



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

VIGENCIA DEL ESTATUTO DE SEGURIDAD

— El nuevo Código Penal lo modificó en algunos aspectos—

*Ponencia del  
Dr. Gustavo Gómez Velásquez  
Magistrado de la Corte Suprema de Justicia*

EL NUEVO CODIGO PENAL LO  
MODIFICO EN ALGUNOS  
ASPECTOS

✓ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. Gustavo Gómez Velásquez

Bogotá, veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y uno.

Aprobado: Acta No. 30 de 24 de marzo de 1981.

Vistos:

M. . . , fue condenado por el Tribunal Superior Militar (junio 20/80) a purgar la pena de cuatro años de presidio, como responsable del delito de extorsión (Decreto 1923/78, 6).

El sentenciado interpuso casación, recurso que fue declarado desierto en auto de 24 de febrero del año en curso.

Durante el término de la ejecutoria de este último proveído, el reo, en escrito de 26 del mes y año citados, solicita su libertad, invocando las siguientes razones:

1. El Código Penal que empezó a regir el 28 de enero de 1981, constituye legislación más benigna que aquella bajo la cual recibió sentencia condenatoria;

2. El artículo 26 de la Constitución Nacional consagra el principio de la favorabilidad y "ante la inminencia de un **tránsito de legislación**, por simple interpretación **extensiva**, todos aquellos factores de norma que favorezcan al **procesado**, tanto al que es sujeto de la norma penal, como de la norma penal militar, deben aplicarse, porque así lo ha

querido el pensamiento del **legislador** cuando diseñara las mismas"; y,

3. Dentro de este orden de ideas resultan aplicables conforme al principio de favorabilidad = art. 6o. C. Penal = estas disposiciones: arts. 72, 355, 377, del C. P. vigente; 60 del C. P. de 1936; Ley 32/71 y D.R. 2119/77.

El peticionario ha cumplido en privación de libertad efectiva, veintisiete meses, dieciocho días.

Concepto del Procurador Delegado  
para las Fuerzas Armadas

"... Si es verdad que por tránsito de Legislación, el artículo 375 del Nuevo Código Penal creó una situación favorable para los condenados a las penas de presidio, por conversión de penalidad, la vigencia de la citada disposición para efectos de su aplicación está condicionada a la desaparición de la normación especial, que regulando íntegramente la materia se dictó bajo un régimen de derecho excepcional transitorio, en desarrollo de un mandato Constitucional y por la cual fue condenado el solicitante.

Lo anterior nos lleva a deducir que la eficacia de esa Ley excepcional está sujeta a su vigencia, esto es al tiempo que dure la anormalidad, la cual no puede ser derogada sino por acto otro expreso del Gobierno".

A este efecto cita una decisión de la Corte que, aunque se omita decirlo, corresponde a esta Sala y que en su sección más pertinente, dice:

"... Pero, ¿podrá el Congreso Legislador ordinario, dictar leyes de carácter permanente durante la época en que el país se halle en Estado de Sitio? La respuesta no puede ser sino afirmativa. Ninguna disposición constitucional impide que el órgano legislativo cumpla su función primordial de legislar pudiendo, como está previsto en la Carta, coexistir la situación de turbación del orden público, con la reunión

del Congreso, al que incumbe el examen de las razones que motivaron la medida del Gobierno. Ahora bien: las leyes que dicte el Congreso encontrándose el país en Estado de Sitio, presentan en relación con las facultades del Gobierno, dos aspectos: uno, que la ley de carácter permanente, no incida, sobre las medidas que el Gobierno ha tomado para conservar el orden público, es decir, que no modifique ni deroga los Decretos Legislativos, y por lo mismo nada impide, se repite, que el Congreso cumpla su función esencial de legislador, pudiendo, por tanto, entrar a regir esas leyes, conjuntamente con los decretos extraordinarios, por no existir incompatibilidad ninguna entre unos y otros.

Pero, ¿podrá el Congreso, legislador ordinario, dictar leyes que contradigan o se opongan a las medidas tomadas por el Gobierno para la conservación del orden público y cuya vigencia coincida con la del Estado de Sitio? La respuesta no puede ser sino negativa. La razón es clara: La Constitución Nacional impone al Presidente la obligación de "Conservar en todo el territorio el orden público, y restablecerlo en donde fuere perturbado" (art. 120, 7); y para que pueda cumplir con ese deber, la misma Carta otorga las atribuciones consagradas en el artículo 121, al convertirlo en legislador extraordinario. Entonces, resulta por lo menos absurdo, suponer que el Congreso, a través de su función legislativa puede válidamente oponerse a que el Gobierno cumpla con sus funciones constitucionales. Pero aún en el evento de que ello fuera posible jurídicamente, prescindiendo de las consideraciones de conveniencia de derogar normas de carácter eminentemente transitorio como son los decretos legislativos, habría que afirmar que las leyes dictadas por el Congreso y que contradigan o se opongan a las medidas tomadas por el Gobierno para la conservación del orden público, siendo plenamente válidas, no tendrían eficacia jurídica, sino hasta el momento mismo en que se levantara el Estado de Sitio.

En otras palabras, nacerían a la vida jurídica suspendidas, ya que en relación con ellas, también tiene plena aplicación la facultad del Gobierno para suspender las que sean incompatibles con el Estado de Sitio.

Es decir, que la norma de tal naturaleza, siendo plenamente válida, en cuanto a su vigencia y su eficacia jurídica estaría temporalmente suspendida por oposición con las dictadas en Estado de Sitio, ya que no existe razón valedera para que el Gobierno no pueda ejercer su facultad de legislador extraordinario disponiendo su suspensión temporal, igual que la ejerce con cualquiera otra ley. . .". (M. Ponente, doctor Jesús Bernal Pinzón, julio 21/75).

De ahí la opinión adversa de la Delegada a la comentada solicitud de libertad.

### Consideraciones de la Corte

El Decreto 1923 de 1978, indudablemente, suspendió el artículo 406 del C. Penal de 1936. Reprodujo integralmente el tipo de la conducta delictuosa conocida como "extorsión", variando sólo la calidad de la pena (prisión por presidio) y su cantidad (ocho meses a cinco años por cuatro a diez años). Entendió el Gobierno que la pena, en este caso y en otros, debía exasperarse para desestimular esta clase de actividades o llevar una adecuada represión a sus autores o partícipes. Aportaba así un factor propicio a la recuperación del quebrantado orden público. Nadie puede pensar, ante esta situación, que tal comportamiento criminoso podía regularse simultáneamente por las dos mencionadas disposiciones, o que para algunos casos regía una y para los demás la otra.

