

# CONSTITUYENTE Y DERECHO PENAL (INVITACIÓN A UN DEBATE)

*Juan Oberto Sotomayor Acosta*  
*Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Medellín.*

## I. TEXTO DEL ACUERDO ENTRE LOS PARTIDOS POLÍTICOS MAYORITARIOS SOBRE EL TEMARIO A DEBATIR POR LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE, EN LO RELACIONADO CON LA JUSTICIA Y EL DERECHO PENAL

.....

### 2. Justicia y ministerio público

2.1. (p. 247) Posibilidad de dotar a la rama jurisdiccional y al ministerio público de los instrumentos jurídicos necesarios para hacer frente al terrorismo y a la criminalidad organizada, permitiendo que la ley regule mecanismos tales como la inversión de la carga de la prueba para determinar el origen legítimo de bienes, procedimientos de identificación y sanción de interpuestas personas, la negociación de penas por colaboración eficaz, el levantamiento del velo corporativo, el perdón judicial, el juez plural, la protección de la identidad de jueces y testigos, el pago de recompensas y el aumento significativo de sanciones penales, fiscales y pecuniarias. También para la creación de un régimen especial para la lucha contra el terrorismo que involucre la alternativa de creación de jurisdicciones especializadas, excepciones al principio de responsabilidad subjetiva, creación de tipos penales para prevenir y sancionar actos terroristas y procedimientos especiales que señalen los derechos constitucionales que pueden ser suspendidos para poder enfrentar con eficacia estas conductas delictivas. Así mismo, deferir a la ley la diferenciación entre el delito político, el delito común y el de terrorismo.

2.2. (p. 248) Posibilidad de establecer las bases del sistema acusatorio por medio de la fiscalía general de la nación o de otros procedimientos alternativos de investigación criminal. Posibilidad de atribuir a la ley la implantación de manera gradual del sistema que considere más conveniente y de señalar los delitos que serán sometidos a dicho sistema. Se podrá conservar el sistema inquisitivo para el tratamiento de determinados delitos y, en todo caso, se garantizará el respeto del principio universal del debido proceso.

2.3. Funciones del ejecutivo, para ser efectivo el principio constitucional del artículo 119, numeral 2°.

— Posibilidad de radicar la dirección de la investigación criminal en cabeza del ejecutivo para quitarle el carácter exclusivamente judicial a dicha actividad, con el fin de colaborar con la rama judicial.

— Revisión de los procedimientos para la concesión de indultos por la comisión de delitos políticos.

2.4. Posibilidad de permitir la participación de la comunidad en la integración, organización y funcionamiento de la administración de justicia a través de instituciones, como "jueces de paz" que fallarán en equidad, y posibilidad de elegir popularmente algunas categorías de estos "jueces".

2.5. Posibilidad de consagración del principio de democratización del acceso a la justicia y de delegar en la ley la facultad de determinar los casos en los cuales los ciudadanos requieren representación profesional y la manera de asegurar la efectividad de este principio.

2.6. Posibilidad de reconocer constitucionalmente que la instrucción adelantada por entidades administrativas o autoridades de policía para imponer sanciones debe respetar el debido proceso y las demás garantías constitucionales y, por ende, tiene valor probatorio ante los jueces.

2.7. Posibilidad de modificar el artículo 7° de la Constitución en lo relativo a división territorial de la administración de la justicia y de hacer más flexible la estructura de la rama, contemplando entre otras, la creación de jurisdicciones especializadas.

2.8. Posibilidad de atribuir a la ley la regulación de las siguientes materias:

- Nominación de despachos.
- Calidades, período, régimen punitivo de funcionarios, entre otros.

2.9. Posibilidad de trasladar competencias del legislativo al ejecutivo o al judicial para que, con base en "leyes marco", se regule la organización y el funcionamiento de la rama jurisdiccional o de estudiar mecanismos alternativos para asegurar el fortalecimiento de la rama.

2.10. Posibilidad de crear mecanismos para asegurar la autonomía de la rama, tales como:

- Creación de organismos de dirección y administración.

