONTE, Luis Carlos. *Constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Editorial Temis. 1983.

SACRISTÁN, Estela. *Control judicial del estado de sitio y de la intervención estatal*. En ALBERTSEN, Jorge et. al. *Cuestiones de control de la administración pública*. Buenos Aires: Ediciones RAP. 2010.

SAGER, Lawrence. *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Madrid: Marcial Pons. 2007.

SALAZAR UGARTE, Pedro. *Estado de excepción, suspensión de derechos y jurisdicción*. México: UNAM. 2013.

SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. *Imputación objetiva y delito imprudente*. En AA.VV. *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Editorial Civitas. 1999.

SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando. *Derecho parlamentario español*. Madrid: Editorial Dykinson. 2013.

SCHILLACI, Angelo. *El sistema constitucional de Italia*. En *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. [on line] Año 7. Núm. 14. Julio- diciembre de 2010. [citado 22-03-2016]. Disponible en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE14/articulos/01AngeloSchillaci.htm>

SCHMITT, Carl. *La dictadura*. Trad. DÍAZ García, José. Madrid: Ediciones de la Revista de Occidente. 1968.

SCHNEIDER, Hans-Peter. *Problemas de la Constitución de emergencia y de la legislación de emergencia a la luz de la ley Fundamental*. En DEMASI, Carlos et al. *Estado de Derecho y estado de Excepción*. Montevideo: Ediciones Trilce. 1999.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del derecho penal en un estado de derecho liberal*. En VON HIRSCH, Andrew et. al. *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier libros jurídicos. 2012.

SERRANO ALBERCA, José Manuel. En GARRIDO Falla, Fernando. *Comentarios a la constitución*. Tercera edición. Madrid: Editorial Civitas. 2001.

SERRATORE, Constanza. *Del homo sacer y el iustitium: dos figuras de la excepción soberana. De Roma a nuestros días*. En revista Pléyade. Año III. N°. 6. Centro de análisis e investigación política. Santiago de Chile. Julio-diciembre de 2010.

SIERRA PORTO, Humberto. *Concepto y tipos de ley en la constitución colombiana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

SILES VALLEJOS, Abraham. *La dictadura en la República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción constitucional*. En Derecho PUCP N°. 73. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 2004.

SOUSA SANTOS, Boaventura de y GARCÍA Villegas, Mauricio. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo I. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes. 2001.

TENORIO SÁNCHEZ, Pedro. *Constitución y legislación antiterrorista*. En Revista de Derecho político. N°. 71-72. Madrid: UNED. 2008.

TITO LIVIO. *Historia de Roma desde su fundación*. 2,18, 4. Trad. VILLAR Vidal, Jesús Antonio. Madrid: Planeta Deagostini. 1998.

TOBÓN TOBÓN, Mary Luz. *La imposibilidad de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales durante los estados de excepción en Colombia: Análisis desde el derecho constitucional e internacional de los derechos humanos*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. 2016.

TORRES VÁSQUEZ, Henry. *Terrorismo de Estado y Derecho Penal*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. 2010.

URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. *La nueva estructura probatoria del proceso penal*. Segunda edición. Bogotá: Ediciones Nueva jurídica. 2011.

URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. *El control de la acusación. Una reflexión sobre los límites del poder de acusar en el Estado constitucional de derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2013.

VALADÉS, Diego. *La dictadura constitucional en América Latina*. México: Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Autónoma de México. 1974.

VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de batalla: una crítica al constitucionalismo colombiano*. Segunda Edición. Bogotá: Fondo Editorial CEREC. 1997.

VALLEJO, Manuel. *Derechos fundamentales del proceso penal*. Medellín: Colección Autores Extranjeros. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez C Ltda. 2004.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de derecho penal*. Parte General. Bogotá: Editorial Temis. 2002.

VELASQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *La culpabilidad y el principio de culpabilidad*. En Revista de Derecho y ciencias políticas. Vol. 50. Lima, 1993.

VIDAL PRADO, Carlos. *Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga*. En Revista española de derecho constitucional. Núm. 92. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid. Mayo-agosto de 2011.

VILA CASADO, Iván. *Nuevo Derecho Constitucional. Antecedentes y fundamentos*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2002.

