

Proceso No 24803

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Aprobado: Acta No. 009

Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de dos mil seis (2.006).

VISTOS:

Dirime la Corte la colisión negativa de competencias suscitada entre los juzgados Segundo Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga y Primero Penal del Circuito de Barrancabermeja para conocer del proceso seguido contra Billy Gilberto Pérez Muskus acusado por el delito de concierto para delinquir, previsto en el inciso 2º del artículo 340 del Código Penal.

ANTECEDENTES:

1. Habiéndose aprehendido el 28 de septiembre de 2.002 en el corregimiento de Vijagual, jurisdicción de Puerto Wilches (Santander) a Billy Gilberto Pérez Muskus, por ser integrante del Bloque Central Bolívar de las Autodefensas Unidas de Colombia, se adelantó por una Fiscalía Especializada de Bucaramanga la correspondiente investigación cuyo mérito fue calificado en resolución de septiembre 28 de 2.004 acusándose al citado procesado como autor del delito de concierto para delinquir, específicamente para conformar grupos armados al margen de la ley, descrito en el inciso 2º del artículo 340 del

Código Penal.

2. Ejecutoriada tal decisión, el asunto, para efectos de surtirse la etapa de juzgamiento, se remitió al Juzgado Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga, el cual tras haber celebrado la audiencia preparatoria y señalado fecha para el debate público se declaró carente de competencia para adelantar dicha causa por encontrar que de conformidad con el artículo 71 de la Ley 975 de 2.005 el delito de concierto para delinquir agravado del que la derivaba se tipifica ahora más favorablemente como sedición cuyo conocimiento concierne al Juzgado Penal del Circuito de Barrancabermeja a donde remitió el proceso proponiendo colisión negativa.

3. Recibido el asunto por este último despacho, también rehusó su conocimiento por considerar que el proceso da cuenta de un concurso de delitos (secuestro, tortura y hurto de combustibles), que nada tienen que ver con la sedición y sí se hallan enlistados en el concierto para delinquir pues el materia de juicio no tiene por exclusiva finalidad atacar la operatividad de los poderes públicos.

CONSIDERACIONES:

Se debatió en Sala si la ley 975 de 2005 podría contrariar principios de justicia y del derecho penal con incidencia negativa en la constitucionalidad de sus disposiciones, pero mayoritariamente se desechó tal hipótesis con fundamento en los siguientes planteamientos:

No obstante que el artículo 4° de la Carta Política permite inaplicar aquellas disposiciones que se ofrezcan incompatibles con el Estatuto Superior, para ello se requiere de la abierta y ostensible contradicción de sus reglas con las superiores, de modo que la presunción de constitucionalidad que las ampara quede desvirtuada, pudiendo el funcionario judicial, cuando eso ocurre, preferir las normas constitucionales sobre las de inferior jerarquía, con efectos inter partes y en relación con las personas involucradas

en un conflicto específico, sin que pueda exceder ese preciso marco jurídico, pues lo contrario implicaría invadir la esfera de competencia de la Corte Constitucional encargada de definir por vía general y con efectos erga omnes el ajuste de un precepto a la Constitución.

Ahora, tratándose de una ley sui generis, que regula un tema muy puntual en materia de penas en el contexto de una justicia transicional, la Corte no encuentra establecida esa abierta y evidente contradicción entre los preceptos en ella contenidos y el Orden Superior, como condición indispensable para realizar el juicio de constitucionalidad que un mecanismo excepcional como el control difuso requiere, lo cual además en modo alguno la puede autorizar para hacerlo acudiendo a criterios de conveniencia.

Esta postura, no es, desde luego, novedosa, pues tal ha sido el criterio de la Sala en torno al tema (Auto del 18 de junio de 2002, colisión de competencias, radicado 19516. Cfr, en el mismo sentido, auto del 2 de julio de 2002, radicado 19517), al precisar que presupuesto necesario para dar lugar a tan especial recurso en guarda de los Preceptos Superiores, es que:

“el quebranto objetivo de la norma constitucional sea de tal forma flagrante o manifiesto que no permita la mínima interpretación en contrario y, por ende, no se requiera de sofisticados argumentos para sustentarla; lo que de suyo deslegitima al juez colisionante a hacer un pronunciamiento propio de la jurisdicción facultada para ello como lo es la Constitucional, por tratarse de una ley expedida por el Congreso de la República en ejercicio de las facultades constitucionales” (resaltado fuera de texto).

Además, en dicho pronunciamiento la sala concluyó, que en tales circunstancias, como aquí ocurre, resulta “inconveniente adelantarse a la decisión de la autoridad con atribución constitucional para juzgar la inexequibilidad de la comentada disposición.”

De otra parte, el valor justicia y los principios de igualdad y proporcionalidad, en

orden a juzgar la constitucionalidad de una norma, 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.

Lo anterior, se insiste, sin perjuicio del criterio de la Sala en cuanto a la conveniencia o inconveniencia de las disposiciones contenidas en la ley de justicia y paz, lo cual es, por supuesto, irrelevante para efectos de adoptar decisiones del tipo de aquella a que se alude en párrafos precedentes

No obstante las consideraciones anteriores, conviene aclarar que un sector de la Sala encontró precisamente esa ostensible contradicción entre la norma superior y la legal, respecto del artículo 70 de la ley de justicia y paz, fundamentalmente por violación al principio de la unidad de materia.

No encontrando por ende mayoritariamente la Sala que en relación con la Ley 975 deba dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad y siendo competente de conformidad con el artículo 18 transitorio, inciso 2º, del Código de Procedimiento Penal, para dirimir el conflicto que en los términos antes descritos se ha planteado, pues se ha suscitado entre un Juzgado Penal del Circuito y otro Especializado, encuéntrase que, si bien éstos no discuten el supuesto fáctico de la acusación en lo que se refiere a la militancia del procesado en un grupo de autodefensa, sí lo hacen en relación

con su adecuación típica en la medida en que el juzgado de Bucaramanga considera que tal acontecer, del cual derivaba su competencia por estar hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 975 definido como concierto para delinquir agravado, ahora se describe como sedición, mientras que el de Barrancabermeja estima persistir la calificación de concierto para delinquir en tanto la citada militancia no tenía por fin exclusivo la conformación de grupos al margen de la ley, sino además la de cometer otros delitos como secuestro, tortura y hurto de combustibles.

