

Sentencia C-936/10

APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD AL DESMOVILIZADO DE UN GRUPO ARMADO AL MARGEN DE LA LEY-Desconoce el principio de legalidad, los límites constitucionales para su aplicación y los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación/**APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD AL DESMOVILIZADO DE UN GRUPO ARMADO AL MARGEN DE LA LEY-**Se incurre en una omisión legislativa al no excluirlo en los casos de graves violaciones de derechos humanos

DISEÑO DE LA POLITICA PUBLICA EN MATERIA PENAL-Límites constitucionales

POLITICA CRIMINAL-Definición

La noción de “política criminal” ha sido definida por la Corte, como “el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción”. La jurisprudencia constitucional ha reconocido así mismo que la política criminal puede ser articulada por el Legislador a través de la expedición de normas. En este sentido indicó que: “la legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado”, y que “la decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal”. Así mismo, se precisó que “la norma penal, una vez promulgada, se independiza de la decisión política que le da origen, conservando la finalidad buscada por su redactor en el elemento teleológico de la norma”.

POLITICA PUBLICA EN MATERIA CRIMINAL-Etapas en el proceso de diseño

Ha precisado esta Corporación que el proceso de diseño de una política pública en materia criminal incluye los estadios de: (i) definición de sus elementos constitutivos y las relaciones entre ellos, (ii) articulación inteligible de sus componentes, y (iii) programación de la forma, los medios y el ritmo al cual será desarrollada dicha política; en ese orden de ideas, la Corte expresó que las decisiones constitutivas del diseño de una política pública pueden ser plasmadas, o bien en documentos políticos, o bien en instrumentos jurídicos – esto es, normas, sean éstas de rango constitucional, legal o reglamentario.

POLITICA CRIMINAL-Medidas normativas que forman parte del concepto/**POLITICA CRIMINAL**-Concepto

Entre las distintas medidas normativas que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, forman parte del concepto de “política criminal”, se encuentran: (a) las que definen los bienes jurídicos que se busca proteger por medio de las normas penales, a través de la tipificación de conductas delictivas, (b) las que establecen los regímenes sancionatorios y los procedimientos necesarios para proteger tales bienes jurídicos, (c) las que señalan criterios para aumentar la eficiencia de la administración de justicia, (d) las que consagran los mecanismos para la protección de las personas que intervienen en los procesos penales, (e) las que regulan la detención preventiva, o (f) las que señalan los términos de prescripción de la acción penal. Así mismo ha reconocido esta Corporación que “las normas del Código de Procedimiento Penal son un elemento constitutivo la política criminal en tanto instrumento para su materialización, puesto que regulan las formas y los pasos que deben seguir quienes ejecuten dicha política en la práctica”. Según lo ha determinado la jurisprudencia de esta Corte, una parte integrante del proceso de diseño y adopción de políticas públicas en materia criminal es la utilización de instrumentos normativos, tales como el Acto Legislativo No. 3 de 2002, el cual no se limitó a efectuar reformas menores a la Fiscalía creada por la Constitución de 1991. La voluntad del Congreso al expedirlo, en ejercicio de su función constituyente y de su potestad de diseñar y adoptar la política criminal del Estado, fue de amplio espectro al punto que se orientó a instituir un “nuevo sistema” de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal, en el cual se inscribe como figura estelar el principio de oportunidad. En este sentido ha señalado también la jurisprudencia que “el concepto de política criminal comprende la respuesta penal tradicional al fenómeno criminal”. Y si bien las leyes penales pueden ser la expresión de una política, dado su carácter de normas jurídicas deben obviamente respetar la Constitución. De modo que cuando una política pública es formulada en un instrumento jurídico, se debe respetar el ordenamiento superior. En materia penal este imperativo resulta todavía más claro que en otros ámbitos de las políticas públicas, toda vez que se trata de una esfera del orden normativo en el que los derechos fundamentales se encuentran particularmente implicados ya sea desde el punto de vista del imputado o de la víctima, y el interés de la sociedad se encuentra igualmente comprometido. El margen del órgano que adopta la política pública es más amplio o reducido según sean mayores y más detallados los condicionamientos fijados en la Constitución al respecto.

DERECHO PENAL-Relación entre la Constitución y la política criminal del Estado/**DERECHO PENAL**-Constitucionalización

La Corte ha reconocido que existe una estrecha relación entre la Constitución y la política criminal, que parte de la idea de la “constitucionalización” de aspectos medulares del derecho penal, tanto en materia sustantiva como procedimental. Al respecto señaló la Corporación: “De un lado, encontramos

el problema de la relación entre la Constitución y la política criminal del Estado, o si se quiere, entre el derecho constitucional y el derecho penal, (...). “Así, ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius punendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas”.

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Límites constitucionales a la potestad de configuración del legislador en el diseño de las causales para su aplicación

El constituyente secundario defirió expresamente al legislador el señalamiento de las causales que ameritan la aplicación del principio de oportunidad penal, como se deduce del tenor literal del artículo 250 superior. En tal virtud, el legislador goza de una amplia potestad legislativa a la hora de señalar aquellas circunstancias que rodean la comisión o el juzgamiento de cualquier conducta punible, en las cuales resulta desproporcionada, inútil o irrazonable la persecución penal. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que dicha potestad de configuración encuentra límites derivados, en primer lugar, de (i) Los derechos de las víctimas de los delitos y del correlativo deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar la grave criminalidad; (ii) de las finalidades que tuvo en cuenta el constituyente para la incorporación de razones de oportunidad en el sistema penal acusatorio; (iii) de las características constitucionales del principio de oportunidad; (iv) y el principio de legalidad.

GARANTIA DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DE GRAVE CRIMINALIDAD-Deber del Estado para asegurar la vigencia de un orden justo

A la hora de diseñar las causales de aplicación del principio de oportunidad penal, el legislador encuentra un límite derivado del mandato constitucional que impone a las autoridades el deber de asegurar la vigencia de un orden justo, tal como lo postula el Preámbulo, el artículo 2° de la Carta, así como los compromisos internacionales del Estado en materia de acceso a la administración de justicia en procura de la defensa de los derechos humanos, y para asegurar la efectividad de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de graves violaciones. Este límite no se refiere a las circunstancias objetivas o subjetivas que rodean la comisión, la investigación o

el juzgamiento de una conducta punible, sino a la naturaleza especialmente grave del delito en sí mismo considerado.

PROTECCION A LOS DERECHOS DE LAS VICTIMAS-Estándares internacionales de derechos incorporados en el orden jurídico colombiano/**TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO**-Deberes del estado en relación con las víctimas de violaciones a sus mandatos

Los estándares internacionales establecidos en materia de derechos de las víctimas de los delitos, en particular de las graves violaciones de derechos humanos y la serias infracciones al derecho internacional humanitario, han sido incorporados en el orden jurídico colombiano a través de la figura del bloque de constitucionalidad (Art. 93), y constituyen hoy en día un marco referencial insoslayable para el diseño de la política pública en materia penal. Los tratados sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario establecen los siguientes deberes del estado en relación con la víctimas de violaciones a sus mandatos: (i) garantizar recursos accesible y efectivos para reivindicar sus derechos; (ii) asegurar el acceso a la justicia; (iii) investigar las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario; y (iv) cooperar en la prevención y sanción de los delitos internacionales y las graves violaciones de derecho humanos. Estas exigencias deben ser consideradas e incorporadas en el diseño de la política pública establecida para enfrentar de manera permanente el fenómeno de la criminalidad. No obstante, la comunidad internacional ha advertido que se trata de garantías que no se suspenden ni interrumpen en los modelos denominados de justicia transicional, y en consecuencia los Estados deben asegurar, aún en estos contextos, estándares mínimos en materia de justicia, verdad y reparación.

PROTECCION A LOS DERECHOS DE LAS VICTIMAS-Instrumentos internacionales/**CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS**-Obligación del Estado de investigar, juzgar y sancionar violaciones de derechos humanos

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Asuntos que han sido objeto de interpretación

Entre los asuntos que han objeto de interpretación y precisión a través de estas decisiones, se destacan, por su relevancia para el presente estudio, los siguientes: (i) La obligación estatal de prevenir los graves atentados contra los derechos humanos, de investigarlos cuando ocurran, procesar y sancionar a los responsables, y lograr la reparación de las víctimas. (ii) La incompatibilidad de las leyes de amnistía, de las disposiciones de prescripción y del establecimiento de excluyentes de responsabilidad, respecto de graves atentados contra los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos: (iii) La eventual aplicación del principio de oportunidad frente a los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos. Una referencia

a un caso colombiano. (iv) *El derecho de acceso a la justicia de las víctimas de las graves violaciones de derechos humanos y la relación de este derecho con la razonabilidad de los plazos dentro de los cuales deben adoptarse las decisiones judiciales.* (v) *La no suspensión de las obligaciones de los Estados partes de la Convención Americana en materia de investigación, juzgamiento y sanción de los atentados contra los derechos humanos, mientras se adelantan procesos de paz.* (vi) *El deber de reparación de los graves atentados contra los derechos humanos.* (vii) *El derecho de los familiares y de la sociedad en general a conocer la verdad. Las anteriores conclusiones provienen de sentencias de un tribunal internacional cuya competencia ha sido aceptada por Colombia. El artículo 93 de la Constitución colombiana prescribe que los derechos y deberes consagrados en esa Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, por lo que la jurisprudencia reseñada resulta relevante para la interpretación que de tales derechos y deberes se haga en el orden interno.*

PRINCIPIOS FORMULADOS POR LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCION Y PROMOCION DE LOS DERECHOS HUMANOS-Directrices para la lucha contra la impunidad

El “Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, proclamados por la ONU en 1998, conforma un marco conceptual de gran valor como fuente de Derecho Internacional, en la medida que contiene los lineamientos formulados por las Naciones Unidas para la lucha contra la impunidad en materia de graves violaciones de derechos humanos. Son directrices construidas a partir de pautas normativas y jurisprudenciales de Derecho Internacional, así como de la experiencia histórica proveniente de procesos de tránsito a la democracia o de consolidación del Estado de Derecho en distintas naciones. Sus principales directrices se pueden sintetizar así: (i) Durante los procesos de transición hacia la paz, a las víctimas les asisten tres categorías de derechos: a) el derecho a saber, b) el derecho a la justicia y c) el derecho a la reparación. (ii) El derecho a saber es imprescriptible e implica la posibilidad de conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima. Este derecho también hace referencia al derecho colectivo a conocer qué pasó, garantía que tiene su razón de ser en la necesidad de prevenir que las violaciones se reproduzcan y que implica la obligación de “memoria” pública sobre los resultados de las investigaciones. (iii) El derecho a la justicia implica la garantía de un recurso judicial efectivo, a la reparación y a la no repetición. Esto implica que toda víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz, principalmente para conseguir que su agresor sea juzgado, obteniendo su reparación. A esta garantía se asocia el deber estatal de investigar las violaciones, perseguir a sus autores y, si su culpabilidad es establecida, asegurar su sanción. (iv) Dentro del proceso penal las víctimas tiene el derecho de hacerse parte para reclamar su derecho a la reparación. (v) En todo caso, las reglas de procedimiento deben responder a criterios de debido proceso. (vi) La prescripción de la acción penal o de las

penas no puede ser opuesta a los delitos graves que según el derecho internacional sean considerados crímenes contra la humanidad, ni correr durante el período donde no existió un recurso eficaz. (vii) En cuanto a la disminución de las penas, las “leyes de arrepentidos” son admisibles dentro de procesos de transición a la paz, se “pero no deben exonerar totalmente a los autores”. (viii) La reparación tiene una dimensión doble (individual y colectiva) y en el plano individual abarca medidas de restitución, indemnización y readaptación. (ix) En el ámbito colectivo, la reparación se logra a través de medidas de carácter simbólico o de otro tipo que se proyectan a la comunidad. (x) Dentro de las garantías de no repetición, se incluye la disolución de los grupos armados acompañada de medidas de reinserción.

DERECHOS DE LAS VICTIMAS-Contenido/DERECHOS DE LAS VICTIMAS EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA-Principios y preceptos constitucionales a partir de los estándares internacionales/DERECHOS DE LAS VICTIMAS EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA-Especial referencia a la garantía de un recurso judicial efectivo

En aplicación de las facultades de interpretación que se derivan del artículo 93 de la Carta, esta Corporación ha acogido los desarrollos del derecho internacional en relación con los derechos de las víctimas de la grave criminalidad, haciendo extensivos sus principios y concepciones básicas, a las víctimas de los delitos en general. Así ha señalado que, “las víctimas de los delitos tienen un derecho a la verdad y a la justicia, que desborda el campo de la simple reparación, tal y como lo ha señalado con claridad la doctrina internacional en materia de derechos humanos, que es relevante para interpretar el alcance de los derechos constitucionales (CP art. 93). Por ello, los derechos de las víctimas trascienden el campo puramente patrimonial”. Esta concepción de los derechos de las víctimas, a partir de los estándares internacionales, encuentra igualmente respaldo en varios principios y preceptos constitucionales: (i) En el mandato de que los derechos y deberes se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (Art. 93 CP); (ii) en el hecho de que el Constituyente hubiese otorgado rango constitucional, a los derechos de las víctimas (Art. 250 num. 6 y 7 CP); (iii) en el deber de las autoridades en general, y las judiciales en particular, de propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de los bienes jurídicos (Art. 2° CP); (iv) en el principio de dignidad humana que promueve los derechos a saber qué ocurrió, y a que se haga justicia (Art.1° CP); (v) en el principio del Estado Social de Derecho que propugna por la participación, de donde deviene que la intervención de las víctimas en el proceso penal no puede reducirse exclusivamente a pretensiones de carácter pecuniario; (vi) y de manera preponderante en el derecho de acceso a la administración de justicia (Art. 229), del cual se derivan garantías como la de contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y las obligaciones, la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción de

decisiones con el pleno respeto del debido proceso, así como la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias.

DERECHOS DE LAS VICTIMAS DE LA CRIMINALIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL APLICABLE A LAS VICTIMAS DE LOS DELITOS EN GENERAL-Alcance/DERECHOS DE LAS VICTIMAS DE LA CRIMINALIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL APLICABLE A LAS VICTIMAS DE LOS DELITOS EN GENERAL-Clasificación/DERECHO A LA VERDAD-Contenido/DERECHO A LA VERDAD-Finalidad/DERECHO A QUE SE HAGA JUSTICIA EN EL CASO CONCRETO-Contenido/DERECHO A LA REPARACION-Dimensiones/DERECHO A LA REPARACION INTEGRAL DEL DAÑO QUE SE HA OCASIONADO A LA VICTIMA O A LOS PERJUDICADOS CON EL DELITO-Contenido

El alcance de los derechos de las víctimas de la criminalidad compleja de que se ocupa el derecho internacional, aplicables a las víctimas de los delitos en general, ha sido sistematizado así por la jurisprudencia: “a. El derecho a la verdad. . El conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (principios 1° a 4) incorporan en este derecho las siguientes garantías: (i) el derecho inalienable a la verdad; (ii) el deber de recordar; (iii) el derecho de las víctimas a saber. El primero, comporta el derecho de cada pueblo a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias que llevaron a la perpetración de los crímenes. El segundo, consiste en el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión como parte de su patrimonio, y por ello se deben adoptar medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al estado. Y el tercero, determina que, independientemente de las acciones que las víctimas, así como sus familiares o allegados puedan entablar ante la justicia, tiene el derecho imprescriptible a conocer la verdad, acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones, y en caso de fallecimiento o desaparición acerca de la suerte que corrió la víctima. El derecho a la verdad presenta así una dimensión colectiva cuyo fin es “preservar del olvido a la memoria colectiva”, y una dimensión individual cuya efectividad se realiza fundamentalmente en el ámbito judicial, a través del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte. Proyectando estos principios en el ámbito nacional, la jurisprudencia constitucional ha determinado que el derecho de acceder a la verdad, implica que las personas tienen derecho a conocer qué fue lo que realmente sucedió en su caso. La dignidad humana de una persona se ve afectada si se le priva de información que es vital para ella. El acceso a la verdad aparece así íntimamente ligado al respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima. b. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad. Este derecho incorpora una serie de garantías para las víctimas

de los delitos que se derivan de unos correlativos deberes para las autoridades, que pueden sistematizarse así: (i) el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos; (ii) el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; (iii) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso. La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho de acceso a la justicia, tiene como uno de sus componentes naturales el derecho a que se haga justicia. Este derecho involucra un verdadero derecho constitucional al proceso penal, y el derecho a participar en el proceso penal, por cuanto el derecho al proceso en el estado democrático debe ser eminentemente participativo. Esta participación se expresa en "que los familiares de la persona fallecida y sus representantes legales serán informados de las audiencias que se celebren, a las que tendrán acceso, así como a toda información pertinente a la investigación y tendrán derecho a presentar otras pruebas" c. El derecho a la reparación integral del daño que se ha ocasionado a la víctima o a los perjudicados con el delito. El derecho de reparación, conforme al derecho internacional contemporáneo también presenta una dimensión individual y otra colectiva. Desde su dimensión individual abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas individuales relativas al derecho de (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción y (v) garantía de no repetición. En su dimensión colectiva, involucra medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas. La integralidad de la reparación comporta la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación". En conclusión, la jurisprudencia constitucional colombiana ha incorporado en el orden interno, los estándares internacionales establecidos en los sistemas de protección de derechos humanos, respecto de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y graves infracciones al derecho internacional humanitario, extendiendo sus contenidos a las víctimas de los delitos en general. En tal sentido ha entendido que los derechos de las víctimas, incorporan el derecho a la verdad, el derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad, y el derecho a la reparación integral del daño que se ha ocasionado a la víctima o a los perjudicados con el delito. El derecho a la justicia incluye el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos, así como el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo. Por su relevancia para este análisis de constitucionalidad se hará una breve referencia a este último.

DERECHOS DE LAS VICTIMAS-Alcance constitucional

La Corte Constitucional estableció una doctrina en la que explícitamente abandonó una concepción reductora de los derechos de las víctimas, fundada

únicamente en el resarcimiento económico, para destacar que las víctimas, o los perjudicados con el delito, tienen un derecho efectivo al proceso y a participar en él, con el fin de reivindicar no solamente intereses pecuniarios, sino también, y de manera prevalente, para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia.

ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002-Finalidad como límite a la potestad de configuración de las causales del principio de oportunidad

De los debates legislativos que precedieron a la aprobación del Acto Legislativo 03 de 2002, se deduce que la finalidad fundamental para la instauración del principio de oportunidad como figura nuclear del nuevo sistema penal de tendencia acusatoria, fue el de “racionalizar la actividad investigativa del Estado encausándola hacia la persecución de los delitos que ofrecen un mayor impacto social”. Este propósito general podría ser alcanzado mediante la aplicación de criterios tales como: (i) La ínfima importancia social de un hecho punible, idea que parte del reconocimiento de que existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bienes jurídicos, lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto realmente no hay lesión, ni potencial afectación antijurídica; (ii) La reparación integral y la satisfacción plena de la víctima, especialmente en aquellos delitos de contenido económico; (iii), la culpabilidad disminuida; (iv) o la revaluación del interés público en la persecución de la conducta.

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Rasgos constitucionales como límites a la potestad legislativa de configuración de las causales para su aplicación/PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Características

Las características constitucionales del principio de oportunidad condicionan la labor legislativa en la configuración de las causales y presupuestos para su procedibilidad. Al respecto cabe recordar que el Acto Legislativo 03 de 2002 dispuso que la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal de los hechos que revistan las características de un delito, que lleguen a su conocimiento por una de las siguientes vías: denuncia, petición especial, querrela o de oficio, “siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible comisión del mismo”. En consecuencia, la Fiscalía no podrá suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, “salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías”. Partiendo de esta configuración constitucional, la jurisprudencia de esta Corte ha destacado los siguientes rasgos del principio de oportunidad: (i) es una figura de aplicación excepcional mediante la cual se le permite al fiscal suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal; (ii) las causales de aplicación del principio de oportunidad deben ser establecidas por el legislador de manera clara e inequívoca; (iii) debe ser aplicado en el marco de la política criminal del Estado; (iv) su ejercicio estará sometido al control de legalidad

por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías; (v) su regulación debe ser compatible con el respeto por los derechos de las víctimas.

FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Corresponde al legislador señalar los casos excepcionales en los cuales el fiscal puede suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal

De acuerdo con el mandato constitucional, corresponde al legislador señalar los casos excepcionales en los cuales la Fiscalía puede suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal. Sin embargo, tal como lo ha puesto de presente la jurisprudencia de esta Corte, a la hora de diseñar las causales excepcionales para la aplicación del principio de oportunidad el Congreso debe respetar además de la finalidad constitucional de la institución (Vid. Supra), otros parámetros superiores como son: el deber de asegurar la vigencia de un orden justo y en ese marco garantizar los derechos de las víctimas; el principio de legalidad; y la articulación del principio con la política criminal del Estado

APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Principio de legalidad como límite constitucional a la potestad de configuración legislativa/**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**-Causales de aplicación deben ser diseñadas por el legislador de manera clara y precisa

El legislador se encuentra limitado por el carácter excepcional y reglado del principio de oportunidad penal diseñado por el constituyente, que le impone determinar con claridad y precisión las causales en las cuales puede aplicarse. La definición por parte del legislador de los casos estrictos y taxativos en que procedería, cumple propósitos fundamentales de seguridad jurídica para el procesado y las víctimas, orientar el ejercicio del margen de discrecionalidad que se reconoce al fiscal para la aplicación del principio de oportunidad, y permitir y eficaz control judicial por parte del Juez de Garantías.

APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A DESMOVILIZADOS-Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A DESMOVILIZADOS-Condición a una declaración juramentada del imputado o acusado, representa una clara renuncia del Estado a investigar conductas delictivas que podrían implicar violaciones a los derechos humanos

PERTENENCIA A ORGANIZACION CRIMINAL-No es una conducta tipificada como delito autónomo en la ley penal

La “pertenencia a la organización criminal” no es una conducta tipificada como delito autónomo en la ley penal, lo que conduce a que sea la autoridad encargada de aplicar el precepto la que defina qué conductas delictivas caen bajo la órbita de la causal, a fin de determinar si se trata de punibles respecto de los cuales existe disponibilidad de la acción penal. La “pertenencia a una organización criminal”, constituye un elemento normativo que puede estar comprendido en más de una modalidad delictiva, o incluso puede aludir a una forma de participación colectiva en un ilícito, circunstancia que evidentemente introduce un elemento de indeterminación, en una materia en la que la definición previa, clara e inequívoca de los punibles sobre los cuales es posible suspender, interrumpir o renunciar a la acción pena, resulta relevante.

APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Exigencias

De acuerdo con la, jurisprudencia de esta Corte, la aplicación de las causales del principio de oportunidad exige un principio de verdad respecto de la autoría y la tipicidad de la conducta, comoquiera que deben existir elementos de juicio fácticos que conduzcan a inferencias razonables sobre la realización de la conducta, su adecuación típica y la participación del investigado en la misma, a fin de que el fiscal sopesa la pertinencia de dar aplicación al principio de oportunidad y el juez pueda ejercer efectivo control sobre esa determinación. Esto solo es posible a partir de una mínima acreditación de la ocurrencia de un hecho que debe estar previamente definido en la ley.

OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Significado/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Competencia de la Corte Constitucional/OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Características

La jurisprudencia de esta corporación ha precisado que se presenta una omisión legislativa relativa cuando el legislador regula una materia de manera parcial, insuficiente o incompleta, omitiendo una condición, un sujeto destinatario, un ingrediente esencial o algún supuesto que, en atención a los contenidos superiores del ordenamiento, debería formar parte de la disciplina legal o de la materia normativa. En esta hipótesis de control, el debate se suscita en torno a un texto legal que se reputa incompleto en su concepción, y que puede ser cotejado con la Carta, por resultar arbitrario, inequitativo o discriminatorio en perjuicio de ciertas garantías constitucionales como la igualdad y el debido proceso. La Corte se ha declarado competente para abocar el conocimiento de la omisión legislativa relativa, por cuanto surte efectos jurídicos que pueden presentar una oposición objetiva y real con la Constitución, la cual es susceptible de verificarse a través de una confrontación de los mandatos acusados y las disposiciones superiores. Los rasgos característicos de una omisión legislativa relativa se han sistematizado así: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser

asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.

Referencia: expediente D-8131

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 17 y el párrafo 3° del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, *“Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004, en lo relacionado con el principio de oportunidad”*.

Demandantes: Rafael Barrios Mendivil, Dora Lucy Arias Giraldo y Linda María Cabrera Cifuentes.

Magistrado Ponente:
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil diez (2010)

I. ANTECEDENTES.

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, los ciudadanos Rafael Barrios Mendivil, Dora Lucy Arias Giraldo y Linda María Cabrera Cifuentes, interpusieron demanda de inconstitucionalidad contra el primer inciso del numeral 17 y el párrafo 3° del mismo artículo 324 del C.P.P., modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, *“Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004, en lo relacionado con el principio de oportunidad”*, por considerar que vulneran los artículos 150.17 y 250 Superiores. Sostienen que desconoce, así mismo, los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 4 y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; el artículo 2 de la Convención Internacional sobre la

Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 12 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; el artículo 1° de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y el artículo 1° de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

La demanda ciudadana fue admitida por auto del 18 de mayo de 2010, mediante el cual se ordenó comunicar la iniciación del presente proceso al Presidente del Congreso, al Presidente de la República y al Ministerio del Interior y de Justicia para que intervinieran directamente o por intermedio de apoderado escogido para el efecto, a través de escrito que debían presentar dentro de los diez (10) días siguientes al del recibo de la comunicación respectiva, indicando las razones que, en su criterio, justificaban la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma demandada.

De igual manera, se invitó a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la Defensoría del Pueblo, a las Facultades de Derecho de las Universidades de los Andes, de Antioquia, de Cartagena, del Valle, Externado, Javeriana, Libre, Nacional y Rosario, para que intervinieran mediante escrito que debían presentar dentro de los diez (10) días siguientes al del recibo de la comunicación respectiva, indicando las razones que, en su criterio, justificaban la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma demandada.

Por último, se ordenó correr el respectivo traslado al Procurador General de la Nación, para lo de su competencia.

II. NORMA DEMANDADA.

A continuación se transcriben la norma demandada y se subrayan los apartes acusados, de conformidad con su publicación en el Diario Oficial núm. 47.405 del 9 de julio de 2009:

LEY 1312 DE 2009

(julio 9)

Diario Oficial No. 47.405 de 9 de julio de 2009

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el Principio de Oportunidad.

(...)

“ARTÍCULO 2o. El artículo 324 de la Ley 906 de 2004, quedará así:

Artículo 324. Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

(...)

17. Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que en los términos de la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones.

Para los efectos de este numeral, el fiscal presentará la solicitud para la celebración de audiencias individuales o colectivas para la aplicación del principio de oportunidad. Extiéndase esta causal a situaciones ocurridas a partir de la vigencia del Acto Legislativo número 3 de 2002.

Para la aplicación de esta causal, el desmovilizado deberá firmar una declaración bajo la gravedad de juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causal, so pena de perder el beneficio dispuesto en este artículo de conformidad con el Código Penal.

PARÁGRAFO 1o. En los casos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el capítulo segundo del título XIII del Código Penal, terrorismo, financiación de terrorismo, y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, solo se podrá aplicar el principio de oportunidad, cuando se den las causales cuarta o quinta del presente artículo, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores, promotores o directores de organizaciones delictivas.

PARÁGRAFO 2o. La aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión será proferida por el Fiscal General de la Nación o por quien él delegue de manera especial para el efecto.

PARÁGRAFO 3o. No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.

PARÁGRAFO 4o. No se aplicará el principio de oportunidad al investigado, acusado o enjuiciado vinculado al proceso penal por haber accedido o permanecido en su cargo, curul o denominación pública con el apoyo o colaboración de grupos al margen de la ley o del narcotráfico”.

III. ARGUMENTOS DE LA DEMANDA.

Los demandantes comienzan por señalar que, desde el año 2002, han sido reportados 31.671 paramilitares desmovilizados colectivamente y 3.682 de manera individual, para un total de 35.353 individuos. De ese grupo, sólo 3.682, es decir, el 10.28% se acogieron a la Ley de Justicia y Paz, en tanto que *“la gran mayoría de los paramilitares, un 89.72% han sido sometidos irregularmente al régimen jurídico aplicable para delitos políticos, contemplado en la ley 782 de 2002 y el decreto 128 de 2003”*.

Agregan que con ocasión del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia sobre los desmovilizados paramilitares, el Gobierno Nacional vio obstruida la posibilidad de promover el cierre de investigaciones penales adelantadas contra

aquéllos, motivo por el cual promovió un proyecto de ley sobre aplicación del principio de oportunidad.

Así pues, surgió un tercer marco jurídico para los desmovilizados, contenido especialmente en la causal 17 de la Ley 1312 de 2009, la cual le permite a la Fiscalía aplicar el principio de oportunidad para aquellos postulados que no se encuentren dentro de la Ley 975 de 2005, y hayan manifestado “*con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad*”, y no tengan investigaciones abiertas en su contra por delitos cometidos antes o después de su desmovilización, “*con excepción de la pertenencia a la organización criminal*”, incluido el porte ilegal de armas y uniformes. Para aplicar dicho beneficio, la Fiscalía puede adelantar audiencias individuales y colectivas.

Aseguran igualmente que los siguientes delitos quedarían en la impunidad, por cuanto no sería posible investigar y sancionar a sus responsables:

Crimen	Cifras
Desaparición forzada	29.484
Homicidios	24.005
Fosas comunes	2.488
Desplazamiento forzado	3.163.889

Agregan que el parágrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, “*ha autorizado al Estado para renunciar a la obligación de investigar hechos constitutivos de graves violaciones de derechos humanos en desconocimiento de las obligaciones previstas por el derecho internacional de los derechos humanos*”.

Una vez realizado el anterior recuento, los demandantes precisan que dirigen sus cargos de inconstitucionalidad contra la causal 17 y el parágrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, en dos modalidades “*un cargo por desconocimiento de los requisitos constitucionales del legislador para formular causales del principio de oportunidad y otro cargo por omisión legislativa relativa*”.

Así las cosas, los ciudadanos alegan que el inciso primero del numeral 17 del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, modificatorio del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, vulnera los requisitos constitucionales que regulan el principio de oportunidad, previstos en el artículo 250 Superior, dada la ambigüedad e indeterminación de la disposición y por incluir una amnistía encubierta, favorable a la impunidad, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 150.17 Superior, y en contra de los derechos de las víctimas consagrados en los artículos 1, 2, 6, 12, 29, 93 y 229 constitucionales, así como en los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En cuanto a la vulneración contra el artículo 250 Superior, los demandantes argumentan lo siguiente:

“De un lado, el supuesto de actos inequívocos del desmovilizado que permitan evaluar su propósito de reintegrarse a la sociedad, abre un margen muy amplio de valoración por parte de la Fiscalía porque no existen parámetros objetivos para determinar cuándo una manifestación es inequívoca o no y cuándo expresa la intención de reintegrarse a la sociedad, más aún cuando la misma norma dispone que las conductas frente a las cuales se aplica el principio de oportunidad para estos desmovilizados pueden suceder antes o después de la desmovilización, luego, el Fiscal no tiene reglas claras para decidir por ej, si un desmovilizado cuenta con actos inequívocos de reintegración, si aún después de la desmovilización ha incurrido en otros delitos”.

Así las cosas, según los demandantes, no existe un referente normativo objetivo que permita determinar cuándo y bajo qué condiciones se presenta un acto inequívoco de reintegración a la sociedad, más aún cuando la figura se aplica respecto delitos cometidos luego de la desmovilización.

Sobre el mismo particular agregan que *“la ambigüedad de la causal demandada está dada en un conjunto de falencias que hemos denominado como la existencia de una causal atípica favorable a la impunidad. La causal carece de una identificación clara de los delitos a los cuales se aplica. Nótese que de una parte se refiere a la “pertenencia a la organización criminal”, en otra a “situaciones” y en suma no se tiene claridad sobre a qué tipo de delitos se aplica, al contrario de lo sucedido en las demás causales. Sólo están definidos los delitos accesorios que no aportan claridad suficiente en relación con el delito principal”*.

De igual manera señalan que *“la causal tampoco exige la identificación del victimario ni supone la existencia de un proceso penal en el cual la víctima pueda hacer valer sus derechos y peor aún prevé audiencias colectivas para aplicar el principio de oportunidad sin garantizar la participación de las víctimas”*. Así mismo, no se trata de delitos de bajo impacto social o cometidos por personas plenamente identificadas, ni tampoco tiene que reparar a las víctimas.

En cuanto a los derechos de las víctimas, los ciudadanos alegan que *“Mientras las demás causales se aplican a delitos o personas identificadas en otros delitos, la causal diecisiete se aplica en abstracto a un conjunto de desmovilizados cuya única obligación es declarar que no ha cometido violaciones de derechos humanos sin que las víctimas tengan acceso a este procedimiento para controvertir su versión y sin que exista investigación ni identificación del beneficiario que permita igualmente controvertir las decisiones que afecten los derechos de las víctimas. Tampoco está prevista medida alguna para reparar a las víctimas”*.

Las anteriores insuficiencias, según los demandantes, tornan ambigua y oscura la causal de aplicación del principio de oportunidad, violándose de esta forma el artículo 250 Superior, el cual permite configurar causales precisas e inequívocas.

Insisten igualmente que la expresión empleada por el legislador “*pertenencia a la organización criminal*”, es ambigua por cuanto no describe realmente ningún delito. Atribuyen tal oscuridad, a la voluntad del Congreso de no emplear directamente la expresión “*concierto para delinquir*”, conducta delictiva que ha sido considerada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia como un delito común, y no político, y además como un crimen de lesa humanidad.

Sobre el particular, los demandantes agregan que “*los desmovilizados paramilitares investigados por concierto para delinquir agravado son responsables de crímenes de lesa humanidad y por lo tanto no pueden ser beneficiarios del principio de oportunidad. Esto es así porque los paramilitares reúnen los tres elementos definidos por la Corte Suprema de Justicia como necesarios para calificar de lesa humanidad el concierto para delinquir: que las conductas de la organización hayan incluido crímenes de lesa humanidad, que los integrantes sean voluntarios y exista conciencia mayoritaria por parte de los integrantes de la organización sobre los crímenes cometidos*”.

Así las cosas, según los demandantes, la figura establecida por el legislador configura realmente una amnistía encubierta, contraria a los derechos de las víctimas.

Así mismo recuerdan que, si bien la Corte Constitucional consideró que la ley de justicia y paz no equivalía a un amnistía, por cuanto finalmente se aplicaba una pena, en cambio con la Ley 1312 de 2009, “*El Estado renuncia a la persecución penal y la adjudicación de justicia*”. Además, “*obsérvese que el parágrafo 3 del artículo 2 de la ley 1312 de 2009 prevé la prohibición expresa de aplicar el principio de oportunidad a crímenes de lesa humanidad, razón de más para ratificar la ambigüedad e indeterminación de la norma demandada*”.

Explican igualmente los ciudadanos que, revisado el trámite que conoció el proyecto de ley en el Congreso de la República, se concluye que no se siguió aquél propio de las leyes de amnistía, motivo por el cual la causal de aplicación del principio de oportunidad es realmente una amnistía encubierta.

Citan posteriormente varios extractos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para concluir que “*el establecimiento del principio de oportunidad para los desmovilizados de grupos armados ilegales, en las condiciones anotadas, es contrario a la obligación estatal de luchar contra la impunidad de las graves violaciones de derechos humanos, prevista por distintos instrumentos de derechos humanos*”.

Argumentan que igualmente, en virtud de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados tienen el deber de investigar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos,

así como garantizarle a las víctimas el acceso a un recurso judicial efectivo, en concordancia con los artículos 1 y 2 del mismo instrumento internacional. Las anteriores disposiciones resultarían vulneradas por la norma legal acusada.

En cuanto a la vulneración de los derechos de las víctimas, los demandantes alegan lo siguiente:

“La aplicación del principio de oportunidad al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley, en los términos de la ley 1312 de 2009, sin que exista una declaración sobre los hechos en los que participó, que permita a las víctimas identificar a los victimarios y controvertir su versión, desconoce el derecho a la participación de las víctimas, el acceso a la justicia, a conocer la verdad de los hechos y obtener una reparación integral; asimismo, la ausencia de una declaración de los desmovilizados vulnera el derecho a la verdad histórica de la sociedad pues se trata de confesos desmovilizados provenientes de un escenario de conflicto armado en el cual han sucedido innumerables hechos de violencia respecto de los cuales la sociedad colombiana tiene derecho a conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar”.

Más adelante señalan lo siguiente:

“La inexistencia de una declaración de los victimarios no permite esclarecer si se trata o no de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos, de manera que resulta un contrasentido de la ley, establecer por una parte, la aplicación de un beneficio que a su vez está prohibido para violaciones del derecho internacional humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, si por otra parte no existe un mecanismo para determinar si los desmovilizados están o no incurso en ese tipo de conductas.

La falta de un procedimiento claro en el cual puedan participar las víctimas para identificar a sus victimarios, controvertir la versión dada por los desmovilizados, participar en la diligencias judiciales practicadas con ellos, ser escuchadas en el proceso, aportar y solicitar pruebas, entre otras facultades, configura una violación de los derechos de las víctimas porque el Estado renuncia a la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos, cometidas por los integrantes de los grupos beneficiarios con el principio de oportunidad”.

A manera de conclusión sobre este primer cargo afirman lo siguiente:

“En conclusión de lo anteriormente dicho puede afirmarse que (i) la causal acusada es equívoca y ambigua en contradicción con lo dispuesto por el artículo 250 de la Constitución Política que establece el modelo de principio de oportunidad reglada; (ii) esa ambigüedad está dada en la indefinición de aspectos estructurales que cualquier causal de principio de oportunidad debe tener, como la definición de los delitos a los cuales se

aplica y la existencia de parámetros normativos objetivos que eliminen la discrecionalidad del fiscal a la hora de aplicar el principio de oportunidad, así como la posibilidad de participación de las víctimas en un proceso penal determinado; (iii) la redacción equívoca e imprecisa de la causal diecisiete genera la existencia de una amnistía encubierta en contravía de lo dispuesto por el artículo 150 No. 17 de la Constitución Política que exige quórum calificado para la aprobación, requiere aplicarse a delitos exclusivamente políticos pero como el concierto para delinquir no es un delito político sino un crimen de lesa humanidad, no son procedentes figuras de amnistía, indulto o cualquier otra eximente de responsabilidad; finalmente, (iv) la existencia de las referidas ambigüedades y la consagración de una amnistía encubierta son elementos contrarios a la obligación estatal de carácter internacional para evitar la impunidad y por eso también se presenta una violación de los derechos de las víctimas porque el Estado renuncia a la obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos, generando con esto un escenario injustificado de impunidad que debe ser revertido por la Corte Constitucional en cumplimiento de su función de guardiana de la supremacía e integridad constitucional”.

Por otra parte, en relación con el párrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, los ciudadanos alegan un cargo por “*omisión legislativa relativa*”, por cuanto, a su juicio, se presenta una “*exclusión injustificada del concepto de “graves violaciones de derechos humanos” de la norma, permitiendo con esto la aplicación del principio de oportunidad a estas conductas*”.

En tal sentido, estiman los ciudadanos que el segmento normativo acusado desconoce los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 4 y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; el artículo 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 12 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; el artículo 1 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Al respecto, aseguran que la restricción a la aplicación del principio de oportunidad a las “*graves infracciones al derecho internacional humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio*”, excluye de manera injustificada las graves violaciones a los derechos humanos no comprendidas dentro de tales categorías, “*de manera que la norma acusada permite aplicar el principio de oportunidad a graves violaciones de derechos humanos previstas en el derecho internacional de los derechos humanos*”.

Explican al respecto que “*podemos concluir que no toda violación de derechos humanos puede ser considerada como un crimen de lesa humanidad y por tanto,*

válidamente, la defensa de los beneficios del principio de oportunidad podrían solicitar la aplicación de este mecanismo sobre graves violaciones de derechos que no constituyen crímenes de lesa humanidad”.

En tal sentido, explica que el párrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, que no incluye dentro de la prohibición para aplicar el principio de oportunidad, a las graves violaciones de derechos humanos, permitiendo con eso la impunidad en estas conductas, reguladas por el derecho internacional de los derechos humanos.

Aseguran igualmente que algunas violaciones de derechos humanos pueden coincidir con conductas propias de los crímenes de *lesa humanidad*, pero otras corresponden al concepto más amplio de “*violaciones graves de derechos humanos*”. Así por ejemplo, el asesinato se encuentra proscrito por el Estatuto de Roma de la CPI, pero también está prohibido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la discriminación racial se encuentra prohibida en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, e igualmente, en el artículo 7 del Estatuto de Roma de la CPI. Otro tanto sucede con la violencia sexual contra la mujer.

Agregan que “*las violaciones graves de derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales, sin los elementos de sistematicidad y generalidad para configurar crímenes de lesa humanidad, podrían ser objeto de aplicación del principio de oportunidad*”.

Así las cosas, concluyen afirmando que “*el trato discriminatorio de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos se presenta en relación con la norma demandada porque mientras las demás víctimas de otras categorías de violaciones de derechos humanos como los crímenes de lesa humanidad cuentan con mecanismos legales para evitar la impunidad de los hechos, las primeras enfrentan el riesgo cierto de que sus casos sean cerrados por aplicación del principio de oportunidad que favorece a los victimarios*”.

Finalmente, solicitan que el fallo de inexecutable tenga efectos retroactivos.

IV. INTERVENCIONES DE ENTIDADES OFICIALES.

1. Ministerio del Interior y de Justicia.

Ana Beatriz Castelblanco Burgos, actuando en representación del Ministerio del Interior y de Justicia, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declare executable las expresiones acusadas.

Así, en cuanto al numeral 17 del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, explica que no le asiste razón a los demandantes toda vez que realmente la causal de aplicación del principio de oportunidad no resulta ser ambigua o confusa por cuanto se trata de una manifestación de voluntad “*que no admite duda o*

equivocación, no le queda margen alguno al Fiscal General sobre si se da la condición exigida en la ley para aplicar el principio de oportunidad en el caso objeto de análisis, como tampoco implicará ambigüedad para el juez de control de garantías”.

De igual manera, en relación con la indeterminación del victimario y del delito, explica que está dada por la condición de “*desmovilizado de un grupo armado al margen de la ley*” y de hechos realizados con ocasión de la pertenencia a dicho grupo, distintos de los que expresamente se excluyen por el mismo artículo 2 de la ley 1312 de 2009, esto es, tráfico de estupefacientes, terrorismo, hechos constitutivos de graves infracciones al derecho internacional humanitario, etc.

Explica que tampoco se configura un indulto o amnistía por cuanto “*ni la causal, ni los victimarios ni los delitos son indeterminados y, en segundo lugar, porque no es cierto que los responsables de delitos de lesa humanidad resulten beneficiados con el principio de oportunidad, pues al contrario, los actos que impliquen tales delitos están expresamente excluidos de la aplicación de dicho principio en la norma demandada*”.

A su vez, en relación con el párrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, asegura que “*examinando los antecedentes legislativos del artículo 2 de la ley 1312 de 2009, en su integridad, se observa que la redacción que se le dio al mismo, tanto en su parte inicial como a sus párrafos, tiene la intención de incluir la exclusión del principio de oportunidad a los casos de graves violaciones de derechos humanos, lo cual desvirtúa la acusación de los accionantes en este sentido*”.

2. Defensoría del Pueblo.

Fernando Iregui Camelo, actuando en representación de la Defensoría del Pueblo, interviene en el proceso de la referencia, para solicitarle a la Corte declarar la inconstitucionalidad del numeral 17 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, por vulnerar los artículos 29 y 250 Superiores. De igual manera, pide a la Corte declarar exequible el párrafo 3 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la proscripción allí establecida se aplica para las graves violaciones a los derechos humanos.

Inicia la Defensoría del Pueblo por señalar que los argumentos esgrimidos por los demandantes, en el sentido de que la causal de aplicación del principio de oportunidad configura una “*amnistía encubierta*”, responde a una consideración política, antes que configurar un verdadero cargo de inconstitucionalidad contra el numeral 17 del artículo 150 Superior.

Agrega que no se están examinando delitos políticos (ni rebelión, sedición o asonada) y sí, en cambio, se contemplan delitos comunes (utilización ilegal de uniformes e insignias, porte ilegal de armas y uniformes). Otra cosa es que, en opinión de los actores, se esté intentando disfrazar el concierto para delinquir agravado como delito político para darle cabida a una amnistía. Además, no se

trata de un perdón generalizado para todos los desmovilizados, sino de un beneficio jurídico, así sea para un grupo considerable de aquéllos.

Así las cosas, a juicio de la Defensoría del Pueblo, no se estructura un cargo de inconstitucionalidad por violación del artículo 150.17 Superior.

En cuanto al numeral 17 del artículo 324 del CPP, el interviniente sostiene que *“no comparte la argumentación sobre este aspecto, puesto que considera que la atribución de configuración normativa; (i) no limita el uso exclusivo de la institución para el beneficio de los individuos en particular, pudiendo otorgarse a integrantes de grupos armados ilegales; (ii) tampoco condiciona la procedencia de la figura jurídica a la existencia de una declaración como la aludida; y (iii) no vulnera los derechos señalados ya que, como lo dispone el artículo 250 constitucional y una lectura sistemática de la norma como parte del articulado del libro II, Capítulo III, Título IV, de la Ley 906 de 2004 que desarrolla el principio de oportunidad penal, no procede ante graves violaciones de derechos humanos, ni se debe pretermitir la consideración de los derechos e intereses de las víctimas en su aplicación”*.

No obstante lo anterior, precisa que *“si bien es cierto que en ejercicio de la facultad de configuración legislativa, el Congreso puede considerar válida la procedencia del principio de oportunidad, con el propósito de definir la situación jurídica de miles de desmovilizados a quienes resulta reprochable el que hayan integrado una organización criminal pero sobre los cuales no existen procesos penales en contra y, por tanto, no aparecen víctimas a quienes deba reparar, la falta de precisión de la norma acarrea su inconstitucionalidad”*.

Comparte por tanto la Defensoría la apreciación de los demandantes, en el sentido de que la norma, tal y como está redactada, presenta una enorme ambigüedad, lo cual afecta su constitucionalidad.

Por último, el interviniente considera que la Corte debe condicionar el parágrafo 3 del literal 17 del artículo 324 del CPP, por cuanto el mecanismo del principio de oportunidad tiene un carácter excepcional, debiendo aplicarse en función de imperativos de política criminal del Estado y respecto de delitos de menor impacto, pero nunca en relación con graves violaciones a los derechos humanos.

3. Ministerio de Relaciones Exteriores.

Leonor Alarcón Barrera, actuando en representación del Ministerio de Relaciones Exteriores, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar exequibles las expresiones acusadas.

Indica que el principio de oportunidad se encuentra en la regulación contenida en el Estatuto de Roma de la CPI, en varios apartes, desde aquellas circunstancias que no redundarían en interés de la justicia, hasta decisiones de solicitar o no la apertura del proceso, la solicitud de medidas restrictivas de la libertad, en los casos de los delitos sexuales en su factor probatorio y la

presentación de cargos, entre otros. De allí que *“el principio de oportunidad, lejos de estar ausente de la regulación internacional, se encuentra regulado y reconocido en el Estatuto de Roma que, como bien se sabe, es un estándar internacional, es decir, un mínimo y no un tope de protección”*.

Luego de adelantar algunas consideraciones generales acerca del principio de oportunidad, concluye diciendo que *“la disyuntiva entre el principio de legalidad y el principio de oportunidad reglado, sería precisamente en el ámbito de la política criminal y no simplemente penal o punitiva, de lo que surge una redefinición de lo que se entiende por impunidad. Se dice que este principio no es nuevo en el mundo jurídico porque se ha implementado en países en que se ha implementado el sistema penal acusatorio”*.

4. Fiscalía General de la Nación.

Guillermo Mendoza Diago, Fiscal General de la Nación (e), interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar exequibles las expresiones acusadas.

Indica el interviniente que la exigencia de claridad y precisión en el diseño de las causales legales de aplicación del principio de oportunidad no resulta contradictoria con el reconocimiento de algún grado, aunque sea mínimo, de discrecionalidad al fiscal para evaluar si, en el caso concreto, debe aplicarse o no dicho principio.

Explica que la norma acusada no incurre en un grado de ambigüedad e indeterminación, en contradicción explícita de los requisitos previstos en el artículo 250 Superior para establecer principio de oportunidad, *“toda vez que en providencias referidas a los postulados de la ley 975 de 2005 (ley de justicia y paz) la misma, en relación con la norma acusada, fue concebida como un instrumento encaminado a lograr la reconciliación y a facilitar los procesos de paz”*.

Agrega que, contrario a lo sostenido por los demandantes, la norma acusada no crea un espacio de impunidad, por cuanto la misma ley ha previsto que la víctima tiene derecho a ser escuchada por el fiscal, así como por el juez de control de garantías, dentro del trámite de aplicación del principio de oportunidad.

Finalmente concluye afirmando que *“de la jurisprudencia anteriormente referida, comentada y trascrita, puede concluirse que la aplicación del principio de oportunidad no impide que el Estado ponga en funcionamiento los mecanismos necesarios para obtener la reparación de los perjuicios causados a las víctimas del delito, incluyendo las graves violaciones de derechos humanos, así como tampoco, se trata de una amnistía encubierta, dadas las especiales consideraciones de aplicación descritas en la norma acusada y sus causales”*.

5. Alta Consejería para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas.

El ciudadano Frank Pearl, Alto Consejero para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar exequibles las expresiones acusadas.