Se trata, ahora, de definir si el Código Penal actual (Decretos 100, 141 y 172 de 28 de enero de 1980) posterior en su vigencia al Decreto 1923/79, alcanza a este último en su efecto derogatorio, en cuanto a los aspectos que resultan comunes a ambos estatutos, lo cual equivale, en el caso específico de la "extorsión" a reconocer la inmediata aplicación del artículo 355, que fijó

una sanción mínima más benévola = C. N. 26; Ley 153/87, 2, 3, 44, 45; C.C. 71; C.P. de 1980, 6 =.

Ya se ha visto que hay una corriente de opinión, y la Sala participó en una época de ese criterio, que estima inmodificable la legislación de estado de sitio por acción del legislador ordinario.

La Sala, en esta nueva ocasión, tiene válidos motivos para modificar ese concepto, máxime cuando la decisión a que se hace referencia (julio 21/75) ofrece serios reparos, como adelante se anotarán (Ley 169/96, 4).

A este respecto se anota:

1. De entrada debe destacarse una variante de importancia en cuanto a los tradicionales términos de discusión de este asunto. Los partidarios de la intangibilidad de los poderes del Presidente de la República, durante el estado de sitio, buscan preservarlos de una nociva intromisión del Congreso, que bien puede tener una muy diferente concepción del orden público y de las medidas conducentes a su preservación. Pero no insinúan restricciones, en esta órbita, para el mismo Presidente. A este le es dable derogar, modificar, adicionar, sustituir, etc., sus propias determinaciones durante el estado de excepción que regula el artículo 121 de la C. Nacional. Pues bien, el mismo que expidió el Decreto 1923/78 fue quien profirió los Decretos 100, 141 y 172 de 1980, en ejercicio de las facultades, extraordinarias concedidas por la Ley 5a. de 1979. De lado queda, entonces la posibilidad de una diferente interpretación y tratamiento del orden público. Quienes suelen imaginar al Congreso, así sea este considerado como "admirable", en plan de fomentar el caos o propiciar el desquiciamiento de las instituciones duran-

te el estado de sitio, no pueden convenir a nadie con sus presentimientos porque deben reconocer la labor purificadora que el Presidente de la República, al desarrollar conscientemente las facultades extraordinarias, cumple de los eventuales desvíos o abusos del legislador ordinario.

La deducción lógica es la de entender que los dos cuerpos de legislación analizados, redactados ambos por el Gobierno, responden, cada uno en su época, a un medio eficaz de conservación del orden público, imponiéndose en valor el último de ellos.

Conviene recordar que numerosas facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República, durante el estado de sitio, han buscado y propiciado su levantamiento al facilitar así la sustitución de la normatividad transitoria por una de carácter permanente.

2. Esto no es óbice para que se afirme, rotundamente, que el legislador ordinario tiene atribución similar. Dos hechos históricos y uno contemporáneo avalan esta apreciación.

a) La Carta, en su proceso de reforma, ha sido clara en establecer las facultades del Congreso, en cuanto a la legislación de estado de sitio. Otra cosa es que a esas enmiendas se les quiera aplicar siempre el mismo y anticuado criterio, sin pulsar el espíritu y destino de su transformación.

Cuando la Constitución, en un tiempo, no permitió la reunión del Senado y la Cámara de Representantes, durante el estado de sitio por motivo de conmoción interior, evidenció un nítido propósito de no querer esta combinada actividad legislativa. Cuando determinó

(A. L. No. 1 de 1960) que el ejercicio de las facultades del 121 fuera precedido de la convocatoria del Congreso y se facultaba a éste, **únicamente**, para acusar por inconstitucionales los decretos expedidos, si se lograba una proposición en este sentido, aprobada en cada Cámara por mayoría absoluta de votos, manifestó su voluntad de restringir a esta órbita sus poderes.

Pero cuando las críticas a este sistema, que "minimizaba", volvía "impotente" y hasta propiciaba la "destrucción" del Congreso, formaron una opinión diferente y se buscó un factor más de control de las potestades del Gobierno durante el estado de sitio (A. L. No. 1 de 1968, art. 42), obligadamente se tiene que inferir que el legislador ordinario puede y debe ocuparse de las normas del estado de sitio, quedando a salvo la renovada oportunidad de ser suspendidas por el Gobierno, pero dándose también la ocasión de un nuevo estudio de su constitucionalidad por la Corte Suprema de Justicia, que definirá si la razón está de parte del Congreso o del Gobierno, alternativa igualmente posible y saludable.

No otro es el sentido del actual aparte del artículo 121, originado en la reforma de 1968, cuando dice: "La existencia del estado de sitio **en ningún caso** impide el funcionamiento **normal** del Congreso". Y **normalidad**, en este caso, equivale a plenitud de facultades, atributos y poderes.

b) El Congreso, con el beneplácito del Ejecutivo, por varias ocasiones prorrogó la validez de esta legislación de emergencia. Llegó incluso a convertirse en situación jurídica estable y permanente (Leyes 2a. y 92/58, 79/60 y 141/61). La Corte nunca declaró la inconstitucionalidad de este procedimiento. Se

afirmó, así, la tesis de serle función legítima la de ocuparse de estas materias. De donde si tenía esa competencia para mantener su eficacia después de cesar el estado de sitio, decisión tomada durante éste, sin que surgiera un fenómeno de solución de continuidad legislativa, no puede carecer de ella para derogar o abrogar esos decretos. A no ser que, caprichosamente, se quiera imponer un insostenible maniqueísmo jurídico: que el Congreso obra *secundum jus* cuando coincide integralmente con el Gobierno, y procede *contra jus*, cuando se aparta, así sea en lo mínimo, de sus decretos legislativos. Tal conclusión supedita peligrosamente la constitucionalidad de las leyes a un acomodamiento extravagante de lo resuelto por el Ejecutivo, borrando la separación, autonomía y distinta naturaleza de estas dos ramas del poder público, en detrimento, claro está, del Congreso.

Otro caso de índole semejante a las leyes mencionadas lo constituyó la número 21 de 1973, la que motivó el fallo de 21 de julio de 1975, y por medio de la cual se mudó a legislación ordinaria, antes de levantarse el estado de sitio, el D. L. 1.988 de 1971, sin dar ello margen a que reviviera la legislación ordinaria precedente.

