

**AUTORITARISMO  
Y ESTADO  
DE DERECHO**

**MARINO TADEO HENAO OSPINA**

# **I. AUTORITARISMO, HOMBRE Y ESTADO:**

## **Análisis doctrinario**

### **1. EL AUTORITARISMO**

En la mentalidad autoritaria de nuestro tiempo (para no ir más atrás), se ve al hombre como una criatura perversa o ingenua, pero, en todo caso, irresponsable, que debe ceder ante la élite buena, sabia, justa (y, por supuesto, culta) de sus sucesivos tutores, en la necesidad de defender los sacrosantos valores de occidente o de realizar la fórmula definitiva de la igualdad y la felicidad.

Para facilitar la perfección trascendental de esa criatura extraviada (el hombre), o para propiciar la felicidad de sus descendientes en el remoto futuro, sus tutores morales (investidos por la divinidad, héroes en las ordalías del valor o depositarios de la razón) o sus mesías políticos (iluminados con la fórmula definitiva de la igualdad, la prosperidad y la felicidad, portadores de la llave maestra del paraíso terrenal) se sienten absolutamente legitimados, se consideran incuestionablemente autorizados para:

a) Condicionar o suprimir la libertad de pensamiento, conciencia, opinión o comunicación, de los destinatarios de su poder;

b) Descalificar y eliminar (de ser posible) sus afectos, sus sentimientos, sus emociones y

c) Disponer, en caso necesario, de su cuerpo y de su vida.

Atónito ante el mesianismo político o ante sus tutores morales, el hombre ha quedado inmerso en una sociedad autoritaria que clausura su vida entre los cerrados límites de la militancia política, la eficacia productiva, el valor militar, la responsabilidad laboral, en fin, la disciplina social.

La razón, los sentimientos, los afectos, las emociones del hombre en la sociedad autoritaria se instrumentalizan en función del angustiante objetivo de ocupar un renglón en la jerarquía (rol político, grado militar, cargo administrativo, solvencia económica, status social), fuera de la cual, no hay salvación.

La obediencia cerril, la sumisión, el temor reverencial, la ambición acezante, el miedo, la ansiedad, son el subproducto necesario de la sociedad opresiva.

La agresividad transferida y difusa, la fantastiquería, las remociones, racionalizaciones, compensaciones, proyecciones e introyecciones, operan como mecanismos de defensa del hombre acorralado (y paradójicamente, fascinado) por el poder.

La querulomanía y la hipocondría, caracterizan una sociedad litigiosa y enfermiza.

Para los desadaptados, el Estado y la sociedad autoritaria operan sucesivamente con la desclasificación, la descalificación, la estigmatización, el

aislamiento, la marginalidad (social, económica, política, e, inclusive: territorial), la prisión, el hospital, y, por supuesto, el manicomio.

## 2. EL TERRORISMO

La peste de nuestro tiempo. La más peligrosa manifestación de la paranoia. El terrorismo de grupos y el terrorismo de Estado, constituyen el más dramático flagelo del hombre contemporáneo.

El terrorismo de Estado es un gran monstruo, una criatura atroz que sale del vientre del Estado autoritario.

Cuando los fenómenos de desadaptación se generalizan (drogadicción, alcoholismo, corrupción sexual, violencia, delito y demencia en gran escala) o se encauzan políticamente, el Estado autoritario arroja de su vientre esa criatura satánica: el terror.

A este punto resulta necesaria una digresión: antropomorfizar un fenómeno no es, sin duda, un enfoque muy afortunado, pero cuando, como en el fenómeno del poder, éste, pese a todos los factores estructurales a los que responde no puede manifestarse sino a través de hombres, es válido utilizar expresiones como humanización del Estado o Paranoia del Estado.

El Estado terrorista es un Estado paranoico.

A partir de la premisa, aproximada-

mente cierta, de su omnipresencia, sus centros de decisión y sus operadores terminan por creer en su omnipresencia y su omnipotencia.

En un delirio, el Estado terrorista se atribuye a sí mismo todas las virtudes que el padre Astete precisa para Dios: "Infinitamente bueno; sabio, justo, principio y fin de todas las cosas".

Su omnipresencia es aproximadamente cierta en la medida en que, en esta forma de Estado quien no es un policía es un enemigo y todo lo que no está prohibido es obligatorio.

Ante su (casi innegable) atributo de ubicuidad, la élite dominante y la sociedad gregaria deifican al Estado y reconocen en él todas las perfecciones humanas concebibles.

A este punto, la minoría beneficiaria del poder lo utiliza para arrollar, eliminar, suprimir y masacrar todo reducto de oposición a sus intereses y la sociedad gregaria vive la dramática fascinación de la autoridad aplastante.

El Estado terrorista es una fase terminal en la relación sadomasoquista de dominación, lo cual explica el paroxismo de las élites en el carnaval de aniquilamiento y la sombría emoción con que la sociedad gregaria asiste al macabro espectáculo del exterminio indiscriminado de ancianos, jóvenes, mujeres y niños.

El Estado terrorista va perdiendo paulatinamente, todo contacto con los datos de la vida exterior y, en su paranoia no tolera otra verdad que su

versión oficial de las cosas y ésta se forma (por supuesto) en una alucinada percepción del mundo.

Mitómano y megalómano, el Estado terrorista presenta como su proyecto político la transformación sustancial del hombre. Hay que sacar a esa criatura irresponsable de sus perversas inclinaciones, su peligrosa ingenuidad, el pecado mortal o la alienación.

