

Proceso No 26945

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

Magistrados Ponentes:

Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Dr. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobada Acta N°117

Bogotá, D. C., Julio once (11) de dos mil siete (2007).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de apelación presentado por la defensa contra la providencia del Tribunal Superior de Antioquia, de 22 de noviembre de 2006, conforme la cual negó una solicitud de cesación de procedimiento presentada a favor de ORLANDO CÉSAR CABALLERO MONTALVO, en contra de quien existe resolución acusatoria como posible autor responsable de los delitos de

concierto para delinquir agravado y fabricación, tráfico y porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas, en la modalidad de conservación.

ANTECEDENTES:

1. El día 27 de noviembre de 2004, en una vivienda del barrio Obrero del municipio de Mutatá, Antioquia, miembros de la Policía Nacional capturaron a ORLANDO CÉSAR CABALLERO MONTALVO, a quien le fue incautada una granada de fragmentación y 42 fotografías en las que aparecía uniformado con prendas similares a las de uso privativo de las Fuerzas Militares, portando armamento de largo y corto alcance y exhibiendo brazaletes distintivos de los grupos armados ilegales.

2. El informe de policía fue remitido a la Fiscalía General de la Nación, y el 29 de noviembre siguiente la Fiscalía Setenta y Dos Seccional de Chigorodó ordenó apertura de la instrucción, disponiendo indagar al capturado, diligencia que en efecto se cumplió el 1º de diciembre de 2004.

3. La Fiscalía 14 Especializada de la Subunidad de Terrorismo de Medellín, mediante resolución de 14 de diciembre de 2004 profirió medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva intramural en contra del indagado, al imputarle los delitos de *concierto para delinquir agravado y fabricación, tráfico y porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas, en la modalidad de conservación.*

4. La investigación fue clausurada el 2 de junio de 2005 y el 19 de julio siguiente se profirió resolución acusatoria en contra de CABALLERO MONTALVO por los mismos delitos imputados en la resolución que le había impuesto medida de aseguramiento.

5. El Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Medellín dio inicio al juicio según auto del 29 de agosto de 2005; se realizó la audiencia preparatoria el 7 de febrero de 2006 y la de juzgamiento el 15 de marzo del mismo año.

6. El 5 de mayo de 2006 la defensora presenta una solicitud de cesación de procedimiento aduciendo que el procesado se había desmovilizado el día 25 de abril de la misma anualidad.

6.1. En el documento “Acta de entrega voluntaria”, elaborado en Turbo-Antioquia el 26 de abril de 2006, se lee que CABALLERO MONTALVO concurrió ante la Fiscalía 20 Especializada para manifestar “su deseo de reincorporarse a la vida civil”, razón por la cual declaró “su pertenencia al Frente Dabeiba y Pavarandó, bloque ELMER CÁRDENAS de las AUC, en su calidad de integrante de la organización y su querer de abandonarlo voluntariamente. Situación que aconteció, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 782 de 2002 y el Decreto 3360 de 2003, de manera colectiva con 1.500 personas”.

6.2. La defensora funda su petición en el artículo 24 de la Ley 782 de 2002 y la Ley 975 de 2005.

7. Aparece incorporado al proceso, con fecha 8 de septiembre de 2006, documento suscrito por JORGE ALFREDO RODRÍGUEZ PATARROYO, Asesor Ministro de Interior y de Justicia, Programa de Reincorporación a la Vida Civil, quien hace constar

“Que el señor ORLANDO CÉSAR CABALLERO MONTALVO, identificado con la cédula de ciudadanía N° 19'598.6 29, es beneficiario del programa para la reincorporación a la vida civil del Ministerio del Interior y de Justicia en virtud de aparecer en la lista oficial del ex-bloque Elmer Cárdenas de las Autodefensas Unidas de Colombia de acuerdo al Decreto 3360 de 2003”¹.

8. Luego de varios trámites el juez especializado, atendiendo lo establecido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo 3275 de 19 de enero de 2006, el 21 de septiembre de 2006 remitió el proceso por competencia a la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla, correspondiendo a un magistrado advertir mediante auto del 13 de octubre siguiente que el asunto era de competencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia.

9. La Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, mediante auto de 22 de noviembre de 2006 dispuso no conceder la cesación de procedimiento peticionada, ni la libertad al procesado ORLANDO CÉSAR CABALLERO MONTALVO. Para tomar tal determinación señaló:

9.1. Su competencia para conocer de la petición en los términos de la Ley 418 de 1997, artículo 80, modificado por la Ley

¹ La Consejería para la Paz también certificó que el procesado “figura en la lista de desmovilizados de los Ex Frentes Pavarandó y Dabeiba del Ex Bloque Elmer Cárdenas de las Autodefensas Campesinas de Colombia”. Véase folio 102 c.o. 2.

782 de 2002, artículo 24, disposición que autoriza la cesación de procedimiento a quienes confiesen y sean procesados por *delitos políticos* (Ley 782 de 2002, artículo 19, que prorroga la vigencia del artículo 50 de la Ley 418 de 1997).

9.2. Que para la obtención de beneficios jurídicos es necesaria la obtención de una certificación del Comité Operativo para la Dejación de las Armas –CODA–, en los términos del artículo 12-4 del Decreto 128 de 2003.

9.3. Que los beneficios de la Ley 782 de 2002 son exclusivamente para los procesados y condenados por *delitos políticos* y los atribuidos al procesado no ostentan tal carácter.

9.4. Que el procesado negó en la indagatoria pertenecer para el momento de su captura al grupo de las autodefensas “Elmer Cárdenas” y conservar la granada de fragmentación que se le incautó en el maletín que también contenía las fotografías.

10. Contra la anterior decisión se promovieron los recursos de reposición y en subsidio de apelación. La defensa sustentó en los siguientes términos:

10.1. Que a pesar de la inexecutable del artículo 71 de la Ley 975 de 2005, y teniendo en cuenta que tal decisión produce efectos retroactivos, los beneficios jurídicos de dicha norma pueden aplicarse al procesado, en aplicación del principio de favorabilidad.

10.2. Que la falta de confesión del indagado no es obstáculo para conceder la cesación de procedimiento que se establece en el artículo 24 de la Ley 782 de 2002, pues la aceptación del hecho para obtener beneficios debe ocurrir en el momento de la desmovilización.

10.3. Que siendo un hecho cierto que el procesado se desmovilizó el 30 de abril de 2006, resulta plenamente vigente para su caso el artículo 69 de la Ley 975 de 2005.

10.4. En conclusión, la defensora solicitó la cesación de procedimiento a favor de ORLANDO CÉSAR CABALLERO MONTALVO teniendo como soporte jurídico la Ley 782 de 2002 y los artículos 69 y 71 de la Ley 975 de 2002.

11. El Tribunal Superior de Antioquia, mediante decisión de 16 de enero hogañ, reiteró lo expuesto en la providencia recurrida y ratificó que el procesado no cumplía con las exigencias legales para obtener el beneficio reclamado, razón por la que no repuso lo resuelto. Y con auto de 24 de enero pasado concedió el recurso de apelación. En consecuencia, remitió la actuación a la Corte.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

I. Competencia:

1. Ley 782 de 2002, que “prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999”,

dispone en su artículo 24 que el artículo 60 de la Ley 418 de 1997, a la vez prolongada en su existencia por la Ley 548 de 1999, quedará así:

Artículo 60. Se podrán conceder también, según proceda, de acuerdo con el estado del respectivo proceso penal, la cesación de procedimiento, la resolución de preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria, a quienes confiesen y hayan sido o fueren denunciados o procesados por hechos constitutivos de los delitos a que se refiere este título y no hayan sido aún condenados mediante sentencia ejecutoriada.

Para estos efectos, se tramitará la solicitud de acuerdo con los artículos anteriores y, una vez verificados los requisitos, el Ministerio de Justicia y del Derecho remitirá la solicitud al Tribunal correspondiente, o a la Dirección de Fiscalía ante la cual se adelante el trámite, quienes deberán emitir de plano, la providencia que decida la respectiva solicitud, en los términos legales y observando el principio de celeridad.

Si la persona se encuentra privada de la libertad, las citadas autoridades deberán dar trámite preferencial a las solicitudes de beneficios jurídicos, y en la providencia en la cual se conceda la petición de preclusión de la instrucción o la cesación de procedimiento, deberá revocarse el auto de detención del beneficiario, cancelarse las órdenes de captura en su contra y ordenar oficiar a los organismos competentes.

La Sala Penal del Tribunal respectivo deberá resolver dentro de los tres (3) meses siguientes, contados a partir del día siguiente al recibo del expediente. Este término es improrrogable.

2. Como se puede advertir, la disposición que otorga competencia a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial para resolver las solicitudes de cesación de procedimiento, no establece la posibilidad de que los pronunciamientos que con tal motivo se originen tengan algún recurso.

3. Sin embargo, la decisión de conceder o no la cesación de procedimiento (o preclusión de la investigación), de acuerdo a las reglas generales que aparecen consagradas en las leyes procesales, es de naturaleza interlocutoria. Contra tal clase de providencias procede tanto el recurso de reposición² como el de apelación³. Pero así mismo, el artículo 31 Superior señala que “Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley”, salvedad que no existe en el presente asunto.

4. Igualmente, la legislación procesal tradicionalmente ha establecido que a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia corresponde “... los recursos de apelación... en los procesos que conocen en primera instancia los tribunales superiores de distrito” (Ley 600 de 2000, artículo 75-3); y la nueva codificación que introduce un sistema de clara estirpe acusatoria, también señala que esta Corporación tiene competencia para resolver “los recursos de apelación contra los autos y sentencias que profieran en primera instancia los tribunales superiores” (Ley 906 de 2004, artículo 32-3).

² Ley 600 de 2000, artículo 189: “...el recurso de reposición procede contra las providencias ... interlocutorias de primera o única instancia”.

Ley 906 de 2004, artículo 176: “...Salvo la sentencia la reposición procede para todas las decisiones”.

³ Ley 600 de 2000, artículo 191: “... el recurso de apelación procede contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia”. Y en el artículo 193, que regula los efectos en que se concede el recurso de apelación dispone: “3. La que ordena la preclusión de la investigación o la cesación de procedimiento”, se concederá en el efecto suspensivo.

Ley 906 de 2004, artículo 176: “...La apelación procede, salvo los casos previstos en este código, contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, y contra la sentencia condenatoria o absolutoria”. Y el artículo 177 dispone que el recurso de apelación contra el auto que ordena la preclusión de la investigación se concede en el efecto suspensivo.

Adicionalmente, y por vía analógica, para los asuntos de *justicia de transición* regulados por medio de la Ley 975 de 2005, se prevé en el artículo 26 que “la apelación procede contra los autos que resuelvan asuntos de fondo”.

5. En fin, y a modo de conclusión, la Sala entiende, con el Tribunal Constitucional⁴, que

el principio de la doble instancia constituye "una piedra angular dentro del Estado de derecho", como quiera que garantiza, en forma plena y eficaz, el derecho fundamental de defensa al permitir que "el superior jerárquico del funcionario encargado de tomar una decisión en primera instancia, pueda libremente estudiar y evaluar las argumentaciones expuestas y llegar, por tanto, al convencimiento de que la determinación adoptada se fundamentó en suficientes bases fácticas y legales o que, por el contrario, desconoció pruebas, hechos o consideraciones jurídicas que ameritaban un razonamiento y un juicio diferente",

elementos de juicio que imponen considerar que contra el auto que decide la solicitud de cesación de procedimiento en los términos de la Ley 782 de 2002, procede el recurso de apelación, surgiendo así innegable la competencia de esta Corporación para resolver la impugnación que de manera subsidiaria ha promovido la defensora en el presente asunto.

II. Problemas jurídicos:

Como quiera que el escrito que contiene la inconformidad de la defensa alude indiferentemente al otorgamiento de la cesación

⁴ Sentencia T-083/98.

de procedimiento con base en la Ley 782 de 2002 y la Ley 975 de 2005, la Sala inicialmente procederá a fijar las pautas que gobiernan la dispensa de los beneficios que aparecen regulados en las normatividades señaladas y después entrará a resolver el problema jurídico propuesto por la recurrente.

III. La jurisprudencia y las leyes 782 de 2002 y 975 de 2005

La Sala ha indicado⁵ que las leyes 782 de 2002 y 975 de 2005 regulan distintas posibilidades relacionadas con los procesos de negociación o de desmovilización dirigidos a lograr la reincorporación de grupos al margen de la ley.

“Los procesos de paz, sea de diálogo o de desmovilización, incluyen formas de reincorporación a la vida civil, para lo cual las leyes 782 de 2002 y/o 975 de 2005, prevén instrumentos judiciales específicos tendientes a reconocer beneficios jurídicos relacionados con esas situaciones. Se trata de mecanismos excepcionales, propios de modelos de justicia de transición que reconocen “una tensión entre el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación”⁶.

“Por esas razones, tales disposiciones no pueden analizarse mediante una hermenéutica convencional, sino con principios políticos normativizados en la Constitución y en los tratados internacionales, que ponen de manifiesto

“una nueva noción de justicia en el contexto de la comunidad internacional, que atiende a la necesidad de alcanzar la efectividad del derecho a la paz en aquellas sociedades en situación de

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de colisión de competencia, de 28 de septiembre de 2006, radicación 25830.

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-370/06.

conflicto, pero que a la vez pretende responder, aún en estas circunstancias, al imperativo de enjuiciar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y lograr el esclarecimiento de la verdad al respecto, nuevo concepto de justicia que opera dentro del tránsito de un periodo de violencia a otro de consolidación de la paz y de vigencia del Estado de Derecho, o de autoritarismo a otro de respeto al pluralismo democrático”⁷.

“O como en reiteradas oportunidades ha tenido ocasión de decirlo la Sala, con ocasión de la interpretación de la Ley 975 de 2005,

“el valor justicia y los principios de igualdad y proporcionalidad, en orden a juzgar la constitucionalidad de una norma (y otros principios y otras normas se dirá ahora), no pueden estudiarse tal como si se tratara de una ley ordinaria, sino tomando en cuenta las singularidades de la que ahora se analiza, expedida con la finalidad de resolver la tensión que en este caso surge entre los conceptos de paz y justicia, que son también fundamentos del Estado, y de los compromisos internacionales adquiridos por Colombia.

“Por lo mismo, la vinculación entre política y derecho alcanza un nivel mayor al que de ordinario se presenta en la legislación común, en la cual, por ejemplo, la proporcionalidad de la respuesta estatal y la simetría con la agresión a bienes jurídicos, responde a la gravedad del injusto y grado de culpabilidad, mientras que, tratándose de una ley especial, como aquí sucede, se sujetan a otros valores, según se indicó”⁸.

“Desde ese margen se puede establecer que los procesos de negociación o de desmovilización dirigidos a lograr la reincorporación de grupos al margen de la ley, y a los cuales se refieren las leyes 782 de 2002 y 975 de 2005, regulan distintas posibilidades relacionadas con esas

⁷ *Idem*.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto colisión de competencias, del 7 de diciembre de 2005, radicado 24549, entre otras.

temáticas, dependiendo de los objetivos que con ellas se buscan. Así por ejemplo, la Ley 975 de 2005,

“no contiene la Ley 975 de 2005 una disposición que exonere al delincuente del cumplimiento de la sanción penal. Si bien es verdad que se le hace objeto de un tratamiento jurídico penal menos riguroso que el existente en el Código Penal –si se cumplen por el infractor unos requisitos determinados en relación con las víctimas y por la colaboración con la administración de justicia-, lo cierto es que, aún así, no desaparece la pena. Esta se impone, pero el procesado puede –con estricta sujeción a los requisitos y condiciones que el legislador señaló- hacerse acreedor a un beneficio que podría reducirle la privación de la libertad por un tiempo sin que éste desaparezca, beneficio que será objeto de análisis detenido posteriormente en esta providencia”⁹.

“Por fuerza de esa argumentación se impone una primera conclusión: la Ley 975 de 2005, de justicia y de paz, define un proceso *sui generis* en donde los derechos a la verdad, justicia y reparación, encuentran efectividad, siempre, en la asignación de una pena que simbólicamente busca la realización de esos principios y la transición hacia una paz consensuada. No por otra razón al definirse el ámbito de la ley, interpretación y aplicación normativa, en el aparte inicial del artículo 2° se dijo lo siguiente:

“La presente ley regula lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional.”