En relación con la expresión “*manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad*”, explica que el proceso de desmovilización se puede describir como un modelo de atención individual especializado, conformado por tres etapas: (i) desmovilización; (ii) asistencia psicosocial y educación; e (iii) ingreso a la vida laboral y plan de negocios.

Luego de explicar cada uno de los anteriores pasos, agrega que “*la reintegración debe ser entendida como un proceso dialéctico e integral entre las personas desmovilizadas y las comunidades receptoras con la participación de una serie de facilitadores que intervienen en aras de la construcción de espacios de participación y reconciliación. La permanencia activa de más de 30.700 desmovilizados que hoy día adelantan su ruta de reintegración bien puede ser tenida en cuenta como una prueba suficiente de su voluntad de abandonar los grupos ilegales y desarrollar nuevas habilidades y competencias que les permita reintegrarse a la sociedad como ciudadanos en ejercicio de derechos y deberes*”.

A continuación, señala que los elementos constitutivos del punible de concierto para delinquir son: (i) la existencia de una organización que con carácter permanente tenga como objetivo lesionar intereses o bienes jurídicos indeterminados; (ii) que los miembros de dicha organización lo sean en virtud de un acuerdo de voluntades que los une para alcanzar dicho objetivo; y (iii) la expectativa de la realización de las actividades que se proponen sus miembros, pongan en peligro o alteren la seguridad jurídica.

Con base en lo anterior sostiene que “*la conducta punible en comento se consume con el solo acuerdo de voluntades de quienes conforman la organización, se trata entonces de un delito autónomo que como tal no requiere la realización previa, paralela o posterior de otras conductas que tipifiquen otros delitos para que se entienda materializado, lo que se explica en la medida en que se entiende que el peligro para la colectividad surge desde el mismo instante en que se conforma la organización delictiva*”.

De igual manera, el interviniente no comparte la postura asumida por la Corte Suprema de Justicia en relación con la calificación en términos de crimen de lesa humanidad del concierto para delinquir agravado por cuanto:

“De contera es de subrayar que conforme los argumentos dispuestos por la H. Corte Suprema de Justicia al definir el concierto para delinquir conforme la circunstancia de agravación del inciso 2 del artículo 340 del

Código Penal, como un delito de lesa humanidad, no se trata de una definición propia contenida en la legislación nacional o tipificada en los tratados y convenciones sobre derecho internacional de los derechos humanos o derecho internacional humanitario, ratificados por el Gobierno Nacional, atendiendo a una problemática que desvirtúa el principio de proscripción de responsabilidad objetiva, que puede ser y constituye de hecho una anticipación de la punibilidad, en la medida en que prácticamente se funda en la punición del fuero interno, del estado previo a la comisión de cualquier conducta.

(...)

La Sala Penal dentro del fallo de la referencia cita toda clase de instrumentos internacionales, interpretándolos de forma abierta, y los cuales dentro de su irrestricto sentido no configuran como delito de lesa humanidad el concierto para delinquir, ni la mera asociación para delinquir. En los mismos, se hace referencia a formas de participación en las conductas criminales, que pueden llegar incluso a la sanción de formas de participación de diversas personas en la conducta delictiva, pero que no constituyen sanciones a la mera asociación”.

De allí que, en su concepto, *“mal se haría dentro de los procesos de justicia transicional como instrumento para la consecución de la paz en la sociedad, hacer más gravosa la situación jurídica de quienes se desmovilizaron bajo el marco de los acuerdos y negociaciones con el Gobierno Nacional, realizando una interpretación extensiva de las conductas delictivas por ellos cometidas”*.

Así mismo, insiste en que no pueden confundirse las figuras de la amnistía con aquella del principio de oportunidad, por cuanto en cada una de ellas intervienen distintas ramas del poder público.

De igual manera, considera el interviniente que no debe prosperar el cargo de inconstitucionalidad planteado contra el parágrafo del numeral 17 del artículo 324 del C.P.P., por cuanto *“si las operaciones ejecutadas por los grupos armados organizados se dirigen sistemáticamente contra personas y bienes que no constituyen objetivos militares, para efectos de la responsabilidad individual de sus miembros, las conductas ejecutadas en ese contexto de violencia al mismo tiempo que pueden configurar crímenes de guerra, constituyen delitos de lesa humanidad, genocidio, violaciones graves de derechos humanos e incluso delitos comunes si se dan los presupuestos para ello”*.

Insiste igualmente el interviniente en que los procesos de paz se adelantan con base en el principio de confianza legítima, ya que *“estos beneficios no solamente se otorgaban a los desmovilizados individuales sino también a los colectivos que venían suscribiendo los acuerdos de paz con el Gobierno Nacional, los beneficios concedidos por las normas previamente señaladas daban unas prerrogativas en cabeza no sólo de las personas individualmente consideradas*

sino también de los diferentes colectivos humanos y como consecuencia de la sociedad que en el momento se encontraba afrontando dichos procesos de paz”.

Concluye el interviniente afirmando lo siguiente:

“La situación que afrontas (sic) las personas en proceso de reintegración, hoy día, dada la inestable definición de su situación jurídica frente al Estado, conlleva en la práctica a lo siguiente:

- Desmotivación en los desmovilizados que están en proceso de reintegración y que no han recibido el beneficio jurídico.
- Desestimula la desmovilización de más personas que permanecen vinculadas a los grupos ilegales.
- Perjudica la confianza en el Estado, factor fundamental en futuras desmovilizaciones.
- Perjudica los procedimientos penales en contra de los desmovilizados, en razón de su declaración de pertenecer a un grupo armado ilegal fue originada por la firme convicción de que el Estado garantizaría su libertad y la posibilidad de adelantar un proceso de reintegración social y económica.
- Expone la integridad del proceso de reintegración, toda vez que se han presentado casos en los que algunos participantes del proceso de reintegración son capturados durante el desarrollo de las actividades que lo ha comprometido la ACR.
- Actualmente las personas que tienen definida su situación jurídica reciben beneficios socioeconómicos en igualdad de condiciones, con el fin de reducir su vulnerabilidad económica y efectivamente se reintegren a la vida en sociedad como cualquier ciudadano.
- La ausencia de un procedimiento legal que defina la situación jurídica del participante del proceso de reintegración lo expone a ser objeto de reclutamiento de nuevos grupos organizados al margen de la ley.
- Fortalece la conciencia de grupo excluido, que afecta el proceso de reintegración”.

V. INTERVENCIONES CIUDADANAS.

1. Universidad de los Andes

El ciudadano Oscar José Celedón Ruiz, actuando en representación de la Universidad de los Andes, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte *“se decrete frente al primer cargo la constitucionalidad condicionada del aparte de la norma demandada, bajo el entendido que la expresión organización criminal no es una conducta típica y sólo cubija a aquellas personas desmovilizadas que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley sólo participaron en la comisión de los delitos de utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones, no cursando en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de*

su desmovilización; mientras que para el segundo cargo, se declare la constitucionalidad del parágrafo 3° del artículo 2° de la ley 1312 de 2009, por no existir omisión legislativa relativa sobre el concepto de graves violaciones de derechos humanos, no contrariando la Constitución Política de Colombia”.

En cuanto a la vaguedad que presentaría la causal de aplicación del principio de oportunidad, señala el interviniente que *“no sería necesario un referente normativo objetivo que permita determinar cuándo y bajo qué condiciones se presenta un acto inequívoco de reintegración a la sociedad, porque bastaría el libre consentimiento del desmovilizado que no tiene cuentas pendientes con la justicia de someterse ante un juez de control de garantías que legalice el cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma”.*

Agrega que la redacción de la norma no sería contraria a la Constitución si la intención del legislador no era equiparar la expresión “organización criminal como delito autónomo (concierto para delinquir)”, sino como expresión de un grupo armado al margen de la ley cuyos miembros participaron única y exclusivamente en la presunta comisión de delitos de utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones, claramente referenciadas a las personas desmovilizadas ajenas a investigaciones penales y que pueden resultar beneficiadas de la aplicación del principio de oportunidad, previo cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma en cuestión.

Sostiene igualmente que no es cierto, como lo afirman los demandantes, que se exima a los desmovilizados de rendir una declaración que permita a las víctimas garantizar sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral, dado que la norma establece en su inciso 4 que aquél deberá firmar una declaración, bajo la gravedad del juramento, en la que afirme no haber cometido un delito diferente de aquellos establecidos en la causal, so pena de perder el beneficio. Así pues, si el desmovilizado oculta, calla u omite información que lo compromete penalmente, perderá dicho beneficio y, al no encontrarse incluido en la ley de justicia y paz, será procesado por la justicia ordinaria.

Por último, en relación con la alegada inconstitucionalidad por omisión relativa, el interviniente sostiene que *“no habría inconstitucionalidad porque la protección a la violación grave de los derechos humanos no encontraría restricción sobre los bienes jurídicos amparados por ciertos delitos descritos en algunos tipos penales del Código Penal, y en otros tratados internacionales de los cuales Colombia es Estado Parte”.*

2. Centro Internacional para la Justicia Transicional.

Michael Reed Hurtado, actuando como ciudadano y representante legal en Colombia del Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ); Camilo Ernesto Bernal Sarmiento, Paola Andrea Rosero Jiménez y Lily Andrea Rueda Guzmán, intervienen en el proceso de la referencia, a efectos de coadyuvar la demanda ciudadana.

Los intervinientes, luego de realizar un detallado análisis de la obligación internacional de investigar y sancionar a todos aquellos que han perpetrados graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, insisten en la existencia de unos límites internacionales al momento de otorgar beneficios jurídicos a los excombatientes tales como las amnistías y los indultos. Al respecto, citan numerosos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Pasan a explicar en qué consisten los llamados “*crímenes de sistema*”. Sobre el particular, explican que se trata de una manifestación de criminalidad organizada, calificada por políticas o prácticas oficiales, y caracterizada por involucrar un *continuum* de poderes e intereses, ocultando a los responsables superiores. Se trata de delitos que implican una detallada división del trabajo con la finalidad de compartimentación y ocultamiento de responsables de los eslabones más elevados.

No se trata, según sus palabras, de una nueva categoría dogmática, ni sustitutiva de la tipificación de los crímenes internacionales, como son los crímenes de lesa humanidad y de guerra. De hecho, los crímenes de sistema se ven acogidos por la definición que trae el Estatuto de Roma de la CPI de los crímenes de *lesa humanidad*.

Argumentan igualmente que los criterios que deben guiar una investigación sobre los crímenes de sistema implica: (i) respaldo por un compromiso político claro; (ii) estrategia para asumir los desafíos de la judicialización; (iii) capacidad y habilidad técnica; (iv) atención integral a víctimas; (v) comprensión clara del derecho aplicable; y (vi) promoción y fortalecimiento de la judicialización nacional.

De igual manera, explican que la experiencia internacional ha mostrado que se puede presentar el reto de contar con miles de personas involucradas en los crímenes, no pudiendo ser investigadas en su totalidad, asunto que implica tomar decisiones transparentes sobre qué crímenes y cuáles autores investigar. Para tales fines, se debe realizar un mapeo previo, antes de diseñar una estrategia, tomando en cuenta el universo de sospechosos y de víctimas, y desarrollar mecanismos para comunicar y explicar de manera pública los propósitos y estrategias de las políticas de persecución.

Pasan los intervinientes a realizar algunas apreciaciones acerca de la experiencia comparada, es decir, las lecciones aprendidas en torno a la renuncia de la acción penal frente a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos.

Luego de analizar lo sucedido en Argentina y Sudáfrica, afirman que “*estas experiencias disímiles entre sí, muestran que la necesidad de justicia de las víctimas y la sociedad no se suspende ni se apacigua con el tiempo, y que por el contrario, la necesidad de judicializar las atrocidades del pasado de forma completa y acabada, evitando los atajos, es la manera correcta de avanzar*

hacia la reconciliación de las sociedades fracturadas por la violencia. Una lección, en definitiva, de que el pasado no perdona”.

Adelantan luego los intervinientes un examen acerca de los antecedentes que llevaron a la expedición de la norma acusada, señalando que *“hasta la fecha, no existe ninguna voluntad política de someter a estos desmovilizados a la justicia, promoviendo por el contrario que se asuma de manera tácita una presunción de derecho, casi incontestable, en relación con el no involucramiento de estos antiguos actores armados en cualquier vulneración grave de los derechos humanos, crímenes de guerra y de lesa humanidad que realizaron las estructuras armadas a las que pertenecían”.*

En cuanto al total de desmovilizados relacionados con la aplicación del principio de oportunidad, los ciudadanos explican que *“al momento en que se tramitó el proyecto de ley que promovió la reforma a la aplicación del principio de oportunidad, solamente el 11% de los desmovilizados fueron postulados a la ley de justicia y paz, mientras que el 34% de los desmovilizados se beneficiaron de amnistías e indultos previstos en la ley 782 de 2002. Frente al 55% restante se pretende la aplicación del principio de oportunidad. Esto significa en números totales que el 89% del total de los desmovilizados de la época no fueron investigados debidamente por el Estado”.*

Con base en las anteriores cifras, los intervinientes se plantean si resulta creíble que sólo los 3.270 postulados que se acogieron a la ley de justicia y paz sean los únicos responsables de los crímenes de lesa humanidad cometidos por los paramilitares.

Sostienen asimismo que la aplicación del principio de oportunidad no está precedida por una investigación judicial rigurosa del historial delictivo de los desmovilizados a los cuales se pretende beneficiar con la suspensión, interrupción o renuncia de la acción penal. De tal suerte que, tal y como está concebida la causal del numeral 17 del artículo 324 del C.P.P., *“se convierte en un instrumento normativo que entrega de forma encubierta una amnistía impropia a favor de los excombatientes de organizaciones criminales que no son investigados, promoviendo la impunidad de los delitos por éstos cometidos y denegando de este modo, la realización de los derechos de las víctimas”.*

De igual manera, sostienen que la disposición acusada se encuentra estructurada de forma tal que no regula de manera adecuada la labor de la Fiscalía para la aplicación del principio de oportunidad, permitiendo el ejercicio de una actividad completamente discrecional.

Al respecto, agregan que la expresión *“haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad”* es absolutamente abierta y concede un amplísimo margen de discrecionalidad a la Fiscalía, contrariando de esta forma lo previsto en las sentencias C- 673 de 2005 y C- 095 de 2005.

Así mismo, estiman que es contradictoria la norma al señalar que *“no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal”*, si se supone que con el acto de desmovilización el excombatiente se comprometió con el Gobierno Nacional a no reincidir en nuevas actividades delictivas.

Aunado a lo anterior, alegan que la causal demandada permite la aplicación al principio de oportunidad para un delito que no existe, por cuanto la *“pertenencia a la organización criminal”*, no se encuentra tipificada como delito autónomo. Además, en su concepto, *“es un contrasentido establecer que dos tipos penales autónomos están incluidos en otro que no existe. La utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones no son conductas que se subsuman o que se entiendan incluidas siempre y en todos los casos en la pertenencia a una organización criminal. Se trata de dos tipos penales autónomos de acuerdo con la regulación en el Código Penal: tráfico y porte de armas de fuego o municiones, art. 365 del CP; utilización ilegal de uniformes e insignias, art.346 del CP”*.

3. Comisión Colombiana de Juristas.

Los ciudadanos Humberto Sánchez Verano, Fátima Esperanza Calderón y Juan Camilo Rivera Rugeles, integrantes de la Comisión Colombiana de Juristas, intervienen en el proceso de la referencia, a efectos de coadyuvar la demanda ciudadana.

Luego de examinar el contenido del deber estatal de investigar, juzgar y sancionar violaciones de derechos humanos, así como su relación con los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral de las víctimas, sostienen que la regulación acusada del principio de oportunidad sobrepasa los límites internacionales que vinculan al legislador interno en la materia.

Al respecto, afirman que se puede recurrir al principio de oportunidad para casos en que (i) la falta de persecución penal no afecte de manera desproporcionada los derechos a la verdad, la justicia y la reparación; y (ii) se encuentren previstos en la ley. Lo anterior significa que el mencionado principio no puede ser una excusa para que el Estado renuncie a sus deberes de investigación y sanción en casos de violaciones de derechos humanos.

En cuanto al caso concreto, consideran que existen, al menos, dos razones por las cuales la norma acusada es contraria a la Constitución. Por una parte, no establece de manera clara cuáles son las condiciones que debe cumplir un desmovilizado que pretenda beneficiarse del principio de oportunidad; por la otra, tampoco garantiza que el Estado investigue, juzgue y sancione las graves violaciones a los derechos humanos cometidas por los desmovilizados.

Agregan que la regulación de las audiencias colectivas evidencia que no es necesario que el fiscal del caso identifique cada una de las conductas cometidas por los desmovilizados ni tampoco su grado de responsabilidad. De igual

manera, no se prevé que la aplicación del principio de oportunidad se condicione a que los desmovilizados cumplan con los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Por el contrario, *“tan sólo consagra una débil garantía al respecto, al obligar al desmovilizado a firmar una declaración bajo la gravedad del juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causal. La Fiscalía no está obligada a corroborar la veracidad de la declaración, lo cual le resta seriedad a la investigación penal”*.

De igual manera, comparte la postura de los demandantes en relación con el párrafo 3 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, por cuanto *“es claro que el deber reforzado de investigar, juzgar, sancionar y reparar las conductas que constituyen infracciones a los derechos humanos no se limita a aquellas que puedan ser consideradas delitos de lesa humanidad, sino que se extiende a todas aquellas infracciones que puedan ser consideradas graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Dicho en otras palabras, la limitación a la aplicación del principio de oportunidad debió haber sido consagrada no solamente para una clase de violaciones graves a los derechos humanos (i.e. todas las conductas que constituyan delitos de lesa humanidad) sino que debió incluir al género completo de las graves violaciones a los derechos humanos, el cual abarca un mayor número de conductas”*

Así las cosas, en su concepto, *“los dos grupos de conductas, estas son los delitos de lesa humanidad y las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, debieron haber sido cobijadas por la norma legal que impide que frente a ellas se ejerza la excepción al deber de denuncia, con lo cual consideramos que se demuestra que la omisión del legislador carece de un principio de razón suficiente”*.

4. Andreas Forer, Claudia López Díaz, Jorge Errandonea, Diego Andrés González Medina y Juan Pablo Cardona Chávez.

Los ciudadanos Andreas Forer, Claudia López Díaz, Jorge Errandonea, Diego Andrés González Medina y Juan Pablo Cardona Chávez, intervienen extemporáneamente en el proceso de la referencia, para solicitarle a la Corte declarar exequible el numeral 17 del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009 y exequible el párrafo 3° del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, bajo el entendido de que el principio de oportunidad tampoco se podrá aplicar en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos.

Comienzan por señalar que los demandantes, si bien alegan acusar la totalidad del numeral 17 del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, lo cierto es que sólo se refieren a las expresiones *“actos inequívocos”* y *“pertenencia a la organización criminal”*.

En cuanto al segmento normativo *“actos inequívocos”* estiman que no se trata de una expresión indeterminada, ambigua o que abra un margen de

discrecionalidad amplísima para el fiscal, y consecuentemente, para el juez de control de garantías, por las siguientes razones:

“i) El lenguaje jurídico admite por definición cierto grado de indeterminación, de manera que las expresiones empleadas por el legislador en ejercicio de su poder de configuración demandan la interpretación de los funcionarios llamados a aplicarlas en aras de lograr el sentido y alcance suficiente que el tenor literal *per se* no consigue.

ii) La norma acusada no puede observarse como aislada del resto del ordenamiento jurídico, por el contrario, en aplicación de un criterio sistemático de interpretación que reconoce la integridad del orden normativo, debe tenerse presente que la causal alude expresamente a un proceso de desmovilización de una persona perteneciente a un grupo armado organizado al margen de la ley, procedimiento regulado de manera detallada en la Ley 782 de 2002, y en su decreto reglamentario 128 de 2003.

Así las cosas, en armonía necesaria con tales reglamentaciones, y tal como lo establece la causal demandada, “en los términos de la normatividad vigente”, los cuestionados “actos inequívocos” que valorará el Fiscal para decidir sobre la aplicación del principio de oportunidad, se encuentran predeterminados y definidos en etapas anteriores al momento en el que el caso llega a su conocimiento, de suerte que el Fiscal y el Juez de control de garantías podrán comprobar con un ejercicio simple de verificación de tales requisitos, si el desmovilizado los cumple y, en tal caso, proceda la aplicación del principio de oportunidad.”

Así las cosas, concluyen los intervinientes sosteniendo que, por razones relativas a la naturaleza del lenguaje jurídico, la integralidad del ordenamiento y la lógica formal, la expresión “actos inequívocos” no es en sí misma inconstitucional, por cuanto no desconoce el carácter reglado, la claridad, la taxatividad y precisión de las causales de aplicación del principio de oportunidad.

Por otra parte, en cuanto a la expresión “*pertenencia a la organización criminal*”, consideran que tampoco es ambigua, por las siguientes razones:

“i) La expresión “pertenencia a la organización criminal” está precedida de otra frase que delimita su contenido para poder concluir que se refiere a una conducta punible en particular: “*no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal*”.

Del aparte subrayado se desprende una clara delimitación de la expresión acusada a un “delito” en concreto y del enunciado acusado no se puede inferir conducta diferente al “concierto para delinquir”, previsto por el artículo 340 del Código Penal colombiano.

Así, no es correcto inferir, como lo proponen los demandantes, que la expresión bajo examen sea ambigua o privilegie la discrecionalidad de los operadores involucrados en la aplicación y el control de legalidad del principio de oportunidad; por el contrario, claramente se infiere que la expresión demandada se refiere exclusivamente al delito de “*concierto para delinquir*”.

Más adelante, explican las razones por las cuales el delito de concierto para delinquir, no es crimen de lesa humanidad, por cuanto:

“Es preciso advertir que si bien es cierto dicho tipo penal ha sido considerado como el “delito base” en las actuaciones que se siguen contra los desmovilizados y postulados de la Ley 975 de 2005, se ha considerado necesaria la imputación e inclusión en la formulación de cargos del delito de concierto para delinquir en aras de conocer, determinar y comprender el origen, las razones por las cuales se crearon estos Grupos Organizados al Margen de la Ley (GAOML), sus fuentes de financiación, estructura de poder interna, móviles, modelo delictivo del grupo, órdenes impartidas, planes criminales, víctimas, *modus operandi*, y lugares donde actuaron, entre otros aspectos, también es cierto que es un error que éste delito ostenta la calidad de lesa humanidad.”

Lo anterior por cuanto:

“En primer lugar, en ningún instrumento de derecho internacional, incluidos los Estatutos de los Tribunales Especiales para Nüremberg, ex Yugoslavia o Ruanda, de la Corte Especial para Sierra Leona, o de la Corte Penal Internacional, ni de los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma, el delito de concierto para delinquir es considerado, en cualquiera de sus modalidades, como delito de lesa humanidad.

En segundo lugar, la Corte Suprema de Justicia utiliza para la definición de crimen de lesa humanidad el Estatuto de Roma. Sin embargo, no tiene en cuenta que según el artículo 25 apartado 3 d) de dicho Estatuto, la mera pertenencia a un Grupo Organizado al Margen de la Ley, no fundamenta la responsabilidad criminal por crimen de lesa humanidad. En efecto, en el Estatuto de Roma rige el principio de accesoriedad, es decir, se requiere una conducta punible consumada o por lo menos una conducta en grado de tentativa, para que ella pueda ser conocida por la Corte Penal Internacional.

En tercer lugar, la interpretación de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resulta discutible, pues por el sólo hecho de que se incluya la palabra “asociación” antes de un delito considerado de lesa humanidad por los convenios o tratados internacionales por ella misma citados, no implica la inclusión de este delito dentro del catálogo de lesa humanidad, simplemente alude a una forma de participación en la

comisión de la conducta punible. Con esta interpretación se confundiría el delito de concierto para delinquir con una de las formas de participación criminal.

En cuarto lugar, la figura del concierto para delinquir del derecho colombiano, - es decir, la punibilidad de actos preparatorios para la comisión de conductas punibles- se encuentra en el derecho penal internacional bajo la figura de la “conspiracy”, donde una conducta consumada o tentada es la condición para la punibilidad. Es más, después de un debate intensivo de los delegados de la Conferencia de Roma, decidieron no adoptar el crimen de “conspiracy” al Estatuto de Roma.

Por lo tanto, la conspiración, es decir, el concierto para delinquir, no está contemplado en el Estatuto de Roma como crimen de lesa humanidad, sino que se alude a una forma de participación según su artículo 25.3 d).”

A continuación, luego de traer a colación diversas decisiones adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos, los intervinientes afirman que ninguno de estos órganos internacionales ha sostenido que el concierto para delinquir constituya un crimen *de lesa humanidad*.

Agregan que la amnistía y el principio de oportunidad “*tienen una naturaleza diferente (legislativa en el caso de las amnistías y judicial en el principio de oportunidad), sin embargo, pueden tener, la misma consecuencia (extinción de la acción penal). Adicionalmente, las amnistías se encuentran sometidas a requisitos menos estrictos para su aplicación, de manera que, si el DIH admite un beneficio tan indulgente con ellas, no habría razón para pensar que prohíba la aplicación de un instrumento reglado, precedido de una investigación y que admite la participación de las víctimas, en desarrollo de la audiencia de control de legalidad, como el principio de oportunidad*”.

Sostienen igualmente que la norma acusada no está desconociendo los estándares internacionales, por cuanto la Fiscalía parte simplemente de un hecho conocido: la desmovilización de un individuo. Así que, en un primer momento, no se conocen víctimas ni actos criminales diferentes al concierto para delinquir. A partir de allí, y cumplidos los requisitos para reintegrarse a la vida en sociedad, el órgano de investigación deberá adelantar las pesquisas que conduzcan a determinar si el desmovilizado cometió otros crímenes.

Con base en lo anterior, afirman que “*la convocatoria a las víctimas eventuales para que puedan participar de la audiencia, en aras de satisfacer los estándares internacionales en la materia, deberá contar con una convocatoria adecuada que tenga en cuenta –entre otros- la zona geográfica en la cual actuaba el grupo al cual pertenecía el desmovilizado, y para tal efecto deberá recurrirse a los medios de difusión que aseguren su conocimiento por parte de las mismas (utilizando los medios pertinentes en cada caso)*”.

Finalmente, consideran que les asiste razón a los demandantes cuando sostienen que el párrafo tercero del numeral 17 del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, adolece de una inconstitucionalidad por omisión relativa, motivo por el cual estiman que se debe agregar la expresión “*graves violaciones a los derechos humanos*”.

VI. DECRETO Y PRÁCTICA DE PRUEBAS.

El Despacho del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, a quien correspondió inicialmente la sustanciación del proceso, mediante auto del 11 de agosto de 2010 decretó las siguientes pruebas:

“1. ORDENAR que por Secretaría General se oficie al Señor Fiscal General de la Nación, para que dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de la respectiva comunicación, se sirva rendir un informe detallado acerca de los siguientes aspectos:

1. Número de desmovilizados que hasta la fecha, en los términos del artículo 324.17 del C.P.P., han manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad.
2. Número de casos en los cuales los jueces competentes han aplicado la mencionada causal del principio de oportunidad.
3. Política criminal adoptada por la institución en materia de aplicación de la mencionada causal (número de fiscales asignados para tales casos, directrices en la materia, etc.).
4. Participación de las víctimas durante las audiencias de solicitud de aplicación del principio de oportunidad (art. 324.17 del C.P.P.) y existencia o no de mecanismos de reparación integral para aquéllas.

2. ORDENAR que por Secretaría General se oficie a la Alta Consejería Presidencial para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas, para que dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de la respectiva comunicación, se sirva rendir un informe detallado acerca de los siguientes aspectos:

1. Número de desmovilizados que hasta la fecha, con ocasión de la aplicación de la causal de aplicación del principio de oportunidad fijada en el artículo 324.17 del C.P.P, vienen siendo atendidos por la Entidad.
2. Políticas con que cuenta la Entidad para atender a la mencionada población reinsertada.

3. ORDENAR que por Secretaría General se oficie a la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, para que dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de la respectiva comunicación, se sirva rendir un informe detallado acerca de los siguientes aspectos:

1. Existencia de mecanismos efectivos de reparación de las víctimas de los desmovilizados, a quienes se les aplique el principio de oportunidad regulado en el artículo 324.17 del C.P.P.
2. Número de víctimas que han sido indemnizadas en relación con los hechos cometidos por los desmovilizados beneficiados con la aplicación del mencionado principio.

En cumplimiento de la anterior providencia se allegaron al proceso los siguientes informes:

Informe de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNR)

Mediante oficio radicado en la Secretaría General de la Corte el 20 de agosto de 2010, Eduardo Pizarro Leongómez, Presidente de la CNRR, dio respuesta en los siguientes términos.

En lo que atañe a la *“Existencia de mecanismos efectivos de reparación de las víctimas de los desmovilizados, a quienes se les aplique el principio de oportunidad regulado en el artículo 324.17 del C.P.P.”*, respondió lo siguiente:

“Como se puede observar, esta nueva causal de procedencia del principio de oportunidad describe una particular situación: la de aquellas personas desmovilizadas a las que sólo es imputable el punible de concierto para delinquir (Artículo 340 C.P.), y por lo tanto, no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización, siendo expreso por parte del legislador, que el beneficio puede revocarse en aquellos casos en los que el desmovilizado hubiere cometido otro tipo de delitos.

El delito de concierto para delinquir, tal y como lo indicó la Honorable Corte Suprema de Justicia, implica el acuerdo para cometer delitos, independientemente de los que se cometan. “El acuerdo, por sí solo, acarrea el poder del perjuicio traducido en la alarma social, es decir, que el objetivo de la organización criminal es poner en peligro la seguridad pública y la tranquilidad colectiva, bienes jurídicos que se pretenden proteger con la represión y castigo”.

En consecuencia, y dado todo lo anterior, no es posible afirmar que en las circunstancias previstas por el legislador existan víctimas concretas con derecho a la reparación, pues en el momento en que se demuestra la comisión de punible distinto al previsto en el artículo 340, deberá

revocarse el beneficio y remitirse las actuaciones a la jurisdicción de justicia y paz, o a la jurisdicción ordinaria, cada una de las cuales tiene previsto en su desarrollo el incidente de reparación integral”.

A su vez, respecto a la pregunta acerca del “*Número de víctimas que han sido indemnizadas en relación con los hechos cometidos por los desmovilizados beneficiados con la aplicación del mencionado principio*”, contestó lo siguiente:

“El análisis estrictamente jurídico y las observaciones expuestas en la respuesta del numeral anterior, nos permitiría concluir, que atendiendo a las disposiciones legales objeto de examen de constitucionalidad por parte de la Corte, no es posible que existan víctimas de delitos cometidos por desmovilizados beneficiados con la aplicación del principio de oportunidad, que hayan recibido indemnización, pues tal hecho sería clara evidencia de la comisión de punible distinto al concierto para delinquir, debiendo generar la revocatoria del beneficio”.

Informe de la Alta Consejería Presidencial para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas

Por su parte, la Alta Consejería Presidencial para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas, mediante escrito radicado en la Secretaría General de la Corte, respondió lo siguiente:

“En atención al oficio de la referencia, recibido por la Oficina Asesora de esta Alta Consejería Presidencial para la Reintegración el día 18 de agosto del año en curso, me permito informarle que carecemos de la información solicitada, pues por una parte, no somos competentes para definir o conocer acerca de la aplicación del principio de oportunidad, y de otra parte, porque ser beneficiario de dicho principio no es un parámetro para acceder a los beneficios del programa de reinserción. En efecto, resulta oportuno precisar que las personas desmovilizadas ingresan al proceso de reintegración que acá lideramos siempre que hayan sido acreditadas como tal, ya sea por el Comité Operativo para la Dejación de las Armas (Decreto 128 de 2003), por la lista elaborada por las personas que hayan sido reconocidas como tales por los miembros representantes de los grupos armados ilegales en el marco de negociaciones de paz, previa verificación del Alto Comisionado para la Paz (Decreto 3360 de 2003), o por sentencia judicial en la cual se reconozca la calidad de miembro de un grupo armado ilegal (Decreto 4760 de 2005)”.

A renglón seguido, la mencionada Entidad adelanta un recuento de la “*Ruta de atención a la población en proceso de reintegración*”.

Informe del Jefe de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación

De igual manera, se recibió oficio proveniente del Jefe de la Unidad de Justicia y Paz, Luis González León, donde se da cuenta de las dificultades que existen para aplicar el principio de oportunidad a los desmovilizados. Sobre el particular informa lo siguiente:

“Al respecto, de manera atenta me permito informar que a partir de la expedición de la Ley 1312 de 2009 la Fiscalía General de la Nación realizó una evaluación de los requisitos establecidos en el numeral 17 del artículo 2, y el procedimiento que debía adelantarse conforme las previsiones de los artículos 3, 4 y 5 de la mencionada ley, identificando los aspectos relevantes que deben tenerse en cuenta para adelantar el correspondiente trámite.

Debe decirse inicialmente que en lo relacionado con los requisitos establecidos en el inciso primero del numeral 17 del artículo segundo de la ley a Ley 1312 de 2009, la Fiscalía General de la Nación se encuentra recolectando la información relativa a las investigaciones seguidas en contra de los desmovilizados por hechos distintos a su pertenencia a un grupo armado organizado al margen de la ley, su situación actual frente al proceso de reintegración y su postulación al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005.

De acuerdo con los reportes efectuados por las distintas autoridades sobre antecedentes y anotaciones que registran las personas desmovilizadas colectivamente, así como de los postulados a la Ley 975 de 2005, se tiene que a la fecha el número de personas a las que habría de iniciarse el trámite para la aplicación del principio de oportunidad es de 14.821.

Resulta importante señalar que la cifra indicada puede variar de acuerdo con los resultados de las verificaciones sobre la situación judicial de los desmovilizados que se realizan en los distintos despachos judiciales y con los reportes sobre su situación con relación al proceso de reintegración.

Frente al proceso de reintegración debe decirse que la información es suministrada por la Oficina de la Alta Consejería para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas, en donde ofrecen datos sobre cursos y talleres que los desmovilizados están desarrollando, así como si se encuentran activos en el programa, esto a través de los reportes que se obtiene de las consultas paulatinas realizadas directamente por la Fiscalía General de la Nación con los usuarios asignados especialmente para la aplicación de la Ley.

Sin embargo, de acuerdo con lo manifestado al inicio, para la Fiscalía General de la Nación no resulta suficiente la constatación de la existencia de estos requisitos, pues debe además establecerse el cumplimiento de las condiciones previstas en los artículos 3 y 5 de la Ley 1312 de 2009, que hacen relación al control al que deben ser sometidas las decisiones adoptadas en ese sentido por la Fiscalía General de la Nación, a la

participación de las víctimas, su representación, y a la comparecencia de los desmovilizados a efectos de la suscripción del acta de que trata la norma en cita, así como para la presentación del plan de reparación.

La definición de los Jueces ante quienes habrán de presentarse las solicitudes resulta de gran importancia, por cuanto las solicitudes realizadas con fundamento en la causal 17 del artículo segundo de la Ley 1312 de 2009 pueden afectar el trámite de los procesos propios de la Ley 906 de 2004, en consideración al número al que pueden ascender las solicitudes presentadas en forma colectiva por cuanto se presentarían en consideración al Grupo Armado Organizado al Margen de la Ley (GAOML) al que pertenecieron los eventuales beneficiarios. Adicionalmente, conforme los lineamientos dados por la ley, se hace necesario definir el lugar de presentación de las solicitudes ante los Jueces de Control de Garantías, teniendo en cuenta que puede atenderse a los municipios en los que tuvo injerencia el GAOML desmovilizado de las Autodefensas, uno cualquiera en el que estuvo el imputado o el lugar de desmovilización, lo que implicaría ubicarlos en las cabeceras de circuito o en municipios apartados que no cuentan con el personal suficiente ni con la infraestructura necesaria para adelantar el trámite.

Teniendo en cuenta que el control por parte de los Jueces es obligatorio y automático a la determinación de la Fiscalía General de la Nación de dar aplicación al principio de oportunidad, y por ser de vital importancia para esta Institución conocer con anterioridad el lugar donde habrán de presentarse las solicitudes y el número de Jueces que las tramitarán para que de conformidad con ello se proyecte el número de Fiscales que habrán de asumir el conocimiento de las diligencias, su ubicación y el apoyo que tendrán para el cumplimiento de esta labor, de manera reiterada se ha solicitado en las distintas reuniones donde se ha evaluado la situación, se adopte una decisión definitiva en cuanto a estos temas.

Actualmente las diligencias se encuentran radicadas en la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, por asignación especial efectuada mediante resolución No. 0-0648 de marzo de 2006, la cual se ha considerado pertinente no modificar hasta que se defina las regiones en las que habrá de concentrarse la actividad judicial, por cuanto ello podría generar al interior de la institución caos por el traslado constante de los procesos y su consecuente reasignación.

Tampoco se ha considerado pertinente iniciar trámite alguno para la aplicación del principio de oportunidad teniendo en cuenta que no se encuentra definida la forma en que habrán de intervenir las víctimas dentro del mismo, su convocatoria, representación y formas de reparación, pues como se trata del delito de concierto para delinquir, no está plasmado a cuáles víctimas se cita o, si por el contrario se debe convocar al total de víctimas del Grupo Armado Organizado al Margen de la Ley en que militó el imputado. En este último caso estaríamos en una situación

compleja, pues por ejemplo del Bloque Norte de las ACCU tenemos un registro de 40.912 víctimas por hechos atribuibles a éste (a 31 de julio de 2010), lo que generaría un caos para la entidad que se encargue de su citación y el traslado al sitio en donde se desarrollará la diligencia. De los demás GAOML contamos con el siguiente registro:

No	GRUPO ARMADO ORGANIZADO AL MARGEN DE LA LEY	No. VÍCTIMAS REGISTRADAS
1	AUTODEFENSAS CAMPESINAS DEL MAGDALENA MEDIO	8934
2	BLOQUE NORTE	40912
3	FRENTE LIBERTADORES DEL SUR	3582
4	FRENTES HEROES DEL LLANO Y GUAVIARE	2443
5	BLOQUE CENTAUROS	10882
6	BLOQUE CATATUMBO	12507
7	FRENTE RESISTENCIA TAYRONA	6038
8	SUR DEL MAGDALENA E ISLA DE SAN FERNANDO	559
9	BLOQUE MONTES DE MARIA	12020
10	BLOQUE CORDOBA	6705
11	FRENTES NORDESTE ANTIOQUEÑO	1849
12	BLOQUE MINEROS	4851
13	BLOQUE BANANERO	11214
14	BLOQUE CALIMA	12345
15	BLOQUE ELMER CARDENAS	10132
16	BLOQUE HEROES DE GRANADA	3730
17	BLOQUE CUNDINAMARCA	1048
18	BLOQUE VENCEDORES DE ARAUCA	2709
19	FRENTE PROCERES DEL CAGUAN	5657
20	FRENTE SUR DEL PUTUMAYO DEL BCB	7310
21	BLOQUE PUERTO BOYACA	3434
22	BLOQUE LA MOJANA	4194
23	FRENTE JULIO PEINADO BECERRA	5672
24	BLOQUE NOROCCIDENTE ANTIOQUEÑO	6246
25	FRENTE MARTIRES DE GUATICA	1425
26	SUR DE BOLIVAR DELL BCB	15014
27	BLOQUE METRO	22083
28	BLOQUE SUROESTE ANTIOQUEÑO	5824
29	BLOQUE CACIQUE NUTIBARA	10799
30	BLOQUE HEROES DEL PACIFICO	1601
31	FRENTE CACIQUE PIPINTA	1677
32	BLOQUE TOLIMA	1742
33	BLOQUE HEROES DE TOLOVA	956
34	FRENTE VICHADA BCB	51
35	AUTODEFENSAS DE META Y VICHADA	902
36	CASA CASTAÑO	7686

La Fiscalía General de la Nación ha requerido a las demás instituciones involucradas en la aplicación del principio de oportunidad sobre la necesidad de resolver estos aspectos que permitan avanzar en su trámite, advirtiendo que el principio de oportunidad no es óbice para que la Fiscalía General de la Nación continúe sus labores investigativas para establecer otras conductas delictivas diferentes al concierto para delinquir y en caso de hallarlas, iniciar las correspondientes investigaciones en contra de los sindicatos.

Es así que mediante oficio No. 007860 de 4 de agosto de 2009 dirigido al señor Ministro del Interior y de Justicia, esta Jefatura de Unidad, solicitó convocar a las distintas autoridades involucradas en la aplicación del principio de oportunidad para revisar y resolver los aspectos relevantes en su trámite y que en la práctica determinan la viabilidad de su aplicación.

Las situaciones planteadas fueron discutidas de manera preliminar en reunión llevada a cabo el 10 de septiembre de 2009 en el despacho del señor Viceministro de Justicia, Dr. Miguel Ceballos Arévalo, con presencia de delegados del Consejo Superior de la Judicatura, Procurador General de la Nación, Defensoría Pública, Alta Consejería para la Reintegración, Alto Comisionado para la Paz, Policía Nacional, entre otros, sin que se haya adoptado alguna decisión.

Posteriormente, mediante oficio No. 008196 de 2009, el despacho a mi cargo, solicita nuevamente convocar a las entidades ya referidas, reunión que tiene lugar el 13 de octubre de 2009 en el despacho del señor Viceministro de Justicia, y en la que se abordaron los aspectos relacionados con la definición de los Jueces de Control de Garantías, como se indicó.

En dicha reunión el delegado del Consejo Superior de la Judicatura se comprometió a dar a conocer a dicha corporación la situación y en el ámbito de su competencia se resolviera lo pertinente a la ubicación y número de Jueces, sin respuesta a la fecha.

Con relación a las víctimas, a su representación y participación no fue posible llegar a una conclusión, por lo que se dispuso establecer un comité para estudiar y definir los temas relativos a las mismas, sin que a la fecha se haya logrado alguna definición.

En lo relativo a los desmovilizados, se planteó que atendiendo al GAOML al que pertenecieron se debe adoptar mecanismos para su convocatoria y la suscripción del acta de que trata el artículo segundo numeral 17 de la Ley 1312 de 2009. Además, darles a conocer el trámite establecido en la ley, las condiciones para adelantar el mismo, las obligaciones a imponer en caso de considerarse la aplicación del principio de oportunidad bajo la suspensión del procedimiento a prueba y el plan de reparación a las

víctimas que debe acompañarlo, lo que tiene obviamente incidencia en el abordaje a las víctimas.

En la reunión se planteó incluso la realización de campañas informativas que permitieran a la sociedad en general y de manera especial a los intervinientes, conocer el objeto, la finalidad y los alcances de la norma.

A pesar de lo anterior, a la fecha no se ha realizado avance alguno.

El día 30 de abril de 2010 mediante oficio No. 007008, se reiteró al Ministro del Interior y de Justicia la necesidad de avanzar en los temas señalados, y a partir de allí establecer la viabilidad de dar aplicación al principio de oportunidad, conforme a lo dispuesto en la ley, sin resultados obtenidos.

Como se establece de lo anterior, son razones de política criminal las que se han considerado por la Fiscalía General de la Nación para no iniciar aún el trámite para la aplicación del principio de oportunidad a los desmovilizados colectivos, hasta tanto no se encuentren establecidos los mecanismos necesarios para que su aplicación no resulte violatoria de los derechos y garantías de quienes intervienen en el trámite y no generen en la administración de justicia un caos en dichas actuaciones y en otras que en nada tienen relación con la causal 17 del artículo segundo de la Ley 1312 de 2009”.

VII. CONCEPTO DEL PROCURADOR.

El Procurador General de la Nación, mediante concepto núm. 4985, solicita a la Corte declarar:

“**EXEQUIBLE** el numeral 17 del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 2° de la Ley 1312 de 2009, por el cargo formulado y bajo el entendido de que, para preservar los derechos de las posibles víctimas, en la reglamentación que para la aplicación del principio de oportunidad expida el Fiscal General de la Nación, se debe contemplar la publicación en un periódico y una emisora de cobertura nacional, y en la página web de la Fiscalía General de la Nación, de la información sobre la identidad plena, valga decir, visual, nominal y de alias, de cada uno de los desmovilizados que serán sometidos al procedimiento de aplicación del principio de oportunidad y de las fechas programadas para ese procedimiento.

EXEQUIBLE el parágrafo 3° del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 2° de la Ley 1312 de 2009, por el cargo formulado”.

A juicio de la Vista Fiscal, los actores aducen dos líneas argumentativas incompatibles en su discurso contra el numeral 17 de la ley acusada. *“En la primera se ataca su aplicación porque el concierto para delinquir es un delito de lesa humanidad. En la segunda se ataca su redacción por considerar que es ambigua y confusa y, además, va en contra de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Ambas líneas argumentativas conducen a falsos problemas”*.

Así las cosas, para la Procuraduría el concierto para delinquir no es un crimen de lesa humanidad por las siguientes razones:

“No es cierto, como se dice de pasada, que el concierto para delinquir sea en sí mismo un delito de lesa humanidad, como tampoco lo son el uso ilegal de uniformes o insignias y el porte ilegal de armas o municiones. Los delitos de lesa humanidad están definidos de manera clara y distinta en el derecho internacional. Sobre esto podría abundarse en razones, pero no es necesario en este caso, ya que si se acepta, en un acto de mera liberalidad discursiva, lo que sostienen los actores, de que dichos delitos son de lesa humanidad, el propio parágrafo 3º, también acusado por los actores, impide aplicar el principio de oportunidad en estos casos. Una simple lectura completa del artículo 2º de la Ley 1312 de 2009 así lo confirma. No hay, pues, ninguna posibilidad de aplicar el principio de oportunidad a delitos de lesa humanidad”.

De igual manera, a juicio de la Vista Fiscal, la causal de aplicación del principio de oportunidad no es inequívoca o confusa por cuanto:

“[L]a condición de desmovilizado, al tenor del artículo 9 de la Ley 975 de 2005, corresponde a la persona que deja las armas y abandona el grupo armado al margen de la ley al que pertenecía; la manifestación del desmovilizado de reincorporarse a la vida civil mediante actos inequívocos, es un hecho que debe verificarse en la práctica y probarse, al tenor de los artículos 326 y 327 de la Ley 906 de 2005, y que no queda sometido a la valoración caprichosa de un fiscal; la no postulación del desmovilizado por el Gobierno para acceder a los beneficios de la Ley 975 de 2005, es un hecho que puede verificarse de manera objetiva; la no existencia de investigaciones contra el desmovilizado por delitos cometidos antes o después de su desmovilización, diferentes a los que señala en numeral 17, es también verificable de manera objetiva. Las nociones que emplea el artículo están definidas de manera unívoca y precisa por esta y por otras leyes. Su aplicación no depende del capricho o la mera voluntad, sino que se funda en parámetros y pruebas objetivas”.

Expone igualmente que el delito al cual alude la norma acusada es el concierto para delinquir simple, es decir, la conducta punible en la cual incurren los desmovilizados por el mero hecho de haber pertenecido a un grupo armado al margen de la ley, comprendiendo el porte ilegal de armas, uniformes e insignias. Así, *“la comisión de cualquier otro delito, impide la aplicación del principio de*

oportunidad según el numeral acusado. Es obvio que las personas que organizan, fomentan, promueven, dirigen, encabezan, constituyen o financian grupos al margen de la ley, conductas que son diferentes a la mera militancia, no pueden acceder a la aplicación del principio de oportunidad. Y esto es así, porque esas conductas constituyen, al tenor del artículo 345 del Código Penal, un delito autónomo: el de financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas”.

Explica igualmente el Ministerio Público que la no comisión de delitos distintos a los que señala el numeral 17, se garantiza de dos maneras, a saber: con la revisión de que no existen investigaciones criminales y con la declaración del desmovilizado, bajo la gravedad de juramento, de no haber cometido otros delitos. Si la declaración no es cierta, además de incurrir en un nuevo delito, el desmovilizado no puede beneficiarse de la aplicación del principio de oportunidad.

En cuanto a la garantía de los derechos de las víctimas, la Vista Fiscal señala lo siguiente:

“En cuanto a los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas, para que pueda llegar a considerarse su vulneración, es menester establecer un supuesto lógico insoslayable: la existencia de víctimas. Las víctimas de un delito no se pueden suponer o presumir, deben existir. En delitos como los que se estudia, es muy difícil establecer la existencia de víctimas. En efecto, ¿quién sería o podría ser víctima del uso ilegal de uniformes o insignias, o del porte ilegal de armas o municiones, o del mero concierto para delinquir que no se concreta en hechos tangibles?

Si bajo el ropaje del concierto para delinquir se pretende amparar otros delitos, situación que, como se ha dicho, hace inaplicable el principio de oportunidad, es evidente que sí se puede afectar los derechos de las víctimas de dichos delitos. Esta situación irregular, que corresponde a un abuso del derecho y a una manipulación perversa de la ley, de claros matices inconstitucionales, debe ser evitada. Las víctimas, pues, no son las de los delitos respecto de los cuales se aplica el principio de oportunidad, sino de otros delitos que pueden quedar impunes merced a una falsa declaración del desmovilizado y a una ineficiente tarea investigativa del Estado. Para precaver esta posibilidad abusiva e inconstitucional, parece razonable que en estos casos las víctimas puedan tener noticia del procedimiento en el cual se aplicaría el principio de oportunidad y puedan participar en él.

Ahora bien, la Vista Fiscal considera que, dada la finalidad para la cual se conformaron los grupos armados al margen de la ley, es muy probable sus integrantes hayan cometido graves crímenes, motivo por el cual se debe garantizar la debida publicidad acerca de las audiencias de aplicación del principio de oportunidad, a través de la debida publicación en diarios de cobertura nacional.