Se trata de aproximar al hombre al estado de gracia (en las concepciones teocráticas del poder), a un grado razonable de pericia en el manejo de sus asuntos y las cosas del Estado (colonialismo e imperialismo) o de transformarlo **cuantitativamente** de hombre alienado de la explotación a hombre consciente y liberado.

Transformado el hombre, habilitado para decidir su propio destino, apto ya para desempeñar un papel protagónico en su historia, el Estado terrorista, con su horda de iluminados, habrá concluido su **misión histórica** o el **designio divino** y en esa (siempre aplazada) hora del crepúsculo, levantará su vuelo con el búho de Minerva.

Entre tanto, mientras desarrolla su misión, ejercerá su función tutelar con una muy peculiar percepción de la realidad.

El Estado-terror es un monstruo demencial excepcionalmente irritable, irascible.

Para él, los sentimientos humanos constituyen una contravención, pero

en algunos casos puede verlos como complicidad, colaboración o tolerancia punible. El pensamiento ya es delito. El disentimiento es crimen.

Cada súbdito tiene la obligación de coincidir con la muy peculiar percepción de la realidad que tienen los centros de decisión y los operadores del Estado-terror.

Obliga a los súbditos, so pena de incurrir en grave delito, a averiguar la historia, vida y milagros de sus parientes, amigos, conocidos y relacionados. Un descuido en este punto puede resultar fatal si luego se sospecha, se pretexto o se establece que estos incurrieron en la contravención de vivir sentimientos humanos, o en el delito de pensar o en el crimen de disentir.

Por supuesto, esta forma política tiene su propia gramática:

Acusado es condenado. Sospechoso es responsable. Ayuda humanitaria al herido es complicidad o colaboración soterrada. Alejarse de la contienda es favorecer al enemigo. Sus traerse al demencial conflicto es sospechoso interés o desinterés. Disentimiento es conspiración. Silencio es confesión. Humanismo es alienación capitalista (en los estados-terror de orientación socialista) o venenoso ateísmo, o desinterés patriótico (en los estados-terror del capitalismo periférico).

Gruesos contingentes conforman expediciones punitivas que deben identificar y suprimir los factores de

perturbación. Pero, tras los fracasos iniciales se prescinde del verbo **identificar**, se proscribe (por absurdo) el principio de individualidad de la pena, se desdénia (por inconveniente) lo noción de proporcionalidad de la reacción, se suprime (por estorboso) el debido proceso. Más práctico resulta dibujar un **delincuente-tipo** y ordenar la aniquilación de todo el que se le parezca.

Concluída la primera matanza alguien se da cuenta que el enemigo pudo mimetizarse. Se lanza entonces una ofensiva territorial: exterminar todo lo que se mueva en una área. Todos son conspiradores y, si alguno no lo fuera, no importa. Ese es un pequeño sacrificio por la felicidad de la especie, por la salvación del hombre, por la seguridad del Estado o por la construcción del paraíso terrenal.

Los niños que arrastran despavoridos sus cuerpecitos famélicos, las madres que lloran la matanza de sus hijitos recién paridos, los hombres que asisten atónitos al espectáculo de su humillación y aniquilamiento, todos son parte de la incesante ofrenda de la humanidad en busca de la felicidad del hombre de un remotísimo futuro sucesivamente aplazado.

### 3. UN ESPACIO PARA EL HOMBRE

En el Estado y la sociedad autoritaria, la galería de los desadaptados ofrece sucesivos cubículos en la desclasificación, la descalificación, la estigmatización, el aislamiento, la marginalidad y, por supuesto, el hospital, la

prisión y el manicomio. En el encerrado pasillo la última puerta tiene un rótulo: suicidio.

Los **adaptados** de la sociedad autoritaria mueren lentamente, agonizan a gotas entre los sombríos diálogos de la frase que se esconde apenada, la idea que desaparece humillada, la emoción recatada, el afecto negociado, la razón instrumentalizada, en fin, el universo embalsamado.

Los oprimidos del Estado terrorista no necesitan acudir al suicidio ni esperar una larga agonía. Cualquier hora y lugar es apto para que caigan asesinados, porque ese gran monstruo (el terror) constantemente alucinado (días de embriaguez y noches de insomnio) y macabramente torpe, sufre oscilantes delirios de grandeza y de persecución y en sus crisis cotidianas devora todo lo que encuentra a su paso en el ejercicio ritual de su voraz antropofagia.

El Estado, la sociedad y los grupos autoritarios y terroristas justifican sus genocidios como una operación de alta cirugía destinada a crear un hombre nuevo.

Llega entonces la hora de preguntarse si el hombre corriente, el que ara la tierra o hace la cuenta de sus operaciones, el que cosecha o el que vende el grano, el que arranca la piedra del socavón o aquel que reparte las tortillas a la puerta del circo, en fin, los hombres de la vida cotidiana pueden ser o no pueden ser protagonistas de su propio destino. Si pueden deliberar o decidir sobre su propio mundo. Si

sus sentimientos e intereses pueden ser explícitamente manifestados y sostenidos (también controvertidos) sin que medie la descalificación de los ideologismos. Si pueden ser abiertamente expresados a desdén de que en las versiones librescas del mundo aparezcan como cosas mundanas, demostración de impericia o alienación capitalista.

Frente a la dictadura de las ideologías y las tecnocracias, el hombre corriente reclama un espacio en el mundo.

La vida exige un espacio a los prejuicios librescos. Los proyectos de paraísos terrenales y celestiales tienen que soportar el humilde pero efectivo cedazo de la discusión y la decisión de las mayorías. Es la hora de que sus tutores ilustrados (de derecha e izquierda) y sus caudillos iluminados (de derecha y de izquierda) dejen al pueblo de carne y hueso decidir su porvenir sobre la tierra.