VÍRGALA FORURIA, Eduardo. Suspensión de derechos. En Diccionario Iberoamericano de Dererechos Humanos y Fundamentales . programa regional de apoyo a las Defensorías del Pueblo en Iberoamerica. [on line] 10/05/2011. [citado 15-01-2017]. Disponible en: http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/124.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Parte general. 3 edición castellana. Trad. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y YAÑEZ PÉREZ, Sergio. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 1957.

WOHLERS, Wolfgang. *Derecho penal como ultima ratio ¿Principio fundamental del derecho penal de un Estado de derecho o principio sin un contenido expresivo propio?* En VON HIRSCH, Andrew et. al. *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier libros jurídicos. 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal*. Parte General. 4 Edición Buenos Aires: Ediar. 1985.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Bogotá: Ediciones Gustavo Ibáñez. Universidad Santo Tomás. 2006.

ZAMORA ÁVILA, Martha Lucía. *Legislación de orden público en el gobierno colombiano de 1980 a 1990 y las disposiciones del estado de sitio que se adoptaron como legislación permanente con posterioridad a la promulgación de la Constitución de 1991*. En *Política criminal y reforma penal*, libro homenaje al Prof. Dr. D. Juan del Rosal, Madrid: Editorial de derechos reunidas. 1993.

2. Jurisprudencias y textos institucionales.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Gaceta Constitucional N° 76 de mayo 18 de 1991.

CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *El derecho a la justicia como garantía de no repetición*. Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica. 2016.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Colombia*. 1981.

_____. *Informe sobre la situación de Derechos Humanos en Colombia. Conclusiones y recomendaciones.* Washington. 2004.

_____. *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas.* OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13 30 diciembre 2013.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

_____. Sentencia C-557 de 1992. M.P. Simón Rodríguez Rodríguez.

_____. Sentencias C-587 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

_____. Sentencia C-034 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia C-035 de 1993 M.P. Fabio Morón Díaz.

_____. Sentencias C-052 de 1993. M.P. Jaime Sanín Greiffenstein.

_____. Sentencia C-059 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia C-076 de 1993. M.P. Jaime Sanín Greiffenstein.

_____. Sentencia C-093 de 1993. M.P. Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencias C-150 de 1993. M.P. Fabio Morón Díaz.

_____. Sentencia C-171 de 1993. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

- _____ . Sentencia C-337 de 1993. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- _____ . Sentencia C-415 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández.
- _____ . Sentencia C-426 de 1993 M.P. Hernando Herrera Vergara.
- _____ . Sentencia C-504 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz.
- _____ . Sentencia C-565 de 1993. M.P. Hernando Herrera Vergara.
- _____ . Sentencia C-179 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz
- _____ . Sentencia C-038 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- _____ . Sentencia C-345 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- _____ . Sentencia C-466 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- _____ . Sentencia C-489 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- _____ . Sentencia C-503 de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara.
- _____ . Sentencia C-070 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- _____ . Sentencia C-113 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- _____ . Sentencia C-125 de 1996. M.P. Jorge Arango Mejía.
- _____ . Sentencia C-394 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

_____. Sentencia C-013 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

_____. Sentencia C-122 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz

_____. Sentencia C-144 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia C-239 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

_____. Sentencia C-456 de 1997. M.P. Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia C-472 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

_____. Sentencia C-659 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

_____. Sentencia T-153 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia C-404 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia C-083 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

_____. Sentencia C-156 de 1999. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

_____. Sentencia C-272 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. Sentencia C-559 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero

_____. Sentencia C-843 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

- _____ . Sentencia C-392 de 2000 M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- _____ . Sentencia C-996 de 2000 M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- _____ . Sentencia C-1164 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- _____ . Sentencia C-173 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- _____ . Sentencia C-177 de 2001. M.P. Fabio Morón Díaz.
- _____ . Sentencia C-774 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- _____ . Sentencia C-226 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- _____ . Sentencia C-317 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- _____ . Sentencia C-420 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- _____ . Sentencia C-802 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- _____ . Sentencia C-916 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- _____ . Sentencia C-939 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- _____ . Sentencia C-1007 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- _____ . Sentencia C-1024 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- _____ . Sentencia C-149 de 2003. M.P. Manuel Cepeda Espinosa.