Por descontada la aplicabilidad de la ley 975 de 2.005 al asunto en examen pues a pesar de que en sus artículos 1º y 2º precisó su objeto y ámbito de aplicación, aquél en términos de “facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley...” y éste para regular “lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a grupos armados 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” y en sus artículos 10 y 11 fijó una serie de condiciones que habrán de reunir quienes pretendan acceder a sus beneficios, dando evidentemente a entender que su aplicación sólo procede en cuanto se trate de grupos o personas desmovilizadas y en la medida en que reúnan dichas exigencias, es claro, sin embargo que se introdujo en su estructura un capítulo que hace relación a su “vigencia y disposiciones complementarias” disponiendo en el artículo 71, como adición al 468 del Código Penal que “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” de manera que en esas condiciones debe entenderse modificado por adición el ordenamiento penal y por lo mismo aplicable aquella de modo general y no sólo a quienes siendo miembros de grupos armados al margen de la ley se desmovilicen.

Por ende la Ley 975 es en principio aplicable sólo al objeto y ámbito en ella previstos, pero no puede entenderse restringida a los mismos cuando como en el caso del citado artículo 71 introduce modificaciones al Código Penal, pues en ese evento no puede tener tales limitaciones por la naturaleza misma del ordenamiento así adicionado.

En consecuencia la Ley 975 de 2.005 tiene aplicabilidad en este asunto en tanto adicionando la descripción típica del delito de sedición introdujo una nueva casuística que en ordenamientos anteriores se venía tratando como concierto para delinquir y que finalmente se preveía en el artículo 340, inciso 2º, del Código Penal como concierto para delinquir en la modalidad de “organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley”.

En esas condiciones y en ejercicio de su libertad de configuración legislativa el Congreso motivado en el afán de alcanzar la paz y la reconciliación nacional ubicó en el mismo plano del delito político a quienes hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal y en consecuencia definió dicha conducta como sedición, por manera que a partir de la vigencia de la Ley se sanciona como tal la mera pertenencia a uno de tales grupos que vulnere el regular desarrollo del orden constitucional o legal protegiendo de ese modo el régimen en esos niveles como bien jurídico, sin perjuicio además de la tipicidad de comportamientos ilícitos que aquellos llegaren a cometer, pues el concurso de conductas no hace -como equivocadamente lo pretende el Juzgado de Barrancabermeja- que esa militancia con los propósitos dichos siga siendo concierto para delinquir agravado, presentándose sí una concurrencia entre la sedición así circunstanciada y los delitos que por razón de ella se llegaren a ejecutar.

Por ende, independientemente de las consideraciones que puedan hacerse en torno a los beneficios que de una dicha tipificación se deriven, además de los punitivos toda vez

que la sedición se pune con menos drasticidad que el concierto para delinquir agravado o del tratamiento que pueda darse a las conductas punibles que en ejercicio de esa militancia puedan llegar a cometerse, es lo cierto que quien pertenezca a una de tales agrupaciones incurre, por ese mero hecho en sedición y que a la misma descripción deben responder, dada la favorabilidad que conlleva, quienes perteneciendo a esos grupos hayan sido enjuiciados como autores del concierto para delinquir en la modalidad ya precisada y desde luego en tanto la organización a que se pertenezca vulnere con su accionar el normal funcionamiento del orden constitucional y legal.

En el asunto que se examina es lo evidente que la imputación contra Billy Gilberto Pérez Muskus por el punible de concierto para delinquir tuvo por fundamento su pertenencia al Bloque Central Bolívar de las Autodefensas Unidas de Colombia, luego es claro que en esas circunstancias su conducta de militar en dicha organización debe ahora tipificarse como sedición bajo el entendido que las autodefensas en tanto usurpan al Estado el monopolio de las armas y de la fuerza interfieren con su accionar el orden constitucional y legal. Eso desde luego sin perjuicio de las investigaciones que puedan adelantarse u ordenarse (como ya se hizo por la Fiscalía acusadora respecto al secuestro), en relación con otros punibles que dentro de esa militancia llegaren a ejecutarse.

Originada así la diversidad típica en una modificación legislativa no hay lugar a la variación de la calificación jurídica conforme al artículo 404 de la Ley 600 de 2.000, dado que la nueva adecuación no obedece a error en aquella ni a prueba sobreviniente.

Por ende definiéndose ahora como sedición la conducta de conformar o hacer parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal, significa en principio que la competencia para su conocimiento concierne por virtud de la cláusula general a los juzgados penales de circuito y no a los especializados, excepción hecha de aquellos asuntos en que la única

actuación que reste por ejecutar sea la sentencia, pues en tal evento -tiene dicho la Sala en auto del 18 de octubre de 2.005- se prorroga la competencia en el juzgado especializado “no sólo porque en este momento procesal se encuentra vigente la calificación impartida en la resolución de acusación sino porque a él le está atribuido el conocimiento en virtud de la Ley 733 de 2002. Y si se quiere, a lo anterior podría añadirse una razón práctica -refractaria a violación de garantías, se insiste- como sería la de evitar el traslado masivo de expedientes y con ello el desaprovechamiento del conocimiento que de la actuación tiene el actual director de la misma”.

Tal solución -como lo clarificó la Sala en el mismo antecedente- “sólo tendrá aplicación en los asuntos que se encuentren en fase de juzgamiento y en oportunidad para emitir sentencia, dado que los en trámite de instrucción tendrán que ser calificados conforme a la nueva adecuación típica y surtirse la acusación ante el juez penal del circuito.

Asimismo tampoco les es aplicable esta tesis a los asuntos que aún se tramitan en juicio faltándoles alguna actuación para que se pueda dictar fallo, vale decir en traslado, en audiencia preparatoria o para realizar audiencia de juzgamiento, en razón a que al seguirse el procedimiento bajo la dirección del juez especializado no sólo resulta inaplicable la prórroga de competencia, sino que se podría ver sometido el sindicado -entre otras consecuencias- a esperar un año para tener derecho a la excarcelación por un eventual vencimiento de términos, dada la duplicidad de éstos previstos para los jueces especializados, conforme al artículo 15 transitorio de la Ley 600/00”.

En las anteriores condiciones y como el asunto que se examina se encuentra para celebrar la audiencia de juzgamiento, corresponde en consecuencia su conocimiento al despacho de Barrancabermeja.

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

RESUELVE:

1. Atribuir el conocimiento de esta causa al Juzgado Primero Penal del Circuito de Barrancabermeja.

2. Remítanse, por secretaría, las diligencias al despacho citado y copia de esta providencia al Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga, para su información.