#### 4. EL ESTADO DE DERECHO

Como al amparo de la felicidad remota se ha construido siempre la desgracia cotidiana del hombre, debe excluirse todo proyecto filosófico, económico o político que suponga el sacrificio absoluto de una generación en función de sus remotos descendientes, o de su lejano futuro.

Valga advertir que, en ningún caso es posible confundir la Utopía, rica expresión del pensamiento en virtud de la cual el hombre anuda un lazo por el cual se propone aproximar la realidad a la racionalidad, con la ideo-

logía que opera como instrumento de la dominación y la opresión.

De otra parte, como al amparo de la supuesta ignorancia, impericia, alienación o situación de pecado de la mayoría, una minoría la ha acorralado, debe afirmarse la permanente validez de la concepción democrática del Estado, con fundamento en la cual se excluya el poder decisorio de las élites y desaparezcan del firmamento político las **vanguardias revolucionarias**, los caudillos iluminados, las minorías ilustradas y toda la gama de porteros del paraíso terrenal.

De lo expuesto se desprende una afirmación que, pese a su dramática vigencia, es objeto de persistente descrédito alentado por el pensamiento autoritario de derecha y de izquierda: El Estado de Derecho es la pieza maestra en cualquier estrategia de defensa del hombre, y de garantía, promoción y realización de sus derechos.

No es la oportunidad para analizar la validez de los proyectos políticos, económicos y sociales de inspiración capitalista y de inspiración socialista, ni menos aún sus numerosas variantes, pero sí es la ocasión de afirmar, sin lugar a dudas, que a pretexto de obtener la felicidad, igualdad, prosperidad o salvación (inmediata o remota) del hombre, **ningún proyecto político puede eludir:**

a) El cedazo de la deliberación abierta, la participación general efectiva, la decisión mayoritaria y el control permanente de la opinión pública. Y,

b) El respeto celoso de los derechos humanos a partir de su explícito reconocimiento (constitucional y legislativo) y su efectiva tutela administrativa y judicial.

Ninguna forma de Estado conocida ha obtenido (y todas han ofrecido) la felicidad del hombre, pero casi todas han propiciado su desgracia, su persistente humillación o, aún, su masivo aniquilamiento. Lo dicho es ya un lugar común.

Ahora bien: el Estado de Derecho es, entre las formas políticas experimentadas por el hombre, la que muestra una más tolerable relación entre los sacrificios que exige, los beneficios que ofrece y los resultados que presenta.

Por supuesto, aquel balance no es predicable de los Estados de Derecho de papel (oligarquías disfrazadas) en los cuales coexisten la perfección formal de sus instituciones democráticas con la tiranía efectiva de las corrupciones plutocráticas.

## II. AUTORIDADES DE POLICIA Y JUZGAMIENTO DE DELITOS

La concentración del juzgamiento penal en autoridades administrativas, con desplazamiento de los jueces naturales, constituye una de las más peligrosas, y generalizadas formas de autoritarismo. En Colombia la Corte Suprema había admitido la constitucionalidad del juzgamiento de delitos por los alcaldes e inspectores de policía (septiembre 27/69: Mag. Ponente, Dr. Sarmiento Buitrago). Al expedirse la Ley 2ª de 1984, que ampliaba

—aún más— esa competencia, la Procuraduría solicitó a la Corte Suprema el cambio de jurisprudencia y la declaración de inexecutable de las normas acusadas. El autor de este estudio preparó dicho concepto fiscal (Nº 720 del 5 de marzo de 1984), ante la demanda de inexecutable formulada contra los arts. 1, 2, 3, 24 y 57 de la Ley 2ª de 1984.

La Honorable Corte Suprema de Justicia acogió este concepto fiscal en lo relativo a la inconstitucionalidad de la atribución de competencias a las autoridades de policía para el conocimiento de delitos. El Magistrado ponente de este fallo fue el doctor y profesor Manuel Gaona Cruz.

### 1. Normas acusadas

El tenor literal de las disposiciones acusadas es el siguiente:

“**Artículo 1º.**— El art. 38 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

“**Competencia de las Autoridades de Policía.** La Policía conoce:

“1. De las contravenciones.

“2. De los delitos de lesiones personales en los casos del art. 332 del Código Penal, cuando la incapacidad no exceda de treinta (30) días y no produzca otras consecuencias.

“3. De los delitos contra el patrimonio económico, cuando la cuantía no exceda de treinta mil pesos (\$30.000.00)”.

“**Artículo 2º.**— **Sanciones.** A los condenados por los delitos contra el patrimonio económico y las contravenciones previstas en los artículos 32, 34, 53, 55 y 56 del Decreto número 522 de 1971, de que conocen las autoridades de Policía, se impondrán las sancio-

nes establecidas en la respectiva disposición legal y su cumplimiento tendrá lugar en el establecimiento dispuesto al efecto por el Ministerio de Justicia”.

**“Artículo 3°.- Competencia.** Corresponde a los Alcaldes o a los Inspectores de Policía que hagan sus veces y en el Distrito Especial de Bogotá a los Inspectores Penales de Policía, conocer en primera instancia de los hechos punibles de que trata el art. 1° de esta Ley.

“De la segunda instancia de los delitos contra el patrimonio económico, cuando la cuantía sea superior a diez mil pesos (\$10.000.00), conocerán los Jueces Penales Municipales. De la segunda instancia de las demás infracciones de que trata el artículo 1° de esta Ley, conocerán los Gobernadores de Departamento, el Consejo Distrital de Justicia de Bogotá, y los Intendentes o Comisarios, según el caso”.