Finalmente, en cuanto al cargo contra el párrafo 3 del artículo 324 del C.P.P., el Ministerio Público considera que no debe prosperar, por cuanto *“baste indicar que dichos delitos, al tenor del artículo 7° de la Ley 742 de 2002, por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, son delitos de lesa humanidad. Al estar incluidos en el referido párrafo los delitos de lesa humanidad, es evidente que la omisión que aducen los actores no existe.”*

Hasta aquí la sentencia recoge los antecedentes que formaron parte de la ponencia inicialmente presentada por el Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, la cual no contó con la mayoría suficiente para ser aprobada por la Sala Plena de la corporación, motivo por el cual fue rotada al Magistrado Luís Ernesto Vargas Silva, quien ahora actúa como ponente.

VIII. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia de la Corte

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4o. de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre las demandas de inconstitucionalidad de la referencia, pues las disposiciones acusadas forman parte de una ley de la República, en este caso, de la Ley 1312 de 2009.

Planteamiento de los problemas jurídicos- constitucionales y estructura de la sentencia

2. Según los demandantes el inciso primero del numeral 17 y el párrafo 3 del artículo 324 del C.P.P., modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009 *“Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004, en lo relacionado con el principio de oportunidad”*, son inconstitucionales por quebrantar los artículos 150.17 y 250 de la Constitución, y vulnerar así mismo los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 4 y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; el artículo 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 12 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos y Degradantes; el artículo 1 de la Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura y el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Los demandantes configuraron varios cargos de inconstitucionalidad contra los preceptos acusados, que para efecto de su análisis se organizan así:

Primer cargo. Los preceptos acusados serían contrarios al artículo 150.17 de la Carta, por contemplar una especie de amnistía encubierta, sin que se hubiese cumplido con el procedimiento constitucional que demanda un acto de esta naturaleza. Señalan que si bien la Corte Constitucional consideró que la ley de justicia y paz no equivalía a una amnistía, por cuanto finalmente se aplicaba una pena, en la Ley 1312 de 2009 “*el Estado renuncia a la persecución penal y a la adjudicación de justicia*”.

Aducen al respecto los ciudadanos que revisado el trámite que se dio al proyecto de ley en el Congreso de la República, se advierte que no se siguió aquél propio de las leyes de amnistía, motivo por el cual la causal de aplicación del principio de oportunidad es realmente una amnistía encubierta que va en contravía de lo dispuesto en el artículo 150.17 de la C.P. que exigen un quórum calificado para la aprobación, y requiere aplicarse a delitos exclusivamente políticos, hipótesis que no concurre en el presente caso.

Segundo cargo: De conformidad con la demanda, las normas acusadas desconocen los derechos de las víctimas al acceso a la justicia, a conocer la verdad de los hechos y a obtener una reparación integral, consagrados en los artículos 1, 2, 6, 12, 29, 93 y 229 de la Constitución, y en los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sustentan este cargo señalando que la causal 17 se aplica en abstracto a un grupo de desmovilizados cuya única obligación es declarar que no han cometido violaciones de derechos humanos, sin que las víctimas tengan acceso al procedimiento para controvertir su versión y sin que exista investigación ni identificación del beneficiario que permita igualmente controvertir las decisiones que afecten los derechos de las víctimas; tampoco está prevista medida alguna para su reparación.

Tercer cargo: Los preceptos acusados son contrarios a la obligación internacional contraída por el Estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos, así como de garantizarles a las víctimas el acceso a un recurso judicial efectivo, tal como lo prevén los artículos 1, 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, generando así un escenario injustificado de impunidad.

Cuarto Cargo: La disposición acusada vulnera el artículo 250 de la Constitución que contempla un principio de oportunidad reglado. Aducen que la norma crea una causal para la aplicación del principio de oportunidad de naturaleza ambigua e indeterminada. Esta ambigüedad e indeterminación se advierte en la indefinición de aspectos estructurales de la disposición, tales como (i) la identificación de los delitos a los cuales se aplica, (ii) el suministro de parámetros normativos objetivos que eliminen la total discrecionalidad del fiscal a la hora de aplicar el principio de oportunidad, y (iii) la posibilidad de participación de las víctimas en un proceso penal determinado.

Quinto cargo: En el párrafo 3° del numeral 17 del artículo 324 del C.P., el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa, toda vez que excluyó, de

manera injustificada, de los supuestos en que se excluye la aplicación del principio de oportunidad *“las graves violaciones de derechos humanos”*. Si bien se hace referencia a los *crímenes de lesa humanidad*, hay graves violaciones de derechos humanos que no encajan dentro de esta categoría y por lo tanto podrían quedar en la impunidad en el evento de ser cobijadas con el principio de oportunidad.

3. Por su parte, los intervinientes sostienen posturas encontradas. Algunos coadyuvan la demanda, por estimar que efectivamente la aplicación de la causal prevista en el numeral 17 del artículo 324 del C.P.P. para la aplicación del principio de oportunidad desconoce los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, estipulados en diversos tratados internacionales, y el principio de legalidad. Otros, por el contrario, propugnan por la exequibilidad de los preceptos acusados, al considerar que no se presenta indeterminación ni en la causal, ni en los beneficiarios, como tampoco en los delitos amparados por la norma, y no es cierto que el beneficio procesal se extienda a los crímenes de lesa humanidad, comoquiera que la norma los excluye de manera expresa.

4. Para el Ministerio Público, el párrafo tercero del artículo 324 C.P.P., modificado por la Ley 1312 de 2009 debe ser declarado exequible, en tanto que estima que el primer inciso del numeral 17 de la misma disposición debe ser objeto de una constitucionalidad condicionada, en el sentido que *“para preservar los derechos de las posibles víctimas, en la reglamentación que para la aplicación del principio de oportunidad expida el Fiscal General de la Nación, se debe contemplar la publicación en un periódico y una emisora de cobertura nacional, y en la pagina web de la Fiscalía General de la Nación, de la información sobre la identidad plena, valga decir, visual, nominal y de alias, de cada uno de los desmovilizados que serán sometidos al procedimiento de aplicación del principio de oportunidad y de las fechas programadas para ese procedimiento”*.

5. De conformidad con los cargos planteados, y el debate suscitado durante el juicio de constitucionalidad, debe la Corte resolver los siguientes problemas:

(i) ¿La aplicación del principio de oportunidad al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, constituye una amnistía encubierta que debió someterse al trámite previsto en el artículo 150.17 de la Constitución?

(ii) ¿La aplicación del principio de oportunidad, con fundamento en la causal 17 del artículo 324 del C.P.P., vulnera los derechos de las víctimas a la verdad, al acceso a la justicia y a la reparación, y desconoce el deber del Estado de evitar la impunidad mediante la investigación y juzgamiento de las graves violaciones de los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario?.

(iii) ¿La forma como está diseñada causal prevista en el numeral 17 del artículo 324 del C.P.P. quebranta los límites constitucionales establecidos para la aplicación del principio de oportunidad?

(iv) ¿Se configura una omisión legislativa relativa en el párrafo tercero del artículo 324 C.P.P., al haberse excluido de la aplicación del beneficio, entre otros crímenes, los de lesa humanidad, expresión que dejaría por fuera otras violaciones graves de derechos humanos que no encajan en la mencionada categoría?

6. En atención a que en el primer cargo se sugiere la existencia de un vicio de procedimiento en la expedición de la Ley 1312 de 2009, dado que según los demandantes esta debió tramitarse de conformidad con las previsiones del artículo 150.17 de la Carta, por tratarse, en sus palabras, de una “amnistía encubierta”, la Sala abordará de manera preliminar esta cuestión, que de prosperar conduciría a una inexecutable integral de la ley.

7. De superar tal examen, a continuación se analizarán los cargos de fondo, para lo cual se hará una referencia a: i) Los límites constitucionales en el diseño de la política criminal del Estado; (ii) Los límites constitucionales a la potestad de configuración legislativa en el diseño de las causales para la aplicación del principio de oportunidad, con especial referencia al orden justo, los derechos de las víctimas y la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables grave criminalidad; las finalidades de la reforma constitucional que introdujo el sistema penal de tendencia acusatoria, y en particular el principio de oportunidad; los rasgos constitucionales del principio de oportunidad y la legalidad estricta como límites a la potestad de configuración legislativa de las causales para la aplicación del principio de oportunidad.

En ese marco se juzgará cada una de las normas acusadas a la luz de los cargos formulados en la demanda.

Examen del cargo por vicio de procedimiento en la expedición de la Ley 1312 de 2009

8. Para los demandantes, la figura jurídica establecida por el legislador en la norma acusada configura realmente una amnistía encubierta, que resulta contraria a los derechos de las víctimas. Sostienen que revisado el trámite que se dio al proyecto de ley en el Congreso de la República, se concluye que no se siguió aquél propio de las leyes de amnistía, motivo por el cual la causal de aplicación del principio de oportunidad es realmente una amnistía encubierta.

9. Sobre el particular, en primer lugar, considera la Corte que por tratarse de un vicio de forma consistente en que la norma acusada debió haber surtido el trámite propio de una ley de amnistía y no de una ordinaria, es preciso verificar si la demanda fue presentada oportunamente, es decir, dentro del año siguiente a su entrada en vigor.

Al respecto, constata la Corte que la Ley 1312 de 2009, entró a regir desde su promulgación llevada a cabo el 9 de julio de ese año. La demanda de inconstitucionalidad fue presentada ante la Secretaría General de la Corte el 30 de abril de 2010, es decir en término.

10. El artículo 150, numeral 17 de la Constitución¹ establece la posibilidad de conceder mediante ley, amnistías o indultos generales por delitos políticos, justificados en graves motivos de conveniencia pública.

La amnistía constituye un beneficio de carácter jurídico – político que otorga el Congreso de la República, como representante del pueblo, y fundado en altos motivos de conveniencia pública, con el propósito de lograr la convivencia pacífica que se encuentra perturbada por quienes optaron en un momento determinado por subvertir el orden jurídico-constitucional².

En consideración a la especial trascendencia que tales decisiones tienen para la sociedad, y a su finalidad específica, se contempla como una medida excepcional, para la cual la propia Constitución ha previsto un procedimiento que reclama un más amplio consenso democrático, comoquiera que exige una mayoría calificada constituida por los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara, requisito este que conforme al reglamento del Congreso se cumplirá por votación secreta (CP. art. 150-17 y Ley 5 de 1992, art. 131, literal c).

El rasgo fundamental de la amnistía es el de producir la extinción de la acción penal. Mediante esta figura el Estado olvida el delito, correspondiendo a los jueces aplicar tal decisión, comoquiera que atañe al ejercicio mismo de la acción penal. Sobre sus efectos ha señalado la jurisprudencia:

“La amnistía por su propia naturaleza impide proseguir el proceso que ya hubiere sido iniciado y que no hubiere culminado con sentencia. (...) Con todo, si al momento de concederse la ley de amnistía ésta resulta aplicable a personas contra quienes ya hubiere sentencia condenatoria, se excepciona la cosa juzgada y desde entonces cesa la ejecución de la pena para lo cual habrá de comunicarse al juez que dictó la sentencia en primera instancia, institución que la doctrina conoce como amnistía impropia”³.

11. Aplicadas las nociones precedentes al análisis de la Ley 1312 de 2009, se observa por la Corte que los propósitos de la mencionada ley distan mucho de aquellos vinculados a la concesión de una amnistía. Como se puede advertir de

¹ “**ARTÍCULO 150.** — Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)

17. Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar.”

No sobra recordar que dicha posibilidad igualmente se establecía en el artículo 76, numeral 19 de la Constitución derogada.

² Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006.

³ *Ibidem*.

los antecedentes, así como del texto mismo de la ley, el propósito del legislador se orientó a introducir algunas modificaciones al principio de oportunidad como institución fuertemente vinculada al sistema penal acusatorio y para ser aplicada en el marco de la política criminal de Estado. No es gratuito que su iniciativa hubiese surgido en el seno del Consejo de Política Criminal.

En este sentido, en los antecedentes de la ley, una vez se acoge la propuesta del Fiscal General de la Nación⁴ de extender el principio a los miembros rasos de los grupos armados ilegales que se hubieren desmovilizado se indicó que *“Dada la orientación de la política criminal del Estado frente a la cual cabe advertir [el principio de oportunidad] debe responder a la posición del Estado frente a la prevención, sanción, y erradicación del delito”*⁵. De modo que las normas previstas en la Ley 1312 de 2009, se insertan en el contexto de las herramientas ordinarias del Estado para cumplir las finalidades implícitas en el ejercicio del poder punitivo. De hecho se señala como marco de la reforma *“el artículo 250 de la Constitución, que regula los instrumentos para operar el sistema de investigación y juzgamiento de delitos, a partir del marco de la Política Criminal del Estado”*⁶.

La medida legislativa a que se contrae la ley, se dirige a *“vigorizar y ampliar”* el principio de oportunidad, a efecto de que a través de las posibilidades de cooperación que ofrece se puedan focalizar esfuerzos hacia la desarticulación de organizaciones criminales⁷.

Y si bien el principio de oportunidad incluye dentro de sus posibilidades la suspensión, interrupción e incluso la renuncia a la acción penal, se trata de eventualidades que deben operar con sujeción al principio de legalidad, su aplicación debe estar mediada por la prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad, y estar sometidas a control judicial.

Se trata de instituciones que tienen origen y naturaleza diversos. La amnistía por ser una medida legislativa, tiene carácter general y está referida a hechos, en tanto que la concesión del principio de oportunidad es de naturaleza judicial y se aplica de manera individualizada.

La ley que se examina no declara ni insinúa que los hechos objeto de la estrategia normativa tengan la connotación de criminalidad política. Tampoco se plantea un perdón u olvido generalizado, si no un beneficio jurídico que la

⁴ El proyecto de ley se orientó inicialmente a la ampliación del principio de oportunidad, con algunas limitaciones, a casos de narcotráfico de estupefacientes, financiación de terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores, promotores o directores de la respectiva organización. A partir del informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley No. 342/08 y 261/08, se incluye, entre otras modificaciones, la propuesta del Fiscal General de la Nación de beneficiar con la aplicación del principio de oportunidad a los miembros rasos de los grupos armados ilegales que se desmovilizaren en el marco de la Ley de Justicia y Paz, y en el de las negociaciones de paz con el Gobierno.

⁵ Gaceta del Congreso No. 217, Abril 17 de 2009. Pag. 12.

⁶ Gaceta del Congreso No. 217 de Abril 17 de 2009. Pag. 12. Informe de Ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley 342/08 Cámara y 342/08 Senado.

⁷ Cfr. Gaceta del Congreso No. 446 de julio 24 de 2008. Antecedentes legislativos del Proyecto de Ley 261/08 Senado, y 342/08 Cámara.

iniciativa legislativa inserta dentro de la política criminal del Estado, así se proponga para ser aplicado a un grupo considerable de individuos, lo cual no excluye la obligación de efectuar constataciones particulares sobre los requisitos exigidos para su concesión. Ya el tema relativo a si esos requisitos, tal como están propuestos respetan o no los límites constitucionales que se oponen a la potestad de configuración legislativa en el diseño de las causales que autorizan la suspensión, interrupción o extinción de la acción penal, será objeto de posterior análisis en esta sentencia.

No concurren en consecuencia, en la presente ley, los presupuestos que definen una amnistía, y en tales condiciones no le era exigible al legislador someter la expedición de la Ley acusada a un trámite reservado para aquella figura jurídica.

12. Así las cosas, el cargo propuesto por haber sido tramitada la Ley 1312 de 2009 como ordinaria, pese a que debería haberlo sido mediante el procedimiento especial previsto para las leyes que conceden amnistías no está llamado a prosperar.

13. Teniendo en cuenta que los antecedentes legislativos enfatizan en que la introducción de una nueva causal para la aplicación del principio de oportunidad en relación con desmovilizados de grupos armados organizados al margen de la ley, debe ser entendida dentro del marco de la política criminal del Estado, tal como lo señala el propio artículo 250 de la Constitución, y que la iniciativa surgió del seno del Consejo de Política Criminal, es preciso recordar la jurisprudencia que esta Corte ha desarrollado sobre los límites constitucionales que atan a las autoridades responsables del diseño de la política pública en materia criminal, a la hora de configurar los mecanismos para hacer frente al fenómeno delictivo.

Límites constitucionales al diseño de la política pública en materia penal.

14. Según lo establece el artículo 250 de la Constitución, la regulación del principio de oportunidad debe insertarse dentro del modelo de política pública que adopte el Estado para enfrentar el fenómeno criminal.

La noción de *“política criminal”* ha sido definida por la Corte, como *“el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción”*⁸.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido así mismo que la *política criminal* puede ser articulada por el Legislador a través de la expedición de normas. En este sentido indicó que: *“la legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado”*, y que *“la decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los*

⁸ Corte Constitucional, sentencias C-646 de 2001, y C-873 de 2003.

medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal". Así mismo, se precisó que *"la norma penal, una vez promulgada, se independiza de la decisión política que le da origen, conservando la finalidad buscada por su redactor en el elemento teleológico de la norma"*⁹.

En el mismo sentido, ha precisado esta Corporación que el proceso de diseño de una política pública en materia criminal incluye los estadios de: (i) definición de sus elementos constitutivos y las relaciones entre ellos, (ii) articulación inteligible de sus componentes, y (iii) programación de la forma, los medios y el ritmo al cual será desarrollada dicha política; en ese orden de ideas, la Corte expresó que las decisiones constitutivas del diseño de una política pública pueden ser plasmadas, o bien en documentos políticos, o bien en instrumentos jurídicos – esto es, normas, sean éstas de rango constitucional, legal o reglamentario.

15. Entre las distintas medidas normativas que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, forman parte del concepto de *"política criminal"*, se encuentran: (a) las que definen los bienes jurídicos que se busca proteger por medio de las normas penales, a través de la tipificación de conductas delictivas¹⁰, (b) las que establecen los regímenes sancionatorios y los procedimientos necesarios para proteger tales bienes jurídicos¹¹, (c) **las que señalan criterios para aumentar la eficiencia de la administración de justicia**¹², (d) las que consagran los mecanismos para la protección de las personas que intervienen en los procesos penales¹³, (e) las que regulan la detención preventiva¹⁴, o (f) las que señalan los términos de prescripción de la acción penal¹⁵. Así mismo ha reconocido esta Corporación que *"las normas del Código de Procedimiento Penal son un elemento constitutivo la política criminal en tanto instrumento para su materialización, puesto que regulan las formas y los pasos que deben seguir quienes ejecuten dicha política en la práctica"*¹⁶.

16. Según lo ha determinado la jurisprudencia de esta Corte, una parte integrante del proceso de diseño y adopción de políticas públicas en materia criminal es la utilización de instrumentos normativos, tales como el Acto Legislativo No. 3 de 2002, el cual no se limitó a efectuar reformas menores a la Fiscalía creada por la Constitución de 1991. La voluntad del Congreso al expedirlo, en ejercicio de su función constituyente y de su potestad de diseñar y adoptar la política

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-504 de 1993.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-599 de 1998.

¹¹ Así, en la sentencia C-198 de 1997 se afirmó: *"La selección de los bienes jurídicos merecedores de protección, el señalamiento de las conductas capaces de afectarlos, la distinción entre delitos y contravenciones, así como las consecuentes diferencias de regímenes sancionatorios y de procedimientos obedecen a la política criminal del Estado en cuya concepción y diseño se reconoce al legislador, en lo no regulado directamente por el Constituyente, un margen de acción que se inscribe dentro de la llamada libertad de configuración."* En idéntico sentido se pronunció la Corte en la sentencia C-093 de 1993.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-227 de 1998.

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-344 de 1995.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-327 de 1997.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-345 de 1995.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-646 de 2001.

criminal del Estado, fue de amplio espectro al punto que se orientó a instituir un “*nuevo sistema*” de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal, en el cual se inscribe como figura estelar el principio de oportunidad

En este sentido ha señalado también la jurisprudencia que “*el concepto de política criminal comprende la respuesta penal tradicional al fenómeno criminal*”¹⁷. Y si bien las leyes penales pueden ser la expresión de una política, dado su carácter de normas jurídicas deben obviamente respetar la Constitución. De modo que cuando una política pública es formulada en un instrumento jurídico, se debe respetar el ordenamiento superior. En materia penal este imperativo resulta todavía más claro que en otros ámbitos de las políticas públicas, toda vez que se trata de una esfera del orden normativo en el que los derechos fundamentales se encuentran particularmente implicados ya sea desde el punto de vista del imputado o de la víctima, y el interés de la sociedad se encuentra igualmente comprometido. El margen del órgano que adopta la política pública es más amplio o reducido según sean mayores y más detallados los condicionamientos fijados en la Constitución al respecto.

17. Por eso, la Corte ha reconocido que existe una estrecha relación entre la Constitución y la política criminal, que parte de la idea de la “*constitucionalización*” de aspectos medulares del derecho penal, tanto en materia sustantiva como procedimental. Al respecto señaló la Corporación:

“De un lado, encontramos el problema de la relación entre la Constitución y la política criminal del Estado, o si se quiere, entre el derecho constitucional y el derecho penal, (...).

“Así, ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius punendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. **Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas**”¹⁸ (Negrillas agregadas).

Dicha política, ha señalado la Corte, debe concebirse dentro de los límites materiales que señala la Constitución,

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-646 de 2001.

¹⁸ Sentencia C-038/95, MP: Alejandro Martínez Caballero, Normas acusadas: Artículo 201 (parcial) del Decreto 100 de 1980. En este fallo la Corte analiza la relación entre la Constitución y política criminal, la legitimidad constitucional de la penalización del porte ilícito de armas y el monopolio de posesión y porte de armas en el Estado. La norma demandada fue declarada constitucional.

Un componente fundamental de la política pública diseñada para enfrentar el fenómeno criminal constituye sin duda el establecimiento de instrumentos jurídicos y estratégicos para garantizar los derechos de las víctimas de los delitos. En materia de grave criminalidad, existen claros compromisos del Estado colombiano que le señalan imperativos en materia de investigación, juzgamiento y garantías de acceso, restablecimiento y satisfacción de los derechos de las víctimas, así como de no repetición con miras a erradicar la impunidad.

18. En suma, los antecedentes legislativos de la Ley 1312 de 2009, son prolíficos en referencias en el sentido que la reforma que introduce se inserta en el marco de la política criminal del Estado. Por esta razón el instrumento forma parte del Código de Procedimiento Penal ordinario, y como tal tiene vocación de permanencia. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, la normatividad penal, es en efecto, una expresión de la política criminal del Estado, y como tal debe respetar en su formulación los contenidos materiales de la Constitución, en particular los derechos y la dignidad de las personas.

19. Esta claridad reviste relevancia, para establecer el marco en el que se desenvolverá el análisis de la Corte. Aunque algunos de los intervinientes hacen referencia a un marco de justicia transicional, es claro que la Ley 1312 de 2009, no es el producto directo de un acuerdo nacional para la búsqueda de la paz, que parta del reconocimiento de la existencia de una situación de violación masiva de derechos humanos y de la necesidad de poner fin a la impunidad. No resulta, en consecuencia, aplicable en esta oportunidad la metodología de la ponderación entre la justicia y la paz, a la cual ha acudido la Corte en otras oportunidades.¹⁹ El marco, propuesto por el propio legislador, es el de la política criminal ordinaria del Estado, y en ese ámbito se ubicará el análisis de constitucionalidad.

Definido este marco, procede la Sala a indicar los límites constitucionales que atan al legislador a la hora de configurar las causales para la aplicación del principio de oportunidad, el cual está diseñado para operar dentro de la política criminal del Estado.

Límites constitucionales a la potestad de configuración del legislador en el diseño de las causales para la aplicación del principio de oportunidad.

20. El constituyente secundario defirió expresamente al legislador el señalamiento de las causales que ameritan la aplicación del principio de oportunidad penal, como se deduce del tenor literal del artículo 250 superior.²⁰

¹⁹ Así, en la sentencia C-370 de 2006.

²⁰ *“Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del*

En tal virtud, el legislador goza de una amplia potestad legislativa a la hora de señalar aquellas circunstancias que rodean la comisión o el juzgamiento de cualquier conducta punible, en las cuales resulta desproporcionada, inútil o irrazonable la persecución penal. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que dicha potestad de configuración encuentra límites derivados, en primer lugar, de (i) Los derechos de las víctimas de los delitos y del correlativo deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar la grave criminalidad; (ii) de *las finalidades* que tuvo en cuenta el constituyente para la incorporación de razones de oportunidad en el sistema penal acusatorio; (iii) de *las características* constitucionales del principio de oportunidad; (iv) y el principio de legalidad.

El imperativo de asegurar la vigencia de un orden justo. La garantía de los derechos de las víctimas de grave criminalidad.

21. A la hora de diseñar las causales de aplicación del principio de oportunidad penal, el legislador encuentra un límite derivado del mandato constitucional que impone a las autoridades el deber de asegurar *la vigencia de un orden justo*, tal como lo postula el Preámbulo, el artículo 2° de la Carta, así como los compromisos internacionales del Estado en materia de acceso a la administración de justicia en procura de la defensa de los derechos humanos, y para asegurar la efectividad de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de graves violaciones. Este límite no se refiere a las circunstancias objetivas o subjetivas que rodean la comisión, la investigación o el juzgamiento de una conducta punible, sino a la naturaleza especialmente grave del delito en sí mismo considerado.

22. Los compromisos internacionales para la efectiva persecución y sanción de ciertos delitos especialmente graves, recogidos en los instrumentos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de Derecho Internacional Humanitario y de Derecho Penal Internacional suscritos por Colombia, constituyen parámetros de control de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por el artículo 93 superior y por tal razón inciden en la aplicación e interpretación del derecho interno. Su poder limitador para el legislador proviene de la consideración de que *“las violaciones de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario son mucho más graves e inaceptables que las ofensas causadas mediante otras formas de criminalidad, debido a la intensidad de la afectación de la dignidad humana que tales vulneraciones de derechos implican. Por ello el Estado colombiano se ha unido a la comunidad internacional en el empeño de sancionar esas conductas. La gravedad de estos comportamientos rebasa entonces el límite infranqueable de la dignidad humana, de manera que, por razones de proporcionalidad y de respeto a sus compromisos internacionales, no podría el legislador prescindir de la persecución penal en estos casos”*²¹.

Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.” (Negrillas fuera del original)

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-095 de 2007.

23. La protección a los derechos de las víctimas que se deriva de los mencionados estándares internacionales hace relación: (i) a que debe existir un recurso judicial efectivo al alcance de las víctimas de los delitos que constituyen graves violaciones de derechos humanos o de Derecho Internacional Humanitario; (ii) al deber de los Estados de garantizar el acceso a la justicia; y (iii) al deber de investigar las violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario a fin de que se conozca la verdad; (iv) a la obligación de los Estados de cooperar para la prevención y sanción de los delitos internacionales y las graves violaciones de Derecho Humanos, así como a la restauración de los derechos de las víctimas.

Adicionalmente, el imperativo de hacer compatible la aplicación del principio de oportunidad previsto en la Constitución con el respeto a los derechos de las víctimas de las conductas delictivas, se deriva del texto del Acto Legislativo 03 de 2002, que asigna al Fiscal, simultáneamente, la función de aplicar el principio de oportunidad, la misión de *“Velar por la protección de las víctimas”* (C.P. Artículo 250, numeral 7) y también la de *“Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren (...) la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.”* (C.P. Artículo 250, numeral 1).

Así pues, a la hora de diseñar las causales de aplicación del principio de oportunidad penal, el Congreso de la República debe considerar que, tanto de la Constitución como de los compromisos internacionales de Colombia, emanan obligaciones en materia de protección de los derechos de las víctimas de los delitos. Estos mandatos constitucionales y estas obligaciones internacionales relativos al los derechos de las víctimas tienen que ser ponderados con los intereses estatales de racionalización de la persecución penal, que subyacen bajo la consagración constitucional del principio de oportunidad penal. Ciertamente, una interpretación sistemática de la Carta implica aceptar que la conciliación entre los principios de celeridad y eficacia en la administración de justicia no puede dejar de lado la protección de los derechos fundamentales, que obran simultáneamente como límites al diseño legal de las causales y también a la aplicación misma del principio de oportunidad.

24. Los estándares internacionales establecidos en materia de derechos de las víctimas de los delitos, en particular de las graves violaciones de derechos humanos y la serias infracciones al derecho internacional humanitario, han sido incorporados en el orden jurídico colombiano a través de la figura del bloque de constitucionalidad (Art. 93), y constituyen hoy en día un marco referencial insoslayable para el diseño de la política pública en materia penal.

Los tratados sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario establecen los siguientes deberes del estado en relación con la víctimas de violaciones a sus mandatos: (i) garantizar recursos accesible y efectivos para reivindicar sus derechos; (ii) asegurar el acceso a la justicia; (iii) investigar las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario; y

(iv) cooperar en la prevención y sanción de los delitos internacionales y las graves violaciones de derecho humanos.

Estas exigencias deben ser consideradas e incorporadas en el diseño de la política pública establecida para enfrentar de manera permanente el fenómeno de la criminalidad. No obstante, la comunidad internacional ha advertido que se trata de garantías que no se suspenden ni interrumpen en los modelos denominados de justicia transicional²², y en consecuencia los Estados deben asegurar, aún en estos contextos, estándares mínimos en materia de justicia, verdad y reparación.

25. De modo que, trátase de una estrategia político criminal establecida para enfrentar de manera permanente el fenómeno de la criminalidad, como explícitamente lo señalan el texto de la ley y los debates legislativos que le precedieron, o de un mecanismo de *justicia transicional*, como lo aducen algunos de los intervinientes, la Ley 1312 de 2009 debe ceñirse a los estándares internacionales acogidos por el ordenamiento interno, en materia de garantía y efectividad de los derechos de las víctimas de grave criminalidad, pues tal como lo registra la jurisprudencia de esta Corte, la comunidad internacional ha aceptado que *“la necesidad de celebrar acuerdos políticos de reconciliación con amplios grupos sociales exige una cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial.(...) pero no ha cedido en su exigencia de que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas, y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban algún tipo de sanción”²³*.

26. Las obligaciones del Estado relativas a la investigación, juzgamiento y sanción de las violaciones de Derechos Humanos encuentran un primer fundamento normativo explícito en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

²² En el contexto de la comunidad internacional se ha admitido una nueva noción de Justicia, que atiende a la necesidad de alcanzar la efectividad del derecho a la paz en aquellas sociedades en situación de conflicto, pero que a la vez pretende responder, aún en estas circunstancias, al imperativo de enjuiciar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario y lograr el esclarecimiento de la verdad. Esta noción de Justicia, denominada de *transición o justicia transicional* opera dentro del tránsito de un período de violencia a otro de consolidación de la paz y de vigencia del Estado de Derecho, o de autoritarismo a otro de respeto al pluralismo democrático. Sin embargo, se ha hecho énfasis *“en que estas circunstancias de transición no pueden conducir a un relajamiento de las obligaciones internacionales de los Estados en el compromiso universal de respeto a la dignidad y a los derechos humanos”*(C-370 de 2006). La doctrina especializada ha advertido, sobre la importancia de que el concepto de justicia transicional, construido en el contexto internacional, trascienda un contenido meramente retórico para hacerlo *“eficaz instrumentalmente y observable en la realidad”*. Los procesos de transición parten frecuentemente del reconocimiento de la existencia de una situación de violación masiva y sistemática de derechos humanos, y de la necesidad de poner fin a la impunidad. Este último cometido solo se puede lograr de manera legítima a través de la materialización de los derechos de las víctimas, *“Se trata de un uso democrático de la justicia transicional porque tiene el propósito de dar fin a la impunidad a través de la materialización de los derechos de las víctimas y, al hacerlo, busca lograr el reconocimiento y la efectiva protección de los derechos humanos en contextos en los cuales estos derechos han sido violados masiva y sistemáticamente”*. (Uprimny Rodrigo, María Paula Saffon, *Usos y Abusos de la Justicia Transicional en Colombia*. Bergsmo, M. y Kalmanovitz, P (eds.). 2007. *Law in Peace Negotiations*, FICJC Publication Series 2 (2007), International Peace Research Institute in Oslo (PRIO).

²³ Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006.

Políticos²⁴. En efecto, el literal a) del numeral 3º del artículo 2º de dicho Pacto, postula que *“toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”*.

27. El Comité de Derechos Humanos, al interpretar esta norma, ha atribuido importancia a que *“los Estados parte establezcan en el derecho interno mecanismos judiciales y administrativos adecuados para conocer las quejas sobre violaciones de derechos”*²⁵, y ha destacado que *“El hecho de que un Estado Parte no investigue las denuncias de violación puede ser de por sí una vulneración del Pacto”*²⁶. Así mismo ha puesto el énfasis en que *“los Estados Parte han de dar reparación a las personas cuyos derechos reconocidos en el pacto hayan sido infringidos”* y *“adoptar medidas que impidan la repetición de una violación del Pacto”*²⁷.

28. Por su parte, los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁸ prescriben respecto de las obligaciones estatales en materia de investigación y juzgamiento de atentados contra los Derechos Humanos, que los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en esa Convención y *“a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”*, sin discriminación alguna (Artículo 1.1). Así mismo a adoptar, *“las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”* (Artículo 2).

Adicionalmente, la Convención señala que *“toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley”*, entre otras cosas para *“la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”* (Artículo 8), y añade que *“toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos ...”*.

De este plexo normativo se deriva la obligación para los estados signatarios de investigar y juzgar a quienes desconozcan los derechos reconocidos en la mencionada convención, y a dotar a las víctimas de tales violaciones de los medios y recursos judiciales para exigir tal investigación y juzgamiento.

29. De similar manera la *“Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”*²⁹, y la *“Convención Interamericana para*

²⁴ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966. Aprobado mediante la Ley 74 de 1968.

²⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 31 de mayo 26 de 2004.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Suscrita en San José de Costa Rica en noviembre de 1969. Aprobada mediante la Ley 16 de 1972.

²⁹ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1984, aprobada mediante la Ley 70 de 1986.

prevenir y sancionar la tortura”³⁰, reafirman que todo acto de tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyen una ofensa a la dignidad humana y son violatorios de los derechos humanos, por lo cual es compromiso de los Estados signatarios adoptar medidas para prevenir y sancionarlos. Dentro de las obligaciones concretas que asumen los Estados para estos propósitos, están la de garantizar a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura, el derecho a que su caso sea examinado imparcialmente.

30. En la “*Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas*,”³¹ los Estados americanos signatarios parten de la base de que la desaparición forzada de personas viola múltiples derechos esenciales de la persona humana, por lo cual se comprometen a no practicarla ni permitir que se practique, y a sancionar a los autores de este delito, sus cómplices y encubridores. Así mismo a tomar medidas legislativas para tipificar el delito, cuya acción penal no estará sujeta a prescripción.

31. Aunado a lo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, interpretando las obligaciones estatales en materia de justicia en el caso de infracciones graves al **Derecho Internacional Humanitario**, ha señalado lo siguiente:

“Las protecciones derivadas del derecho al debido proceso y la protección judicial aplicables en los conflictos armados internacionales y no internacionales, previstos en los Convenios de Ginebra, se corresponden en forma sustancial con las protecciones del derecho internacional de los derechos humanos y exigen a los Estados el juzgamiento y sanción de personas que cometan u ordenen la comisión de infracciones graves al derecho internacional humanitario. Estas obligaciones no admiten derogación por causa de la vigencia del conflicto. En los casos en que, por ejemplo, el derecho internacional humanitario prescribe estándares mínimos del debido proceso, los Estados no pueden recurrir a derogaciones permisibles bajo el derecho internacional de los derechos humanos. Este criterio encuentra respaldo en los artículos 27 y 29 de la Convención Americana que prohíben derogaciones incongruentes con las demás obligaciones del Estado en virtud del derecho internacional y que prohíbe toda interpretación de la Convención que restrinja el goce del ejercicio de un derecho o libertad reconocida en virtud de otra convención de la cual el Estado sea parte”.³² (Subrayas fuera del original)

32. El Estatuto de Roma, mediante el cual se crea la Corte Penal Internacional, establece como uno de sus objetivos nucleares la lucha contra la impunidad de la criminalidad sistemática. Según lo define el Preámbulo del mismo Estatuto, el ánimo que impulsó a la creación de esta Corte fue el reconocimiento de que “los

³⁰ Adoptada por la Asamblea General de la OEA en Cartagena de Indias en 1985, aprobada mediante la Ley 406 de 1997, declarada exequible mediante la Sentencia C-351 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

³¹ Adoptada por la Asamblea General de la OEA en Belém do Pará, Brasil, en 1994. Aprobada mediante la Ley 707 de 2001, revisada mediante la Sentencia C-580 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³² Informe de la –comisión Interamericana de Derechos humanos sobre el proceso de desmovilización en Colombia. Diciembre 13 de 2004.

crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”.

33. La jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, contienen la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte hará referencia a algunos de los asuntos con relevancia para este análisis, que han sido precisados mediante estas decisiones, y transcribirá los apartes más significativos de ciertas sentencias proferidas en esa instancia judicial.

Entre los asuntos que han sido objeto de interpretación y precisión a través de estas decisiones, se destacan, por su relevancia para el presente estudio, los siguientes:

(i) La obligación estatal de prevenir los graves atentados contra los derechos humanos, de investigarlos cuando ocurran, procesar y sancionar a los responsables, y lograr la reparación de las víctimas.

“184. El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.

El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte, aunque es claro que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado.

...

187. El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.

(...)La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad”³³.

(ii) La incompatibilidad de las leyes de amnistía, de las disposiciones de prescripción y del establecimiento de excluyentes de responsabilidad, respecto de graves atentados contra los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos:

“Las obligaciones de investigar, procesar y sancionar judicialmente los graves atentados en contra de los derechos humanos internacionalmente protegidos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, son incompatibles con leyes o disposiciones de cualquier índole que dispongan respecto de estos delitos amnistías, prescripciones o causales excluyentes de responsabilidad. Este tipo de leyes o disposiciones, por conducir a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, conllevan una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y generan la responsabilidad internacional del Estado. Además, por esas mismas razones, tal tipo de leyes “carecen de efectos jurídicos”³⁴.

(iii) *La eventual aplicación del principio de oportunidad frente a los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos. Una referencia a un caso colombiano.*

“216. En razón de lo anterior, el Estado deberá utilizar los medios que sean necesarios, de acuerdo con su legislación interna, para continuar eficazmente y con la mayor diligencia las investigaciones abiertas, así como abrir las que sean necesarias, con el fin de individualizar, juzgar y eventualmente sancionar a todos los responsables de la ejecución extrajudicial del Senador Manuel Cepeda Vargas, y remover todos los obstáculos, *de facto* y *de jure*, que puedan mantener la impunidad en este

³³ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 20 de enero de 1989. Caso Godínez Cruz vs. Honduras. En ese caso el señor Godínez Cruz, dirigente sindical, fue secuestrado y posteriormente desaparecido. Las pruebas obrantes dentro del proceso permitieron establecer que el hecho fue ejecutado por las autoridades hondureñas, dentro de una práctica generalizada de desaparecer a personas consideradas peligrosas. La Corte consideró que Honduras había violado, en perjuicio del señor Godínez Cruz, los deberes de respeto y garantía de los derechos a la vida, la integridad y la libertad personales consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Síntesis, sentencia C-370 de 2006).

³⁴ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 14 de marzo de 2001.

caso. En particular, el Estado deberá conducir las investigaciones con base en los siguientes criterios³⁵:

(...)

f) Realizar con especial diligencia, la indagación por la interacción del grupo ilegal con agentes estatales y autoridades civiles, la investigación exhaustiva de todas las personas vinculadas con instituciones estatales y de miembros de grupos paramilitares que pudieron estar involucrados. Así, la aplicación del principio de oportunidad³⁶ o la concesión de cualquier otro beneficio administrativo o penal no debe generar ningún tipo de obstáculo para una debida diligencia en las investigaciones de criminalidad asociada a la comisión de violaciones graves de derechos humanos". (Se destaca).

(...)

En cuanto a la futura posible aplicación de la Ley 1312 de 2009, la cual reforma la Ley 906 de 2004 en relación con el principio de oportunidad, el Tribunal nota que la misma contempla la posibilidad de aplicar dicho principio a las personas desmovilizadas de un grupo paramilitar y faculta a la Fiscalía General de la Nación a suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal en estos casos. En particular la ley indica que para acceder a dicho beneficio la persona desmovilizada debe haber manifestado con actos inequívocos su voluntad de reintegrarse a la sociedad, no haber sido postulado al procedimiento de la Ley de Justicia y Paz, y no debe existir en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización, con excepción de la pertenencia a la organización criminal, utilización ilegal de uniformes e insignias y porte ilegal de armas y municiones. Si bien dicha ley establece que "para la aplicación de esta causal, el desmovilizado deberá firmar una declaración bajo la gravedad del juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causal", la Corte ya ha constatado que este tipo de disposiciones normativas puede ser insuficiente si no se da en forma concomitante una verificación rigurosa por parte de las autoridades encargadas de las investigaciones, o del Ministerio Público, de tales aseveraciones (...)"³⁷

(iv) El derecho de acceso a la justicia de las víctimas de las graves violaciones de derechos humanos y la relación de este derecho con la razonabilidad de los plazos dentro de los cuales deben adoptarse las decisiones judiciales.

³⁵ Cfr. Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala, supra nota 57, párr.233.

³⁶ A esta altura del texto original se inserta la nota de pie de página No 316. Por pertinencia, su contenido se destaca en el cuerpo de la sentencia.

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sección V, Serie C No. 216. Nota de pie de página No. 316.

“Este Tribunal ha señalado que el derecho de acceso a la justicia no se agota con el trámite de procesos internos, sino éste debe además asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a los eventuales responsables³⁸ .

En efecto, es necesario recordar que el presente es un caso de ejecuciones extrajudiciales y en este tipo de casos el Estado tiene el deber de iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva³⁹. Durante el proceso de investigación y el trámite judicial, las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben tener amplias oportunidades para participar y ser escuchados, tanto en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, como en la búsqueda de una justa compensación⁴⁰ .

(v) La no suspensión de las obligaciones de los Estados partes de la Convención Americana en materia de investigación, juzgamiento y sanción de los atentados contra los derechos humanos, mientras se adelantan procesos de paz.

“Tal como fue señalado, en casos de ejecuciones extrajudiciales, la jurisprudencia de este Tribunal es inequívoca: el Estado tiene el deber de iniciar ex officio, sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva (supra párr. 219), que no se emprenda como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa⁴¹ .

[...] el Estado tiene la obligación de combatir tal situación [la impunidad] por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares⁴² .

En este sentido, la Corte reconoce las difíciles circunstancias por las que atraviesa Colombia en las que su población y sus instituciones hacen esfuerzos por alcanzar la paz. Sin embargo, las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones establecidas en ese tratado, que subsisten particularmente en casos como el presente⁴³. El Tribunal ha

³⁸ Cfr. Caso de las Hermanas Serrano Cruz, supra nota 11, párr. 66; Caso 19 Comerciantes, supra nota 190, párr. 188, y Caso Myrna Mack Chang, supra nota 5, párr. 209.

³⁹ Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 145; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaui, supra nota 185, párr. 131, y Caso Myrna Mack Chang, supra nota 5, párr. 157.

⁴⁰ Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 147; Caso Hermanas Serrano Cruz. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 63, y Caso 19 Comerciantes supra nota 193, párr. 186.

⁴¹ Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 146; Caso Hermanas Serrano Cruz, supra nota, párr. 61, y Caso Bulacio, supra nota 196, párr. 112.

⁴² Cfr. Caso Maritza Urrutia. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 126. Asimismo, Caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 203; Caso de las Hermanas Serrano Cruz, supra nota 11, párr. 170, y Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaui, supra nota 185, párr. 148.

⁴³ Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 153; Caso de las Hermanas Serrano Cruz. Excepciones Preliminares, supra nota, párr. 118, y Caso Bámaca Velásquez, supra nota 201, párr. 207.

sostenido que al llevar a cabo o tolerar acciones dirigidas a realizar ejecuciones extrajudiciales, no investigarlas de manera adecuada y no sancionar, en su caso, a los responsables, el Estado viola el deber de respetar los derechos reconocidos por la Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio, tanto de la presunta víctima como de sus familiares, impide que la sociedad conozca lo ocurrido⁴⁴ y reproduce las condiciones de impunidad para que este tipo de hechos vuelvan a repetirse^{45,46}.

(vi) *El deber de reparación de los graves atentados contra los derechos humanos.*

“170. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación. De no ser esto posible, como en el presente caso, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias producidas por las infracciones y se establezca, *inter alia*, el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados⁴⁷. La obligación de reparar, que se regula en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el Derecho Internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando disposiciones de su derecho interno⁴⁸.

“171. Las reparaciones consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos material e inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores^{49,50}.

⁴⁴ Cfr. *Caso de la Comunidad Moiwana*, supra nota 4, párr. 153; *Caso Juan Humberto Sánchez*, supra nota 78, párr. 134, y *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92*, párrs. 99 a 101 y 109.

⁴⁵ Cfr. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, supra nota 185, párr. 130, y *Caso Myrna Mack Chang*, supra nota 5, párr. 156.

⁴⁶ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de septiembre de 2005. *Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Los hechos que suscitaron el caso consistieron en la llegada al aeropuerto de San José de Guaviare de aproximadamente un centenar de miembros de la autodefensa Unidas de Colombia (AUC), procedentes del Urabá antioqueño. A su llegada fueron recogidos por miembros del Ejército Nacional, y transportados hasta el municipio de Mapiripán, en camiones de esa Institución. Durante su permanencia en Mapiripán, los paramilitares secuestraron, torturaron, asesinaron y descuartizaron a 49 personas, a las que acusaban de auxiliar a la guerrilla. La Fiscalía concluyó que la masacre se había perpetrado con el apoyo y aquiescencia de la Fuerza Pública. Pese a ser informados, los comandantes del ejército se mantuvieron en completa inactividad. Transcurridos más de ocho años, la justicia penal no había logrado identificar a las víctimas, y solo había juzgado y sancionado a unas pocas personas comprometidas en la masacre.*

⁴⁷ Cfr. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, supra nota 9, párr. 135; *Caso Carpio Nicolle y otros*, supra nota 82, párr. 87; y *Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones*, supra nota 82, párr. 53.

⁴⁸ Cfr. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, supra nota 9, párr. 135; *Caso Lori Berenson Mejía*, supra nota 10, párr. 231; y *Caso Carpio Nicolle y otros*, supra nota 82, párr. 87.

⁴⁹ Cfr. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, supra nota 9, párr. 136; *Caso Carpio Nicolle y otros*, supra nota 82, párr. 89; y *Caso Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 225.

⁵⁰ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 15 de junio de 2005. *Caso comunidad Moiwana vs. Suriname*. Los hechos que dieron lugar al proceso consistieron en que las fuerzas armadas de Suriname atacaron la comunidad N'djuka Maroon de Moiwana. Los soldados masacraron a más de 40 hombres, mujeres y niños, y

(vii) El derecho de los familiares y de la sociedad en general a conocer la verdad.

“76. El derecho que toda persona tiene a la verdad, ha sido desarrollado por el derecho internacional de los derechos humanos⁵¹, y, como sostuvo esta Corte en anteriores oportunidades, la posibilidad de los familiares de la víctima de conocer lo sucedido a ésta⁵², y, en su caso, dónde se encuentran sus restos⁵³, constituye un medio de reparación y, por tanto, una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad como un todo⁵⁴.

“77. Finalmente, es obligación del Estado, según el deber general establecido en el artículo 1.1 de la Convención, asegurar que estas graves violaciones no se vuelvan a repetir. En consecuencia, debe hacer todas las gestiones necesarias para lograr este fin. Las medidas preventivas y de no repetición empiezan con la revelación y reconocimiento de las atrocidades del pasado, como lo ordenara esta Corte en la sentencia de fondo. La sociedad tiene el derecho a conocer la verdad en cuanto a tales crímenes con el propósito de que tenga la capacidad de prevenirlos en el futuro.

“78. Por consiguiente, la Corte reitera que el Estado tiene la obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones de la Convención Americana en el presente caso, así como de divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables.”⁵⁵

Las anteriores conclusiones provienen de sentencias de un tribunal internacional cuya competencia ha sido aceptada por Colombia. El artículo 93 de la

arrasaron la comunidad. Los que lograron escapar huyeron a los bosques circundantes, y después fueron exiliados o internamente desplazados. A la fecha de la presentación de la demanda no había habido una investigación adecuada de la masacre, nadie habría sido juzgado ni sancionado, y los sobrevivientes permanecerían desplazados de sus tierras.

⁵¹Véase, por ejemplo, *United Nations Human Rights Committee, Quinteros v. Uruguay, Communication No. 107/1981, decision of 21 July 1983*; Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 49º período de sesiones, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por L. Joinet*, UN General Assembly Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1; Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 45º período de sesiones, *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Informe definitivo presentado por Theo van Boven, Relator especial, E/CN.4/Sub.2/1993/8.

⁵²Cfr. *Caso Cantoral Benavides, Reparaciones, supra nota 5, párr. 69*; *Caso Villagrán Morales y otros, Reparaciones, supra nota 5, párr. 200*.

⁵³Cfr. *Caso Castillo Páez*, Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párr. 90; *Caso Caballero Delgado y Santana. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 31, párr. 58; y *Caso Neira Alegría y Otros, Reparaciones, supra nota 38, párr. 69*.

⁵⁴Cfr. *Caso Castillo Páez, supra nota 6, párr. 90*. En igual sentido cfr. Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 49º período de sesiones, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por L. Joinet*, UN General Assembly Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1; y Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 45º período de sesiones, *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Informe definitivo presentado por Theo van Boven, Relator especial, E/CN.4/Sub.2/1993/8.