Ejercicio de la potestad reglamentaria en materias atinentes a la organización administrativa.

- (p. 249) Manejo presupuestal.
- Ampliación de la carrera judicial a todas sus instancias y administración de la misma.
- Revisión de la paridad política en la Corte Suprema de Justicia, en el Consejo de Estado y en el Tribunal Disciplinario.

2.11. Ministerio público.

- Posibilidad de revisar el régimen del ministerio público.
- Posibilidad de establecer nuevas atribuciones para asegurar la protección de los derechos humanos, el ejercicio de la potestad disciplinaria y la defensa de los intereses colectivos.

— Posibilidad de que el procurador y el máximo organismo disciplinario de la rama jurisdiccional impongan directamente sanciones disciplinarias, con base en el principio de "verdad sabida y buena fe guardada", con el fin de preservar la moralidad en el ejercicio de funciones públicas. La ley señalará los casos en los cuales excepcionalmente se aplicará este principio.

— Posibilidad de fortalecer la procuraduría para promover la sanción del enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, con inversión de la carga de la prueba, negociación de penas por colaboración eficaz y procedimientos para la identificación y sanción de interpuestas personas.

.....

#### **4. Derechos humanos. Posibilidad de estudiar**

4.1. La complementación del título tercero de la Carta mediante la consagración expresa de nuevos derechos políticos, económicos, sociales y culturales, la ampliación de los existentes y la incorporación de precisos deberes de los ciudadanos y de la sociedad.

Dentro de los nuevos derechos se incluirán, entre otros, los siguientes: el derecho a la educación, al medio ambiente sano y adecuado; al trabajo, a la salud, a la seguridad social; a la huelga, excepto en los servicios públicos esenciales; a la protección del patrimonio cultural; al acceso a la información, salvo la contenida en documentos reservados según la ley; los derechos del menor y del niño, etc.

4.2. Consagración expresa del derecho a la vida y a la integridad personal y delegación en la ley de su desarrollo, teniendo en cuenta, entre otros, los avances de la ciencia y la tecnología dentro de un marco de respeto por la dignidad humana.

4.3. El fortalecimiento de la Procuraduría General de la Nación para velar por la protección de los derechos humanos o la creación de otras instituciones encargadas de tutelarlos, tal como la defensoría de los derechos humanos.

4.4. El señalamiento de algunos derechos humanos que necesariamente serán aplicados de manera inmediata sin necesidad de reglamentación legal.

4.5. La consagración del recurso de amparo para la protección directa y oportuna de los derechos constitucionales en casos concretos.

4.6. **(p. 250)** El establecimiento de la obligatoriedad de su observancia por particulares y funcionarios públicos, con la fijación de un régimen de sanciones.

4.7. La extensión de los alcances del principio de prelación del interés público o social sobre el interés privado, como criterio orientador para la interpretación de las normas sobre derechos, tal como fue consagrado para la propiedad.

4.8. Establecimiento del principio según el cual, en tiempo de paz, solo el Congreso podrá reglamentar el ejercicio de los derechos humanos.

4.9. La consagración de la doble nacionalidad.

4.10. La consagración de acciones populares para la defensa de los intereses colectivos.

4.11. La consagración de la obligación del Estado de proteger los recursos naturales.

.....

## **8. Estado de sitio**

8.1. Posibilidad de realizar las siguientes modificaciones al artículo 121 de la Carta.

— Precisión de su carácter transitorio y posibilidad de prorrogarlo.

— Establecimiento de un tratamiento gradual para aplicar frente a las diversas situaciones de alteración del orden público.

— Precisión de los derechos y las garantías que serán inmodificables bajo el estado de sitio.

— Determinación con exactitud de aquellos derechos y garantías que podrán ser restringidos y suspendidos.

— Reunión del Congreso o de la comisión legislativa por derecho propio.

— Obligatoriedad de rendir un informe sobre las causas y el alcance de las medidas y obligación del Congreso o de la comisión legislativa de pronunciarse sobre dicho informe.