**“Artículo 24.-** Durante la investigación no se practicarán diligencias de careo en ningún caso”.

**“Artículo 57.-** Quien interponga el recurso de apelación en proceso civil, penal o laboral deberá sustentarlo por escrito ante el juez que haya proferido la decisión correspondiente, antes de que se venza el término para resolver la petición de apelación. Si el recurrente no sustenta la apelación en el término legal, el juez mediante auto que sólo admite el recurso de reposición, lo declarará desierto. No obstante la parte interesada podrá recurrir de hecho.

“Sustentando oportunamente, se concederá el recurso y se enviará el proceso al superior para su conocimiento”.

## **2. Fundamentos de la demanda**

El actor considera que las disposiciones acusadas resultan violatorias de los artículos 2, 16, 26, 55, 58 y 164 de la Constitución, así:

a) Los artículos 24 y 57 de la Ley 2ª de 1984 restringen el derecho de defensa con desconocimiento directo de los artículos 16 y 26 de la Carta.

b) Los artículos 1, 2 y 3 de la misma Ley desconocen el principio de separación de poderes, alteran la distribución de funciones entre los órganos de poder público y señalan atribuciones a autoridades administrativas con menoscabo de las que constitucionalmente corresponden a los funcionarios judiciales. En ese concepto sostienen la violación de los artículos 2, 55, 58 y 164 del ordenamiento superior.

## **3. Consideraciones del Procurador General**

**3.1 Estado de Policía - Estado de Derecho.** No desconoce este Despacho las delicadas consecuencias que para el sistema jurídico colombiano se derivarían de una eventual declaración de inexecuibilidad de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 2ª de 1984, objeto de acusación.

**En efecto: Miles de expedientes que actualmente se tramitan por las autoridades de policía, deberán remitirse a las autoridades judiciales, si prospera la acusación de inconstitucionalidad.**

**Repara también este Despacho que la interpretación constitucional es, como sostiene el Profesor Restrepo Piedrahita, “disciplina cuya delicada misión tiene que cumplirse en la conflictiva frontera estratégica que separa y une al mismo tiempo los territorios de lo político y lo jurídico”; que, con razón los grandes teóricos del derecho público contemporáneo designan al juez constitucional con el significativo nombre de “juez-estadista”, quien como pudo decir Samuel Konefsky, en referencia al juez norteamericano Marshall, más allá de su apta y lúcida exposición de las cuestiones públicas del momento, debe mantener “la presciente conciencia de las necesidades de una república en crecimiento” y debe articular “las armas intelectuales necesarias para su realización”, y que al interpretar la Constitución debe procederse, como dijo Harold Lasky del Magistrado Holmes, esto es, entendiendo que ella no constituye:**

**“Una armazón de doctrinas inmutables que analizan celosamente todas las innovaciones sociales, sino como un sistema cuyos límites son susceptibles de ampliación o expansión de acuerdo con los hechos nuevos”.**

**Pero ni se ha sostenido jamás, ni lo entenderá así este Despacho al intervenir en los procesos de inexequibi-**

**lidad, que en la interpretación de la constitución y en las valoraciones propias del control constitucional deban jugar papel relevante las consideraciones sobre los problemas simplemente transitorios, coyunturales o de momento, que puedan derivarse de un pronunciamiento que declare inexequible determinada disposición.**

**Con razón, a mi juicio, el Profesor Restrepo Piedrahita en sus “notas sobre la Corte Constitucional” (Separata-Revista de la Cámara de Comercio, Bogotá, 1978), señala que:**

**“Toda jurisprudencia, en su más hondo y trascendente sentido, es sin duda una forma de liderazgo estatal. Pero la que por excelencia tiene la misión de ejercerlo es la de los jueces a quienes se ha confiado no tan sólo la guarda de la integridad de la constitución sino también el encargo de elevar y proyectar su mirada y su espíritu más allá de lo inmediatamente temporal y circunstancial para que el hombre pueda contar con ellos como sabios guías iluminadores de su destino”.**

**No escapan a la consideración del Procurador las limitaciones estructurales del Estado colombiano que dificultan la apropiación de recursos financieros suficientes para cubrir las urgencias de la administración de justicia y más aún, las nuevas necesidades derivadas del eventual traslado simultáneo de numerosos expedientes de las autoridades de policía a las autoridades judiciales.**

Sensible incidencia sobre las ya penosas dificultades logísticas, técnicas, operativas y funcionales de la administración de justicia tendría, inevitablemente, un traslado masivo de expedientes de la administración a los jueces.

No obstante este Despacho no prohi-  
jará la peligrosa tesis, afianzada en una tradición secular, de que las autoridades de policía pueden asumir el juzgamiento de conductas delictivas e imponer prolongadas penas privativas de libertad (recuérdese que algunos delitos contra la propiedad tienen asignadas penas de hasta 8 y 10 años de prisión), con el insólito complemento de que tales decisiones, conforme a lo previsto en el último inciso del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, no pueden ser cuestionadas ante la jurisdicción de lo contencioso, por lo cual, ni más ni menos, una pena de privación prolongada de la libertad puede ser determinada por una autoridad administrativa **con fuerza de verdad legal**, de cosa juzgada.

A juicio de este Despacho, y sin lugar a ninguna cavilación, conferir esa competencia a autoridades de policía resulta absolutamente extraño a un verdadero estado de derecho.