⁵⁵ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de noviembre de 2000. Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala. Los hechos que dieron lugar a este proceso consistieron en el apresamiento del líder guerrillero Efraín Bámaca por el ejército guatemalteco. Estando detenido fue torturado a fin de que revelara información. Y luego fue desaparecido, sin que hasta el momento de la serencia se tuviera información sobre su paradero.

Constitución colombiana prescribe que los derechos y deberes consagrados en esa Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, por lo que la jurisprudencia reseñada resulta relevante para la interpretación que de tales derechos y deberes se haga en el orden interno.

34. El “*Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*”⁵⁶, proclamados por la ONU en 1998, conforma un marco conceptual de gran valor como fuente de Derecho Internacional, en la medida que contiene los lineamientos formulados por las Naciones Unidas para la lucha contra la impunidad en materia de graves violaciones de derechos humanos. Son directrices construidas a partir de pautas normativas y jurisprudenciales de Derecho Internacional, así como de la experiencia histórica proveniente de procesos de tránsito a la democracia o de consolidación del Estado de Derecho en distintas naciones. Sus principales directrices se pueden sintetizar así:

(i) Durante los procesos de transición hacia la paz, a las víctimas les asisten tres categorías de derechos: a) el derecho a saber, b) el derecho a la justicia y c) el derecho a la reparación.

(ii) El derecho a saber es imprescriptible e implica la posibilidad de conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima. Este derecho también hace referencia al derecho colectivo a conocer qué pasó, garantía que tiene su razón de ser en la necesidad de prevenir que las violaciones se reproduzcan y que implica la obligación de “*memoria*” pública sobre los resultados de las investigaciones.

(iii) El derecho a la justicia implica la garantía de un recurso judicial efectivo, a la reparación y a la no repetición. Esto implica que toda víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz, principalmente para conseguir que su agresor sea juzgado, obteniendo su reparación. A esta garantía se asocia el deber estatal de investigar las violaciones, perseguir a sus autores y, si su culpabilidad es establecida, asegurar su sanción.

(iv) Dentro del proceso penal las víctimas tiene el derecho de hacerse parte para reclamar su derecho a la reparación.

(v) En todo caso, las reglas de procedimiento deben responder a criterios de debido proceso.

(vi) La prescripción de la acción penal o de las penas no puede ser opuesta a los delitos graves que según el derecho internacional sean considerados crímenes

⁵⁶ Cfr. La actualización presentada el 8 de febrero de 2005 por la profesora Diane Orentlicher, experta independiente de la Comisión de Derechos Humanos encargada de llevar a cabo tal actualización.

contra la humanidad, ni correr durante el período donde no existió un recurso eficaz.

(vii) En cuanto a la disminución de las penas, las *“leyes de arrepentidos”* son admisibles dentro de procesos de transición a la paz, se *“pero no deben exonerar totalmente a los autores”*.

(viii) La reparación tiene una dimensión doble (individual y colectiva) y en el plano individual abarca medidas de restitución, indemnización y readaptación.

(ix) En el ámbito colectivo, la reparación se logra a través de medidas de carácter simbólico o de otro tipo que se proyectan a la comunidad.

(x) Dentro de las garantías de no repetición, se incluye la disolución de los grupos armados acompañada de medidas de reinserción.

35. *Los derechos de las víctimas en la jurisprudencia constitucional colombiana. Especial referencia a la garantía de un recurso judicial efectivo.*

En aplicación de las facultades de interpretación que se derivan del artículo 93 de la Carta, esta Corporación ha acogido los desarrollos del derecho internacional en relación con los derechos de las víctimas de la grave criminalidad, haciendo extensivos sus principios y concepciones básicas, a las víctimas de los delitos en general⁵⁷. Así ha señalado que, *“las víctimas de los delitos tienen un derecho a la verdad y a la justicia, que desborda el campo de la simple reparación, tal y como lo ha señalado con claridad la doctrina internacional en materia de derechos humanos, que es relevante para interpretar el alcance de los derechos constitucionales (CP art. 93). Por ello, los derechos de las víctimas trascienden el campo puramente patrimonial”*⁵⁸.

Esta concepción de los derechos de las víctimas, a partir de los estándares internacionales, encuentra igualmente respaldo en varios principios y preceptos

⁵⁷ Desde la sentencia C-293 de 1995, la Corte dejó sentada la tesis acerca de la superación de la concepción meramente económica de los derechos de las víctimas en el proceso penal. Esta doctrina fue reiterada en la C-163 de 2000, C-178 de 2002, T-1267 de 2001, T-694 de 2000. En la sentencia C-1149 de 2001 la Corte extendió la doctrina constitucional sobre los derechos de las víctimas, a los procesos de competencia de la justicia penal militar. La sentencia C-228 de 2002 desarrolló los derechos a la verdad y a la justicia a la luz de los principios de la Constitución, y del derecho internacional. Esta doctrina ha sido consistentemente reiterada en las sentencias C-805 de 2002, C-875 de 2002, T-556 de 2002, C-451 de 2003, C-570 de 2003, C-775 de 2003, C-899 de 2003, C-014 de 2004, C-114 de 2004 (en materia disciplinaria), C-998 de 2004, C-1154 de 2005, C-1177 de 2005, C-591 de 2005, C-979 de 2005. En la sentencia C-578 de 2002, revisión de la Ley 742 de 2002, *“por medio de la cual se crea el Estatuto de La Corte Penal Internacional”*, se destacan la efectividad de los derechos de las víctimas y el propósito de evitar la impunidad, como razones políticas para declarar la exequibilidad de la Ley. La sentencia C-916 de 2002, examinó la responsabilidad civil derivada del hecho punible. En la sentencia C-04 de 2003, se hace énfasis en las obligaciones correlativas de investigación seria que corresponden al Estado, frente a los derechos de las víctimas no sólo a ser reparadas, sino a saber qué ocurrió y a que se haga justicia. de tendencia acusatoria. En la sentencia C-047 de 2006, la Corte reiteró la doctrina referida a la tensión entre el derecho al *non bis in idem* y el debido proceso contenido en la sentencia C-04 de 2003 y C-979 de 2005, señalando que *“en los casos de impunidad de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, la búsqueda de un orden justo y los derechos de las víctimas desplazan la protección de la seguridad jurídica y la garantía del non bis in idem*. En las sentencias C-454 de 2006, C-209 de 2007 y C-516 de 2007, la Corte se pronunció sobre varios preceptos de la Ley 906 de 2004, que limitaban las posibilidades de acceso de las víctimas en diferentes momentos procesales.

⁵⁸ Cfr. Sentencia C-228 de 2002.

constitucionales: (i) En el mandato de que los derechos y deberes se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (Art. 93 CP); (ii) en el hecho de que el Constituyente hubiese otorgado rango constitucional, a los derechos de las víctimas (Art. 250 num. 6 y 7 CP); (iii) en el deber de las autoridades en general, y las judiciales en particular, de propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de los bienes jurídicos (Art. 2° CP); (iv) en el principio de dignidad humana que promueve los derechos a saber qué ocurrió, y a que se haga justicia (Art.1° CP); (v) en el principio del Estado Social de Derecho que propugna por *la participación*, de donde deviene que la intervención de las víctimas en el proceso penal no puede reducirse exclusivamente a pretensiones de carácter pecuniario; (vi) y de manera preponderante en el derecho de acceso a la administración de justicia (Art. 229), del cual se derivan garantías como la de contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y las obligaciones, la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso, así como la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias.

En desarrollo de esos postulados, el alcance de los derechos de las víctimas de la criminalidad compleja de que se ocupa el derecho internacional, aplicables a las víctimas de los delitos en general, ha sido sistematizado así por la jurisprudencia:

“a. El derecho a la verdad.

31. El conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad⁵⁹ (principios 1° a 4) incorporan en este derecho las siguientes garantías: (i) el derecho inalienable a la verdad; (ii) el deber de recordar; (iii) el derecho de las víctimas a saber.

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

⁵⁹ Esta sistematización se apoya en el “Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”. Anexo del Informe final del Relator Especial acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos. E/CN.4/Sub2/1997/20/Rev.1. Presentado a la Comisión de Derechos Humanos en 1998. Estos principios fueron actualizados por la experta independiente Diane Orentlicher, de acuerdo con informe E/CN.4/2005/102, presentado a la Comisión de Derechos Humanos.

en caso de fallecimiento o desaparición acerca de la suerte que corrió la víctima.

El derecho a la verdad presenta así una dimensión colectiva cuyo fin es “preservar del olvido a la memoria colectiva”⁶⁰, y una dimensión individual cuya efectividad se realiza fundamentalmente en el ámbito judicial, a través del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte.⁶¹

32. Proyectando estos principios en el ámbito nacional, la jurisprudencia constitucional ha determinado que el derecho de *acceder a la verdad*, implica que las personas tienen derecho a conocer qué fue lo que realmente sucedió en su caso. La dignidad humana de una persona se ve afectada si se le priva de información que es vital para ella. El acceso a la verdad aparece así íntimamente ligado al respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima⁶².

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

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

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho de acceso a la justicia, tiene como uno de sus componentes naturales el derecho a que se haga justicia. Este derecho involucra un verdadero derecho constitucional al proceso penal⁶³, y el derecho a *participar* en el proceso penal⁶⁴, por cuanto el derecho al proceso en el estado democrático debe ser eminentemente participativo. Esta participación se expresa en *"que los familiares de la persona fallecida y sus representantes legales serán informados de las audiencias que se celebren, a las que tendrán acceso, así como a toda información pertinente a la investigación y tendrán derecho a presentar otras pruebas"*⁶⁵

⁶⁰ Principio 2 del Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

⁶¹ Cfr. Entre otras las sentencias C- 293 de 1995 y C- 228 de 20002.

⁶² Cfr. Sentencias T- 443 de 1994, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz ; C- 293 de 1995, MP, Carlos Gaviria Díaz.

⁶³ Cfr. Sentencia C- 412 de 1993, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶⁴ Cfr., Sentencia C- 275 de 1994, MP, Alejandro Martínez Caballero.

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

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

34. El derecho de reparación, conforme al derecho internacional contemporáneo también presenta una dimensión individual y otra colectiva. Desde su dimensión individual abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas *individuales* relativas al derecho de (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción y (v) garantía de no repetición. En su dimensión colectiva, involucra medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas.⁶⁶

La integralidad de la reparación comporta la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación⁶⁷.

En conclusión, la jurisprudencia constitucional colombiana ha incorporado en el orden interno, los estándares internacionales establecidos en los sistemas de protección de derechos humanos, respecto de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y graves infracciones al derecho internacional humanitario, extendiendo sus contenidos a las víctimas de los delitos en general. En tal sentido ha entendido que los derechos de las víctimas, incorporan el derecho a la verdad, el derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad, y el derecho a la reparación integral del daño que se ha ocasionado a la víctima o a los perjudicados con el delito.

El derecho a la justicia incluye el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos, así como el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo. Por su relevancia para este análisis de constitucionalidad se hará una breve referencia a este último.

36. El derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo

Con fundamento, igualmente, en el artículo 93 de la Constitución, la jurisprudencia de esta Corporación ha recordado que tanto la Declaración Americana de Derechos del Hombre⁶⁸ como la Declaración Universal de

⁶⁶ Cfr. Art. 33 del Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia C-454 de 2006.

⁶⁸ *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, OAS Res. XXX, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (1948), reimpresso en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser. L.V/IL82 doc.6 rev.1 p. 17 (1992). Artículo XVIII. Derecho de justicia. Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Derechos Humanos⁶⁹, marcan una tendencia en el derecho internacional hacia el desarrollo de instrumentos que garanticen el derecho de todas las personas a una *tutela judicial efectiva de sus derechos*, a través de la cual no sólo obtengan reparación por el daño sufrido, sino también se garanticen sus derechos a la verdad y a la justicia.⁷⁰

Esa tendencia del derecho internacional también está presente en el sistema de Naciones Unidas. La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por consenso la "*Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*"⁷¹, según la cual las víctimas "*tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido*" y para ello es necesario que se permita "*que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones, siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio de los del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente*".

Recordó que los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagran el derecho de todas las personas a acudir a los procesos judiciales para ser escuchadas con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, para la determinación de sus derechos y obligaciones. De particular relevancia en relación con los derechos de las víctimas, es el artículo 25 de este instrumento que hace parte de la protección judicial a la cual está obligado el Estado. Esta norma consagra el derecho de toda persona a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra violaciones de sus derechos fundamentales⁷².

⁶⁹ *Declaración Universal de Derechos Humanos*, A.G. res. 217 A (III), ONU Doc. A/810 p. 71 (1948). Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

⁷⁰ En igual sentido Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párrafo. 24.

⁷¹ *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985. Acceso a la justicia y trato justo. "4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional. 5. Se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos. 6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información; b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente; c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial; d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia; e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas. 7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

⁷² "Artículo 25. *Protección Judicial*. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que

A su turno, el Estatuto de la Corte Penal Internacional consagró de manera expresa los derechos de las víctimas a presentar observaciones sobre la competencia de la Corte o la admisibilidad de la causa, a que se haga una presentación completa de los hechos de la causa en interés de la justicia, a ser tratadas con dignidad, a que se proteja su seguridad e intimidad, a que se tengan en cuenta sus opiniones y observaciones, a ser reparadas materialmente y a apelar ciertas decisiones que afecten sus intereses.⁷³ Los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y la ex - Yugoslavia, también contienen disposiciones sobre la protección de las víctimas.⁷⁴

En el orden interno colombiano, la Constitución Política, consagra en sus artículos 29 y 229, el derecho de acceso a la justicia como un derecho fundamental, susceptible de ser amparado a través de la acción de tutela (Art. (86 C.P.), pero además como expresión medular del carácter democrático y participativo del Estado. En su ámbito se inscribe el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, del cual forman parte las garantías de comunicación e información, que posibilitan el agotamiento de las acciones y los recursos judiciales, los cuales se constituyen en los mecanismos más efectivos para proteger y garantizar eficazmente los derechos de quienes han sido víctimas de una conducta punible. Del deber del Estado de proteger ciertos bienes jurídicos a través de la tutela penal, emerge la obligación de garantizar la protección judicial efectiva de los mismos.

Sobre la garantía del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo (CP, artículos 29 y 229), ha establecido la jurisprudencia que su garantía depende de

violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. *Los Estados partes se comprometen:*

- a.) *a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;*
- b.) *a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y*
- c.) *a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.*

⁷³ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Artículos 19.3, 65.4, 68, 75 y 82.4.

⁷⁴ Estatuto para el Tribunal Internacional para el Juzgamiento de personas responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991, Artículo 20. Apertura y conducción del proceso. 1. La Cámara de Primera Instancia debe ocuparse de que el proceso sea imparcial y expedito y que la instancia se desarrolle de conformidad con las reglas de procedimiento y de prueba, que los derechos del acusado sean plenamente respetados **y que la protección de las víctimas y de los testigos sea debidamente asegurada.** Artículo 22. Protección de las víctimas y de los testigos. El Tribunal Internacional prevé en sus reglas de procedimiento y de **prueba medidas de protección para las víctimas y los testigos. Las medidas de protección comprenden, como mínimo, las audiencias a puerta cerrada y la protección de su identidad.** (se destaca).

Estatuto del Tribunal Internacional de Rwanda. Artículo 14. Reglas de procedimiento y de pruebas. A los efectos de las actuaciones ante el Tribunal Internacional para Rwanda, los magistrados del Tribunal Internacional adoptarán las reglas de procedimiento y de pruebas aplicables a la etapa preliminar del proceso, al juicio propiamente dicho, a las apelaciones, a la admisión de pruebas, a la protección de las víctimas y testigos y a otros asuntos pertinentes del Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia, con las modificaciones que estimen necesarias. Artículo 19. Iniciación y tramitación del juicio. 1. La Sala de Primera Instancia deberá velar porque el procedimiento sea justo, expedito y que se tramite de conformidad con las normas de procedimiento y de pruebas, con pleno respeto de los derechos del acusado y **con la consideración debida a la protección de las víctimas y los testigos.** Artículo 21. Protección de las víctimas y de los testigos. El Tribunal Internacional para Rwanda, adoptará disposiciones, en sus reglas de procedimiento y de **prueba medidas de protección para las víctimas y los testigos. Las medidas de protección comprenden, como mínimo, las audiencias a puerta cerrada y la protección de su identidad.** (Se destaca).

que éstas puedan intervenir en cualquier momento del proceso penal, aún en la fase de indagación preliminar. Su intervención no sólo está orientada a garantizar la reparación patrimonial del daño inferido con el delito, sino también a la satisfacción de sus derechos a la justicia y a la verdad. En ocasiones, incluso la representación de las víctimas en el proceso penal tiene unos cometidos exclusivamente vinculados al goce efectivo de los derechos a la justicia y la reparación. Bajo estas consideraciones la Corte Constitucional estableció una doctrina en la que explícitamente abandonó una concepción reductora de los derechos de las víctimas, fundada únicamente en el resarcimiento económico, para destacar que las víctimas, o los perjudicados con el delito, tienen un derecho efectivo al proceso y a participar en él, con el fin de reivindicar no solamente intereses pecuniarios, sino también, y de manera prevalente, para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia⁷⁵.

37. En suma, la protección a los derechos de las víctimas que se deriva de los estándares internacionales, acogidos por la jurisprudencia de esta corporación hace relación: (i) a que debe existir un recurso judicial efectivo al alcance de las víctimas de los delitos que constituyen graves violaciones de derechos humanos o de Derecho Internacional Humanitario; (ii) al deber de los Estados de garantizar el acceso a la justicia; y (iii) al deber de investigar las violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario a fin de que se conozca la verdad; (iv) a la obligación de los Estados de cooperar para la prevención y sanción de los delitos internacionales y las graves violaciones de Derecho Humanos, así como a la restauración de los derechos de las víctimas.

A la hora de diseñar las causales de aplicación del principio de oportunidad penal, el Congreso de la República debe considerar que, tanto de la Constitución como de los compromisos internacionales de Colombia, emanan obligaciones en materia de protección de los derechos de las víctimas de los delitos. Estos mandatos constitucionales y estas obligaciones internacionales tienen que ser ponderados con los intereses estatales de racionalización de la persecución penal, que subyacen bajo la consagración constitucional del principio de oportunidad penal.

La finalidad de la reforma constitucional de 2002 (A.L. 03/02) como límite a la potestad de configuración de las causales del principio de oportunidad

38. De los debates legislativos que precedieron a la aprobación del Acto Legislativo 03 de 2002⁷⁶, se deduce que la finalidad fundamental para la instauración del principio de oportunidad como figura nuclear del nuevo sistema penal de tendencia acusatoria, fue el de *“racionalizar la actividad investigativa*

⁷⁵ Esta doctrina fue desarrollada tanto en el ámbito de la justicia penal militar, como de la justicia penal ordinaria. *Cfr.* Sentencias C-293 de 1995; C- 163 de 2000; C- 1149 de 2001; C-228 de 2002; C- 805 de 2002; C-916 de 2002; C-454 de 2006; C-209 de 2007 y C-516 de 2007..

⁷⁶ Gaceta del Congreso núm. 148 del 7 de mayo de 2002; Gaceta del Congreso núm. 157 del 10 de mayo de 2002; Gaceta del Congreso núm. 232 del 14 de junio de 2002; Gaceta del Congreso núm. 401 del 27 de septiembre de 2002; Gaceta del Congreso núm. 432 de 2002; Gaceta del Congreso 531 del 21 de noviembre de 2002 y Gaceta del Congreso núm. 110 del 11 de marzo de 2003.

*del Estado encausándola hacia la persecución de los delitos que ofrecen un mayor impacto social*⁷⁷.

Este propósito general podría ser alcanzado mediante la aplicación de criterios tales como: (i) La ínfima importancia social de un hecho punible, idea que parte del reconocimiento de que existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bienes jurídicos, lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto realmente no hay lesión, ni potencial afectación antijurídica; (ii) La reparación integral y la satisfacción plena de la víctima, especialmente en aquellos delitos de contenido económico; (iii), la culpabilidad disminuida⁷⁸; (iv) o la revaluación del interés público en la persecución de la conducta.

Sobre el particular ha expresado esta Corte que:

“La Constitución no señala explícitamente los casos en los cuales dicha persecución no resultaría razonable, dejando este señalamiento al legislador. Al repasar los antecedentes históricos del proceso que llevó a la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, se encuentra que el constituyente expresamente mencionó o puso como ejemplo algunas circunstancias que ameritarían el diseño de causales de aplicación de la oportunidad penal. Vg., se refirió a conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bienes jurídicos, o a la necesidad de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidad; así mismo puso de presente que en el régimen procesal penal antes vigente, la oportunidad penal ya venía operando en “en forma larvada”, mediante figuras procesales tales como las preclusiones que dictaba el fiscal cuando había conciliación por indemnización integral, desistimiento, transacción o bien aplicándola en los casos de sentencia anticipada o audiencia especial.⁷⁹”

Pero a pesar de estos ejemplos, el constituyente secundario defirió expresamente al legislador el señalamiento de las causales de procedencia de la oportunidad penal, como se deduce del tenor literal del artículo 250 superior.⁸⁰ En tal virtud, el legislador goza de una amplia potestad legislativa a la hora de señalar aquellas circunstancias que rodean la comisión o el juzgamiento de cualquier conducta punible, en las cuales

⁷⁷ Gaceta del Congreso núm. 148 del 7 de mayo de 2002.

⁷⁸ En la doctrina jurídico penal este concepto alude a aquellas situaciones en que el legislador optar por ecluir la pena “*por falta de necesidad preventiva de punición*”.

⁷⁹ Cf. Corte Constitucional. Sentencia C-673 de 2005.

⁸⁰ “**Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.**” (Negrillas fuera del original)

resulta desproporcionada, inútil o irrazonable la persecución penal, pudiendo establecer a su arbitrio, por ejemplo, que la ínfima importancia social de un hecho punible, la culpabilidad disminuida, o la revaluación del interés público en la persecución de la conducta, etc., sean causales que permitan prescindir de la persecución. Es decir, en cuanto al tipo de circunstancias que rodean la comisión de un delito o su investigación o juzgamiento, que pueden dar lugar a la aplicación del principio de oportunidad, el legislador tiene amplia facultad de configuración legislativa, siempre y cuando esas circunstancias respeten parámetros de razonabilidad frente al propósito de racionalizar la utilización del aparato estatal en la labor de persecución penal”⁸¹.

39. De este modo, el constituyente secundario trazó una directriz general para que el legislador estableciera las causales para la aplicación del principio de oportunidad. Esa pauta general fue la racionalización e la utilización del aparato estatal en la labor de persecución penal, cometido que podría ser alcanzado mediante la aplicación de criterios tales como la escasa importancia social del hecho punible, la ausencia vulneración real o potencial a los de bienes jurídicos, lo que haría innecesaria la intervención del Estado, la reparación integral y la satisfacción plena de la víctima, especialmente en materia de criminalidad económica, y en general la revaluación del interés público en la persecución de la conducta.

Los rasgos constitucionales del principio de oportunidad, como límites a la potestad legislativa de configuración de las causales para su aplicación

40. Las características constitucionales del principio de oportunidad condicionan igualmente la labor legislativa en la configuración de las causales y presupuestos para su procedibilidad. Al respecto cabe recordar que el Acto Legislativo 03 de 2002 dispuso que la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal de los hechos que revistan las características de un delito, que lleguen a su conocimiento por una de las siguientes vías: denuncia, petición especial, querrela o de oficio, *“siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible comisión del mismo”*. En consecuencia, la Fiscalía no podrá suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, *“salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías”*.

Partiendo de esta configuración constitucional, la jurisprudencia de esta Corte⁸² ha destacado los siguientes rasgos del principio de oportunidad: (i) es una figura de aplicación *excepcional* mediante la cual se le permite al fiscal suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal; (ii) las causales de

⁸¹ Corte Cons

⁸² Las características del principio de oportunidad se encuentran analizadas, de manera especial en las sentencias C-673 de 2005, C-591 de 2005, C-979 de 2005 y C-095 de 2007.

aplicación del principio de oportunidad deben ser establecidas por el legislador de manera *clara e inequívoca*; (iii) debe ser aplicado en el marco de la *política criminal* del Estado; (iv) su ejercicio estará sometido al *control de legalidad* por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías; (v) su regulación debe ser compatible con el respeto por lo *derechos de las víctimas*.

De acuerdo con el mandato constitucional, corresponde al legislador señalar los casos excepcionales en los cuales la Fiscalía puede suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal. Sin embargo, tal como lo ha puesto de presente la jurisprudencia de esta Corte, a la hora de diseñar las causales excepcionales para la aplicación del principio de oportunidad el Congreso debe respetar además de la finalidad constitucional de la institución (*Vid. Supra*), otros parámetros superiores como son: el deber de asegurar la vigencia de un orden justo y en esa marco garantizar los derechos de las víctimas; el principio de legalidad; y la articulación del principio con la política criminal del Estado.

Por la especial relevancia para el análisis de constitucionalidad que se adelante, se procede a hacer específica referencia al principio de legalidad, como rasgo constitucional que condiciona la labor de regulación del legislador.

El principio de legalidad como límite constitucional a la potestad de configuración legislativa en el diseño de las causales para la aplicación del principio de oportunidad

41. De acuerdo con el contenido normativo del artículo 250 de la Constitución, la Fiscalía General de la Nación “*está obligada*” a ejercer la acción penal y a llevar a cabo la investigación de los delitos; por consiguiente, como regla general, “*(n)o podrá, ... suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal.*” Sin embargo, a esta regla general se opone una excepción, que es introducida por el constituyente mediante la utilización de la expresión “*salvo en los casos que establezca la ley*”.

De la anterior configuración se deduce el carácter *excepcional y reglado* del principio de oportunidad. Sobre este atributo la Corte ha señalado que para que el desarrollo de la institución se ajuste a lo previsto en el artículo 250 Superior, es decir, para que efectivamente mantenga su carácter excepcional y se aplique solamente “*en los casos que establezca la ley*”, las causales que autorizan su aplicación “*deben ser definidas por el legislador de manera clara y precisa, de suerte que la facultad discrecional de aplicación no se convierta en una posibilidad de aplicación arbitraria.*”⁸³ De esta forma, en virtud del carácter excepcional o reglado del principio de oportunidad acogido por el constituyente, “*al legislador le está vedado establecer causales extremadamente vagas o ambiguas de invocación de aquél, por cuanto los ciudadanos no tendrían certeza alguna acerca de bajo qué condiciones el órgano de investigación del Estado puede acudir o no ante el juez de control de garantías para efectos de*

⁸³ Corte Constitucional, sentencia C-673 de 2005.

solicitar la suspensión, interrupción o renuncia del ejercicio de la acción penal.”⁸⁴

42. Sobre las razones por las cuales se exige cierto grado de precisión y claridad en el señalamiento de las causales de aplicabilidad del principio de oportunidad, la Corte hizo las siguientes consideraciones que ahora resulta oportuno recordar:

“La Corte considera que si bien el legislador cuenta con un margen para configurar las causales de procedencia del principio de oportunidad, cada una de ellas debe quedar consagrada de manera precisa e inequívoca, de forma tal que el juez de control de garantías pueda realmente determinar si en un caso concreto procede o no renunciar, suspender o interrumpir el ejercicio de la acción penal.

“Al respecto, es preciso tener en cuenta que si bien el principio de oportunidad constituye una excepción a aquel de legalidad, la Constitución autoriza al titular de la acción penal para disponer de ella cuando se cumplan determinados requisitos establecidos en la ley, es decir, se trata de la aplicación de un principio reglado que está sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.

“En este orden de ideas, cuando el legislador al momento de regular el principio de oportunidad, diseña las causales respectivas, debe hacerlo de manera tal que no resulten imprecisas o vagas, a fin de no entregar a la Fiscalía una potestad extensa y no precisa, que desborde el marco de la excepcionalidad, e imposibilite de tal manera el ejercicio del control de legalidad.

“En efecto una norma que regule de manera imprecisa y vaga el ejercicio del principio de oportunidad, impide al juez de control de legalidad contar con los suficientes elementos de juicio para establecer si los hechos que sirven de base o de presupuestos para la aplicación de aquel se encuentran o no presentes en el caso concreto.

“En efecto, en materia penal, dado que el principio de legalidad obliga a las autoridades estatales a investigar y sancionar cualquier delito que se cometa en su territorio, la excepcional aplicación del principio de oportunidad, para renunciar, interrumpir o suspender el ejercicio de la acción penal dentro del marco de la política criminal del Estado, debe encontrarse perfectamente delimitada por el legislador, con el propósito de que el control judicial que se ejerza sobre la aplicación de aquél sea realmente efectivo. En otras palabras, frente a una causal de procedencia del principio de oportunidad, que haya sido establecida de manera equívoca y ambigua por el legislador, el juez de control de garantías no podrá adelantar su labor, desvirtuándose de esta forma uno de los pilares

⁸⁴ Ibidem.

esenciales del Estado de Derecho, cual es la inexistencia de potestades discrecionales inmunes al control judicial.”⁸⁵.

43. Finalmente, ha puntualizado la Corte que la exigencia de claridad y precisión en el diseño de las causales legales de aplicación del principio de oportunidad “no resulta contradictoria con el reconocimiento de algún grado aunque sea mínimo de discrecionalidad al fiscal para evaluar si en un caso concreto debe aplicarse o no dicho principio”⁸⁶. Se trata, justamente, de establecer límites objetivos, claros y precisos a las facultades discrecionales de los funcionarios. De hecho, como se enfatizó en pretérita oportunidad “la incorporación a la Constitución Política del principio de oportunidad penal fue hecha por el constituyente secundario en el entendimiento de que la aplicación de tal principio por parte de la Fiscalía estaría sujeta a (i) la definición por parte del legislador de los casos estrictos y taxativos en que procedería, y (ii) al control del juez de garantías. Es más, aprecia que sólo animado por la inclusión de esas seguridades, el Congreso otorgó su confianza a la mencionada institución, propia del sistema penal acusatorio”.

44. En conclusión, el legislador se encuentra limitado por el carácter excepcional y reglado del principio de oportunidad penal diseñado por el constituyente, que le impone determinar con claridad y precisión las causales en las cuales puede aplicarse. La definición por parte del legislador de los casos estrictos y taxativos en que procedería, cumple propósitos fundamentales de seguridad jurídica para el procesado y las víctimas, orientar el ejercicio del margen de discrecionalidad que se reconoce al fiscal para la aplicación del principio de oportunidad, y permitir y eficaz control judicial por parte del Juez de Garantías.

Las razones que motivaron la expedición de la Ley 1312 de 2009.

45. La iniciativa de reformar parcialmente el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, plasmada en el Proyecto de Ley 261/08 Senado y 342/08 Cámara, surgió del seno del Consejo de Política Criminal y de la Comisión de Seguimiento a la implementación del Sistema Penal Acusatorio. Al respecto se señala en la ponencia para primer debate⁸⁷: “Como recomendación principal se propuso en el marco de la política criminal y como manifestación concreta de la misma” la reforma del principio de oportunidad a fin de vigorizarlo extendiendo la posibilidad de su aplicación a la etapa del juicio y de dotarlo de eficacia “para desarticular organizaciones criminales” en el marco de la lucha contra el tráfico de drogas y el terrorismo.

46. Se consideró en la primera fase del tránsito legislativo que a través de la cooperación que ofrece el principio de oportunidad, en el marco de la política criminal del Estado, se podría hallar la prueba para vincular a la investigación a

⁸⁵ Ibidem

⁸⁶ Corte Constitucional, sentencia C-095 de 2007.

⁸⁷ Congreso de la República Gaceta No. 378 de junio 18 de 2008. Pag. 1.

jefes de grupos armados o de organizaciones criminales (determinadores, líderes, auspiciados y promotores). Su aplicación a integrantes de organizaciones criminales que no tengan un nivel alto en la organización, estimularía el suministro de información y elementos probatorios para su desactivación, como miras a su desmantelamiento. Esta estrategia permitiría focalizar los esfuerzos hacia el ataque a la estructura y funcionamiento de las sociedades delictivas⁸⁸.

47. En el *“Informe de Ponencia para Segundo Debate al Proyecto de Ley N. 342 de 2008 Cámara y 261 de 2008 Senado, “Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004, en lo relacionado con el principio de oportunidad”*, se encuentran consignadas las motivaciones que llevaron a los legisladores a incluir la norma acusada en el texto del artículo 324 del C.P.P.

“OBJETIVOS DEL PROYECTO DE LEY Y PROPUESTAS DE MODIFICACIONES PARA SEGUNDO DEBATE:

1. Reformular todo el artículo 324 de la Ley 906 de 2004, combinando conceptos de insignificancia, reparación, interés de la víctima, formas alternativas de satisfacción de intereses colectivos, colaboración con la justicia, etc.

En igual sentido se busca establecer una definición clara y concordante con el artículo 250 de la Constitución Política sobre el principio de oportunidad y su aplicación.

2. Acoger la propuesta del señor Fiscal General de la Nación de que algunos autores de conductas de narcotráfico y terrorismo puedan ser beneficiados con la aplicación del principio de oportunidad cuando colaboren con la justicia o sirvan como testigo y siempre que no constituyan cabecillas o jefes.

3. Acoger la propuesta del señor Fiscal General de la Nación de que los miembros rasos de los grupos armados ilegales que se desmovilizaron en el marco de la Ley de Justicia y Paz y en general en el marco de las negociaciones de paz con el Gobierno Nacional, puedan ser beneficiarios del principio de oportunidad. En este mismo sentido se sugiere establecer audiencias colectivas para cuando concurra un número considerable de desmovilizados, para lo cual se establecerá un párrafo o inciso al numeral 17 del artículo 324 del texto aprobado en la Comisión Primera.

4. Precisar las prohibiciones para incluir el tema de los menores víctimas de delitos dolosos y los criminales de guerra.

5. Respaldar la propuesta de que el principio de oportunidad opere tanto en la investigación como en el juzgamiento y proponer una fórmula para la desestimación de denuncias sin fundamento.

⁸⁸ Cfr. Gaceta del Congreso No. 446 de julio 24 de 2008.

6. Se busca igualmente excluir de la aplicación del principio de oportunidad al investigado, acusado o enjuiciado vinculado al proceso

penal por haber accedido a su cargo, curul o denominación pública con el apoyo o colaboración de grupos al margen de la ley o del narcotráfico”.

48. Específicamente en lo que atañe a la extensión del principio de oportunidad a los desmovilizados en el marco de las negociaciones de paz se expuso lo siguiente:

“Al tenor de lo manifestado por la Honorable Corte Suprema de Justicia⁸⁹, es menester del legislativo no solo adoptar un marco normativo con el cual pueda darse una salida jurídica a la problemática de miles de desmovilizados de grupos al margen de la ley, sino que tal marco jurídico goce de pleno respeto y protección de las garantías constitucionales a los derechos humanos y el compromiso del Estado colombiano con la búsqueda de la justicia, la verdad y la reparación de las víctimas del conflicto.

De cara a lo anterior es necesario advertir que pese a la preocupación que asiste a quienes suscribimos la presente ponencia por dotar de mecanismos jurídicos a las instituciones y a la Rama Judicial para la eficacia de programas de desmovilización y eventuales acuerdos humanitarios y de desarticulación de grupos al margen de la ley, sean estos grupos guerrilleros, paramilitares o bandas emergentes, **el principio de oportunidad debe ser entendido dentro del marco de la Ley 906 de 2004, como una herramienta procesal dentro del derecho penal y su implementación obedece a una política criminal que atienda en justas proporciones un espectro general y completo del delito en el derecho interno**, por lo que su implementación no puede desconocer los niveles de criminalidad y los fenómenos delictivos contra los cuales se ha fortalecido la lucha institucional día a día y **que entre otras cosas debe**

⁸⁹ Se hace referencia a la sentencia de julio 11 de 2007, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la que el alto Tribunal consideró, de una parte, que los crímenes cometidos por los grupos paramilitares o de autodefensas, no podían ser calificados como delitos políticos y por ende, resultaba improcedente la concesión de amnistías o indultos en relación con aquellos; y de otro lado, que quien hubiese cometido el delito de concierto para delinquir agravado, previsto en el artículo 340.2 del Código Penal, no podía solicitar los beneficios jurídicos de que trata el artículo 69 de la Ley 975 de 2005. En relación con el primer aspecto señaló: *“Debido a que los hechos delictivos cometidos por cuenta o en nombre de los paramilitares no fueron efectuados con el propósito de atentar contra el régimen constitucional y legal vigente, con denunciado apoyo de importantes sectores institucionales y procurando obtener beneficios particulares, pretender que una norma identifique como delito político conductas claramente señaladas como delitos comunes resulta contrario a la Constitución vigente, desconoce la jurisprudencia nacional y contradice la totalidad de la doctrina nacional y extranjera. De lo dicho se sigue que quienes hayan estado vinculados a los grupos paramilitares o de autodefensas, cualquiera que sea el grado de participación en la organización y en los delitos cometidos por cuenta de la misma, no pueden ser beneficiados de amnistía (o) indulto (...)”*. Y en cuanto a lo segundo expresó: *“Aceptando en gracia de discusión que el procesado se desmovilizó como miembro de un grupo armado ilegal en los términos de la legislación vigente, no es posible cesar el procedimiento en su favor porque se le acusa de concierto para delinquir agravado, delito respecto del cual no está prevista tal modalidad”*.

responder a estándares internacionales sobre conductas consideradas de desestabilidad de la seguridad internacional.

III. Pliego de modificaciones

Teniendo en cuenta las numerosas recomendaciones del órgano de control constitucional sobre la necesidad de reglas de manera detallada, expedita y clara la aplicabilidad del principio de oportunidad dentro del Sistema Penal Acusatorio, dada la orientación de la política criminal del Estado, frente a la cual cabe advertir, no puede convertirse en solución mediática a problemáticas individualmente evaluadas, sino que debe responder a la posición del Estado frente a la prevención, sanción y erradicación del delito, frente a la protección de los Derechos Humanos y la determinación de la punibilidad para delitos de lesa humanidad, frente al reproche del terrorismo y el narcotráfico que han sido fuentes de agravación de la corrupción de las instituciones públicas y el debilitamiento de las relaciones entre Estado y sociedad, poder público y sociedad, se propone realizar algunas modificaciones al texto aprobado por la Comisión Primera del Senado, con la finalidad de dar mayor claridad al texto de la norma y evitar así la discrecionalidad con la que en ejercicio de una indebida interpretación legal o judicial pueda transformarse el verdadero espíritu de la norma”

Aplicación del principio de oportunidad a desmovilizados:

De acuerdo con la sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia de julio 11 de 2007, en la que se determinó que los desmovilizados de grupos de autodefensas debían responder ante la justicia ordinaria por el delito de concierto para delinquir agravado, este órgano legislativo debe responder a las necesidades de determinar de forma clara y expresa las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que puede ser considerado objeto de la aplicación del principio de oportunidad el caso de más de 19.000 desmovilizados de las AUC, dada la problemática que frente al sistema judicial y frente a la sociedad colombiana, que reclama verdad, justicia y reparación, representa el no definir de una u otra forma dicha situación.

(...)

La desarticulación de las bandas criminales, la erradicación del delito, la eficacia respecto de los postulados de verdad, justicia y reparación a las víctimas y el respeto por los derechos humanos como ejes de la política criminal del Estado.

“De cara a la justicia transicional, teniendo en cuenta el informe de la Fiscalía General de la Nación (...) a la fecha existen 31.804 miembros desmovilizados de grupos al margen de la ley, de los cuales 3.538 han sido postulados a la ley de justicia y paz por el Gobierno Nacional, y 28.100 desmovilizados han sido escuchados en versión libre, diligencias de las

cuales han resultado 10.748 resoluciones inhibitorias de las que actualmente se han apelado 205. En igual sentido la Fiscalía General de la Nación llama la atención en la necesidad de buscar solución para los desmovilizados de grupos al margen de la ley a quienes, en virtud y cumplimiento del fallo de la Corte Suprema, no se les puede aplicar los beneficios contenidos en la Ley 782 de 2002.

Al respecto cabe advertir, que el principio de oportunidad **no puede ser utilizado para dilatar los procesos judiciales que tienen una justa causa y en ese sentido generar un ambiente de total impunidad frente a graves violaciones de derechos humanos, delitos de lesa humanidad y otros tantos punibles ante los cuales no puede ceder la política criminal del Estado**, por ello se propone como causal para la aplicación del principio de oportunidad frente a los desmovilizados que no pueden obtener ningún beneficio contenido en la Ley 782 de 2002 y que han sido excluidos en igual medida de los beneficios de la Ley 975 de 2005, el siguiente texto... (...) ⁹⁰.

49. Del examen de los antecedentes legislativos que condujeron a la inclusión de la causal 17 en el artículo 324 del C.P.P., se pueden extraer los siguientes puntos aspectos relevantes:

49.1. La reforma se inserta en el marco de la política criminal del Estado, y como una manifestación de la misma, con el propósito de ampliar las posibilidades procesales y sustanciales de procedibilidad del principio de oportunidad, extendiendo su aplicabilidad a la etapa del juicio y estableciendo nuevas causales de procedibilidad.

49.2. Acogiendo propuesta de la Fiscalía General de la Nación, se decidió incluir como beneficiarios del principio de oportunidad a los miembros rasos de los grupos armados ilegales que se desmovilizaron en el marco de la Ley de Justicia y Paz y en general en el marco de las negociaciones de paz con el Gobierno Nacional. Se trataba, según lo sostuvo el fiscal, de encontrar una “*salida jurídica*” a la situación en que se encontrarían cerca de 19.000 desmovilizados de las AUC.

49.3. Se contempló la posibilidad de adelantar audiencias colectivas para cuando concurra un número considerable de desmovilizados.

49.4. Se adujo la finalidad de evitar que el principio de oportunidad regulado en la reforma que se introducía a la Ley 906 de 2004, se aplicara para delitos relacionados con las violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, por cuanto se generaría una impunidad inaceptable.

⁹⁰ Congreso de la República, Gaceta No. 217 de abril 17 de 2009, pag. 12.

Contenido y alcance normativo de los preceptos acusados. La norma se profirió en el marco de la potestad legislativa para la configuración de la política criminal del Estado

50. El numeral 17 del artículo 324 del C.P.P., así como el párrafo 3 del mismo, deben ser interpretados de conformidad con el artículo 250 de la Constitución que contempla el principio de oportunidad, para ser regulado “*dentro del marco de la política criminal del Estado*”. Los principios que orientan el Sistema Penal Acusatorio, del cual el mencionado instrumento es parte nuclear, concurren igualmente como guías hermenéuticas de los preceptos acusados.

A continuación se realiza una presentación esquemática del contenido normativo de las normas demandadas:

Destinatarios. Según el numeral 17 del artículo 324 del estatuto procesal penal, la Fiscalía General de la Nación, podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal en relación con el desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley.

Condiciones. Para que el desmovilizado pueda hacerse acreedor de tal beneficio debe cumplir con las siguientes condiciones:

- Que manifieste *con actos inequívocos* su propósito de reintegrarse a la sociedad.
- Que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecido en la Ley 975 de 2005.
- Que no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o *después* de su desmovilización,
- Se exceptúa de la anterior exigencia “*la pertenencia a la organización criminal*”, y los delitos de utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones, los cuales se entienden incluidos en *la pertenencia a la organización*.
- La solicitud para la aplicación del beneficio será formulada por el fiscal, y se tramitará en audiencia que podrá ser *individual o colectiva*.
- El desmovilizado deberá firmar una declaración, bajo la gravedad del juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a la “*pertenencia a la organización criminal*”, *utilización ilegal de uniformes e insignias y porte ilegal de armas y municiones*
- La ausencia de esta declaración juramentada conducirá a la pérdida del beneficio.

Vigencia retroactiva: la causal se retrotrae a situaciones ocurridas a partir de la vigencia del Acto Legislativo No. 03 de 2002, es decir, a diciembre 19 de 2002⁹¹.

⁹¹ **Artículo 5°.** *Vigencia.* El presente Acto Legislativo rige a partir de su aprobación, pero se aplicará de acuerdo con la gradualidad que determine la ley y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca. La aplicación del nuevo sistema se iniciará en los distritos judiciales a

Exclusiones explícitas: El principio de oportunidad no podrá ser aplicado en investigaciones o acusaciones relacionadas con los siguientes hechos:

- Los que sean constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario⁹²
- Los delitos de lesa humanidad⁹³
- Los crímenes de guerra⁹⁴
- El genocidio⁹⁵
- Las conductas dolosas cuando la víctima sea un menor de 18 años.

Control. Acudiendo a una interpretación sistemática del precepto acusado es preciso señalar que el juez de control de garantías deberá efectuar el control de

partir del 1° de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva. Sobre el particular, la sentencia C- 801 de 2005 puntualizó: “(L)as reformas introducidas a la estructura básica de acusación y juzgamiento del proceso penal colombiano rigen a partir de la fecha de la aprobación del Acto Legislativo. Es decir, tales reformas están vigentes y empezaron a regir desde el 19 de diciembre de 2002, pues en esa fecha fueron finalmente aprobadas y, además, publicadas en el diario oficial No.45.040”.

⁹² Las acciones y omisiones con las cuales se infringe las prohibiciones y los deberes que imponen las disposiciones aplicables a los conflictos armados se denominan, en general, “infracciones al derecho internacional humanitario”. Son infracciones “**graves**” las señaladas por los artículos 50 del Convenio I, 51 del Convenio II, 130 del Convenio III y 147 del Convenio IV. También son infracciones graves las que se encuentran señaladas en los artículos 11, 85 y 86 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. La gravedad de las infracciones alude al carácter especialmente injusto que reviste el acto con el cual se da lugar a la misma, y por la magnitud del impacto negativo que se produce sobre las condiciones necesarias para salvaguardar la dignidad humana. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, una grave infracción al derecho internacional humanitario comporta “*La infracción de una norma que protege valores importantes y debe implicar graves consecuencias para la víctima*” (Sala de Apelaciones del TPY, el Fiscal vs. Dusko Tadic. Octubre 2 de 1995).

⁹³ De acuerdo con el artículo 7.1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, se entiende por *crimen de lesa humanidad* cualquiera de los actos inhumanos allí relacionados (asesinato, exterminio, esclavitud, tortura, desaparición forzada de personas, persecución, entre otros), cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Por ataque contra una población civil se entiende “*una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos de los mencionados en el artículo 7.1 del Estatuto contra una población civil de conformidad con la política de un estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política*”. (Art. 7.2 Estatuto de Roma). El ataque será *generalizado* cuando produce un importante número de víctimas, y tendrá el carácter de *sistemático* “*cuando los hechos son ejecutados dentro de pautas significativas de ideación, planeación y organización*” (Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2006).

⁹⁴ Los crímenes de guerra son, de manera general, aquellas conductas que infringen grave o seriamente las leyes y usos aplicables a los conflictos armados de carácter internacional o no internacional. Con arreglo al documento de los “Elementos de los crímenes” aprobado en septiembre de 2002 por la Asamblea de estados partes en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, los elementos comunes a todos los crímenes de guerra son (i) Que el autor haya incurrido en una grave violación al derecho internacional humanitario de las previstas en el estatuto; (ii) Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional o no internacional; (iii) Que el autor haya sido conciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de ese conflicto.

⁹⁵ De acuerdo con el artículo 101 del Código Penal incurre en el crimen de genocidio: “El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros (...)” Se incurre en una modalidad atenuada, cuando con el mismo propósito se cometiere cualquiera de los siguientes actos:

- “ 1. Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo.
2. Embarazo forzado.
3. Sometimiento de miembros del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.
4. Tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.
5. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

legalidad obligatorio y automático respecto de las solicitudes individuales o colectivas, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad. El control se adelantará en audiencia especial *en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión.* (Art. 327).

Participación de las víctimas. En la aplicación del principio de oportunidad el fiscal *“deberá tener en cuenta los intereses de las víctimas. Para estos efectos deberá oír a las que se hayan hechos presentes en la actuación”.* (Art. 328).

Exigencia de prueba sobre la responsabilidad. La aplicación del principio de oportunidad *“solo procederá si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”.* (Art. 327).

Efectos de la aplicación. La decisión que prescinda de la persecución penal extinguirá la acción respecto del autor o partícipe en cuyo favor se decide (Art.329).

51. De acuerdo con las premisas sentadas hasta este momento, encuentra la Corte que la Ley 1312 de 2009, es una estrategia normativa que se inserta dentro de la política criminal del Estado. Como tal debe ceñirse a los postulados constitucionales, en particular, al respeto de los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso y a la dignidad humana. Este marco impone una metodología de análisis distinta a la de una iniciativa legislativa, explícitamente diseñada como mecanismo de justicia transicional. En este contexto, destaca la Corte que el legislador goza de una amplia potestad de configuración para el diseño de las causales que permiten la aplicación del principio de oportunidad. Sin embargo, esta potestad encuentra claros límites en los derechos de las víctimas de los delitos y el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario; las finalidades que orientaron la reforma constitucional (A.L. No. 03 de 2002) que introdujo en el sistema penal de tendencia acusatoria el principio de oportunidad; los rasgos constitucionales del principio de oportunidad, en particular su carácter excepcional y reglado, que se proyecta en la necesidad de que las causales para su aplicación se encuentren definidas de manera clara e inequívoca, a fin de garantizar, no solamente la seguridad jurídica implícita en los fines de este postulado, sino un efectivo control por parte del juez de garantías.

Análisis de los cargos de inconstitucionalidad.

(i) La aplicación causal 17 del artículo 324 del C.P.P., vulnera el orden justo, los derechos de las víctimas, y desconoce el deber del Estado de investigar y juzgar las graves violaciones de los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario.

