

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobada acta número 227

Bogotá, D.C, junio trece de dos mil doce.

La Sala de Casación Penal dicta sentencia anticipada en el proceso adelantado contra Nelson Naranjo Cabarique y Rafael Castillo Sánchez, quienes aceptaron cargos como autores del delito de concierto para delinquir agravado.

Hechos

Así se narraron en la audiencia de formulación de cargos:

“Con la finalidad de ampliar los diálogos de paz, el Gobierno del doctor Andrés Pastrana Arango decidió despejar los municipios de San Pablo y Cantagallo en el Departamento de Bolívar y Yondó en Antioquia, con el objeto de establecer allí una zona de diálogo con el Ejército de Liberación Nacional, similar a la instaurada en San Vicente del Caguán. El paramilitarismo que había hecho de esa zona un verdadero Estado de autodefensas se opuso a esa decisión y de inmediato fomentó la resistencia civil a través del “Movimiento no al despeje”, acontecimiento que se constituiría en uno de los puntos de partida de la incursión de las autodefensas en la política nacional.

“Visiblemente satisfecho con los resultados del “Movimiento no al despeje”, Iván Roberto Duque, jefe “político” de los grupos de paramilitares del Bloque Central Bolívar que para esa época ya habían capturado el poder local, advirtió que ese “movimiento social” podía ser utilizado para llegar al Congreso de la República en las elecciones del marzo de 2002 con sus propios candidatos. En ese propósito fomentó la confección de las

listas al Congreso que con el respaldo y apoyo paramilitar lograron un escaño en el senado con Carlos Clavijo y en la Cámara de Representantes con Rocío Arias Hoyos por el Departamento de Antioquia.

“En relación con el Departamento de Santander, como era usual e incluso aceptado por una cohesión social de facto, el ejército político de Iván Roberto Duque se dio a la tarea de convocar a los representantes de la política local y a movimientos sociales con el fin de estructurar una lista que representara al Magdalena Medio Santandereano, pretensión que se consolidó en las reuniones de San Rafael de Lebrija en el municipio de Río Negro y en Puerto Berrío en Antioquia, sitios donde Báez auspició a Alexander Ariza Puentes, Rafael Castillo Sánchez y Nelson Naranjo Cabarique, para que en nombre y con apoyo de las autodefensas hicieran las alianzas necesarias para alcanzar una curul por el Departamento de Santander, como en efecto ocurrió.

“Los dos ejercieron como representantes a la Cámara entre los años 2002 y 2006.”

Identificación de los Procesados

Nelson Naranjo Cabarique natural de Betulia (Santander), identificado con la cédula de ciudadanía número 91.443.159 de Barrancabermeja, ingeniero industrial, ex representante a la Cámara por el departamento de Santander, y

Rafael Castillo Sánchez, natural de San Pablo (Bolívar), identificado con la cédula de ciudadanía número 91.321.225 expedida en Puerto Wilches, comerciante, ex representante a la Cámara por el departamento de Santander. 1

Actuación Procesal

El 29 de febrero de 2012, la Sala abrió investigación penal por la posible comisión del delito de concierto para delinquir agravado (folio 186 cuaderno uno), y dispuso la captura de Rafael Castillo Sánchez, Nelson Naranjo Cabarique y Rafael Ariza Puentes, orden que se materializó el día 6 de marzo del presente año de mayo respecto al primero de los nombrados (fs., 218 y ss. cuaderno uno).

El 9 de marzo siguiente, Rafael Castillo Sánchez fue escuchado en indagatoria, y el 15 de marzo la Sala le resolvió su situación jurídica, imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva como presunto autor del delito de concierto para delinquir agravado (folio 1 y ss. cuaderno dos).

Nelson Naranjo Cabarique compareció el día 20 de marzo del presente año voluntariamente (fs., 27 cuaderno dos), y el mismo día fue escuchado en diligencia de indagatoria, acto en el cual manifestó que admitía la imputación y que era su deseo someterse al trámite de sentencia anticipada previsto en el artículo 40 de la ley 600 de 2000 (fs., 30 cuaderno dos).

El día 21 de marzo del presente año, Nelson Naranjo Cabarique y Rafael Castillo radicaron, coadyuvados por su defensor, la solicitud de sentencia anticipada (fs., 55 cuaderno dos).

El 27 de marzo de 2012, al definir su situación jurídica, la Sala le impuso a Nelson Naranjo Cabarique medida de aseguramiento de detención preventiva como presunto autor del delito de concierto para delinquir agravado (folio 61 cuaderno dos).

En esta decisión, también se aceptó la petición de sentencia anticipada formulada

por los procesados, y el 16 de mayo siguiente se ordenó llevar a cabo la audiencia de formulación de cargos, acto que se realizó el día 23 de mayo del año en curso (fs., 201 cuaderno dos).

En la diligencia, la Sala de Casación Penal le formuló cargos a Nelson Naranjo Cabarique y Rafael Castillo Sánchez como presuntos autores del delito de concierto de delinquir para promover grupos ilegales, conducta descrita en el Libro segundo, Título XII, capítulo primero, aparte segundo del artículo 340 del Código Penal que dice:

“Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

“Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta veinte mil salarios mínimos legales vigentes.”

Los procesados, como quedó consignado en el acta respectiva, aceptaron libre, voluntaria e incondicionalmente, los cargos formulados.

Su defensor solicitó que la pena que se les imponga sea la mínima y que los descuentos punitivos sean los máximos que prevé la ley.

Consideraciones de la Corte

Primero. Competencia.

El artículo 235 de la [Constitución Política](#) le atribuye a la Sala de Casación Penal

de la Corte Suprema de Justicia la competencia para “investigar y juzgar a los miembros del Congreso”; la cual, según el parágrafo del artículo indicado, se mantiene aún cuando el congresista hubiese dejado de serlo, a condición de que la conducta tenga relación con la función desempeñada.

Teniendo en cuenta que Nelson Naranjo Cabarique y Rafael Castillo Sánchez se desempeñaron como Representantes a la Cámara por el Departamento de Santander y que actualmente no ostentan esa dignidad, debe tenerse en cuenta lo dicho en torno de situaciones similares respecto de la relación entre conducta y función:²

“A su vez, el papel de un Congresista en las citadas organizaciones armadas al margen de la ley, cuyo objetivo era el de acceder al poder por medios no ortodoxos e ilegales ajenos a los canales democráticos, no podía ser diverso al de poner al servicio del grupo ilegal el andamiaje de sus funciones como Senador de la República; entonces, ingenuo resulta pensar solamente en asistencias aleatorias a las reuniones, o en calidad de simple y llano espectador o bien porque los delincuentes lo consideraba ‘importante’ para la sociedad.” ³

Por lo tanto,

“... si se asume que tratándose de Congresistas, el aporte no puede ser diverso “al de poner al servicio del grupo ilegal el andamiaje de sus funciones como senador de la República”, la probabilidad de que, en este caso, ello hubiese ocurrido, se ofrece admisible para asumir la competencia y para finiquitar la instancia, pues se juzga entre otras eventualidades, el acuerdo entre el político y las autodefensas con miras a garantizar el acceso de un sector del paramilitarismo al Congreso de la República...”

De manera, pues, que en cuanto a la competencia se refiere, la Sala no tiene duda que la relación entre conducta y función se cumple como presupuesto de la competencia que le incumbe a la Corte.

Segundo. Desde 1991, en las reformas procesales se destaca la inclusión de dos formas de terminación anticipada del proceso penal: la sentencia anticipada y la audiencia especial. 5

De ellas, en el proverbial sistema de investigación y juzgamiento de la ley 600 de 2000, subsiste la sentencia anticipada, institución que desde el punto de vista utilitarista supone beneficios de doble vía: para el Estado, la realización del principio de economía procesal por la renuncia del procesado al trámite del proceso y a discutir las pruebas en su contra, y para el sindicado la disminución de la pena imponible, a la cual, como lo tiene definido mayoritariamente la Sala,

“... se le han extendido los beneficios de reducción punitiva de la ley 906 de 2004, en el sentido de que la pena imponible para la conducta imputada se puede disminuir hasta en un 50%, cuando la aceptación de cargos se produce antes de la ejecutoria del auto por medio del cual se cierra la instrucción, tal como ocurre con algunas diferencias explicables por corresponder a diferente sistema, con la institución del allanamiento a cargos del proceso acusatorio...” 6

Desde otro punto de vista, no precisamente utilitarista, el acuerdo entre la administración de justicia y el procesado puede propiciar la vigencia de la norma y la dinámica de la resocialización, debido a la legitimidad que le confiere al poder punitivo estatal una sanción consensuada, sobre todo en derechos penales de marcada orientación

preventiva. 7

Una tercera consecuencia es la equiparación probatoria de la aceptación libre, voluntaria e incondicional de cargos con la confesión simple, prueba que permite corroborar la que ha recaudado el Estado en contra del procesado.

Tercero. De acuerdo con el artículo 232 de la ley 600 de 2000, “no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y de la responsabilidad del procesado.”

Véase:

En procesos en los que la definición de la responsabilidad penal es consensuada, el sindicado avala con la aceptación de cargos la prueba que ha recaudado el Estado para demostrar el hecho punible y su responsabilidad; 8

para el caso, el injusto de concierto para delinquir para promover a un grupo armado ilegal descrito en el numeral segundo del artículo 340 del código penal, y la responsabilidad a título de autor.