Contra este auto no procede recurso alguno.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

MAURO SOLARTE PORTILLA

Salvamento de voto

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Aclaración de voto

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Salvamento de voto

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el debido respeto por las decisiones de la mayoría, aclaro mi voto respecto de un aspecto puntual consignado en la parte considerativa de la providencia, relacionado específicamente con el criterio de un sector de la Sala que inaplicó el artículo 70 de la ley de justicia y paz, fundamentalmente por violación al principio de la unidad, pues, como tuve la oportunidad de manifestarlo en los casos concretos¹, estimo que a dicho precepto debe dársele una interpretación restrictiva al ámbito de la ley que lo contiene, lo cual zanjaría, en mi concepto, el problema planteado frente a esa falta de unidad de materia con el título y el núcleo temático de la misma.

En efecto, el entendimiento de que la rebaja de pena contenida en la citada norma cobija a todos los delincuentes comunes que cumplen penas por delitos diversos a los exceptuados en la misma (contra la libertad, integridad y formación sexuales, lesa humanidad y narcotráfico), no sólo rebasa los núcleos temáticos de la ley y la finalidad contenida en su título, sino que además desconoce la diferenciación que la misma Carta Política hace del delincuente político del común, de cuya tradición jurídica se hizo un amplio análisis en la colisión de competencia No. 24.222 de octubre 18 de 2005.

Por lo tanto, con el fin de guardar afinidad sustancial con el objeto de la Ley y, especialmente, con el acervo de valores, principios, derechos y deberes que consagra la Carta Política, considero que debe restringirse la aplicación del artículo 70 de la Ley 975 de 2005, a los sujetos que al entrar en vigencia estuvieran condenados por hechos relacionados con su militancia en los grupos armados al margen de la ley de que trata la misma normatividad (guerrilla y autodefensas), dado que esa condición los hace destinatarios directos de su objeto.

De tal manera, se garantiza la igualdad entre los miembros de los grupos armados al margen de la ley (guerrillas y autodefensas) que se acojan a los beneficios consagrados en la Ley 975 de 2005 y aquellos que estando condenados no puedan, por cualquier motivo, acceder a los mismos.

Esa es la razón por la cual la rebaja de pena aludida en el artículo 70 se dirige a las “personas que al momento de entrar en vigencia la presente ley cumplan penas por sentencias ejecutoriadas”, con las excepciones citadas en la misma normatividad.

Pero además, debe tenerse en cuenta que en la sentencia C-1404 de 2000 la Corte Constitucional concluyó que cuando una rebaja de pena general no obedece a una determinada política criminal (que en los antecedentes de la norma aquí analizada jamás se mencionó), sino a una “gracia”, ello “equivale a una suerte de indulto”, caso en el cual deben concurrir los requisitos que establece el artículo 150-17 de la Carta, a saber: i) que la ley sea aprobada por una mayoría calificada de las dos terceras partes de los votos de los miembros de ambas cámaras; ii) que se otorgue únicamente respecto de delitos políticos; y, iii) que existan graves motivos de conveniencia pública que lo hagan aconsejable.

Véase cómo dentro de ese contexto, los artículos 70 y 71 del capítulo XII de la Ley 975 de 2005, se complementarían, pues, de un lado se asume que la rebaja de pena es para los miembros de los grupos armados al margen de la ley, entendiendo por estos “el grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones, de las que trate la Ley 782 de 2002”, que para la fecha de su vigencia cumplan penas por sentencias ejecutoriadas, y, de otro, que la inclusión dentro de la categoría de delito político de la conducta de quienes “conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera en el normal funcionamiento del orden constitucional y legal”, viabiliza la aplicación de una rebaja de pena general, que, como se afirmó, “equivale a una suerte de indulto”, que sólo puede cobijar a los llamados delincuentes políticos.

La interpretación que prohíba la rebaja de pena para los delincuentes comunes, no sólo

desconoce que todo el texto de la ley se refiere de manera exclusiva a los miembros de los grupos armados al margen de la ley -dentro de la definición que ella misma trae-, y que por lo tanto son ellos el objeto de la misma, sino que además lleva a pensar que la rebaja incluida en el referido artículo 70 configura lo que en el lenguaje parlamentario se conoce como “un mico”, para destacar así una disposición aislada, que ninguna relación tiene con la materia de la ley, como bien se concluyó por un sector de la Sala en los antecedentes arriba citados.

Pero además, y como un aspecto determinante de esta interpretación, debe considerarse que la rebaja de pena del citado artículo 70 está supeditada al análisis de cuatro elementos esenciales, compatibles con los propósitos de la Ley de justicia y paz, a saber: a) el buen comportamiento del condenado; b) su compromiso de no repetición de actos delictivos; c) su cooperación con la justicia; y, d) sus acciones de reparación a las víctimas, elemento éste último que debe mirarse dentro del contexto de la misma normatividad, tanto frente al concepto de “víctima”, como frente a las acciones de reparación que allí contempla.

Así, de acuerdo con el artículo 5º de la referida normatividad, se entiende por víctima:

“(…) la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley (…)” (se ha resaltado).

Como puede verse el concepto de víctima que trae la Ley 975 de 2005, es el que se acondiciona a los resultados de las acciones violentas ejecutadas por grupos armados al margen de la ley, entendiendo por estos “el grupo de guerrilla o de autodefensas, o

una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones, de las que trate la Ley 782 de 2002”, en los términos del inciso 2º del artículo 1º de la misma normatividad que se analiza.

Por lo mismo, no puede equipararse el concepto de “víctima” que trae la Ley 975 con aquél señalado en el artículo 132 del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) para la generalidad de delitos y según el cual, son víctimas:

“las personas naturales y jurídicas y demás sujetos de derechos que individual y colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto”.

De allí que a la luz de la Ley 975 de 2005, no califica dentro del concepto de víctima el sujeto pasivo de una conducta ilícita ejecutada al margen de acciones desarrolladas por grupos de autodefensas o guerrilla, lo cual excluye que los delincuentes comunes puedan ser destinatarios de la susodicha rebaja.

Adicionalmente y consecuente con esa proposición, las “acciones de reparación” a las víctimas sólo pueden ser aquéllas consagradas en el capítulo IX de la misma ley, entre las cuales se entienden como actos de reparación “los deberes de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción” (artículo 44), que dentro del contexto señalado en la misma normatividad sólo son compatibles para las víctimas de delitos cometidos en desarrollo del conflicto armado y no para las víctimas de otros delitos en relación con los cuales no se dan los presupuestos de protección especial consagrados en la Ley.