“Una segunda conclusión que se deriva de la filosofía de la Ley 975 de 2005, es la de que la amnistía, el indulto y otros beneficios establecidos en la Ley 782 de 2002, se rigen por lo dispuesto en esta última legislación, como lo reafirma el aparte final del artículo 2° de la ley primeramente mencionada en los siguientes términos:

⁹ Corte Constitucional, sentencia citada.

“La reinserción a la vida civil de las personas que puedan ser favorecidas con amnistía, indulto o cualquier otro beneficio establecido en la Ley 782 de 2002, se regirá por lo dispuesto en dicha ley”.

“Lo anterior, porque la Ley 975 de 2005 regula un proceso específico dentro del modelo propio de una justicia de transición que debe concluir ordinariamente con una sanción, a diferencia de lo que ocurre con la 782 de 2002 define procedimientos destinados a la realización del indulto (por parte del Gobierno), la amnistía, la inhibición de la investigación o la preclusión de la investigación o la cesación de procedimiento, según sea el caso, con intervención de las autoridades judiciales (fiscales o jueces).

“La alusión a fiscales y jueces es explicable en atención a que la Ley 782 de 2002 se expidió antes de haberse promulgado el nuevo código de procedimiento penal (Ley 906 de 2004), que como se sabe, entrega a los jueces, en el marco del principio de reserva judicial, la posibilidad de decidir acerca de las causas relacionadas con la imposibilidad de iniciar o continuar la acción penal (artículos 331 y 332 Ley 906 de 2004).

“Pero si se tiene en cuenta que hoy en día coexisten en todo el país diferentes sistemas procesales, no se ve ninguna razón para que los Fiscales, a quienes les fue atribuida la competencia para decidir sobre la improseguibilidad de la acción penal (preclusión de la investigación) o para no iniciarla (inhibición), no puedan pronunciarse al respecto¹⁰.

¹⁰ El artículo 24 de la ley 782 de 2002, dispone:

Se podrán conceder también, según proceda, de acuerdo con el estado del respectivo proceso penal, la cesación de procedimiento, la resolución de preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria, a quienes confiesen y hayan sido o fueren denunciados o procesados por hechos constitutivos de los delitos a que se refiere este título y no hayan sido aún condenados mediante sentencia ejecutoriada.

Para estos efectos, se tramitará la solicitud de acuerdo con los artículos anteriores y, una vez verificados los requisitos, **el Ministerio de Justicia y del Derecho remitirá la solicitud al Tribunal correspondiente, o a la Dirección de Fiscalía ante la cual se adelante el trámite**, quienes deberán emitir de plano, la providencia que decida la respectiva solicitud, en los términos legales y observando el principio de celeridad.

Si la persona se encuentra privada de la libertad, las citadas autoridades deberán dar trámite preferencial a las solicitudes de beneficios jurídicos, y en la providencia en la cual se conceda la petición de preclusión de la instrucción o la cesación de procedimiento, deberá revocarse el auto de detención del beneficiario, cancelarse las órdenes de captura en su contra y ordenar oficiar a los organismos competentes.

Además, la declaratoria de inexecutable del artículo 78 de la Ley 906 de 2004¹¹, mediante la cual se priva a los fiscales de la posibilidad de archivar las diligencias penales, debe entenderse en el entorno de la interpretación de la Ley 906 de 2004, que consagra un sistema especial de reserva judicial y no en el contexto de la justicia de transición que busca reincorporar a la vida civil a los miembros de los grupos organizados al margen de la ley”.

IV. El principio de favorabilidad

La tradición jurídica nacional enseña que la ley vigente al momento del hecho es la que debe ser aplicada para resolver el problema jurídico planteado. Sin embargo, cuando se presenta un tránsito de leyes en materia punitiva es necesario que se determine cuál es la ley más favorable al caso concreto, de donde se tiene que el precepto derogado puede cobrar fuerza para ser aplicado ultra-activamente así como retro-activamente es factible darle valor a la nueva disposición legal.

La Corte ha enfrentado los permanentes cambios legislativos que el Congreso de la República introduce al ordenamiento jurídico, especialmente a los códigos penales sustantivo y adjetivo, desarrollando desde siempre el criterio de la favorabilidad para aplicar la ley más generosa al interesado, situación que se presenta (1) cuando se da un tránsito legislativo, porque una nueva ley deroga la anterior, y, (2) cuando se da el fenómeno de coexistencia de leyes, ocasiones en las que debe aplicarse la ley más benigna.

La Sala Penal del Tribunal respectivo deberá resolver dentro de los tres (3) meses siguientes, contados a partir del día siguiente al recibo del expediente. Este término es improrrogable.

¹¹ Sentencia C-591/05.

Es lo que sucede con la vigencia temporal del artículo 71 de la Ley 975 de 2005 que, sin embargo, la Corte estima que no se puede aplicar porque:

V. La Ley 975 de 2004 no se aplica a *delitos políticos*:

Es cierto que en el texto sancionado y promulgado de la Ley 975 de 2005 se había previsto que los comportamientos desarrollados por los miembros de los grupos paramilitares o de autodefensa, que interfirieran con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal, debían ser considerados como delito de sedición, es decir, como ataque al orden constitucional y legal vigente. La norma fue concebida en los siguientes términos:

ARTÍCULO 71. *SEDICIÓN*. Adiciónase al artículo 468 del Código Penal un inciso del siguiente tenor: "También incurrirá en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal. En este caso, la pena será la misma prevista para el delito de rebelión".

La citada disposición fue declarada inexecutable al encontrar el Tribunal Constitucional *vicios de procedimiento en su formación*. Se recordó en la sentencia C-370/06 que «en las democracias resulta importante no sólo establecer *quién* hace la ley, sino también *cómo* la hace». Y se concluyó que en

el trámite impartido a los artículos 70 y 71 de la Ley 975/05 se desconoció el principio de consecutividad, ya que como resultado de la indebida tramitación de la apelación presentada en el Senado ante la decisión de negarlos adoptada por las Comisiones Primeras Constitucionales Permanentes, finalmente fueron remitidos a Comisiones

Constitucionales que no eran competentes; y una vez aprobados por éstas últimas sin tener competencia para hacerlo, fueron introducidos de manera irregular en el segundo debate ante la plenaria del Senado, como si hubiesen sido aprobados por las Comisiones Constitucionales facultadas para ello.

Si bien en la misma sentencia de control de constitucionalidad se dijo que a las decisiones tomadas se les aplican las reglas generales sobre efecto inmediato de las decisiones de la Corte Constitucional, y se advirtió que la providencia carecía de efectos retroactivos, las razones de todo orden que impiden la reclamada aplicación del artículo 71 de la Ley 975 de 2005, se exponen conforme a la siguiente secuencia:

V.1. Razones de orden sustancial sobre la imposibilidad de equiparar el concierto para delinquir con la sedición:

El artículo 71 de la Ley 975 de 2005 materialmente es una norma contraria a la Constitución Política porque asimila indebidamente los *delitos comunes* con los *delitos políticos*. Tal presupuesto desconoce no sólo los fundamentos que guían la actuación de ambas clases de delincuentes sino los postulados de la Carta que permiten un trato diferente entre unos y otros.

V.1.1. Fundamentación estrictamente constitucional:

1. Las sociedades democráticas se caracterizan por la búsqueda permanente del consenso social, el cual viene de la mano de postulados tales como la igualdad, la justicia y la libertad, entre otros, cuya materialización compete a todos los

poderes públicos. Una sociedad excluyente con graves *deficits* en el funcionamiento de la democracia, en la que no se respeta la dignidad humana ni los derechos fundamentales, frecuentemente cuenta con la presencia de graves conflictos, que en algunos casos llegan hasta niveles de confrontación violenta.

2. La violencia, fenómeno social que aparentemente está ligado a la existencia de toda sociedad, tiene que ser considerada como delito cuando afecta bienes jurídicos dignos, necesitados y merecedores de protección penal, y dependiendo de diferentes factores, la doctrina ha elaborado una amplia taxonomía sobre las clases de delitos, siendo una de ellas la que establece los *comunes* y *políticos*, sin que hasta la fecha aparezca razón alguna, fundamentada en los criterios propios de las ciencias sociales (la dogmática jurídico-penal), que cuestione la validez de tal distinción.

3. La Constitución de 1991, siguiendo la usanza de las constituciones decimonónicas, expresamente hace referencia al *delito político* como una variedad que amerita especial atención.

4. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹² es reiterativa al considerar que

La Constitución distingue los delitos políticos de los delitos comunes para efectos de acordar a los primeros un tratamiento más benévolo con lo cual mantiene una tradición democrática de estirpe humanitaria... El Estado no puede caer en el funesto error de confundir la delincuencia común con la política. El fin que persigue la delincuencia común organizada, particularmente a través de la violencia

¹² Sentencia C-171/93. Opinión reiterada en la sentencia C-069/94

narcoterrorista, es el de colocar en situación de indefensión a la sociedad civil, bajo la amenaza de padecer males irreparables, si se opone a sus proditorios designios. La acción delictiva de la criminalidad común no se dirige contra el Estado como tal, ni contra el sistema político vigente, buscando sustituirlo por otro distinto, ni persigue finalidades altruistas, sino que se dirige contra los asociados, que se constituyen así en víctimas indiscriminadas de esa delincuencia. Los hechos atroces en que incurre el narcoterrorismo, como son la colocación de carobombas en centros urbanos, las masacres, los secuestros, el sistemático asesinato de agentes del orden, de jueces, de profesionales, de funcionarios gubernamentales, de ciudadanos corrientes y hasta de niños indefensos, constituyen delito de lesa humanidad, que jamás podrán encubrirse con el ropaje de delitos políticos.

Admitir tamaño exabrupto es ir contra toda realidad y contra toda justicia. La Constitución es clara en distinguir el delito político del delito común. Por ello prescribe para el primero un tratamiento diferente, y lo hace objeto de beneficios como la amnistía o el indulto, los cuales sólo pueden ser concedidos, por votación calificada por el Congreso Nacional, y por graves motivos de conveniencia pública (art. 50, num. 17), o por el Gobierno, por autorización del Congreso (art. 201, num. 2o.). Los delitos comunes en cambio, en ningún caso pueden ser objeto de amnistía o de indulto. El perdón de la pena, así sea parcial, por parte de autoridades distintas al Congreso o al Gobierno, autorizado por la ley, implica un indulto disfrazado.

En otra decisión¹³ se dejó en claro que

El delito político es diferente al delito común y recibe en consecuencia un trato distinto. Pero, a su vez, los delitos, aún políticos, cuando son atroces, pierden la posibilidad de beneficiarse de la amnistía o indulto.

Posteriormente¹⁴, en cuanto a las consecuencias accesorias, se dijo que

¹³ Sentencia C-127/93.

¹⁴ Sentencia C-194/05.

El delito político, que difiere claramente del hecho punible común, no inhibe para el futuro desempeño de funciones públicas, ya que puede ser objeto de perdón y olvido, según las reglas constitucionales aplicables para instituciones como la amnistía. Los procesos de diálogo con grupos alzados en armas y los programas de reinserción carecerían de sentido y estarían llamados al fracaso si no existiera la posibilidad institucional de una reincorporación integral a la vida civil, con todas las prerrogativas de acceso al ejercicio y control del poder político para quienes, dejando la actividad subversiva, acogen los procedimientos democráticos con miras a la canalización de sus inquietudes e ideales.

El rebelde responsable de un *delito político* es

un combatiente que hace parte de un grupo que se ha alzado en armas por razones políticas, de tal manera que, así como el derecho internacional confiere inmunidad a los actos de guerra de los soldados en las confrontaciones interestatales, a nivel interno, los hechos punibles cometidos en combate por los rebeldes no son sancionados como tales sino que se subsumen en el delito de rebelión. Y es obvio que así sea, pues es la única forma de conferir un tratamiento punitivo benévolo a los alzados en armas¹⁵.

Cuando fueron declaradas inexecutable algunas disposiciones del Código Penal de 1980¹⁶, se precisó que independientemente de tal decisión el *delito político* subsiste porque los responsables de tales conductas pueden excepcionalmente recibir un tratamiento favorable, pues existe

la posibilidad de que el Congreso, en la forma prevista en el numeral 17 del artículo 150 de la Constitución, por graves motivos de conveniencia pública, conceda la amnistía y el

¹⁵ Sentencia C-456/97.

¹⁶ Sentencia C-456/97.

indulto generales por esos delitos políticos¹⁷. Al Congreso corresponderá, en esa ley extraordinaria, determinar los delitos comunes cometidos en conexión con los estrictamente políticos y que, por lo mismo, pueden quedar cobijados por la amnistía y el indulto. Y cuáles, por su ferocidad, barbarie, por ser delitos de lesa humanidad, no pueden serlo.

5. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha consignado que el *delito político* tiene ocurrencia cuando se atenta contra el régimen constitucional y legal vigente en búsqueda de un nuevo orden, resultando un imposible jurídico predicar de tales conductas su adecuación al delito de *concierto para delinquir*.

Siempre que la agrupación alzada en armas contra el régimen constitucional tenga como objetivo instaurar un nuevo orden, sus integrantes serán delincuentes políticos en la medida en que las conductas que realicen tengan relación con su pertenencia al grupo, sin que sea admisible que respecto de una especie de ellas, por estar aparentemente distantes de los fines altruistas que se persiguen, se predique el concierto para delinquir, y con relación a las otras, que se cumplen dentro del cometido propuesto, se afirme la existencia del delito político.

Dicho en otros términos, si los miembros de un grupo subversivo realizan acciones contra algún sector de la población en desarrollo de directrices erróneas, censurables o distorsionadas, impartidas por sus líderes, los actos atroces que realicen no podrán desdibujar el delito de rebelión, sino que habrán de concurrir con éste en la medida en que tipifiquen ilícitos que, entonces, serán catalogados como delitos comunes¹⁸.

¹⁷ Se había especificado en la sentencia C-225/95: *Es pues una opción política perfectamente compatible con la Carta, puesto que ésta establece que el Legislador podrá en todo momento "conceder, por mayoría de dos tercios de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos" (CP art. 150-17). Además, la posibilidad de que se concedan amnistías o indultos generales para los delitos políticos y por motivos de conveniencia pública es una tradición consolidada del constitucionalismo colombiano, puesto que ella se encuentra en todas nuestras constituciones de la historia republicana, desde la Carta de 1821 hasta la actual Carta.*

¹⁸ Colisión de competencias de 26 de noviembre de 2003, radicación 21639.

6. Los delitos cometidos por personas vinculadas a grupos paramilitares, como es el caso de los miembros de los grupos de autodefensa que en virtud de acuerdos con el Gobierno Nacional se han desmovilizado, bajo ningún pretexto alcanzan a ser considerados como autores del punible de sedición, por cuanto tales comportamientos no pueden ser asimilados al concepto *delito político*.

7. Debido a que los hechos delictivos cometidos por cuenta o en nombre de los paramilitares no fueron ejecutados con el propósito de atentar contra el régimen constitucional y legal vigente, con denunciado apoyo de importantes sectores institucionales y procurando obtener beneficios particulares, pretender que una norma identifique como *delito político* conductas claramente señaladas como *delitos comunes* resulta contrario a la Constitución vigente, desconoce la jurisprudencia nacional y contradice la totalidad de doctrina nacional y extranjera.

8. De lo dicho se sigue que quienes hayan estado vinculados a los grupos paramilitares o de autodefensa, cualquiera sea el grado de participación en la organización y en los delitos cometidos por cuenta de la misma, no pueden ser beneficiarios de amnistía, indulto, su extradición está permitida y, por regla general, no podrán acceder al servicio público y si llegasen a ser elegidos a alguna corporación pública se encontrarán en causal de pérdida de la investidura por subsistir la inhabilidad derivada del antecedente penal que surge de la comisión de un delito que apareja pena de prisión.