En cuanto a ello se puede decir lo siguiente:

Desde el punto de vista sustancial, la Sala ha trazado una línea jurisprudencial que define el bien jurídico de la seguridad pública como el conjunto de condiciones materiales necesarias para el ejercicio de los derechos fundamentales, o en otras palabras, como “la delimitación de los márgenes dentro de los cuales se permite el libre desarrollo de la personalidad y el ejercicio de la libertad por parte de los individuos.”

Esta elaboración que supera el concepto de seguridad como mera conservación del *statu quo*, favorece una lectura contemporánea del tipo penal que sin sobrepasar el principio de tipicidad estricta, permite incluir en la tipicidad novísimas manifestaciones de asociación criminal que crean riesgos contra las condiciones mínimas de seguridad necesarias para el ejercicio de derechos fundamentales,¹⁰

difíciles de enfrentar desde la perspectiva del concierto ilegal convencional. ¹¹

Por lo tanto, a partir de esa reflexión y de la teleología de la conducta, la adecuación del comportamiento en el tipo penal descrito en el inciso segundo del artículo 340 de la ley 599 de 2000 es indiscutible cuando lo electoral se constituye en medio para acceder a escenarios institucionales con la pretensión de promover políticas de organizaciones armadas al margen de la ley, creando de esa manera riesgos contra la seguridad pública como bien jurídico colectivo.

En lo probatorio, el dominio del Bloque Central Bolívar en el triángulo conformado por los departamentos de Bolívar, Santander y Antioquia en pleno Magdalena medio no está en discusión. Iván Roberto Duque, alias “Ernesto Báez”, jefe del “ejército político y social” del paramilitarismo, reconstruyó con impecable agudeza lo que significó la nefasta presencia de ese aparato organizado de poder ilegal, y en particular se refirió a la imposibilidad de que líderes políticos de otras tendencias pudieran asumir libremente opciones distintas a las que defendía el aparato paramilitar.

En ese marco, como lo refirió “Ernesto Báez”, el Bloque Central Bolívar encontró en la decisión gubernamental de despejar los municipios de San Pablo, Cantagallo y Yondó, la mejor excusa para manipular el movimiento “no al despeje” y hacer de ese hecho social el punto de apoyo de su pretensión, consistente en llevar al mayor número de aliados al Congreso de la República con el fin de impulsar institucionalmente “políticas del paramilitarismo” y la eventual incorporación de grupos armados a la sociedad a partir

del reconocimiento de su desviación ilegítima como una acción política.

Precisamente por eso, ante la evidencia incuestionable acerca de esos temas, la Sala al definir la situación jurídica de los justiciables se refirió a la manipulación de ese movimiento social en los siguientes términos:

“El Movimiento “no al despeje” más que un dato procesal es un hecho sociológico: diríase que una expresión del conflicto armado y de rechazo de las autodefensas a hipotéticas salidas negociadas con un sector de los actores del conflicto. Pero también, según lo ha reconocido Iván Roberto Duque o “Ernesto Báez de la Serna”, jefe político de las autodefensas del Bloque Central Bolívar, uno de los puntos de partida de la incursión del paramilitarismo en la política nacional.” 12

Pero la Corte también consideró que las pretensiones del Bloque Central Bolívar serían inexplicables si sólo se asociaban a un episodio histórico con un acentuado componente social, debido a que de esa manera se podía ocultar un arsenal de acciones violentas que fueron las que propiciaron la captura del poder local y una falsa cohesión social. No en vano, la Sala fue enfática en sostener en anterior oportunidad lo siguiente:

“... esa pretensión “política” de las autodefensas sería inexplicable si solo se asocia a las ínfulas “políticas” del paramilitarismo con el “Movimiento no al despeje”, porque no puede ocultarse que el paramilitarismo también había capturado el poder local y sometido a la clase política provincial y a la sociedad toda por vía de la acción militar en la conflictiva zona del triángulo conformado por el sur de Bolívar, Santander y Antioquia, como se puede constatar con la declaración del ex concejal de Barrancabermeja Rogelio Adolfo Scarpeta Díaz, quien señaló que el poder de las autodefensas era de tal magnitud que imponían “consensos” y “apoyos”, dictaban directrices a los concejales, citaban a reuniones, controlaban la contratación y ejercían control político sobre el concejo y el alcalde.” 13

Es, por lo tanto, a partir del dominio de la sociedad – que alcanza su mayor expresión con la apropiación del movimiento “no al despeje” – y de los estamentos de poder local, que las autodefensas, con un evidente poder de maniobra, deciden convocar a sectores sociales y políticos para definir fórmulas electorales en las muy publicitadas reuniones de San Rafael de Lebrija y Puerto Berrío, sitios en donde se selló la suerte del proyecto político de las autodefensas: Santander, Bolívar y Antioquia contarían, conforme al proyecto de “Ernesto Báez”, con dirigentes que tendrían el auspicio, respaldo y beneplácito de las autodefensas.¹⁴

Acerca de lo que ocurrió en esas reuniones tampoco hay duda. Lo confirman quienes las organizaron, los que asistieron por la fuerza o por el temor o porque querían hacerlo, y los beneficiarios de sus conclusiones. Así, alias “Ernesto Báez” y Jairo Ignacio Orozco, “Tarazá”, jefes de las autodefensas que permearon los movimientos políticos y sociales y que plasmaron en la realidad la artificiosa agenda “política” de las autodefensas, admiten que en San Rafael de Lebrija y Puerto Berrío se concretó la lista a la cámara de representantes por el departamento de Santander.¹⁵

Los concejales de Barrancabermeja aglutinados en el Movimiento Amplio Regional también admitieron que la finalidad de las autodefensas era alcanzar, con aliados o sin ellos, un escaño en la cámara de representantes;¹⁶

y Naranjo Cabarique y Ariza Sánchez ratifican este acontecimiento que tiene una implicación simbólica inocultable: delimita el tránsito del Bloque Central Bolívar de escenarios parroquiales hacia instituciones del orden nacional.

En ese orden de ideas, Nelson Naranjo Cabarique y Rafael Castillo Sánchez hicieron parte del proyecto del Bloque Central Bolívar, ocupando el segundo y tercer renglón de la lista a la Cámara que por el departamento de Santander acompañaría a Carlos Clavijo al senado, en el marco de una estrategia colmada de alianzas con

partidos políticos como convergencia ciudadana, tributaria de los mayores beneficios con la entrega del primer renglón a José Manuel Herrera Celis, quien si bien respaldaba otras aspiraciones, no podía hacerlo en los territorios de dominio de las autodefensas.

17

Pruebas documentales corroboran estos acuerdos. En diligencias de allanamiento a un cuartel de las autodefensas se encontraron escritos en los cuales se relacionan gastos de campaña de Rafael Castillo Sánchez¹⁸

, lo cual significa, de una parte, que Castillo Sánchez perteneció al ala “política” de las autodefensas, como lo explicó “Ernesto Báez” y lo corroboró “Tarazá”, y de otra, que la financiación de la campaña de Rafael Castillo Sánchez fue consecuencia de lo pactado en San Rafael de Lebrija y Puerto Berrío.

No solo eso: además de confirmar las declaraciones de Iván Roberto Duque y Jairo Orozco González – el uno jefe del “ejército político” del Bloque Central Bolívar y el otro comandante supremo de los “comisarios políticos” de esa organización en el Magdalena Medio Santandereano -, estos documentos permiten entender que no faltan a la verdad quienes fueron testigos de los esfuerzos de “Ernesto Báez” por incluir a toda costa a Nelson Naranjo como fórmula de las autodefensas, y de la financiación de la campaña de Rafael Castillo Sánchez.

19

En fin, todo lo anterior demuestra que los acuerdos de San Rafael de Lebrija y Puerto Berrío son la conclusión de un proceso en el que también, como lo explicó Nelson Naranjo Cabarique, fue vital la participación de alias “Harold” y “Setenta”, mandos de las autodefensas, quienes expusieron el proyecto del Bloque Central Bolívar al movimiento comunal del cual Naranjo Cabarique hacía parte y que constituía su único patrimonio político, pues su incursión en la política se había limitado a su participación comunitaria.

20

De manera que nuevamente, esta vez desde la versión de Nelson Naranjo Cabarique, se confirma la decisión de las autodefensas de promover a Rafael Castillo Sánchez y Nelson Naranjo Cabarique, descartando a otras corrientes de opinión muy representativas, pues como se dijo al resolver la situación jurídica, “Ernesto Báez” había hecho del nombre de Nelson Naranjo un presupuesto de acuerdo inamovible:

“... el relato de Iván Roberto Duque, en el sentido de que las negociaciones fueron tan conocidas como concurridas las reuniones y los protagonistas, reafirma lo expresado por Morgan Egea Sánchez, 21 en relación con el interés de Báez de reclutar a los concejales de Barranca para integrar una sola lista con la participación de Nelson Naranjo Cabarique.

“De manera que ese episodio, bastante documentado en el expediente, no es una invención de “Ernesto Báez”, cuanto más si Naranjo Cabarique confirma sin ambages la intervención decisiva de alias “Ernesto Báez” en las negociaciones con los concejales de Barrancabermeja.”²²

En conclusión, con lo probado, está demostrada con absoluta claridad la voluntaria participación de Nelson Naranjo Cabarique y Rafael Castillo Sánchez en el proyecto pseudo político de las autodefensas.