En consecuencia, para salvar el problema planteado frente a la posible falta de unidad de materia del precepto consagrado en el citado artículo 70 con el título y el núcleo temático de la Ley 975 de 2004, es necesario asumir una interpretación racional de la norma, atendiendo a la lógica interna de la ley objeto de estudio. Sobre este presupuesto, el precepto normativo debe relacionarse con todos los demás contenidos en la ley

que lo consagra, excluyendo aquella interpretación que daba lugar a una proposición carente de afinidad sustancial con la materia regulada en la misma.

Con todo respeto,

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido respeto me permito expresar las razones por las cuales no comparto la determinación adoptada en el sentido de declarar que la competencia para conocer del proceso seguido contra Billy Gilberto Pérez Muskus por el delito de concierto para delinquir, radica en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Barrancabermeja.

Tal como lo expuse en el curso de los debates orales, debo reiterar mi criterio en el sentido de que la jurisprudencia de esta Corte ha sido persistente en indicar que la calificación del mérito del sumario o su equivalente, vincula al juzgador, quien debe adelantar el juicio acorde con la tipificación del comportamiento impartida por el Fiscal, y que sólo por excepción, el juez puede negarse a conocer del asunto cuando advierta que el Fiscal ha incurrido en error en la calificación jurídica de la conducta, y que la correcta determina una variación en la competencia².

Sólo “en este evento le es permitido a la Sala, por vía de excepción, analizar los elementos constitutivos de la tipicidad en tanto determina el factor objetivo de competencia, pero sin que pueda inmiscuirse en la verificación de la existencia material del ilícito ni en la responsabilidad que pudiere corresponder al procesado”³.

En el presente caso, ninguno de los colisionantes afirma que la Fiscalía hubiere incurrido en error en la calificación jurídica de la conducta determinante de la variación de la competencia, sino que fundan la colisión en la circunstancia de haber aparecido una nueva realidad jurídica que según el Juzgado Especializado, convierte en delito de sedición, de competencia del Juzgado del Circuito, algunas de las conductas que en el artículo 340 del Código Penal aparecen definidas como concierto para delinquir.

Como quiera entonces que no se trata de error en la calificación jurídica del comportamiento, y en este caso se imputó al procesado el delito de concierto para delinquir y no el de sedición, ello, en mi criterio, resultaba suficiente para advertir que la competencia para conocer de la fase de juzgamiento corresponde al Juzgado Penal del Circuito Especializado.

Esto si se toma en cuenta 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 que define el delito de concierto para delinquir; tampoco modificó la competencia para conocer de este comportamiento, radicada en los jueces penales del circuito especializados, sino que simplemente adicionó el artículo 468 del Código Penal 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.

No puede perderse de vista que el concierto para delinquir “es un delito que afecta el bien jurídico seguridad pública; sus móviles son egoístas, individuales; la finalidad de los integrantes -cometer delitos - se colma en concreto cada vez que perpetran un delito; los asociados no tienen como objetivo el establecimiento jurídicamente reconocido, sino a la sociedad.”⁴

En tanto que la sedición, al contrario, por ser delito de naturaleza política, se enmarca dentro de los comportamientos que ponen en peligro el régimen constitucional, cuya finalidad de quienes lo realizan es apenas impedir transitoriamente, mediante el empleo de la violencia ejercida por medio de las armas, la vigencia de la [Constitución Política](#) o la aplicación de las leyes, o a cualquier autoridad pública el ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de las resoluciones administrativas o las decisiones judiciales que profiera, con independencia de la consecución o no de los fines pretendidos 5. No tiene, entonces, por finalidad afectar a la población civil, cometer delitos comunes o aquellos calificados como de lesa humanidad, como tampoco realizar conductas de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato.

Cada uno de dichos comportamientos, en consecuencia, trae delimitado el bien jurídico que pretende tutelar, la seguridad pública, en el caso del concierto para delinquir, y el régimen constitucional y legal, en el evento de la sedición. Cada cual tiene establecido su propio objetivo, su propia tipicidad, y sus propias características de antijuridicidad, que resultan suficientes para atribuirles absoluta independencia y alcance.

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, se ofrece 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.

No puede dejarse de considerar que el asunto en que se propone el conflicto, corresponde a un proceso en curso con su propia dinámica, cuyo desarrollo puede o pudo servir para afianzar la convicción del juez en un sentido determinado.

En tales circunstancias, es allá, en el interior del proceso, donde el juez, contando con todos los elementos de juicio, con la posibilidad de examinar la plenitud de la actuación procesal y de la actividad probatoria, así como las alegaciones de las partes, puede optar por poner fin al proceso condenando o absolviendo por el delito de concierto para delinquir, o prorrogar su competencia si tal fuera el caso y condenar por el de sedición previsto en la ley de justicia y paz, siempre y cuando encuentre acreditados los supuestos fácticos de la mencionada disposición, esto es, la militancia del autor del comportamiento en un grupo guerrillero o de autodefensa, y la orientación en el accionar de los concertados, a la interferencia del orden constitucional y legal.

A este respecto se ofrece pertinente resaltar que el ordenamiento procesal confiere al juzgador variadas oportunidades para esclarecer cuál efectivamente fue la conducta realizada por el procesado y cuál la norma o normas sustanciales aplicables al caso, pudiendo incluso hacer uso de la facultad oficiosa en materia probatoria (art. 401 de la Ley 600 de 2000), ejercer la posibilidad de variación de la calificación jurídica provisional (art. 404 ejusdem), prorrogar su competencia (art. 405) o incluso proferir el fallo reconociendo la operancia de una atenuante, excluyendo una agravante, o por una calificación jurídica diversa, según corresponda proceder, como así ha sido reconocido por la Corte⁶, pues, como allí se indicó, “habrá congruencia si al condenar, la conducta se califica con la denominación jurídica que se le dio en la resolución de acusación, o en

la variación, o por la propuesta por el juez como objeto de debate y no admitida por el fiscal, o por una figura atenuada con relación a ellas”.

A esta misma conclusión se arriba (en el caso de que se dé alguno de los supuestos referidos precedentemente), si se toma en cuenta que en el pronunciamiento que viene de ser mencionado, se precisó que “frente al fenómeno de la sucesión de leyes en el tiempo, si la conducta sigue siendo delito en la nueva legislación, pero cambia el nomen iuris, no es necesario variar la calificación, pues ésta sólo puede serlo cuando se incurrió en error al proferir el pliego de cargos, o por prueba sobreviniente, y aquí la calificación dada fue la correcta, al tenor de la ley entonces vigente, sino que, simplemente, la adecuación típica del comportamiento se modificó en la nueva ley”.