9. Es bien sabido que toda ley debe también **guardar afinidad** sustancial con el acervo de valores, principios, derechos y deberes que consagra la Carta Política, la cual junto con el Código Penal, la Jurisprudencia y la Doctrina nacionales y comparadas, diferencian al delincuente **político** del **común**¹⁹, de donde se desprende que al darles la Ley 975 de 2005 tratamiento punitivo similar, ataca valores superiores como la justicia, el orden justo, la seguridad ciudadana y jurídica, los fines de la pena, la resocialización del delincuente y la igualdad (por equipar a los que natural y jurídicamente son completamente distintos).

V.1.2. Fundamentación desde la teoría del delito:

La teoría del delito es una construcción que permite la explicación racional de los elementos que estructuran el concepto delito y desde la Constitución Política fundamenta la potestad estatal de imponer penas restrictivas de derechos a quienes vulneran los bienes jurídicos que han sido considerados como dignos, necesitados y merecedores de una especial tutela por parte del Estado.

Al hacer una comparación entre lo que se entiende por *delito político* frente a los elementos que estructuran el *concierto para delinquir*, aparecen notas sobresalientes que los hacen diferentes, inclusive los tipos penales “**se repelen entre sí, son excluyentes**”²⁰, de manera que el legislador está impedido –so pena de subvertir el orden jurídico– para asimilarlos, homologarlos

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Auto* colisión de competencia, 26 de noviembre de 2003, radicación 21639.

²⁰ Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Autos* de 23 de octubre de 1990 y de 10 de septiembre de 2003, radicación 21343.

o igualarlos desde los elementos que estructuran uno y otro reato así como para darles idéntico tratamiento²¹.

Estos son algunos elementos a partir de los cuales se deriva la autonomía plena de cada uno de tales comportamientos típicos:

1. El **bien jurídico** protegido en los *delitos políticos* es el régimen constitucional y legal porque el rebelde o el sedicioso se levanta contra las instituciones para derrocarlas o perturbar su funcionamiento. En el *concierto para delinquir* se atenta contra el bien jurídico de la seguridad pública, el cual resulta lesionado cuando se altera la tranquilidad de la comunidad y se genera desconfianza colectiva para el ejercicio de las actividades ordinarias.
2. La **acción típica** del *rebelde* o *sedicioso* se encauza a un supuesto fin colectivo de bienestar pues busca derrocar al gobierno legítimo para instaurar uno que cree justo e igualitario o perturbar la operatividad jurídica del régimen vigente; en el *concierto* se busca la satisfacción de necesidades egoístas, individuales de los asociados pues el responsable de tal injusto se coliga con el propósito de cometer delitos en forma indiscriminada sin que sea necesaria la producción de un resultado y

²¹ Uno de los postulados fundamentales del ordenamiento jurídico está dado por el principio de proporcionalidad que en punto del delito político y el concierto para delinquir no autoriza que las consecuencias jurídicas para uno y otro punible sean iguales, pues de cara a la sociedad siempre será más disvaliosa la conducta del delincuente común.

menos aún, la consumación de un ilícito que concrete el designio de la concertación²².

3. El **dolo** que se presenta en el *delito político* se dirige a socavar la institucionalidad proponiendo un nuevo orden o perturbando el existente y promoviendo otro en el que se mejore la dirección de los intereses públicos; el conocimiento y la voluntad de los copartícipes del *concierto* entraña solapamiento con la institucionalidad pues gracias a las carencias del Estado –la impunidad– buscan beneficios particulares a través del delito.
4. El **sujeto pasivo** del delito político es el Estado, la institucionalidad, el gobierno que se pretende derrocar o su régimen constitucional o legal suprimido o modificado, de donde se tiene que el rebelde puede ser investigado y juzgado en cualquier lugar del territorio nacional; en el concierto para delinquir el colectivo ciudadano, la sociedad, es quien resulta afectado y la judicatura del lugar en que se produce el acuerdo criminal es la encargada de investigar y juzgar el hecho²³.
5. La **culpabilidad** predicable del *delincuente político* se constata al establecer que conocía la obligación de acatar y respetar las instituciones estatales y decidió participar en su desestabilización buscando su caída; en el *concierto para delinquir* la culpabilidad del sujeto surge

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de única instancia, 18 de julio de 2001, radicación 17089 y sentencia de 23 de septiembre de 2003, radicación 17089.

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de colisión de competencia, 21 de febrero de 2001, radicación 18065.

del afán de satisfacer sus intereses particulares por medio de una organización creada para la comisión de delitos en forma indeterminada y del conocimiento que con su empresa se erige en un franco y permanente peligro para la sociedad en general y sin distinción²⁴. A partir del principio de proporcionalidad se establece que la relación entre tipicidad y culpabilidad no permite tener como culpable de *sedición* a quien realiza una conducta típica de *concierto para delinquir* y viceversa.

6. La **punibilidad** que apareja el *concierto para delinquir* no permite tratos permisivos a los condenados y mucho menos el otorgamiento de gracias o perdones, fenómenos de alta política criminal cuya concesión se acepta para el caso de los *delincuentes políticos* como una forma de solución o apaciguamiento del conflicto²⁵.
7. En el derecho internacional se observa de manera frecuente que los responsables de *delitos políticos* pueden ser acogidos a título de asilados, condición que impide otorgar en su contra la extradición. En cambio, los concertados para delinquir nunca se pueden beneficiar del asilo político y los Estados los extraditan como parte de la lucha global contra el crimen organizado.
8. Por sus fines, la calificación de una conducta como *delito político* descarta que la misma pueda ser señalada como

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Autos* de 23 de octubre de 1990 y de 10 de septiembre de 2003, radicación 21343.

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, autos de segunda instancia, 25 de noviembre de 2004, radicación 9878 y de 7 de abril de 1995, radicación 10297, entre otros.

crimen contra la humanidad²⁶, genocidio²⁷, crimen de guerra²⁸, violaciones graves de derechos humanos²⁹, reproches que perfectamente pueden haber constituido el motivo que dio origen al *concierto para delinquir*.

9. El éxito del *delincuente político* permite erigir un nuevo Estado en el que su comportamiento es exaltado a la categoría de heroico; el cumplimiento de las metas delincuenciales por los concertados no cambia las instituciones pero denota grave impunidad que obliga al Estado a redoblar esfuerzos que impidan a la sociedad aceptar que “el crimen paga”.

10. El *delito político* se presenta en sociedades que tienen altos grados de conflictividad social y tiende a desaparecer en comunidades que logran elevados niveles de consenso; el *concierto para delinquir* es un fenómeno delincencial que depende fundamentalmente de los fines egoístas que persiguen sus miembros y no se conoce sociedad que esté exenta del mismo³⁰.

²⁶ Cfr. Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 7°. Son crímenes perpetrados como parte de un ataque generalizado y sistemático dirigido a cualquier población civil (homicidio, exterminio, esclavitud, privaciones ilegales de la libertad, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo y esterilización forzada, desaparición de personas).

²⁷ Cfr. Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 6°.

²⁸ Cfr. Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 8°. Violaciones severas de las Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

²⁹ Caracterizadas por no constituir un ataque generalizado y sistemático, y por ello su diferenciación respecto de los crímenes contra la humanidad.

³⁰ Desde los Estados Unidos de Norteamérica, una de las sociedades más desarrolladas y con una estructura democrática avanzada, no se conoce de la existencia de grupos rebeldes pero sí es frecuente la comisión de delitos por bandas estructuradas con diversos fines antisociales, como por ejemplo de carácter racial. Igual situación se presenta en la inmensa mayoría de los Estados que integran la Unión Europea.

Como se puede concluir, también desde la teoría del delito es fácil constatar las diferencias que existen entre el *delito político* y el *concierto para delinquir*, siendo dicha razón una más entre las muchas que han llevado a los legisladores, nacionales y extranjeros, a diferenciar –la conducta típica y el tratamiento punitivo– entre una y otra clase de punibles, con lo que resulta fortalecida la tesis según la cual

resulta impensable que una misma conducta ontológicamente considerada puede adecuarse a dos modelos delictivos diversos, dependiendo de factores extraños a los que deben orientar su definición como delito y el proceso de adecuación típica propiamente dicho³¹.

Además: de lo que se viene de ver es impensable la equivocada idea de considerar a los miembros de otros grupos armados ilegales, diferentes a los paramilitares, como excusados de crímenes de *lesa humanidad* o de guerra, o de violaciones graves de los derechos humanos, pues la realidad impone señalar sus ataques a tales bienes como atentados que se desvinculan de la actividad *rebeld*e o *sediciosa* y que por lo tanto también deben responder por *delitos comunes*³².

V.2. El artículo 71 de la Ley 975 de 2006 violenta los derechos de las víctimas:

1. La intervención de las víctimas en el proceso penal y su interés porque la justicia resuelva un asunto, pasó de la mera

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 18 de octubre de 2005, radicación 24310.

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, autos de 23 de octubre de 1990 y de 26 de noviembre de 2003, radicación 21639. Mediante auto de segunda instancia de 19 de agosto de 2004, radicación 21025, se dijo expresamente que el delito de secuestro está excluido, entre otros, de los beneficios de indulto o cesación de procedimiento.

expectativa por la obtención de una reparación económica –como simple derecho subjetivo que permitía que el delito como fuente de obligaciones tuviera una vía judicial para el ejercicio de la pretensión patrimonial³³– a convertirse en derecho constitucional fundamental que además de garantizar (i) la efectiva **reparación** por el agravio sufrido, asegura (ii) la obligación estatal de buscar que se conozca la **verdad** sobre lo ocurrido, y (iii) un acceso expedito a la **justicia**, pues así se prevé por la propia Constitución Política, la ley penal vigente y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad³⁴.

2. Tal perspectiva de la víctima solamente se puede entender cuando se acepta, como tiene que ser, que ella ha quedado cubierta por

³³ La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, durante mucho tiempo entendió que el interés de la parte civil en el proceso penal se limitaba al resarcimiento de los perjuicios, y entonces cuando se le indemnizaba en los términos de su pretensión no podía intentar acciones que desmejoraran la situación del procesado. Así, por ejemplo, sentencias de 21 de enero de 1998, radicación 10166, y de 7 de octubre de 1999, radicación 12394. Tal línea jurisprudencial fue acogida en la sentencia C-293/95 por la Corte Constitucional y se mantuvo hasta el año 2002, cuando por medio de la decisión C-228/02, se autorizó a la víctima a intervenir en el proceso con finalidades diversas a las estrictamente económicas.

³⁴ Véase Corte Constitucional, sentencia C-209/07. En ésta providencia se hace un resumen de la forma como ha discurrido la jurisprudencia en materia de los derechos de las víctimas. Especial mención se hace de las sentencias C-580/02 (estableció que el derecho de las víctimas del delito de desaparición forzada de personas y la necesidad de garantizar los derechos a la verdad y a la justicia, permitían que el legislador estableciera la imprescriptibilidad de la acción penal, siempre que no se hubiera identificado e individualizado a los presuntos responsables); C-004/03 (garantía jurídica con que cuentan las víctimas para controvertir decisiones que sean adversas a sus derechos); C-979/05 (derecho de las víctimas a solicitar la revisión extraordinaria de las sentencias condenatorias en procesos por violaciones a derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, cuando una instancia internacional haya concluido que dicha condena es aparente o irrisoria); C-1154/05 (derecho de las víctimas a que se les comuniquen las decisiones sobre el archivo de diligencias); C-370/06 (los derechos de las víctimas en procesos inscritos en contextos y modalidades de justicia transicional de reconciliación); y, C-454/06 (la garantía de comunicación a las víctimas y perjudicados con el delito opera desde el momento en que éstos entran en contacto con las autoridades; señala que los derechos a la verdad, la justicia y la reparación las autoriza a solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía).

“un sistema de garantías fundado en el principio de *la tutela judicial efectiva*³⁵, de amplio reconocimiento internacional³⁶, y con evidente acogida constitucional a través de los artículos 229, 29 y 93 de la Carta. Este principio se caracteriza por establecer un sistema de garantías de naturaleza bilateral. Ello implica que garantías como el acceso a la justicia (Art.229); la igualdad ante los tribunales (Art.13); la defensa en el proceso (Art.29); la imparcialidad e independencia de los tribunales³⁷; la efectividad de los derechos (Arts. 2° y 228); sean predicables tanto del acusado como de la víctima. Esta bilateralidad, ha sido admitida por esta Corporación al señalar que el complejo del debido proceso, que involucra principio de legalidad, debido proceso en sentido estricto, derecho de defensa y sus garantías, y el juez natural, se predicán de igual manera respecto de las víctimas y perjudicados”³⁸.

3. El Tribunal Constitucional³⁹ en la sentencia C-454/06 resumió el alcance de los derechos de las víctimas del delito de la siguiente manera:

“a. El derecho a la verdad.

“31. El conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad⁴⁰ (principios 1° a 4) incorporan en este

³⁵ El principio de la tutela judicial efectiva encuentra ubicación constitucional en los artículos 229 y 29 de la Carta, sin perjuicio de su ampliación por la vía del artículo 93, que ha permitido el ingreso de las fuentes internacionales que consagran esta garantía.

³⁶ Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

³⁷ Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

³⁸ Sentencia SU-1184 de 2001, MP: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

³⁹ Sobre el particular también pueden ser consultadas las sentencias C-740/01, C-1149/01, SU-1184/001, T-1267/01 y C-282/02.

⁴⁰ Esta sistematización se apoya en el “*Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*”. Anexo del Informe final del Relator Especial acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos. E/CN.4/Sub2/1997/20/Rev.1, presentado a la Comisión de Derechos Humanos en 1998. Estos principios fueron actualizados por la experta independiente DIANE ORENTLICHER, de acuerdo con informe E/CN. 4/2005/102, presentado a la Comisión de Derechos Humanos. Para más detalles, véase Comisión Colombiana de Juristas

derecho las siguientes garantías: (i) el derecho inalienable a la verdad; (ii) el deber de recordar; (iii) el derecho de las víctimas a saber.

“El primero, comporta el derecho de cada pueblo a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias que llevaron a la perpetración de los crímenes. El segundo, consiste en el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión como parte de su patrimonio, y por ello se deben adoptar medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado. Y el tercero, determina que, independientemente de las acciones que las víctimas, así como sus familiares o allegados puedan entablar ante la justicia, tiene el derecho imprescriptible a conocer la verdad, acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones, y en caso de fallecimiento o desaparición acerca de la suerte que corrió la víctima.

“El derecho a la verdad presenta así una dimensión colectiva cuyo fin es “preservar del olvido a la memoria colectiva”⁴¹, y una dimensión individual cuya efectividad se realiza fundamentalmente en el ámbito judicial, a través del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte⁴².

“32. Proyectando estos principios en el ámbito nacional, la jurisprudencia constitucional ha determinado que el derecho de acceder a la verdad, implica que las personas tienen derecho a conocer qué fue lo que realmente sucedió en su caso. La dignidad humana de una persona se ve afectada si se le priva de información que es vital para ella. El acceso a la verdad aparece así íntimamente ligado al respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima⁴³.

“b. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

“33. Este derecho incorpora una serie de garantías para las víctimas de los delitos que se derivan de unos correlativos

(compilación), *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones*, Bogotá, Opciones Gráficas Editores Ltda., 2007.

⁴¹ Principio 2 del Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

⁴² Cfr. Entre otras las sentencias C-293 de 1995 y C-228 de 20002.

⁴³ Cfr. Sentencias T-443 de 1994, MP. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ; C-293 de 1995, MP, CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

deberes para las autoridades, que pueden sistematizarse así: (i) el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos; (ii) el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; (iii) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso.

“La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho de acceso a la justicia, tiene como uno de sus componentes naturales el derecho a que se haga justicia. Este derecho involucra un verdadero derecho constitucional al proceso penal⁴⁴, y el derecho a participar en el proceso penal⁴⁵, por cuanto el derecho al proceso en el estado democrático debe ser eminentemente participativo. Esta participación se expresa en " que los familiares de la persona fallecida y sus representantes legales serán informados de las audiencias que se celebren, a las que tendrán acceso, así como a toda información pertinente a la investigación y tendrán derecho a presentar otras pruebas"⁴⁶.