— Preservación del control automático de constitucionalidad.

— Fortalecimiento de la acción de la Procuraduría para la defensa de los derechos humanos.

— Asimilación del derecho de gentes al derecho internacional humanitario.

8.2. Posibilidad de revisar el artículo 28 y de instaurar la intervención inmediata del procurador general de la nación en los casos de su utilización.

## II. INVITACIÓN A UN DEBATE

El texto del acuerdo entre los partidos políticos mayoritarios sobre el temario a debatir por una futura asamblea constituyente no deja de ser preocupante, al menos en lo que se relaciona con la justicia y el derecho penal. Dicho acuerdo (**p. 251**) ha sido dado a conocer a la opinión pública en momentos en que el país enfrenta la mayor crisis de su historia: el desbarajuste institucional en todos los ámbitos, la inexistencia de una verdadera administración de justicia y de una democracia participativa, unidos a la permanente y sistemática violación de los derechos humanos y a una estructura socioeconómica escandalosamente desigual e injusta que se ha pretendido perpetuar a toda costa, explican en gran parte el estado de violencia generalizada que actualmente vivimos. Si bien esta violencia viene desde tiempo atrás y hunde sus raíces en los orígenes mismos del Estado colombiano, es cierto también que en el último tiempo ha sido alimentada por un nuevo fenómeno, el *terrorismo*, y su contrapartida directa, el *terror de la guerra contra el terrorismo*.

En efecto, so pretexto de la guerra contra el terrorismo el país ha sucumbido ante las garras del más pronunciado autoritarismo, cuya característica principal en el ámbito del control social está constituida por la ruptura con los principios liberales/garantistas del derecho penal, en la medida en que se han convertido en verdaderos obstáculos a las necesidades represivas del Estado actual, en el marco de una política que privilegia la garantía del Estado frente a la de los ciudadanos, y que se ha visto reflejada, entre otros, en los siguientes aspectos:

a) En primer lugar, la exacerbación de la legislación de estado de sitio, que con la expedición del decreto 180 de 1988 y de los decretos que lo adicionan se ha convertido en un verdadero *código penal paralelo*, que paulatinamente ha desplazado a los códigos penal y de procedimiento penal en la regulación de la acción punitiva estatal, en razón de que la excepcionalidad que encierra la lucha antiterrorista no se ha limitado al espacio del terrorismo; por el contrario, la misma tiende a cobijar todo el sistema de derecho penal, con la consecuencia de desnaturalizar sus tradicionales principios, comenzando por el de legalidad (v. Fernando Velásquez, "Consideraciones críticas en torno al Estatuto para la defensa de la democracia", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 40, Bogotá, 1988, págs. 211-231), al predominar las normas excepcionales sobre las que, sin embargo, siguen postulándose como generales (v. Luis Arroyo Zapatero, "Terrorismo y sistema penal", en *AAVV, Reforma política y derecho*, Madrid, 1985, págs. 155 y ss.). Así lo demuestra el hecho de que dicha legislación se aplique en nuestro país a personas distintas a las que se supone está dirigida (v. Jurisprudencia sobre "Legislación de orden público", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 45, Bogotá, 1989, págs. 387-403).

b) Por otro lado, dadas las amplias facultades que la legislación de estado de sitio otorga a los organismos de seguridad del Estado, al amparo de la guerra contra el terrorismo se han cometido numerosos abusos, que van desde los allanamientos masivos e indiscriminados de barrios enteros de algunas ciudades, hasta la tortura y las desapariciones, producto de la alarmante militarización no solo del aparato de justicia sino de toda la vida nacional.

Estos, entre otros, son también aspectos que de una u otra forma han amparado la permanente violación de los derechos fundamentales en Colombia, como reiteradamente lo vienen denunciando diversos organismos nacionales e internacionales de defensa de los derechos humanos, y el mismo procurador general de la Nación.