Tercero. Aún cuando la prueba del concierto ilícito tiene su mayor afluente en compromisos y alianzas electorales, no se debe perder de vista que estas formas contemporáneas de criminalidad afectan la seguridad pública y que allí es donde subyace el desvalor del injusto, como se mencionó párrafos atrás y lo ha expresado la Sala en los siguientes términos:

“... las fórmulas típicas deben corresponder a la manera como se manifiestan relaciones delincuenciales esencialmente dinámicas, las cuales dentro de una nueva elaboración del sentido del bien jurídico, permiten incluir novedosos comportamientos

compatibles con la idea de promover grupos armados al margen de la ley, como corresponde al sentido y teleología contemporáneas del tipo penal.²³

De acuerdo con ello se reitera que lo electoral es un componente del acuerdo y un medio para promover al grupo ilegal a través de la institucionalidad, por que como lo expresó Iván Roberto Duque,

“Ya se hablaba por esa época de la posibilidad de un proceso de paz o negociación en el Gobierno del Presidente Andrés Pastrana. Veníamos de un movimiento inmenso llamado ‘No al despeje’ que convertí en un movimiento político... Se planteaba la importancia de llevar gente al Congreso de la República y que sean los emisarios nuestros, y que seamos escuchados en todo lo que no habíamos sido escuchados...”

En ese contexto, es claro que la finalidad de la conducta corresponde al plan de autor y lo electoral se constituye en el medio para alcanzar dignidades con el fin de auspiciar intereses de las autodefensas, que es una singular manera de promover al grupo armado por fuera de la ley y de crear, o incrementar, el riesgo contra la seguridad pública.

De todo eso no existe duda alguna y la Sala, por el valor persuasivo de las pruebas que se han indicado y por la confirmación de los supuestos fácticos mediante la aceptación de cargos de los procesados, tiene certeza del hecho punible y de la responsabilidad (artículo 232 de la ley 600 de 2000), razón por la cual se condenará a Nelson Naranjo Cabarique y Rafael Castillo Sánchez como autores del delito de concierto para delinquir agravado.

Cuarto. Dosificación punitiva.

De acuerdo con los artículos 61 y 340 numeral 2º., del código penal, el primer cuarto de la pena oscila entre 72 y 90 meses de prisión, rango en el cual debe graduarse la pena a imponer a Nelson Naranjo Cabarique y Rafael Castillo Sánchez, al no haberse considerado ninguna circunstancia genérica de agravación (artículo 61 del código penal).

Conforme al artículo 61 de la ley 599 de 2000, una vez establecido el cuarto en el que debe determinarse la pena, el sentenciador la impondrá considerando, entre otros fundamentos, “la mayor o menor gravedad de la conducta y el daño real o potencial creado.” En torno de estos elementos, la Sala ha realizado aproximaciones al tema para asuntos con iguales características en los siguientes términos:

“En ese orden, la creación o incremento del riesgo contra el bien jurídico de la seguridad pública admite ponderaciones del aporte, pues no es lo mismo, en el marco del juicio de exigibilidad personal y social, el peligro que al bien jurídico le crea la conducta de quien ostenta la condición de Congresista de la de quien aspira a hacerlo, o el comportamiento de quien por su fugaz tránsito o su paso episódico por el Congreso, no tuvo oportunidad de incidir en temas puntuales que beneficien en concreto a las autodefensas, aún cuando por la sola manera de acceder al cargo haya estado en potencialidad de hacerlo, situación que explica ese mínimo “desvalor de peligro”, indispensable para conferirle contenido a la efectividad del peligro de que trata la categoría dogmática de la antijuridicidad (artículo 11 de la ley 599 de 2000), que es a su vez una medida de la pena, pues la sanción se debe individualizar teniendo en cuenta “el daño real o potencial creado” (artículo 61 de la ley 599 de 2000).” 24

Eso significa que aún cuando la conducta de Nelson Naranjo Cabarique y Rafael Castillo Sánchez se ajusta a un comportamiento cuya gravedad en abstracto se

refleja en la pena, no por ello se puede dispensar una respuesta punitiva igual para todos quienes incurrir en ella, pues el daño potencial o el riesgo creado debe ponderarse mediante el análisis concreto de la conducta y de la interferencia con el bien jurídico tutelado.²⁵

En ese sentido, la Sala ha indicado que:

“es indispensable tener en consideración que aún cuando el concierto para delinquir es un delito de mera conducta, eso no significa que se deben dejar de lado datos objetivos que denoten la antijuridicidad del daño y que le confieren sentido al “mínimo desvalor de peligro” que sustenta la antijuridicidad material como desvalor de resultado (artículo 11 de la ley 599 de 2000).²⁶

Es evidente que Nelson Naranjo Cabarique y Rafael Castillo Sánchez se concertaron con un grupo armado al margen de la ley, pero asimismo es indudable que con su fugaz permanencia en el Congreso – tres meses cada uno estando en receso el congreso – 27

no propiciaron acciones concretas en beneficio del grupo armado, lo cual significa que el riesgo creado o el peligro potencial para el bien jurídico no se tradujo en una amenaza superlativa que amerite, dentro de la necesaria ecuación entre conducta, daño y proporcionalidad de la respuesta, una sanción más allá del mínimo del primer cuarto.

En cambio, por tratarse de dirigentes sociales con capacidad para entender la gravedad de la conducta, la pena merece incrementarse en dos meses, lo que significa que será de 74 meses. Pero, por la contribución a la realización del principio de economía procesal y por los efectos simbólicos de la misma en cuanto a la legitimidad que la “sentencia anticipada” le confiere a la respuesta punitiva, se rebajará la pena de prisión en 37 meses, proporción equivalente a una disminución del 50% de la sanción impuesta, conforme a la opinión mayoritaria de la Sala.

La pena de multa correrá la misma suerte, es decir, que la que en principio sería de 2054 salarios mínimos (2000 salarios mínimos legales mensuales, más un incremento del 2.7% equivalente a la cifra que se agregó a la pena básica de prisión), se disminuirá en una proporción del 50%, para un total de 1.027 salarios mínimos legales mensuales.

Por último, de conformidad con el artículo 52 del Código Penal, la Sala los condenará a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal.

Es igualmente claro que de acuerdo con el artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, al no haberse probado que se hubiesen causado perjuicios materiales y morales, no procede la condena por ese aspecto.

Para finalizar, se advierte que no proceden ni la suspensión condicional de la pena ni la sustitución por la prisión domiciliaria. En ambos casos por impedirlo un requisito objetivo: en el primero, porque la ley autoriza el subrogado frente a penas que no excedan de tres años de prisión y en este caso la impuesta supera ese monto; y en el segundo, porque sólo es viable la sustitución cuando la pena mínima prevista en la ley para el delito sea 5 años de prisión o menos, presupuesto que no se satisface.

Por lo expuesto, La Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la ley,

Resuelve

Primero. Condenar anticipadamente a Nelson Naranjo Cabarique y Rafael Castillo Sánchez, de notas civiles y personales indicadas en esta providencia, a la pena principal de 37 meses de prisión para cada uno, a la de multa en cuantía de 1027 salarios mínimos legales mensuales, y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio

de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad, como autores responsables del delito de concierto para promover grupos armados al margen de la ley (artículo 340 inciso 2º de la Ley 599 de 2000).

Segundo. No son procedentes, por las razones expuestas, la condena en perjuicios, la condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria.

Tercero. Remítase el proceso al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad - Reparto - para lo de su competencia.

Notifíquese y Cúmplase

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
CABALLERO

FERNANDO ALBERTO CASTRO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
MUÑOZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZALEZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO
SALAMANCA

JULIO ENRIQUE SOCHA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCIA

Secretaria

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones de la Sala, estimo necesario

salvar parcialmente mi voto respecto de lo decidido en el presente asunto, comoquiera que sigo convencido, como se analizó en muchas decisiones anteriores en las cuales la tesis primó, que no es posible aplicar por favorabilidad el porcentaje de atemperación punitiva que para el allanamiento a cargos consagra el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, a hechos tramitados dentro de los presupuestos procesales de la Ley 600 de 2000.

Para mejor comprensión de las razones que facultan persistir en los motivos que de antaño justificaron decidir de manera contraria a como se hace hoy, estimo necesario abordar en esta aclaración tres puntos concretos:

1. Naturaleza y efectos de los principios de favorabilidad e igualdad.
2. Disimilitud entre los institutos de la sentencia anticipada (artículo 40 de la Ley 600 de 2000) y los acuerdos y preacuerdos que contempla el Capítulo único del Título II de la Ley 906 de 2004.
3. Vulneración del principio de igualdad a través de la aplicación, por favorabilidad, del artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

1. Ya en aclaración de voto anterior, cuando apenas se comenzaba a discernir sobre la aplicación de la nueva sistemática acusatoria, estimé pertinente glosar la afirmación de la Sala mayoritaria referida a la posibilidad de aplicar algunas normas de la Ley 906 de 2004 a asuntos tramitados en seguimiento de lo dispuesto por la Ley 600 de 2000, en aplicación del principio de favorabilidad, de la siguiente manera²⁸:

“1.2. El principio de favorabilidad y sus alcances constitucionales.

La favorabilidad es un principio rector del derecho punitivo que aparece consagrado

en el artículo 29 de la Constitución Nacional como parte esencial del debido proceso, en los siguientes términos:

“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

“En materia penal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

Corresponde por tanto, por su pertinencia, establecer cuáles son los alcances que la Constitución le asigna al mismo.