“c. El derecho a la reparación integral del daño que se ha ocasionado a la víctima o a los perjudicados con el delito.

“34. El derecho de reparación, conforme al derecho internacional contemporáneo también presenta una dimensión individual y otra colectiva. Desde su dimensión individual abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas individuales relativas al derecho de (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción y (v) garantía de no repetición. En su dimensión colectiva, involucra medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas⁴⁷.

“La integralidad de la reparación comporta la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer

⁴⁴ Cfr. Sentencia C-412 de 1993, MP. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

⁴⁵ Cfr., Sentencia C-275 de 1994, MP, ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

⁴⁶ Cfr. Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, aprobado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, mediante resolución 1989/65 del 29 de mayo de 1989, y ratificado por la Asamblea General. mediante resolución 44/162 del 15 de diciembre de 1989. Citados en la sentencia C-293 de 1995.

⁴⁷ Cfr. Art. 33 del Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación”.

4. En forma concreta sobre los derechos de las víctimas en procesos inscritos en contextos y modalidades de justicia transicional de reconciliación, el Tribunal Constitucional mediante la sentencia C-370/06, no solamente señaló que además de garantizarles la protección de los derechos humanos mediante el ejercicio de un recurso en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos

“[4.5.3.] ... corresponde el correlativo deber estatal de juzgar y sancionar las violaciones de tales derechos. Este deber puede ser llamado obligación de procesamiento y sanción judicial de los responsables de atentados en contra de los derechos humanos internacionalmente protegidos.

(...)

“4.5.5. El deber estatal de investigar, procesar y sancionar judicialmente a los autores de graves atropellos contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no queda cumplido por el sólo hecho de adelantar el proceso respectivo, sino que exige que este se surta en un “plazo razonable”. De otra manera no se satisface el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables.

(...)

“4.5.7. La obligación estatal de iniciar *ex officio* las investigaciones en caso de graves atropellos en contra de los derechos humanos indica que la búsqueda efectiva de la verdad corresponde al Estado, y no depende de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares, o de su aportación de elementos probatorios.

(...)

“4.5.9. Las obligaciones de reparación conllevan: (i) en primer lugar, si ello es posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), “la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación”⁴⁸; (ii) de no ser posible lo anterior, pueden implicar otra serie de medidas que además de garantizar el respeto a los derechos conculcados, tomadas en conjunto reparen las consecuencias de la infracción; entre ellas cabe la indemnización compensatoria.

“4.5.10. El derecho a la verdad implica que en cabeza de las víctimas existe un derecho a conocer lo sucedido, a saber quiénes fueron los agentes del daño, a que los hechos se investiguen seriamente y se sancionen por el Estado, y a que se prevenga la impunidad.

“4.5.11. El derecho a la verdad implica para los familiares de la víctima la posibilidad de conocer lo sucedido a ésta, y, en caso de atentados contra el derecho a la vida, en derecho a saber dónde se encuentran sus restos; en estos supuestos, este conocimiento constituye un medio de reparación y, por tanto, una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad como un todo.

“4.5.12. La sociedad también tiene un derecho a conocer la verdad, que implica la divulgación pública de los resultados de las investigaciones sobre graves violaciones de derechos humanos.

(...)

“4.7. El “Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, proclamados por la ONU en 1998.

(...)

“(…), la Corte aprecia que, dentro de las principales conclusiones que se extraen del “Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” en su última actualización, cabe mencionar las siguientes, de especial relevancia para el estudio de constitucionalidad que adelanta: (i) durante los procesos de transición hacia la paz, como el que adelanta Colombia, a las víctimas les asisten tres categorías de derechos: a) el derecho a saber, b) el derecho a la justicia y c) el derecho a la reparación; (ii) el derecho a

⁴⁸ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 15 de junio de 2005.

saber es imprescriptible e implica la posibilidad de conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima; (iii) el derecho a saber también hace referencia al derecho colectivo a conocer qué pasó, derecho que tiene su razón de ser en la necesidad de prevenir que las violaciones se reproduzcan y que implica la obligación de “memoria” pública sobre los resultados de las investigaciones; (iv) el derecho a la justicia implica que toda víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz, principalmente para conseguir que su agresor sea juzgado, obteniendo su reparación; (v) al derecho a la justicia corresponde el deber estatal de investigar las violaciones, perseguir a sus autores y, si su culpabilidad es establecida, de asegurar su sanción; (vi) dentro del proceso penal las víctimas tienen el derecho de hacerse parte para reclamar su derecho a la reparación. (vii) En todo caso, las reglas de procedimiento deben responder a criterios de debido proceso; (viii) la prescripción de la acción penal o de las penas no puede ser opuesta a los crímenes graves que según el derecho internacional sean considerados crímenes contra la humanidad ni correr durante el período donde no existió un recurso eficaz; (ix) En cuanto a la disminución de las penas, las “leyes de arrepentidos” son admisibles dentro de procesos de transición a la paz, “pero no deben exonerar totalmente a los autores”; (x) la reparación tiene una dimensión doble (individual y colectiva) y en el plano individual abarca medidas de restitución, indemnización y readaptación; (xi) en el plano colectivo, la reparación se logra a través de medidas de carácter simbólico o de otro tipo que se proyectan a la comunidad; (xii) dentro de las garantías de no repetición, se incluye la disolución de los grupos armados acompañada de medidas de reinserción”.

5. Derechos frente a los cuales el juez, como representante de una autoridad independiente e imparcial que colabora armónicamente en la realización de los fines del Estado social de Derecho, no puede ser mero espectador pues su misión

“va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales...”,

de donde le resulta imperativa la obligación de

“buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad”⁴⁹.

6. Téngase en cuenta que muchos de los crímenes atribuidos a los miembros de los grupos paramilitares constituyen graves atentados a la humanidad y a los valores supremos que de ella se predicen en la actualidad, cobrando hoy mayor vigencia lo dicho por el Tribunal Constitucional en la sentencia C-004/03⁵⁰, cuando señaló que

“la impunidad de las violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario es más grave, cuando el Estado ha incumplido en forma protuberante con sus deberes de investigar y sancionar seriamente esos delitos. En esos eventos, la preponderancia de los derechos de las víctimas y de la búsqueda de un orden justo sobre la seguridad jurídica y el *non bis in ídem* es aún más evidente, por las siguientes dos razones: De un lado, para las víctimas y los perjudicados por una violación a los derechos humanos, la situación resulta aún más intolerable, pues su dignidad humana es vulnerada en cierta medida doblemente, ya que esas personas no sólo fueron lesionadas por un comportamiento atroz sino que, además, deben soportar la indiferencia del Estado, quien incumple en forma protuberante con su obligación de esclarecer esos actos, sancionar a los responsables y reparar a los afectados”,

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-591/05.

⁵⁰ Sentencia C-004/03.

razón por la cual es posible la

“revisión de aquellos procesos en que el Estado, en forma protuberante, dejó de lado su deber de investigar seriamente esas violaciones a los derechos humanos, no impacta en forma muy intensa la seguridad jurídica, por la sencilla razón de que en esos procesos las autoridades realmente no realizaron una investigación seria e imparcial de los hechos punibles. Y por ende, precisamente por ese incumplimiento del Estado de adelantar seriamente la investigación, la persona absuelta en realidad nunca estuvo seriamente procesada ni enjuiciada, por lo que una reapertura de la investigación no implica una afectación intensa del *non bis in ídem*. Eso puede suceder, por ejemplo, cuando la investigación es tan negligente, que no es más que aparente, pues no pretende realmente esclarecer lo sucedido sino absolver al imputado. O también en aquellos eventos en que los funcionarios judiciales carecían de la independencia e imparcialidad necesarias para que realmente pudiera hablarse de un proceso.

“Es pues claro que en los casos de impunidad de violaciones a los derechos humanos o de infracciones graves al derecho internacional humanitario derivadas del incumplimiento protuberante por el Estado colombiano de sus deberes de sancionar esas conductas, en el fondo prácticamente no existe cosa juzgada, pues ésta no es más que aparente. En esos eventos, nuevamente los derechos de las víctimas desplazan la garantía del *non bis in ídem*, y por ello la existencia de una decisión absolutoria con fuerza formal de cosa juzgada no debe impedir una reapertura de la investigación de esos comportamientos, incluso si no existen hechos o pruebas nuevas, puesto que la cosa juzgada no es más que aparente.

7. Todo lo expresado debe obligar a la Corte a considerar, en aras del imperio de la justicia nacional, el respeto de los compromisos internacionales del Estado en materia de derechos humanos y la efectividad de los derechos fundamentales, al constatar que resulta siendo un imposible jurídico asimilar, y como consecuencia de ello darle el tratamiento de delito político a

aqueños comportamientos desplegados de manera sistemática, con una ponderada programación del hecho, en muchos casos con el apoyo directo y en otras soterrado de miembros de la institucionalidad⁵¹, y que fueron ejecutados por los miembros de los señalados grupos –a cuyo surgimiento contribuyó el propio

⁵¹ Afirmación que se hace a partir, entre otras, de las sentencias del 29 de enero de 1997, 6 de diciembre de 2001, 5 de julio de 2004 y 15 de septiembre de 2005, de la Corte Interamericana de Derecho Humanos en las que resolvió los casos *Caballero Delgado y Santana*, *Las Palmeras*, *Los 19 Comerciantes* y *Mapiripán*, respectivamente.

Se dice expresamente en la sentencia del caso *Masacre de Mapiripán*: “**96.19 Se ha documentado en Colombia la existencia de numerosos casos de vinculación entre paramilitares y miembros de la fuerza pública en relación con hechos similares a los ocurridos en el presente caso, así como actitudes omisivas de parte de integrantes de la fuerza pública respecto de las acciones de dichos grupos**”. Véase <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

Igualmente, la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado que es constante la impunidad en las violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario cometidas por los paramilitares y la connivencia entre estos grupos y la fuerza pública, como consecuencia de procesos penales y de investigaciones disciplinarias abiertos en su contra que no desembocan en el establecimiento de responsabilidades ni en las correspondientes sanciones. Cfr. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, E/CN.4/2005/10, 28 de febrero de 2005, párrs. 61 y 92; Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, E/CN.4/2004/13, 17 de febrero de 2004, párrs. 26, 27, 28, 34 y 77; Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia en el año 2002, E/CN.4/2003/13, 24 de febrero de 2003, párr. 77 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 41, folio 3713); Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, E/CN.4/2002/17, 28 de febrero de 2002, párr. 211, 212 y 365 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 42, folios 3794, 3795, 3796 y 3825); Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia en el año 2000, E/CN.4/2001/15, 20 de marzo de 2001, párrs. 57, 142, 206 y 254 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 39, folios 3613, 3630, 3642, 3650 y 3651), e Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, E/CN.4/2000/11, 9 de marzo de 2000, párr. 27, 47, 146 y 173.

SALVATORE MANCUSO, uno de los jefes de los grupos paramilitares que se ha acogido a la Ley 975 de 2005, expresó ante el Fiscal Octavo de la Unidad de Justicia y Paz que los paramilitares recibieron apoyo directo de personas vinculadas a las instituciones, ganaderos, empresarios e industriales (Versión libre cumplida en Medellín los días 15, 16 y 17 de mayo de 2007 y de la que dieron amplio despliegue los medios de comunicación. De dicha diligencia existe copia en el proceso 26625 que tramita la Sala Penal).

Estado⁵²– en desmedro de los más caros bienes jurídicos de ciudadanos inermes y de la humanidad en general.

8. Aceptar que en lugar de *concierto para delinquir* el delito ejecutado por los miembros de los grupos paramilitares constituye la infracción punible denominada *sedición*, no sólo equivale a suponer que los mismos actuaron con fines altruistas y en busca del bienestar colectivo sino, y también, burlar el derecho de las víctimas y de la sociedad a que se haga justicia y que se conozca la verdad, pues finalmente los hechos podrían quedar cobijados con la impunidad⁵³ absoluta –entendida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como *la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana*– que se les brindaría por medio de amnistías e indultos, medidas que podrían ser tomadas a discreción del ejecutivo y el legislativo y sin posibilidad de control judicial, tornándose en un imposible la obtención de la verdad, el deber de recordar y el derecho a saber lo que realmente sucedió en el caso.

V.3. Deberes de la judicatura en el Estado social de Derecho:

1. La Constitución Política, los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos

⁵² Así lo constató la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia del 31 de enero de 2006. Véase <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁵³ Dice la Corte Constitucional: “Los Estados están en la obligación de prevenir la impunidad, toda vez que propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares. En tal virtud están obligados a investigar de oficio los graves atropellos en contra de los derechos humanos, sin dilación y en forma seria, imparcial y efectiva” (Sentencia C-370/06).

impone el deber-obligación al Estado colombiano de incorporar en la legislación interna normas que permitan prohibir las violaciones del derecho a la vida, la integridad y libertad personales, etc., y que dispensen castigo a los responsables, lo cual no sólo incumbe al órgano legislativo

sino a toda la institución estatal y a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas fuerzas de policía o fuerzas armadas. En razón de lo anterior, los Estados deben adoptar las medidas necesarias, no sólo a nivel legislativo, administrativo y judicial, mediante la emisión de normas penales y el establecimiento de un sistema de justicia para prevenir, suprimir y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, sino también para prevenir y proteger a los individuos de actos criminales de otros individuos e **investigar efectivamente estas situaciones**⁵⁴.

2. Entre los diferentes ataques que puede sufrir la integridad personal aparece con nota sobresaliente la tortura. La práctica de esta clase de atentado a la dignidad humana aparece prohibida en términos absolutos e inderogables por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, siendo ella ilegal aún en circunstancias de guerra exterior o interna, persecución al terrorismo y cualquier otro delito, estados de emergencia o conmoción interior, situaciones de emergencia o calamidad pública. A partir del Derecho Internacional Humanitario, que se aplica a conflictos internacionales como internos, están prohibidas las torturas y demás actos crueles, humillantes y degradantes, razón por la cual los responsables de tales acciones deben

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la masacre de Ituango vs. Colombia*. Sentencia del 1 de julio de 2006 (Negrillas agregadas). Véase <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

responder por crímenes de guerra tanto en el orden interno como a la luz del Estatuto de Roma⁵⁵.

3. La libertad personal es uno de los bienes más preciados por los miembros de las sociedades contemporáneas; su esencia estriba en no ser privado de ella en forma arbitraria o ilegal. Tristemente tal ataque ha sido práctica frecuente de los grupos de autodefensas, que utilizan el secuestro y la desaparición forzada como arma de eliminación de sus enemigos en particular y de intimidación de la población en general. Por la falta de efectividad del Estado en la persecución de atentados a este preciado bien ya se han producido condenas por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁶.

4. Frente a las violaciones de los derechos humanos el Estado debe garantizar a las víctimas un recurso efectivo que ofrezca resultados o respuestas adecuadas⁵⁷, lo que equivale a decir, ni más ni menos, que un remedo de justicia no equivale a hacer justicia. Dicho en otros términos: sólo se hace justicia y se obtiene eficacia del recurso efectivo cuando quienes han sufrido la violación de los derechos humanos, quienes han sido víctimas de los delitos cometidos por los grupos paramilitares, o sus familiares, obtienen verdad, justicia y reparación⁵⁸.

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Sentencia del 8 de julio de 2004. Véase <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁵⁶ Véase, por ejemplo, *Caso de la masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Véase <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. Sentencia del 29 de septiembre de 1999. Véase <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁵⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de las Palmeras vs. Colombia*. Sentencia del 6 de diciembre de 2001. Véase <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

5. El Estado, en este caso los jueces, faltan a sus deberes cuando ante graves violaciones a los derechos humanos no investigan, juzgan y sancionan a los responsables de cometerlas. En concreto sobre el denominado *recurso efectivo*, se incumplen gravemente los estándares internacionales cuando (i) no se adelantan los procesos judiciales de forma seria, rigurosa y exhaustiva, (ii) cuando no se tramitan con diligencia, celeridad y convicción, (iii) no se toman medidas para proteger a las víctimas (iv) o no se les permite a éstas intervenir en los procesos, (v) o se dilata en el tiempo la definición del asunto.