En este contexto ha de entenderse el concepto de prórroga de competencia a que me he referido, esto es, no como una nueva modalidad de atribución de competencias por vía jurisprudencial, sino al más elevado entendimiento según el cual, el concepto de justicia material se realiza mediante la aplicación de la ley sustancial por el Juez a quien le ha sido asignado el proceso sin vicio alguno, pero que por razón de la vigencia de una nueva ley podría llegar a concluir que el comportamiento objeto de juzgamiento ha cambiado de denominación jurídica. De este modo se respeta el principio de Juez natural y se realiza la adecuada aplicación del derecho sustancial al caso concreto, con menores costos procesales tal como lo exige el principio de economía que obliga acudir a las soluciones menos traumáticas.

Por razón de lo expuesto, insisto en mi criterio, sentado y reiterado, además, por la jurisprudencia, en el sentido de que si no existe error en la calificación jurídica de la conducta, la acusación vincula al juzgador y por supuesto a la Corte, sin que pueda llegar a ser desconocida so pretexto de un conflicto de competencias propiciado tras considerar que la norma sustancial aplicable al caso es otra distinta de la señalada en la acusación.

Proceder de modo contrario por parte de la Corte, implica desde mi punto de vista no sólo correr el riesgo de atribuir la condición de delincuente político a quien carece de ella, o de negarla a quien sí la tiene, sino que también resulta desconociendo la facultad constitucionalmente atribuida a la Fiscalía de investigar los delitos y calificar las conductas, usurpando la función juzgadora y resolviendo el caso con prescindencia del juez natural.

Mas aún, considero que las consecuencias de resolver conflictos, adentrándose en el análisis de situaciones concretas de las cuales la Corte no puede ocuparse de manera anticipada y menos por la vía de colisión de competencias, pueden ser nocivas frente a la función que en el futuro eventualmente deberá asumir, consistente en la real posibilidad de llegar a conocer en segunda instancia de comportamientos que en primera instancia le corresponderá juzgar al Tribunal que habrá de crearse de conformidad con lo dispuesto por la Ley 975 de 2005, lo que a mi modo de ver podría resultar contraproducente por haber comprometido su criterio en un aspecto medular del juicio, como es el relacionado con la calificación jurídica de la conducta.

MAURO SOLARTE PORTILLA

MAGISTRADO

Fecha ut supra.

SALVAMENTO DE VOTO

(COLISIÓN DE COMPETENCIA LEY 975)

Señores Magistrados:

Como lo he dicho en la Sala de Decisión correspondiente, salvo el voto con fundamento

en el artículo 4º de la Constitución Política, es decir, porque estimo, sin incertidumbre alguna, que la Ley 975 del 2005 es abierta y nítidamente inconstitucional y, por ende, debe ser inaplicada. Para eso es la excepción de inconstitucionalidad, erigida como deber y no como facultad para el servidor del Estado. Las razones de mi disenso son las siguientes, brevemente expuestas:

Presupuestos

1. Como es obvio, el suscrito se identifica con toda medida seria, idónea y verificable dirigida a lograr la paz. Pero siempre que reúna las características mencionadas, mirando la realidad social, política y jurídica de Colombia y no simplemente imaginando lejanas posibilidades. Ciertamente que en el mundo actual no se puede hablar de certeza, y que al orbe lo mueven la incertidumbre y el riesgo. Pero cuando se habla en términos de justicia y de paz, y se diseña y realiza un enorme plan de difusión y de concientización con miras a dominar la opinión pública, es menester estar medianamente ratificado desde el punto de vista empírico.
2. Quien escribe estas líneas no cree que el derecho penal sea solución general plausible de los conflictos sociales denominados delitos, y menos que sea la única. Como todos sabemos que el derecho penal es más violencia, resulta elemental pensar en su reducción y, ojalá, en su supresión. Pero mientras exista, hay que aplicarlo, así sea mínimamente, con base en el respeto que merece el Estado de derecho.

Motivos del disenso.

1. La ley mencionada viola el principio del derecho penal justo.

De la filosofía de la Constitución Política, la obediente al Estado Social y Democrático de Derecho, surge Colombia como un Estado Mínimo y, por ende, su derecho penal también tiene que ser mínimo. Pero ese mínimo supone una condición ineludible: el

derecho penal tiene que ser justo, es decir, creado, aplicado y ejecutado de la misma manera y con su mismo alcance a sus destinatarios, salvo, desde luego, circunstancias especialísimas que permitan hacer distinciones razonables y objetivas.

Y no es justo un derecho penal que, por ejemplo, para el autor de homicidio agravado establece una pena que oscila entre 25 y 40 años; para quien incurre en genocidio prevé prisión entre 30 y 40 años; y para el que secuestre extorsivamente de manera agravada fije prisión de 28 a 40 años, mientras para quien integra un grupo armado al margen de la ley, a título de bloque, frente, cuadrilla, etc., llámesele “paramilitar”, “autodefensa” o “guerrillero”, se le quiera sancionar en forma “alternativa”, previo cumplimiento de ciertas exigencias⁷

, con una prisión que oscila entre cinco (5) y ocho (ocho) años, aparte de que, desde luego, al paso que los homicidas, genocidas y secuestradores comunes y corrientes seguirán en las cárceles comunes y corrientes, los homicidas, genocidas y secuestradores privilegiados, los conformantes de grupos abiertamente al margen de la ley, no se hallarán allí y, muy probablemente, podrán cumplir la pena “en el exterior”, como dispone el artículo 30.3 de la ley mencionada.

Ese orden social justo, ese valor justicia, al que aluden, entre otras disposiciones, el preámbulo y el artículo 2º de la Carta, es frontalmente roto por las disposiciones de la ley 975 del 2005, que hace, eso sí, un derecho penal totalmente injusto.

Si justicia es virtud para dar a cada quien aquello que le corresponde; si es igualdad, retribución, impartir según las necesidades, otorgar de acuerdo con los méritos, aliviar el sufrimiento, reconocer derechos, reconocer los derechos humanos y los derechos fundamentales, equidad, eficiencia económica, empoderamiento o aprehensión del poder, y democracia, es evidente que la ley analizada no tiene nada qué ver con ella.