(**p. 252**) De ahí entonces que miremos con suma preocupación algunos puntos del proyecto de temario para la Constituyente (recalcados por el presidente de la República en su discurso de posesión), pues al mirar algunos de los relacionados con la justicia y el derecho penal salta a la vista que se trata de un intento más por *institucionalizar* las

prácticas autoritarias actualmente reinantes. Propuestas como las de la inversión de la carga de la prueba, la negociación de las penas y en general el llamado "derecho penal premial", el aumento de los delitos y de las penas, la responsabilidad objetiva, la administrativización de la instrucción criminal y el valor probatorio de diligencias extrajudiciales, etc., aparecen en su gran mayoría consagradas ya en el decreto 180 de 1988; luego, propugnar su consagración constitucional no busca otra cosa que convertir la antigarantista legislación excepcional en ordinaria, lo cual constituye el paso previo a la institucionalización del Estado autoritario (v. Emilio García Méndez, *Autoritarismo y control social*, Buenos Aires, Hammurabi, 1987).

Pensamos que el punto central de toda esta problemática se encuentra en la disyuntiva: *Estado de derecho o Autoritarismo*. Nosotros, que optamos decididamente por el primero, pensamos que los aspectos esenciales de tener en cuenta por la Constituyente no son entonces los de cómo restringir o negar las garantías individuales sino el de cómo garantizarlas efectivamente. Y como en este último sentido la legislación antiterrorista ha sido un rotundo fracaso (al igual que lo ha sido en la represión del terrorismo, pues con ella este ha aumentado antes que disminuido), el primer paso en esta dirección debe estar encaminado hacia el desmonte de toda esta *cultura de la emergencia* (v. Roberto Bergalli, "Emergencia: una cultura específica", en J. R. Serrano Piedecabras, *Emergencia y crisis del Estado social*, Barcelona, PPU, 1988).

Por consiguiente, consideramos que la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada debe adelantarse por la justicia ordinaria con base en los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, ante el fracaso y disfuncionalidad demostrada de la legislación excepcional y las jurisdicciones especiales. La solución a estos problemas no puede buscarse en ningún caso en el aumento de los delitos y de las penas (¡más de lo mismo!) sino en el funcionamiento de la administración de justicia. Debe devolverse la dignidad a la justicia, lo cual implica, ante todo, dotarla de todos los recursos (económicos, humanos, técnicos, etc.) necesarios para el cabal cumplimiento de su misión, en el marco de una verdadera transformación democrática del Estado; y garantizar no solo la seguridad personal de los jueces sino también su plena independencia frente a los órganos del poder ejecutivo. La necesidad de desmilitarizar la investigación penal es innegable, mas ello implica poner en funcionamiento un cuerpo investigativo autónomo, que dependa del juez y no de los organismos de seguridad del Estado.

Asimismo, y como un medio de protección de las garantías individuales, la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales debe recaer exclusivamente sobre el Congreso (principio de reserva de ley), *aún y sobre todo*, en vigencia del estado de sitio, pues ninguna garantía supone el que ello sea así solo en "tiempos de paz", como aparece en la propuesta, cuando vivimos permanentemente bajo el régimen de excepción.

**(p. 253)** Finalmente digamos que encontramos de vital importancia la propuesta que se hace de consagración del recurso de amparo y, en fin, de todas las otras iniciativas tendientes a garantizar la vigencia de los derechos humanos en Colombia. Si el consenso nacional del que tanto se habla tiene como fundamento el Estado de derecho —y no el autoritarismo—, debemos ser consecuentes con él; y, en esta dirección, como dice Bobbio ("Presente y porvenir de los derechos humanos", en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, 1981, pág. 20), para proteger los derechos humanos no basta con proclamarlos; de lo que se trata más bien es de saber cuál es el modo más seguro de garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados. De ahí el por qué de las inquietudes arriba señaladas, con las que, en esta oportunidad, simplemente hemos querido invitar al debate sobre tan importante asunto.

El debate sobre "Constituyente y derecho penal" está abierto.

Agosto 9 de 1990