Pero antes, es necesario aclarar que aunque el concepto “derecho penal”, en sentido amplio, es comprensivo del sistema penal y, por tanto, abarca al derecho penal sustantivo o material, al derecho penal procesal y al derecho penal de ejecución, sin embargo, de ello no puede seguirse que el legislador constituyente hubiera querido cobijar bajo el alcance del principio de favorabilidad a todas las normas del sistema penal; empero, tampoco de ello puede concluirse en el sentido de que el principio sólo alcanzaría a los preceptos contenidos en el derecho penal material (Código Penal y leyes penales especiales), por lo que conviene precisar lo siguiente:

* El principio nace de la idea de que ley penal expresa la política de defensa social que adopta el Estado en un determinado momento histórico, en su lucha contra la delincuencia.

* Que toda modificación de las normas penales expresa un cambio en la valoración ético-social de la conducta delictiva, en el cómo y en la forma en que ha de ejecutarse la acción represora del Estado frente a la realización del hecho delictivo y en las reglas de ejecución de la consecuencia jurídica del delito, esto es, la sanción penal.

* Consiguientemente, como lo ha admitido pacíficamente doctrina y jurisprudencia nacional, la aplicación del principio de favorabilidad no puede estar limitado sólo a supuestos en los que la nueva norma penal descriminaliza la conducta típica o disminuye el quantum de su pena, sino también, cuando la nueva ley (ley penal material, procesal o de ejecución) beneficie al procesado, en el ámbito de su esfera de libertad; siendo comprensiva de tal ámbito, entre otras, las medidas cautelares personales y los parámetros de prescripción de la acción penal.

Por lo tanto, el baremo o medida de valoración para la determinación de la aplicación retroactiva de la ley penal favorable no está en que el precepto invocado forme parte del derecho penal material, sino en que el mismo afecte esferas de libertad del individuo, por lo que es frecuente encontrar en los códigos de procedimiento penal normas de indiscutible naturaleza sustantiva.

Del análisis que precede se extraen las siguientes conclusiones:

* La prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal se extiende a las normas de contenido sustantivo que se encuentren en leyes tanto materiales como procesales y de ejecución.

* Una norma tendrá carácter sustantivo, cuando afecte las esferas de libertad del imputado o condenado, entendiéndose a la libertad aquí aludida, como la facultad de autodeterminarse que tienen los hombres, sin sujeción a una fuerza o coacción proveniente del exterior, en este caso, del sistema penal. Conforme a ello, aquellas normas contenidas en leyes penales que afecten, restrinjan o limiten los derechos fundamentales de las personas, tendrán carácter sustantivo.

Ahora bien, los principios de favorabilidad y retroactividad benigna de las normas penales y en particular de las penas, han sido positivizados como expresión de la tutela de los derechos básicos y fundamentales de las personas en los Estados que se reclaman

democráticos de derecho, por lo que además hallan sustento en algunos tratados internacionales de protección a los derechos humanos, así:

A. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 15.1 en su parte final indica que si la ley posterior dispone una pena mas leve, el penado será beneficiado con los alcances de dicha norma.

A. El Pacto de San José de Costa Rica, cuyo artículo 9º en su última parte expresamente declara que debe aplicarse la pena más leve si la nueva ley así lo dispone.

Y siendo que de acuerdo con el artículo 93 de la Carta Política, los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, prevalecen en el orden interno, es decir, que se encuentran incorporados a nuestra legislación a través de la teoría francesa del “bloque de constitucionalidad”, es claro que tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁹, imponen como obligación el respeto del principio de favorabilidad en la aplicación de la ley penal.

(....)

1.3. Materialización del principio de igualdad en la aplicación de la ley penal favorable.

La igualdad se halla instalada en el ordenamiento jurídico supremo como principio y regla y a partir de tal recepción configura un derecho y una garantía.

En su condición de principio irradia al resto del ordenamiento, constituye una guía de apreciación y, al mismo tiempo, se define como un mandato de optimización. Mandato

que no es disponible para los poderes constituidos, y que por tanto conforma una directriz fuerte en la aplicación de la Ley a un caso concreto.

El principio de igualdad constitucional se integra con el concepto de ser mirado como igual y con el de igual tratamiento. En su condición de derecho habilita a los individuos dentro del sistema la facultad de formular oposición frente a normas o actos violatorios de aquel principio en términos generales o francamente discriminatorios desde lo específico, estatus negativo, o de exigir algún comportamiento determinado de los poderes públicos, estatus positivo.

Y, finalmente, en su condición de garantía, aunque sustantiva y no meramente procesal, en tanto constituye un presupuesto para la efectividad de las diversas libertades o derechos.

Por lo tanto, la igualdad como principio y garantía tiende a condicionar a los poderes públicos en cuanto al grado de su consideración a la hora de reglar, omitir o actuar. La igualdad como derecho interrelaciona con el resto de los derechos fundamentales, es presupuesto de su ejercicio y está alcanzado por el principio constitucional que establece que no hay derechos en su ejercicio absoluto.

En el campo específico del derecho procesal, la jurisprudencia constitucional tiene establecido que “El someter las controversias a procedimientos preestablecidos e iguales no sólo garantiza el derecho de defensa: realiza, en primer lugar y principalmente, el principio de igualdad ante la ley, en el campo de la administración de justicia. Y asegura eficazmente la imparcialidad de los encargados de administrar justicia, mediante la neutralidad del procedimiento”.³⁰

Pero el texto de la ley no es, por sí mismo, susceptible de aplicarse mecánicamente a todos los casos, y ello justifica la necesidad de que el juez lo interprete y aplique, integrándolo y dándole coherencia, de tal forma que se pueda realizar la igualdad en su

sentido constitucional más completo.

A este respecto, la Corte Constitucional ha resaltado, que el contenido del derecho de acceso a la administración de justicia implica también el derecho a recibir un tratamiento igualitario. Dijo:

“El artículo 229 de la Carta debe ser concordado con el artículo 13 idem, de tal manera que el derecho a “acceder” igualitariamente ante los jueces implica no sólo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse por parte de jueces y tribunales ante situaciones similares. Ya no basta que las personas gocen de iguales derechos en las normas positivas ni que sean juzgadas por los mismos órganos. Ahora se exige además que en la aplicación de la ley las personas reciban un tratamiento igualitario. La igualdad en la aplicación de la ley impone pues que un mismo órgano no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales”³¹.

Finalmente, no puede desconocerse que la aplicación de la ley penal favorable materializa el principio de igualdad en la aplicación de la ley, en la medida en que es posible que a situaciones fácticas similares se les de tratamientos normativos diferentes en el transcurso del tiempo por fuerza de la cambiante política criminal del Estado, los cuales pueden resultar más o menos gravosos para sus destinatarios, quienes estarían en ciernes de invocar a su favor aquellos preceptos creados en otros contextos para regular de manera benévola situaciones semejantes, a fin de ser receptores de igual merced. Véase cómo en tales eventos el trato favorable realiza el concepto de igualdad en los términos aquí analizados.”

1. No se discute ya que precisamente en seguimiento de las pautas atrás trazadas, es posible aplicar por favorabilidad algunas normas de la Ley 906 de 2004, a procesos

adelantados en seguimiento de lo dispuesto por la Ley 600 de 2000.

No es ello algo que hoy pueda ser objeto de discusión. Sin embargo, en tratándose de dos sistemáticas completamente diferentes, como quiera que la Ley 906 de 2004 busca implementar en el país el modelo acusatorio, en contraposición a los dispositivos anteriores, de corte inquisitivo o mixto, esa aplicación favorable sólo opera respecto de institutos similares, de manera que aquellos propios del tipo de procedimiento novedoso, resultan de imposible entronización en el régimen anterior.

Y ello es lo que sucede con esa forma de terminación anticipada que con el rótulo de allanamiento a cargos regula la Ley 906 de 2004, pues, como se había sostenido invariablemente por la Sala mayoritaria hasta ahora, sin que existan nuevos desarrollos legislativos o argumentos distintos a los que para esa época soportaban la posición disidente, que obliguen cambiar lo dicho, no se trata de un mecanismo independiente que por sí mismo se entienda compartir las aristas básicas o presupuestos fundamentales de la sentencia anticipada regulada en la Ley 600 de 2000, a la manera de entender ambas figuras hermanadas en su naturaleza y efectos.

Se dijo antes, y ahora debo reiterarlo, que el allanamiento a cargos no opera en calidad de figura aislada o refractaria a las características específicas del sistema acusatorio, sino como instituto connatural al mismo y, en especial, a esa forma de justicia consensuada o premial que se busca hacer valer, en el entendido, desde luego eficientista, de que por su naturaleza resulta imposible tabular a través del juicio oral un porcentaje muy alto de procesos.

Por ello precisamente la Ley 906 de 2004 consagra institutos claramente dirigidos a buscar esa terminación anticipada o extraordinaria de las investigaciones penales, dentro de los cuales destacan el principio de oportunidad y lo que en el Título II se reseña bajo el epígrafe de “PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES ENTRE LA FISCALÍA Y EL IMPUTADO O

ACUSADO”.

Bajo ese rótulo genérico del Título segundo en cita, cabe relevar, se insertan tanto las negociaciones propiamente dichas, como el allanamiento a cargos, no sólo porque la simple revisión exegética de la normatividad así lo informa, sino en atención a que no se entienden ambas como figuras disonantes o siquiera alternativas, sino propias de esa teleología premial arriba destacada.