Ciertamente, la separación de poderes es principio esencial, piedra angular de las democracias liberales, como quedó expresado desde la expedición de la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano:

“Toda sociedad en la que no está asegurada (...) la separación de los poderes carece de Constitución”.

Y, ha constituido desarrollo universal y obvio del principio de separación de poderes, la determinación de que el juzgamiento de toda conducta delictiva corresponde privativamente a la rama judicial del poder público.

Que corresponde al legislador ejercer el poder punitivo en abstracto definiendo conductas delictivas y que corresponde a las autoridades judiciales ejercer el poder punitivo en concreto verificando las hipótesis de hecho descritas por el legislador y dosificando las respectivas sanciones, es un principio simple e inquebrantable del constitucionalismo contemporáneo, del estado de derecho, de las democracias liberales, en suma, del humanismo jurídico.

Naturalmente no puede confundirse el poder punitivo con el poder de policía pues uno u otro tienen finalidades, inspiración, motivación, actos y efectos sustancialmente diferentes, lo cual explica que el plexo de sanciones propias del poder de policía, incluidas las privaciones de libertad por lapsos mínimos (arrestos leves) si corresponde aplicarlas a las autoridades administrativas que ejercen la “función de policía” o “actividad de policía” (poder de policía en concreto, a diferencia del poder de policía en abstracto que corresponde al legislador y residualmente al Gobierno).

Es en esa línea doctrinaria, que inspira todos los Estados de Derecho

incluido, por supuesto, nuestro régimen político, que respetuosamente discrepo de la tesis sostenida por la H. Corte Suprema en fallo de septiembre 27 de 1969 (Magistrado Ponente: Dr. Sarmiento Buitrago) en que, al examinar una disposición semejante a la que ahora se acusa, sostuvo que el juzgamiento de los "ilícitos leves" y las "infracciones menores" podía ser confiado a autoridades de policía.

Conviene reparar que los denominados "ilícitos leves" tienen sanciones muy graves (penas de prisión de 1 hasta 8 y 10 años) las cuales, sólo en los estados de policía son impuestas por autoridades de policía, y, en los estados de derecho únicamente pueden ser aplicadas por los jueces.

No obstante, más allá del alcance de la sanción imponible, lo cierto es que, en los estados de derecho los "ilícitos leves" no se llaman delitos sino contravenciones lo cual, precisamente facilita la distribución constitucional de competencias en orden a ejercer, por parte de los jueces, el poder punitivo en concreto y por parte de las autoridades administrativas, la función de policía.

En un acápite posterior se planteará el tema relativo a la diferenciación entre delitos y contravenciones.

**3.2 Conductas delictivas - Conocimientos de Autoridades Judiciales.** El juzgamiento de conductas delictivas es una competencia constitucionalmente reservada a los funcionarios de la rama judicial.

En efecto: el artículo 24 de la Constitución Nacional es significativo al prescribir que el **delincuente** cogido inflagranti podrá ser aprehendido y llevado ante el **juez** por cualquier persona. Así, con la noción jurídica de **delincuente** que envuelve inequívocamente la de **delito**, se establece un nexo indisoluble con la categoría de **juez**, de forma que según el texto citado no podría conducirse al actor de un delito ante funcionario de otra rama del poder público, lo cual sugiere la regla jurídica según la cual el juzgamiento de los **delincuentes** y, por tanto, el conocimiento de los **delitos** pertenece a la órbita funcional de los **jueces**.

A su turno, el numeral 3° artículo 119 ibídem consagra que, en relación con la Administración de Justicia corresponde al Presidente de la República "mandar acusar ante el **Tribunal competente**, por medio del respectivo agente del Ministerio Público, o de un abogado fiscal nombrado al efecto, a los Gobernadores de Departamento y a cualquiera otros funcionarios nacionales o municipales del orden administrativo o judicial, por infracción de la Constitución o las leyes, o por otros **delitos** cometidos en el ejercicio de sus funciones" (se subraya).

Entre los muchos alcances jurídicos que se desprenden del texto transcrito no puede caber duda respecto a que son los **tribunales competentes** (jueces) quienes conocen de los **delitos** cometidos por los funcionarios señalados en la norma. Luego, como en los supuestos del precepto 24

citado, el nexo funcional **delito-juez** es incontrastable y echa por la borda cualquiera posibilidad de considerar que el juzgamiento de dichos funcionarios, por **delitos** cometidos en el ejercicio de sus funciones, se pueda atribuir a autoridades estatales distintas de los **jueces**.

Si para efectos del presente análisis se hace abstracción, como debe hacerse, del contenido y repercusiones de los incisos 1º y 2º del art. 28 de la Carta, es fácil percibir que en los eventos de las personas retenidas, por causas de las circunstancias allí previstas, se establece, dentro de la alternativa a cargo del Gobierno, la de ponerles a disposición de los **Jueces competentes**, lo cual comporta dado el contexto de la norma, que ello ocurrirá en el caso de posibles **delitos**. Una vez más, entonces, se consagra en la Constitución, nítidamente, el lazo funcional **delito-juez** en precedencia comentado.

Si la exposición anterior se integra a la hipótesis del inciso primero, art. 26 superior, se deduce la regla en virtud de la cual nadie podrá ser juzgado, por hechos configurativos de **delitos**, sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante **tribunal competente (juez)** y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Preceptos como los anteriormente examinados de los cuales se extrae, sin lugar a equívoco el principio de que toda conducta delictiva debe ser juzgada por autoridades del órgano judicial (valga la redundancia) se

encuentran consagrados en todos los estados de derecho, y no obstante que de ello ya se desprende, indudablemente, la categórica proscripción de que autoridades administrativas juzguen comportamientos delictivos, los ordenamientos constitucionales de muchos países han considerado conveniente formular precisiones aún más explícitas, como las que se encuentran contenidas en los artículos:

— 103 y 104 de la Constitución de la República Federal Alemana.