52. Según los demandantes, los preceptos acusados son contrarios a la obligación internacional contraída por el Estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, así como de garantizarles a las víctimas el acceso a un recurso judicial efectivo, a conocer la verdad de los hechos y a obtener una reparación integral, consagrados en la Constitución (Arts. 1, 2, 6, 12, 29, 93 y 229), y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, en particular en los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, generando así un escenario injustificado de impunidad.

Para fundamentar el cargo sostiene que la causal 17 se aplica en abstracto a un grupo de desmovilizados cuya única obligación es declarar que no han cometido violaciones de derechos humanos, sin que las víctimas tengan acceso al procedimiento para controvertir su versión y sin que exista investigación ni identificación del beneficiario que permita igualmente controvertir las decisiones que afecten los derechos de las víctimas; tampoco está prevista medida alguna para su reparación.

53. Al respecto observa la Corte que el numeral 17 del texto reformado del artículo 324 del C.P.P., en lo que concierne a la actitud procesal del desmovilizado que aspira a acogerse al beneficio, plantea dos requerimientos para la aplicación del principio de oportunidad: (i) que manifieste con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad; y (ii) la suscripción de una declaración bajo la gravedad del juramento en la que afirme no haber cometido un delito, diferente a los establecidos en la causal, es decir, el que resulte de *“la pertenencia a la organización criminal”*, la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones.

Una aproximación a estos presupuestos, permite a la Corte sostener que ninguno de ellos involucra elementos de verdad o de justicia. Ciertamente, no se exige para el otorgamiento del beneficio la confesión ni actos de cooperación que contribuyan al establecimiento del alcance de la responsabilidad del desmovilizado en los crímenes cometidos por la organización delictiva en la cual militó como actor armado, o a la desarticulación de la organización armada.

Advierte la Corte que condicionar la concesión del beneficio a una declaración juramentada del imputado o acusado, en el sentido que no ha sido autor o partícipe de delitos graves, representa una clara renuncia del Estado a la investigación dejando librada a la voluntad, al interés y a la conveniencia del desmovilizado la definición del alcance de su compromiso punitivo en los crímenes atribuidos a la organización. Se parte de una especie de presunción, acerca de que se trata de miembros de los grupos ilegales armados que por su ubicación en la base de la organización (miembros rasos) no pueden ser considerados como autores o partícipes de las múltiples y graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario que

según informes públicos y estadísticos que obran dentro del proceso⁹⁶ son atribuibles a los grupos de autodefensa, de los cuales formaron parte los desmovilizados.

54. Tal presunción solo podría ser desvirtuada, según la norma, con otras investigaciones que arrojen evidencia en el sentido de que el postulado encuentra comprometida su responsabilidad en delitos distintos a los que señala el precepto, pero no se contempla una exigencia investigativa dentro del proceso en el cual se evalúa la aplicación al principio de oportunidad; en éste, de antemano y bajo el amparo de la declaración juramentada del implicado, se renuncia a la investigación penal.

Aún si se exigiera la confesión respecto de esta grave criminalidad, tal actitud procesal sólo podría dar lugar a una rebaja de pena, y no a la renuncia a la acción penal, comoquiera que la normatividad internacional impone restricciones a los efectos de las “*leyes sobre arrepentidos*” respecto de los autores de delitos graves conforme al derecho internacional. De acuerdo con el *Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, el hecho de que autor, después del período de investigación y captura, revele las violaciones cometidas por él mismo o por otros para beneficiarse de las disposiciones favorables de las leyes relativas al arrepentimiento, no lo eximirá de responsabilidad, en particular, penal. Ese hecho sólo puede ser causa de reducción de la pena para contribuir a la manifestación de la verdad⁹⁷.

55. La causal 17 para la aplicación del principio de oportunidad, ni siquiera plantea actividad investigativa al interior de este proceso para descartar la implicación del futuro beneficiario en la comisión de crímenes de derecho internacional. No obstante la elocuencia de las cifras⁹⁸ que demuestran la violación sistemática y a gran escala de los derechos humanos por parte de las organizaciones de las cuales formaron parte los desmovilizados, la multiplicidad de víctimas y el accionar de los perpetradores a través de estructuras con un alto

⁹⁶ Informe del Jefe de la Unidad de Justicia y Paz (Fol. 30). Consigna el número de víctimas que se encuentran registradas, discriminadas por cada uno de los frentes de la organización delictiva. Presenta un consolidado de 254.683 víctimas, “registradas”, del accionar delictivo de esa organización armada. Las autoridades judiciales han registrado, a través de los procesos penales de Justicia y Paz, la comisión de alrededor de 62.000 hechos delictivos, de los cuales 22.000 han sido confesados por sus propios autores o partícipes.

⁹⁷ Anexo del Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de Principios para la lucha contra la impunidad presentado la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el 2005, E/CN.4/2005/102/Add. 1 al 8 de febrero de 2005.

⁹⁸ Ver el informe del Jefe de la Unidad de Justicia y Paz (Fol. 30). Consigna el número de víctimas que se encuentran registradas, discriminadas por cada uno de los frentes de la organización delictiva. Presenta un consolidado de 254.683 víctimas, “registradas”, del accionar delictivo de esa organización armada. Las autoridades judiciales han registrado, a través de los procesos penales de Justicia y Paz, la comisión de alrededor de 62.000 hechos delictivos, de los cuales 22.000 han sido confesados por sus propios autores o partícipes. De acuerdo con información de las autoridades judiciales a través de los procesos penales de justicia y paz se ha registrado la comisión de 62.000 hechos delictivos, de los cuales solo 22.000 han sido confesados por sus autores o partícipes. De otra parte, los datos reportados por la Oficina del Alto Comisionado para la Paz, y la Unidad Nacional de Fiscalías (Informe General de Justicia y Paz, agosto de 2010), dan cuenta que la cifra global de desmovilizados registrados (entre paramilitares y guerrilleros) es de 53.254. De éstos, 4.482 fueron postulados a la Ley de Justicia y Paz., de los cuales 1.212 no han confesado hechos criminales.

grado de organización y mediante la división de trabajo, no se diseña una estrategia investigativa, que aún en el marco de las limitaciones derivadas de la disponibilidad de recursos y la complejidad del asunto, se oriente con sinceridad y pretensión de eficacia a excluir de la aplicación del beneficio procesal a personas involucradas en grave criminalidad. La norma no plasma una auténtica voluntad política de investigar, juzgar y sancionar a los autores o partícipes de los crímenes, o de descartar la autoría o participación del desmovilizado en dichos ilícitos.

56. Tal como lo han advertido las agencias internacionales que velan por la eficacia de los derechos humanos⁹⁹, una iniciativa de judicialización de los crímenes de organización o de sistema¹⁰⁰, no se satisface con esclarecer lo acontecido en hechos aislados, sino que debe extenderse a las relaciones de poder e intereses entre determinadores y perpetradores, desentrañar las políticas, prácticas y contextos que determinaron o favorecieron la perpetración de violaciones sistemáticas y generalizadas. Frente a este fenómeno la tarea de investigación y juzgamiento no se satisface con describir la comisión del acto criminal, sino que es preciso esclarecer los eslabones y entender la naturaleza instrumental de los casos individuales, identificar patrones en el ejercicio de la violencia, el contexto de acción colectiva y prácticas facilitadoras y desentrañar el fondo ideológico del accionar delictivo y su motivación. Una de las características de la denominada criminalidad compleja o de sistema radica justamente en que desafía el entendimiento y las prácticas tradicionales en la aplicación del derecho penal¹⁰¹.

La estrategia investigativa para enfrentar un fenómeno criminal de esta entidad no puede reducirse a una declaración jurada del integrante de la organización delictiva señalada de cometer crímenes de derecho internacional, en la que aquel manifieste que no ha perpetrado delitos de esta naturaleza. La existencia de una estrategia de judicialización adecuada para enfrentar los desafíos que plantea la comisión de una multiplicidad de crímenes y un gran número de investigados o enjuiciados, constituye uno de los ejes fundamentales para la satisfacción de las exigencias de verdad y de justicia.

57. La decisión legislativa de sustituir una adecuada estrategia de investigación en los términos señalados, por la declaración jurada que deberá rendir el futuro beneficiario de la renuncia a la persecución penal, presenta múltiples problemas constitucionales y de política criminal.

En primer lugar, como se ha señalado hasta ahora, comporta la renuncia del Estado a investigar conductas delictivas que podrían implicar violaciones graves

⁹⁹ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights OHCHR. Rules of Law Tools for Post-Conflict States, Prosecution Initiatives, HR/PUB/06/4. (2006)

¹⁰⁰ La criminalidad de sistema es una figura creada por la doctrina especializada con el fin de analizar cómo se debería asumir la investigación y juzgamiento de la criminalidad compleja perpetrada por aparatos de poder. AMBOS, Kai. "La parte general del derecho penal internacional; bases para la elaboración de una dogmática". Mastergraf, Uruguay, 2005, pag. 73-90.

¹⁰¹ *Ibidem*.

a los derechos humanos e infracciones serias al derecho internacional humanitario, contraviniendo así claros mandatos internacionales en la materia.

En segundo lugar, la particular estrategia investigativa tendría como único eje la *autoincriminación* del investigado en relación con la pertenencia al grupo armado al margen de la ley, el uso ilegal de uniformes e insignias y el porte no autorizado de armas y municiones. En efecto, en la norma se conmina al imputado o acusado a que bajo la gravedad, reconozca su participación en los ilícitos allí mencionados, de lo contrario continuará *sub júdice* por otras posibles infracciones.

En tercer lugar, no obstante que la norma se inserta dentro de la regulación del principio de oportunidad penal, se aparta de los principios que lo orientan como es aquél relativo a la preservación de la presunción de inocencia y la necesidad de “*un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipificación*”.

No se exige en el precepto cuestionado, prueba mínima de responsabilidad y ni siquiera tipificación de la conducta, toda vez que se alude a un hecho fáctico que, como se demostrará más adelante, podría encuadrar en diversos tipos penales “*la pertenencia a una organización criminal*”. Finalmente, la potestad otorgada a la Fiscalía en el sentido de solicitar “*audiencias colectivas*” para conceder el principio de oportunidad, es una muestra adicional de la ausencia de un verdadero propósito de investigar los delitos y la responsabilidad en que hubiesen podido incurrir los miembros desmovilizados de la organización armada ilegal.

Lo anterior es demostrativo de que la aplicación del principio de oportunidad en virtud de la causal analizada no está precedida de una investigación rigurosa de historial delictivo de los desmovilizados a quienes se pretende favorecer con la suspensión, interrupción o renuncia a la persecución penal.

58. El imperativo ético y normativo en el sentido que los Estados enfrenten con seriedad la lucha contra la impunidad en relación con las atrocidades del pasado, para satisfacer las necesidades de justicia de las víctimas y de la sociedad, requiere de investigaciones “*rápidas, minuciosas, independientes e imparciales*” de las violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario. Estos requerimientos no se satisfacen con la estrategia que plantea el numeral 17 del artículo 324 del C.P., a través del cual se renuncia a la investigación, no como una consecuencia de la acreditación de que el desmovilizado no incurrió en alguno de los delitos excluidos del beneficio (graves infracciones del derecho internacional humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio o conductas dolosas contra menor de edad), sino como producto de la decisión legislativa de sustituir la investigación por la propia manifestación del presunto implicado.

59. De esta manera la previsión del párrafo 2° del artículo 324 C.P.P., en el sentido que “*No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones*

o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años”, resulta siendo retórica en el caso de la causal 17 comoquiera que, su propia configuración excluye de antemano la posibilidad de que en el proceso en que se aplicaría el principio de oportunidad se descarte mediante una investigación seria el compromiso penal del desmovilizado en un evento criminal de esta naturaleza.

La gravedad de estos crímenes denominados de derecho internacional, debido a la lesividad que comportan, obliga a las autoridades estatales a investigar oficiosamente a todos los responsables, razón por la cual en relación con ellos no puede renunciar a la acción penal, a través de la figura del principio de oportunidad. Al respecto esta Corporación ha señalado que *“una de las limitaciones a la aplicación del principio de oportunidad es la existencia de acuerdos internacionales en virtud de los cuales Colombia se comprometa a sancionar delitos que por su gravedad ofenden la conciencia social y resultan especialmente sensibles en el panorama internacional”*¹⁰².

60. Las investigaciones aparentes, encaminadas a crear una simple formalidad que permite espacios de impunidad, son contrarias al deber de investigación seria que debe llevarse a cabo frente a las violaciones de los derechos humanos, y recordó que la exigencia de una investigación real y seria está estrechamente vinculada al deber de preservación de los derechos de las víctimas, entre los que ocupa un lugar preeminente el derecho a la verdad¹⁰³.

Al respecto cobra particular relevancia lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con la normatividad que es objeto de este análisis:

*“Si bien dicha ley [se refiere a la Ley 1312 de 2009] establece que “para la aplicación de esta causal, el desmovilizado deberá firmar una declaración bajo la gravedad del juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causal”, la Corte ya ha constatado que este tipo de disposiciones normativas puede ser insuficiente si no se da en forma concomitante una verificación rigurosa por parte de las autoridades encargadas de las investigaciones, o del Ministerio Público, de tales aseveraciones (...)”*¹⁰⁴

61. Aunado a lo anterior, la pretensión de aplicar el principio de oportunidad a los desmovilizados, sin que tal iniciativa esté precedida de una investigación que demuestre que los potenciales beneficiarios no han incurrido en alguno de los crímenes excluidos de su aplicación, deja al juez de garantías sin elementos de

¹⁰² Corte Constitucional, sentencia C-738 de 2008.

¹⁰³ Corte Constitucional, sentencia C-979 de 2005.

¹⁰⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sección V, Serie C No. 216. Nota de pie de página No. 316.

juicio para ejercer un auténtico control judicial en relación con la solicitud de individual o colectiva de la Fiscalía.

Aunque se prevé la convocatoria a una audiencia especial (Art. 327) en la que la víctima y el Ministerio Público “*podrán controvertir la prueba*”, el sustento probatorio de la solicitud será, en la mayoría de los casos, la *declaración jurada* del postulado al beneficio, en el sentido de no haber cometido ninguno de los crímenes excluidos. En tales condiciones, la única manera de controvertir y desvirtuar tal evidencia, sería probando que el desmovilizado sí cometió alguno de los crímenes en los que se prohíbe la aplicación del mecanismo, con lo cual se trasladaría a la víctima el deber – propio del Estado - de investigar los delitos constitutivos de graves violaciones al derecho internacional, hipótesis que evidentemente resulta inaceptable.

La sustitución del deber de investigar, exigida para todos los eventos por la filosofía misma del principio de oportunidad, y para la grave criminalidad por los mandatos constitucionales y de derecho internacional, por una declaración jurada del interesado, no salvaguarda los derechos de las víctimas a conocer la verdad y a que se haga justicia, comoquiera que no se garantizan mecanismo accesibles para que concurran al proceso. En últimas, toda posibilidad de investigación de un crimen grave queda librada a la voluntad del desmovilizado quien, bajo juramento, manifestará no haber incurrido en ese tipo de ilícitos.

62. La falta de previsión de mecanismos de acceso para las víctimas se pone en evidencia, en el informe que la propia Fiscalía General de la Nación rindió en este proceso:

“Tampoco se ha considerado pertinente iniciar trámite alguno para la aplicación del principio de oportunidad teniendo en cuenta que no se encuentra definida la forma en que habrán de intervenir las víctimas dentro del mismo, su convocatoria, representación y formas de reparación, pues como se trata del delito de concierto para delinquir, no está plasmado a cuáles víctimas se cita ó, si por el contrario se debe convocar al total de víctimas del grupo armado organizado al margen de la ley en que militó el imputado. En este último caso estaríamos en una situación compleja, pues por ejemplo del bloque norte de las AUC tenemos un registro de 40.912 víctimas por hechos atribuibles a este (a 31 de julio de 2010), lo que generaría un caos para la entidad que se encargue de su citación y el traslado al sitio en donde se desarrollará la diligencia”¹⁰⁵.

63. En conclusión, la renuncia del Estado a investigar y sancionar los delitos que afectan más gravemente a la dignidad humana, resulta inaceptable como expresión de la política criminal del Estado. Tal proceder resulta así mismo inadmisibles, en aparentes o reales estados de transición hacia la paz, bajo criterios de conveniencia política o de utilidad pública. La falta de investigación y sanción de esta clase de delitos conduce al desconocimiento del derecho de las

¹⁰⁵ Fiscalía General de la Nación. Unidad de Justicia y Paz. Oficio UNJP 013381, agosto 31 de 2010.

víctimas al acceso a un recurso judicial efectivo, y por esa vía a la justicia, la verdad y la reparación integral. Con este proceder el Estado incumple obligaciones internacionales – tanto de fuente consuetudinaria como convencional – de investigar, enjuiciar y sancionar a los autores de graves violaciones de derechos humanos, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, generando un ambiente propicio para la repetición crónica de estas conductas.

(ii) La causal 17 del artículo 324 del C.P.P. quebranta los límites constitucionales previstos para la aplicación del principio de oportunidad.

64. Sostienen los demandantes que la disposición acusada vulnera el artículo 250 de la Constitución que contempla un principio de oportunidad reglado. Aducen que la norma crea una causal para la aplicación del principio de oportunidad de naturaleza ambigua e indeterminada. Esta ambigüedad e indeterminación se advierte en la indefinición de aspectos estructurales de la disposición, tales como *(i)* la identificación de los delitos a los cuales se aplica, *(ii)* el suministro de parámetros normativos objetivos que eliminen la discrecionalidad del fiscal a la hora de aplicar el principio de oportunidad, y *(iii)* la posibilidad de participación de las víctimas en un proceso penal determinado.

65. Sobre el particular, destaca la Corte que el principio de legalidad informa todo el sistema jurídico penal colombiano, como una garantía de los ciudadanos para acceder de manera igualitaria a la administración de justicia, bajo condiciones de seguridad jurídica y en la confianza de que la persecución de los delitos está precedida de reglas claras, que aseguren que la administración de justicia penal no dependerá de la buena voluntad de las autoridades encargadas de su ejecución.

En estricto sentido, a este principio se le denomina de taxatividad o de tipicidad, y exige que las normas penales estén inequívoca o taxativamente definidas por la ley, de tal manera que la labor de los funcionarios judiciales (jueces o fiscales) se limite a verificar si frente a determinada conducta o situación concurren los supuestos inequívocamente descritos por el legislador.

66. El principio de oportunidad está concebido como una excepción al principio de legalidad y obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal. Por tratarse de una institución excepcional y reglada, tal como fue la opción elegida por el constituyente secundario colombiano, los presupuestos para su aplicación deben estar plenamente delimitados y enmarcados en la ley. Las reglas vagas y ambiguas en relación con la operatividad del principio de oportunidad pueden conducir a que el mecanismo se amplíe a hipótesis no previstas por el legislador, y a que se dificulte el control sobre las decisiones de suspensión, interrupción o renuncia a la acción penal.

Con ello no se pretende desconocer que el fiscal goza de un razonable margen de interpretación en la aplicación de la ley, pero este no es ilimitado. El legislador debe suministrarle de manera clara, elementos objetivos que le indiquen las valoraciones que debe adelantar y los fines que debe perseguir en la aplicación del mecanismo.

67. Una aproximación al contenido normativo del numeral 17 del artículo 324 del C. de P.P., permite advertir que en efecto, tal como lo señalan los demandantes y algunos de los intervinientes, contiene expresiones que no se encuentran debidamente precisadas, en los términos que lo exige el principio de taxatividad:

“17. Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley Que en los términos de la normatividad vigente **haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad**, siempre que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005 y **no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización** con excepción de la **pertenencia a la organización criminal**, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones.

(...)

Para la aplicación de esta causal. el desmovilizado deberá firmar una declaración bajo la gravedad de juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causal, so pena de perder el beneficio dispuesto en este artículo de conformidad con el Código Penal”.

68. En primer lugar, advierte la Corte que la expresión “*haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad*”, es de tal amplitud que entrega al fiscal una desmedida discrecionalidad, comoquiera que no aporta ningún criterio de naturaleza objetiva que permita valorar qué tipos de actos, actitudes o eventos, son indicativos de un auténtico propósito de reintegración social. Esta configuración contraviene el precedente de esta Corte establecido en las sentencias C-673 de 2005 y C-095 de 2007, según el cual las causales del principio de oportunidad deben ser redactadas por el legislador de manera tal que no resulten imprecisas o vagas, a fin de no entregar a la Fiscalía una potestad extensa y no precisa, que desborde el marco de la excepcionalidad, e imposibilite el ejercicio del control de legalidad.

El legislador debió establecer, si no los eventos, al menos criterios objetivos que permitieran al fiscal deducir el carácter inequívoco del propósito de reinserción. Tal como está el precepto queda librada a la plena liberalidad del fiscal, la valoración de un componente que es determinante para la concesión del beneficio.

69. De otra parte, las insalvables contradicciones que presenta la redacción de la norma contribuyen eficazmente a incrementar la incertidumbre sobre el alcance de la misma. Observa la Corte que una de las condiciones previstas para la concesión del mecanismo es *“que no cursen [en contra del desmovilizado] investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones”*. (Se destaca).

Un entendimiento permitido por la redacción de la norma es el de considerar que, aún después de su desmovilización, el candidato al beneficio puede seguir delinquirando a condición de que se trate de los delitos de *“pertenencia a la organización criminal”*, utilización ilegal de uniformes e insignias y porte ilegal de armas y municiones. Esta posibilidad hermenéutica, admitida por la norma, se contrapone a las finalidades político criminales del instrumento, a la vez que incrementa la incertidumbre sobre los supuestos que permiten su aplicación. En efecto, concurren en el precepto dos condiciones acumulativas que resultan excluyentes: De un lado, demostrar con actos inequívocos el propósito de reintegración a la sociedad, y de otro, no tener investigaciones penales por hechos posteriores a la desmovilización, excepto si se trata de la pertenencia a la organización, el uso ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas. Este último requisito además, desvirtúa la condición de *“desmovilizado”* presupuesto primario y esencial para la evaluación de la causal, comoquiera que tal como está diseñada la norma, se admite la posibilidad de que el postulado a ser beneficiario del principio de oportunidad, continúe delinquirando a condición de que se trate de alguno de los eventos previstos en el precepto. .

70. Tan manifiestas contradicciones presentes en la norma, impiden que el juez de control de garantías cuente con elementos de juicio, claros, fiables y unívocos para determinar si los presupuestos que el contenido normativo acusado prevé para la aplicación del principio de oportunidad, concurren en el caso concreto. El legislador no suministra criterios claros al juez de control de garantías que le permitan impartir aprobación o rechazar la solicitud de la Fiscalía, situación que desconoce el principio de taxatividad que la jurisprudencia ha considerado indispensable en el diseño de las causales de oportunidad.

71. No obstante que las observaciones precedentes ya plantean serias fisuras al principio de legalidad que debe guiar la configuración de las causales para interrumpir, suspender o renunciar a la acción penal, el problema más relevante sobre este particular se presenta en la designación del delito o delitos respecto de los cuales procedería la aplicación del principio de oportunidad. De acuerdo con el tenor de la causal, esta se aplicaría respecto de *“la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones”*, siempre y cuando concurren las demás condiciones a que alude el precepto.

El análisis de segmento debe partir de la premisa establecida en el artículo 327 del mismo estatuto que prevé que “*La aplicación del principio de oportunidad (...) sólo procederá si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría, la participación en la conducta y su tipicidad*”. Ciertamente, las causales del artículo 324 C.P.P. están fundadas en diversos criterios tales como la entidad de la pena, la extradición, la colaboración, la insignificancia, la reparación, la baja lesividad, entre otros, lo que significa que no siempre le es exigible al legislador precisar el tipo penal, sino el supuesto de hecho de la causal. Sin embargo, cuando la naturaleza del delito es determinante para la estructuración de la causal, el legislador debe precisar el tipo penal. En el caso de la causal 17 la naturaleza del delito reviste particular relevancia justamente para excluir el riesgo de que conductas respecto de las cuales existe prohibición expresa de renuncia a la investigación, queden amparadas bajo una causal de oportunidad.

La “*pertenencia a la organización criminal*” no es una conducta tipificada como delito autónomo en la ley penal, lo que conduce a que sea la autoridad encargada de aplicar el precepto la que defina qué conductas delictivas caen bajo la órbita de la causal, a fin de determinar si se trata de punibles respecto de los cuales existe disponibilidad de la acción penal. La “*pertenencia a una organización criminal*”, constituye un elemento normativo que puede estar comprendido en más de una modalidad delictiva, o incluso puede aludir a una forma de participación colectiva en un ilícito, circunstancia que evidentemente introduce un elemento de indeterminación, en una materia en la que la definición previa, clara e inequívoca de los punibles sobre los cuales es posible suspender, interrumpir o renunciar a la acción penal, resulta relevante.

La expresión analizada, imprime una enorme ambigüedad a la causal 17 del artículo 324 C.P.P., circunstancia que se hizo palmaria en las intervenciones en este proceso. Así, los demandantes consideran que la causal alude al concierto para delinquir agravado (340.2)¹⁰⁶; para la Defensoría del Pueblo la expresión “*pertenencia a la organización criminal*”, no alude a la comisión de ningún comportamiento que se encuentre tipificado en el actual código penal; la Fiscalía General de la Nación estima que la expresión acusada no introduce ninguna ambigüedad pero no hace referencia a una tipicidad en particular; para la Alta Consejería para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas, la expresión alude al delito de concierto para delinquir (Art. 340)¹⁰⁷, pero no *de lesa humanidad*; en tanto que para la Procuraduría la expresión “*pertenencia a la organización armada*” es sinónimo del delito de

¹⁰⁶ El inciso 2° del artículo 340, configura una forma **agravada** de concierto para delinquir. (...) “Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2.700) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales vigentes”.

¹⁰⁷ El artículo 340 incluye tres modalidades de concierto para delinquir: El simple del inciso primero, el agravado por la naturaleza particularmente grave de los delitos para los que se conciertan los actores. Y el inciso tercero agravado por el nivel de participación o liderazgo del concertado (quien organiza, fomenta, promueve, dirige, encabeza, constituye o financia el concierto).

concierto para delinquir simple (Art. 340.1 C.P.)¹⁰⁸, alude a la mera militancia en la organización criminal, “*lo cual implica el uso de uniformes e insignias, así como el porte ilegal de armas*”.

Como se advierte, se trata de una expresión que admite múltiples interpretaciones, en una materia que debe ser precisada con pulcritud y transparencia: *la definición de los ilícitos que pueden ser amparados por el beneficio de oportunidad*, toda vez que es un hecho público y notorio, que se encuentra además documentado en este proceso, el que las organizaciones a las cuales pertenecen o han pertenecidos los aspirantes a la suspensión, interrupción o extinción de la persecución penal, han incurrido en graves hechos delictivos, sujetos de manera inexcusable a investigación y sanción bajo el derecho internacional.

72. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, la aplicación de las causales del principio de oportunidad exige un principio de verdad respecto de la autoría y la **tipicidad** de la conducta, comoquiera que deben existir elementos de juicio fácticos que conduzcan a inferencias razonables sobre la realización de la conducta, **su adecuación típica** y la participación del investigado en la misma, a fin de que el fiscal sopesa la pertinencia de dar aplicación al principio de oportunidad y el juez pueda ejercer efectivo control sobre esa determinación¹⁰⁹. Esto solo es posible a partir de una mínima acreditación de la ocurrencia de un hecho que debe estar previamente definido en la ley.

73. Finalmente, se incurre en otra imprecisión relevante y es la de considerar que los delitos de utilización ilegal de uniformes e insignias, y el porte ilegal de armas y municiones, forman parte de esa categoría delictiva establecida por la Ley 1312 de 2009, denominada “*pertenencia a la organización criminal*”, que no responde de manera cierta, como se indicó, a un hecho punible descrito por el legislador con sus elementos de conducta y sanción. Las conductas delictivas de tráfico y porte de armas de fuego o municiones, y la utilización ilegal de uniformes e insignias, son delitos autónomos previstos por el legislador en los artículos 365 y 346 del C.P., respectivamente, y si bien cae dentro de la potestad de configuración legislativa la posibilidad de crear categorías de delitos complejos o modificar las reglas del concurso de conductas punibles, esta posibilidad sólo resulta admisible entre hechos delictivos establecidos con apego al principio de taxatividad. Lo que no es admisible es que se pretenda subsumir hechos punibles autónomos en otra conducta que no se encuentra prevista conforme a estándares de legalidad estricta (tipicidad).

74. En síntesis, la causal 17 del artículo 324 del C. de P.P., tal como fue establecida por la Ley 1312 de 2009, es inconstitucional por violación del principio de legalidad, debido a que no establece de forma taxativa e inequívoca todos y cada uno de los elementos constitutivos de la causal, ni contempla

¹⁰⁸ “Concierto para delinquir (simple). 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”.

¹⁰⁹ Corte Constitucional, sentencia C- 209 de 2007.

criterios objetivos que orienten el margen de discrecionalidad que se reconoce al fiscal en esta materia. La incertidumbre que genera el diseño de la causal impide que el juez de control de garantías pueda ejercer un efectivo control sobre la decisión del fiscal de dar aplicación al principio de oportunidad en situaciones concretas. La Corte declarará, en consecuencia la inexequibilidad del numeral 17 del artículo 324 del C.P.P., introducido por el artículo 2° de la Ley 1312 de 1009.

(iii) El párrafo tercero del numeral 17 del artículo 324 C.P.P., plasma una omisión legislativa relativa en relación con las graves violaciones de derechos humanos

75. Manifiestan los demandantes que en el párrafo 3° del numeral 17 del artículo 324 del C.P., el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa, toda vez que excluyó de manera injustificada, de los supuestos en que se encuentra prohibida la aplicación del principio de oportunidad “*las graves violaciones de derechos humanos*”. Si bien se hace referencia a los *crímenes de lesa humanidad*, hay graves violaciones de derechos humanos que no encajan dentro de esta categoría y por lo tanto podrían quedar en la impunidad en el evento de ser cobijadas con el principio de oportunidad.

76. Sobre el particular, es posible advertir que de conformidad con el párrafo 3° del artículo 2° de la Ley 1312 de 2009, que modificó el artículo 324 del C.P.P., no se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de *graves infracciones al derecho internacional humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio, o cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años*.

77. La jurisprudencia de esta corporación ha precisado que se presenta una omisión legislativa relativa cuando el legislador regula una materia de manera parcial, insuficiente o incompleta, omitiendo una condición, un sujeto destinatario, un ingrediente esencial o algún supuesto que, en atención a los contenidos superiores del ordenamiento, debería formar parte de la disciplina legal o de la materia normativa. En esta hipótesis de control, el debate se suscita en torno a un texto legal que se reputa incompleto en su concepción, y que puede ser cotejado con la Carta, por resultar arbitrario, inequitativo o discriminatorio en perjuicio de ciertas garantías constitucionales como la igualdad y el debido proceso¹¹⁰.

La Corte se ha declarado competente para abocar el conocimiento de la omisión legislativa relativa, por cuanto surte efectos jurídicos que pueden presentar una oposición objetiva y real con la Constitución, la cual es susceptible de

¹¹⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-240 de 2009, C- 864 de 2008, C-823 de 2005, C-800 de 2005, C-865 de 2004, C-374 de 2004, C-1017 de 2003, C-285 de 2002, C- 1177 de 2001, entre otras.

verificarse a través de una confrontación de los mandatos acusados y las disposiciones superiores¹¹¹.

Los rasgos característicos de una omisión legislativa relativa se han sistematizado así: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador¹¹².

78. En el caso del párrafo 3° del artículo 324 del C. de P.P., en la versión establecida por la Ley 1312 de 2009, es posible advertir que no se contemplan *las graves violaciones de los derechos humanos* dentro de las categorías de crímenes excluidos de la aplicación del principio de oportunidad.

Al respecto conviene reiterar que los compromisos internacionales del Estado colombiano en relación con la efectiva persecución y sanción de *graves violaciones de derechos humanos*, delitos de lesa humanidad e infracciones graves al derecho internacional humanitario, son el producto del consenso de la comunidad de naciones de combatir la impunidad y lograr el respeto y la efectividad de los derechos humanos. La gravedad de estos comportamientos, su dañosidad y su poder desestabilizador de los sistemas democráticos, obliga a las autoridades nacionales de justicia a investigar y sancionar a todos los responsables de estos hechos, obligación a la que no puede renunciar, ni siquiera bajo la sombra del principio de oportunidad.

Sobre el particular esta Corporación señaló que *“una de las limitaciones a la aplicación del principio de oportunidad es la existencia de acuerdos internacionales en virtud de los cuales Colombia se compromete a sancionar delitos que por su gravedad ofenden la conciencia social y resulta especialmente sensibles en el panorama internacional”*.¹¹³

Esa limitación para la suspensión, interrupción o extinción de la acción penal, se extiende a las graves violaciones de los derechos humanos. Así lo entendió la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad del contenido del párrafo

¹¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-240 de 2009.

¹¹² Corte Constitucional, sentencia C- 864 de 2008.

¹¹³ Corte Constitucional, sentencia C-738 de 2008.

3° del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, ante de la expedición de la Ley 1312/09:

“[A]l parecer de la Corte la efectiva persecución y sanción del extenso catálogo de conductas que quedan cobijadas por los artículos 6°, 7° y 8° del Estatuto de Roma protege efectivamente la dignidad humana, y los derechos a la vida y la libertad amparados por la Carta Política. Por eso, el impedir que respecto de ellos se extinga la acción penal mediante la consagración de la prohibición de aplicar en tales casos el principio de oportunidad penal es una garantía adicional de la eficacia de estos derechos. No obstante, al actor le asiste razón cuando afirma que ciertos delitos, como por ejemplo un homicidio intencional o una violación que se produjeran por fuera de situación de conflicto interno o internacional y por fuera de ataques sistemáticos contra la población civil, o el tipo de genocidio político podrían eventualmente llegar a ser objeto de la aplicación del principio de oportunidad. Y lo mismo podría decirse de otros delitos aislados de situaciones de conflicto interno o internacional, o de los mencionados ataques sistemáticos, como el secuestro, las lesiones personales, el abandono de menores, el infanticidio o el incesto, por citar algunos ejemplos. Así pues, si la remisión al Estatuto de Roma contenida en el parágrafo 3° del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 implica que el principio de oportunidad podría llegar a aplicarse respecto de algunas graves violaciones a los derechos humanos que no caen dentro del ámbito de competencia de la Corte Penal Internacional, la Corte ha concluido que en algunos casos ello sí es posible. En tal virtud, para excluir esta posibilidad, declarará la inexequibilidad de la expresión “de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma”, contenida en este parágrafo 3°, pues ella restringe inconstitucionalmente la protección de los derechos humanos que constituyen los bienes jurídicos amparados por ciertos delitos descritos en algunos tipos penales del Código Penal, y en otros tratados internacionales de los cuales Colombia es estado parte”¹¹⁴.

79. Encuentra la Corte que en la configuración actual del parágrafo 3° del artículo 324 del C.P.P., se incurre así mismo en un déficit de protección de los derechos humanos y de la dignidad humana, comoquiera que se omite relacionar dentro del catálogo de crímenes excluidos de la aplicación del principio de oportunidad *las graves violaciones de derechos humanos*. La referencia explícita a los *crímenes de lesa humanidad* resulta insuficiente, toda vez que, como ya lo ha advertido la Corte, pueden presentarse actos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos que no obstante su intrínseca gravedad, no se enmarcan dentro de patrones o contextos de sistematicidad o generalidad, y por ende técnicamente no clasificarían dentro de aquella categoría, pero respecto de los cuales subsiste el imperativo internacional de investigar, juzgar y sancionar.

En esa medida constata la Corte que el parágrafo 3° examinado excluye de sus consecuencias jurídicas, una categoría de violaciones que por su gravedad y

¹¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-095 de 2007.

relevancia en el plano internacional, es asimilable a los casos previstos en la norma. Su inclusión se hace necesaria para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta, toda vez que no existe ninguna justificación para no incluir las graves violaciones de los derechos humanos dentro de las prohibiciones para la aplicación del principio de oportunidad. Se trata de hechos que comparten el similar nivel de gravedad, de reproche internacional y que convocan, en ese plano las mismas exigencias en materia de lucha contra la impunidad. Mediante tal omisión el legislador se sustrajo al cumplimiento de claros imperativos constitucionales derivados de los tratados internacionales sobre derechos humanos que forman parte del cuerpo de la constitución, que le señalan el deber de tomar medidas legislativas para evitar la impunidad en el ámbito de las graves violaciones a estos mandatos.

80. Establecida la omisión legislativa relativa en que incurrió el legislador en la configuración del párrafo 3° del artículo 24 del artículo 324 del C. de P.P., tal como fue modificado por la Ley 1312 de 2009, la Corte declarará su exequibilidad, en el entendido de que también comprende las graves violaciones de derechos humanos.

81. En conclusión, la Corte encontró que la causal contenida en la causal 17 adicionada al artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, para la aplicación del principio de oportunidad, es contraria a los artículos 1° y 93 de la Constitución, así como a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, comoquiera se renuncia al deber de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de hechos que pueden involucrar graves violaciones de derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario. El deber de investigación estatal, es sustituido por una declaración jurada del postulado al beneficio, quien manifestará no haber incurrido en la mencionada criminalidad, sin que la aplicación del principio de oportunidad esté precedida de una investigación seria que corrobore tal afirmación. La propia norma sugiere la posibilidad de que el postulado al beneficio continúe delinquiendo, lo cual desvirtúa su condición de desmovilizado.

La ausencia de investigación seria, priva a las víctimas de los delitos que se atribuyen a la organización criminal, de contar con un recurso judicial efectivo, a través del cual puedan hacer valer sus derechos a la justicia a la verdad, a la reparación y a la no repetición. Con ello se desconoce el orden *justo* que promueve la Constitución y que se constituye en límite constitucional a la aplicación del mecanismo procesal.

La forma como está concebida la causal vulnera así mismo otros límites constitucionales como es el legalidad, toda vez que se introducen expresiones ambiguas y equívocas que amplían desmesuradamente el ámbito de discrecionalidad del fiscal para la aplicación del principio de oportunidad, y obstaculizan un efectivo control por parte del juez de control de garantías sobre el uso de la institución. Se desconocen así mismo los fines de política criminal que orientaron la reforma constitucional del año 2002, para la introducción del principio acusatorio dentro del marco del sistema penal de tendencia acusatoria,

toda vez que se pretende su aplicación con fines utilitarios distintos al de *racionalizar el ejercicio del poder punitivo* mediante la renuncia a la acción penal en eventos delictivos de reducido impacto social.

Finalmente, el párrafo tercero del artículo 324 plasma una omisión legislativa relativa, que debe ser corregida, en la medida que no incluye las graves violaciones a los derechos humanos, como una de las hipótesis delictivas en que se encuentra excluido el principio de oportunidad. La alusión a *los crímenes de lesa humanidad*, resulta insuficiente comoquiera que esta categoría solo incluye algunas graves violaciones desarrolladas dentro de un contexto de sistematicidad o generalidad, dejando por fuera muchos eventos de similar gravedad, pero que no se inscriben en un marco de esta naturaleza. Esta deficiente protección de los derechos humanos y de la dignidad humana, debe ser corregida mediante una decisión modulada.

En consecuencia, la Corte declarará la inexecutable del numeral 17 del artículo 2° de la Ley 1312 de 2009, y la exequibilidad condicionada el párrafo 3° de la misma disposición, en el entendido de que también comprende las graves violaciones a los derechos humanos.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Declarar INEXEQUIBLE el numeral 17 del artículo 2° de la Ley 1312 de 2009.

Segundo: Declarar EXEQUIBLE el párrafo 3° del artículo 2° de la Ley 1312 de 2009, en el entendido de que también comprende las graves violaciones a los derechos humanos.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, y archívese el expediente.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Presidente
Con salvamento de voto

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Magistrado
Con salvamento de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA
MARTELO
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO
PALACIO
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUI
Magistrado
Con salvamento de voto

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado
Con salvamento de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA C-936/10

OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Rasgos que la caracterizan (Salvamento parcial de voto)

Los rasgos característicos de una omisión legislativa relativa implican (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador

DESMOVILIZACION DE LOS GRUPOS ARMADOS IRREGULARES EN COLOMBIA-Evolución normativa (Salvamento parcial de voto)

APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A DESMOVILIZADOS-Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Salvamento parcial de voto)

LEGISLADOR-Discrecionalidad y límites con que cuenta para diseñar las causales de aplicación del principio de oportunidad (Salvamento parcial de voto)

PERTENENCIA A LA ORGANIZACION CRIMINAL-Significado de la expresión (Salvamento parcial de voto)

CRIMEN DE LESA HUMANIDAD-Derecho comparado/**CRIMEN DE LESA HUMANIDAD**-Evolución en el derecho penal internacional/**ASOCIACION PARA COMETER EL CRIMEN DE GENOCIDIO**-Casos en que se ha tipificado/**CONSPIRACION PARA COMETER GENOCIDIO**-Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional de Ruanda/**CONSPIRACION PARA COMETER GENOCIDIO**-Análisis del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Salvamento parcial de voto)

DERECHOS DE LAS VICTIMAS-Concepto (Salvamento parcial de voto)

APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A DESMOVILIZADOS-Resultaba adecuada su exequibilidad bajo ciertas condiciones (Salvamento parcial de voto)

JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD-Ponderación entre la consecución de la paz, el valor de la justicia y los derechos de las víctimas de los crímenes internacionales/**MEDIDAS LEGISLATIVAS ENCAMINADAS A ALCANZAR LA PAZ**-No pueden desconocer los compromisos internacionales asumidos por el Estado colombiano/**CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO**-Se trata de un delito autónomo/**CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO**-Aplicación es independiente de otros tipos penales que han sido imputados a quienes hasta la fecha han sido juzgados por la Corte Suprema de Justicia (Salvamento parcial de voto)

APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Elementos señalados por la jurisprudencia constitucional para su regulación (Salvamento parcial de voto)

CRIMENES DE LESA HUMANIDAD-Precedentes sentados por la Corte Suprema de Justicia no son vinculantes en la interpretación del ordenamiento jurídico que realiza la Corte al examinar la constitucionalidad/**DOCTRINA VIVIENTE**-Alcance (Salvamento parcial de voto)

APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A DESMOVILIZADOS DE LOS GRUPOS ARMADOS ILEGALES-Desarrollo de un proceso transicional empezado por la ley 975 de 2005 y ley 1312 de 2009 (Salvamento parcial de voto)

APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A LOS DESMOVILIZADOS-Decisión judicial no impide que la Fiscalía General de la Nación investigue y los jueces competentes sancionen otros comportamientos imputables/**DECLARACION JURAMENTADA DEL DESMOVILIZADO**-No impedía al Estado la verificación de la afirmación (Salvamento parcial de voto)

Si bien el principio de oportunidad podía ser aplicado a los desmovilizados que se reincorporen a la sociedad, también lo es que tal decisión judicial, de manera alguna impide que la Fiscalía General de la Nación investigue, y los jueces competentes sancionen, otros comportamientos imputables a los desmovilizados, tales como crímenes de guerra, de lesa humanidad y genocidios. En efecto, la declaración juramentada del desmovilizado, en el sentido de no haber perpetrado tales atrocidades, de manera alguna le impedía al Estado verificar la realidad de tal afirmación.

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD E INDULTO A DESMOVILIZADOS Y MIEMBROS RASOS DE GRUPOS ARMADOS ILEGALES-No beneficio supone que existe un trato favorable para los cabecillas de dichos grupos (Salvamento parcial de voto)

Referencia: expediente D-8131

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 17 y el párrafo 3° del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, *“Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004, en lo relacionado con el principio de oportunidad”*.

Magistrado Ponente:
Luis Ernesto Vargas Silva

Con el acostumbrado respeto, paso a exponer las razones por las cuales si bien comparto la decisión de declarar exequible el párrafo 3° del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, en el entendido de que también comprende las graves violaciones a los derechos humanos, no estuve de acuerdo con declarar inexequible el numeral 17 del artículo 2° de la Ley 1312 de 2009.

Pues bien, antes de entrar a exponer las razones de mi disenso, es pertinente aclarar que el proyecto inicial de fallo me había sido asignado por reparto de la Sala Plena y que el presente salvamento parcial de voto consigna la esencia de los principales argumentos planteados en aquél.

De igual manera, es preciso señalar que, desde el comienzo, planté la adopción de un fallo de constitucionalidad condicionado, que permitiera armonizar el contenido de las disposiciones acusadas, con los mandatos constitucionales e internacionales de respeto y garantía de los derechos de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

Realizadas las anteriores precisiones, en el presente salvamento parcial de voto, por razones metodológicas, se abordarán los siguientes grandes temas:

I. LOS ARGUMENTOS QUE PLANTEARON LOS DEMANDANTES.

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, los ciudadanos Rafael Barrios Mendivil, Dora Lucy

Arias Giraldo y Linda María Cabrera Cifuentes, interpusieron demanda de inconstitucionalidad contra el primer inciso del numeral 17 y el parágrafo 3° del mismo del artículo 324 del C.P.P., modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, “*Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004, en lo relacionado con el principio de oportunidad*”, por considerar que vulneran los artículos 150.17 y 250 Superiores, al igual que el segmento normativo acusado desconoce los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 4 y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; el artículo 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 12 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; el artículo 1 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

En cuanto a la causal de aplicación del principio de oportunidad para los desmovilizados, prevista en el inciso 1 del numeral 17 del artículo 324 del CPP, modificado por la Ley 1312 de 2009, los demandantes, luego de hacer un recuento del proceso de paz adelantado entre el Gobierno Nacional y aquéllos, plantearon los siguientes argumentos.

La disposición acusada, según los demandantes, violaba el artículo 250 Superior, por cuanto consagra una causal de aplicación del principio de oportunidad ambigua e indeterminada, la cual termina convirtiéndose en una “*amnistía encubierta*”, favorable a la impunidad, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 150.17 Superior, y en contra de los derechos de las víctimas consagrados en los artículos 1, 2, 6, 12, 29, 93 y 229 constitucionales, así como en los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En cuanto a la vulneración contra el artículo 250 Superior, los demandantes argumentaban lo siguiente:

“De un lado, el supuesto de actos inequívocos del desmovilizado que permitan evaluar su propósito de reintegrarse a la sociedad, abre un margen muy amplio de valoración por parte de la Fiscalía porque no existen parámetros objetivos para determinar cuándo una manifestación es inequívoca o no y cuándo expresa la intención de reintegrarse a la sociedad, más aún cuando la misma norma dispone que las conductas frente a las cuales se aplica el principio de oportunidad para estos desmovilizados pueden suceder antes o después de la desmovilización, luego, el Fiscal no tiene reglas claras para decidir por ej, si un desmovilizado cuenta con actos inequívocos de reintegración, si aún después de la desmovilización ha incurrido en otros delitos”.

Sobre el mismo particular agregaban que “*la ambigüedad de la causal demandada está dada en un conjunto de falencias que hemos denominado*

como la existencia de una causal atípica favorable a la impunidad. La causal carece de una identificación clara de los delitos a los cuales se aplica. Nótese que de una parte se refiere a la “pertenencia a la organización criminal”, en otra a “situaciones” y en suma no se tiene claridad sobre a qué tipo de delitos se aplica, al contrario de lo sucedido en las demás causales. Sólo están definidos los delitos accesorios que no aportan claridad suficiente en relación con el delito principal”.

De igual manera señalan que *“la causal tampoco exige la identificación del victimario ni supone la existencia de un proceso penal en el cual la víctima pueda hacer valer sus derechos y peor aún prevé audiencias colectivas para aplicar el principio de oportunidad sin garantizar la participación de las víctimas”.* Así mismo, a su juicio, no se trataba de delitos de bajo impacto social o cometidos por personas plenamente identificadas, ni tampoco tiene que reparar a las víctimas.

En cuanto a los derechos de las víctimas, los ciudadanos alegaban que *“Mientras las demás causales se aplican a delitos o personas identificadas en otros delitos, la causal diecisiete se aplica en abstracto a un conjunto de desmovilizados cuya única obligación es declarar que no ha cometido violaciones de derechos humanos sin que las víctimas tengan acceso a este procedimiento para controvertir su versión y sin que exista investigación ni identificación del beneficiario que permita igualmente controvertir las decisiones que afecten los derechos de las víctimas. Tampoco está prevista medida alguna para reparar a las víctimas”.*

Las anteriores insuficiencias, según los demandantes, tornaban ambigua y oscura la causal de aplicación del principio de oportunidad, violándose de esta forma el artículo 250 Superior, el cual permite configurar causales precisas e inequívocas.

Insistían igualmente que la expresión empleada por el legislador *“pertenencia a la organización criminal”*, era ambigua por cuanto no describía realmente ningún delito. Atribuían tal oscuridad, a la voluntad del Congreso de no emplear directamente la expresión *“concierto para delinquir”*, conducta delictiva que ha sido considerada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia como un delito común, y no político, y además como un crimen de lesa humanidad.

Sobre el particular, los demandantes agregaban que *“los desmovilizados paramilitares investigados por concierto para delinquir agravado son responsables de crímenes de lesa humanidad y por lo tanto no pueden ser beneficiarios del principio de oportunidad. Esto es así porque los paramilitares reúnen los tres elementos definidos por la Corte Suprema de Justicia como necesarios para calificar de lesa humanidad el concierto para delinquir: que las conductas de la organización hayan incluido crímenes de lesa humanidad, que los integrantes sean voluntarios y exista conciencia*

mayoritaria por parte de los integrantes de la organización sobre los crímenes cometidos”.

Así las cosas, según los demandantes, la figura establecida por el legislador configuraba realmente una amnistía encubierta, contraria a los derechos de las víctimas.