No en vano, el inciso primero del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, expresamente se refiere al allanamiento a cargos operado en la audiencia de formulación de imputación, para significar que en ese momento procesal puede aspirar la persona a una rebaja de “hasta la mitad de la pena imponible”, para, a renglón seguido, determinar como el consecuente escrito de acusación que por congruencia servirá de base a la necesaria sentencia de condena, ha de consignar el acuerdo, no otro distinto, debe señalarse, a aquel en el cual se definió entre las partes -fiscalía y defensa-, cual, dentro del ámbito de atemperación regulado por la norma, será el porcentaje concreto a aplicar a favor del procesado.

Ahora bien, en el auto del cual discrepo se pretende controvertir el argumento exegético, significándose que el allanamiento a cargos se encuentra regulado, dentro de la Ley 906 de 2004, en capítulo distinto o independiente al único del Título II, en el cual se detalla lo concerniente al campo de preacuerdos y negociaciones, agregándose que lo contemplado en el inciso primero del artículo 351 se establece apenas para “trazar” los efectos de ese allanamiento.

No parece que sea así, pues, en primer lugar, si el tema apenas remitiese a un aspecto instrumental, nada obsta para que allí mismo, cuando se regula la audiencia de formulación de imputación y su trámite, se dejara sentado ese porcentaje de reducción, en lugar de deferirlo a un Título y Capítulo que contempla un aspecto eminentemente sustancial,

propio, como se viene anotando, de la teleología consignada en la Ley 906 de 2004.

La evaluación, entonces, es la contraria, si se trata de respetar los valores y diferencias entre lo sustancial y lo simplemente procedimental consagrado por la nueva normatividad.

Vale decir, si el allanamiento a cargos se relacionó expresamente en el Título referido al instituto de los preacuerdos y negociaciones, no apenas para “trazar” el porcentaje de reducción de pena, sino entendiéndolo mecanismo propio de la justicia premial y consensuada desarrollada en su único capítulo, lo lógico es comprender que la reiteración accesoria instituida en otros capítulos, busca apenas establecer procedimentalmente la forma (momento y modalidad) como ese mecanismo se hace efectivo en el estado procesal en el cual se hace la manifestación de voluntad del procesado.

Es que ese allanamiento a cargos no tiene apenas un momento procesal de materialización: la audiencia de formulación de imputación -quizás porque se tuvo en mente la aplicación por favorabilidad del máximo del 50% permitido para esta forma extraordinaria de terminación del proceso-, obrando también posible que ello suceda en la audiencia preparatoria (artículo 356, numeral 5°), permitiendo la reducción de pena de “hasta en la tercera parte”, y al comienzo de la audiencia de juicio oral (artículo 367), aquí con una sola opción de atemperación punitiva de una sexta parte.

Esa auscultación normativa permite apreciar que no se trata de que el legislador buscase ubicar el allanamiento a cargos en un apartado diferente del Título destinado a los preacuerdos y negociaciones, sino apenas de establecer cómo opera procesalmente la figura dentro de los tres estadios o momentos que la permiten.

No es posible, tampoco, examinar aislada y descontextualizadamente el allanamiento a cargos, como si se tratase apenas de una reiteración de lo que bajo la denominación de sentencia anticipada consagraba el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, dado que además

de hacer parte de esa teleología propia del sistema acusatorio, encaminada a facultar soluciones anticipadas del conflicto, irradia los motivos que impelieron la expedición de la Ley 890 de 2004, en el entendido que las generosas rebajas establecidas en la novísima sistemática, obligaban, para hacer valer los principios de legalidad de la pena y retribución justa inserta en la misma, incrementar los montos sancionatorios definidos para la generalidad de los delitos en el Código Penal vigente, Ley 599 de 2000.

Entonces, para equilibrar los conceptos en pugna, como fiel de la balanza, a la par con el alto porcentaje de reducción producto de los acuerdos, sea por la vía de la negociación o de la aceptación de cargos, se estableció el incremento generalizado de penas, en una proporción de la tercera parte para su mínimo y la mitad del máximo (artículo 14 Ley 890 de 2004).

Por manera que, inescindiblemente, cuando se trata de aplicar la atemperación punitiva posibilitada de entregar por ocasión del allanamiento a cargos ocurrido en la audiencia de formulación de imputación, para hacerlo valer en la tramitación seguida dentro de los derroteros de la Ley 600 de 2000, ello se encuentra atado a la pena legal establecida respecto del delito, que no es otra diferente a la consignada en el Código Penal, incluido el incremento ordenado por el artículo 14 de la ley 890 de 2004, pues, solo así se respeta la filosofía del mecanismo, junto con los principios de legalidad de la pena, retribución justa e igualdad, aunque este último aspecto lo abordaremos en líneas posteriores, de manera más detenida.

Desde otra perspectiva argumental, aunque parezca simplemente instrumental, no puede soslayarse cómo respecto de las figuras en contrastación, sentencia anticipada y allanamiento a cargos, existe una postulación diferente en la forma de aplicar la reducción punitiva, pues, mientras en el primer caso esa atemperación opera automática, con un porcentaje fijo de la tercera parte, el segundo establece una progresión (que ya la Corte significó comienza en una tercera parte y un día, y culmina en el cincuenta por ciento).

De ello se sigue que no necesariamente la proporción a reducir es la máxima establecida en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, corriendo de cargo del funcionario judicial –o de las partes a través del acuerdo que regula el artículo en cita– señalar cuál en concreto será esa atemperación.

Ello no ocurre con la sentencia anticipada que estatuye el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, en la cual ningún arbitrio del funcionario judicial o negociación entre las partes faculta hacer reducción diferente a la única que permite la ley.

De allí que ninguna similitud consustancial pueda pregonarse de institutos disímiles en su naturaleza, objeto y consecuencias y forma de aplicarlas.

Porque, si se trata de que, en seguimiento del principio de favorabilidad, se aplique a casos rituados por la Ley 600 de 2000, la forma de atenuación punitiva establecida en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, ya de entrada se está exigiendo del funcionario judicial un arbitrio o injerencia que de ninguna manera permite la primera de las normatividades citadas y que, además, implica hacer apreciaciones, ora objetivas, ya subjetivas, que por ninguna parte consagra esa tramitación penal.

Y, basta apreciar la forma en que la Corte Constitucional trata de solucionar el problema, ofreciendo al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, alternativas que le permitan determinar el porcentaje a reducir en el caso concreto, para advertir cómo el asunto comporta bastantes dificultades³², que radican, debe repetirse, en la diversa naturaleza y efectos de las figuras que pretenden homogeneizarse.

Ahora, han tratado la que hasta hace poco era posición minoritaria de la Sala de significar similar la figura de la sentencia anticipada, con el mecanismo de allanamiento a cargos, a partir de la elaboración más o menos detallada de un listado de factores comunes a ambos institutos.

Empero, pienso que no es esa una adecuada forma de abordar el punto, simplemente porque siempre habrá posibilidad, no importa cuán disímiles sean las figuras en confrontación, de hallar muchos factores comunes, sin que ello, desde luego, signifique igualación o similitud.

Lo importante no es, al respecto, cuántas circunstancias afines se hallen, sino definir en concreto una naturaleza y efectos que por su trascendencia delimiten equiparables los institutos.

Asunto que, estimo, dista mucho de ocurrir en lo que respecta al parangón intentado realizar entre la figura consagrada en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, y el mecanismo establecido en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, dado que, si bien comportan muchas o pocas características comunes, es lo cierto que ellas son insuficientes para desvirtuar un hecho cierto, referido a que se insertan dentro de sistemáticas diferentes, verifican una teleología también distinta y producen efectos prácticos incompatibles.

Al efecto, apenas para referir a título de ejemplo cómo asoman deleznable algunos de los factores comunes destacados para concluir en la simbiosis supuestamente existente entre la sentencia anticipada y el allanamiento a cargos, resulta cuando menos controversial sostener que ambos institutos se hermanan porque en la sentencia anticipada antes de aceptarse esa postulación del procesado, éste ya ha tenido la oportunidad de haber sido oído dentro del proceso, en diligencia de indagatoria, y de ejercer los derechos de defensa y de contradicción, algo que supuestamente también ocurre con el allanamiento a cargos, dado que ya existe formulación de imputación.

Una tal afirmación olvida que en su naturaleza ese acto de formulación de imputación es de comunicación por parte de la fiscalía, pero, en estricto sentido, no implica que el imputado haya sido oído (por la razón obvia de que no existe indagatoria),

ni que se ejerza amplia y materialmente el derecho de contradicción, entre otras cosas, porque allí, como lo han sostenido de consuno la Corte constitucional y esta Corporación, no existe obligación para la fiscalía de que haga algún tipo de descubrimiento probatorio.

Así, no puede ser lo mismo, por mucho que se pretenda ejercitar la dialéctica, que el procesado, en la sistemática de la ley 600 de 2000, pueda conocer todas las pruebas (plenamente vigente el principio de permanencia de las mismas) y además exponga su particular visión de lo ocurrido, remitida a contradecir esas pruebas, a que, cual ocurre en la sistemática de la Ley 906 de 2004, se le cite a una audiencia en la que, en términos estrictos, el fiscal simplemente le comunica cuáles son los hechos por los que se le investiga, y su significación jurídica, sin posibilidad de pronunciarse respecto de ellos en aras de pregonar inocencia o ausencia de participación (para ejercer la inexistente defensa que pregonaba la sentencia de tutela), ni mucho menos ejercer el derecho de contradicción respecto de unos elementos materiales probatorios, evidencia física o informes que no conoce o puede exigir conocer.