— 100 a 102 de la Constitución de la República Democrática Alemana.

— 83-2, 87<sup>a</sup>-1, 91, 94 y 131-1 de la Constitución Austríaca.

— Artículos 30 y 98 de la Constitución de Bélgica.

— Artículo 136-4 de la Constitución de Bulgaria.

— Artículos 11-2 y 30-2 de la Constitución de Chipre.

— Artículo 117, ordinales 1 y 2 de la Constitución de España.

— Artículo 13 de la Constitución de Finlandia.

— Artículo 66 de la Constitución de Francia.

— Artículo 5º (ordinal 4), artículo 87 y artículo 96 de la Constitución Griega.

— Artículo 159 de la Constitución de Holanda.

— Artículo 50 de la Constitución de Hungría.

— Artículos 37 y 38 (ordinales 1 y 2) de la Constitución de Irlanda.

— Artículos 102 y 111 de la Constitución Italiana.

— Artículo 40-1 de la Constitución de Malta.

— Artículo 56-2 de la Constitución Polaca.

— Artículo 103 de la Constitución de Rumania.

— Inciso segundo, artículo 3º Capítulo II de la Constitución de Suecia.

— Inciso segundo del artículo 181 de la Constitución de Yugoslavia.

— Inciso tercero, sección segunda, artículo III de la Constitución de Estados Unidos.

— Artículos 20-VI y 21 de la Constitución de México.

— Artículo 6-10 de la Constitución de la República Dominicana, y

— Artículo 167 de la Constitución de El Salvador.

Al mismo principio responden:

— Artículo 10 de la declaración universal de los derechos humanos de las Naciones Unidas.

— Los artículos 18, 25 (inciso tercero) y 26 de la declaración americana de los derechos humanos.

— Los artículos 5 y 6 de la Convención Europea para la salvaguardia de los derechos humanos, y

— El artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En gracia de la concisión de este concepto, no considero pertinente transcribir todas las disposiciones aludidas, pero de ellas conviene relieves, además de lo expuesto, que es muy generalizada la tendencia a formular, incluso, precisas limitaciones al término en que, en ejercicio del poder de policía, las autoridades administrativas pueden imponer sanciones privativas de libertad. Igualmente los ordenamientos constitucionales de los países mencionados han consagrado la garantía de que **todo** acto de la administración sea susceptible de cuestionamiento ante la jurisdicción contencioso-administrativa o en su defecto ante la jurisdicción ordinaria.

Valga destacar en este orden de ideas que el ya aludido artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su ordinal primero que:

“...toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella”.

De igual modo el ordinal primero del artículo 96 de la Constitución de Grecia, dispone:

“1. Corresponde a los tribunales penales ordinarios la represión de los delitos y la adopción de todas las medidas preceptuadas por las leyes penales”.

En la Constitución de Bulgaria, igualmente se prevé:

“Sólo los tribunales establecidos podrán infringir penas por las infracciones cometidas” (art. 136-4).

En el inciso segundo del artículo 181 de la Constitución de Yugoslavia, se dispone:

“Las sanciones penales se impondrán por los tribunales...”.

Más categóricas aún, son a este respecto las Constituciones de El Salvador y México. La primera de las mencionadas señala en el art. 167:

“...Corresponde únicamente al poder judicial la facultad de imponer penas. No obstante, la autoridad administrativa podrá sancionar las contravenciones a las leyes, reglamentos y ordenanzas, con arresto hasta por quince días o con multas, y si ésta no fuere pagada se permutará por arresto, el cual no excederá de treinta días”.

Y, en el artículo 21 de la Constitución Mexicana se prevé:

“...La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la

autoridad y mando inmediato de aquel. Compete a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, el cual únicamente consistirá en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiere impuesto, se permutara ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de quince días”.

Por lo expuesto considero inconstitucionales, y por ende inexecutable, los preceptos contenidos en los ordinales 2 y 3 del artículo 1º de la Ley 2ª de 1984 y los artículos 2º y 3º de la misma Ley.

**3.3 Conocimiento de Contravenciones por autoridades de policía.** En conceptos anteriormente emitidos por este Despacho para la Honorable Corte Suprema de Justicia, ante acciones de inexecutable, se ha observado la necesidad de elaborar, superando las dificultades doctrinales que hasta ahora se advierten, un criterio sustancial de diferenciación entre delitos y contravenciones, pues, de lo contrario resultaría puramente ilusorio el principio de separación de poderes ya que el legislador tendría, a su absoluta discreción, la posibilidad de alterar la distribución de funciones entre las ramas ejecutivas y la judicial, por la discreta vía de convertir delitos en contravenciones.

Ciertamente no puede dejarse abierta esa peligrosa puerta para la erosión de competencias de la rama judicial a la ejecutiva.

Igualmente este Despacho ha dicho (conceptos 711 de diciembre 9 de 1983 y 717 de febrero 10 de 1984) que, sin desconocer una esfera relativamente amplia de valoraciones para que el legislador atribuya a una conducta el carácter de delito (de conocimiento de los jueces) o de contravención (de conocimiento de las autoridades de policía), el control judicial de constitucionalidad, como el más elevado mecanismo garantizador del Estado de Derecho contemporáneo, no puede renunciar, de ningún modo, a elucidar criterios de diferenciación entre delitos y contravenciones pues esta distinción, lejos de ser irrelevante, ocupa primerísimo lugar en la problemática, dificultades y peligros inherentes a la efectiva vigencia del Estado de Derecho y del principio de separación de poderes que constituye la piedra angular de nuestro régimen político demo-liberal.