Recordaban asimismo que, si bien la Corte Constitucional consideró que la ley de justicia y paz no equivalía a un amnistía, por cuanto finalmente se aplicaba una pena, en cambio con la ley 1312 de 2009, *“El Estado renuncia a la persecución penal y la adjudicación de justicia”*. Además, *“obsérvese que el parágrafo 3 del artículo 2 de la ley 1312 de 2009 prevé la prohibición expresa de aplicar el principio de oportunidad a crímenes de lesa humanidad, razón de más para ratificar la ambigüedad e indeterminación de la norma demandada.”*

Explicaban igualmente los ciudadanos que, revisado el trámite que conoció el proyecto de ley en el Congreso de la República, se concluye que no se siguió aquél propio de las leyes de amnistía, motivo por el cual la causal de aplicación del principio de oportunidad es realmente una amnistía encubierta.

Argumentaban asimismo que, en virtud de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados tienen el deber de investigar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos, así como garantizarle a las víctimas el acceso a un recurso judicial efectivo, en concordancia con los artículos 1 y 2 del mismo instrumento internacionales. Las anteriores disposiciones resultarían vulneradas por la norma legal acusada.

En cuanto a la vulneración de los derechos de las víctimas, los demandantes explicaban lo siguiente:

“La aplicación del principio de oportunidad al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley, en los términos de la ley 1312 de 2009, sin que exista una declaración sobre los hechos en los que participó, que permita a las víctimas identificar a los victimarios y controvertir su versión, desconoce el derecho a la participación de las víctimas, el acceso a la justicia, a conocer la verdad de los hechos y obtener una reparación integral; asimismo, la ausencia de una declaración de los desmovilizados vulnera el derecho a la verdad histórica de la sociedad pues se trata de confesos desmovilizados provenientes de un escenario de conflicto armado en el cual han sucedido innumerables hechos de violencia respecto de los cuales la sociedad colombiana tiene derecho a conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar”.

A manera de conclusión sobre este primer cargo afirmaban lo siguiente:

“En conclusión de lo anteriormente dicho puede afirmarse que (i) la causal acusada es equivocada y ambigua en contradicción con lo dispuesto por el artículo 250 de la Constitución Política que establece el modelo de principio de oportunidad reglada;

(ii) esa ambigüedad está dada en la indefinición de aspectos estructurales que cualquier causal de principio de oportunidad debe tener, como la definición de los delitos a los cuales se aplica y la existencia de parámetros normativos objetivos que eliminen la discrecionalidad del fiscal a la hora de aplicar el principio de oportunidad, así como la posibilidad de participación de las víctimas en un proceso penal determinado; (iii) la redacción equívoca e imprecisa de la causal diecisiete genera la existencia de una amnistía encubierta en contravía de lo dispuesto por el artículo 150 No. 17 de la Constitución Política que exige quórum calificado para la aprobación, requiere aplicarse a delitos exclusivamente políticos pero como el concierto para delinquir no es un delito político sino un crimen de lesa humanidad, no son procedentes figuras de amnistía, indulto o cualquier otra eximente de responsabilidad; finalmente, (iv) la existencia de las referidas ambigüedades y la consagración de una amnistía encubierta son elementos contrarios a la obligación estatal de carácter internacional para evitar la impunidad y por eso también se presenta una violación de los derechos de las víctimas porque el Estado renuncia a la obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos, generando con esto un escenario injustificado de impunidad que debe ser revertido por la Corte Constitucional en cumplimiento de su función de guardiana de la supremacía e integridad constitucional”.

Por otra parte, en relación con el párrafo 3 del artículo 2 de la ley 1312 de 2009, los ciudadanos planteaban un cargo por “*omisión legislativa relativa*”, por cuanto, a su juicio, se presenta una “*exclusión injustificada del concepto de “graves violaciones de derechos humanos” de la norma, permitiendo con esto la aplicación del principio de oportunidad a estas conductas*”.

En tal sentido, estimaban los ciudadanos que el segmento normativo acusado desconoce los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 4 y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; el artículo 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 12 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; el artículo 1 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Al respecto, aseguraban que la restricción a la aplicación del principio de oportunidad a las “*graves infracciones al derecho internacional humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio*”, excluye de manera injustificada las graves violaciones a los derechos humanos no comprendidas dentro de tales categorías, “*de manera que la norma acusada permite aplicar el principio de oportunidad a graves violaciones de derechos humanos previstas en el derecho internacional de los derechos humanos*”.

En tal sentido, explicaban que el párrafo 3 del artículo 2 de la ley 1312 de 2009, que no incluye dentro de la prohibición para aplicar el principio de oportunidad, a las graves violaciones de derechos humanos, permitiendo con

eso la impunidad en estas conductas, reguladas por el derecho internacional de los derechos humanos.

Sostenían igualmente que algunas violaciones de derechos humanos podían coincidir con conductas propias de los crímenes de *lesa humanidad*, pero que otras que correspondían al concepto más amplio de “*violaciones graves de derechos humanos*”. Así por ejemplo, explicaban que el asesinato se encuentra proscrito por el Estatuto de Roma de la CPI, pero también está prohibido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la discriminación racial se encuentra prohibida en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, e igualmente, en el artículo 7 del Estatuto de Roma de la CPI. Otro tanto sucede con la violencia sexual contra la mujer.

Finalmente, solicitaron que el fallo de inexecutable tuviera efectos retroactivos.

Por su parte, las opiniones de los intervinientes se encontraban divididas. Así, algunos coadyuvaron por completo la demanda, por estimar que efectivamente la aplicación de la causal de principio de oportunidad desconocía los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, estipulados en diversos tratados internacionales. Otros, por el contrario, solicitaron a la Corte declarar exequibles los segmentos normativos acusados. Así mismo, ciertos intervinientes plantearon dudas acerca de si se configuraron todos los cargos de inconstitucionalidad señalados como tales por los demandantes, mientras que otros abogaban por condicionar la exequibilidad de algunas expresiones.

Por último, el Ministerio Público solicitó declarar exequible el párrafo tercero del numeral 17 del artículo 324 del CPP, modificado por la Ley 1312 de 2009, en el entendido de que “*para preservar los derechos de las posibles víctimas, en la reglamentación que para la aplicación del principio de oportunidad expida el Fiscal General de la Nación, se debe contemplar la publicación en un periódico y una emisora de cobertura nacional, y en la página web de la Fiscalía General de la Nación, de la información sobre la identidad plena, valga decir, visual, nominal y de alias, de cada uno de los desmovilizados que serán sometidos al procedimiento de aplicación del principio de oportunidad y de las fechas programadas para ese procedimiento*”.

Los anteriores fueron, brevemente, los principales argumentos planteados por los demandantes, los numerosos intervinientes y el Ministerio Público.

II. ANÁLISIS SOBRE LA EXISTENCIA DE CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD REALIZADA POR EL DESPACHO.

El examen acerca de la conformidad de las leyes con la Constitución, inició por determinar si los demandantes habían planteado, al menos, un cargo de inconstitucionalidad.

En el presente caso, la situación, a juicio del Despacho, resultaba ser compleja por cuanto, en relación con el inciso 1 del numeral 17 del artículo 324 del C.P.P., modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, algunos intervinientes planteaban que los demandantes no lograron estructurar verdaderos cargos de inconstitucionalidad en relación con todas las disposiciones alegadas como vulneradas. A su vez, en lo atinente al párrafo tercero de la misma disposición, los ciudadanos sostenían la existencia de un cargo de inconstitucionalidad por omisión relativa, siendo necesario determinar si efectivamente ello es así.

Aunado a lo anterior, en su intervención, la Defensoría del Pueblo sostenía que el demandante no había estructurado un verdadero cargo de inconstitucionalidad por cuanto *“De acuerdo con los demandantes, el numeral 17 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 acusado, establece una “amnistía encubierta” que contraría lo previsto en el artículo 150, numeral 17 de la Carta Política. Aseguran que con ella, el legislador intenta catalogar el concierto para delinquir como delito político y desfigurar el concierto para delinquir con fines de paramilitarismo como crimen de lesa humanidad, contrariando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que se basa en los instrumentos internacionales de derechos humanos que obligan a Colombia a evitar la impunidad. En esa medida, advierten inconsistencias para la aprobación de la disposición demandada, toda vez que el trámite de la ley que contiene el numeral 17 acusado fue el ordinario, debiendo corresponder a un trámite legislativo especial por tratarse de leyes de amnistía.”*

Al respecto, la Defensoría del Pueblo consideraba que *“las razones esgrimidas para sustentar que la causal demandada de aplicación del principio de oportunidad configura una “amnistía encubierta”, responden a una interpretación – quizá política- de los accionantes, mas no a un verdadero cargo de inconstitucionalidad por violación del artículo 17 del artículo 150 de la Carta.”*

Ahora bien, como puede advertirse, la Defensoría del Pueblo no planteaba un fallo inhibitorio por inepta demanda en relación con todos los argumentos planteados por los ciudadanos contra el inciso primero del numeral 17 del artículo 324 del C.P.P., modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009; por el contrario, sus apreciaciones se limitaban a la ausencia de un cargo de inconstitucionalidad en relación con la supuesta vulneración del numeral 17 del artículo 150 Superior, referente a la concesión de amnistías por parte del Congreso de la República.

Al respecto, el Despacho consideró que le asistía razón a la Defensoría del Pueblo por las siguientes razones.

El artículo 150.17 Superior, dispone lo siguiente:

“ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

17. Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar.

Ahora bien, el primer inciso del numeral 17 del artículo 324 del C.P.P. prevé una causal de aplicación del principio de oportunidad para los desmovilizados de un grupo armado al margen de la ley que haya manifestado, con actos inequívocos, su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre y cuando no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios de la Ley 975 de 2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización, con excepción de la pertenencia a la organización criminal, “*que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones*”.

Como se puede observar, la disposición acusada no regula la adopción de una ley de amnistía o de un indulto, sino una causal de aplicación del principio de oportunidad, figura procesal distinta, regulada por el artículo 250 Superior.

Ahora bien, consideraba el Despacho que si los demandantes quisieron decir que la mencionada causal debió haberse tramitado en el Congreso de la República como una ley de amnistía y no se hizo así, se estaría hablando es de un vicio de procedimiento, y en ese sentido, debieron haber estructurado un cargo de inconstitucionalidad que soportara tal vulneración a la Constitución, lo cual no hicieron. Por el contrario, su argumentación apuntaba más bien a señalar que, en la práctica, la causal del principio de oportunidad terminaba siendo una especie de “*amnistía encubierta*”, afirmación que se enfocaba más hacia los efectos prácticos que generaría su aplicación en casos concretos, que a la configuración de un cargo de inconstitucionalidad, soportado en la demostración de una contradicción abierta y directa entre la disposición legal acusada y una determinada norma constitucional.

Por las anteriores razones, el Despacho consideró que los demandantes no estructuraron un verdadero cargo de inconstitucionalidad en relación con la supuesta vulneración del artículo 150.17 Superior.

Por el contrario, el Despacho estimó que los ciudadanos configuraron los siguientes cargos de inconstitucionalidad:

a. La manera como el legislador reguló la causal de aplicación del principio de oportunidad (inciso primero, numeral 17 del artículo 324 del C.P.P.), dada su ambigüedad y oscuridad, vulnera el artículo 250 Superior.

b. La causal de aplicación del principio de oportunidad acusada desconoce los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, derivados de una interpretación sistemática de los artículos 1, 2, 12, 93 y 229 Superiores, en consonancia con los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ahora bien, en relación con el párrafo 3 del artículo 2 de la ley 1312 de 2009, los ciudadanos planteaban un cargo por “*omisión legislativa relativa*”, por cuanto, a su juicio, se presentaba una “*exclusión injustificada del concepto de “graves violaciones de derechos humanos” de la norma, permitiendo con esto la aplicación del principio de oportunidad a estas conductas*”.

Al respecto, aseguraban que la restricción a la aplicación del principio de oportunidad a las “*graves infracciones al derecho internacional humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio*”, excluía de manera injustificada las graves violaciones a los derechos humanos no comprendidas dentro de tales categorías, “*de manera que la norma acusada permite aplicar el principio de oportunidad a graves violaciones de derechos humanos previstas en el derecho internacional de los derechos humanos*”.

En tal sentido, explicaban que el párrafo 3 del artículo 2 de la ley 1312 de 2009, que no incluía dentro de la prohibición para aplicar el principio de oportunidad, a las graves violaciones de derechos humanos, permitiendo con eso la impunidad en estas conductas, reguladas por el derecho internacional de los derechos humanos.

Aseguraban igualmente que algunas violaciones de derechos humanos coincidían con conductas propias de los crímenes de *lesa humanidad*, pero que otras correspondían al concepto más amplio de “*violaciones graves de derechos humanos*”. Así por ejemplo, el asesinato se encuentra proscrito por el Estatuto de Roma de la CPI, pero también está prohibido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la discriminación racial se encuentra prohibida en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, e igualmente, en el artículo 7 del Estatuto de Roma de la CPI. Otro tanto sucede con la violencia sexual contra la mujer.

A renglón seguido, los demandantes explicaron las razones por las cuales, a su juicio, se cumplían todas y cada unas condiciones fijadas por la Corte Constitucional, a efectos de estructurar un cargo por inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa.

Sobre el particular, el Despacho comenzaba por recordar los requisitos requeridos para configurar un cargo de inconstitucionalidad por omisión

relativa, sistematizados en sentencia C- 864 de 2008, en los siguientes términos:

“Los rasgos característicos de una omisión legislativa relativa implican (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador”.

Pues bien, en el caso concreto, según el Despacho, los demandantes hicieron un esfuerzo argumentativo por explicar las razones por las cuales, a su juicio, la no inclusión de la expresión *“graves violaciones de derechos humanos”*, en el texto de la causal de procedencia del principio de oportunidad prevista en el párrafo tercero del numeral 17 del artículo 324 del C.P.P., terminaba por desconocer diversas disposiciones internacionales contenidas en los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 4 y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; el artículo 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 12 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; el artículo 1 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Fundaban además su pretensión en un precedente sentado por la Corte en sentencia C- 095 de 2007, referente igualmente a la aplicación del principio de oportunidad en casos de crímenes internacionales.

En este orden de ideas, el Despacho consideraba que los demandantes sí estructuraron un cargo de inconstitucionalidad por omisión relativa, consistente en que el legislador, al momento de señalar las exclusiones de aplicación de la causal de principio de oportunidad prevista en el numeral 17 del artículo 324 del C.P.P., no incluyó, sin justificación razonable, a las *“graves violaciones a los derechos humanos”*.

III. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS DISPOSICIONES LEGALES ACUSADAS.

Debido a que en el caso concreto existían profundas diferencias entre los demandantes, los intervinientes y la Vista Fiscal en cuanto al sentido y el alcance de las expresiones legales demandadas, el Despacho comenzó por transcribir los segmentos normativos acusados, para luego entrar a explicar los puntos de discusión, y finalmente, precisar el contenido de aquéllos.

Así pues, las disposiciones acusadas son las siguientes:

LEY 1312 DE 2009

Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el Principio de Oportunidad.

ARTÍCULO 2o. El artículo 324 de la Ley 906 de 2004, quedará así:

Artículo 324. Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

(...)

17. Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que en los términos de la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones.

Para los efectos de este numeral, el fiscal presentará la solicitud para la celebración de audiencias individuales o colectivas para la aplicación del principio de oportunidad.

Extiéndase esta causal a situaciones ocurridas a partir de la vigencia del Acto Legislativo número 3 de 2002.

Para la aplicación de esta causal, el desmovilizado deberá firmar una declaración bajo la gravedad de juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causal, so pena de perder el beneficio dispuesto en este artículo de conformidad con el Código Penal.

PARÁGRAFO 1o. En los casos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el capítulo segundo del título XIII del Código Penal, terrorismo, financiación de terrorismo, y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, solo se podrá aplicar el principio de oportunidad, cuando se den las causales cuarta o quinta del presente artículo, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas.

PARÁGRAFO 2o. La aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de

seis (6) años de prisión será proferida por el Fiscal General de la Nación o por quien el delegue de manera especial para el efecto.

PARÁGRAFO 3o. No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.

PARÁGRAFO 4o. No se aplicará el principio de oportunidad al investigado, acusado o enjuiciado vinculado al proceso penal por haber accedido o permanecido en su cargo, curul o denominación pública con el apoyo o colaboración de grupos al margen de la ley o del narcotráfico.

Pues bien, los demandantes consideraban que, de la lectura de la trascrita causal de aplicación del principio de oportunidad, no quedaba claridad acerca de (i) los delitos cometidos; (ii) el sentido de la expresión “*actos inequívocos*” y (iii) quiénes eran los victimarios. No obstante las denunciadas ambigüedades, al mismo tiempo alegaban que la norma acusada aludía realmente al delito de concierto para delinquir agravado el cual, al ser un crimen de *lesa humanidad*, no podía su autor ser beneficiario de la aplicación del principio de oportunidad.

Aunado a lo anterior alegaban que, un examen de la disposición acusada evidenciaba que (i) no se adelanta un proceso penal durante el cual la víctima haga valer sus derechos; (ii) el fiscal podía celebrar audiencias colectivas para aplicar el principio de oportunidad; (iii) las víctimas no eran escuchadas ni contaban con un escenario procesal para conocer la verdad acerca de lo ocurrido; (iv) consecuentemente, tampoco terminaban siendo reparadas.

La anterior interpretación del contenido del numeral 17 del artículo 324 del C.P.P. conducía en la práctica, según los demandantes, a que quedasen en la impunidad los delitos de genocidio, de *lesa humanidad* y de guerra, perpetrados por cerca de 19.000 desmovilizados de los grupos paramilitares.

A su vez, la Comisión Colombiana de Juristas compartía la lectura que los demandantes realizaban de la norma acusada, insistiendo en que la misma conducía a que los desmovilizados no tuviesen el deber de contar toda la verdad, sino tan sólo realizar una declaración, bajo la gravedad del juramento, en el sentido de no haber cometido delito distinto al establecido en la causal del principio de oportunidad.

Ahora bien, el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), actuando como *amicus curiae*, compartía la interpretación que los demandantes hacían de la norma acusada; precisando además el siguiente estado de cosas:

Variedad	de	Cantidad	Porcentaje
----------	----	----------	------------

Desmovilizados		
Postulados de justicia y paz	3.538	11%
Beneficiarios de la Ley 782 de 2002	10.749	34%
Posibles beneficiarios del principio de oportunidad	17.517	55%
TOTAL	31.804	

En ese orden de ideas, según el ICTJ, la aplicación de la norma acusada, según la interpretación que del sentido de la misma realizaba, conducía a que los delitos cometidos por el 89% de los desmovilizados quedaran en la impunidad.

Aunado a lo anterior, alegaban que la redacción de la norma era contradictoria en sí misma, por cuanto, por un lado, aludía a los “*delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal*”, pero, al mismo tiempo (i) condicionaba la aplicación del principio de oportunidad a que el desmovilizados, mediante actos inequívocos, demostrara su propósito de reintegrarse a la sociedad, y (ii) no se entendía que se aplicara la causal del principio de oportunidad para delitos cometidos *después* de la desmovilización,

Por su parte, el interviniente por la Universidad de los Andes sostenía que la expresión “*organización criminal*” podía ser entendida de dos posibles maneras: (i) como que sus integrantes cometieron el delito de concierto para delinquir; o (ii) que los mismos sólo hicieron parte de un grupo al margen de la ley cuyos miembros participaron única y exclusivamente en la presunta comisión de los delitos de utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas, sin que cursen contra ellos en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización. Se aclaraba que sólo esta segunda interpretación de la norma, según el interviniente, se ajustaba a la Constitución.

La Defensoría del Pueblo, por su parte, afirmaba que la expresión “*pertenencia a la organización criminal*”, no aludía a la comisión de ningún comportamiento que se encontrara tipificado en el actual Código Penal.

A su vez, la Fiscalía General de la Nación consideraba que la expresión acusada no podía ser entendida de manera aislada, sino dentro del contexto y bajo las condiciones de aplicación general del principio de oportunidad. De tal suerte que, de conformidad con los artículos 136 y 328 del C.P.P., la víctima sí contaba con el derecho a ser escuchada en el curso de la audiencia durante la cual se solicite la aplicación del principio de oportunidad. Así mismo, la Fiscalía, consultando los intereses de las víctimas, puede solicitar la suspensión del proceso a prueba, en aras de garantizar una reparación integral de los afectados.

Por su parte, la Alta Consejería para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas, sostenía que las normas acusadas debían ser interpretadas sistemáticamente con otras normatividades, tales como el decreto 128 de 2003, el decreto 3360 de 2003 y el decreto 3043 de 2006. De igual manera, sostenía que la expresión “*pertenencia a la organización criminal*”, aludía al delito de concierto para delinquir, en tanto que delito autónomo, más no como delito *de lesa humanidad*. En efecto, insistía en señalar que, de conformidad con los tratados internacionales, la asociación para delinquir no era un crimen de lesa humanidad sino una forma de participación en la comisión de ilícitos.

Señálese igualmente que, la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación comprendía la norma acusada en el sentido de que describía una particular situación: la de aquellas personas desmovilizadas a las que sólo les era imputable el punible de concierto para delinquir (Artículo 340 C.P.), y por lo tanto, no cursaban en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización, siendo expreso por parte del legislador, que el beneficio podía revocarse en aquellos casos en los que el desmovilizado hubiere cometido otro tipo de delitos.

Finalmente, la Procuraduría interpretaba la expresión “*pertenencia a la organización criminal*”, como sinónimo del delito de concierto para delinquir simple, tipificado en el artículo 340.1 del Código Penal. En otras palabras, según la Vista Fiscal, se trataba de la mera militancia en la organización criminal, lo cual implicaba el uso de uniformes e insignias, así como el porte ilegal de armas. Así mismo, insistía en señalar que el concierto para delinquir, en sí mismo, no es un delito de lesa humanidad.

Ante las evidentes posturas interpretativas enfrentadas, el Despacho consideraba necesario fijar ciertos criterios, a efectos de comprender realmente el sentido de la disposición acusada.

En efecto, el Despacho consideraba que aunque no es del resorte del juez constitucional interpretar el texto de la ley, competencia que es del juez ordinario, también lo es que, en casos como el presente, la fijación de criterios interpretativos se imponía, tanto más y en cuanto existían profundas divergencias entorno a la manera como debían entenderse, y por ende aplicarse, los segmentos normativos acusados.

Para tales efectos, el Despacho tomaba en consideración (i) la compleja evolución que ha conocido, en los últimos años, la normatividad referente a las desmovilizaciones de los grupos armados ilegales en Colombia; (ii) las razones y los debates que motivaron la expedición de la Ley 1312 de 2009; y (iii) la necesidad de interpretar sistemáticamente las normas acusadas, dentro de un contexto de justicia transicional y de conformidad con los estándares internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario.

IV. ANÁLISIS QUE ADELANTÓ EL DESPACHO ACERCA DE LA COMPLEJA EVOLUCIÓN QUE HA CONOCIDO, EN LOS ÚLTIMOS AÑOS, EL TEMA DE LA DESMOVILIZACIÓN DE LOS GRUPOS ARMADOS IRREGULARES EN COLOMBIA.

La comprensión de la Ley 1312 de 2009 pasaba por analizar, brevemente, la evolución que ha conocido, en los últimos años, la normatividad referente a las desmovilizaciones de los grupos armados ilegales en Colombia.

Así, el Estado colombiano, con el propósito de alcanzar la paz, ha diseñado diversos mecanismos de desmovilización de integrantes de grupos armados irregulares.

En tal sentido, la Ley 104 de 1993, *“por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”*, estableció diversos instrumentos para la búsqueda de la convivencia ciudadana, en especial, la concesión de beneficios jurídicos para aquellas personas que voluntariamente abandonaran los grupos armados ilegales.

Con fundamento en la mencionada ley, el Presidente de la República, mediante decreto reglamentario 1385 de 1994, creó el Comité Operativo para la Dejación de las Armas, CODA, encargado de realizar la evaluación del cumplimiento de los requisitos exigidos para acceder a los beneficios legales, diseñar los programas de reinserción socioeconómica *“y otorgar o negar los beneficios económicos y sociales a quienes lo soliciten”*.

En cuanto a las competencias del CODA, el decreto 1385 de 1994 es claro en señalar que, en casos de desmovilizaciones individuales, este órgano deberá valorar las circunstancias del abandono voluntario y la permanencia del solicitante al grupo armado y, dado el caso, *“expedirá una certificación que contenga el nombre de la persona que a su juicio pueda solicitar los beneficios señalados”*.

Posteriormente, la Ley 418 de 1997, *“Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”*, reguló la concesión de unos indultos. El artículo 131 de la Ley 418 de 1997 disponía que esta tendría una vigencia de dos (2) años, a partir de la fecha de su promulgación, motivo por el cual fue prorrogada sucesivamente por las leyes 548 de 1999, 782 de 2002 y 1106 de 2006, textos normativos que le introdujeron además algunas modificaciones. En tal sentido, la Ley 782 de 2002 contempla el indulto, como beneficio posible para los condenados con sentencia ejecutoriada; y para los procesados, según el estadio procesal pertinente, la resolución inhibitoria, la

preclusión de la investigación o la cesación de procedimiento¹¹⁵. Tales beneficios están previstos para conductas constitutivas de delito político, salvo actos atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión.

Ahora bien, la Ley 782 de 2002 fue reglamentada por el decreto 128 de 2003, “*Por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 en materia de reincorporación a la sociedad civil*”, normatividad mediante la cual se diseña una política de reintegración a la vida civil de integrantes de grupos armados ilegales. Al respecto, resulta pertinente traer a colación las siguientes definiciones y beneficios, presentes en el citado decreto reglamentario:

“Artículo 2°. *Definiciones.* Para efectos de la aplicación del presente decreto se adoptan las siguientes definiciones:

Desmovilizado. Aquel que por decisión individual abandone voluntariamente sus actividades como miembro de organizaciones armadas al margen de la ley, esto es, grupos guerrilleros y grupos de autodefensa, y se entregue a las autoridades de la República.

Reincorporado. El desmovilizado certificado por el Comité Operativo para la Dejación de las Armas, CODA, que se encuentre en el proceso de reincorporación a la vida civil.

Grupo familiar. Para aquellos beneficios, diferentes a salud, que involucren la

¹¹⁵El artículo 19 de la Ley 782 de 2002 dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 19. El artículo 50 de la Ley 418 de 1997, prorrogada por la Ley 548 de 1999, quedará así:

Artículo 50. El Gobierno Nacional podrá conceder, en cada caso particular, el beneficio de indulto a los nacionales que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de delito político cuando a su juicio, el grupo armado organizado al margen de la ley con el que se adelante un proceso de paz, del cual forme parte el solicitante, haya demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil.

También se podrá conceder dicho beneficio a los nacionales que, individualmente y por decisión voluntaria, abandonen sus actividades como miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley y así lo soliciten, y hayan además demostrado, a criterio del Gobierno Nacional, su voluntad de reincorporarse a la vida civil.

No se aplicará lo dispuesto en este título a quienes realicen conductas constitutivas de actos atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión.

PARÁGRAFO 1o. El indulto no será concedido por hechos respecto de los cuales este beneficio se hubiere negado con anterioridad, salvo que el interesado aporte nuevos medios de prueba que modifiquen las circunstancias que fueron fundamento de la decisión.

PARÁGRAFO 2o. Cuando se trate de menores de edad vinculados a los grupos armados organizados al margen de la ley, las autoridades judiciales enviarán la documentación al Comité Operativo para la Dejación de las Armas, el cual decidirá sobre la expedición de la certificación a que hace referencia el Decreto 1385 de 1994, en los términos que consagra esta ley.

PARÁGRAFO 3o. El Gobierno Nacional, a través de sus diversos organismos, creará los mecanismos necesarios para garantizar la vida e integridad de las personas que reciban los beneficios contemplados en este título.

Para estos efectos, ordenará la suscripción de pólizas de seguros de vida y diseñará planes de reubicación laboral y residencial, que serán aplicados en el interior del país y, cuando fuere necesario, adoptará las medidas establecidas en el título I de la segunda parte de la presente ley.

En forma excepcional, el Gobierno Nacional, a petición del grupo armado organizado al margen de la ley que pretenda su desmovilización, o del reinsertado, colaborará, sin perjuicio de las demás garantías que resulten del proceso de negociación, para facilitar la obtención del derecho de asilo en los países que puedan garantizar su seguridad.

familia, se entiende como grupo familiar del desmovilizado (a), el (la) cónyuge o el (la) compañero (a) permanente, los hijos y, a falta de cualquiera de los anteriores, los padres.

Cuando se trate de compañeros permanentes su unión debe ser superior a los dos años en los términos de la Ley 54 de 1990.

Beneficios. La ayuda humanitaria y los incentivos económicos, jurídicos y sociales que se otorgan a desmovilizados y reincorporados para su regreso a la vida civil.

CODA. Comité Operativo para la Dejación de las Armas.

Certificación del CODA. Es el documento que expide el Comité Operativo para la Dejación de las Armas, CODA, dando cuenta de la pertenencia del desmovilizado a una organización armada al margen de la ley y de su voluntad de abandonarla. Esta certificación permite el ingreso del desmovilizado al proceso de reincorporación y el otorgamiento a su favor, de los beneficios jurídicos y socioeconómicos de que hablan la ley y este Decreto.

A su vez, el decreto 128 de 2003 prevé la concesión de determinados beneficios, económicos, de protección y seguridad a quienes se desmovilicen, en los siguientes términos:

Artículo 8°. *Beneficios de protección y seguridad.* El Ministerio de Defensa Nacional o el Ministerio del Interior, según corresponda, coordinarán con el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, y la Policía Nacional, las medidas necesarias para brindar seguridad tanto al desmovilizado o reincorporado como a su grupo familiar, en los casos en que esto último fuese necesario.

Artículo 9°. *Beneficios por colaboración.* El desmovilizado que voluntariamente desee hacer un aporte eficaz a la justicia entregando información conducente a **evitar atentados terroristas, secuestros** o que suministre información que permita **liberar secuestrados**, encontrar caletas de armamento, **equipos** de comunicación, dinero producto del narcotráfico o de cualquier otra actividad ilícita realizada por organizaciones armadas al margen de la ley, de conformidad con las disposiciones legales vigentes o la captura de cabecillas, recibirá del Ministerio de Defensa Nacional una **bonificación económica** acorde al resultado, conforme al reglamento que expida este Ministerio.(negrillas agregadas).

Artículo 10. *Beneficios por entrega de armas.* El desmovilizado que haga entrega de armamento, munición, explosivos y armas de destrucción masiva recibirá del Ministerio de Defensa Nacional una bonificación económica, conforme al reglamento que expida este Ministerio”.

Aunado a lo anterior, los desmovilizados reciben beneficios jurídicos, en los siguientes términos:

“Artículo 13. *Beneficios jurídicos.* De conformidad con la ley, tendrán derecho al **indulto**, suspensión condicional de la ejecución de la pena, la cesación de procedimiento, la preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria, según el estado del proceso, los desmovilizados que hubieren formado parte de organizaciones armadas al margen de la ley, respecto de los cuales el Comité Operativo para la Dejación de las Armas, CODA, expida la certificación de que trata el **numeral 4 del artículo 12 del presente Decreto.**(negrillas agregadas).

A su vez, el artículo 12 del decreto 128 de 2003 estipula lo siguiente:

“Artículo 12. *Funciones del Comité Operativo para la Dejación de las Armas, CODA.* El Comité Operativo para la Dejación de las Armas, CODA, sesionará permanentemente y cumplirá las siguientes funciones:

1. **Constatar la pertenencia** del solicitante a la organización al margen de la ley, de conformidad con las disposiciones legales vigentes.
2. Realizar la valoración de las circunstancias del abandono voluntario.
3. Evaluar la **voluntad de reincorporarse** a la vida civil que tenga el desmovilizado.
4. Certificar la pertenencia del desmovilizado a una organización armada al margen de la ley y su voluntad de abandonarla.
5. Tramitar las solicitudes de aplazamiento o suspensión de la ejecución de la pena e indulto ante los jueces de ejecución de penas y los Ministerios del Interior y de Justicia y el Derecho, y
6. Expedir su propio reglamento. (negrillas y subrayados agregados)

Ese mismo año, mediante decreto núm. 3360 de 2003, reglamentario de la Ley 782 de 2002, se regularon las desmovilizaciones colectivas, en los siguientes términos:

“Artículo 1º. Cuando se trate de **desmovilización colectiva** en el marco de acuerdos con el Gobierno Nacional, la calidad de miembro del grupo armado organizado al margen de la ley de que se trate, se acreditará mediante una **lista de desmovilizados** suscrita por los voceros o miembros representantes de dicho grupo, en la que se reconozca expresamente tal calidad.

Esta lista debe ser recibida y aceptada por el Alto Comisionado para la Paz.

La lista de que trata el presente artículo habilita al desmovilizado para acceder al proceso de reincorporación y **sustituye**, para todos los efectos, **la certificación expedida por el Comité Operativo para la Dejación de las Armas, Coda** (negrillas agregadas).

Como se puede observar, la obtención de los distintos beneficios (jurídicos, económicos, etc), para quienes se acogieran lo dispuesto en la Ley 782 de 2002, y a sus decretos reglamentarios, no se encontraban condicionados a que el desmovilizado relatara todos los hechos que les constaban, ni tampoco a que reparara integralmente a las víctimas. Por el contrario, bastaba con que suministrara información acerca de personas secuestradas, armas, explosivos, equipos de comunicaciones y dinero proveniente del narcotráfico.

Ahora bien, en relación con la concesión de indultos, prevista en el artículo 19 de la Ley 782 de 2002, y reglamentada en el decreto 128 de 2003, la Corte

tuvo la oportunidad de pronunciarse en sentencia C- 928 de 2005, en los siguientes términos:

“En el presente caso el inciso 2° del Art. 50 de la Ley 418 de 1997, modificado por el Art. 19 de la Ley 782 de 2002, constituye una norma que tiene dos sentidos normativos:

i) Un primer sentido, en virtud del cual el Gobierno Nacional puede conceder el indulto por delitos no políticos, como se plantea en la demanda, el cual es abiertamente contrario a lo dispuesto en los Arts. 150, Num. 17, y 201, Num. 2, de la Constitución Política, por prever éstos expresamente que debe tratarse de delitos políticos.

ii) Un segundo sentido, según el cual el Gobierno Nacional sólo puede conceder el indulto por delitos políticos, o sea, por rebelión, sedición y asonada. Este sentido incluye obviamente el otorgamiento del beneficio por los delitos conexos con los delitos políticos, de acuerdo con el criterio uniforme de la doctrina jurídica.

Como es evidente, este sentido normativo es el que se ajusta a la Constitución, concretamente a los Arts. 150, Num. 17, y 201, Num. 2, por lo cual, con fundamento en el principio de conservación del Derecho, es válido considerar la procedencia de declarar en forma condicionada la citada norma, bajo dicho entendimiento, con el fin de mantener en el ordenamiento jurídico el sentido normativo respetuoso del Estatuto Superior y excluir de aquel el sentido normativo contrario a este último.

(...)

Por el contrario, la concesión del indulto por delitos no políticos no protege los mencionados principios y derechos constitucionales y es contraria al orden justo previsto como valor fundamental del Estado colombiano en el preámbulo de la Constitución.

Por otra parte, cabe resaltar que el mismo sentido normativo concuerda plenamente con el contenido actual del ordenamiento constitucional colombiano y de la normatividad internacional, por causa de la reforma introducida al Art. 93 de la Constitución por el Art. 1° del Acto Legislativo 2 de 2001, que facultó al Estado colombiano para reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de Julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en la Constitución”.

Con base en las anteriores consideraciones, la Corte declaró exequible, *“por el cargo examinado, el inciso 2o del Art. 50 de la Ley 418 de 1997, modificado por el Art. 19 de la Ley 782 de 2002, en el entendido de que el indulto a los nacionales que individualmente y por decisión voluntaria abandonen sus actividades como miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley únicamente podrá concederse por los delitos políticos y los delitos conexos con aquellos”*. En otras palabras, la Corte consideró contrarias a la Constitución otras interpretaciones de la norma acusada, que apuntaran a que crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional pudieran ser indultados o amnistiados.

Posteriormente, el Congreso de la República expidió la Ley 975 de 2005 “*Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios*”, normatividad cuya constitucionalidad, en aspectos esenciales de forma y de fondo, fue examinada *in extenso* en sentencia C- 370 de 2006. La finalidad de dicha normatividad, como se sabe, consistió en que, dentro de un contexto de justicia transicional, aquellos desmovilizados que hubiesen cometido crímenes atroces pudiesen acceder a determinados beneficios penales, en especial, la imposición de una pena alternativa, a condición de que cumplieran con determinadas condiciones, encaminadas a garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral de las víctimas.

Dentro de las disposiciones relevantes para la comprensión del asunto sometido actualmente al examen de la Corte, importa señalar que, en relación con el artículo 69 de la Ley 975 de 2005, la Corte se declaró inhibida en la mencionada sentencia. El texto de la referida norma es el siguiente:

“ARTÍCULO 69. Las personas que se hayan desmovilizado dentro del marco de la **Ley 782 de 2002** y que hayan sido certificadas por el Gobierno Nacional, podrán ser beneficiarias de resolución inhibitoria, preclusión de la instrucción o cesación de procedimiento, según el caso, por los **delitos de concierto para delinquir** en los términos del **inciso primero** del artículo 340 del Código Penal; **utilización ilegal de uniformes e insignias**; instigación a delinquir en los términos del inciso primero del artículo 348 del Código Penal; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones.

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

A su vez, la Corte declaró inexecutable, por vicios forma, el artículo 71 de la Ley de Justicia y Paz, disposición que preveía lo siguiente:

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

Mantendrá plena vigencia el numeral 10 del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscrito en Viena el 20 de diciembre de 1988 e incorporado a la legislación nacional mediante Ley 67 de 1993.

Con posterioridad al fallo de la Corte Constitucional, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 11 de julio de 2007, rad. 26.945, consideró que los crímenes cometidos por los grupos paramilitares o de autodefensa, no podían ser calificados como delitos políticos, y por ende,

resultaban improcedentes las concesiones de amnistía o indulto en relación con aquéllos. En palabras de la Corte:

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

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

En la misma sentencia, la Corte Suprema de Justicia entendió que quien hubiese cometido el delito de concierto para delinquir agravado, previsto en el artículo 340.2 del Código Penal, no podía solicitar los beneficios jurídicos de que trata el artículo 69 de la Ley de Justicia y Paz. En palabras de la Corte:

*“Aceptando, en gracia de discusión, que el procesado se desmovilizó como miembro de un grupo armado ilegal en los términos de la legislación vigente, no es posible cesar el procedimiento en su favor porque se le acusa de **concierto para delinquir agravado**, delito respecto del cual no está prevista tal posibilidad.*

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

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

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

En la misma sentencia, la Corte Suprema de Justicia consideró que, en los términos de la Ley 782 de 2002, sólo podía ser solicitar los beneficios penales en ella consagrados, quienes hubieren cometido delitos políticos, es decir, excluyendo el concierto para delinquir agravado (art. 340.2 del C.P.):

“Tampoco resulta procedente poner fin a la acción penal en virtud de la Ley 782 de 2002, pues las personas que pueden resultar beneficiadas deben estar procesadas “por hechos constitutivos de los delitos a que se refiere este título” (artículo 24 que prorroga la vigencia del artículo 60 de la Ley 418 de 1997), que no son otros que los denominados delitos políticos y que corresponden a los

consagrados en los artículos 467 (rebelión), 468 (sedición), 469 (asonada), 471 (conspiración) y 472 (seducción, usurpación y retención ilegal de mando), insertos en el Título XVIII (De los delitos contra el régimen constitucional y legal) del Código Penal de 2000.”

De allí que, en el caso concreto, el procesado no podía recibir los beneficios previstos en las Leyes 782 de 2002 y 975 de 2005, por cuanto, no obstante haberse desmovilizado, había sido dictada en su contra resolución acusatoria por los delitos de concierto para delinquir agravado y fabricación, tráfico y porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas, en la modalidad de conservación.

El anterior es el complejo panorama normativo y jurisprudencial que ha servido como marco jurídico para llevar a cabo las diversas desmovilizaciones, individuales y colectivas, de los grupos armados ilegales en Colombia en los últimos años. Contexto que, estimó el Despacho, era necesario tomar en consideración, a efectos de comprender las razones que expuso el legislador al momento de adoptar las disposiciones acusadas.

V. PRIMER CRITERIO INTERPRETATIVO: LAS RAZONES Y LOS DEBATES QUE MOTIVARON LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 1312 DE 2009.

A lo largo de la ponencia, el Despacho explicó igualmente las razones y los debates que motivaron la expedición de la Ley 1312 de 2009. Veamos.

El día 9 de abril de 2009, el Fiscal General de la Nación, Mario Iguarán Arana, el Ministro del Interior y de Justicia Carlos Holguín Sardi, y el Senador Héctor Helí Rojas Jiménez, radicaron ante el Senado de la República el Proyecto de Ley 261 de 2008 Senado, “*por medio de la cual se reforma parcialmente la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el Principio de Oportunidad*”¹¹⁶.

Al respecto, conviene precisar que, dentro de la exposición de motivos, se planteó la necesidad de reformar la regulación del principio de oportunidad, a efectos de dismantelar organizaciones delictivas relacionadas con el desarrollo del conflicto armado interno:

“De igual manera, esta aplicación del principio de oportunidad poseería especial incidencia en el tema del **conflicto armado**, dado que se tendría la prueba razonable para que numerosos jefes de **grupos armados al margen** de la ley o de organizaciones criminales fueran vinculados a investigaciones por este tipo de delitos y se lograría determinar quiénes son los líderes, auspiciadores y promotores de estos grupos, el *modus operandi*, rutas, relaciones, entre otros datos, ya que operaría de una manera efectiva la colaboración con la justicia, de acuerdo con los numerales 5 y 6 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, con las excepciones

¹¹⁶ Gaceta del Congreso núm. 124 del 10 de abril de 2008.

mencionadas, como es que no se aplique a los jefes, directores, organizadores, promotores, determinadores o cabecillas”.

Ahora bien, las principales razones que llevaron al Congreso a introducir, en el texto de la reforma a la regulación del principio de oportunidad lo atinente al tema de los desmovilizados, se hallan consignadas en el “*Informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley 342 de 2008 Cámara, 261 de 2008, Senado*” (Gaceta del Congreso núm. 378 de 2008), en los siguientes términos:

“Sobre la legislación antes mencionada, denominada de justicia y paz, la honorable Corte Suprema de Justicia - Sala Penal, dentro del Expediente **número 26945** en trámite de segunda instancia al respecto manifestó:

(...)

Al tenor de lo manifestado por la Honorable Corte Suprema de justicia, es menester del legislativo no solo adoptar un marco normativo con el cual **pueda darse una salida jurídica a la problemática de miles de desmovilizados de grupos al margen de la ley**, sino que tal marco jurídico goce del pleno respeto y protección de las garantías constitucionales a los derechos humanos y el compromiso del Estado colombiano con la búsqueda de la justicia, la verdad y la reparación de las víctimas del conflicto.

De cara a lo anterior es necesario advertir que pese a la preocupación que asiste a quienes suscribimos la presente ponencia por dotar de mecanismos jurídicos a las instituciones y a la Rama Judicial para la eficacia de programas de desmovilización y eventuales acuerdos humanitarios y de desarticulación de grupos al margen de la ley, sean estos grupos guerrilleros, paramilitares o bandas emergentes, **el principio de oportunidad debe ser entendido dentro del marco de la Ley 906 de 2006**, como una herramienta procesal dentro del derecho penal y su implementación obedece a una política criminal que atienda en justas proporciones un espectro general y completo del delito en el derecho interno, por lo que su implementación no puede desconocer los niveles de criminalidad y los fenómenos delictivos contra los cuales se ha fortalecido la lucha institucional día a día y que entre otras cosas, debe responder a estándares internacionales sobre conductas consideradas de desestabilidad de la seguridad internacional. (negrillas agregadas).

III. Pliego de Modificaciones.

Teniendo en cuenta las numerosas recomendaciones del órgano judicial de control constitucional sobre la necesidad de reglar de manera detallada, expedita y clara la aplicabilidad del principio de oportunidad dentro del Sistema Penal Acusatorio, dada la orientación de la política criminal del Estado, frente a la cual cabe advertir, no puede convertirse en solución mediática a problemáticas individualmente evaluadas, sino que debe responder a la posición del Estado frente a la prevención, sanción y erradicación del delito, frente a la protección de los Derechos Humanos y la determinación de la punibilidad para delitos de lesa humanidad, frente al reproche del terrorismo y el narcotráfico que han sido fuentes de agravación en la corrupción de las instituciones públicas y el debilitamiento de las relaciones entre Estado y sociedad, poder público y sociedad, se propone realizar algunas modificaciones al texto aprobado por la Comisión Primera del Senado, con la finalidad de dar mayor claridad al texto de la norma y evitar así la discrecionalidad con la que en ejercicio de una indebida interpretación legal o judicial pueda transformarse el verdadero espíritu de la norma.

1. Aplicación del principio de oportunidad a desmovilizados

De acuerdo a la sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia de julio 11 de 2007, en la que se determinó que los desmovilizados de grupos de autodefensas debían responder ante la justicia ordinaria por el delito de **concierto para delinquir agravado este órgano legislativo debe responder a la necesidad de determinar de forma clara y expresa las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que puede ser considerado objeto de aplicación del principio de oportunidad el caso de más de 19.000 desmovilizados de las AUC, dada la problemática que frente al sistema judicial y frente a la sociedad colombiana, que reclama verdad, justicia y reparación, representa el no definir de una u otra forma dicha situación.** (negrillas agregadas).

Consideramos que el texto aprobado en la Comisión Primera del Senado de la República ha introducido importantes enmiendas al principio de oportunidad integrado al Nuevo Sistema Penal Acusatorio bajo la normatividad consagrada en los artículos 324 y siguientes del Código de Procedimiento Penal - Ley 906 de 2004, pero frente a dicho articulado es necesario que esta Corporación insista en algunas modificaciones que para riqueza de la ley, aclaran las limitaciones a las causales de aplicación del principio de oportunidad e igualmente amplían los requisitos y obligaciones de quienes puedan ser beneficiados con esta herramienta jurídica, cuyo único objeto es la desarticulación de las bandas criminales, la erradicación del delito, la eficacia respecto de los postulados de verdad, justicia y reparación a las víctimas y el respeto por los derechos humanos como ejes de la política criminal de Estado.

De cara a la **justicia transicional**, teniendo en cuenta el informe de la Fiscalía General de la Nación, presentado dentro del marco del Foro “Camino Jurídico aplicable a los procesos de Paz y Desmovilización Presentes y Futuros”, llevado a cabo el pasado 9 de octubre en el Congreso de la República, a la fecha existen 31.804 miembros desmovilizados de grupos al margen de la ley, de los cuales 3.538 han sido postulados a la Ley de Justicia y Paz por el Gobierno Nacional, y 28.100 desmovilizados han sido escuchados en versión libre, diligencias de las cuales han resultado 10.749 resoluciones inhibitorias de las que actualmente se han apelado 205. En igual sentido la **Fiscalía General de la Nación llama la atención en la necesidad de buscar solución para los desmovilizados de grupos al margen de la ley a quienes, en virtud y cumplimiento del fallo de la Corte Suprema, no se les puede aplicar los beneficios contenidos en la Ley 782 de 2002. (Desmovilizados AUC).** (negrillas agregadas).

Al respecto cabe advertir, que el principio de oportunidad no puede ser utilizado para dilatar los procesos judiciales que tienen una justa causa y en ese sentido generar un ambiente de total impunidad frente a graves violaciones de Derechos Humanos, delitos de lesa humanidad y otros tantos punibles ante los cuales no puede ceder la política criminal del Estado, por ello se propone como causal para la aplicación del principio de oportunidad frente a los desmovilizados que no pueden obtener ningún beneficio contenido en la Ley 782 de 2002 y que han sido excluidos en igual medida de los beneficios de la Ley 975 de 2005, el siguiente texto...”.

Así mismo, en el texto del *“Informe de Ponencia para Segundo Debate al Proyecto de Ley No. 342 de 2008 Cámara, 261 de 2008 Senado, “Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004, en lo relacionado con el principio de oportunidad”*, se encuentran consignadas las motivaciones que llevaron a incluir la norma acusada:

“B) OBJETIVOS DEL PROYECTO DE LEY Y PROPUESTA DE MODIFICACIONES PARA SEGUNDO DEBATE:

1. Reformular todo el artículo 324 de la Ley 906 de 2004, combinando conceptos de insignificancia, reparación, interés de la víctima, formas alternativas de satisfacción de intereses colectivos, colaboración con la justicia, etc.

En igual sentido se busca establecer una definición clara y concordante con el artículo 250 de la Constitución Política sobre el principio de oportunidad y su aplicación.

2. Acoger la propuesta del señor Fiscal General de la Nación de que algunos autores de conductas de narcotráfico y terrorismo puedan ser beneficiados con la aplicación del principio de oportunidad cuando colaboren con la justicia o sirvan como testigo y siempre que no constituyan cabecillas o jefes.

3. Acoger la propuesta del señor Fiscal General de la Nación de que los miembros rasos de los grupos armados ilegales que se desmovilizaron en el marco de la ley de justicia y paz y en general en el marco de las negociaciones de paz con el Gobierno Nacional, puedan ser beneficiarios del principio de oportunidad. En este mismo sentido se sugiere establecer audiencias colectivas para cuando concurra un número considerable de desmovilizados, para lo cual se establecerá un párrafo o inciso al numeral 17 del artículo 324 del texto aprobado en Comisión Primera. (negritas agregadas).