Contribuye a la solidez de esta interpretación la responsabilidad señalada en el inciso 8o. del artículo 121. Rechazar aquella sería anular ésta porque su ejercicio afectaría no a un decreto de estado de sitio sino a todos, pues al controlar tan dramáticamente al autor de ellos, se impediría su futura expedición. Bastaría, entonces, al Presidente y a los Ministros incursos en las conductas allí señaladas, prolongar indefinidamente el estado de sitio. Si la Constitución prevé tan extremo remedio para conjurar los desvíos del 121,

no debe escapársele uno de menor intensidad pero igualmente efectivo, esto es, el poder legislar el Congreso sobre materias coincidentes o afines a la de los decretos de estado de sitio, cuando éste sea contemporáneo de las reuniones ordinarias.

c) Si no asume una posición doctrinal como la que se expone, resulta inaplicable una ley como la de amnistía, porque ésta como legislación ordinaria, contradice, desestabiliza y hace inoperante la normatividad del estado de sitio. Si la rebaja de una pena señalada en el estatuto de seguridad se mira como intocable y ajena al Congreso y al principio de favorabilidad, ¿qué puede pensarse de una ley que tiene el alcance de borrar delitos y penas contemplados en el Decreto 1923 de 1878? Y el problema se comunica, aunque en menor grado de dificultades, a la Ley 22 de 1980 (emergencia judicial).

3. La potestad legislativa del Congreso es ilimitada, salvo en materias expresamente reservadas por el Constituyente a las otras ramas del poder público (art. 78-2). Ellas se refieren a los Reglamentos Constitucionales que expide el Presidente (art. 120-7, 12, 14, 19 y otros) y a las providencias judiciales.

4. Las limitaciones a esa potestad deben ser expresas. No puede concebirse una restricción implícita; y, entre aquellas, no está la de expedir leyes sobre asuntos incluidos en los decretos legislativos.

5. La Constitución no ha discriminado en norma alguna la potestad legislativa del Congreso en el estado de sitio, pues, por contrario modo, el inciso 4o. del artículo 121, que conviene repetirlo, expresamente la autoriza cuando ordena: "la existencia del estado de sitio

EN NINGUN CASO impide el FUNCIONAMIENTO NORMAL del Congreso". Y el Congreso **funciona normalmente** si puede expedir leyes ("códigos en todos los ramos de la legislación" C.N. 76-2) y actos legislativos, sin cortapisas del Ejecutivo.

6. Las previsiones que respecto de la función del Congreso señalan los artículos 76-12, y 122, inciso 3o., parte final, no llevan a concluir que en el 121 también se requiere de autorización específica para legislar sobre materias de orden público. Esa doble permisón no era necesaria, aunque la primera se explica porque constituyendo una delegación de facultades podría pensarse que esa atribución no podía recuperarse en cualquier momento; y, la segunda exhibe su conveniencia para evitar confusiones sobre la privativa potestad presidencial respecto de los apartes 14 y 19 del artículo 120 de la C. Nacional.

7. El artículo 120-7 atribuye al Gobierno la conservación en todo el territorio nacional del orden público y su restablecimiento donde fuere turbado. Esa función la ejerce ordinaria y normalmente por intermedio de la Policía y de conformidad con el Código Nacional de Policía (arts. 1 y 2) y, excepcionalmente, valiéndose de decretos legislativos.

8. Constituye una exageración doctrinal atribuir al Gobierno, de manera exclusiva y excluyente, la conservación y restablecimiento del orden público. Asunto tan fundamental para las instituciones también cuenta, aún en estado de sitio, para el Congreso Nacional no sólo cuando ejerce "control político sobre los actos del Gobierno" — art. 76, inc. 1o. — sino cuando expide leyes relacionadas con tal materia, y, para la rama jurisdiccional cuando investiga y

falla sobre hechos delictivos que atentan contra dicho orden público (rebelión, sedición, asonada).

9. Las leyes expedidas por el Congreso pueden derogar expresa o tácitamente otras leyes o decretos precedentes, con las únicas excepciones ya mencionadas en la sección 3 de este pronunciamiento. La derogación expresa ocurre cuando la propia ley así lo dice, y, la tácita se presenta cuando se reproduce integralmente una norma anterior o se regula de modo diferente la materia tratada, impidiéndose, por incompatibles, su vigencia simultánea. = L. 153/87, 3; C. C., 71 = .

10. Toda ley que regule más favorablemente una materia, priva sobre la desfavorable, ya sea por aplicación retroactiva o ultractiva, según el caso. La regla establecida en el artículo 26 de la Constitución Nacional, no tiene excepciones, pues es una de las varias garantías consagradas en el Título III de la Carta fundamental que no puede ser desconocida, ni quebrantada, ni limitada, así se trate del más rígido estado de sitio. La Corte, en doctrina que ha repetido como inmodificable, enseña: "... hay normas de la Constitución que por su naturaleza, extraña a implicaciones sobre el orden público, rigen en todo tiempo, como garantías individuales y sociales. Así por ejemplo: el artículo 22, que establece que no habrá esclavos en Colombia; el 23, que prohíbe la detención, la prisión o el arresto por deudas; el 25, según el cual nadie está obligado a declarar contra sí mismo; el 26 que dispone que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes; el 29, que impide al legislador establecer la pena capital; el 30, que garantiza la propiedad y los demás derechos adquiridos con justo título; el 31, que no permite establecer un monopo-

lio sin antes indemnizar a quienes dejan de ejercer una industria lícita; el 34, que impide imponer pena de confiscación; el 36, sobre respeto al destino de las donaciones; el 37, sobre libre enajenación de bienes raíces; el 39, relacionado con la libre escogencia de profesión u oficio; el 41, que declara la libertad de enseñanza; el 44, referente a la libre asociación dentro de la moral y el orden legal; el 49, que prohíbe la emisión de papel moneda de curso forzoso; el 53, que garantiza la libertad de conciencia. . . " (sentencia de abril 19 de 1955).

Y tan humanitario como científico principio de legislación lo ratifican la Ley 74 de 1968, artículos 4 y 15, aprobatoria de los "Pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales, de **derechos civiles y políticos**, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en **votación unánime**, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966" y la Ley 16 de 1972 "por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre **Derechos Humanos**", Pacto de San José de Costa Rica "firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969", la que ordena en su artículo 9: "... si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

Para darse una restricción de esta garantía, tendría que indicarse su expresa limitación por el propio Constituyente, porque el legislador ordinario no tiene poder suficiente para contrariar un mandato constitucional, y menos el Gobierno durante el estado de sitio.