En ese orden de ideas resultaría de innegable interés práctico y doctrinario entrar en el examen de constitucionalidad de una norma en que se denominara como “contravención” (para conocimiento de autoridades de policía) una conducta sustancialmente delictiva (de la cual constitucionalmente deban conocer los jueces), por ejemplo (para proponer un caso extremo), el homicidio.

Es razonable esperar que nuestro legislador en ningún caso concebiría una disposición semejante, pero, en el supuesto remoto de que se verificara esa hipótesis constituirá un típico fraude al constituyente pues, mediante el cambio de rótulo (contravención

en vez de delito), se propiciará una burla a la distribución constitucional de funciones entre la rama judicial y la ejecutiva, como quiera que ésta última entraría a conocer de conductas esencialmente delictivas y a imponer sanciones que por su naturaleza y alcance sólo pueden determinar los jueces en donde existe un Estado de Derecho.

Empero, el ordinal 1° del artículo 1° de la Ley 2ª de 1984, objeto de acusación, no tiene ese alcance, sino, simplemente el de radicar en cabeza de funcionarios administrativos el conocimiento de conductas contravencionales.

Ello, evidentemente no se opone a ningún precepto constitucional y, antes bien, constituye el más lógico, cabal y obvio desarrollo del ordenamiento superior pues el conocimiento de conductas contravencionales es la expresión normal de la función de policía y ésta es, a su vez, la más típica atribución administrativa.

Como acertadamente lo advierte la H. Corte Suprema en fallo de abril 21 de 1982:

“La función de policía es la gestión administrativa concreta del poder de policía, ejercida dentro de los marcos impuestos por éste; la desempeñan las autoridades administrativas de policía esto es, el cuerpo directivo central y descentralizado de la administración pública, como un superintendente, un **alcalde**, un **inspector**. El ejercicio de esta función no corresponde, de principio, a los miembros de los cuerpos uniformados de poli-

cía''. (Magistrado Ponente: Dr. Manuel Gaona Cruz, subraya fuera del texto).

Y precisa la alta Corporación:

''La función de policía es reglada y se halla supeditada al poder de policía. Supone el ejercicio de competencias concretas asignadas por éste a las autoridades administrativas de policía. Más repárese en que dicha función no otorga competencia de reglamentación, ni regulación de la libertad''.

Ahora bien, como adecuadamente lo precisó la H. Corte Suprema en fallo de marzo 29 de 1982 (Magistrado Ponente: Dr. Medellín Forero), ciertas actuaciones de policía ''suponen jurisdicción en su órbita propia y, en consecuencia, capacidad para conocer y decidir sobre ellos'' y, como se había dejado expuesto por la misma Corporación en providencia de abril 9 de 1970, en la función de policía (en el fallo se dijo equivocadamente ''el poder de policía'') la administración cumple innegablemente una especie de atribuciones jurisdiccionales diferentes pero próximas a las que competen a los jueces ''por cuanto desarrollan igualmente sobre el examen de unos hechos o conductas y su confrontación con la ley, y terminan con una decisión de obligatorio cumplimiento''.

**3.4 El artículo 24 de la Ley 2ª de 1984.** Esta disposición elimina la posibilidad de que el procesado solicite y obtenga, o el juez oficiosamente disponga, una confrontación entre

aquel y los testigos de cargo. Este Despacho considera entre las manifestaciones lógicas y necesarias del derecho de defensa:

- a) La oportunidad, por parte del procesado, de conocer las acusaciones o cargos que se le formulan,
- b) La oportunidad de conocer y **controvertir** las pruebas que se pretenden hacer valer en su contra,
- c) La oportunidad de conocer y controvertir las decisiones que en el proceso se adopten,
- d) La oportunidad de solicitar, obtener y hacer valer las pruebas y los alegatos dirigidos a demostrar la inexistencia del hecho, su ajenez con el mismo o la operancia, en su favor de causales de justificación, inculpabilidad, inimputabilidad, o las excluyentes o atenuantes de la sanción imponible.

En este orden de ideas, privar al procesado de solicitar u obtener el interrogatorio o la confrontación de versiones con sus testigos de cargo, constituye un franco detrimento de la garantía constitucional de defensa, conforme a la cual, como es universalmente reconocido, nadie puede ser condenado sin haber sido oído y **venido** en juicio.

Dicha garantía constituye un desarrollo obvio del derecho de defensa, pues representa la más eficaz oportunidad de confrontar las versiones encontradas y de que el acusado controverta los testimonios de cargo. Des-

conocerla sería, simple y llanamente, postular, con afectación del derecho de defensa, que la controversia de la prueba tiene que desenvolverse en el plano formal de leer las actas donde se encuentran los testimonios de cargo para luego formular por escrito observaciones a éstos. Es ni más ni menos, avanzar en el ya angustioso camino de formalización y ritualización del proceso penal.

Conviene observar que, no obstante la universal identidad de criterios, en el sentido de que el derecho de defensa supone la oportunidad de controversia de la prueba y que ésta envuelve, naturalmente, la ocasión al procesado de interrogar personalmente a los testigos de cargo, varios ordenamientos constitucionales formulan explícitas precisiones a este aspecto, e, inclusive, sobre este mismo particular existen categóricas prescripciones en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Así, en la Constitución de los Estados Unidos de Norte América, que innegablemente ha ejercido una influencia inspiradora en el movimiento constitucionalista contemporáneo, se prevé:

“En toda causa criminal el acusado gozará el derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del Distrito y Estado en que el delito se haya cometido, Distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le caree con los testigos que depongan en su contra, de que se obligue

a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que lo defienda”. (VI enmienda).