Si la justicia, la máxima virtud social, significa, con palabras de Paul Ricoeur, zanjarse una cuestión con miras a poner término a la incertidumbre... aportación del juicio a la paz pública, no se ve cómo pueda esa ley, que se inicia con semejante injusticia, zanjarse la incertidumbre nacional frente a la criminalidad y aportar algo a la paz pública⁸.

2. Viola el principio de proporcionalidad.

En Colombia y en el mundo, decíamos, existe derecho penal. Así no nos guste, es una realidad y, por tanto, con él se debe trabajar. Y también es una realidad que todavía derecho penal significa, sobre todo, pena, castigo, retribución, así se le adorne desde hace tanto tiempo con tantas teorías, como las de la prevención y sus muchísimas modalidades.

Ampliamente hablando, el principio de proporcionalidad quiere decir que las medidas restrictivas de la libertad o de los bienes que se tomen dentro del proceso penal deben obedecer a la finalidad del derecho penal. Dicho de otra forma, en desarrollo del proceso solamente se puede acudir a las medidas limitativas de los derechos fundamentales que conduzcan a efectivizar la misión del derecho penal.

Lo anterior se desprende, también desde hace mucho tiempo, del artículo 4º de la Ley 74 de 1968, por medio de la cual Colombia aprobó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, celebrado en Nueva York en 1966. Esa norma, seguramente tomada del artículo 18 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos del Hombre, de 1950, dice:

Los estados partes en el presente Pacto reconocen que, en el ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, este podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por la ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

En Colombia el derecho penal existe para evitar la violencia dentro de la sociedad y dentro del propio sistema penal, tal como se dijo por el Congreso de la República cuando confeccionó el Código Penal del 2000.

Relacionada su tarea con las penas previstas para los delitos que sirven como ejemplo de acuerdo con lo señalado en el numeral 1º de este escrito, se concluye que la libertad del homicida, del genocida y del secuestrador común y corriente, puede ser reducida hasta por 40 años, con el afán de prevenir la violencia social y la violencia del sistema penal, y aún por más tiempo, si se tiene en cuenta el elevado incremento de los mínimos y máximos sancionatorios creados por la ley 890 del 2004 (tercera parte del mínimo y mitad del máximo).

Mientras tanto, en búsqueda de la misma finalidad, si se trata de miembros de bloques, cuadrillas, frentes, etc., de “paramilitares”, “autodefensas” o “guerrilleros”, que cometen homicidios, exterminan y privan de la libertad, la limitación de su derecho de locomoción se estima máximo en ocho (8) años.

Desde el punto de vista que con la tradición pudiéramos denominar “sustantivo”, el principio de proporcionalidad significa que la pena se debe adecuar al daño concretamente causado, al perjuicio socialmente creado con el delito y, sobre todo, al grado o intensidad de la culpabilidad. Obedece, entonces, a la noción retributiva de la sanción penal.

La Corte Constitucional ha conformado el principio de proporcionalidad

fundamentalmente al fusionar los artículos 1 (dignidad y Estado Social y Democrático de Derecho), 2 (efectividad de los principios, derechos y deberes), 5 (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6 (responsabilidad por extralimitación de funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos y penas crueles, inhumanas y degradantes), 13 (principio de igualdad), 209 (actuaciones administrativas adecuadas al cumplimiento de los fines del Estado) y 214 (proporcionalidad de las medidas excepcionales) de la Carta⁹.

Desde esta óptica, bastaría preguntar por qué la pena para los homicidas, genocidas y secuestradores comunes y corrientes, ordinarios, convencionales, puede ir hasta 40 o 60 años de prisión en razón del daño propinado a la víctima, del perjuicio a la sociedad y de la intensidad de la culpabilidad, mientras la prevista para los homicidas, genocidas y secuestradores especiales, no convencionales, no puede superar los ocho (8) años de prisión, como si el daño a la víctima concreta y a la sociedad fuera prácticamente írrito y el grado de culpabilidad casi inexistente.

El artículo 29 y concordantes de la ley 975 del 2005, entonces, fractura enormemente todas las normas constitucionales citadas párrafos atrás y, desde luego la Ley 74 de 1968. No se olvide que ésta recoge un tratado sobre derechos humanos y que esos tratados forman parte y constituyen el bloque de constitucionalidad al que se refiere el artículo 93 de la Constitución.

3. Viola el principio de igualdad.

Igualdad significa que por el mismo respecto, todas las personas deben ser tratadas de la misma manera. Quiere decir, de otra forma, que todos los seres humanos, en relación con la misma cosa, tienen que ser mirados imparcialmente, sin discriminación odiosa, arbitraria o inmotivada.

Dentro del tema importa tener en cuenta los siguientes aspectos:

i) Cuando se habla de igualdad, se incorpora tácitamente la desigualdad como referente, pero se prohíbe la distinción injusta que se hace con base en prejuicios por razones de sexo, nacionalidad, religión, color, extracción social, situación socio-económica, edad, discapacidad, etc.

A ello alude el artículo 13 de la Constitución Política cuando dice que todas las personas nacen libres e iguales, y que no pueden ser discriminadas por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

A esas razones que generalmente son utilizadas como ejemplos, se suelen agregar, con la pretensión de exhaustividad, los temas conocidos como xenofobia, homofobia, discapacidad o enfermedad, género, ideología y credo.

ii) La igualdad es afectada o desconocida cuando se trata como inferior a una persona o grupo por motivos preestablecidos.

iii) La igualdad es aparente, o la discriminación es indirecta, cuando una ley, un reglamento, un decreto, una política o una práctica que es presentada como neutral, produce un impacto desproporcionadamente adverso sobre una o varias personas, salvo si la diferencia se puede justificar por razones objetivas.

iv) La igualdad decae cuando deliberadamente se privilegia, o se da trato preferente, a una persona o grupo, y con ello se perjudica o se reducen los beneficios, derechos y oportunidades de otra u otras.

v) El trato diferencial de una persona o grupo, respecto de otra persona o grupo, lesiona la igualdad cuando no existen pautas objetivas que lo justifiquen, o, con otro giro, cuando no hay razones suficientes para ello.

vi) Si los criterios para establecer diferenciación de trato son razonables, objetivos, y

corresponden a un propósito legítimo, tal discriminación no es arbitraria, causante de daño ni, por tanto, reprochable.

vii) No hay discriminación reprobable si la diferenciación en el trato se encuentra legítimamente orientada, es decir, si no conduce a la injusticia, a lo irrazonable y si no contraría la naturaleza de las cosas.