Algo similar ocurre con la manifestación efectuada en la sentencia de revisión de tutela, atinente a que la sentencia anticipada comporta la confesión simple del procesado, y otro tanto debe entenderse ocurre con el allanamiento a cargos.

Para quienes conocen la naturaleza del sistema acusatorio consagrado en la Ley 906 de 2004, no puede significar más que un despropósito la afirmación de que el allanamiento a cargos traduce la confesión simple del procesado, por la potísima razón que esta normatividad no consagra como prueba, o siquiera evidencia, esa manifestación unilateral de responsabilidad penal.

Se busca, sí, superar esa evidente dificultad, señalándose que “se trata de una idea de confesión en sentido natural”.

¿Qué es una confesión, si nos hallamos dentro de un procedimiento penal, en “sentido natural”?, vaya uno a saber, pero asoma claro que si esa confesión no tiene efectos jurídicos o procesales, pues, sencillamente, de nada sirve para fundamentar la posición encaminada a definir equiparables los institutos de la sentencia anticipada y allanamiento a cargos, bajo el argumento de que ambos comportan una confesión, que finalmente asoma completamente disímil en su naturaleza y efectos.

Por último, en lo que a la crítica del método de equiparación compete, no puede ser argumento válido para parangonar como similares ambos institutos de terminación anticipada del proceso, acudir a los principios que informan el proceso penal en general (lealtad, publicidad, eficiencia, presunción de inocencia), comoquiera que ellos, por su naturaleza general permean todas cuantas instituciones consagran ambos sistemas (dado que son soporte de los dos) y, en consecuencia, una inferencia lógica obtenible a partir de allí, perfectamente llevaría a conclusiones tales como que el principio de oportunidad es similar a la sentencia anticipada, y todas las demás que quieran hacerse.

En suma, no se ha ofrecido un argumento contundente que signifique efectivamente similares o asimilables los institutos de la sentencia anticipada, disciplinado en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, y el allanamiento a cargos que consagra la Ley 906 de 2004. Y, en contrario, sigue siendo válido sostener que el segundo de los mecanismos opera consustancial a la teleología propia de la sistemática acusatoria pretendida implementar en el país, con una naturaleza, efectos y aplicación material que en mucho se apartan de la sentencia anticipada.

3. Se anotó en el primero de los puntos tratados, que el principio de favorabilidad constituye desarrollo, o mejor, efectivización del principio de igualdad, dado que, finalmente, lo que se busca con la aplicación ultractiva o retroactiva de la norma no vigente para el momento de los hechos, es equiparar la condición del procesado a la de aquellos otros a quienes se aplica esta en toda su extensión.

En este sentido se sostiene que la decisión de aplicar a favor del procesado el porcentaje de atemperación punitiva dispuesto en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, no obstante ocurrir los hechos y verificarse su tramitación en vigencia de la Ley 600 de 2000, obedece a la necesidad de dar aplicación a ese principio de igualdad.

Supone el argumento, para trasladarlo al campo práctico, que se advierte en las personas sometidas al procedimiento establecido en la Ley 600 de 2000, quienes, acogién dose al instituto de la sentencia anticipada durante el período de la instrucción, sólo recibieron un descuento punitivo de la tercera parte, una especie de trato desfavorable o desigual frente a lo que sucede con aquellos que al día de hoy se allanan a cargos en sede de lo dispuesto por el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, razón que amerita la intervención de la judicatura, en seguimiento del principio de favorabilidad, para otorgarles un trato que equipare esas dos condiciones disímiles.

Sucede, sin embargo, como paradoja fundamental que la decisión de aplicar el principio de favorabilidad lejos de respetar o hacer material el principio de igualdad, instituye una desigualdad odiosa que termina por deslegitimar el argumento de fondo en el cual se soporta lo consignado en la providencia.

Es que, cuando menos contradictorio debe asumirse que para favorecer a la persona juzgada bajo los parámetros de la Ley 600 de 2000, se termine inclinando tanto el fiel de la balanza, que en lugar de igualar su condición a la de los imputados sometidos al imperio de la nueva sistemática acusatoria, termina ella obteniendo beneficios mayores a los que se otorgan a quienes se allanan a cargos en curso de la audiencia de formulación de imputación regulada por la Ley 906 de 2004.

En efecto, para objetivarlo con un ejemplo elemental, si para el delito por el cual se juzga a la persona, se establece en el Código Penal una pena mínima de 2 años, y esa persona se acoge al mecanismo de la sentencia anticipada establecido en el artículo 40

de la Ley 600 de 2000, durante la fase de investigación, el porcentaje de rebaja de pena (suponiendo que se parta del mínimo de la sanción) de la tercera parte, implicará que la sanción derive en 16 meses de prisión.

Pero, si se le aplica por favorabilidad lo dispuesto por el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, en su mayor cantidad de reducción, esa pena se ve disminuida a 12 meses de prisión.

Cosa distinta ocurre con la persona juzgada bajo la férula de la Ley 906 de 2004, pues, en el mismo ejemplo, el delito debe incrementarse en una tercera parte por ocasión de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, hasta delimitar su mínimo en 32 meses, los cuales, disminuidos en el mayor porcentaje de rebaja por allanamiento a cargos, descienden a 16 meses.

Evidente surge, entonces, que la aplicación retroactiva del principio de favorabilidad, no iguala a las personas, sino que establece una ventaja caprichosa e incluso ilegal (en términos de la pena y su función retributiva).

Nótese que, en el ejemplo propuesto, la pena a la cual accede el procesado que se acoge a sentencia anticipada en la sistemática derogada (16 meses), resulta igual a los 16 meses que debe purgar el imputado que recibe el máximo beneficio por allanarse a cargos, por manera que, huelga anotar lo, ningún provecho, en términos reales, puede aspirar a recibir el primero de los mencionados, simplemente porque, examinada en todo su contexto la figura, no resulta más conveniente para él acceder a lo establecido en la novísima normatividad.

Es que, precisamente, la imposibilidad ostensible de igualar las condiciones de los procesados en ambos sistemas, obedece a que necesariamente debe examinarse el tópico de la favorabilidad desde una óptica contextualizada que tome en consideración no solo la teleología del instituto de allanamiento a cargos establecido en la

Ley 906 de 2004, sino su inescapable vinculación con lo dispuesto por la Ley 890 de 2004.

En estas condiciones, si de verdad se tratase de hacer valer el principio de favorabilidad desde una postura que en lugar de sacrificar el principio de igualdad que es su norte y finalidad, lo haga válido y operativo, indispensablemente habría que incrementar la pena de la forma prevista por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, para luego hacer la reducción permitida por el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, en los casos en los cuales la persona cuyo proceso se tramitó por lo dispuesto en la Ley 600 de 2000, aspire a que se aplique en su beneficio el principio en cuestión.

Pero ello, como se habrá advertido, no representa en la práctica ninguna diferencia (en ambos casos, dentro del ejemplo ideal propuesto, la pena será de 16 meses), sencillamente porque no es necesario igualar, a través del fenómeno de la favorabilidad, lo que el legislador ya ha igualado. Mucho menos, si bajo ese prurito se termina discriminando de manera odiosa a quienes vienen siendo juzgados dentro de la órbita del sistema acusatorio.

De los señores Magistrados,

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Magistrado

13 de junio de 2012.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

De manera respetuosa, me permito a continuación expresar las razones por las cuales me separé parcialmente de la decisión adoptada el pasado 13 de junio de 2012.

El motivo de mi disenso estriba en que la Sala no debió conceder la rebaja de pena contemplada en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, pues este proceso se tramitó y falló con fundamento en la Ley 600 de 2000, sin resultar viable la aplicación del principio de favorabilidad dadas las distintas regulaciones que esas disposiciones contienen en punto a los institutos de terminación anticipada del proceso allí consagrados.

En efecto, en virtud del artículo 29 de la Carta Política, el cual se ocupa de reconocer el derecho fundamental al debido proceso, “en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

Si bien por regla general la ley rige para las conductas realizadas durante su vigencia, en razón del principio de favorabilidad es posible excepcionar tal postulado mediante su retroactividad o ultraactividad. En el primer caso, la norma es aplicada a hechos acaecidos antes entrar a regir, mientras que en el segundo, su aplicación tiene lugar cuando ya no se encuentra vigente, respecto de sucesos ocurridos cuando regía, sólo cuando un tal proceder reporte tratamiento benéfico a la situación del sujeto pasivo de la acción penal.

Norma constitucional desarrollada en el inciso 2º del artículo 6º de la Ley 600 de 2000 y en el inciso 2º del artículo 6º de la Ley 906 de 2004, es decir, en ambos códigos de procedimiento penal se establece expresamente el principio de favorabilidad como derivación concreta y efectiva del texto fundamental.

La aplicación de la ley penal permisiva o favorable supone sucesión de leyes en el tiempo, esto es, que una disposición sea sustituida por otra, o bien, que coexistan preceptos de diferentes ordenamientos, siempre que, destaco, exista identidad en el objeto de regulación.

Las citadas vicisitudes no se presentan en el caso bajo examen, pues la Ley 906 de 2004 no representa frente a la Ley 600 de 2000, en el punto discutido, sucesión de leyes o tránsito legislativo ni coexistencia de normas regulando idéntico aspecto, dado que el nuevo procedimiento no derogó el anterior ni tampoco creó una institución dirigida a gobernar o a ocuparse de la misma situación fáctica procesal.