11. Mediante los decretos legislativos el Gobierno puede, rápidamente, conjurar

graves alteraciones del orden público. Esa es la autorización que consagra el artículo 121 y la razón de su existencia. Pero ello no implica que el Congreso, por vías normales y obviamente más lentas como la formación de las leyes, ejerza su inalienable potestad de legislar aun sobre los asuntos que han sido materia directa o indirecta de los decretos de estado de sitio.

12. No es verdad que esa convergencia de potestades en estado de sitio sea una contradicción jurídica ni comporte desorden institucional. Tal afirmación parte de un supuesto equivocado y jurídicamente insostenible: las ramas ejecutiva y legislativa del poder público actúan en oposición, una en contra de la otra. Se olvida el texto y espíritu del artículo 55, conforme al cual todas las ramas del poder público "colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado", y que, la función propia del Congreso, es la de legislar. Ocurre, simplemente, que en cada época de estado de sitio el Gobierno puede y debe, mediante decretos, procurar el restablecimiento del orden público, turbado, con medidas que por naturaleza son **inmediatas, provisionales y transitorias**. Pero el Congreso conserva su potestad de legislar sobre tales materias, como acto de armoniosa colaboración con el ejecutivo y de control político del orden público, por medio de leyes que constituyan soluciones **ordinarias, mediatas y permanentes** a los mismos problemas.

13. Esa armoniosa colaboración funciona así: a) El Gobierno dicta un decreto de estado de sitio declarado executable por la Corte; b) El Congreso expide una ley que regula diversamente las materias tratadas en el decreto precedente y, por lo mismo, lo deroga en todo o en parte, expresa o tácitamente; c) El Gobierno suspende total o parcial-

mente, **de modo expreso**, la vigencia de dicha ley mediante decreto legislativo; y d) La Corte Suprema de Justicia revisa este decreto y declara si es o no contrario a la Constitución.

Así como puede darle la razón al Congreso, lo que equivaldría a sostener que su mandato contribuye en forma más eficaz a la preservación o restauración del orden, puede acontecer que afirme lo contrario. Esto indica que tanto Gobierno como Congreso, pueden acertar o desacertar, contribuir al orden público o menoscabarlo. Pero este es un juicio concreto, no abstracto ni a priori, máxime cuando esto último se ha pretendido orientar hacia una insostenible dicotomía: El Gobierno es factor de orden; el Congreso es factor de desorden.

Si se quiere llegar a una idea generalizante plena de significación jurídica, debe decirse que tanto el uno como el otro, por su origen y proyección políticos, procuran el bienestar común, el aseguramiento de la paz, el imperio de la justicia, el mantenimiento del orden. Cabe repetir con el texto del artículo 105, por lo que dice relación al Congreso, que "los individuos de una y otra cámara **representan a la Nación entera**, y deberán votar consultando **únicamente la justicia y el bien común**".

Con la equilibrada tesis que se desarrolla, los fueros de una y otra rama del poder público se respetan y obedecen. Y, además, el Gobierno no puede eludir el control constitucional de los decretos de estado de sitio, dándose una precisa y oportuna confrontación entre el acto suyo y el del Congreso, en relación a la Constitución y a la realidad del país.

Esta apreciación resulta más imperiosa cuando se advierte que, en Colombia, una vez declarada la exequibilidad de un decreto legislativo, la Corte no vuelve a ocuparse de él, así las causas que lo motivaron hayan desaparecido y sea aquél, entonces, evidentemente innecesario.

14. Cuando el artículo 121 de la Carta encuadra las atribuciones del Gobierno dentro de lo normado en un estatuto orgánico expedido por el Congreso y de carácter permanente = recuérdese que su inciso primero limita al Gobierno al ejercicio "de las facultades legales", a los preceptos de la Constitución y a las reglas del derecho de gentes =, ley marco que no podría suspenderse por decreto legislativo puesto que es el propio fundamento de la legislación transitoria, se está reconociendo la preeminencia de este control político sobre el ejecutivo y, con mayor razón, su potestad legislativa aun en materias relacionadas con el orden público.

15. El Decreto 1923 de 1978 (estatuto de seguridad) es decreto de estado de sitio que suspendió algunas instituciones del C. Penal de 1936. Es así como afectó los tipos legales del secuestro (art. 1o.) rebelión (art. 2o.), incendio, armas de fuego, uso de objetos peligrosos, daños, etc. Como quiera que el C. Penal de 1980 reguló íntegramente estas materias con nuevos tipos y lo hizo, en ciertas hipótesis, de manera más benigna, ésto dará lugar a que en cada caso, por fuera del de "extorsión" que ahora se resuelve, se decida el alcance del principio de favorabilidad consagrado por el artículo 26 de la Constitución Nacional.

No entenderlo así sería, por fuera de las argumentaciones anotadas, admitir que

la **suspensión** de una ley ordinaria impide que el Congreso la abroge o derogue, con lo cual se logra no sólo la intangibilidad de los decretos de estado de sitio, sino, por un curioso proceso de hibernación jurídica, que el propio Congreso revise la legislación que él mismo ha expedido. Y se marcarían, de paso, dos mayúsculos contrasentidos: a) los decretos de estado de sitio, que apenas pueden **suspender** los efectos de la legislación ordinaria, lo cual destaca su accesoriedad y carácter vicariante, sobrevivirían autónomamente después de derogarse o sustituirse lo principal; y, b) que los juicios del Gobierno sobre la incompatibilidad de normas jurídicas con el estado de excepción, no se ubicarían en el presente sino sobre la legislación por aparecer, debiéndose intuir esta noción, así la silencie el Ejecutivo. Se está en el aberrante entendimiento de reconocer que el Gobierno, al expedir sus decretos de estado de sitio, conoce y prevé las decisiones futuras del legislador ordinario.

16. Es verdad que el artículo 121 permite, al Gobierno suspender la vigencia de leyes incompatibles con el restablecimiento del orden público. Pero no es menos obvio que tales decretos **únicamente** suspenden las normas legales vigentes a la fecha de expedición de tales decretos. O sea, que dicha suspensión debe ser **expresa y referida a la legislación preexistente**. Resulta inadmisibles el fenómeno de leyes que, durante el estado de sitio, **nacen suspendidas**, como lo sostuvo la Sala de Casación Penal en su fallo de 21 de julio de 1975, porque no se puede suspender lo que no existe y porque la contradicción entre una ley y el estado de sitio debe declararse expresamente por el Gobierno mediante el decreto legislativo pertinente.