viii) No hay diferenciación ni discriminación, si una desigualdad es utilizada como medio para conseguir el fin de una situación más igualitaria o justa.

ix) No hay discriminación cuando determinadas políticas que aparentemente generan desigualdad, se dirigen a restaurar o a recuperar los efectos de desigualdades anteriores o, como se dice, cuando se acude a las políticas de diferenciación en búsqueda de igualdad. Por ello es lícito tratar desigualmente cuando se quiere realizar o conseguir una situación de mayor igualdad.

x) Si bien en un Estado Social y Democrático de Derecho lo primero es el individuo, no se puede dejar de lado que, en veces, precisamente pensando en un mejor futuro de ese hombre, es menester tener en cuenta la prevalencia del interés general, como lo dice la [Constitución Política](#) en su artículo 1º, a título de principio fundante de ese Estado, y el bien colectivo, como desde hace muchos años lo afirma el artículo 1º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 27 de agosto de 1789, cuando afirma que los hombres son libres e iguales sin más distinciones que las fundadas en la utilidad común.

xi) Los poderes ejecutivo y judicial están obligados a tener en cuenta únicamente las diferencias contenidas en la ley.

xii) Para establecer políticas de igualdad es necesario disponer de información sobre varios aspectos, entre ellos los méritos, las preferencias, los intereses, las necesidades,

los recursos y rentas.

xiii) Las políticas de igualdad demandan algún conocimiento de la realidad individual y social.

La ley 975 del 2005 discrimina, sin duda alguna. Discrimina y, por consiguiente, establece diferencias, entre personas que cometen homicidios, genocidios y secuestros –siguiendo con los ejemplos que se utilizan para efectos de este escrito- diríase que a título individual, y personas que hacen lo mismo pero como integrantes de cuerpos radicalmente separados de la legalidad, de larga trayectoria y cuyos delitos son innumerables.

La desigualdad creada, entonces, es palpable. Y si a ello se agregan otros detalles aparentemente sin mucho sentido, la conclusión se confirma aún más. Obsérvese:

Uno. A los beneficiarios de la ley se les puede acumular procesos (artículo 20), como no sucede con la criminalidad “ordinaria”.

Dos. Las apelaciones surtidas ante la Corte Suprema de Justicia respecto de los procesos que vinculan a los beneficiarios de la ley tendrán prelación frente a las demás funciones de la Corporación –salvo la tutela- (artículo 26, parágrafo 1º). Mejor dicho, desplaza el trámite de casaciones, revisiones, conflictos de competencia, cambios de radicación, instrucción y juzgamiento de determinados aforados, segundas instancias en ciertos casos, trámites de extradición, etc., etc. Quienes están esperando solución a su problema, sencillamente que sigan esperando.

Tres. Los recursos –seguramente el legislador pensaba en la revisión ante el pleno- cuyo trámite compete a la Corte

también tendrán prelación sobre lo demás que corresponde a Ella y deberán ser resueltos

máximo en 30 días (artículo 68). Lo otro, lo demás que debe hacer la Corte, que sea superado en turno, que siga esperando.

Cuatro. Y, como una gracia hasta ahora extraña en nuestro derecho penal,

El Presidente de la República tendrá la facultad de solicitar a la autoridad competente, para los efectos y en los términos de la presente ley, la suspensión condicional de la pena, y el beneficio de la pena alternativa a favor de los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley con los cuales se llegue a acuerdos humanitarios (artículo 61).

Esa discriminación sería atendible si, como quedó sentado, no fuera odiosa; fuera razonable; sirviera para una finalidad loable; no afectara a otros o no les causara perjuicio; obedeciera a razones suficientes, objetivas; si no condujera a injusticias; si sirviera para conseguir un fin igualitario y justo; si se tuviera información seria sobre los méritos, los intereses, las necesidades, los recursos, las rentas, y, sobre todo, si sirviera para la utilidad común, como se dijo en la Declaración de Derechos del Hombre, del 27 de agosto de 1789.

La ley enseña otras cosas:

- i) Es odiosa, porque separa destinatarios, sin fundamento seguro.
- ii) No es razonable, porque no relaciona íntimamente su texto con la Constitución ni con la lógica humana, pues que, con base en la necesidad de paz, aventura soluciones, como aquellas consistentes en que garantiza a la víctima sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación (artículo 1); o en que garantiza la reinserción (artículo 2.3); o en que los grupos armados se desmovilizarán y entregarán los bienes producto de sus ilicitudes (artículo 11); o en que en 60 días se podrá investigar semejante criminalidad (artículo 18), etc., y otra cantidad de aspectos bastante alejados de la realidad nacional.

iii) No sirve para la finalidad que se propone, cual es la de “contribuir decisivamente a la reconciliación nacional”, porque, uno, no se ve como se puedan cumplir sus propósitos, especialmente la reparación a las víctimas; dos, no establece, como le correspondería, qué va a suceder en el futuro próximo y lejano con los actores de la reconciliación salidos de las desmovilizaciones y de los grupos, bloques, cuadros, frentes, etc.; tres, genera más odio que nobleza y, por tanto, muchos rencores, sobre todo en aquellas personas que habiendo delinquido “individualmente” siguen siendo víctimas de un sistema bastante opresivo que casi no les abre las puertas de la cárcel, mientras otras de comportamiento muchísimo más reprochable, seguramente ni siquiera ingresarán a los centros de reclusión; cuatro, cuando no haya reparación probablemente se multiplicarán los sentimientos negativos y quizás se volverá a la “venganza privada”, etc.

iv) No obedece a razones suficientes, primero, porque la paz general no se obtiene solamente con el derecho penal; y, segundo, porque la fragilidad penal de su contenido sencillamente ahonda sentimientos de dolor pues que, como muchos ya lo han dicho, esa ley se tornará en una ley de impunidad “legalizada”.

v) Como ya se dijo, conduce a injusticias y a desigualdades inadmisibles.

vi) No se encuentra precedida de estudios sobre los méritos, los intereses, o las necesidades que imperiosamente lleven a hacer una ley de esa naturaleza; tampoco se sabe de informaciones sobre los recursos y las “rentas” para lograr el objetivo de la norma. O, al menos, ni lo uno ni lo otro se desprende o se refleja en su texto.

Como se determina con solo leer la ley, la violación del principio de igualdad es pasmosa, pues, en resumen, la ley establece desigualdades sin fundamento demostrable, y engendra más males que ventajas.