4. Precisar las prohibiciones para incluir el tema de los menores víctimas de delitos dolosos y los crímenes de guerra.

5. Respalda la propuesta de que el principio de oportunidad opere tanto en la investigación como en el juzgamiento y proponer una fórmula para la desestimación de denuncias sin fundamento.

6. Se busca igualmente excluir de la aplicación del principio de oportunidad al investigado, acusado o enjuiciado vinculado al proceso penal por haber accedido a su cargo, curul o denominación pública con el apoyo o colaboración de grupos al margen de la ley o del narcotráfico.

(...)

a) Aplicación del principio de oportunidad a desmovilizados.

De acuerdo a la sentencia de la H. **Corte Suprema de Justicia de Julio 11 de 2007**, en la que se determinó que los desmovilizados de grupos de autodefensas debían responder ante la justicia ordinaria por el **delito de concierto para delinquir agravado**, este órgano legislativo debe responder a la necesidad de determinar de forma clara y expresa las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que puede ser considerado objeto de aplicación del principio de oportunidad el caso de más de **19.000 desmovilizados de las AUC**, dada la problemática que frente al sistema judicial y frente a la sociedad colombiana, que reclama **verdad, justicia y reparación**, representa el no definir de una u otra forma dicha situación (negritas agregadas).

Consideramos que el texto aprobado en la Comisión Primera del Senado de la República ha introducido importantes enmiendas al principio de oportunidad integrado al Nuevo Sistema Penal Acusatorio bajo la normatividad consagrada en

los artículos 324 y siguientes del Código de Procedimiento Penal- Ley 906 de 2004, pero frente a dicho articulado es necesario que esta Corporación insista en algunas modificaciones que para riqueza de la ley, aclaran las limitaciones a las causales de aplicación del principio de oportunidad e igualmente amplían los requisitos y obligaciones de quienes puedan ser beneficiados con esta herramienta jurídica, cuyo único objeto es la desarticulación de las bandas criminales, la erradicación del delito, la eficacia respecto de los postulados de verdad, justicia y reparación a las víctimas y el respeto por los derechos humanos como ejes de la política criminal de Estado.

De cara a la **justicia transicional**, teniendo en cuenta el informe de la Fiscalía General de la Nación, presentado dentro del marco del Foro “Camino Jurídico aplicable a los procesos de Paz y Desmovilización Presentes y Futuros”, llevado a cabo el pasado 9 de octubre en el Congreso de la República, a la fecha existen 31.804 miembros desmovilizados de grupos al margen de la ley, de los cuales 3.538 han sido postulados a la ley de justicia y paz por el gobierno nacional, y 28.100 desmovilizados han sido escuchados en versión libre, diligencias de las cuales han resultado 10.749 resoluciones inhibitorias de las que actualmente se han apelado 205. En igual sentido **la Fiscalía General de la Nación llama la atención en la necesidad de buscar solución para los desmovilizados de grupos al margen de la ley a quienes, en virtud y cumplimiento del fallo de la Corte Suprema, no se les puede aplicar los beneficios contenidos en la ley 782 de 2002. (Desmovilizados AUC).** (negrillas agregadas).

Al respecto cabe advertir, que el principio de oportunidad no puede ser utilizado para dilatar los procesos judiciales que tienen una justa causa y en ese sentido generar un ambiente de total impunidad frente a graves violaciones de derechos humanos, delitos de lesa humanidad y otros tantos punibles ante los cuales no puede ceder la política criminal del Estado, por ello **se propone como causal para la aplicación del principio de oportunidad frente a los desmovilizados que no pueden obtener ningún beneficio contenido en la ley 782 de 2002 y que ha sido excluidos en igual medida de los beneficios de la Ley 975 de 2005**, el siguiente texto:

“Artículo _____. El artículo 324 de la ley 906 de 2004, quedará así:”

“Artículo 324. Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:”

(...)

“17. Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que en los términos de la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la ley 975 de 2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones.

Para los efectos de este numeral, el fiscal presentará la solicitud para la celebración de audiencias individuales o colectivas para la aplicación del principio de oportunidad.

Extiéndase esta causal a situaciones ocurridas a partir de la vigencia del Acto Legislativo No. 3 de 2002.”

Para la ponencia a debatirse en plenaria de Cámara, y como ya lo habíamos reseñado, hemos decidido establecer audiencias colectivas para cuando concurra un número considerable de desmovilizados, debido a que en este caso es imperativo para la Fiscalía contar con un mecanismo expedito para poder aplicar el Principio de Oportunidad a los desmovilizados, y, en igual forma aclarar que esta causal se extiende a situaciones ocurridas a partir de la vigencia del Acto Legislativo No. 03 de 2002, haciendo así expreso el principio de irretroactividad de la ley penal al consignar que el nuevo sistema se aplicaría “*únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia*”. Si bien es cierto que el artículo 533 de la Ley 906 de 2004, por la cual se desarrolló legalmente el sistema penal acusatorio, estableció que el presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1 de enero del año 2005, no es menos cierto que el Acto legislativo No. 03 de 2002 difirió la operatividad de su aplicación a la ley, por lo cual en este proyecto, para evitar equívocos, establecemos que con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo mencionado y respecto de la causal numerada como 17, que hace referencia a los desmovilizados, se aplicaría desde la vigencia de la reforma constitucional.

Para fundamentar la necesidad de incluir en la causal de desmovilizados (num. 17) la alusión expresa sobre que ésta se aplicaría a partir de la vigencia del Acto Legislativo No. 03 de 2002, consideramos que esta posibilidad es perfectamente viable en virtud del principio de favorabilidad, tal y como se ha destacado en reiteradas jurisprudencias no sólo de la Corte Constitucional Colombiana, sino además de la Corte Suprema de Justicia. Por tanto, destacamos algunas de las principales decisiones en las que se reitera dicha garantía”.

Pues bien, del examen de los antecedentes legislativos, el Despacho evidenció que el Congreso pretendía lo siguiente:

- a) Encontrar una “*salida jurídica*” a la situación en que se encontraban, según él, cerca de 19.000 desmovilizados de las AUC luego del fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia el 11 de julio de 2007, según el cual los desmovilizados de las autodefensas debían responder por el delito de concierto para delinquir agravado (art. 340.2 del C.P.), no pudiendo ser beneficiarios del indulto previsto en la Ley 782 de 2002, ya que no habían cometido *delitos políticos*, ni tampoco de los beneficios penales establecidos en el artículo 69 de la Ley de Justicia y Paz, por cuanto su accionar tampoco podía ser adecuado típicamente como concierto para delinquir simple (art. 340.1 del C.P.).
- b) Acoger la propuesta del señor Fiscal General de la Nación de que los **miembros rasos** de los grupos armados ilegales que se desmovilizaron en el marco de la ley de justicia y paz y en general de las negociaciones de paz con el Gobierno Nacional, puedan ser beneficiarios del principio de oportunidad.
- c) Prever la realización de **audiencias colectivas** de aplicación del principio de oportunidad, dado el elevado número de solicitudes que se presentarían.

- d) Evitar que el principio de oportunidad regulado en la reforma a la Ley 906 de 2004, se aplicara para delitos relacionados con violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, es decir, excluir su aplicación en tales casos, por cuanto se generaría una impunidad inaceptable.

VI. SEGUNDO CRITERIO INTERPRETATIVO: LA NECESIDAD DE INTERPRETAR SISTEMÁTICAMENTE LAS NORMAS ACUSADAS, DENTRO DE UN CONTEXTO DE JUSTICIA TRANSICIONAL Y DE CONFORMIDAD CON LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.

El Despacho consideraba que las normas acusadas debían ser interpretadas sistemáticamente, dentro de un contexto de justicia transicional y de conformidad con los estándares internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario.

En efecto, según el Despacho, el numeral 17 del artículo 324 del C.P.P., así como el párrafo 3 deben ser entendidos, no de manera aislada, sino de conformidad con toda la regulación legal del principio de oportunidad, y por supuesto, a la luz del artículo 250 Superior.

Así pues, para que pueda aplicarse, en un caso concreto, la causal prevista en el numeral 17 del artículo 324 del C.P.P. se requerirá:

- (i) Que exista fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal (art. 323 del C.P.P.);
- (ii) El supuesto fáctico debe adecuarse a la causal prevista por el legislador, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación;
- (iii) Que no se trate de investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, *delitos de lesa humanidad*, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años (párrafo tercero del numeral 17 del artículo 324 del C.P.P.);
- (iv) Que tampoco se trate de un acusado o enjuiciado vinculado al proceso penal, por haber accedido o permanecido en su cargo, curul o denominación pública, con el apoyo o colaboración del grupos al

margen de la ley o del narcotráfico (parágrafo cuarto del numeral 17 del artículo 324 del C.P.P.);

- (v) El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad de las solicitudes individuales o colectivas respectivas dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad (art. 327 del C.P.P.) ; y
- (vi) El control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. (Art. 327 del C.P.P.).

Como se puede observar, la invocación de la causal de aplicación del principio de oportunidad para el caso de los desmovilizados no es (i) **automática**, ni se encuentra radicada exclusivamente en cabeza de la Fiscalía General de la Nación; (ii) su aplicación se encuentra sometida a **control judicial**; (iii) durante la audiencia deberán participar el Ministerio Público y las víctimas, quienes podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía; y (iv) resulta **inaplicable** para casos de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Al mismo tiempo, la aplicación de dicha causal deberá hacerse dentro del marco de la política criminal del Estado, pudiendo decidirse, en el caso concreto, entre (i) suspender; (ii) interrumpir o (iii) renunciar a la persecución penal. De tal suerte que se trata de una figura diferente a los clásicos indultos o amnistías.

Ahora bien, el examen de constitucionalidad de la causal de aplicación del principio de oportunidad, prevista en el numeral 17 del artículo 324 del C.P.P., debía ser además entendida dentro de un contexto de aplicación de justicia transicional. No se trataba, tan sólo de examinar la constitucionalidad de la disposición acusada, de conformidad con las normas superiores que regulan el proceso penal, sino igualmente, tomando en consideración su relación con los principios que orientan la justicia transicional, tal y como también lo hizo la Corte en sentencia C- 370 de 2006.

En efecto, las leyes 782 de 2002 - con sus respectivas prórrogas-, la Ley 975 de 2005, al igual que la Ley 1312 de 2009, a pesar de presentar cada una sus particularidades en términos sustanciales y procesales, comparten, como denominador común, aquel de ser normatividades encaminadas a que los integrantes de los grupos armados ilegales, de cualquier ideología, se desmovilicen individual o colectivamente. De allí que, al momento de examinarse la conformidad de cada una de estas regulaciones con la Constitución, deban ponderarse, los derechos a la paz, la verdad, la justicia y la reparación integral de las víctimas, sin que resulte admisible el sacrificio absoluto de alguno de ellos. Al respecto, la Corte consideró en sentencia C- 370 de 2006 lo siguiente:

“De esta manera, en el presente caso se presenta una colisión entre diferentes derechos constitucionales, y es con base en ese conflicto que se formulan los

diversos cargos de la demanda. Cuando se presenta este tipo de conflicto, el juez constitucional está llamado a aplicar el método de la ponderación, es decir, a sopesar los derechos constitucionales que se encuentran en colisión, en aras de alcanzar una armonización entre ellos, de ser posible, o de definir cuál ha de prevalecer.

El método de ponderación es apropiado para la resolución de los problemas que plantea este caso, por cuanto no es posible materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos en juego, a saber, la justicia, la paz, y los derechos de las víctimas. El logro de una paz estable y duradera que sustraiga al país del conflicto por medio de la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley puede pasar por ciertas restricciones al valor objetivo de la justicia y al derecho correlativo de las víctimas a la justicia, puesto que de lo contrario, por la situación fáctica y jurídica de quienes han tomado parte en el conflicto, la paz sería un ideal inalcanzable; así lo ha demostrado la experiencia histórica de distintos países que han superado conflictos armados internos. Se trata de una decisión política y práctica del Legislador, que se orienta hacia el logro de un valor constitucional. En ese sentido, la Ley 975 de 2005 es un desarrollo de la Constitución de 1991. Pero la paz no lo justifica todo. Al valor de la paz no se le puede conferir un alcance absoluto, ya que también es necesario garantizar la materialización del contenido esencial del valor de la justicia y del derecho de las víctimas a la justicia, así como los demás derechos de las víctimas, a pesar de las limitaciones legítimas que a ellos se impongan para poner fin al conflicto armado. El Legislador ya optó por fórmulas concretas de armonización entre tales valores y derechos, que como se dijo, restringen el ámbito de efectividad del valor y el derecho a la justicia en aras de lograr la paz, por medio de la concesión de beneficios penales y procedimentales a los desmovilizados. Compete, pues, a la Corte determinar, a través del método de ponderación entre tales valores y derechos, si la armonización diseñada por el Congreso y plasmada en las normas acusadas respeta los contenidos mínimos protegidos por la Constitución.

Una vez establecido que la ponderación es el método apropiado a aplicar en este caso, es necesario definir cuáles son los términos en los que se habrá de realizar tal ponderación; es decir, cuáles son los valores o derechos constitucionales que se habrán de ubicar a uno y otro lado de los extremos de la colisión anteriormente descrita, para efectos de evaluar su peso comparativo al juzgar cada una de las normas acusadas. En este sentido, observa la Corte que están abiertas tres opciones diferentes, que abarcan el conflicto constitucional desde distintos niveles:

Una primera opción, la más restringida, exigiría que la Corte limite su análisis a los mecanismos estrictamente procedimentales y punitivos consagrados en la Ley demandada, y contraste su diseño y aplicación con los que forman parte del sistema penal y procesal penal ordinario, aplicable a los demás ciudadanos. Esta opción, sin embargo, implica excluir del análisis importantes elementos, como lo son el valor mismo de la paz o de la justicia, así como los derechos de las víctimas. De tal forma, el juicio de constitucionalidad que la Corte está llamada a hacer debe reconocer, como primera medida, la complejidad de la colisión entre valores y derechos constitucionales generada por la Ley acusada, y no restringir su alcance a las facetas meramente punitivas y procedimentales de la misma. Esta opción, pues, será descartada.

Una segunda opción implica efectuar una ponderación entre valores constitucionales, que en este caso serían los de la paz y la justicia en su dimensión objetiva. No obstante, al igual que la anterior posibilidad, esta formulación del conflicto a resolver excluye del análisis los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos constitutivos de delito, desconociendo por ende que las

fórmulas adoptadas por el Legislador tienen el potencial de incidir en forma significativa sobre los referidos derechos, bien para promoverlos o para limitarlos.

La tercera alternativa es la de ponderar la paz, la justicia en tanto valor objetivo, la justicia en tanto derecho de las víctimas y los demás derechos de éstas – v.gr. los derechos a la verdad, la reparación y la no repetición. Esta es la opción que mejor respeta la complejidad de los problemas jurídicos a resolver porque no excluye del análisis constitucional ninguno de los valores y derechos constitucionalmente relevantes.

En este orden de ideas, observa la Corte que fue el mismo Legislador quien, al optar por fórmulas limitativas del valor y el derecho a la justicia para lograr la paz, estableció los términos esenciales a partir de los cuales se ha de realizar el juicio de ponderación. En efecto, como se señaló anteriormente, en la ley demandada se establecen diferentes mecanismos –como la alternatividad penal y reglas procesales específicas- que implican, de entrada, una afectación del valor objetivo de la justicia y del derecho correlativo de las víctimas a la justicia. Por lo tanto, al juzgar los beneficios penales, uno de los extremos de la ponderación ha de ser el de la justicia, como valor y como derecho de las víctimas. La ponderación se ha de llevar a cabo, en consecuencia, entre las diferentes maneras en que las normas demandadas afectan la justicia, y los demás valores y derechos constitucionales a proteger, a saber: la paz, el derecho a la verdad, el derecho a la reparación y el derecho a la no repetición de las conductas violatorias de derechos humanos. Cabe advertir que el problema novedoso que plantea la Ley 975 de 2005 es el de cómo ponderar la paz. La cuestión es compleja no solo por su novedad sino por la enorme trascendencia que la Constitución de 1991 le asignó a la paz”.

Así las cosas, el juicio de constitucionalidad del numeral 17 del artículo 324 del C.P.P. debía estar orientado, según el Despacho, en tanto que se trata de un instrumento procesal propio de un proceso de justicia transicional, por la ponderación entre la paz, la justicia en tanto valor objetivo y en cuanto derecho de las víctimas, así como los demás derechos de éstas (derechos a la verdad, la reparación y la no repetición).

De igual manera, según el Despacho, el juez constitucional deberá tomar en consideración los estándares internacionales que limitan al Estado colombiano al momento de adoptar y aplicar medidas de justicia transicional, ampliamente explicadas en el texto de la sentencia C- 370 de 2006, motivo por el cual resulta innecesario volver sobre ellas.

VII. ANÁLISIS SOBRE EL MARGEN DE DISCRECIONALIDAD Y LÍMITES CON QUE CUENTA EL LEGISLADOR PARA DISEÑAR LAS CASUALES DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

El Despacho analizó igualmente el margen de discrecionalidad con que cuenta el legislador al momento de regular la aplicación del principio de oportunidad. Veamos.

En numerosas ocasiones, la Corte ha señalado que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración en materia penal, y en concreto, al momento

de regular las causales de aplicación del principio de oportunidad, entendiendo que el constituyente acogió además un modelo de principio de oportunidad reglado, distinto al anglosajón y mucho más próximo al continental europeo.

De igual manera, ha sostenido, de manera constante, que tal facultad no es ilimitada, y que por el contrario, aquéllas no pueden ser reguladas de forma manifiestamente ambigua u oscura, lo cual se traduce en un margen de apreciación demasiado amplio para los operadores judiciales. Sin embargo, también ha admitido que no se trata de reglas que deban extremadamente precisas, por cuanto aquello desvirtuaría el sentido y la lógica de aplicación de la figura procesal.

Así pues, a manera de síntesis de las líneas jurisprudenciales sentadas en la materia, la Corte en sentencia C- 095 de 2007, consideró lo siguiente:

“Así pues, conforme a la Constitución corresponde al legislador señalar los casos excepcionales en los cuales la Fiscalía puede suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal. Ahora bien, ¿qué límites encuentra el Congreso a la hora de diseñar estas causales de aplicación excepcional del principio de oportunidad?”

*En primer lugar, las facultades legislativas en esta materia se encuentran restringidas por la finalidad constitucional de la institución. Ciertamente, el referido principio de oportunidad tiene un propósito, cual es el **de racionalizar la utilización del aparato estatal en la labor de persecución penal**. Sin embargo, la Constitución no señala explícitamente los casos en los cuales dicha persecución no resultaría razonable, dejando este señalamiento al legislador; al repasar los antecedentes históricos del proceso que llevó a la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, se encuentra que el constituyente expresamente mencionó o puso como ejemplo algunas circunstancias que ameritarían el diseño de causales de aplicación de la oportunidad penal. Vg., se refirió a conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bienes jurídicos, o a la necesidad de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidad; así mismo puso de presente que en el régimen procesal penal antes vigente, la oportunidad penal ya venía operando en “en forma larvada”, mediante figuras procesales tales como las preclusiones que dictaba el fiscal cuando había conciliación por indemnización integral, desistimiento, transacción o bien aplicándola en los casos de sentencia anticipada o audiencia especial.¹¹⁷ Pero a pesar de estos ejemplos, el constituyente secundario defirió expresamente al legislador el señalamiento de las causales de procedencia de la oportunidad penal, como se deduce del tenor literal del artículo 250 superior.¹¹⁸ En tal virtud, el legislador goza de una amplia potestad legislativa a la hora de señalar aquellas circunstancias que rodean la comisión o el juzgamiento de cualquier conducta punible, en las cuales resulta*

¹¹⁷ Cf. Sentencia C-673 de 2005.

¹¹⁸ **“Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.”** (Negrillas fuera del original)

desproporcionada, inútil o irrazonable la persecución penal, pudiendo establecer a su arbitrio, por ejemplo, que la ínfima importancia social de un hecho punible, la culpabilidad disminuida, o la revaluación del interés público en la persecución de la conducta, etc., sean causales que permitan prescindir de la persecución. Es decir, en cuanto al tipo de circunstancias que rodean la comisión de un delito o su investigación o juzgamiento, que pueden dar lugar a la aplicación del principio de oportunidad, el legislador tiene amplia facultad de configuración legislativa, siempre y cuando esas circunstancias respeten parámetros de racionalidad frente al propósito de racionalizar la utilización del aparato estatal en la labor de persecución penal.

Otro límite más estrecho encuentra el legislador a la hora de diseñar las causales de aplicación de la oportunidad penal, y es el que viene dado por el deber de las autoridades de asegurar la vigencia de un orden justo, tal como lo postula el Preámbulo y el artículo 2° de la Carta, y por los compromisos internacionales del Estado en materia de acceso a la administración de justicia para la defensa de los derechos humanos, y para la efectividad de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de graves violaciones a los mismos. Este límite no se refiere a las circunstancias que rodean la comisión, la investigación o el juzgamiento de una conducta punible, sino a la naturaleza especialmente grave del delito en sí mismo considerado. Esos compromisos internacionales para la efectiva persecución y sanción de ciertos delitos especialmente graves se encuentran recogidos en los instrumentos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de Derecho Internacional Humanitario y de Derecho Penal Internacional suscritos por Colombia, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles¹¹⁹, la “Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”¹²⁰, la “Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura”¹²¹, la “Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas”¹²², los compromisos Derecho Internacional Humanitario contenidos de manera especial en los Cuatro Convenios de Ginebra, incorporados a nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 5 de 1960¹²³, y en los Protocolos I y II de 1977¹²⁴, adicionales a dichos Convenios; y en el ámbito del Derecho Penal Internacional, el Tratado de Roma, constitutivo de la Corte Penal Internacional, que refleja un consenso de la comunidad de las naciones orientado a combatir la impunidad y lograr el respeto y la efectividad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

Este tipo de compromisos internacionales, que en virtud de lo dispuesto por el artículo 93 superior constituyen parámetros de control de constitucionalidad, y que por tal razón inciden en la interpretación del Derecho interno, obedecen a que las violaciones de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario son mucho más graves e inaceptables que las ofensas causadas mediante otras formas

¹¹⁹ Estos instrumentos consagran mecanismos para que las víctimas o los perjudicados por una violación de derechos humanos presenten directamente una queja ante una instancia internacional como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Convención, o el Comité de Derechos Humanos del Pacto

¹²⁰ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1984, aprobada mediante la Ley 70 de 1986.

¹²¹ Adoptada por la Asamblea General de la OEA en Cartagena de Indias en 1985, aprobada mediante la Ley 406 de 1997, declarada exequible mediante la Sentencia C-351 de 1998.

¹²² Adoptada por la Asamblea General de la OEA en Belém do Pará, Brasil, en 1994. Aprobada mediante la Ley 707 de 2001, revisada mediante la Sentencia C-580 de 2002.

¹²³ Convenio I, para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio II, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio III, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; Convenio IV, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra;

¹²⁴ Leyes 11 de 1992 y 171 de 1994, revisadas mediante las sentencias C-088 de 1993, y C-225 de 1995, respectivamente.

de criminalidad, por la intensidad de la afectación de la dignidad humana que tales vulneraciones de derechos implican. Por ello el Estado colombiano se ha unido a la comunidad internacional en el empeño de sancionar esas conductas. La gravedad de estos comportamientos rebasa entonces el límite infranqueable de la dignidad humana, de manera que, por razones de proporcionalidad y de respeto a sus compromisos internacionales, no podría el legislador prescindir de la persecución penal en estos casos.

*Finalmente, una tercera categoría de límites a la facultad legislativa en el diseño de las causales de aplicación de la oportunidad penal viene dada por el perfil del principio de oportunidad penal acogido por la Constitución Política. Como anteriormente se puso de relieve, dentro de las características del principio de oportunidad se destaca el carácter excepcional y reglado de la institución. Sobre este asunto la Corte ha señalado que para que el principio de oportunidad se ajuste a lo previsto en el artículo 250 Superior, es decir, para que efectivamente mantenga su carácter excepcional y se aplique solamente “en los casos que establezca la ley”, las causales que autorizan su aplicación “deben ser definidas por el legislador de **manera clara y precisa**, de suerte que la facultad discrecional de aplicación no se convierta en una posibilidad de aplicación arbitraria.”¹²⁵ De esta forma, en virtud del carácter excepcional o reglado del principio de oportunidad acogido por el constituyente, “al legislador le está vedado establecer causales extremadamente vagas o ambiguas de invocación de aquél, por cuanto los ciudadanos no tendrían certeza alguna acerca de bajo qué condiciones el órgano de investigación del Estado puede acudir o no ante el juez de control de garantías para efectos de solicitar la suspensión, interrupción o renuncia del ejercicio de la acción penal.”¹²⁶*

Sobre las razones por las cuales se exige cierto grado de precisión y claridad en el señalamiento de las causales de aplicabilidad del principio de oportunidad, en la Sentencia que se viene comentando se vertieron las siguientes consideraciones que ahora resulta oportuno recordar:

“La Corte considera que si bien el legislador cuenta con un margen para configurar las causales de procedencia del principio de oportunidad, cada una de ellas debe quedar consagrada de manera precisa e inequívoca, de forma tal que el juez de control de garantías pueda realmente determinar si en un caso concreto procede o no renunciar, suspender o interrumpir el ejercicio de la acción penal.

“Al respecto, es preciso tener en cuenta que si bien el principio de oportunidad constituye una excepción a aquel de legalidad, la Constitución autoriza al titular de la acción penal para disponer de ella cuando se cumplan determinados requisitos establecidos en la ley, es decir, se trata de la aplicación de un principio reglado que está sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.

“En este orden de ideas, cuando el legislador al momento de regular el principio de oportunidad, diseña las causales respectivas, debe hacerlo de manera tal que no resulten imprecisas o vagas, a fin de no entregar a la Fiscalía una potestad extensa y no precisa, que desborde el marco de la excepcionalidad, e imposibilite de tal manera el ejercicio del control de legalidad.

¹²⁵ Sentencia C-673 de 2005.

¹²⁶ Ibidem.

“En efecto una norma que regule de manera imprecisa y vaga el ejercicio del principio de oportunidad, impide al juez de control de legalidad contar con los suficientes elementos de juicio para establecer si los hechos que sirven de base o de presupuestos para la aplicación de aquel se encuentran o no presentes en el caso concreto.

*“En efecto, en materia penal, dado que el principio de legalidad obliga a las autoridades estatales a investigar y sancionar cualquier delito que se cometa en su territorio, **la excepcional aplicación del principio de oportunidad, para renunciar, interrumpir o suspender el ejercicio de la acción penal dentro del marco de la política criminal del Estado, debe encontrarse perfectamente delimitada por el legislador, con el propósito de que el control judicial que se ejerza sobre la aplicación de aquél sea realmente efectivo. En otras palabras, frente a una causal de procedencia del principio de oportunidad, que haya sido establecida de manera equívoca y ambigua por el legislador, el juez de control de garantías no podrá adelantar su labor, desvirtuándose de esta forma uno de los pilares esenciales del Estado de Derecho, cual es la inexistencia de potestades discrecionales inmunes al control judicial.**”¹²⁷ (Negrillas fuera del original)*

A manera de resumen de lo dicho hasta ahora, se tiene que (i) en cuanto al tipo de circunstancias que rodean la comisión de un delito o su investigación o juzgamiento, el legislador tiene amplia facultad de configuración legislativa a la hora de diseñar las causales de aplicación del principio de oportunidad penal, siempre y cuando esas circunstancias respeten parámetros de racionalidad frente al propósito de racionalizar la utilización del aparato estatal en la labor de persecución penal; (ii) no obstante, respecto de la naturaleza de los delitos frente a los cuáles puede operar el principio de oportunidad penal, por razones que tocan con la dignidad humana, el legislador encuentra un límite explícito en los compromisos internacionales de perseguir las más graves violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario; (iii) finalmente, el legislador se encuentra limitado por el carácter excepcional y reglado del principio de oportunidad penal diseñado por el constituyente, que le impone diseñar con claridad y precisión las causales en las cuales puede aplicarse.

Así pues, en cada caso concreto, la Corte debe verificar si el legislador ha excedido sus competencias, la momento de regular una determinada causal de procedencia del principio de oportunidad.

VIII. LAS AMBIGUEDADES NORMATIVAS PLANTEADAS POR LOS DEMANDANTES.

Los demandantes, al igual que diversos intervinientes, sostenían que, a lo largo de la causal de aplicación del principio de oportunidad, prevista en el numeral 17 del artículo 324 del C.P.P., existían diversas expresiones que resultaban ser particularmente ambiguas y confusas, lo cual configuraba una vulneración del artículo 250 Superior. Además, agregaban que la expresión “*pertenencia a la organización criminal*”, resultaba ser particularmente confusa, por cuanto no existe en el Código Penal un tipo que tenga tal denominación, y que de ser entendida como concierto para delinquir agravado

¹²⁷ Ibidem

(art. 340.2 del Código Penal) se trataría de un delito *de lesa humanidad*, frente al cual tampoco procedería una medida como lo es el principio de oportunidad.

De allí que, según el Despacho, la Corte debía analizar si se trataba realmente de unos conceptos jurídicos ambiguos, que no permitían ser delimitados, resultando imposible establecer sus respectivos ámbitos de aplicación material, personal y temporal de la citada norma.

Así pues, estimaba el Despacho que, en cuanto a los *beneficiarios* de la aplicación del principio de oportunidad, se tiene que se trata de desmovilizados de grupos armados al margen de la ley, es decir, individuos que han hecho parte de organizaciones cuyo accionar delictivo ha estado relacionado con el desarrollo del conflicto armado interno. Es decir, no podía tratarse de simples delincuentes comunes, por cuanto, de ser allí, no se trataría realmente de una norma procesal vinculada con los objetivos de la justicia transicional.

Aunado a lo anterior, a efectos de ser beneficiario de la aplicación del principio de oportunidad, el desmovilizado debía cumplir con ciertas condiciones cumulativas, a saber:

- a. Haber manifestado, mediante actos inequívocos, su propósito de reintegrarse a la sociedad.
- b. No haber sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y los beneficios de la Ley de Justicia y Paz.
- c. Que no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de la ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones.
- d. No haber cometido hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni tampoco conductas dolosas cuando la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.
- e. Deberá firmar una declaración bajo la gravedad de juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en la causal 17 de aplicación del principio de oportunidad, so pena de perder el beneficio penal.

En cuanto a la expresión “*haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad*”, el Despacho entendía que se trata de un concepto jurídico indeterminado, que siempre deberá aplicarse de manera restrictiva y en pro de alcanzar los fines de la justicia transicional, es

decir, que si bien el legislador no aclaraba en qué consisten tales actos, la Fiscalía y el respectivo juez de control de garantías, debían entenderlo, no sólo en el sentido de entrega de armas, material de guerra, intendencia y comunicaciones, sino además en el sentido de actos concretos, verificables y que apunten a brindar elementos de verdad al proceso de paz (vgr. suministro de información sobre la estructura y cadenas de mando del grupo armado ilegal, cómplices de sus actuaciones, etc). Tal comprensión de la expresión acusada, según el Despacho, era conforme con la Constitución y con los estándares internacionales sobre derechos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Por el contrario, no lo sería la simple manifestación de voluntad de desmovilizarse, acompañada de una breve e insuficiente descripción de la pertenencia a determinado aparato delictivo.

A su vez, la expresión “*pertenencia a la organización criminal*”, según los demandantes, resulta ser particularmente confusa, por cuanto no existe en el Código Penal un tipo que tenga tal denominación, y que de ser entendida como concierto para delinquir agravado (art. 340.2 del Código Penal) se trataría de un delito *de lesa humanidad*, frente al cual tampoco procedería una medida como lo es el principio de oportunidad. Ante tales reproches, el Despacho proponía adelantar un doble análisis: ¿qué significa la expresión “*pertenencia a la organización criminal*”? y, de llegar a considerarse que alude al delito de concierto para delinquir agravado (art. 340 del C.P.), ¿se estaría aplicando el principio de oportunidad a un crimen de lesa humanidad?.

IX. EL SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN: “PERTENENCIA A LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL”.

Los demandantes, los intervinientes, al igual que la Vista Fiscal, discrepaban en cuanto al sentido de la expresión “*pertenencia a la organización criminal*”. Así, los primeros alegaban que no aludía realmente a un comportamiento delictivo concreto o, en gracia de discusión, correspondería al delito de concierto para delinquir agravado, tipificado en el artículo 340.2 del Código Penal, y por ende, se trataría de un crimen de lesa humanidad, apreciación que es compartida por diversos intervinientes.

A su vez, la Vista Fiscal consideraba que se trataba del delito de concierto para delinquir simple, tipificado en el artículo 340.1 del Código Penal el cual, para efectos de la ley, comprende además otros ilícitos tales como la utilización ilegal de uniformes e insignias, así como la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones. Por su parte, la Fiscalía tan sólo alude al delito de “*concierto para delinquir*”, sin precisar si se trata del simple o del agravado.

De igual manera, las opiniones respecto al carácter de crimen de lesa humanidad que tendría el delito de concierto para delinquir, se encontraban

divididas. Así, mientras que los demandantes y algunos intervinientes consideran que ello es así, otros, amén del Ministerio Público, consideran que no.

El Despacho consideraba que, revisados la evolución que han conocido los desarrollos normativos y jurisprudenciales que han servido como fundamento para adelantar los diversos procesos de paz en Colombia, al igual que los antecedentes legislativos de la norma acusada, se trataba realmente del delito de concierto para delinquir agravado.

En efecto, recuérdese que el artículo 340 del Código Penal dispone lo siguiente:

ARTICULO 340. CONCIERTO PARA DELINQUIR. <Artículo modificado por el artículo 8 de la Ley 733 de 2002. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto modificado y con penas aumentadas es el siguiente:> Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.

<Inciso modificado por el artículo 19 de la Ley 1121 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o Financiamiento del Terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2700) hasta treinta mil (30000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir.

Ahora bien, como se analizó, el Congreso de la República decidió reformar la Ley 906 de 2004, en punto a la regulación del principio de oportunidad, precisamente para que pudieran acceder a tal beneficio aquellos **desmovilizados rasos** que hubiesen cometido el delito de concierto para delinquir agravado.

Aunado a lo anterior, estimaba el Despacho que debía tomarse en cuenta que las numerosas investigaciones penales existentes por el accionar de los grupos armados ilegales, tanto en la justicia ordinaria como en la jurisdicción de justicia y paz, evidencian que quienes decidían conformarlos no se limitaban a alcanzar un acuerdo para perpetrar un número indeterminado de delitos, sino que su intención fue aquella de organizarse a efectos de perpetrar los crímenes señalados en el inciso segundo del artículo 340 del Código Penal.

En suma, según el Despacho, la expresión “*pertenencia a la organización criminal*”, no resultaba ser ambigua, por cuanto aludía al delito de concierto para delinquir agravado, comportamiento delictivo que, por voluntad del

legislador, comprender o subsume los siguientes delitos: utilización ilegal de uniformes e insignias, así como el porte ilegal de armas y municiones.

X.¿ES EL CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO UN CRIMEN DE LESA HUMANIDAD?.

Para el Despacho resultó particularmente complejo determinar si el delito de derecho interno colombiano denominado “*concierto para delinquir agravado*” puede ser calificado en términos de crimen *de lesa humanidad*. Señálese, por el momento, que de llegar a ser así, sería indudable que el legislador habría vulnerado los límites constitucionales e internacionales de que dispone su margen de configuración normativa en materia de estructuración de causales de aplicación del principio de oportunidad. En efecto, suspender; interrumpir, y más aún, renunciar a la persecución penal de un crimen *de lesa humanidad*, configuraría un incumplimiento manifiesto y grave de los diversos instrumentos internacionales que obligan al Estado colombiano a investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario.

Téngase igualmente presente que el mismo párrafo tercero del numeral 17 del artículo 340 del C.P.P. dispone lo siguiente:

PARÁGRAFO 3o. No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, *delitos de lesa humanidad*, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.

De allí que, de entrada, si la “*pertenencia a la organización criminal*”, fuese, *per se*, un crimen de *lesa humanidad*, se presentaría una abierta antinomia o contradicción interna en el texto mismo del numeral 17 del artículo 324 del C.P.P. De hecho, la prohibición estipulada en el párrafo tercero tornaría inaplicable, en la práctica, la aplicación del principio de oportunidad para los desmovilizados. Tal lectura resultaría ser contraria al principio hermenéutico conocido como del efecto útil.

A efectos de determinar entonces si el concierto para delinquir agravado es un crimen de lesa humanidad, el Despacho propuso lo siguiente (i) hacer una aproximación al derecho comparado; (ii) analizar la evolución que ha conocido, en el derecho penal internacional, la categoría “*crimen de lesa humanidad*”; (iii) examinar los casos en los cuales, expresamente, se ha tipificado la asociación para delinquir en términos de delito de lesa humanidad; (iv) analizar el caso de la conspiración para cometer genocidio, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda; y (v) estudiar la regulación que trae el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en la materia.

XI. PRIMER ELEMENTO DE JUICIO: UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO COMPARADO: LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA.

El Despacho analizó que la Corte Suprema argentina ha considerado que la asociación para delinquir constituye, en algunos casos, un crimen *de lesa humanidad*.

Así, en el asunto *Arancibia Clavel*, fallado el 24 de agosto de 2004, se examinó el caso de un antiguo integrante de la Dirección de Inteligencia Nacional "DINA exterior", cuya actividad consistía en perseguir a opositores políticos al régimen del general Pinochet, exiliados en Argentina. Lo anterior incluía la comisión de secuestros, sometimiento a interrogatorios bajo tormento, sustracción de sus documentos de identidad para reutilizarlos, etc.

Con base en los anteriores hechos, la Corte Suprema argentina estimó lo siguiente:

"13) Que en este sentido no podría sostenerse que si los homicidios, la tortura y los tormentos, la desaparición forzada de personas, son delitos contra la humanidad, el formar parte de una asociación destinada a cometerlos no lo sea, pues constituiría un contrasentido tal afirmación, toda vez que este último sería un acto preparatorio punible de los otros.

Así, por ejemplo lo estatuyen los arts. 2, y 3 inc. b de la Convención para Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que incluye dentro de los actos castigados la "asociación para cometer genocidio".

De igual forma, se ha dicho que "la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los estados partes están obligados a respetar y garantizar", y ello sin perjuicio de la ley positiva del Estado que se trate, pues si bien no existía al tiempo de los hechos "ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad" (conf. Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988 Serie C N° 4; luego reiterado en el caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C N° 5; y recientemente en el caso Blake, sentencia del 24 de enero de 1998, Serie C N° 36, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, conf. Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas).

Desde esta perspectiva, podría afirmarse que la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país sólo ha significado, como ya se adelantara, la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal, puesto que la evolución del derecho internacional a partir de la segunda guerra mundial permite afirmar que para la época de los hechos imputados el derecho internacional de los derechos humanos condenaba ya la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad. Esto obedece a "que la expresión desaparición forzada de personas no es más que un *nomen iuris* para la

violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos, a cuya protección se había comprometido internacionalmente el Estado argentino desde el comienzo mismo del desarrollo de esos derechos en la comunidad internacional una vez finalizada la guerra (Carta de Naciones Unidas del 26 de junio de 1945, la Carta de Organización de los Estados Americanos del 30 de abril de 1948, y la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948)" (dictamen del señor Procurador General en la causa M.960.XXXVII "Massera, Emilio Eduardo s/ incidente de excarcelación", sentencia del 15 de abril de 2004).

Por otra parte el art. 7.1, inc. h, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, considera como crimen de lesa humanidad la "Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte...".

Finalmente, luego de definir los crímenes imprescriptibles, el art. II de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, dispone "Si se cometiere alguno de los crímenes mencionados en el artículo I, las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración".

14) Que del plexo normativo internacional transcripto se desprende que dentro de la clasificación de los crímenes contra la humanidad, también se incluye el formar parte de una organización destinada a cometerlos, con conocimiento de ello.

15) Que Arancibia Clavel fue condenado por el delito de asociación ilícita, toda vez que el tribunal de juicio dio por probado que el incuso formaba parte de un grupo destinado a perseguir reprimir y exterminar sistemáticamente a opositores políticos del régimen dictatorial instaurado en la República de Chile, a partir de septiembre de 1973 (DINA exterior), que operaba dentro del territorio nacional, y abarcó la comisión de homicidios, desapariciones forzadas, tormentos, falsificación de documentos, disposición de armas y explosivos, entre otros; asumiendo como función el encausado, al menos, el facilitar y apoyar los delitos del grupo por medio de la consolidación de una "red de informantes" y "contactos" con funcionarios policiales y militares destinados a obtener datos sobre posibles perseguidos y, en su caso, a garantizar la impunidad de los autores materiales de crímenes de lesa humanidad.

16) Que los delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos "entre los que debemos contar el formar parte de un grupo destinado a llevar adelante esta persecución", pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el art. 118 de la Constitución Nacional.

17) Que en consecuencia el formar parte de un grupo dedicado a perpetrar estos hechos, independientemente del rol funcional que se ocupe, también es un crimen contra la humanidad”¹²⁸.

Así las cosas, según la jurisprudencia penal argentina, la asociación para delinquir es un crimen de lesa humanidad por cuanto (i) resultaría contradictorio que tortura y la desaparición forzada de personas fuese consideradas en términos de crímenes de lesa humanidad, en tanto que la asociación para perpetrarlos no lo sea; (ii) los artículos 2 y 3 de la Convención para Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que incluye dentro de los actos castigados la "asociación para cometer genocidio"; (iii) la ratificación en el caso argentino, de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, constituye sólo la reiteración convencional que ya era reprochable en el orden internacional; (iv) el artículo 7.1. del Estatuto de Roma de la CPI tipifica el crimen de persecución contra determinados grupos; y (v) la Convención de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, dispone que la misma se aplicará también en relación con aquellos que conspiran para perpetrar tales delitos.

XII. SEGUNDO ELEMENTO DE JUICIO: LA EVOLUCIÓN DE LA CATEGORÍA “CRIMEN DE LESA HUMANIDAD”, EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL.

El Despacho analizó que la categoría de crímenes *de lesa humanidad* surgió en los Acuerdos de Londres de 1945¹²⁹, los cuales dieron origen a la creación del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, adoptado el 6 de octubre de 1945, cuando se estableció que una instancia penal supranacional tendría competencia para juzgar tres categorías de crímenes internacionales: (i) contra

¹²⁸ Corte Suprema de Justicia argentina, asunto *Enrique Lautaro Arancibia Clavel*, sentencia del 24 de agosto de 2004, causa núm. 259.

¹²⁹ En cuanto a los antecedentes históricos de la noción de crimen *de lesa humanidad*, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en el asunto *Fiscal vs. Akayesu*, en sentencia proferida el 2 de septiembre de 1998 por la Sala de Primera Instancia, afirmó lo siguiente: “*Los crímenes contra la humanidad están dirigidos contra la población civil cualquiera que sea y son sancionables bien sean que hayan sido cometidos en el curso de un conflicto armado de carácter internacional o interno. De hecho, el concepto de crímenes contra la humanidad fue reconocido antes del Nüremberg. El 28 de mayo de 1915, los Gobiernos de Francia, Reino Unido y Ruso adoptaron una declaración con ocasión de las masacres de armenios en Turquía, calificándolos como “crímenes de lesa humanidad perpetrados por los turcos, las potencias de la Entente declaran públicamente que se tendrán por responsables a los miembros de dicho gobierno, así como a todos que hubiesen participado en esas masacres”. El informe de la comisión encargada de establecer la responsabilidad de los autores de la guerra y de la ejecución de las penas proferidas, establecida en 1919 por los representantes de diversos Estados y presentado a la Conferencia de Paz de París menciona igualmente las “infracciones... a las leyes de la humanidad”*”.

la paz; (ii) de guerra; y (iii) *de lesa humanidad*¹³⁰. En cuanto a estos últimos, el Estatuto los definió de la siguiente manera:

“II. Competencias y principios generales.

Artículo 6

El Tribunal establecido en el artículo 1 del presente, tendrá competencia para enjuiciar y condenar a los principales criminales de guerra del Eje Europeo, estando facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones:

Cualesquiera de los actos que constan a continuación son crímenes que recaen bajo la competencia del Tribunal respecto de los cuales habrá responsabilidad penal:

(...)

“c) **Crímenes contra la humanidad:** a saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron.

Aquellos que **lideren, organicen, inciten** a la formulación de un **plan común o conspiración** para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, **serán responsables de todos los actos realizados por las personas que ejecuten dicho plan**” (negrillas y subrayados agregados).

Como se puede advertir, desde ya, el Estatuto del Tribunal diferencia entre los comportamientos que serían calificados en términos de crímenes contra la humanidad, de las formas de autoría y participación en los mismos (liderar, organizar, incitar, etc). Además, nótese que se alude a los “*actos realizados*”, a la ejecución de un plan, y no sólo al acuerdo para cometer tales crímenes, que sería la esencia de aquello que en Colombia se denomina concierto para delinquir.

De manera muy semejante, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokio, fechado 19 de enero de 1946, definió los crímenes de lesa humanidad en los siguientes términos:

¹³⁰ Ver al respecto, A.A.V.V., *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*. New York: Transnational Publishers, 2001; Bassiouni, Ch., *Crimes against humanity in International Criminal Law*. Oxford: Transnational Publishers, 1999; Capella i Roig, M, *La tipificación internacional de los crímenes de lesa humanidad*. Valencia: Tirant lo blanch, 2005; Cassese, A, *International Criminal Law*. Oxford: University Press, 2003, p. 67; Lirola, I. y Martín, M, *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*. Barcelona: Ariel. 2001; *Mettraux, G, International crimes and the ad hoc Tribunals*. Oxford: Oxford University Press, 2005; Olásolo, H., *Corte Penal Internacional. ¿Dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación*. Valencia: Tirant Lo Blach, 2003 y Werle, G. *Tratado de derecho penal internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

“Artículo 5. **Crímenes de lesa humanidad:** es decir muerte, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos antes o durante la guerra, o las persecuciones por motivos políticos o raciales en ejecución o en conexión con cualquier otro crimen bajo la jurisdicción del Tribunal, en violación o no del derecho interno del país donde se perpetraron”

Así mismo, la Ley núm. 10 del Consejo de Control Aliado, promulgada el 20 de diciembre de 1945, aplicable en los jueces de los criminales nazis que no fueron sometidos al Tribunal Penal Internacional de Nûremberg, precisó que los crímenes de lesa humanidad se cometían en las siguientes circunstancias:

“c) **Crímenes de lesa humanidad.** Atrocidades y delitos, incluidos pero si carácter limitativo, la muerte, el exterminio, la esclavitud, la deportación, el encarcelamiento, la tortura, la violación o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en violación o no del derecho interno del país donde se cometan”

Posteriormente, los distintos textos internacionales que tipifican los crímenes *de lesa humanidad* traen, de igual manera, una regulación sobre las formas de intervención penal en los mismos, sin que se confundan tipos penales con formas de participación en los mismos. Veamos las diferencias en el siguiente cuadro:

Criterio diferenciador	Acuerdos de Londres	Estatuto del TPIY	Estatuto de la CPI.
Categorías de delitos investigados	Crímenes contra la paz. Crímenes de guerra Crímenes de lesa humanidad.	Infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949. Violaciones de las leyes o de la guerra. Genocidio Crímenes contra la humanidad	Agresión Genocidio Crímenes de lesa humanidad Crímenes de guerra.
Listado de crímenes contra la humanidad	Atrocidades y delitos cometidos los cuales comprenden, sin que la lista sea exhaustiva, el asesinato, el exterminio, la servidumbre, la deportación, el encarcelamiento, la tortura, la violación o cualquier otro acto inhumano cometido contra la población civil, y las persecuciones por motivos de orden	a) Asesinato; b) Exterminación; c) Reducción a la servidumbre; d) Expulsión; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violaciones; h) Persecuciones por motivos políticos,	a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura;

	político, racial o religioso, que dichos crímenes hayan constituido o no violaciones de la ley nacional del país donde fueron perpetradas	raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos.	g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) Persecución i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.
Formas de intervención criminal.	Modelo unitario de autor	Art. 7.1 del Estatuto: Autoría material (<i>committed</i>); Complicidad (<i>aided and abetted</i>); Empresa criminal conjunta (<i>joint criminal enterprise</i>) Art. 7.3. del Estatuto: Responsabilidad de los superiores por omisión.	Art. 25 del Estatuto: (i) Autoría material. (ii) Coautoría (iii) Autoría mediata. (iv) Determinadores (v) Complicidad. Art. 28 del Estatuto: responsabilidad de los superiores por omisión.

Así pues, encontró el Despacho que en los diversos y principales instrumentos que conforman el derecho penal internacional, el delito de concierto para delinquir agravado no es considerado un crimen *de lesa humanidad*, ni tampoco se le puede confundir con las diversas formas de intervención penal estipulado en los mismos.

XIII. TERCER ELEMENTO DE JUICIO: EL CASO ESPECÍFICO DE LA ASOCIACIÓN PARA COMETER EL CRIMEN DE GENOCIDIO.

Examinó igualmente el Despacho el caso específico de la asociación para cometer genocidio, encontrando lo siguiente.

La Convención contra el genocidio tipifica, como delito autónomo, la simple asociación para perpetrar tal crimen, en los siguientes términos:

“Artículo II

En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Artículo III

Serán castigados los actos siguientes:

- a) El genocidio;
- b) **La asociación para cometer genocidio;**
- c) La instigación directa y pública a cometer genocidio;
- d) La tentativa de genocidio;
- e) La complicidad en el genocidio.