Hay que resaltar la necesidad de que la judicatura comprenda el papel que juegan sus decisiones en el contexto del sistema penal y del modelo estatal del que hace parte por cuanto las democracias constitucionales son fundamentalmente Estados de Justicia; es decir, Estados que en el contexto de una democracia participativa y pluralista, llevan a una nueva dimensión los contenidos de libertad política del Estado Liberal y de igualdad del Estado Social. Por ello, cada acto de los poderes constituidos, incluido el Poder Judicial, se halla vinculado por la Justicia como valor superior del ordenamiento jurídico, como principio constitucional, como derecho y aún como deber estatal, de donde resulta imperioso que los jueces, al emitir sus pronunciamientos, no se preocupen solo por la corrección jurídica de sus decisiones sino también por la necesidad de armonizar esa corrección con contenidos materiales de Justicia porque de lo contrario, la judicatura colombiana no habría dado un solo paso desde las épocas del más rígido formalismo jurídico.

Si se procede de esa manera, esto es, armonizando la corrección jurídica y la justicia material, es fácil advertir que existen razones superiores para cuestionar la legitimidad de las decisiones legislativas que soterradamente pretenden introducir beneficios a determinada clase de delincuentes. En efecto, estas no sólo resultan políticamente precarias sino también jurídicamente incorrectas y moralmente injustas: no solo desnudan la ausencia de una política criminal coherente sino que, además, impiden la realización de los fines constitucionales del proceso penal pues afectan las legítimas expectativas que alientan las víctimas de las conductas punibles en cuanto a la realización de su derecho a la justicia, y por el contrario, tales rebajas son asumidas, con razón, como una forma de impunidad.

Claro, en ocasiones, la judicatura es refractaria a este tipo de consideraciones. Pero este es un motivo adicional de preocupación pues da fe de unos jueces que han perdido de vista la sustancia que tienen entre manos, más aún cuando la sociedad en su conjunto hace eco de la profunda injusticia implícita en la rebaja generalizada de penas: no es infundada la indignación general causada al tenerse conocimiento de que en pocos años, por acumulación de beneficios y rebajas, quedará en libertad el responsable de la violación y asesinato de 172 niños a lo largo y ancho del país⁵⁹.

Entonces, la judicatura debe comprender que sus decisiones se enmarcan en el contexto de un Estado orientado a la realización de la Justicia y que por ello concurren razones superiores que no lo atan fatalmente a una política criminal

⁵⁹ 172 niños víctimas de LUIS ALFREDO GARAVITO. <http://www.fiscalia.gov.co>

constitucionalmente ilegítima de rebajas generalizadas de penas, con mayor razón si, en sedes distintas, se ha cuestionado la legitimidad material y procedimental de las normas legales que las consagran.

6. En Colombia **no** existe política criminal empezando porque el ente encargado de fijarla hace mucho tiempo que ni siquiera se reúne. La fijación de penas altas y sus correlativos descuentos obedecen al péndulo de la opinión pública. Por eso se denuncia una “**política criminal de doble columna**”, en una de las cuales se elevan las penas para un adecuado control social formal, mientras que por la otra, se implementa un verdadero festín de atenuantes y causales de libertad que transforman al juez de “acreedor” en “deudor de penas”, y al expediente penal en verdadero “baratillo de rebajas”.

Es que la propia **Ley 975** de 2005 es **contradictoria**: se dictó para paliar pena a los integrantes de los grupos rebeldes del país, cuyos delitos no son leves y hay cabecillas con concepto favorable de extradición por narcotráfico, especies delictivas excluidas en su artículo 70 cuando se trata de delincuentes comunes.

7. En el Estado **legal** de derecho, la legitimidad del proceso se determinaba sólo por el cumplimiento de las formalidades establecidas en la Ley: el formalismo jurídico era la alternativa hermenéutica, visión que varió radicalmente con el Estado **constitucional** de derecho en el cual la legitimidad de las instituciones no se determina únicamente a partir del cumplimiento del rigor formal fijado por la ley sino por el respeto y la realización del sistema de valores, principios, derechos y deberes consagrados en las cartas políticas con miras a la

realización del hombre en un marco democrático pluralista, de tal manera que la legitimidad de todo proceso ya no se infiere del sólo tenor literal de la ley sino también a partir del cumplimiento de la teleología que para él se deduce de los textos superiores⁶⁰.

La Corte Constitucional decidió:

Pero no obra el Legislador dentro de los parámetros constitucionales cuando de **manera caprichosa** decide favorecer a quienes por una mera cuestión de **azar** se hallaban en una circunstancia que él resuelve calificar de privilegiada, sin que corresponda a la instrumentación de una política criminal razonada y razonable⁶¹.

8. En ese orden de ideas, dígase finalmente que el juez ya no es la “*boca de la Ley*” a la manera de MONTESQUIEU en el Estado Liberal de Derecho, sino el “*cerebro y la conciencia del Derecho*” a través de la jurisprudencia de principios en el Estado constitucional de derecho, que le permite ser legislador positivo al modular o condicionar la validez de la ley, y legislador negativo, a la manera de GARGARELLA, al poder excluir del firmamento del derecho una ley inválida, como aquella que no se rigió en su

⁶⁰ JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ, *Los fines constitucionales del proceso penal como parámetro de control del principio de oportunidad*, Revista Uniext. No. 79, 2005. “En la tradición del positivismo formalista, el derecho procesal estaba desprovisto de una vinculación sustancial con lo que era materia de litigio; se agotaba en una ritualidad cuya configuración se realizaba fundamentalmente en la instancia legislativa... pero esa dimensión del derecho procesal ha sido superada pues el constitucionalismo ha rescatado las garantías centenariamente elaboradas como contenidos del derecho procesal para vincularlas inescindiblemente a la realización de las normas sustanciales... Con ello, ha dotado al proceso de una nueva racionalidad pues ya no se trata de agotar ritualismos vacíos de contenido o de realizar las normas de derecho sustancial de cualquier manera sino de realizarlas reconociendo esas garantías irrenunciables pues su respeto ineludible también constituye una finalidad del proceso... De allí que el proceso penal constituya un método con el que, a través de distintas etapas teleológicamente dirigidas y en un marco de profundo respeto de los derechos de los intervinientes, se averigua la verdad en relación con la comisión de una conducta punible y se lo hace como presupuesto para la emisión de una decisión justa”. Corte Constitucional, *Sent.* C-131 de 2002. M. P., Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

⁶¹ Corte Constitucional, *Sent.* C-1404, Mags. Ptes., Dres. CARLOS GAVIRIA DÍAZ y ÁLVARO TAFUR GALVIS.

trámite de creación por el mandato constitucional o que desconoce el capital axial superior, a través de los controles directo o difuso de constitucionalidad, éste último que, a partir de la Constitución de 1991, puede ejercer cualquier juez de la República por aspectos formales o de procedimiento y materiales⁶².

9. Estas consideraciones cobran mayor vigencia cuando entrándose de la “Ley de Justicia y Paz” se advierte por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que

ninguna ley ni disposición de derecho interno puede impedir a un Estado cumplir con la obligación de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos. En particular, son inaceptables las disposiciones de amnistía, las reglas de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos – como las del presente caso, ejecuciones y desapariciones. El Tribunal reitera que la obligación del Estado de investigar de manera adecuada y sancionar, en su caso, a los responsables, debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse⁶³.

V.4. Conclusiones:

A través de la jurisprudencia los jueces deben cumplir una de sus tareas esenciales cual es la de tutelar los derechos

⁶² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de segunda instancia, radicación 17089.

⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, del 15 de junio de 2005, párrafo 304. Véase en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

fundamentales inclusive ante el legislador⁶⁴, pues la práctica judicial está ligada al derecho y a la ley, siendo soporte de su racionalidad aplicar justicia de cara a un derecho vigente legítimo⁶⁵.

Atendiendo los mandatos imperativos que se irradian desde el principio de legalidad interpretado sin desconocimiento del apotegma de la proporcionalidad, es un error de la democracia permitir que fines ilegítimos puedan cobrar fuerza a través de una jurisprudencia equivocada, pues la norma del *concierto para delinquir* es la adecuada para responder a las amenazas y lesiones que en contra de los bienes jurídicos se diseminan desde las estructuras de poder constituidas por las organizaciones paramilitares o de autodefensa.

Es absolutamente contrario a la Constitución y a los estándares internacionales que las víctimas sean burladas en sus derechos al aceptarse que las bandas de grupos paramilitares actuaron con fines altruistas cuando ejecutaron graves acciones lesivas a los bienes jurídicos penales más importantes.

Se concluye, entonces, que a pesar de la vigencia temporal y la posibilidad de invocación favorable del artículo 71 de la Ley 975 de 2005, no es viable su aplicación porque: 1). La Constitución establece criterios básicos sobre lo que se debe entender por *delito político*; 2). Desde la teoría del delito se puede distinguir y establecer el antagonismo entre los *delitos políticos* y

⁶⁴ FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «La constitución como fuente de derecho», en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 97.

⁶⁵ JÜRGEN HABERMAS, *Facticidad y derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 311.

el *concierto para delinquir*, 3). Aceptar que el *concierto para delinquir* es un *delito político* lleva al desconocimiento de los derechos de las víctimas; y, 4). Al haber sido declarado inexecutable el precepto, no puede seguir produciendo efecto alguno hacia el futuro en el mundo jurídico⁶⁶, y cualquier juez puede aplicar la excepción de inconstitucionalidad por razones de fondo para evitar su vigencia temporal antes de la declaratoria de inexecutable por razones de forma .

VI. El *archivo de las diligencias* previsto en el artículo 27 de la Ley 975 de 2005 y las facultades de inhibición o preclusión de la investigación consagradas en la Ley 782 de 2002 y el Decreto 128 de 2003⁶⁷:

En oportunidad anterior la Sala señaló que “la declaratoria de inexecutable del artículo 78 de la Ley 906 de 2004, mediante la cual se priva a los fiscales de la posibilidad de archivar las diligencias penales, debe entenderse en el entorno de la interpretación de la Ley 906 de 2004, que consagra un sistema especial de reserva judicial, y no en el contexto de la justicia de transición que busca reincorporar a la vida civil a los miembros de los grupos organizados al margen de la ley”⁶⁸.

⁶⁶ Corte Constitucional, sentencias T-355/07 y T-356/07. La expresión alude directamente a la imposibilidad de producir hoy efectos del artículo 70 de la Ley 975 de 2005.

⁶⁷ El Decreto 128 de 2003 es reglamentario de la Ley 782 de 2002 y dispone: Artículo 13. *Beneficios jurídicos*. De conformidad con la ley, tendrán derecho al indulto, suspensión condicional de la ejecución de la pena, la cesación de procedimiento, la preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria, según el estado del proceso, los desmovilizados que hubieren formado parte de organizaciones armadas al margen de la ley, respecto de los cuales el Comité Operativo para la Dejación de las Armas, CODA, expida la certificación de que trata el numeral 4 del artículo 12 del presente Decreto.

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de colisión de competencia, de 28 de septiembre de 2006, radicación 25830.

Sin embargo tal opinión debe ser recogida por cuanto que el Tribunal Constitucional estableció que la facultad otorgada a la Fiscalía General de la Nación para que proceda al *archivo de las diligencias* (Ley 975, artículo 27), es constitucional pero en forma condicionada, pues

para que dicho artículo sea ajustado a la Constitución se debe condicionar el sentido de la expresión “motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito” en el entendido de que dicha caracterización corresponde a la tipicidad objetiva y que la decisión del archivo de las diligencias debe ser motivada y comunicada al denunciante y al Ministerio Público para el ejercicio de sus derechos y funciones⁶⁹.

Y más adelante puntualizó:

Así las cosas la Corte declarará la exequibilidad condicionada del artículo 27 de la Ley 975 de 2005 en el entendido que la caracterización a que en el se alude corresponde a la tipicidad objetiva y que la decisión del archivo de las diligencias debe ser motivada y comunicada al denunciante y al Ministerio Público para el ejercicio de sus derechos y funciones y así se señalará en la parte resolutive de la sentencia⁷⁰,

de donde se sigue que para la justicia de transición también imperan las disposiciones del Acto Legislativo 03 de 2002⁷¹, con el que quiso el constituyente delegado limitar los poderes y facultades jurisdiccionales que recaen en la Fiscalía. De tal suerte,

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia C-1154/05. En la sentencia C-575/06 recordó lo dicho en torno al artículo 78 de la Ley 906 de 2004.

⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia C-575/06.

⁷¹ Vigente desde su publicación en el *Diario Oficial* número 45.040, del día 19 de diciembre de 2002.

Al legislador le está vedado romper las reglas propias de los elementos esenciales del nuevo sistema acusatorio, acordarle adicionales facultades judiciales a la Fiscalía General de la Nación, como es aquella de decretar con efectos de cosa juzgada la ocurrencia del hecho generador de la extinción de la acción penal y en consecuencia, ordenar el archivo de unas actuaciones, antes de la formulación de la imputación, cuya constatación no es meramente objetiva o automática, sino que, en todos los casos, requiere de una valoración ponderada. La disposición acusada lesiona los derechos de las víctimas a acceder ante un juez para efectos de que sea este último quien decida si efectivamente se encuentran presentes o no los presupuestos para decretar la extinción de la acción penal. En otros términos, **el carácter litigioso de las causales de extinción de la acción penal**, al igual que la trascendencia que la misma ofrece, por ejemplo, en los casos de leyes de amnistía, **conducen a la Corte a considerar que tales decisiones únicamente pueden ser adoptadas por el juez de control de conocimiento, en el curso de una audiencia, durante la cual las víctimas puedan exponer sus argumentos en contra de la extinción de la acción penal**⁷².

Esta nueva situación normativa impone una hermenéutica diferente respecto de la forma como se ha venido entendiendo lo dispuesto en la Ley 782 de 2002⁷³, que por ser posterior al Acto Legislativo citado, no puede consagrar a favor de la Fiscalía facultades extintivas de la acción penal por hechos ocurridos con posterioridad a la vigencia de la reforma constitucional mencionada.

Se concluye de lo expuesto que cuando se trate de hechos delictivos ocurridos a partir del 19 de diciembre de 2002, fecha en la que entró en vigencia la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo 03 del mismo año, pero teniendo en cuenta el

⁷² Corte Constitucional, sentencia C-591/05. Negrillas agregadas.

⁷³ Publicada en el *Diario Oficial* número 45.043, de 23 de diciembre de 2002, y por lo tanto vigente a partir de tal fecha.

proceso de implementación del nuevo sistema procesal, y dada la asignación especial de competencia que recae sobre la materia, son las Salas Penales de los Tribunales Superiores, de manera exclusiva y excluyente, en primera instancia, quienes pueden decidir sobre las peticiones de extinción de la acción penal en los términos de la Ley 782 de 2002 y del Decreto 128 de 2003, así como en relación con el artículo 69 de la Ley 975 de 2005.

Así las cosas, no es factible hoy para la Fiscalía General de la Nación decretar la *inhibición* o la *preclusión de la investigación*, salvo:

(i) en aquellas situaciones que puedan configurarse a partir de la ausencia de alguno de los elementos que integran la denominada **tipicidad objetiva**⁷⁴, supuestos en los que se autoriza el *archivo de las diligencias*⁷⁵; y

(ii) cuando se trate de delitos cometidos antes de la entrada en vigencia del sistema procesal acusatorio y de acuerdo a la gradualidad con la que se ha venido implementado⁷⁶.

VII. Motivos de procedencia y el trámite que se debe seguir para la obtención de beneficios:

⁷⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1154/05.

⁷⁵ En éste punto ha de advertirse que la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en providencia de 5 de julio de 2007, radicación 11-001-02-30-015-2007-0019, en ejercicio de la labor pedagógica que le compete a la Corporación, estableció límites y diferencias entre el archivo de las diligencias, como facultad propia de la Fiscalía y la preclusión de la investigación, como potestad exclusiva de los jueces.

⁷⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-708/05 (vigencia de la Ley 906 de 2004) y C-801/05 (aplicación progresiva del nuevo sistema procesal).