A este final respecto valga citar un antecedente jurisprudencial y otro doctrinario:

a) "... la potestad que en virtud de la legalidad marcial ostenta el Presidente de la República lo habilita sólo para suspender las leyes incompatibles con el estado de sitio que **estén en vigencia**, pero no para suspender disposiciones futuras o leyes por venir. . .". (Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, revisión constitucional del D. 2366 de 1979, M. P., doctor Gonzalo Vargas Rubiano).

Del salvamento de varios ilustres magistrados, vinculado a esta providencia, se transcribe: "... Nos inclinamos a pensar, al igual que la mayoría de la Corte, que la aclaración no era estrictamente necesaria ya que una norma de estado de sitio **no puede tener la virtualidad de impedir que en el futuro se legisle válidamente sobre determinada materia. . .** No se puede suspender lo que no existe porque, entre otras razones, es imposible determinar de antemano y a priori la incompatibilidad de una norma aún inexistente con el estado de sitio. . .".

b) El Magistrado Luis Carlos SÁCHICA, enseña sobre los efectos de los decretos legislativos frente a la ley: "... Los decretos de que se viene hablando, aunque son de carácter legislativo, no tienen fuerza para derogar la ley. Pueden suspender aquellas leyes cuya aplicación entrase la ejecución de las operaciones del Gobierno encaminadas a restablecer el orden. Esa suspensión **debe ser expresa, no tácita**. El Gobierno no puede sustituir la legislación ordinaria, no tiene facultades de legislador, y las atribuciones excepcionales de que goza debe ejercitarlas tan sólo cuando el restablecimiento del orden lo requiera. Crear una legislación transitoria, **paralela a la ordinaria**, olvidando la finalidad

del estado de sitio, **es una extralimitación de funciones**. La fórmula usual de que sus disposiciones "suspenden las que le sean contrarias", no parece una aplicación técnica de esta facultad. . .". —"Constitucionalismo Colombiano", 5a. edición, Temis, 1977, pp. 295/96—.

Conviene agregar que la solución aportada por el fallo de la Sala de Casación Penal que se comenta, al problema de la sucesión de leyes, concretamente los artículos 402 y 404 del C. Penal de 1936, el D. Legislativo (no extraordinario) 1988 y la Ley 21 de 1973, deviene en una consecuencia diversa a la que se propuso. En efecto, se buscó evitar la solución de continuidad que podía surgir entre el D.L. 1988 y la Ley 21, al levantarse el estado de sitio, recuperando su vigencia, así fuera en un instante, los artículos 402 y 404, que establecían una pena más benigna. Lo lógico, conforme al fin perseguido, era sostener la vigencia de la Ley 21 de 1973, durante el estado de sitio, derogatoria del D. 1988, resultando indiferente que cesara o no el estado de excepción. Pero como se afirmó lo contrario, la ley que se dice "**nació suspendida**" no pudo evitar ese momento de recuperación de vigencia de la legislación anterior. Por eso la solución acordada por las Leyes 2a. y 92/58, 141 de 1961 y 48 de 1968, resulta más aceptable y eficaz, así se haya olvidado el sano precepto del artículo 14 de la Ley 153/87.

17. Está por fuera de este análisis aludir a la declaratoria de exequibilidad del D. 1923, pronunciada por la Corte Plena el 30 de octubre de 1978. Se cuestiona ahora no la legitimidad de su eficacia, en el pasado, sino de la continuidad de su vigencia, en el futuro, por motivos distintos a los de su constitucionalidad. Esto es precisamente lo que permite a la Sala de Casación Penal es-

timar la modificación de aspectos como los de extorsión, secuestro, rebelión, asociación para delinquir, armas de fuego, incendio, utilización de sustancias u objetos peligrosos, daños, instigación para delinquir, cuya regulación vuelve a los cauces del C. Penal vigente.

Por ser "constitucional" ese dispositivo legal es por lo que ha tenido vigencia. Pero esta es cuestión distinta a ser derogado por el propio Gobierno o por el Congreso o por el levantamiento del estado de sitio. Tampoco viene al caso aludir a un conflicto de leyes (C. Penal y D. 1923/78), porque invocar este aspecto sin comprobar primero su simultánea vigencia, sería dar por demostrado lo que se trata de demostrar, o sea, que no se ha producido su derogatoria porque el Congreso, al expedir un C. Penal, no tenía poder legislativo para afectar las materias de los decretos de estado de sitio. Plantear la discusión en estos términos sin darse primero esa evidencia, sería tomar la controversia hacia su final, escamotear un punto fundamental de disenso y fijar arbitrarias condiciones de debate. Se trata, realmente de un nítido fenómeno de sucesión de leyes.

18. Menos viene al caso la alusión a **leyes excepcionales, especiales o temporales**, para eliminarlas de la influencia del principio constitucional de favorabilidad (art. 26), porque para asumir tan restrictiva y odiosa interpretación, sería necesario enmendar la Carta. Y en Colombia, a diferencia de otros ordenamientos foráneos, no existe al respecto un mandato de esta índole, ni siquiera en el campo meramente legal. El intento, pues, de injertar criterios extranjeros a esta particular situación, surge como esfuerzo estéril e inadecuado por razón de la diferente estructura jurídi-

ca de nuestros estatutos. Conviene observar, en el campo de la simple especulación, que esa doctrina parte del supuesto de considerar no sólo la transitoriedad, especialidad o excepcionalidad de las materias sino aspecto más importante, vale decir, que la ley ostenta alcances **derogatorios**. La normatividad colombiana apenas tolera un efecto **suspensivo**, tan efímero que esa legislación de emergencia desaparece con el levantamiento del estado de sitio y reconduce lo actuado a la legislación ordinaria anterior o a la sobreviniente (ultractividad o retroactividad).

De otro lado, el llamado estatuto de seguridad no es propiamente una ley especial porque no se ocupa exclusivamente de una específica materia, pues abundan los más diversos tipos penales y contravencionales, así como conductas predelictuales, normas de procedimiento y hasta asuntos administrativos. De manera que a él no se puede referir el artículo 376 del nuevo C. Penal cuando señala que "las leyes penales especiales actualmente en vigencia, seguirán rigiendo en cuanto no se opongan a lo dispuesto en este Código". Pero aún aceptando que lo fuera, el concepto de oposición que allí se expresa no ha de tomarse solamente en el sentido de contrariedad formal, entendida, como soluciones legislativas excluyentes respecto de una misma y concreta situación, sino como incompatibilidad jurídica de dos disposiciones que no es dable aplicar simultáneamente a igual conducta porque la una desplazó a la otra. Por eso el tipo de extorsión descrito en el artículo 355 del C. Penal vigente no admite la contemporánea aplicación con el que aparece consignado en el artículo 60. del D. 1923 de 1978. Además, no puede ser considerada como especial una norma que se limita a tipificar el mis-

mo comportamiento descrito en otra anterior.