En el mismo sentido, el artículo 12 de la Constitución de Chipre, señala:

“5. Todo acusado de un delito tendrá como mínimo los derechos siguientes:

“ . . . . .

“d) A interrogar o hacer que se interrogue a los testigos de cargo y a obtener la asistencia e interrogatorio de los testigos a su favor en las mismas condiciones de los testigos de cargo”.

Más categórica es, aún, la Constitución de Malta:

“6. Toda persona acusada de un delito criminal:

“ . . . . .

“d) Tendrá toda clase de facilidades para interrogar por sí mismo o por su defensor legal a los testigos presentados por la acusación ante el Tribunal y para exigir que asistan otros testigos, a condición de que se les pague unos gastos justificados, y a realizar el interrogatorio de los testigos que hayan de declarar en su favor ante el Tribunal en las mismas condiciones que las aplicables a los testigos convocados por la acusación”(artículo 40).

Igualmente explícita es la Constitución de Puerto Rico:

“En todos los procesos criminales el acusado disfrutará del derecho a un juicio rápido y público, a ser notificado de la naturaleza y causa de la acusación recibiendo copia de la misma, a carearse con los testigos de cargo, a obtener la comparecencia compulsoria de testigos a su favor, a tener asistencia de abogado y a gozar de la prescripción de inocencia” (Capítulo II, Sección 11).

Y, singularmente precisa resulta la previsión contenida en el ordinal IV, artículo 20 de la Constitución de México:

“En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

“ . . . . .

“IV. Será careado por los testigos que depongan en su contra, los que declararán en su presencia si estuviese en el lugar del juicio, para que pueda hacerles las preguntas conducentes a su defensa.

Ahora bien: este Despacho no ha compartido el criterio expuesto por la H. Corte Suprema, según el cual:

“Una ley que derogue o modifique un tratado, convenio o convención internacionales vigentes en Colombia, puede ser declarada inconstitucional en cuanto sea lesiva de los mandatos contenidos en los artículos 76-18 y 120-20 de la Carta Fundamental”.

A este respecto, la Procuraduría ha precisado que las normas tienen en el orden jurídico interno la jerarquía que les dé el constituyente y que ninguna

autoridad puede crear una jerarquía normativa que la Constitución no prevé, menos aún cuando, como consecuencia de ello se convierte en guarda de la intangibilidad, de la integridad, de la supremacía del derecho internacional con facultades de vigilancia sobre una sola parte, un solo sujeto, un solo Estado: El Estado Colombiano.

Empero, innegablemente, para efectos de dilucidar o determinar el alcance del principio **universal** de defensa, no pueden desestimarse los desarrollos o precisiones que sobre dichos principios se encuentran en los grandes documentos internacionales de derechos humanos.

Así en la letra d, ordinal 3º, art. 6º de la Convención Europea de Derechos Humanos, de la cual obviamente no es parte Colombia, se prevé:

“3. Todo acusado tiene derecho concreto de:

“ . . . . .

“d) Interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la convocación y el interrogatorio de los de descargo en las mismas condiciones que aquellos”.

Y, en iguales términos, en el artículo 14 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, del cual es parte Colombia. (Pacto de diciembre 16 de 1966, aprobado en Colombia por la Ley 74 de 1968 y cuyo instrumento de ratificación se depositó el 29 de octubre de 1969), categóricamente se dispone:

“3. Durante el proceso toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

“.....

“e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargos y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”.

Las consideraciones que anteceden permiten concluir a este Despacho que el artículo 24 de la Ley 2ª de 1984, objeto de acusación, resulta violatorio de la garantía constitucional de defensa que directamente se desprende de los preceptos contenidos en los artículos 23, 26 y 28 de la Carta.

**3.5 El artículo 57 de la Ley 2ª de 1984.** Esta disposición, en cambio, más allá de cualquier consideración sobre su conveniencia, no resulta violatoria de ningún precepto constitucional pues, aunque se considere (y la Corte desestima esta tesis: fallo diciembre 15 de 1969, Magistrado Ponente: Dr. Toro Agudelo, G.J. 2338, pág. 536) que en materia penal el principio de dos instancias (o por lo menos la oportunidad de acudir ante un órgano o autoridad judicial superior cuando la hay), es un desarrollo necesario de la garantía constitucional de defensa, lo evidente es que corresponde al legislador precisar las condiciones, requisitos o

formalidades dentro de las cuales debe ejercerse el recurso de apelación.

No obstante, (y aunque según lo expuesto, ello carece de relevancia en este evento), conviene advertir que, en franca contradicción con el criterio expresado por la H. Corte Suprema en el citado fallo de diciembre 15 de 1969 (G.J. 2338, pág. 536), el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, del cual es parte Colombia y que según la propia Corte tendría rango “supralegal”, prevé en el ordinal 5º del artículo 14, que:

“5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley”.

#### 4. Conclusiones

Por lo expuesto, respetuosamente solicito a la Corte Suprema:

- a) Que declare inconstitucional y por ende inexecutable los ordinales 2 y 3 del artículo 1º de la Ley 2ª de 1984, así como los artículos 2, 3 y 24 de la misma Ley.
- b) Que declare executable el ordinal 1º del artículo 1º de la Ley 2ª de 1984 y el artículo 57 de la misma Ley.