Sobre el particular la Sala ha destacado⁷⁷:

i) En el ámbito de la Ley 782 de 2002 para sometimiento a la justicia en búsqueda de la paz, no es procedente la cesación de procedimiento cuando se trata del delito de *concierto para delinquir agravado* por pertenecer a grupos armados ilegales.

ii) Para la tramitación de los beneficios que ofrece la Ley 975 de 2005 “de justicia y paz”, la competencia radica en la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, y en los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en materia de Justicia y Paz.

1. El Estado colombiano, con el objetivo de alcanzar la desmovilización de los grupos armados ilegales y la consolidación de un proceso de paz, ha diseñado diversos mecanismos y proferido distintas normas, entre las que se destacan:

Ley 418 de 1997 (diciembre 26), “*Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones*”.

-. Como dicha Ley tenía una vigencia de dos años a partir de su promulgación y no alcanzaron a lograrse sus cometidos, fue prorrogada sucesivamente, con la Ley 548 de 1999 y con la Ley 782 de 2002, normas éstas que, a su vez, introdujeron algunas modificaciones.

-. La Ley 782 de 2002, contempla el indulto, como beneficio posible para los condenados con sentencia ejecutoriada; y para los procesados, según el estadio procesal, la resolución inhibitoria, la preclusión de la investigación o la cesación de procedimiento. (*Artículos 23 y 24, que modificaron los artículos 57 y 60, respectivamente, de la Ley 418 de 1997*”).

Esos beneficios están previstos para conductas constitutivas de delito político, salvo actos atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión. (*Artículo 50 de la Ley 418 de 1997, modificada Ley 782 de 2002*).

⁷⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de segunda instancia, 23 de mayo de 2007, radicación 27213.

Como lo estipula la misma Ley 782:

“Para estos efectos, se tramitará la solicitud de acuerdo con los artículos anteriores y, una vez verificados los requisitos, el Ministerio de Justicia y del Derecho remitirá la solicitud al Tribunal correspondiente, o a la Dirección de Fiscalía ante la cual se adelante el trámite, quienes deberán emitir de plano, la providencia que decida la respectiva solicitud, en los términos legales, observando el principio de celeridad.” (Artículo 60, Ley 418 de 1997, modificada por la Ley 782 de 2002.)

Como se observa, quien aspire a los beneficios de la Ley 782 de 2002, debe iniciar el trámite correspondiente ante el Ministerio del Interior y de Justicia, con el lleno de los requisitos que esa norma exige. Sólo después de ese trámite, la autoridad judicial competente, en ejercicio de sus funciones, determinará si el beneficio concreto (*indulto, resolución inhibitoria, preclusión o cesación*) es o no procedente.

2. Vino posteriormente la Ley 975 de 2005, *“Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones.”*

La Ley 975 de 2005, denominada comúnmente *“de justicia y paz”*, no prevé beneficios como el indulto, la resolución inhibitoria, la preclusión o la cesación de procedimiento; sino una pena simbólica alternativa, muy inferior a la que correspondería a los delitos si se juzgaran por fuera del proceso de paz con la legislación ordinaria.

Quien pretenda los beneficios que la Ley 975 de 2005 ofrece, debe sujetarse a los requisitos establecidos en los artículos 10° y siguientes de la misma; y son competentes para su conocimiento, exclusivamente la Unidad Nacional de Fiscales para la Justicia y la Paz y los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en materia de Justicia y Paz - en primera instancia-.

Y más adelante se agregó:

6.1 Los beneficios consistentes en indulto, resolución inhibitoria, preclusión de la investigación y cesación de procedimiento, que establece la Ley 782 de 2002, según el estado de la actuación, sólo son procedentes por los *delitos políticos*; y *concierto para delinquir simple* (artículo 340-1 de la ley 599 de 2000), *utilización ilegal de uniformes e insignias* (346 ídem), *instigación a delinquir simple* (348-1 ídem), *fabricación, tráfico y porte de armas y municiones* (365 ídem).

La competencia para decidir sobre su concesión, radica en las Fiscalías delegadas según su especialidad, o en los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, mediante un trámite de simple constatación que amerita que la decisión se tome de plano (*artículo 24 ley 782 de 2002*), constatación que se efectuará después de agotar el trámite administrativo en el Ministerio del Interior y de Justicia.

Por disposición del artículo 24 de la Ley 782 de 2002 (*que modificó el artículo 60 de la Ley 418 de 1997*), en tales eventos son imprescindibles varias exigencias: i) la confesión del implicado; ii) el trámite de la solicitud ante el Ministerio del Interior y Justicia; iii) que este Ministerio remita el resultado favorable de la solicitud a la Dirección Nacional de Fiscalías o al Tribunal Superior correspondiente; y iv) sólo al final de ese recorrido, el Fiscal delegado a quien se le asigne o el Tribunal Superior adoptarán la decisión “de plano”.

6.2 Cuando los implicados, por la naturaleza del delito cometido, no puedan acceder a los beneficios previstos en la Ley 782 de 2002 (*indulto, resolución inhibitoria, preclusión o cesación de procedimiento*), pueden considerar la posibilidad de acogerse a la Ley 975 de 2005 “*de justicia y paz*”, caso en el cual deben satisfacer los requisitos establecidos en los artículos 10º y siguientes de esta Ley.

Cuando los implicados sólo puedan acceder a los beneficios previstos en la Ley 975 de 2005, la competencia recae exclusivamente la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz y los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en materia de justicia y paz.

VIII. El caso concreto:

De acuerdo a lo expuesto *supra* no es posible, bajo ninguna circunstancia, considerar que el comportamiento desplegado por el procesado encaja en modalidad alguna de los denominados *delitos políticos*. Las acciones por las que ha sido acusado ante la justicia CABALLERO MONTALVO, simplemente han de ser calificadas como *delitos comunes*.

Los delitos que se imputan al procesado, de acuerdo a lo que consta en la resolución acusatoria, son los de *concierto para delinquir agravado y fabricación, tráfico y porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas*, en la modalidad de conservación.

Está previsto por la “Ley de Justicia y Paz”, artículo 69, que

Las personas que se hayan desmovilizado dentro del marco de la Ley 782 de 2002 y que hayan sido certificadas por el Gobierno Nacional, podrán ser beneficiarias de resolución inhibitoria, preclusión de la instrucción o cesación de procedimiento, según el caso, por los delitos de concierto para delinquir en los términos del inciso primero del artículo 340 del Código Penal; utilización ilegal de uniformes e insignias; instigación a delinquir en los términos del inciso primero del artículo 348 del Código Penal; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones.

Las personas condenadas por los mismos delitos y que reúnan las condiciones establecidas en el presente artículo, también podrán acceder a los beneficios jurídicos que para ellas consagra la Ley 782 de 2002.

Aceptando, en gracia de discusión, que el procesado se desmovilizó como miembro de un grupo armado ilegal en los términos de la legislación vigente, no es posible cesar el procedimiento en su favor porque se le acusa de *concierto para*

delinquir agravado, delito respecto del cual no está prevista tal posibilidad.

En el pliego acusatorio que elaboró la Fiscalía se puede leer que

... encontramos aquí que el Concierto por el que se encuentra vinculado a ésta investigación ORLANDO CÉSAR, no es el de solo hecho de concertarse, sino el hecho de pertenecer a un grupo ilegalmente armado, conocido como el Bloque ELMER CARDENAS que viene delinquiendo en el Urabá, y que como otros grupos de Autodefensas, va llegando con sus armas a todo el territorio de la Nación, dejando muerte y desolación a su paso,

situación fáctica que en términos normativos corresponde al inciso 2° del artículo 340 del Código Penal de 2000 , modificado por la Ley 1121 de 2006, artículo 19, punible para el cual no existe la posibilidad de conceder beneficios en los términos del artículo 69 de la Ley 975 de 2005.

Examinado el asunto desde la perspectiva del delito de *porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas*, se constata que éste tipo penal no hace parte de aquellos expresamente formulados como habilitantes de la cesación extintiva de la acción penal. Sobre el artefacto encontrado en poder del procesado dijo la acusación:

En cuanto a la granada de fragmentación incautada al momento de ser retenido ORLANDO CÉSAR, habrá de decirse que pese a los esfuerzos de CABALLERO por señalar que ésta no era de su propiedad, el hecho es que la misma fue encontrada, al decir de los policiales que practicaron el procedimiento y hecho que no fue desvirtuado por el implicado, en el mismo maletín donde se encontraban las fotografías de ORLANDO CÉSAR y que se encontraba debajo

de la cama donde al parecer este se encontraba, por lo que no queda otro camino que endilgar responsabilidad por este hecho a ORLANDO CÉSAR CABALLERO FONTALVO, bajo la modalidad de conservación tal como lo propuso y planteó la agencia del Ministerio Público.

Si el artefacto encontrado al procesado hubiese sido de aquellos a los que hace referencia el artículo 365 del Código Penal, la Sala tendría que entrar a examinar los demás requisitos exigidos para disponer la cesación de procedimiento, punto que se hace innecesario porque el procesado comparece a juicio por la conservación de un elemento de guerra cuya conservación por un particular está elevada a delito en los términos del artículo 366 *ibídem*.

Tampoco resulta procedente poner fin a la acción penal en virtud de la Ley 782 de 2002, pues las personas que pueden resultar beneficiadas deben estar procesadas “por hechos constitutivos de los delitos a que se refiere este título” (artículo 24 que prorroga la vigencia del artículo 60 de la Ley 418 de 1997), que no son otros que los denominados *delitos políticos* y que corresponden a los consagrados en los artículos 467 (*rebelión*), 468 (*sedición*), 469 (*asonada*), 471 (*conspiración*) y 472 (*seducción, usurpación y retención ilegal de mando*), insertos en el Título XVIII (*De los delitos contra el régimen constitucional y legal*) del Código Penal de 2000.

Así las cosas se deberá confirmar la decisión del Tribunal *a quo*, pues el procesado no se hace merecedor a la cesación de procedimiento demandada.

A mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

CONFIRMAR la decisión del Tribunal Superior de Antioquia conforme la cual denegó una petición de cesación de procedimiento promovida a favor del procesado ORLANDO CÉSAR CABALLERO MONTALVO.

ADVERTIR que contra esta providencia no proceden recursos.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ MARIA DEL R. GONZÁLEZ DE LEMOS

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN JORGE L. QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS
Aclaración de voto

JULIO E. SOCHA SALAMANCA

MAURO SOLARTE PORTILLA
Aclaración de voto

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ
Secretaria.

ACLARACIÓN DE VOTO:

Consciente de mi postura personal –*casi que insular*– al interior de la Sala de cara a la inexistencia jurídica de los artículos 70 y 71 de la ley 975 de 2004, que me llevó a salvar voto primero y a acompañar la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad después, de la inicial norma en referencia, y que adelante fuera expulsada conjuntamente con la otra del ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional debido a vicios de procedimiento, pero que me llevó a estimar que en su “vigencia” estuvo afectada también por vicios de fondo por contrariar abiertamente la axiología constitucional, la jurisprudencia y la doctrina, acepté elaborar el hilo de argumentación que ostenta hoy la decisión aprobada porque llegábamos al mismo llano, aunque excluyendo varios

fundamentos iniciales que, por responder a lo que ha sido mi criterio invariable no siempre con eco de parte de mis colegas, quiero rescatarlos en esta *aclaración* por estimarlos importantes en punto a la evolución hermenéutica:

I. El valor del precedente jurisprudencial:

Los jueces desarrollan su actividad salvaguardados por los principios de independencia y autonomía, labor que sólo aparece limitada por la obligación que tienen de sujetarse al ordenamiento jurídico, tanto a las normas de rango constitucional como del nivel legal, contribuyendo a la realización del valor seguridad jurídica, presupuesto de las libertades y de los derechos fundamentales.

Consecuencialmente, la realización plena de la seguridad jurídica impone a los jueces dos límites: "(i) el respeto al precedente jurisprudencial y (ii) la observancia de las reglas de validez de la labor hermenéutica propia de la labor judicial"⁷⁸.

Se tiene dicho por el Tribunal Constitucional⁷⁹ que la necesidad de respeto por el precedente jurisprudencial

radica en la necesidad de proteger múltiples bienes constitucionales que se verían vulnerados si se extendiera el alcance de la autonomía judicial a un grado tal que permitiera el desconocimiento de dichas actuaciones. Entre ellos, la vigencia del principio de igualdad, en sus variantes de igualdad ante la ley, en la aplicación de la misma e

⁷⁸ Corte Constitucional, sentencia T-731/06.

⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia T-1130/03, reiterada en la T-731/06.

igualdad de protección y trato por parte de las autoridades (Art. 13 C.P.) que compele a los funcionarios judiciales a decidir con los mismos parámetros casos similares, so pena de alterar el deber de imparcialidad al que se hizo referencia y afectar así la efectividad de los derechos fundamentales constitucionales, materializada en las decisiones de los órganos jurisdiccionales.

Igualmente, el respeto al precedente es presupuesto necesario para garantizar la seguridad jurídica, postulado que permite la estabilidad de la actividad judicial, permitiendo con ello que los asociados tengan cierto nivel de previsibilidad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico y, de este modo, se asegure la vigencia de un orden justo. La realización del principio de seguridad jurídica, además, está relacionada con la buena fe (Art. 83 C.P.) y la confianza legítima, en el entendido que las razones que llevan a los jueces a motivar sus fallos determinan el contorno del contenido de los derechos y las obligaciones de las personas, la forma de resolución de las tensiones entre los mismos y el alcance de los contenidos normativos respecto a situaciones de hecho específicas, criterios que hacen concluir que la observancia del precedente jurisprudencial constituye un parámetro válido para efectuar un ejercicio de control sobre la racionalidad de la decisión judicial.

Esto conduce a que toda autoridad judicial

ante situaciones fácticas similares resuelva bajo las mismas razones de derecho, salvo que se expongan razones suficientes y justificadas para apartarse de la decisión anterior⁸⁰.

Con todo, la dinámica social impide que la jurisprudencia se petrifique y su mutabilidad está expresamente autorizada

siempre y cuando se expongan argumentos razonables para ello. De allí que se requiera que el juez en su sentencia, justifique de manera suficiente y razonable el cambio de criterio respecto de la línea jurisprudencial⁸¹.

⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia T-048/07.

⁸¹ Corte Constitucional, sentencia T-698/04.

En este contexto cabe resaltar que a la Corte Suprema de Justicia

se le ha confiado el deber de unificar la jurisprudencia nacional. Labor que ha sido entendida por esta Corporación i) como una muestra fehaciente de que todas las personas son iguales ante la ley –porque las situaciones idénticas son resueltas de la misma manera–, ii) como un presupuesto indispensable en el ejercicio de la libertad individual –por cuanto es la certeza de poder alcanzar una meta permite a los hombres elaborar un proyecto de vida realizable y trabajar por conseguirlo–, y iii) como la garantía de que las autoridades judiciales actúan de buena fe –porque no asaltan a las partes con decisiones intempestivas, sino que, en caso de tener que modificar un planteamiento, siempre estarán presentes los intereses particulares en litigio–⁸².

Todo lo anterior sirve como parte introductoria que permite acompañar la línea jurisprudencial que *ex novo* propuse en el proyecto que en ocasión presenté a la Sala y que tiene especial relevancia en la interpretación que se debe hacer frente a una norma (artículo 71 de la Ley 975 de 2005) que aparentemente existió y cuya reclamada vigencia y aplicación se discute por razones de orden formal y material.

Tomando como punto de partida que, como dice RUBIO LLORENTE, «en cualquier proceso, en cualquier litigio, el primer juicio que el juez ha de hacer es el juicio a la ley misma»⁸³, y apoyados en la interpretación sistemática de la Constitución, la Ley 975 de 2005 y la sentencia C-370/06, se debe afirmar que definitivamente el artículo 71 en ningún tiempo estuvo en vigencia

⁸² *Idem*.

⁸³ FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad», en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 680.

y, en consecuencia, no es posible pretender su aplicación so pena de atentar contra el principio de legalidad.