Con la implementación del sistema acusatorio para los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia de la citada normatividad adjetiva, según lo dispone el artículo 5º del acto legislativo 03 de 2002, se dio lugar a la existencia sincrónica de dos sistemas procesales diversos, ellos son, el nuevo procedimiento acusatorio reglado en la Ley 906 de 2004 y el mixto anterior regulado en la Ley 600 de 2004 que en punto de la temática analizada, contienen normas diferentes para ocuparse de supuestos fácticos disímiles.

Adicionalmente, en cuanto se refiere a la denominada aceptación de cargos o de imputación establecida en la Ley 906 de 2004, es claro que en su rito procesal y dinamismo no puede asemejarse a la figura de la sentencia anticipada dispuesta en la Ley 600 de 2000, circunstancia que imposibilita la aplicación de aquella normativa a conductas gobernadas por ésta última legislación.

En efecto, en la Ley 600 de 2000 el allanamiento que da lugar a la sentencia anticipada se produce sobre lapsos procesales: (i) A partir de la diligencia indagatoria y hasta antes de cobrar ejecutoria la resolución de cierre de investigación y (ii) Proferida la resolución de acusación y hasta antes de encontrarse en firme la providencia que fija fecha para la realización de la audiencia pública.

A su vez, en la Ley 906 de 2004 las rebajas procesales derivadas de los allanamientos están relacionadas no con lapsos sino con momentos procesales específicos y puntuales v.gr. (i) En la audiencia de formulación de imputación (art. 351); (ii) En la audiencia

preparatoria (art. 356.5); y (iii) Una vez instalado el juicio oral (art. 367).

Ahora, si bien podría argumentarse que en la normativa procesal de 2004 también existe la modalidad referida a lapsos procesales en lo que respecta a los preacuerdos: (i) Desde que se formula la imputación y hasta antes de que el fiscal presente escrito de acusación (art. 350 y 351); y (ii) Luego de presentada la acusación y hasta antes de que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral (art. 353), lo cierto es que en la Ley 906 de 2004 existe bilateralidad pues hay presencia de “negociación” o acuerdo de voluntades, mientras que en la Ley 600 de 2000 frente al instituto comentado se presenta unilateralidad, propia de una justicia criminal estructuralmente inducida o de negociación implícita con el Estado, en cuanto se supone que la ley sanciona más severamente a quienes insisten en ir a juicio o porque se sabe que los jueces imponen penas benévolas a quienes aceptan su responsabilidad y renuncian al derecho a la fase de juzgamiento³³.

Así pues, la aceptación de cargos en la Ley 906 de 2004 comporta por regla general un acuerdo bilateral entre fiscal e imputado, pues entre ambos pueden definir el quantum de rebaja de pena, correspondiendo al fallador sujetarse a dicha voluntad concertada, salvo cuando advierta la trasgresión de garantías fundamentales, mientras que en la sentencia anticipada propia de la Ley 600 de 2000 rige una sistemática unilateral, en cuanto excluye acuerdo alguno entre fiscal e inculcado y debe el juez tasar la sanción según el acto libre, voluntario y unilateral manifestado por el procesado.

De lo expuesto concluyo que la sentencia anticipada del sistema procesal anterior y la aceptación de cargos o de imputación actualmente reglada en la Ley 906 de 2004 no son iguales, en cuanto pertenecen a sistemas procesales de enjuiciamiento contrapuestos, todo lo cual conlleva a excluir la aplicación del principio de favorabilidad, contrario a lo resuelto por la Sala mayoritaria.

Por tanto, si la estructura de las instituciones cotejadas es sustancialmente diversa, no resulta procedente aplicar el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 a disímiles situaciones posdelictuales regidas por la Ley 600 de 2000³⁴.

Considero importante invitar a la reflexión sobre el devenir práctico de la aplicación retroactiva del artículo 351 de la Ley 906 de 2004 a circunstancias posteriores al delito regidas por la Ley 600 de 2000, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 las penas por los delitos cometidos en vigencia del sistema acusatorio se incrementan “en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo”, en atención a que, según lo ha expuesto la Sala “de acuerdo con los antecedentes históricos de la aludida ley, su propósito no fue otro que permitir la puesta en marcha de un sistema procesal basado en una significativa negociación de penas, que exigía por tanto el aumento general de las mismas para mantener una proporcionalidad sancionatoria razonable que respondiese a las múltiples formas de negociación y rebajas previstas”³⁵.

La tesis ahora prolijada por la Sala y con la cual disiento, no responde a la política criminal del Estado, pues si una persona cometió un delito regido por la Ley 600 de 2000, además de no serle aplicable el incremento punitivo dispuesto en la Ley 890 de 2004, se la beneficia con la rebaja punitiva establecida en el artículo 351 de la Ley 906

de 2004, circunstancia que comporta un distanciamiento del querer del legislador y no se compadece con la teleología de dicha disposición, pues confirió un ámbito de maniobra a la Fiscalía General de la Nación con el propósito de eludir los juicios, razón adicional para concluir que no era viable la aplicación retroactiva del citado precepto propio del sistema acusatorio.

Finalmente, observo que al llevar a la práctica la posición mayoritaria se contraría

el principio de igualdad de las personas ante la ley, pues quien se someta a la aplicación del artículo 351 en razón de hechos regidos por la Ley 906 de 2004 tendrá que asumir el incremento punitivo establecido en el artículo 14 de la Ley 890, en tanto que si alguien delinquirió bajo la égida de la Ley 600 de 2000 la aplicación retroactiva de artículo 351 de aquella legislación comportaría una evidente desigualdad de trato frente a la comisión de delitos similares, pues como ya precisé, la disminución de pena se establecería a partir de la sanción señalada en el estatuto punitivo, sin tener en cuenta el incremento derivado de la citada Ley 890 de 2004.

En suma, reitero mi postura en el sentido de que en este caso no había lugar a disminuir la pena con fundamento en la aplicación retroactiva del artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

En los anteriores términos dejo sentado mi salvamento parcial de voto.

Con toda atención,

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Magistrada

Fecha ut supra.

1 Nelson Naranjo Cabarique se desempeñó como Representante a la Cámara desde el 1 de enero de 2003 hasta el día 30 de marzo del mismo año. Rafael Castillo Sánchez desde el 1 de enero de 2006, hasta el 31 de marzo del mismo año,

2 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de sustanciación del 1 de septiembre de 2009, radicado 31.653.

3 Corte Suprema de Justicia, Sala penal, providencia citada.

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de sustanciación del 1 de septiembre de 2009, radicado 31.653.

5 En los artículos 37 (modificado por la ley 365 de 1997) y 37A del decreto 2700 de 1991 (incorporado por la ley 81 de 1993), se incorporaron al sistema procesal los institutos de la sentencia anticipada y de la audiencia especial. En la primera se partía de la aceptación simple y llana de los cargos formulados; mientras que en la Audiencia especial, el acuerdo versaba “sobre la adecuación típica, el grado de participación, la forma de culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena y la condena de ejecución condicional, la preclusión por otros comportamientos sancionados con pena menor, siempre y cuando exista duda probatoria sobre su existencia.” Al sindicado que se acogía a la audiencia especial se le reconocía un beneficio de rebaja de pena de una sexta a una tercera parte.

6 Cfr, por todos, lo dicho en la Sentencia del 9 de diciembre de 2006, radicado 29.202, en la cual se expresó:

“Esta Corporación en decisiones mayoritarias venía negando la posibilidad de aplicar por favorabilidad la rebaja punitiva contemplada en el artículo 351 de la ley 906 de 2004 a casos tramitados en vigencia del artículo 40 de la ley 600 de 2000, al considerar que la sentencia anticipada es una institución diferente al allanamiento o aceptación de cargos que prevé el sistema acusatorio imperante, lo cual no permitía consecuencia favorable alguna.

“Esa tesis jurisprudencial fue variada en providencia del 8 abril de 2008, radicado 25306, con posterioridad a la sentencia dictada en este asunto por el Tribunal (enero 17 de 2008), fecha a partir de la cual Sala en criterio igualmente mayoritario viene aceptando que el instituto del allanamiento a cargos guarda similitud con la antigua sentencia

anticipada y, por tanto, es factible reconocer la rebaja de pena consagrada en el artículo 351 de la ley 906 de 2004, respecto de hechos cometidos en vigencia de la ley 600 de 2000.”

7 Schuneman Bernard, Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio. Ed. Tecnos. Madrid. 2002.

8 Cfr, por todos, Sentencia C 1300 de 2001 de la Corte Constitucional, en la cual se expresó:

“La aceptación de los hechos obra como confesión simple. La Corte Constitucional ha dicho que además de la aceptación por parte del sindicado de los hechos materia del proceso, éste acepta “la existencia de plena prueba que demuestra su responsabilidad como autor o partícipe del ilícito”. (resaltado fuera de texto)

9Muñoz Conde, Francisco, El nuevo derecho penal autoritario. En derecho penal ante la globalización y el terrorismo. Ed. Tirant lo blanch. Página 164.