Y no se diga que la violación consciente, sabida por el legislador, del artículo 13 de la

[Constitución Política](#), desaparece con el mendrugo de pena que el artículo 70 de la ley lanza a algunos condenados como para que se sientan igualmente beneficiados, es decir, “impunizados”.

4. Contraría los derechos y garantías previstos en los Tratados sobre derechos humanos o, si se prefiere, vulnera el “bloque de constitucionalidad”.

Por ejemplo; una muestra:

i) La ley 28 de 1959, por la cual se aprueba la Convención para la prevención y represión del delito de genocidio, celebrada el 9 de diciembre de 1948, que obliga a Colombia a prevenir y sancionar tal delito (artículo I), sea cometido por gobernantes, funcionarios o particulares (artículo V), y que dispone que el genocidio, la asociación para cometerlo, la instigación directa y pública al mismo, la tentativa y la complicidad en el genocidio, no pueden ser considerados delitos políticos (artículo VII).

ii) Ley 70 de 1986, por medio de la cual se aprueba la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984.

La tortura, los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, son concebidas como ofensas a la dignidad humana y como violación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, tal como lo afirma el artículo 2 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

La Convención define la tortura como

Todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.

Y luego establece tajantemente que los Estados Parte deben tomar las medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura (artículo 2); que todo Estado Parte tiene que castigar ese delito con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad (artículo 4); y que los Estados deben adelantar una investigación pronta e imparcial cuando tenga motivos razonables para creer que se han cometido actos de tortura (artículo 12).

iii) La ley 707 del 2001, por la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, adoptada el 9 de junio de 1994 en Belém de Pará (Brasil), que obliga a los Estados signatarios a imponer a los autores y partícipes de este delito una pena apropiada a su extrema gravedad (artículo 3); que prohíbe a los Estados concebir tal conducta punible como delito político para efectos de extradición (artículo 5); que clama por la no prescripción de la acción o por un lapso muy amplio para lograrla (artículo 7); que entrega el conocimiento de ese delito exclusivamente a la jurisdicción ordinaria o común (artículo 9); y que no admite privilegios, inmunidades, ni dispensas especiales en razón de esos procesos (artículo 9.3).

El contenido y alcance de este Convenio es similar al previsto en la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1992, documento que

dispone que ningún Estado puede cometer, autorizar ni tolerar las desapariciones forzadas (artículo 2.1); que los Estados deben tomar las medidas legislativas, administrativas, judiciales, etc., eficaces para prevenir o erradicar los actos de desapariciones forzadas (artículo 3); que ese delito requiere de penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad (artículo 4.1.); y que los autores de tales ilícitos no se pueden beneficiar de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal (artículo 18.1).

iv) La ley 742 del 2002, que aprueba el Tratado de Roma sobre la Corte Penal Internacional, promulgada mediante el decreto 2764 del mismo año, que afirma, desde su preámbulo, que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional no deben quedar sin castigo, razón por la cual es necesario intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia.

Basta comparar la ley con las muestras anteriores para llegar, sin esfuerzo alguno, a la conclusión adelantada: aquella viola radicalmente la Constitución Política y los tratados relacionados con los derechos humanos, a pesar de que expresamente en su artículo 2.2. dice que su interpretación y aplicación se deben realizar de conformidad con las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados por Colombia.

O, si no, recuérdese:

i) Las sanciones irrisorias previstas en la ley frente a la eficacia que para prevenir y castigar exigen los instrumentos internacionales al Estado.

ii) El artículo 71 de la ley, que vuelve “sediciosos” a los integrantes de grupos “guerrilleros” o de “autodefensa”, con lo cual les otorga la categoría de delincuentes políticos, en franca oposición a los mismos instrumentos internacionales mencionados.

iii) Las bajísimas penas previstas, con todas las consecuencias de la “alternatividad” de la ley, incluida muy probablemente la exención de cárcel tradicional –la prevista para el vulgo, vulgo, es decir, para el sin poder-, mientras las Convenciones, Declaraciones y Tratados abogan por sanciones adecuadas y apropiadas a la magnitud de los graves crímenes cometidos.

iv) Y, sin duda alguna, el enorme privilegio, la gran dispensa que, finalmente, constituye la ley para determinadas personas. Ciertamente que no se habla de amnistías, indultos, gracias, jubileos o de cosas por el estilo. Pero, como es fácilmente perceptible, la ley hace algo “análogo” a lo que sucede con esas instituciones; y, de otra parte, si bien alude a la realización de procesos y a la imposición de penas, los unos y las otras serán, a la postre, algo menos que nulas o insignificantes.

Seguro Servidor,

Álvaro Orlando Pérez Pinzón

11-1-2006.

1 Rads. 17.089 y 24.196.

2 Auto de 10 de septiembre de 2003. Rad. 21.343. M.P. DR. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

3 Auto de 19 de mayo de 2004. Rad. 22103. M.P. DR. EDGAR LOMBANA TRUJILLO.

4 Auto de 10 de septiembre de 2003. Rad. 21.343. M.P. Dr. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ

PINZÓN.

5 Cfr. Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal Español. Ramón García Albero. Ed. Aranzandi. Pg. 1559.

6 Auto de febrero 14 de 2002. Rad. 18457. M.P. Dr. JORGE E. CÓRDOBA POVEDA.

7 Fundamentalmente, como lo establece la misma ley, formar parte de los grupos al margen de la ley, ser imputado, acusado o condenado por delitos cometidos mientras integraban esos grupos, expresen su anhelo de desmovilizarse y contribuir a la búsqueda de paz, se encuentren en la lista que el gobierno tenga y haya remitido a la fiscalía, que su grupo también se desmovilice, que entreguen los bienes obtenidos ilegalmente y a los menores de edad, siempre tratándose de delitos que no tengan nada que ver con el tráfico de estupefacientes ni con el enriquecimiento ilícito, que se libere a los secuestrados, etc.

8 Sobre las nociones de justicia, ver, por ejemplo, Alf Ross. Sobre el derecho y la justicia. Buenos Aires, Eudeba, 2ª edición, 1997; Tom Campbell. La justicia. Los principales debates contemporáneos. Barcelona, Gedisa, 2002, T: Silvina Álvarez; Roberto Gargarella. Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política. Barcelona, Paidós, 2001. Y sobre el autor citado, Lo justo. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, T: Carlos Gardini, pág. 183.

9 Ver, por ejemplo, sus sentencias C-530 de 1993, C-070 de 1996, C-093 de 1996, T-422 de 1992, T-230 de 1994, T-288, de 1995 y T-425 del mismo año, entre otras.