Tales postulados resultan fortalecidos de cara a la inexecutable decretada de la norma en cuestión, pues como lo señaló el Tribunal Constitucional respecto del artículo 70 de la Ley de Justicia y Paz, que se encuentra en situación idéntica al 71, es inadmisibile

que una disposición legal declarada inexecutable por vicios de procedimiento en su formación, pudiese seguir desplegando efectos jurídicos, postura que sería contraria a lo consagrado en el artículo 243 constitucional. En efecto, el fenómeno de la inexecutable conduce a que la norma jurídica no pueda seguir produciendo efecto alguno en el mundo jurídico... Razonar de manera distinta conduciría a sostener que, a pesar de lo decidido en sentencia C-370 de 2006, el artículo 70 de la Ley de Justicia y Paz sigue vigente⁸⁴.

La primera razón adicional estriba en que **dicha norma se enfrenta a los postulados constitucionales** y por ello debió ser inaplicada; y la segunda, porque **su expedición se hizo violentando las reglas que regulan las formas como se hacen las leyes**. Y juntas, son fundamentos *ex novo* para apartarse del tradicional precedente jurisprudencial de la Corte sobre la materia, que además ha puntualizado que la favorabilidad sólo es viable en tránsito o coexistencia de legislación, que aquí no sucede porque –en mi parecer- la norma en cuestión nunca existió.

⁸⁴ Corte Constitucional, sentencias T-355/07 y T-356/07.

II. La excepción de inconstitucionalidad como instrumento de defensa del Estatuto Superior:

1. Si bien en la misma sentencia de control de constitucionalidad se dijo que a las decisiones tomadas se les aplican las reglas generales sobre efecto inmediato de las decisiones de la Corte Constitucional, y se advirtió que la providencia carecía de efectos retroactivos, perentorio resulta señalar que con ello no se está pretendiendo establecer que la norma pudo tener vigencia durante el lapso comprendido entre su sanción y la declaratoria de inexecuibilidad.

2. Es cierto que las normas legales están amparadas por presunción de constitucionalidad, pero esa presunción no es absoluta pues existen casos en los que no hay lugar a la aplicación de normas legales por su manifiesta contradicción con la Carta Política, como en los que se viabiliza la excepción de inconstitucionalidad.

En efecto, la Constitución permite que en todo caso de contradicción entre ella y una norma jurídica de inferior jerarquía, aquella sea aplicada de manera preferente, como sucede en Colombia donde cualquier persona que esté avocada a la aplicación de normas jurídicas cuenta con un resorte institucional que le permite, por sí mismo, apartarse de la aplicación de esas normas y, en su lugar, estar a lo dispuesto en la Carta, al igual que permite la inaplicación de normas legales cuando éstas plantean obstáculos con miras a la protección de derechos fundamentales explicable en una democracia constitucional

porque el respeto a esos derechos constituye el parámetro de legitimidad del poder político y por ello si en un caso concreto es necesaria la inaplicación de una norma legal con miras a la protección de uno de tales derechos, el sistema jurídico habilita decisión de esa envergadura.

Luego, si la presunción de constitucionalidad de las leyes no es absoluta, si existen excepciones y si una de ellas es la de inconstitucionalidad, la invocación de tal presunción no basta para pretender la aplicación de normas declaradas inexecutable a hechos ocurridos antes de tal declaratoria.

El artículo 4° de la Constitución Política consagra así la denominada **excepción de inconstitucionalidad**:

La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Esta es una manifestación del control difuso de constitucionalidad en virtud del cual toda persona habilitada para la aplicación de una norma legal o administrativa, se encuentra legitimada para dejar de aplicarla y para, en su lugar, aplicar preferentemente la Carta Política, si encuentra que contraría la preceptiva superior.

3. En estricto sentido se trata de una manifestación del derecho fundamental que le asiste a todo ciudadano de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Ello es

así porque cuando se aplica la excepción de inconstitucionalidad, el ciudadano está haciendo efectivo un resorte estatal que le habilita para controlar un acto que es fruto del ejercicio del poder legislativo o del poder administrativo. De esta forma, cuando se aplica esa excepción, no solo se está haciendo efectivo el principio fundamental relacionado con la prevalencia de la Carta Política sino que, además, se está ejerciendo un derecho fundamental.

Esta índole bifrontal de la excepción de inconstitucionalidad evidencia que se trata de una institución que se encuentra anclada en los pilares básicos de una democracia constitucional: El valor normativo de la Carta Política, es decir, su índole de verdadera Norma Fundamental, por una parte, y, por otra, los derechos fundamentales en tanto ámbitos autónomos de la dignidad del hombre.

En este contexto, cuando un juez aplica la excepción de inconstitucionalidad, ratifica la vigencia de ese conjunto mínimo de principios que se han positivizado con la finalidad de hacer posible la vida civilizada en el contexto del que él hace parte y, al mismo tiempo, reafirma el efecto vinculante de la ley o de los actos administrativos, según el caso, pero no de manera absoluta sino condicionándolo a su compatibilidad con esos principios. De otro extremo, el juez, aparte de emprender un acto en defensa de la Constitución, obra también en tanto ciudadano pues en ejercicio de esta calidad ejerce un derecho fundamental: controla el fruto del proceso legislativo o la manifestación de la voluntad de la administración como expresiones de poder político.

4. Ahora: bien se sabe que, dada la dinámica del control constitucional, el juez está sometido a la decisión que sobre ese punto específico tome el Tribunal Constitucional como órgano encargado de guardar la integridad y supremacía de la Carta. En este sentido, la postura asumida por el juez que aplica la excepción de inconstitucionalidad no es, ni mucho menos, definitiva. Ella está supeditada al acto de poder en virtud del cual el Juez Constitucional decide expulsar esa norma legal o administrativa del ordenamiento jurídico o mantenerla en él. No obstante, las consecuencias son diferentes según se trate de una disposición que armonice o desarmonice con la Carta Política.

En ese sentido, si el Tribunal Constitucional encuentra que se trata de una norma jurídica que no contraría el Texto Superior, el juez queda sometido por ella y, ante el efecto vinculante de la cosa juzgada constitucional, hacia futuro no podrá negarse a aplicarla. La razón es obvia: si bien en un Estado de Justicia el valor de la ley no es absoluto, el juez, de todas maneras, está obligado a cumplirla por una imposición del principio democrático pues la ley es la expresión de la voluntad popular y, en tal virtud, está amparada por una legitimidad democrática que no es ajena a la jurisdicción. Ésta, solo en casos excepcionales, puede dejar de aplicar una disposición legal y uno de esos casos es precisamente el habilitado por el artículo 4º de la Carta Política.

No obstante, cuando el Tribunal Constitucional, a instancias de una acción pública de constitucionalidad –que dicho sea de paso, también constituye una manifestación del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político– ha dictado una sentencia con valor de cosa

juzgada afirmando la legitimidad constitucional de una disposición legal, no existen argumentos para invocar tal excepción. Una postura judicial en contrario resultaría ilegítima pues no solo equivaldría a un infundado acto de rebeldía contra la ley, sino también un desconocimiento de la cosa juzgada constitucional, de la autoridad del Tribunal constitucional y, en últimas, de la Constitución misma.

5. La situación es distinta cuando el Juez Constitucional encuentra que la norma legal no aplicada por el juez resulta contraria a la Carta Política como sistema normativo. En este caso queda convalidada la actitud asumida por el juez que se opuso a la aplicación de esa norma jurídica y, hacia futuro, ni él, ni ningún otro juez podrán aplicarla. Es decir, el acto de rebeldía del juez contra la ley queda justificado por tratarse de un supuesto legítimo de defensa de la Constitución y de un ejercicio también legítimo de un derecho fundamental. En este evento, la decisión del juez y la postura del Tribunal Constitucional se integran como un acto unitario de defensa de la Carta Política.

Ahora, si esto es así, no puede pretenderse la aplicación de la norma declarada inexecutable por razones de favorabilidad pues ello sería tanto como admitir que la Constitución es contradictoria porque le permitiría al juez no aplicar una norma y, al mismo tiempo, lo compelería a aplicarla. En efecto: en tanto que por vía de la excepción de inconstitucionalidad la Carta le impone al juez el deber de inaplicar una norma legal que la contraría y que por vía del control concreto de constitucionalidad le impone al Tribunal el deber de expulsar del ordenamiento las normas que la vulneran, por vía de la supuesta aplicación del principio de

favorabilidad le estaría imponiendo al juez el deber de aplicar esa misma norma.

Esta conclusión se opone a una regla del moderno constitucionalismo: las Cartas Políticas son unidades armónicas de principios y entre estos no existen contradicciones. Cuando se advierte una aparente contradicción con ocasión de la aplicación o no de una norma legal, surge un reto para el intérprete: inferir una interpretación constitucionalmente adecuada que mantenga vigente la supremacía de la Carta.

6. En el caso planteado, la interpretación constitucionalmente adecuada consiste en no aplicar la norma expulsada del ordenamiento jurídico pues solo ello es compatible con el deber que el artículo 4° superior le impone al juez, con su titularidad sobre el derecho de controlar los actos de la legislación o la administración y con el valor de cosa juzgada de las decisiones del Tribunal Constitucional.

7. Luego, en irreductible consecuencia, no puede pretenderse la aplicación de la norma declarada inexecutable por razones de favorabilidad pues ello sería tanto como admitir que la Constitución, en torno a ese punto específico, es ambivalente y que le impone al juez deberes contradictorios: no aplicar una norma legal y, al mismo tiempo, aplicarla.

Siendo así las cosas, resulta obvio comprender que la no aplicación hacia futuro de una disposición legal expulsada del ordenamiento jurídico es una manifestación de la vigencia del

Texto Superior y del efecto vinculante de éste sobre todos los ámbitos del poder público.

8. Si la misma Constitución permite que se planteen excepciones a la presunción de constitucionalidad de las leyes, carece de sentido que, una vez declarada la inexecutableidad de una ley inaplicada en virtud de la excepción de inconstitucionalidad, se afirme que a esa ley deban reconocérsele efectos en un caso concreto pues tal postura equivaldría a vaciar de contenido y a negar el efecto vinculante del artículo 4° de la Carta.

En efecto: si tras la decisión de la jurisdicción constitucional hubiese lugar a la aplicación de la norma expulsada del ordenamiento jurídico, la excepción de inconstitucionalidad no tendría razón de ser pues, a lo sumo, estaría llamada a tener un efecto simplemente transitorio contrariando la pretensión del constituyente que subyace al artículo 4° superior y según la cual opera como una cláusula de cierre a través de la cual se impide que normas legales palmariamente contrarias a la Carta Política se filtren al sistema jurídico y, una vez en él, produzcan efectos, y que no sería así si, tras la decisión del juez constitucional que confirma la inexecutableidad de la ley, se asume que los jueces ordinarios están compelidos a su aplicación.

9. El artículo 4° ordena la aplicación preferente de la Carta cuando se esté ante normas jurídicas que la contraríen, efectos para los cuales el motivo de la contrariedad resulta indiferente: bien puede ser la inobservancia manifiesta del proceso legislativo consagrado en la Constitución y en la ley con miras a la

generación del derecho positivo, o la contradicción existente entre ésta y la integridad de la Carta como sistema normativo, o la desarmonía existente entre la ley y algunas de las reglas de derecho específicas contenidas en el Texto Superior, variantes comprensibles pues el artículo 4° no establece restricción alguna en tono a los motivos específicos por los cuales una norma pueda reputarse contraria a la Constitución.

Si esto es así, es decir, si no existe una restricción constitucional respecto de las circunstancias específicas en que opera la excepción de inconstitucionalidad, no concurren razones para hacer distinciones en torno a los efectos de los fallos de constitucionalidad como para decir que si el fallo procedió por razones de forma, la norma declarada inexecutable debe aplicarse a aquellos supuestos anteriores a esa declaratoria bajo el argumento de que aún procede la presunción de constitucionalidad y, en sentido contrario, para afirmar que si el fallo ha obrado por razones de fondo, no hay lugar a la aplicación de esa ley a tales supuestos. En los dos eventos, los efectos del fallo son los mismos: la norma queda expulsada del ordenamiento jurídico y no hay lugar a su aplicación.

10. Y en el moderno constitucionalismo existen las denominadas sentencias de constitucionalidad condicionada que se explican ante la necesidad de equilibrar las funciones que les incumbe a los jueces constitucionales de defensa de la supremacía e integridad de la Carta y la protección de los derechos fundamentales.

Una de las modalidades de esas providencias está determinada por los fallos de efectos temporales entre los que se encuentran las sentencias de efectos diferidos y las sentencias de efectos retroactivos. En estos supuestos, los tribunales constitucionales disponen que los efectos de una declaratoria de inexecutable se retrotraigan al momento de promulgación de la ley o que se aplacen hasta tanto concurren las circunstancias que impidan que con la expulsión de una norma del sistema jurídico se produzcan situaciones más gravosas que las generadas por la ley de cuya expulsión se trata. La norma habilitante de esos pronunciamientos es genérica porque se trata de aquella que, en los distintos ordenamientos, impone a los tribunales el deber de proteger la supremacía e integridad de la Carta.

Entonces, si esto es posible a partir de una norma constitucional tan genérica como aquella, con mayor razón es posible la negación de cualquier efecto a una norma legal respeto de la cual, con base en un mandato constitucional expreso como el contenido en el artículo 4º superior, se aplica la excepción de inconstitucionalidad.

11. Ahora bien: aparte de los criterios expuestos, aún pueden formularse dos consideraciones adicionales que apuntan en la misma dirección: una, en relación con la índole de los vicios de procedimiento en el moderno constitucionalismo y, otra, en relación con la necesidad de que la judicatura tome conciencia de la manera como las rebajas de penas generalizadas y ajenas a cualquier consideración de política criminal deslegitiman no solo el proceso penal sino también el sistema de justicia penal en su conjunto.

12. Finalmente dígase que si el Tribunal Constitucional declaró la inexecutable del artículo 71 de la Ley 975 de 2005 por vicios de forma, nada impide que el juez ordinario aplique la excepción de inconstitucionalidad por vicios de fondo a hechos anteriores a aquella declaración.

III. Razones de naturaleza procedimental que explican la inexistencia jurídica del artículo 71 de la Ley 975 de 2006:

1. El artículo 71 de la Ley 975 de 2005 es inexistente porque en su trámite legislativo se incurrió en graves defectos. Lo ostensible de tales defectos llevó a que dicha norma no superara el examen de constitucionalidad que realizó el Tribunal competente.

2. Es consustancial a las democracias contemporáneas el respeto del procedimiento fijado por el constituyente para la producción del derecho positivo por cuanto el cuerpo legislativo es un escenario público de discusión, de debate, en el que se fijan las reglas de convivencia pero no de cualquier manera sino respetando las reglas de juego señaladas en la Carta Política. Es decir, con el concurso de las distintas fuerzas políticas, con estricto respeto de las minorías, aceptando el efecto vinculante de la fijación constitucional de competencias y con un riguroso seguimiento del proceso legislativo.

3. De allí se infiere que una norma legal que se ha promulgado con desconocimiento del proceso fijado por el constituyente no solo es una norma viciada por razones de segundo orden pues, en la medida en que se distorsiona el proceso de manifestación de la voluntad del parlamento, esos vicios constituyen un atentado al principio democrático y, por lo mismo, afectan una de las columnas en las que reposa el Estado Constitucional. Ello explica la relevancia que, cada día con mayor vigor, se les reconoce a los vicios de procedimiento en sede de control constitucional. Y esto no es gratuito: incluso los vicios de fondo de las leyes son vicios de competencia y, por lo mismo, de procedimiento: una norma que establezca la pena de confiscación es inconstitucional porque la Constitución ha sustraído la facultad de promulgarla de las competencias del Congreso, contexto en el que deben ubicarse las siguientes consideraciones⁸⁵:

La importancia del respeto de los procedimientos de decisión de las Cámaras explica que en la actualidad la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos hayan atribuido a los tribunales constitucionales, como una de sus competencias esenciales, el control de la regularidad de esos procedimientos. Es obvio que subsisten diferencias nacionales, pues en algunos países, el juez constitucional no toma en cuenta el Reglamento como parámetro de constitucionalidad, por lo que únicamente la vulneración de los procedimientos previstos directamente en la Carta puede provocar la anulación de una ley⁸⁶ en cambio, en otros casos, como en Colombia, la propia Carta ordena a las Cámaras el respeto de su reglamento, por lo cual la infracción de esas disposiciones reglamentarias es también susceptible de provocar la inconstitucionalidad de una ley⁸⁷.