19. El nuevo Código Penal en su artículo 355 reguló íntegramente la materia relacionada con el delito de extorsión, con un tipo penal diverso del que concretó el estatuto de seguridad en su artículo 6o., disposición esta última que acogió el tipo abierto, con verbos rectores más amplios, pena distinta y específica circunstancia de agravación. No es dable, entonces, afirmar que ambos estén vigentes pues son ostensiblemente incompatibles. El C. Penal vigente derogó, absorbió y desplazó al D. 1923 de 1978, en su artículo 6o.

20. La favorabilidad del nuevo C. Penal es evidente porque la pena allí prevista es cualitativamente más benigna (prisión en vez presidio, según las voces del artículo 377) y porque la cantidad de punición es sensiblemente inferior en su mínimo (de cuatro años quedó en dos). De donde se impone su retroactividad, conforme al tantas veces mencionado principio de favorabilidad (art. 26 C. N.).

21. Al sentenciado M. . . . , se le impuso el mínimo de la pena fijada por el D. 1923/78. No se advirtieron circunstancias de mayor peligrosidad que hicieran imperiosa su intensificación. Esta decisión no ha sido modificada ni es objeto ya de modificación. Debe acatarse.

Ahora bien, como el nuevo C. Penal establece una sanción básica de dos años y el solicitante lleva en privación efectiva de libertad un tiempo de veintisiete (27) meses, dieciocho (18) días de prisión, quiere ello decir que ha cumplido la pena.

P. . . . , el otro condenado, dirigió a la Corporación un escrito fechado el 20

de marzo, cuando ya se discutía esta providencia, invocando las mismas razones de M. . . . Señala como pena efectiva satisfecha un quantum superior a veinticuatro meses, alegación que corrobora el expediente. Uno y otro procesado, se repite, recibieron condena de cuatro años de presidio, o sea, el mínimo fijado por el artículo 6o. del D. 1923 de 1978.

De ahí que deba tomarse igual determinación para ambos sentenciados.

En consecuencia, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACION PENAL–, resuelve:

Conceder la libertad a M. . . . y P. . . . , por pena cumplida.

Las boletas de libertad se expedirán con la anotación de hacerse efectiva en cuanto no exista en su contra otro motivo distinto de detención.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

**Darío Velásquez Gaviria - Fabio Calderón Botero**, con salvamento de voto. - **Dante L. Fiorillo Poras**, con salvamento de voto. - **Gustavo Gómez Velásquez - Alvaro Luna Gómez. Alfonso Reyes Echandía. - Luis Enrique Romero Soto**, con salvamento de voto. - **Pedro Elías Serrano Abadía**.

**Alberto Mora Cogollos**, Secretario.

## SALVAMENTO DE VOTO

Respetuosamente nos apartamos del criterio que llevó a la liberación de los procesados M. . . . y P. . . . , condenados por la Justicia Penal Militar como autores de un delito de Extorsión conforme al Decreto Legislativo 1923 de 1978 (Es-

tatuto de Seguridad), porque estimamos que no les era aplicable el nuevo Código Penal, como lo afirma la mayoría de la Sala en el supuesto, a nuestro juicio equivocado, de que las normas de aquél fueron derogadas por las disposiciones de éste y de que el principio de favorabilidad rige esta específica situación.

Las razones que nos asisten son las siguientes:

### 1. La conjetura como argumento de una derogación imposible

No hay duda que el Gobierno expidió el Decreto Legislativo 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad) como legislador extraordinario en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional y que posteriormente en ejercicio de facultades concedidas por la Ley 5a. de 1979 profirió los Decretos Extraordinarios 100, 141 y 172 de 1980 (Código Penal); sin embargo, esto no significa que su pretensión fue la de derogar su propia legislación de excepción o que lo hizo inadvertidamente, lo primero porque de haber considerado superada la necesidad de la vigencia total o parcial de aquel estatuto, el Presidente de la República habría levantado total o parcialmente el Estado de Sitio, o derogado total o parcialmente, mediante otro decreto legislativo, las disposiciones del Estatuto de Seguridad, como ha venido haciéndose tradicionalmente y lo autoriza la Constitución Política; lo segundo porque las leyes no se derogan culposa o inadvertidamente, sino expresa o tácitamente y ni lo uno ni lo otro se buscó, respecto de ninguna de las normas de Estado de Sitio, al promulgarse el Código Penal, de donde resulta francamente inexplicable que la Sala funde su decisión sobre el supuesto de que el

Gobierno, sin proponérselo, derogó inadvertida, descuidada o equivocadamente la norma correspondiente del Decreto Legislativo 1923, cuando, como conforme a la hermenéutica, ha debido "recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma (en la ley) o en la historia fidedigna de su establecimiento", para darle sus verdaderos sentido y alcances; tampoco hubo derogatoria tácita porque si bien el Decreto Legislativo 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad) suspendió algunos tipos delictivos del Código Penal de 1936 que le eran contrarios y el Código Penal de 1980 vino luego a regular esas materias y en ciertas hipótesis de manera más benigna, no por ello puede afirmarse la existencia de dos situaciones calificadas por la Sala de absurdas: que no puede sobrevivir el Decreto Legislativo, porque se le quitó su fundamento; y que los juicios del Gobierno sobre incompatibilidad de normas jurídicas con el estado de excepción no se refieren al futuro, porque es obvio que no se pueden conocer de antemano las decisiones que habrá de tomar el legislador ordinario; la primera afirmación no es cierta: el fundamento de los Decretos Legislativos no son las normas que éstos suspenden, sino las situaciones de hecho que generaron u obligan posteriormente a mantener la declaración de turbación del orden público y la segunda es discutible; tampoco, finalmente, podía producirse derogatoria expresa a causa de que la ley ordinaria no puede derogar la legislación de excepción (Art. 121 C.N.), ya que el Congreso no tiene facultad constitucional expresa de inmiscuirse en esta esfera de la competencia reservada al ejecutivo, que éste puede ejercer derogando algunas de sus disposiciones mediante Decretos también legislativos o toda la legislación de emergencia en la

forma que señala la Constitución Política, esto es, levantando el Estado de Sitio total o parcialmente, única forma constitucional indicada para que dejen "de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado" (Art. 121 C. N.).