10 Cfr, en ese sentido, por todos, Sentencia de única instancia del 27 de febrero de 2011, radicado 27.918, en la cual se expresó: “... el bien jurídico constituye la única instancia legitimante del poder punitivo en el Estado social de derecho, en el cual, además, la jurisdicción penal tiene como función esencial la protección de tales intereses, de manera que el legislador no puede establecer como delitos conductas que no los afecten y, por su parte, los jueces tampoco están facultados para imponer sanciones si no se presentan como presupuestos legitimantes de la concreta actuación del poder punitivo estatal, el bien jurídico y la ofensa que en un evento determinado lo lesione o ponga en peligro.” 10

11 “Por todas estas razones se diseñaron en el código penal de 2000 tres propuestas dogmáticas para enfrentar distintos tipos de riesgo para el bien jurídico: en la

primera se mantuvo la fórmula tradicional para el concierto simple, o para cometer delitos indeterminados, con la que se enfrenta la llamada delincuencia común o convencional. En la segunda se delineó el concierto para delinquir agravado, diseñado estratégicamente para sancionar, entre otras conductas, el acuerdo para promover, financiar, armar u organizar grupos armados al margen de la ley, y en la tercera un tipo especial que si bien no conserva la misma técnica penal, se refiere a la efectiva materialización del acuerdo.” Cfr, sentencia citada.

12 Báez acerca de estos temas, manifestó: “Ya se hablaba por esa época de la posibilidad de un proceso de paz o negociación en el Gobierno del Presidente Andrés Pastrana.

Veníamos de un movimiento inmenso llamado ‘No al despeje’ que convertí en un movimiento político... Se planteaba la importancia de llevar gente al Congreso de la República y que sean los emisarios nuestros, y que seamos escuchados en todo lo que no habíamos sido escuchados...” (Desde minuto 1:04:49 a 1:05:36).

13 Declaración rendida dentro del proceso 27.408.

14 Iván Roberto Duque, al respecto, en declaración rendida el día 10 de junio de 2010, manifestó:

“A raíz de la última marcha es cuando tomamos la determinación de colocar personas en el Congreso lo fue a raíz del movimiento no al despeje...Que es desde el Congreso de la República donde se libran las decisiones más importantes desde donde se va a librar la batalla frontal por evitar el despeje para el ELN.

“Allí surgen las candidaturas de Carlos Clavijo, Carlos Higuera y Carlos Galvis y después las candidaturas regionales a las cámaras a las cuales ya hice mención en esta declaración.” minuto 1:24:25

15 Iván Roberto Duque, señaló: “Debo referirme a un episodio para entender lo que

pasó. En San Rafael de Lebrija, unos días antes de la reunión de Berrío en la hacienda Arkansas, allá estuvieron reunidos líderes de toda la región de Río Negro, Sabana de Torres, Puerto Wilches, El Playón, La Esperanza, concejales, candidatos a alcaldía, dirigentes populares, etc. (minuto 18:42)... El objetivo de esa concentración fue elaborar las planchas para Cámara, el que iba a hacer equipó con Carlos Clavijo... (19:52)... Estuvieron presentes dos o más bien cuatro futuros representantes a la Cámara..., asistieron dos o tres meses, respondiendo compromisos, pero fueron representantes ... (21:26)

16 José Quecho Angarita, concejal de Barrancabermeja y miembro del grupo Movimiento Alternativa Regional (MAR), admitió que fue citado a varias reuniones, entre ellas una a la que René Tordecilla dijo que citaba Gil y era mejor ir. Las reuniones fueron en 2002 y a algunas asistió Báez. En Puerto Berrío... Llegó Julián Bolívar. Ernesto Báez... le propusieron que Nelson Naranjo fuera el único candidato (fs., 15).

17 Acerca de cómo José Manuel Herrera encabezó la lista, Iván Roberto Duque señaló lo siguiente: Sorpresivamente el doctor Luis Alberto Gil anunció que no era Juan Manuel Gonzáles a la Cámara, sino José Manuel Herrera. Tarazá me llamó y me dijo cómo es eso que se cambia a este señor...49:34. A mí se me había informado que eso obedecía a giros normales de los movimientos, descubro que no fue así, fue la campaña terrible que los medios hicieron denunciando la alianza con los paramilitares...50:00.

Así surgió la cámara de Herrera, Quiero ser honesto, ninguna de estas personas puede decir que desconocían el origen paramilitar de estos candidatos, quién llegaba sabía quiénes eran sus compañeros...51:22.

18 Estos documentos fueron incorporados al expediente como prueba trasladada del proceso que la Corte adelantó contra Luis Alberto Gil. De estos, merece destacarse erogaciones realizadas entre el 24 de enero y el 10 de marzo de 2002 a Rafael Castillo

Sánchez por \$ 2.500.000.00 de pesos para el día de cierre de elecciones, otro por \$ 500.000.00 pesos de aporte gastos Barranquilla, y \$ 200.000.00 pesos más para sufragar reuniones con los concejales de Sabana de Torres, etc.¹⁸, y documentos en donde figura Castillo Sánchez como participante de reuniones al lado de comandantes como alias “Tarazá” y “Pipe”. (fs., 90 y 101 cuaderno dos)

19 Acerca de éste tema en la providencia mediante la cual se definió la situación jurídica se expresó:

“... de acuerdo con la exposición de Nelson Naranjo Cabarique, el movimiento comunal del cual hacía parte desde cuando representó al Barrio El Danubio de Barrancabermeja, asistió a San Rafael de Lebrija en el Municipio de Río Negro y Puerto Berrío con la convicción de que allí se definirían solidaridades electorales con el grupo armado ilegal que convocaba a esos encuentros, esencialmente para construir afinidades alrededor de la candidatura de Carlos Clavijo al Senado de la República, propósito en el que la participación de líderes de Barrancabermeja, Puerto Wilches y Cimitarra en una lista a la Cámara de Representantes resultaba esencial.

20 Cfr, indagatoria de Nelson Naranjo, minuto 15:40

21 Morgan Egea Sánchez fue, entre otros cargos, gerente de la Empresa de Desarrollo Urbano de Barrancabermeja.

22 Cfr, Indagatoria de Nelson Naranjo Cabarique, minuto 27:06.

23 “Desde la perspectiva positivista, toda norma es un momento con vocación de eternidad o una eternidad provisional... Entre la promulgación y la derogación de la ley no sucede nada. No hay tiempo...Pero el tiempo hecho cultura impregna la aplicación del derecho y lo va transformando tanto desde fuera como desde dentro”.

Postmodernidad y derecho, De Trazegnies Granda. Ed. Temis. 1993.

24 Cfr, sentencia de única instancia del 29 de junio de 2011 contra Robert Mendoza Ballesteros, radicado 33.994.

25 Al interpretar el artículo 61 del código penal de 1980, norma sustancialmente idéntica a la del actual artículo 61 de la ley 599 de 2001, la Sala en Sentencia de Casación del 4 de agosto de 2004, radicado 20.229, expresó lo siguiente:

“En modo alguno, como se ve, el código de 1980 dejaba al arbitrio del juez la fijación de la pena, pues se debía tener en cuenta la naturaleza y gravedad de la conducta, es decir, el desvalor de acción y de resultado, como categorías omnicomprensivas de la forma de ejecución del hecho y del daño o peligro en que se manifiesta la antijuridicidad del comportamiento, en orden a brindar una respuesta proporcional a la agresión causada.

Bien puede decirse con palabras de la Sala, que la norma corresponde y se articula con “la libertad de configuración de que dispone el legislador para señalarle a las diversas especies de delitos diferentes consecuencias punitivas de acuerdo, entre otras razones, con la naturaleza del bien jurídicamente protegido”, y con la “facultad que le confiere al juzgador para que en cada caso valore las circunstancias concretas que rodean el hecho específico, atendiendo por ejemplo la intensidad del injusto, que bien puede medirse por los efectos nocivos de la conducta que se reprime.”*

Conducta, lesividad y proporcionalidad, se constituyen así en el primer presupuesto de la determinación judicial de la pena.

26 Si se analiza el concierto para delinquir simple que tiene como finalidad la comisión de delitos indeterminados, es claro que aún cuando la conducta surge con el simple acuerdo de voluntades, el injusto será mayor si el concierto es para cometer homicidios que para realizar hurtos. Este dato objetivo permite encontrar el desvalor de peligro y la mayor o menor afectación o el riesgo para la seguridad pública.

27 El artículo 138 de la Constitución Política señala: “El Congreso, por derecho propio, se reunirá en sesiones ordinarias, durante dos períodos por año, que constituirán una sola legislatura. El primer período de sesiones comenzará el 20 de julio y terminará el 16 de diciembre; el segundo el 16 de marzo y concluirá el 20 de junio. Los procesados ejercieron el cargo entre el 1 de enero y el 16 de marzo, cuando el congreso está en receso (cfr, folios del cuaderno uno y dos).

28 Sentencia de segunda instancia, radicado 23567.

29 Incorporados a nuestra legislación interna, por virtud de la Ley 16 de 1972 y de la Ley 74 de 1968, respectivamente.

30 Sentencias de la Corte Constitucional C-409 de 1999 y C-040 de 2002.

31 Sentencia C-104/93, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

32 Sentencia T-098 de 1996, páginas 27 y 28.

33 Cfr. BASTIDAS RAMÍREZ Yesid. Sistema acusatorio colombiano.

34 En este sentido providencias de 14 de diciembre de 2005. Rad. 21347 y del 7 de febrero de 2006. Rad. 24.020, entre otras

35 Auto del 16 de marzo de 2006. Rad.25133, entre otros.