⁸⁵ Corte Constitucional, sentencia C- 816/04.

⁸⁶ Es el caso de Italia. Ver al respecto la sentencia 9 de 1959, tesis que ha sido empero criticada por ciertos autores italianos, para quienes el reglamento debe ser también parámetro de constitucionalidad.

⁸⁷ En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional español ha utilizado el reglamento de las Cámaras como parámetro de constitucionalidad. Ver en particular la sentencia STC 99 de 1987.

Pero en casi todas las democracias constitucionales, una de las funciones esenciales de la justicia constitucional es la vigilancia del respeto a los procedimientos en la aprobación de las leyes. Esto ha permitido superar concepciones arcaicas, según las cuales, la vigilancia del cumplimiento de esos procedimientos desconocía la separación de poderes, pues vulneraba la independencia del Congreso, por lo que los procedimientos de aprobación de las leyes eran actos internos de las Cámaras (*interna corporis acta*), excluidos de todo control judicial.

Hoy se admite que eso no es así, pues no sólo el Congreso está sometido a la Constitución sino que además el procedimiento legislativo busca precisamente asegurar el respeto al principio democrático, evitando que existan atropellos a las minorías o que las decisiones legislativas no sean públicamente debatidas. Y por ello, una de las justificaciones esenciales de la justicia constitucional es que ésta debe operar como una guardiana del proceso democrático.

Por todo lo anterior, es claro que sin caer en excesos ritualistas y tomando como guía el principio de instrumentalidad de las formas, una de las labores más importantes del juez constitucional es precisamente verificar la defensa de la regularidad y transparencia del proceso de aprobación de normas en el Congreso. Y es que el respeto a las formas y procedimientos de la deliberación y decisión legislativa no es un culto a unos rituales innecesarios, ya que dichas formas y procedimientos juegan un papel esencial en la democracia, por cuanto pretenden asegurar que exista una verdadera formación de una voluntad democrática detrás de cada decisión legislativa.

4. Si esta es la índole de los vicios de procedimiento, carece de sentido que se pretenda forzar una tesis de acuerdo con la cual la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma por uno de tales vicios obligue a su aplicación a los jueces ordinarios y que se lo haga con el argumento de que hasta tal declaratoria aquella estuvo amparada por presunción de constitucionalidad pues tan contraria a los fundamentos de un Estado Constitucional

es una norma que desconoce los cauces institucionales para la manifestación de la voluntad democrática, como una norma que por razones de fondo viola la Carta.

4.1. Al quedar establecido que la norma no cumplió el trámite legislativo se debe concluir que la misma nunca nació al mundo jurídico.

4.2. Cuando una norma no germina en legal forma al mundo jurídico la misma no alcanza a producir efectos en dicho plano.

4.3. La carencia de validez de una norma, por violación del proceso establecido para su producción, implica que ella no puede afectar las situaciones que pretendía regular. Con razón se dice por la doctrina que la validez es un criterio de pertenencia al mundo jurídico, que se halla basado en el *criterio de legalidad*, de acuerdo con el cual una ley sólo puede existir si ha sido creada respetando los postulados constitucionales y legales que rigen el proceso que posibilita su creación⁸⁸.

4.4. Reconocer efectos a una ley expedida con vulgar desconocimiento de las previsiones legales y constitucionales que regulan el proceso legislativo, significa autorizar nuevas violaciones a la legalidad.

⁸⁸ ELISEU FRÍGOLS I BRINES, *Fundamentos de la sucesión de leyes en el derecho penal español*, Barcelona, J. M. Bosch editor, 2004, p. 152.

4.5. La legalidad no solamente es una regla del Estado de Derecho sino que en el Estado social de Derecho se erige en derecho fundamental.

4.6. La jurisprudencia ha reiterado que la favorabilidad sólo opera en tránsito o coexistencia de leyes, que en tratándose del régimen temporal del mencionado artículo 71, no ha ocurrido nunca por cuanto la citada disposición debe reputarse como inexistente.

5. Reconocer que el artículo 71 de la Ley 975 de 2005 estuvo en vigencia significa aceptar una especie de elusión constitucional y legislativa, pues los promotores de tal iniciativa la mimetizaron conociendo que se hacía un esguince al trámite legal y se aspiraba a conseguir una vigencia transitoria de la norma, dado que los defectos formales y el choque frontal contra disposiciones superiores avizoraban su inexequibilidad.

En conclusión, las ramas del poder público, y en particular la judicial, deben realizar todos los esfuerzos porque hechos tan lamentables ejecutados por los grupos paramilitares o de autodefensa que constituyen graves ataques a los derechos humanos no queden en la impunidad, como ha ocurrido en tantos asuntos que han sido puestos en conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que inclusive, por la contundencia de los hechos, ha llevado al Estado a aceptar su responsabilidad por la violación de los derechos fundamentales de

ciudadanos colombianos⁸⁹, bien por faltar a los deberes de vigilancia o ya por incumplir los deberes de garantía.

De lo anterior se sigue que para la judicatura resulta imperativo impedir que lo jurídica y ontológicamente diferente pueda igualarse u homologarse, y por ello, como tuve oportunidad de advertirlo en oportunidades anteriores⁹⁰, es necesario que con toda claridad se exprese que el artículo 71 de la Ley 975 de 2005 nunca existió tanto por los vicios de procedimiento en su creación que aquí se han reiterado, como por las impugnaciones de fondo que en la decisión triunfante por unanimidad se ha resaltado con claridad, y por ello no pueden reclamarse efectos de una norma que jamás cobró fuerza legal.

Cordialmente,

YESID RAMÍREZ BASTIDAS
Magistrado.

⁸⁹ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la *Masacre de La Rochela vs. Colombia*, en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

⁹⁰ *Salvamento de Voto*, sentencia de tutela de 27 de julio de 2006, radicación 26424 y *Aclaración de voto*, auto de colisión de competencia de 20 de junio de 2007, radicación 27128 y *Adición de voto*, auto de colisión de competencia de 20 de junio de 2007, radicación 27566, entre otras.

ACLARACION DE VOTO

No vacilo en compartir la decisión adoptada por la Corte en cuanto confirma la providencia emitida por el Tribunal Superior de Antioquia mediante la cual negó la solicitud de cesación de procedimiento incoada por Orlando César Caballero Montalvo, con fundamento en las leyes 782 de 2002 y 975 de 2005. Sin embargo, las motivaciones a que acude la providencia para llegar a esa conclusión me colocan en el deber de aclarar mi voto con el debido respeto que profeso por la Sala.

En ella se determina negar la aplicación del principio de favorabilidad respecto de una disposición (art. 71 de la ley 975 de 2005) declarada inexecutable por la Corte Constitucional⁹¹ por vicios de forma, con el argumento que no puede seguir produciendo efectos en el mundo jurídico, pese a que estuvo temporalmente vigente, no sólo por lo señalado por el Tribunal Constitucional sino por su antagonismo con la Carta Política desde la perspectiva sustancial, cuando se indicó: “El artículo 71 de la Ley 975 de 2005 materialmente es una norma contraria a la Constitución Política porque asimila indebidamente los *delitos comunes* con los *delitos políticos*. Tal presupuesto desconoce no sólo los fundamentos que guían la actuación de ambas clases de

⁹¹ Sentencia C-370 de 2006.

delincuentes sino los postulados de la Carta que permiten un trato diferente entre unos y otros.”

O, la conclusión según la cual “a pesar de la vigencia temporal y la posibilidad de invocación favorable del artículo 71 de la ley 975 de 2005, no es viable su aplicación porque: ... 4). **Al haber sido declarado inexecutable el precepto no puede seguir produciendo efecto alguno hacia el futuro en el mundo jurídico**” (se destaca).

Me aparto de tales consideraciones, pues ellas no solamente desconocen la fuente legal acerca de los efectos en el tiempo de las sentencias de constitucionalidad, que es la ley Estatutaria de la Administración de Justicia⁹², sino también, una sobresaliente tradición jurisprudencial, que no ha hecho sino honrar el ecuménico principio de la favorabilidad inserto en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad, en aquellos casos en los cuales la vigencia de una norma derogada o declarada inexecutable, por efimera que haya sido, ha significado un tratamiento menos restrictivo para quien quedó cobijado bajo su dominio, siendo, por tanto, imperativa su aplicación.

En efecto, el artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia prevé, con absoluta nitidez, que por regla general los efectos

⁹² Ley 270 de 1996.

de los fallos de constitucionalidad proferidos por la Corte Constitucional rigen hacia el futuro, es decir tienen efectos ex nunc (desde entonces) en aras de la presunción de constitucionalidad que ostentan las leyes expedidas y de la seguridad jurídica que de ellas dimana; solamente de manera excepcional, cuando la Corte Constitucional expresamente le fije esos alcances, es que el fallo tendrá efectos ex tunc, es decir retroactivos, en cuyo caso la decisión tiene las mismas consecuencias de la nulidad, en aras de reivindicar la supremacía constitucional.

Pues bien, en el texto de la sentencia C-370 de 2006, que fue la que declaró inexecutable el artículo 71 de la ley 975 de 2005, palmariamente puede apreciarse que la Corte Constitucional no le otorgó efectos retroactivos a su fallo y que por el contrario, sin que hubiera necesidad de hacerlo, precisó de manera expresa que aquellos solamente imperan hacia el futuro. Así lo dijo expresamente en el fallo referido:

“6.3. Efecto general inmediato de la presente sentencia

Finalmente, la Corte no concederá efectos retroactivos a estas decisiones, como lo solicitaron los demandantes, según lo resumido en el apartado 3.1.5. de los Antecedentes de esta sentencia. Por lo tanto, se aplican las reglas generales sobre efecto inmediato de las decisiones de la Corte Constitucional, de conformidad con su jurisprudencia.”

Fue esa razón y el entendimiento que la Corporación tiene acerca del principio de favorabilidad, lo que la llevó a afirmar en múltiples pronunciamientos que en el caso del artículo 71 de la ley 975 de 2005 era factible su aplicación en virtud del principio de favorabilidad⁹³.

Por esa razón no comparto que ahora, de manera general, en contravía de lo que se ha sostenido, se afirme la improcedencia de la favorabilidad para aquellos casos en los cuales se haya declarado la inexequibilidad de una norma que estuvo vigente⁹⁴ y que resulta más benéfica, pues ese discernimiento constituye una infundada excepción jurisprudencial a la aplicación de tan cardinal principio.

Ahora bien, el convencimiento que tengo acerca de su primacía y de la aplicación de la norma más benigna pese a su extracción del mundo jurídico por cuenta del juicio de constitucionalidad, tampoco me lleva al extremo de creer que su procedencia opera per se, sin detenerse a confrontar cada caso en particular; desde luego que no, pues estoy seguro que en punto de la aplicación de la favorabilidad cada caso debe ser analizado en concreto.

⁹³ Autos de 24/01/07, radicaciones 26487, 26632 y 26640; autos de 01/02/07, radicaciones 26731 y 26717; auto de 11/04/07, radicación 27143.

⁹⁴ Página 46, último párrafo.

Atendiendo entonces a esta obligación es que encuentro que la razón por la cual resulta inviable la aplicación de la cesación de procedimiento con base en la ley 782 de 2002, se justifica en la disconformidad entre el hecho y la norma.

Ciertamente, cuando se expidió la ley 975 y se dispuso en el artículo 71 que incurrirán "... en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional o legal...", se dio lugar a múltiples interpretaciones, una de ellas fundada en la consideración de que bastaba con pertenecer a una de las mencionadas organizaciones para que el delito de concierto para delinquir tuviera tratamiento de delito político bajo la figura de la sedición.

En procura de tratar de brindar claridad al asunto desde mi particular punto de vista, hube de expresar en varias oportunidades que a mi modo de ver, el artículo 71 de la ley 975 de 2005, no modificó, derogó o subrogó el artículo 340 del Código Penal, sino que simplemente lo adicionó en el sentido de hacer extensivas las consecuencias punitivas del delito de sedición a quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal.

Es decir, para que una determinada conducta encaje en el contenido normativo del precepto, no es suficiente con la sola pertenencia a la organización armada; es además imperioso verificar que el accionar de la facción que integra quien reclama su aplicación, exclusivamente ejecute acciones que interfieran con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal, con lo cual quedan segregados del ámbito de cobertura del tipo penal aquellos comportamientos realizados con ocasión de la militancia en el grupo pero no destinados a entorpecer o neutralizar el orden legítimo vigente sino perpetrados con fines delictivos comunes.

Esa distinción permite respetar el referente material de los tipos penales, en cuanto asume que los bienes jurídicos objeto de protección para uno y otro delito –concierto para delinquir y sedición– son diametralmente diversos, como también lo son los móviles que alientan cada una de las conductas.

Así lo expresé en pretérita oportunidad:

“Significa lo anterior, que la sola atribución de la condición de autores de sedición para “quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa” a términos del artículo 71 de la Ley 975 de 2005, o, en otras palabras, tan sólo porque pertenecen a “grupos armados al margen de la ley” según previsión contenida en el artículo

340 del Código Penal, con independencia de la finalidad perseguida por la asociación ilícita, de los otros delitos que hubieren podido realizar, o de los resultados de su accionar, resulta insuficiente para que la Corte pueda calificar la conducta como delito político o como delito común, sobre todo si se tiene en cuenta que el bien jurídico es el que le confiere sentido al tipo penal y el que define la teleología de la conducta, más allá de su simple expresión material.”⁹⁵

Es a partir de ahí que, en este particular asunto, encuentro la incongruencia entre los hechos y la norma, debido a que la actuación no ofrece elementos de juicio para afirmar que la organización autodenominada Frente Dabeiba y Pavarandó, bloque “Elmer Cárdenas” del grupo armado ilegal de autodefensas a que pertenecía CABALLERO MONTALVO, haya tenido como finalidad interferir en el normal funcionamiento del orden constitucional y legal. Nada así lo indica y nada permite inferirlo o suponerlo.

Por el contrario, desde una perspectiva de generalidad, esto es sin referencia a un caso particular y concreto, podría incluso llegar a sostenerse que el origen y la expansión de los grupos de autodefensa no ocurrió abrigando la idea de atentar contra el régimen constitucional y legal vigente sino supuestamente de defenderlo, y con ese pretexto se convirtieron en ejecutores de un sinnúmero de delitos cometidos con el propósito de favorecer intereses mezquinos y

⁹⁵ Aclaración de voto, auto del 24/01/06, radicación 24812.

particulares que de ningún modo tienen cabida en la definición que comprende a quienes atentan o se levantan contra el sistema. De ahí la necesidad que en este o en cualquiera de los eventos en que se invoque la aplicación del artículo 71 de la ley de Justicia y Paz para darle tratamiento como sedicioso a quien incurra en el delito de concierto para delinquir, haya de comprobarse que los empeños del grupo en el que milita estaban verdaderamente signados por las finalidades que la norma reclama.

Tan vital es este aspecto, que aún suponiendo que el artículo 71 de la ley 975 de 2005 no hubiera sido declarado inconstitucional y estuviera vigente, ni siquiera en ese evento sería procedente aplicarlo a este particular asunto, de cara a la orfandad de medios de conocimiento capaces de demostrar con claridad la condición normativa a la cual sujeta la disposición su aplicabilidad, que es obstaculizar el funcionamiento del orden legítimo.

En ese orden y en el contexto de la legislación expedida con miras a consolidar procesos de paz, esta interpretación, es necesario decirlo, dejaría a salvo la posibilidad que quien no califique para los beneficios de la ley 782 de 2002, sí eventualmente pueda hacerlo respecto de los establecidos en la ley 975 de 2005, como podría acontecer en este asunto, siempre y cuando, resulta de obvio entendimiento, se cumplan los presupuestos fácticos y jurídicos allí establecidos.

Son estos razonamientos los que me llevan a aclarar mi voto.

Cordialmente,

MAURO SOLARTE PORTILLA
Magistrado