## 2. Las facultades del Congreso durante el Estado de Sitio

No se discute, porque así lo dispone el Art. 121 de la Constitución Nacional, que el Estado de Sitio en ningún caso impide el funcionamiento normal del Congreso, pero si bien éste goza dentro de él de "Plenitud de facultades, atributos y poderes", como lo anota la mayoría de la Sala, su **funcionamiento normal** presupone, por disposición constitucional, el empleo de esa plenitud de facultades, atributos y poderes con sujeción a la obligación perentoria de colaborar armónicamente con el Gobierno en la realización de los fines del Estado (Art. 55 C. N.) y, con mayor razón, con la de conservar, como fin primordial, su propia existencia cuando se halla en peligro: colaborar **armónicamente** es cooperar, coadyuvar, contribuir, auxiliar, secundar y no impedir, interferir, entorpecer u obstaculizar las obligaciones y las facultades, atribuciones y poderes constitucionales del Presidente de la República.

Precisamente los antecedentes que trae la mayoría sobre situaciones en que el Congreso prorrogó la legislación de emergencia, convirtiéndola en regular y permanente (Leyes 2a. y 92 de 1958, 79 de 1960, 141 de 1961 y 21 de 1973), son ejemplos clásicos de la colaboración que la rama legislativa debe prestar a la ejecutiva.

Ahora bien, esta colaboración no sólo se presenta cuando el Congreso prorro-

ga la legislación de emergencia sino también en casos como el de la Ley de Amnistía, que antes de contradecir al llamado Estatuto de Seguridad, lo tiene como su fundamento y se confunde con él en sus objetivos sustanciales de restablecimiento de la paz en el territorio nacional.

No hay, tampoco, exageración alguna en atribuir al Gobierno, de manera exclusiva y excluyente, la conservación y restablecimiento del orden turbado porque así lo dispone la Constitución al señalar la esfera de competencia privativa de la rama ejecutiva (Art. 120-7 C.N.). El interés que las otras ramas puedan tener en el asunto es evidente y, por tal razón, pueden coadyuvar a la conservación y restablecimiento de la paz pública mediante una colaboración armoniosa (Art. 55 C.N.), pero sólo dentro de la esfera de sus propias competencias y hasta donde el ejercicio de ellas no interfiera las medidas extraordinarias que hubiere tomado el Gobierno.

La responsabilidad política que el último aparte del artículo 121 de la Constitución impone al Presidente de la República lo mismo que a los demás funcionarios por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refiere esa disposición, y que la misma Carta no exige al Congreso ni a ninguna otra autoridad, indica que el ejecutivo tiene, en tales circunstancias, poderes especiales de que no están investidas las otras ramas del poder público.

Resulta entonces contradictorio con esa idea suponer que el Congreso tiene el libre ejercicio de sus funciones aun en contra de lo que disponga el ejecutivo y que puede derogar o modificar las disposiciones de éste dirigidas al resta-

blecimiento del orden público, pues si así fuere se presentaría un evidente desequilibrio entre los derechos y las responsabilidades de los distintos sectores del poder, lo cual no fue ciertamente la idea que el constituyente tuvo al disponer que el Congreso se reuniera por derecho propio durante el Estado de Sitio y que éste en ningún caso impediría el funcionamiento normal del legislativo.

Esa situación hay que interpretarla dentro de su contexto histórico y habida cuenta de los fines que se propuso la reforma, tan debatida, de la norma en cita, el principal de los cuales fue establecer un control político inmediato sobre las actuaciones del Gobierno que solía abusar, como es bien sabido, del Estado de Sitio para obtener fines distintos al de restablecimiento del orden público.

Obsérvese, por otra parte, que mientras el Gobierno está obligado a enviar los Decretos de Estado de Sitio a la Corte para que ésta ejerza el control de constitucionalidad, estaría libre de esa traba el legislativo, lo que también está indicando que aquel tiene poderes superiores en esa situación ya que el constituyente estuvo atento, y lo demostró de varias maneras, a que los ejerciera en la forma adecuada.

Es pues, cierto, como lo afirma la decisión mayoritaria de la Sala que "el Congreso conserva su potestad de legislar sobre tales materias (las de Estado de Sitio), como acto de armoniosa colaboración con el ejecutivo" si, por supuesto, existe realmente esa colaboración armoniosa y no, como ya se ha dejado reiteradamente dicho, entorpecimiento u obstaculizamiento de las obligaciones y de las facultades constitucionales del

Presidente de la República en tiempo de guerra o de conmoción interior.

El ejemplo que trae la mayoría de la Sala de "armoniosa colaboración" consistente en que: "a) El Gobierno dicta un decreto de estado de sitio declarado exequible por la Corte; b) El Congreso expide una ley que regula diversamente las materias tratadas en el Decreto precedente y, por lo mismo lo deroga en todo o en parte, expresa o tácitamente; c) El Gobierno suspende total o parcialmente, de modo expreso, la vigencia de dicha ley mediante decreto legislativo; y d) La Corte Suprema de Justicia revisa este decreto y declara si es o no contrario a la Constitución", es la descripción de la forma como se produciría el enfrentamiento de las ramas del poder público de llevarse a la realidad aquella tesis. Sería el ejemplo más cabal del enfrentamiento de poderes y de competencias que pudiera darse, pues contra lo que supone la mayoría, ellas no reflejarían la colaboración armoniosa que demanda la Constitución sino la intervención desatinada del Congreso como factor de desorden institucional, que el Gobierno y la Corte Suprema de Justicia tendrían que remediar.

### 3. Las prohibiciones al Congreso durante el Estado de Sitio

La potestad legislativa del Congreso, como la de las demás ramas del poder público dentro de sus respectivas esferas, no es ilimitada (Art. 2o. C. N.) pues, además de otras restricciones, le está expresamente prohibido "inmiscuirse por medio de resoluciones o de leyes en asuntos que son de la privativa competencia de otros poderes" (Art. 78-2 C. N.).

Esta limitación a la potestad legislativa del Congreso resulta en consecuencia

**expresa**, porque basta remitirse a las normas constitucionales que en forma privativa atribuyen competencia a las otras ramas del poder público para identificar, por este modo, los asuntos en que no puede inmiscuirse el Congreso por medio de resoluciones o leyes de su cuño; en consecuencia, si es privativo del Presidente de la República "Conse-  
var en todo el territorio el orden público, y restablecerlo donde fuere turbado" (Art. 120-7 C.N.), aunque para ello se vea compelido a declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella y, por tanto, a convertirse en legislador extraordinario (Art. 121 C.N.), es lógico que las atribuciones excepcionales que en este evento asume hacen parte de su competencia privativa y de su exclusiva responsabilidad como lo determina la Carta al establecer que "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 facultades a que se refiere el presente artículo". (Ibídem).