- _____ . Sentencia C-205 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández
- _____ . Sentencia C-356 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería
- _____ . Sentencia C-740 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- _____ . Sentencia T-760 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- _____ . Sentencia. C- 1198 de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
- _____ . Sentencia C-070 de 2009. M.P. Humberto Sierra Porto.
- _____ . Sentencia C-159 de 2009. M.P. Humberto Sierra Porto.
- _____ . Sentencia C-224 de 2009- M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- _____ . Sentencia C-225 de 2009. M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez.
- _____ . Sentencia C-226 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- _____ . Sentencia C-636 de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo.
- _____ . Sentencia C-252 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- _____ . Sentencia C-156 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo.
- _____ . Sentencia C 216 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez
- _____ . Sentencia C-219 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- _____ . Sentencia C 226 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa.

_____. Sentencia C-249 de 2012. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

_____. Sentencia T-388 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa.

_____. Sentencia C-579 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

_____. Sentencia C-328 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-9-87 del 6 de octubre de 1987.

_____. Caso Castillo Petrucci y otros. Sentencia del 30 de mayo de 1999.

_____. Caso Cantoral Benavides. Sentencia del 18 de agosto de 2000.

_____. Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Plena. Sentencia de 5 de mayo de 1978.

_____. Sala de Casación Plena. Sentencia 59 de 24 de mayo de 1990.

_____. Sala de Casación Plena. Sentencia 138 de 9 de octubre de 1990.
M.P. Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz.

_____. Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de marzo de 2003. Rad.
11631.

_____. Sala de Casación Penal. Sentencia del 14 de julio de 2004.

_____. Sala de Casación Penal. Sentencia de 8 de agosto de 2005.
Radicación 18609. M.P. Herman Galán Castellanos.

_____. Sala de Casación Penal. Sentencia de marzo 30 de 2006.
Radicación 22813. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

_____. Sala de Casación Penal. Sentencia de 26 de abril de 2006.
Radicación 24612. Jorge Luis Quintero Milanés.

_____. Sala de Casación Penal. Sentencia de 23 de agosto de 2006.
Radicación 25745. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

_____. Sala de Casación Penal. Sentencia de 19 de octubre de 2006.
Radicación 19499. Julio Enrique Socha Salamanca

_____. Sala de Casación Penal. Sentencia de 19 de agosto de 2007.
Radicado 26565. María del Rosario González de Lemos.

_____. Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 de abril de 2008.
Radicado 23754. Sigifredo Espinosa Pérez

_____. Sala de Casación Penal. Sentencia de 18 de noviembre de 2008.
Radicación 29183. José Leonidas Bustos Martínez.

_____. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de marzo de 2009.
Radicado 31103. Sigifredo Espinosa Pérez.

_____. Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de mayo de 2009.
Radicado 31147. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

_____. Sala de Casación Penal. Sentencia de 13 de mayo de 2009. Rad. 31362. Julio Enrique Socha Salamanca.

_____. Sala de Casación Penal. Sentencia de 10 de marzo de 2010. Rad. 32422. Julio Enrique Socha Salamanca.

_____. Sala de Casación Penal. Sentencia de agosto 25 de 2010. Radicación. 31407. M.P. María del Rosario González de Lemos.

_____. Sala de Casación Penal. Auto del 1 de agosto de 2011. Rad. 29877

_____. Sala de Casación Penal. Sentencia de 25 de mayo de 2016. Rad. 43837. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. Oficina del Alto Comisionado para la Paz. *Jurisdicción Especial para la Paz*. [on line] [citado 26-01-2017]. Disponible en: <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Audios/PREGUNTASYRESPUESTAS.pdf>

NACIONES UNIDAS. Comité de Derechos Humanos. *Observación número 5. Suspensión de las obligaciones (artículo 4)*. 13º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 142. 1981.

_____. Consejo Económico y social. Comisión de derechos humanos. 41 período de sesiones. Tema 18. Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Parte II. 1984.

_____. Informe del Relator Especial Leandro Despouy sobre los derechos humanos y los estados de excepción. E/CN.4/Sub.2/1997/19. 23 de junio de 1997.

_____. Comité de Derechos humanos. Observación General N°. 29. Estados de emergencia (artículo 4). CCPR/C/21/Rev.1/Add.11. 31 de agosto de 2001.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Estados de Excepción. Procuraduría General de la Nación. Bogotá. 2004.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 83 de 2016.

TRIBUNAL SUPREMO. Sección séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Auto de 30 de mayo de 2011. Recurso 153/2011.

_____. Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo. Sentencia de 16 de abril de 2014. Recurso 554/2010. M.P. Nicolás Antonio Maurandi Guillén.