Es por eso que la Constitución, ya lo hemos dicho, limita la potestad legislativa cuando señala la esfera de competencia del Congreso (Art. 76 C. N.) y cuando al mismo tiempo determina la de las otras ramas del poder público (Art. 120, 121, 122 y 151 C.N.), de modo que, como también lo admite la mayoría, para que el Congreso pueda invadir una competencia privativa de otra rama del poder público se requiere de norma **expresa**, lo que sucede únicamente en el evento de la llamada emergencia económica, para la cual la Constitución dispone que "El Congreso podrá en todo tiempo y a iniciativa pro-

pia, derogar, modificar o adicionar las materias específicas de los Decretos a que se refiere este artículo" (Art. 122 C.N.) y no ocurre, desde luego, en lo que respecta al orden público, en relación con el cual no existe disposición alguna que dé idéntica o semejante facultad al Congreso.

Es verdad, por tanto, que las leyes expedidas por el Congreso pueden **normalmente** derogar de manera expresa o tácita otras leyes o decretos precedentes, pero también lo es que no puede hacerlo "en asuntos que son de la privativa competencia de otros poderes" (Art. 78-2 C. N.) como los Decretos Legislativos, que competen privativamente al Gobierno en Estado de Sitio (Art. 121 C. N.).

#### 4. Principios de favorabilidad y de prevalencia de normas

Si bien el principio de favorabilidad es norma constitucional (Art. 26 C. N.), también lo es el principio de excepción que comporta el Estado de Sitio (Art. 121 C.N.), cuya prelación nadie puede discutir. Ambos son principios de fuero constitucional. El principio de favorabilidad no es absoluto, tiene el límite que le impone el orden natural de las cosas, esto es, que impera entre normas de igual categoría y procedencia. Más claramente, obra entre normas de excepción y también entre normas ordinarias, pero jamás entre una y otras, indistintamente. Tal mixtura repugna al ordenamiento positivo porque el principio de favorabilidad se convertiría en instrumento derogatorio de toda clase de normas, en particular de las del Estado de Sitio y, en consecuencia, en factor desnaturalizador del régimen de excepción, situación que no quiso el constituyente ni puede propiciar el juzgador. En cambio, el principio de ex-

cepción es prevalente porque impone la aplicación inmediata de las normas de Estado de Sitio, por ser especialísimas, transitorias y encaminadas exclusivamente al restablecimiento del orden público turbado.

Demostrado que el nuevo Código Penal no puede derogar el Decreto Legislativo 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad), el fenómeno jurídico que se advierte no es el de una simple sucesión de leyes sino el de un clásico conflicto de normas. En efecto, no hay lugar a sucesión o tránsito de leyes porque este fenómeno exige que la norma anterior bajo la cual se cometió el hecho punible esté derogada y que la ley posterior la sustituya; en cambio, aquí se presenta un conflicto de normas porque este fenómeno exige la vigencia simultánea de dos leyes que regulan de modo diferente la misma materia. En la sucesión de leyes de igual categoría opera el principio de favorabilidad a través de los mecanismos de la retroactividad y de la vigencia de la ley anterior. En el conflicto, los principios de especialidad, consunción y subsunción determinan la norma aplicable. Encontrándose vigentes a un mismo tiempo el denominado Estatuto de Seguridad y el nuevo Código Penal, el conflicto de normas es real porque, como igualmente lo acepta la mayoría, ambos regulan de manera diversa aspectos de una misma materia y establecen consecuencias cuantitativamente distintas en el orden punitivo, es decir, se **contraponen**. Entonces, no cabe duda que la disposición aplicable es el Decreto Legislativo 1923 de 1978 por su prevalencia constitucional y por ser norma de excepción para una situación especial y extraordinaria.

Para que existan leyes excepcionales, ordinarias, especiales, permanentes y

temporales, no es necesario enmendar la Carta. Esa clasificación es universal y responde a las distintas competencias privativas que la misma Constitución establece. Como lo hemos advertido, la existencia innegable de esas diversas categorías de normas influye necesariamente en el ámbito de aplicación del principio de favorabilidad.

En verdad, el Decreto Legislativo 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad) no es una ley especial en el sentido a que se refiere el art. 376 del nuevo Código Penal, luego, también por este aspecto, aquel estatuto quedó al margen de las previsiones de éste.

No habría inconveniente en aceptar que el actual Código en su artículo 355 reguló integralmente la materia relacionada con el delito de extorsión creando un tipo penal abierto, con verbos rectores más amplios, pena distinta y específica circunstancia de gravación, porque, precisamente, esas connotaciones específicas son las que demuestran de manera objetiva que esa norma ordinaria se encuentra en el conflicto con la excepción, o sea, con el art. 6 del Decreto Legislativo 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad). Pero también esas connotaciones son las que permitirían dentro del criterio de la mayoría, que invoca una sucesión de leyes, concluir que por el aspecto descriptivo de la conducta punible es más favorable la norma excepcional (Estatuto de Seguridad) porque comporta un tipo penal **cerrado** donde el Juez tiene que ceñirse a su texto, que no la del nuevo Código Penal que siendo **abierto** cae en un relativo arbitrio judicial con los peligros que esto supone. Como se ve, ese criterio no da seguridad jurídica porque a quienes se encuentran procesados les convendría esta interpretación y a quienes ya hayan sido con-

denados la que pregona la Sala. En consecuencia, es forzoso concluir que por sus mismos cauces la jurisprudencia que sienta la mayoría resulta contradictoria.

Finalmente no se pueden confundir el control político que ejerce el Congreso sobre el Ejecutivo con la potestad Legislativa del mismo para hacerlos depender uno del otro y sostener que si se reconoce la **preeminencia** de aquel control político debe igualmente admitirse la facultad legislativa del Congreso "aún en materias relacionadas con el orden público", porque son dos cosas distintas y autónomas: el control polí-

tico implica poder exigir responsabilidades, mientras que la potestad legislativa simplemente supone el ejercicio **ordinario** de una competencia funcional del Congreso.

En esta forma creemos haber dejado plenamente rebatidos todos los argumentos que tuvo en cuenta la mayoría para tomar la decisión que motiva nuestro total disenso.

Bogotá, D.E., 31 de marzo de 1981.

**Fabio Calderón Botero - Dante L. Fiorillo Porras - Luis Enrique Romero Soto.**