Como se puede observar, el tratado internacional diferencia entre, de una parte, las conductas que constituyen actos genocidas, de la asociación (*conspiracy*) para perpetrarlo.

Al respecto A. Cassese, en su obra “*International Criminal Law*”, explica en qué consiste el delito de “*conspiracy*” y su relación con el derecho penal internacional, en los siguientes términos:

“Asociación para cometer genocidio.

Resulta un lugar común sostener que “*conspiracy*” es una forma criminal sancionable en los sistemas de *common law*, pero menos conocida, o aceptada de

manera muy limitada, en los países del *civil law*. La “*conspiracy*” es una grave ofensa, consistente en el acuerdo entre dos o más personas para cometer un crimen. Aquello es sancionable, incluso si el delito jamás es cometido. Adicionalmente, si el crimen es ejecutado, los perpetradores serán responsables tanto por “*conspiracy*” como por los delitos sustantivos cometidos. El elemento del *mens rea* de la “*conspiracy*”, demanda que cada uno de los partícipes (i) tenga conocimiento de los hechos o de las circunstancias preparatorias del crimen que el grupo pretende cometer; (ii) la intención de llevar a cabo la “*conspiracy*”, y por esa vía, cometer delitos sustantivos”.¹³¹

Ahora bien, en cuanto a los textos internacionales en los cuales figura la “*conspiracy*”, en tanto que forma de participación en crímenes internacionales, el citado autor sostiene lo siguiente:

“Las únicas reglas internacionales sobre la “*conspiracy*” se encuentran en los Acuerdos de Londres de 1945. En el artículo 6 se sanciona a aquellas personas que “participaron en un plan común o conspiración para la ejecución de cualquier crimen contra la paz, y adicionalmente “lideraron, organizaron, instigaron o participaron en la formulación y ejecución de un plan común o fueron parte de una conspiración para perpetrar los siguientes delitos (crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad)” y que deben responder por todos los actos cometidos por tales personas, en ejecución del plan”¹³².

Así mismo, Cassese sostiene que el único caso en el cual la asociación o conspiración es considerada, *per se*, un delito, es el caso del genocidio:

“Otra disposición internacional la constituye el artículo 3 (b) de la Convención de 1948 sobre el genocidio, la cual, en los casos y por las motivaciones que se explicarán, convierten en sancionable “la asociación para perpetrar genocidio”¹³³.

¹³¹ Cassese, A., *Internacional Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 196. El texto original en inglés es el siguiente: “9.10. *CONSPIRACY TO COMMIT GENOCIDE*. It is common knowledge that conspiracy is a form of criminality punished common law systems but either unknown to, or accepted to a very limited extent by, civil law countries. Conspiracy is a ground offence, consisting of the agreement of two or more persons to commit a crime. It is punished even if the crimen is never perpetrated. In addition, if the crimen is carried out, the perpetrators are held liable both for conspiracy and for the substantive crime they commit. The mens rea element of conspiracy required for each and every participant is twofold: (i) knowledge of the facts or circumstances making up the crime the group intend to commit; (ii) intent to carry out the conspiracy and thereby perpetrate the substantive offence”.

¹³² *Ibidem*, p. 197. El texto original en inglés es el siguiente “The only international rules on conspiracy can be found in the London Agreement of 1945. In Article 6 it made punishable persons “participating in a common plan or conspiracy for the accomplishment” of any crime against peace and in addition made “leaders, organizers, instigators or accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes [that is, crimes against peace, war crimes, and crimes against humanity] responsible for all acts performed by any persons, in execution of such plan”.

¹³³ *Ibidem*. El texto original en inglés es el siguiente: “Another international provision on the matter is Article 3 (b) of the 1948 Genocide Convention, which, on the grounds and motivations set out above, makes “conspiracy to commit genocide” punishable”.

En el mismo sentido, Werle explica lo siguiente:

“Conspiración (*conspiracy*)

El más amplio adelantamiento de la punibilidad lo representa la conspiración (*conspiracy*). En este concepto se abarcan las formas de participación en el estadio de preparación que resultan peligrosas por la relación conspirativa de varias personas. La comisión del hecho principal no constituye un presupuesto de punibilidad. La conspiración se sitúa, desde un punto de vista dogmático, entre la teoría de la participación y las acciones preparatorias punibles; normalmente se comprende como un crimen autónomo.

La Convención contra el genocidio, así como el Estatuto del TPIY y el Estatuto del TPIR castigan expresamente la conspiración para cometer genocidio. Esta regulación se corresponde con el derecho internacional consuetudinario. A la luz de las decisiones del Tribunal Militar Internacional también existen buenos argumentos para suponer la punibilidad, conforme al derecho internacional consuetudinario, de la conspiración para cometer un crimen de agresión, cuyos presupuestos fueron precisados por el Tribunal Militar Internacional. **Por el contrario, la punibilidad de la conspiración para cometer un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad no encuentra ninguna base en derecho internacional consuetudinario.** En opinión del Tribunal Militar Internacional, repetidamente confirmada por la jurisprudencia de los procesos sucesivos al Juicio de Nüremberg seguidos ante tribunales militares estadounidenses que se basaron en la Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado, **el Estatuto del Tribunal Militar Internacional no amplió la punibilidad a la conspiración para cometer un crimen de guerra o crímenes contra la humanidad**¹³⁴. (negrillas y subrayados agregados).

XIV. CUARTO ELEMENTO DE JUICIO: LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA EN RELACIÓN CON CASO ESPECÍFICO DE LA ASOCIACIÓN PARA COMETER GENOCIDIO, EN TANTO QUE DELITO AUTÓNOMO.

Encontró igualmente el Despacho que la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, se encuentran igualmente algunas consideraciones importantes en relación con la asociación para cometer delitos, desde perspectiva del derecho penal internacional. Así, el asunto *Fiscal vs. Musema*¹³⁵, fallado el 27 de enero de 2000 por la Sala de Primera Instancia del TPIR, resulta ser bastante ilustrativo. Veamos.

Inicia la Sala por examinar las razones por las cuales los Estados decidieron, en 1948, incluir la figura de la asociación para cometer genocidio:

¹³⁴ Cfr. Werle, G, *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 277 y 278.

¹³⁵ ICTR-96-13-A. Asunto *Fiscal vs. Musema*. Sentencia proferida el 27 de enero de 2000, por la Sala de Primera Instancia del TPIR.

“La Sala advierte que la infracción de asociación en vista de cometer genocidio, que figura en el Estatuto, es retomada de la Convención contra el genocidio. Resulta de los trabajos preparatorios del tratado, que la intención que precedió la inclusión de tal infracción fue, teniendo en cuenta la gravedad del crimen, sancionar un acuerdo en vista de cometer un genocidio, incluso si ningún acto preparatorio había tenido lugar. En efecto, durante los trabajos que precedieron a la adopción de la Convención, el Secretario observó que, con el fin de adecuarse a la resolución 96 I) de la Asamblea general, la Convención debía tener en cuenta los imperativos de prevención del crimen de genocidio:

“Esta prevención podría exigir tener como punibles, ciertos actos que, en sí mismos, no constituyen genocidio, por ejemplo, algunos actos materiales preparatorios del genocidio, un acuerdo o una asociación en vista de cometerlo, o una propaganda sistemática incitando al odio, y, por esa vía, capaz de conducir al genocidio.

(...)

“La Sala constata que los sistemas jurídicos de tradición anglosajona tienden a considerar a la asociación (“*entente*”, en francés o “*conspiracy*” en inglés), como una forma particular de participación criminal, punible como tal. En los sistemas de tradición romano-continental, la asociación o el complot exceptúan el principio según el cual la simple resolución criminal y los actos preparatorios son generalmente considerados como no punibles. En estos últimos sistemas, el complot no es sancionable sino cuando apunta a la comisión de crímenes considerados particularmente graves, tales como el ataque contra la seguridad del Estado.

Tratándose de los elementos constitutivos de la infracción de asociación en vista de cometer genocidio, la Sala señala que, según los trabajos preparatorios de la Convención contra el genocidio, la noción de asociación se inspiró en la definición anglosajona del crimen de *conspiracy*. En su informe, el Comité Especial del genocidio, precisa que la asociación (entente o conspiracy), es un delito en derecho angloamericano. Esta precisión refleja las observaciones hechas durante los debates del Comité relativos a la noción de asociación (*conspiracy*). Así, el representante francés observó que se trataba de una noción que no tenía equivalente en su país. El representante de los Estados Unidos, hablando en tanto que Presidente del Comité, explicó que “*conspiracy*” en derecho anglosajón es un delito constituido por el hecho de que dos o más individuos se conciertan para cometer un delito. El representante de Venezuela señaló que la palabra “conspiración”, en español, significa un complot contra el gobierno, y que el término inglés “*conspiracy*”, quiere decir en español una asociación con el propósito de cometer un crimen. El representante polaco observó que, en derecho anglosajón, la palabra “*complicity*” no recubre más que las dos nociones de “*aiding and abetting*” (complicidad y provocación) y que, en consecuencia, lo que se conoce como “*conspiracy*”, no es más que un caso de complicidad. Incluso recordó que el proyecto del Secretario preveía, bajo rúbricas separadas, por una parte, la complicidad y, por la otra, la asociación o toda otra forma de ésta (“*conspiracy*”). Luego de los debates de la Sexta Comisión, el señor Maktos (Estados Unidos) señaló que la palabra “*conspiracy*” tenía un sentido muy preciso en la ley anglosajona: significa que dos o más personas se ponen de acuerdo para cometer un acto ilegal.

(...)

La Comisión de las Naciones Unidas sobre los crímenes de guerra definió el concepto de “asociación”, como sigue:

“La asociación es una noción según la cual el hecho de conspirar, o de participar una asociación que apunta a la realización de un objetivo ilícito o un objetivo lícito mediante medios ilícitos, constituye una infracción penal”.

A renglón seguido, la Sala profundizó en las diferencias existentes entre los sistemas jurídicos de tradición anglosajona y aquellos románico-continuales, en punto al examen del fenómeno de la asociación para delinquir. En palabras de los jueces internacionales:

“El derecho en los sistemas de tradición romano-continental distingue generalmente entre dos clases de *actus reus*, calificando dos “niveles” de complot o de asociación. Siguiendo un nivel de gravedad progresivo, el primer nivel se refiere al complot simple y el segundo al complot seguido por actos materiales. El complot simple generalmente es definido como la resolución para actuar concertadamente entre dos o varias personas, mientras que el complot seguido de actos materiales es una forma agravada de asociación, donde la resolución de consuno es seguida por la comisión de actos materiales. Las dos formas de complot exigen la reunión de tres elementos comunes: 1) la resolución de actuar; 2) el concierto de voluntades; y 3) el objetivo común de cometer la infracción principal.

En los sistemas de tradición anglosajona, la infracción de asociación generalmente se constituye cuando dos o más personas han llegado a un acuerdo en vista de un designio común, este último siendo ilegal.

La Sala señala que los elementos constitutivos de la infracción de asociación, así definida en los dos sistemas jurídicos, son próximas. Sobre la base de esos elementos, la Sala define la asociación de cometer genocidio, como una resolución de actuar en la cual, al menos, dos personas acuerdan cometer un genocidio.

(...)

De esa definición resulta que, tratándose del crimen de asociación en vista de cometer genocidio, se trata del acto de asociarse *per se*; en otras palabras, el proceder a asociarse es lo que se sanciona, mas no el resultado. La Sala señala al respecto que, tanto en los sistemas de inspiración romano-continental, así como en aquellos de tradición anglosajona, que el crimen de asociación es considerado como un crimen formal o “inchoate”, para el cual sólo cuenta el acto criminal como tal, mas no el resultado de aquél”.

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala concluye lo siguiente:

“La Sala considera que el crimen de asociación de cometer genocidio es sancionable, incluso si no ha seguido de efecto, es decir, aún en el caso en que la infracción principal, en el caso concreto el genocidio, no haya sido realizado”.

Así las cosas, para el caso específico de la asociación para cometer genocidio, la jurisprudencia penal internacional ha estimado que es posible que se cometa tal crimen por el simple hecho de concertarse para la comisión de aquél, sin que se requiera que, en la práctica, un genocidio sea perpetrado. A renglón seguido, la Sala se pregunta si un acusado puede ser sancionado, a la vez, por la comisión de un genocidio y de la asociación para ello. Para ello, la Sala examina las diferencias existentes entre los sistemas anglosajones y continental europeos:

“En los sistemas de tradición romano-continental, si la asociación o el complot se alcanzan y la infracción principal es consumada, el acusado es tenido por

responsable de haber cometido la infracción principal y sólo ésta, con exclusión del complot. Para esos sistemas, si la conducta criminal del acusado es establecida en relación con la infracción principal, no existe entonces razón para estimarlo como responsable por la simple resolución criminal o los actos preparatorios que ha cometido en vista de la comisión de aquélla. De allí que un acusado no puede ser hallado culpable de asociación, más que si la infracción principal ha sido perpetrada, o incluso, si el acusado era parte de una asociación que fue materializada por otros, sin su participación principal.

En los sistemas de tradición anglosajona, un acusado puede, en principio, ser hallado culpable, a la vez, de asociación y de la infracción principal, en particular, cuando el objeto de la asociación se extiende más allá de las infracciones efectivamente cometidas. Sin embargo, numerosas críticas han sido formuladas contra esa práctica. Así, por ejemplo, Don Stuart escribe:

“No se trata tanto de saber, si los mismos elementos de prueba pueden ser utilizados dos veces para arribar a múltiples condenas, sino de determinar si, por su misma naturaleza, se llegaría a ver en la asociación una infracción formal, reprimida a título preventivo, accesoria a la infracción principal y desprovista de toda razón de ser propia que le permita existir, como tal, al margen de la infracción principal. Siguiendo tal opinión, una vez la infracción principal se encuentra consumada, nada justifica, a partir de entonces, la represión del crimen perpetrado”.

Luego de analizar el tema de la asociación para delinquir en los sistemas anglosajón y continental europeo, el TPIY decidió acoger la siguiente interpretación:

“La Sala considera que conviene acoger, en el caso concreto, **la posición más favorable al acusado, en los términos de la cual, un procesado no puede ser encontrado culpable, a la vez, de genocidio y de asociación para cometerlo.** Esta postura corresponde, según la Sala, a aquella que se llegó luego de la adopción de la Convención contra el genocidio, cuando se decidió acoger el crimen de asociación en vista de cometer genocidio. Los trabajos preparatorios indican que el crimen de asociación para reprimir ciertos actos, por sí mismos, no caracterizan el genocidio. La consecuencia, a contrario, es que no resultaría útil encontrar a un acusado de un crimen de asociación para cometer genocidio, si es hallado culpable por el crimen de genocidio por los mismos hechos.” (negritas y subrayados agregados).

En este orden de ideas, la jurisprudencia penal internacional nos muestra que, en relación específicamente con la asociación para cometer el delito de genocidio, una persona no puede ser sancionada, a la vez, por la comisión de ese crimen y por genocidio. En otras palabras, no se admite sancionar a un procesado por haberse concertado para perpetrar un crimen internacional, y luego, por la comisión del mismo. Con todo, se precisa, que los jueces penales internacionales admiten que un individuo pueda ser sancionado por haberse concertado con otros para realizar un genocidio, así este último no se haya materializado.

XV. QUINTO ELEMENTO DE JUICIO: EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

Encontró igualmente el Despacho que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional acoge la figura de la *conspiracy*, como una forma de autoría en crímenes de su competencia, mas no como un crimen de lesa humanidad autónomo. En efecto, el artículo 25 del mencionado instrumento internacional dispone lo siguiente:

“Artículo 25

Responsabilidad penal individual

1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.
2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.
3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:
 - a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;
 - b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;
 - c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;
 - d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un **grupo de personas que tengan una finalidad común**. La contribución deberá ser intencional y se hará:
 - i) **Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo**, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o
 - ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;
 - e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;
 - f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.
4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.

Al respecto, Shabas explica lo siguiente:

“La cuestión acerca de la conspiración ha irritado al derecho penal internacional desde Nuremberg. En el *common law*, una conspiración se comete cuando dos o más personas están de acuerdo en cometer un delito, con independencia de que el crimen en sí mismo se cometa, mientras que en los sistemas continentales el delito de conspiración se ve por lo general como una forma de complicidad o participación en un crimen consumado o tentado. **La conspiración está incluida en el Estatuto de Roma en el artículo 25.3 d). El texto pone en claro que ésta no es el delito de conspiración como se contempla en el *common law*, sino antes bien una forma de complicidad, lo que contribuye en medida considerable a la redundancia del artículo.** El término “conspiración” no es siquiera utilizado y textos propuestos a estos efectos se omitieron intencionalmente de la versión final. En apariencia el texto está extraído de la recientemente adoptada Convención Internacional para la Supresión de los Atentados Terroristas. Una consecuencia desafortunada y acaso no intencionada es que el Estatuto de Roma no refleja la totalidad de las disposiciones de la Convención contra el Genocidio que, en el artículo III B define “conspiración” como un acto de genocidio. La historia del proyecto de la Convención contra el Genocidio indica el intento por cubrir la noción de conspiración del *common law*, esto es, un delito consumado”.¹³⁶ (negritas y subrayados agregados).

Como se puede observar, el autor explica que, la conspiración es una forma de participar en un crimen de competencia de la CPI, y que además, (i) no se acogió el modelo del *common law*, en donde aquélla es considerada un delito autónomo, sino que “*antes bien una forma de complicidad, lo que contribuye en medida considerable a la redundancia del artículo*”; (ii) se trata de una fórmula tomada de la Convención Internacional para la Supresión de los Atentados Terroristas, es decir, de un tratado internacional que no guarda relación alguna con el derecho internacional de los derechos humanos ni con el derecho internacional humanitario; y (iii) que esta fórmula se diferencia de aquella acogida en la Convención contra el genocidio.

Así pues, el Estatuto de Roma de la CPI, en su artículo 25 estipula la figura de la *conspiracy*, como una más de las posibles formas de autoría y participación en la comisión de crímenes de su competencia (agresión, genocidio, crímenes de *lesa humanidad* y de guerra). En efecto, el mencionado tratado internacional, inspirado en el “proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad” (Draft Code, 1996)¹³⁷, estipula un amplio y variado espectro de formas de intervenciones criminales internacionales. Así, en materia de autoría, el Estatuto prevé las formas de (i) autoría material (“*whether as an individual*”); (ii) coautoría (“*jointly with another*”); y (iii) autoría mediata (“*through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible*”); así mismo, en relación con los partícipes, se alude a (i) determinadores (“*orders, solicits or induces the comisión of such a crime which in fact occurs or is attempted*”); (ii) cómplices (“*for the purpose of facilitating the comisión of such crime, aids, abets or otherwise assists in its comisión or its attempted comisión, including providing the*

¹³⁶ Shabas, W, “Principios generales del derecho penal”. En: *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 291.

¹³⁷ U.N.A/51/10, *Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind*, International Law Commission, 1996.

means for its commission"); y (iii) *conspiracy* ("contributes to the commission or attempted commission of such crime by a group of persons acting with a common purpose").

Por el contrario, el Estatuto de Roma de la CPI no trae, a diferencia de la Convención contra el genocidio de 1948, la *conspiracy*, como un crimen de lesa humanidad autónomo. Al respecto, basta con transcribir el texto del artículo 7 del citado tratado internacional:

“Artículo 7

Crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable;
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
- i) Desaparición forzada de personas;
- j) El crimen de apartheid;
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

- a) Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política;

b) El "exterminio" comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;

c) Por "esclavitud" se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;

d) Por "deportación o traslado forzoso de población" se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;

e) Por "tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;

f) Por "embarazo forzado" se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;

g) Por "persecución" se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;

h) Por "el crimen de apartheid" se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;

i) Por "desaparición forzada de personas" se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término "género" se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término "género" no tendrá más acepción que la que antecede".

En conclusión: en el estado actual del (i) derecho internacional de los derechos humanos; (ii) el derecho internacional humanitario; y (iii) el derecho penal internacional, la asociación para delinquir (*conspiracy*), no es un crimen de lesa humanidad autónomo, sino una forma de participar en la comisión del mismo. La única excepción existente es el caso de la asociación para cometer genocidio. De tal suerte que, se estimó que la jurisprudencia penal argentina no resultaba aplicable para la resolución del caso concreto.

XVI. LOS DERECHO DE LAS VÍCTIMAS.

Analizó igualmente el Despacho el tema de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Veamos.

Los demandantes consideraban que la aplicación de la causal de procedencia del principio de oportunidad, prevista en el numeral 17 del artículo 324 del C.P.P., conducía, en la práctica, a desconocer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, por cuanto su procedencia no está sometida o condicionada a que el desmovilizado diga la verdad e indemnice a sus víctimas.

Mientras que algunos intervinientes consideraban que le asistía la razón a los demandantes, otros sostenían que, tomando en consideración la naturaleza jurídica del concierto para delinquir agravado, en tanto que simple acuerdo para ejecutar determinados crímenes sin que pueda confundirse con la realización material de los mismos, no existen pueden existir, técnicamente, víctimas de tal delito.

Al respecto, el Despacho iniciaba por traer a colación sus consideraciones, vertidas en sentencia C- 241 de 1997, adoptada con ocasión de una demanda ciudadana contra el artículo 44 de la Ley 30 de 1986, *“Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones”*:

*“El concierto para delinquir en términos generales se define como la celebración, por parte de dos o más personas de un convenio, de un pacto, cuya finalidad trasciende el mero acuerdo para la comisión de un determinado delito¹³⁸, se trata de la organización de dichas personas en una *societas sceleris*, con el objeto de asumir con proyección hacia el futuro la actividad delictiva como su negocio, como su empresa¹³⁹, la cual, valga aclararlo, dado su objeto ilícito se aparta de los postulados del artículo 333 de la Carta Política que la reivindica y protege; lo anterior significa que no existe acuerdo previo entre sus miembros sobre los delitos específicos que cometerán, como tampoco sobre el momento, el lugar o las personas o bienes que se afectarán, si sobre lo que será su actividad principal: delinquir.*

"El complot, o acuerdo de varias personas para llevar a cabo determinada actividad criminosa de la cual resulten cometidos varios delitos, no constituye asociación para delinquir, pues no todo concurso de tres o más personas en la realización de dos o más delitos implica la ocurrencia de aquella infracción, pues la asociación para delinquir requiere, cabe repetirlo, que el acuerdo se refiera a delitos

¹³⁸ En ese caso lo que se configuraría sería el fenómeno de la coparticipación.

¹³⁹ "Concierto viene del verbo activo concertar, y este del latín concertare, o sea, celebrar pactos, arreglos, ajustes...ordenamientos para una empresa." Pérez Luis Carlos, Derecho Penal Partes General y Especial, Edit. Temis, 1984

indeterminados, no solamente en la especie, sino en el tiempo, en el modo, en el lugar y en las personas o bienes cuyo daño se busca, lo cual conlleva que el convenio no tenga un carácter momentáneo, sino que debe estar determinado por un móvil de permanencia."¹⁴⁰

Es decir, que la organización delictiva se establece con ánimo de permanencia, que el pacto o acuerdo que celebran sus integrantes es para desarrollar actividades contrarias a la ley, previa distribución entre sus miembros de acciones y responsabilidades que se complementan para alcanzar un fin:

*"...no hay que confundir el acuerdo entre dos o más personas para cometer un delito con la *societas sceleris* que supone una verdadera organización, es decir un encuentro de voluntades para la realización de un programa delictuoso de carácter permanente y acompañado de la disposición previa de los medios, de la distribución de tareas entre los asociados y de un fin común."*¹⁴¹

Este tipo de organizaciones al margen y contra la sociedad, cuyo objeto específico es transgredir el ordenamiento jurídico, obviamente constituyen un peligro para la tranquilidad colectiva y atentan contra la seguridad pública, que son precisamente los bienes jurídicos que se pretenden proteger con su represión y castigo.

*Así, se puede concluir que el concierto para delinquir **exige entonces tres elementos constitutivos esenciales**: el primero la existencia de una **organización** que con carácter permanente tenga como objetivo lesionar intereses o bienes jurídicos indeterminados; el **segundo que los miembros de dicha organización lo sean en virtud de un acuerdo de voluntades que los une para alcanzar dicho objetivo**; y el **tercero que la expectativa de la realización de las actividades que se proponen sus miembros, pongan en peligro o alteren la seguridad pública.**(negrillas y subrayados agregados).*

*Se trata pues de un delito que se consuma con el solo acuerdo de voluntades de quienes conforman la organización, en el cual sus partícipes son castigados "por el solo hecho de participar en la asociación"; de un delito autónomo que como tal **no requiere de la realización previa, paralela o posterior de otras conductas que tipifiquen otros delitos para que se entienda materializado**, lo que se explica en la medida en que se entiende que el peligro para la colectividad surge desde el mismo instante en que se conforma la organización delictiva, desde el momento en que hay concierto entre sus miembros para transgredir su ordenamiento, luego su represión por*

¹⁴⁰ Pérez Luis Carlos, Derecho Penal Partes General y Especial, Edit. Temis, Bogotá, 1984

¹⁴¹ Maggiore Giuseppe, Derecho Penal Parte Especial, Edit. Temis, Bogotá 1989

parte del Estado deberá, en lo posible, anticiparse a la comisión de otros delitos. .(negrillas y subrayados agregados).

La asociación para delinquir es un delito autónomo que existe por sí mismo cuando se presentan sus elementos constitutivos esenciales, con independencia de los delitos que se cometan por su causa, luego es equivocado suponer, como lo hace el actor, que la imposición de una pena por la comisión de un determinado delito (el robo de un banco por ejemplo), que se ejecutó en desarrollo de las actividades de una organización cuyo objetivo común es violar sistemáticamente el ordenamiento jurídico, (banda de asaltadores de entidades financieras), agota la capacidad del Estado para castigar esa intención "formalizada" de transgredir la ley, pues no se trata de una misma conducta, son dos actuaciones distintas y plenamente identificables, que no requieren para configurarse la una de la otra y que atentan contra bienes jurídicos diferentes.

Con base en los anteriores extractos jurisprudenciales, según los cuales el concierto para delinquir se comete por el mero acuerdo de voluntades de los integrantes de una asociación ilícita, y “no requiere de la realización previa, paralela o posterior de otras conductas que tipifiquen otros delitos para que se entienda materializado”, se podría afirmar válidamente que no existen víctimas, hasta tanto el plan de la organización no sea ejecutado.

La anterior interpretación, según el Despacho, conduciría, en la práctica, a que efectivamente el principio de oportunidad le fuera aplicado a los desmovilizados, sin previa citación de víctimas, lo cual, según el suscrito resulta inaceptable, por las siguientes razones.

Resulta evidente que las organizaciones armadas al margen de la ley han perpetrado en Colombia, a lo largo de los años, numerosos crímenes de guerra, de *lesa humanidad* y genocidios. En consecuencia, las audiencias de aplicación del principio de oportunidad, sean individuales o colectivas, debían realizarse previa citación a las víctimas indeterminadas de los desmovilizados, a semejanza de lo sucedido en el ámbito de justicia y paz.

En efecto, la simple declaración juramentada del desmovilizado, en el sentido de “no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causal, so pena de perder el beneficio dispuesto en este artículo de conformidad con el Código Penal”, resultaba ser a todas luces insuficiente, en términos de los estándares internacionales sobre derechos humanos que vinculan al Estado colombiano. De igual manera lo es el parágrafo tercero, por cuanto si bien dispone que “No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.”, tal previsión resulta inane de no

mediar la previa citación a las víctimas indeterminadas de los desmovilizados que pretenden ser cobijados con el principio de oportunidad.

Ahora bien, en cuanto a la ausencia de una regulación de la reparación integral en la disposición acusada, la Corte considera que, dado que la norma apunta a cobijar tan sólo a los desmovilizados rasos, es decir, quienes por ser simples integrantes de la organización delictiva no suelen contar con recursos económicos para indemnizar a sus víctimas, el Estado debe brindarles a éstas las necesarias herramientas jurídicas para ser reparadas.

Así las cosas, estimaba el Despacho que, identificándose parcialmente con el concepto rendido por la Vista Fiscal, resultaba adecuado declarar exequible, por los cargos analizados, la causal número 17 de aplicación del principio de oportunidad, bajo las siguientes condiciones:

- (i) para preservar los derechos de las posibles víctimas, en la reglamentación que para la aplicación del principio de oportunidad expida el Fiscal General de la Nación, se debe contemplar la publicación en un periódico y una emisora de cobertura nacional, y en la página web de la Fiscalía General de la Nación, de la información sobre la identidad plena, valga decir, visual, nominal y de alias, de cada uno de los desmovilizados que serán sometidos al procedimiento de aplicación del principio de oportunidad y de las fechas programadas para ese procedimiento.
- (ii) La expresión “*haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad*”, se entienda de manera restrictiva y en pro de alcanzar los fines de la justicia transicional.

Como puede advertirse, en ningún momento de planteó desconocer los derechos de las víctimas a conocer la verdad de lo sucedido. Todo lo contrario. Se plantó un condicionamiento que, impedía que bastara con una simple declaración juramentada para acogerse al principio de oportunidad. De hecho, la aplicación del condicionamiento seguramente hubiera conducido a que, en la práctica, el desmovilizado terminara siendo investigado y sentenciado por la comisión de crímenes internacionales y no beneficiado con el principio de oportunidad. En otras palabras, en el supuesto en el que el desmovilizado hubiese perpetrado crímenes de lesa humanidad, de guerra o genocidio, la citación previa de las víctimas impedía, en la práctica, aplicarle el principio de oportunidad.

XVII. EL EXAMEN ACERCA DEL PARÁGRAFO 3 DEL NUMERAL 17 DEL ARTÍCULO 324 DEL C.P.P.

En relación con el párrafo 3 del artículo 2 de la ley 1312 de 2009, los ciudadanos alegaban un cargo por “*omisión legislativa relativa*”, por cuanto, a su juicio, se presenta una “*exclusión injustificada del concepto de “graves*

violaciones de derechos humanos” de la norma, permitiendo con esto la aplicación del principio de oportunidad a estas conductas”.

Al respecto, aseguraban que la restricción a la aplicación del principio de oportunidad a las “*graves infracciones al derecho internacional humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio*”, excluía de manera injustificada las graves violaciones a los derechos humanos no comprendidas dentro de tales categorías, “*de manera que la norma acusada permite aplicar el principio de oportunidad a graves violaciones de derechos humanos previstas en el derecho internacional de los derechos humanos*”.

En tal sentido, explicaban que el párrafo 3 del artículo 2 de la ley 1312 de 2009, que no incluye dentro de la prohibición para aplicar el principio de oportunidad, a las graves violaciones de derechos humanos, permitiendo con eso la impunidad en estas conductas, reguladas por el derecho internacional de los derechos humanos.

Aseguraban igualmente que algunas violaciones de derechos humanos podían coincidir con conductas propias de los crímenes de *lesa humanidad*, pero otras corresponden al concepto más amplio de “*violaciones graves de derechos humanos*”. Así por ejemplo, el asesinato se encuentra proscrito por el Estatuto de Roma de la CPI, pero también está prohibido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la discriminación racial se encuentra prohibida en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, e igualmente, en el artículo 7 del Estatuto de Roma de la CPI. Otro tanto sucede con la violencia sexual contra la mujer.

A renglón seguido, los demandantes explicaban las razones por las cuales, a su juicio, se cumplían todas y cada unas condiciones fijadas por la Corte Constitucional, a efectos de estructurar un cargo por inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa.

Sobre el particular, el Despacho comenzaba por recordar los requisitos requeridos para configurar un cargo de inconstitucionalidad por omisión relativa, sistematizados en sentencia C- 864 de 2008, en los siguientes términos:

“Los rasgos característicos de una omisión legislativa relativa implican (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las

consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador”.

Pues bien, en el caso concreto, según el Despacho, los demandantes hicieron un esfuerzo argumentativo por explicar las razones por las cuales, a su juicio, la no inclusión de la expresión “*graves violaciones de derechos humanos*”, en el texto de la causal de procedencia del principio de oportunidad prevista en el párrafo tercero del numeral 17 del artículo 324 del C.P.P., terminaba por desconocer diversas disposiciones internacionales contenidas en los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 4 y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; el artículo 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 12 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; el artículo 1 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Fundaban además su pretensión en un precedente sentado por la Corte en sentencia C- 095 de 2007, referente igualmente a la aplicación del principio de oportunidad en casos de crímenes internacionales.

En este orden de ideas, el Despacho consideraba que a los demandantes les asistía la razón, por los siguientes motivos.

La Corte en sentencia C- 095 de 2007 examinó la constitucionalidad, entre otras, de la siguiente disposición de la Ley 906 de 2004:

“Parágrafo 3°. En ningún caso el fiscal podrá hacer uso del principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma, y delitos de narcotráfico y terrorismo.”

En dicha ocasión, se planteó igualmente un cargo de inconstitucionalidad consistente en que la remisión que la norma acusada hacía al Estatuto de Roma, en tanto que límite a la aplicación del principio de oportunidad, terminaba por desproteger a las víctimas, por cuanto existen casos de violaciones graves a los derechos humanos cuya definición no concuerda con aquella de los tipos penales que prevé el Estatuto de Roma (Genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad).

La Corte consideró que le asistía razón al demandante, por lo siguiente:

“Así pues, los delitos que menciona el demandante Gallón Giraldo en ciertas circunstancias estarían incluidos dentro de las definiciones de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, por lo cual sí estarían cobijados por la prohibición de aplicación del principio de oportunidad si se cometen en tales circunstancias.

No obstante, al actor le asiste razón cuando afirma que ciertos delitos, como por ejemplo un homicidio intencional o una violación que se produjeran por fuera de situación de conflicto interno o internacional y por fuera de ataques sistemáticos contra la población civil, o el tipo de genocidio político¹⁴² podrían eventualmente llegar a ser objeto de la aplicación del principio de oportunidad. Y lo mismo podría decirse de otros delitos aislados de situaciones de conflicto interno o internacional, o de los mencionados ataques sistemáticos, como el secuestro, las lesiones personales, el abandono de menores, el infanticidio o el incesto, por citar algunos ejemplos.

*Así pues, después de haber analizado detenidamente si la remisión al Estatuto de Roma contenida en el parágrafo 3° del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 implica que el principio de oportunidad podría llegar a aplicarse respecto de **algunas graves violaciones a los derechos humanos que no caen dentro del ámbito de competencia de la Corte Penal Internacional**, la Corte ha concluido que en algunos casos ello sí es posible. En tal virtud, para excluir esta posibilidad, declarará la inexequibilidad de la expresión “de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma”, contenida en este parágrafo 3°, pues ella restringe inconstitucionalmente la protección de los derechos humanos que constituyen los bienes jurídicos amparados por ciertos delitos descritos en algunos tipos penales del Código Penal, y en otros tratados internacionales de los cuales Colombia es estado parte.*

Ahora bien, en el presente caso, según el Despacho, si bien es cierto que el parágrafo tercero de la causal 17 del aplicación del principio de oportunidad no alude o reenvía al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, también lo es que, como lo sostenían los demandante, no todas las graves violaciones a los derechos humanos han sido tipificadas en términos de crímenes internacionales, o no necesariamente con los mismos elementos de aquéllos. En otras palabras, no todas las diversas prohibiciones estipuladas en numerosos y variados tratados sobre derechos humanos, sean regionales o universales, han sido consideradas como crímenes de guerra, de lesa humanidad o genocidios. Así por ejemplo, las vulneraciones graves al derecho a la igualdad en términos de género o ciertas violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales. En otras palabras, no existe una identidad total entre los ámbitos de protección del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho penal internacional.

¹⁴² Sobre la penalización del genocidio político pueden verse las sentencias C-177 del 14 de febrero de 2001 y C-330 de 2001, entre otras.

En consecuencia, según el Despacho, la omisión que cometió el legislador, al momento de regular los límites a la aplicación del principio de oportunidad, en el sentido de no incluir las graves violaciones a los derechos humanos, configuraba un desconocimiento de diversos compromisos internacionales, señalados por los demandantes, al igual que del artículo 2 Superior.

Así las cosas, el Despacho propuso declarar exequible el párrafo tercero de la causal 17 de la aplicación del principio de oportunidad, prevista en el artículo 324 del C.P.P en el entendido de que también comprende las graves violaciones a los derechos humanos.

XVIII. CONCLUSIONES DEL DESPACHO

a) En los últimos años, el Estado colombiano ha adoptado diversas legislaciones, encaminadas a superar la situación de conflicto armado interno que padece el país. De allí que, aunque resulte evidente que aquél no ha cesado plenamente, también lo es que todas aquellas medidas han apuntado a que los integrantes de los grupos armados ilegales se desarmen y reinserten a la sociedad, es decir, con fin de alcanzar la paz, sin que por ello se haya admitido que los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación integral puedan ser desconocidos.

b) Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha considerado que, al momento de examinar la conformidad de las citadas leyes con el Texto Superior, será necesario adelantar una ponderación, entre la consecución de la paz, el valor de la justicia y los derechos de las víctimas de los crímenes internacionales.

c) De igual manera, la jurisprudencia constante de la Corte Constitucional ha sostenido que las medidas legislativas encaminadas a alcanzar la paz, no pueden desconocer los compromisos internacionales asumidos por el Estado colombiano, mediante la suscripción de diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario.

d) En el caso concreto, es decir, el examen de constitucionalidad del artículo 2° de la Ley 1312 de 2009, mediante cual, entre otras cosas, se incorpora una nueva causal de aplicación del principio de oportunidad, el Despacho estimó que el análisis y aplicación de dicha normatividad, no podía desconocer las consideraciones vertidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia del 26 de mayo de 2010, en el *asunto Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, a cuyo tenor:

*“En cuanto a la futura posible aplicación de la Ley 1312 de 2009, la cual reforma la Ley 906 de 2004 en relación con el **principio de oportunidad**, el Tribunal nota que la misma contempla la posibilidad de aplicar dicho principio a las personas desmovilizadas de un grupo paramilitar y faculta a la Fiscalía General de la*

Nación a suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal en estos casos. En particular, la ley indica que para acceder a dicho beneficio la persona desmovilizada debe haber manifestado con actos inequívocos su voluntad de reintegrarse a la sociedad, no debe haber sido postulada al procedimiento de la Ley de Justicia y Paz, y no deben existir en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización, con excepción de la pertenencia a la organización criminal, utilización ilegal de uniformes e insignias y porte ilegal de armas y municiones. Si bien dicha ley establece que “para la aplicación de esta causal, el desmovilizado deberá firmar una declaración bajo la gravedad de juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causal”, la Corte ya ha constatado que este tipo de disposiciones normativas puede ser insuficiente si no se da en forma concomitante una verificación rigurosa por parte de las autoridades encargadas de las investigaciones, o del Ministerio Público, de tales aseveraciones (supra párr. 166). Cfr. Ley 1312 de 9 de julio de 2009 (expediente de prueba, tomo XXII, anexo 3 al escrito de alegatos finales de los representantes, folios 9061 a 9063).

e) Así mismo, el Despacho consideró que el numeral 17 del artículo 324 del C.P.P. se ajustaba condicionadamente a la Constitución, en la medida en que las diversas expresiones que la conforman no adolecen de la ambigüedad u oscuridad que alegaban los demandantes. En efecto, la (i) ausencia de postulación del desmovilizado al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005, es un hecho verificable objetivamente; (ii) así mismo lo es que no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización. De igual manera, el contenido de la norma debe entenderse de conformidad con toda la regulación constitucional y legal del principio de oportunidad. De allí que no necesariamente implique la terminación de la acción penal, por cuanto aquella puede ser tan solo suspendida o interrumpida. Así mismo, la aplicación de cualquier causal del principio de oportunidad debe ser decidida, en últimas, por un juez de control de garantías, quien deberá verificar la existencia de los supuestos fácticos alegados por la Fiscalía, previa celebración de la respectiva audiencia, durante la cual deberán ser citadas las víctimas, quienes podrán aportar pruebas y manifestar su oposición a la aplicación del principio de oportunidad. No se trataba, en consecuencia, de forma alguna de amnistía o indulto.

f) La expresión “*actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad*”, ofrecía una cierta ambigüedad, la cual si bien no la tornaba inconstitucional, sí precisaba ser condicionada, a efectos de evitar que el desmovilizado se limitara a manifestar su simple voluntad de abandonar el grupo armado ilegal, y de esta forma, desconocer los derechos de las víctimas y de la sociedad. De allí que, se propuso que la Corte declarara exequible la causal número 17 de aplicación del principio de oportunidad, prevista en el artículo 324 del C.P.P, bajo el entendido que la expresión “*haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad*”, debía entenderse de manera restrictiva y en pro de alcanzar los fines de la justicia transicional.

g) Así mismo, el Despacho entendió que, de conformidad con una interpretación histórica de la norma acusada, la expresión “*pertenencia a la*

organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones”, correspondía al delito de concierto para delinquir agravado, previsto en el artículo 340.2 del Código Penal. De allí que la norma no merecía ser declarada inexecutable, por cuanto era posible determinar su significado; es más, los mismos demandantes así los reconocían.

h) A su vez, una revisión de los principales textos normativos que conforman el derecho penal internacional contemporáneo, al igual que la jurisprudencia internacional, evidencian que aquello que el derecho penal interno colombiano denomina “*concierto para delinquir agravado*”, no corresponde a ningún comportamiento que haya sido calificado como crimen *de lesa humanidad*. Al respecto, es preciso aclarar que si bien tales instrumentos aluden a diversas formas de participación criminal en la comisión de delitos internacionales, también lo es que no prevén como delito autónomo, la asociación para delinquir, salvo el caso específico de la Convención contra el Genocidio de 1948. De allí que el Despacho consideró que la aplicación del principio de oportunidad no conducía a dejar impune un crimen internacional.

i) Adoptar la postura que el delito de concurso para delinquir agravado no es un delito de lesa humanidad, como se propuso en la ponencia que no fue aprobada, en nada afectaba las decisiones tomadas por la Corte Suprema de Justicia hasta la fecha, pues se trata de un delito autónomo y su aplicación es independiente de otros tipos penales que han sido imputados a quienes hasta la fecha han sido juzgados por esta última Corporación. En otras palabras, la decisión que hubiere adoptado la Corte Constitucional en la presente oportunidad no hubiere tenido efectos respecto de los casos que ya han sido juzgados por la Corte Suprema de Justicia; en este sentido los temores de la mayoría eran infundados.

j) Los precedentes sentados por la Corte Suprema de Justicia en materia de crímenes de lesa humanidad, fundados en sentencias proferidas por algunas jurisdicciones latinoamericanas, no son vinculantes en la interpretación del ordenamiento jurídico que realiza la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad de la ley. Como bien ha señalado la jurisprudencia constitucional la doctrina viviente, es decir, la interpretación que han hecho la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado sólo sirve para ilustrar el alcance de las disposiciones legales cuando se ajusta a la Constitución, y eso precisamente no ocurría en esta oportunidad.

k) Prever la aplicación del principio de oportunidad a los desmovilizados de los grupos armados ilegales no desconoce la Constitución y hace parte de un proceso de justicia transicional en la que se debe comprender la Ley 975 de 2005 y la ley 1312 de 2009, que es demandada en esta ocasión. Es errado y contraevidente señalar que el principio de oportunidad no es un instrumento apto para ser utilizado en un proceso de paz. Toda la argumentación contenida en la sentencia C-370 de 2006 que constituye precedente vinculante para esta

misma Corte, consideró como acorde a la Constitución utilizar figuras e instituciones judiciales propias de procesos penales e incluso la reducción punitiva. Este argumento llevado al absurdo supone que existen figuras jurídicas propias de justicia transicional y otras que no.

l) La disposición acusada reunía todos los elementos señalados por la jurisprudencia constitucional que deben ser considerados cuando se trata de regular legalmente el principio de oportunidad (por ejemplo en la sentencia C-095 de 2007). En efecto, (1) la norma perseguía el propósito de *racionalizar la utilización del aparato estatal en la persecución penal* (el número de desmovilizados lo atestigua); (2) el propósito de asegurar *un orden justo*, proporcionaba espacios para que se respetaran los derechos de las víctimas; y (3) se trataba de una norma que no desconocía *el principio de legalidad* en tanto que las causales o supuestos para aplicar el principio de oportunidad eran claras y precisas.

m) El Despacho igualmente aclaraba que si bien el principio de oportunidad podía ser aplicado a los desmovilizados que se reincorporen a la sociedad, también lo es que tal decisión judicial, de manera alguna impide que la Fiscalía General de la Nación investigue, y los jueces competentes sancionen, otros comportamientos imputables a los desmovilizados, tales como crímenes de guerra, de *lesa humanidad* y genocidios. En efecto, la declaración juramentada del desmovilizado, en el sentido de no haber perpetrado tales atrocidades, de manera alguna le impedía al Estado verificar la realidad de tal afirmación.

n) Si bien, *prima facie*, el delito de concierto para delinquir no comporta la existencia de víctimas, los imperativos de verdad, según el Despacho, imponían condicionar la norma acusada en el sentido de que “*para preservar los derechos de las posibles víctimas, en la reglamentación que para la aplicación del principio de oportunidad expida el Fiscal General de la Nación, se debe contemplar la publicación en un periódico y una emisora de cobertura nacional, y en la página web de la Fiscalía General de la Nación, de la información sobre la identidad plena, valga decir, visual, nominal y de alias, de cada uno de los desmovilizados que serán sometidos al procedimiento de aplicación del principio de oportunidad y de las fechas programadas para ese procedimiento*”.

o) El Despacho ponía igualmente de presente que, según los cálculos aportados por la Fiscalía General de la Nación, el universo de posibles destinatarios del principio de oportunidad ascendería a 14.821 personas, es decir, un elevado número de desmovilizados, cuya situación jurídica, hasta el momento no ha se encuentra definida. Es más, según el mismo informe, hasta la fecha, la norma acusada no ha sido aplicada en ningún caso.

p) Las argumentaciones acogidas por la mayoría de la Sala Plena, al margen de trascendentales consecuencias en materia de confianza legítima (art. 1 CP), conducen a negar la lógica de las decisiones políticas y judiciales expresadas

en la sentencia C-370 de 2006, en tanto que conduce a paradojas insalvables: No se les puede aplicar a los desmovilizados el indulto en los términos previstos en la Ley 782 de 2002 y el Decreto 128 de 2003 porque según la jurisprudencia de la Corte Suprema (sentencia del 11 de julio de 2007. Rad. 26.945) los crímenes cometidos por los grupos paramilitares o de autodefensa, no pueden ser calificados como delitos políticos, son delitos comunes y por ende, resulta improcedente las concesiones de amnistías o indultos. Pero tampoco se les puede aplicar el principio de oportunidad dentro de los procesos que adelanta la Fiscalía porque este principio es un instrumento que está previsto para la delincuencia y los delitos comunes, no para procesos de paz o de regularización.

q) El resultado de impedir que los desmovilizados, los miembros rasos de grupos armados ilegales no puedan ser beneficiarios del indulto, ni del principio de oportunidad, supone que existe un trato favorable para los cabecillas de estos grupos (a los cuales solo se les puede imponer como pena máxima 8 años por el delito de concierto para delinquir y otros delitos incluso de lesa humanidad), en cambio a los subalternos, se les debe imponer como mínimo 8 años y hasta 18 solo por el delito de concierto para delinquir (art. 340 Código penal).

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado.

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-936/10

APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A DESMOVILIZADOS DE LOS GRUPOS ARMADOS ILEGALES-

Desarrollo de un proceso transicional empezado por la ley 975 de 2005 y ley 1312 de 2009 (Salvamento de voto)

DELITO DE CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO-No es en si mismo un delito de lesa humanidad (Salvamento de voto)

APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A DESMOVILIZADOS-No desconoce la justicia, verdad y reparación propia de los procesos transicionales (Salvamento de voto)

APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A DESMOVILIZADOS-No desconocía el principio de legalidad (Salvamento de voto)

Referencia: expediente D- 8131

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 17 del artículo 2º y el párrafo 3º del mismo artículo; de la Ley 1312 de 2009.

Magistrado Ponente:

Luís Ernesto Vargas Silva

Con todo respeto, expongo los motivos que me llevan a discrepar de la presente Sentencia:

1. El entendimiento correcto de la norma acusada, a diferencia de lo que comprendió la mayoría, implicaba que los desmovilizados que podían someterse al principio de oportunidad no debían haber sido postulados por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la ley de Justicia y Paz (ley 975 de 2005) y además que no cursaran contra ellos investigaciones por delitos cometidos antes o después de la desmovilización. El único delito por el que era factible acudir al principio de oportunidad era el de pertenencia a la organización criminal.

La Sentencia C-370 de 2006 mediante la cual se analizó la ley 975 de 2005, también llamada ley de Justicia y Paz, había ya aceptado el esquema de justicia transicional, mediante el cual se lograría la verdad, la justicia y la reparación; ello conllevó a que los altos mandos y los mandos medios de los grupos al margen de la ley, fueran sometidos a un proceso penal para determinar su responsabilidad. Por el contrario, para los integrantes rasos de dichos grupos, se consideró acorde con la Constitución utilizar figuras e instituciones judiciales propias de procesos penales para extinguir la pena u

otras formas similares como lo era el principio de oportunidad. Por lo tanto, la aplicación del principio de oportunidad a los desmovilizados de los grupos armados ilegales no desconocía la Constitución sino por el contrario era el desarrollo de un proceso de justicia transicional empezado por la ley 975 de 2005 y que era complementado por la ley 1312 de 2009. La posición jurídica adoptada por la mayoría lleva a la incoherencia de suponer que existen figuras exclusivas propias de la justicia transicional y otras que no.

2. El delito de concierto para delinquir agravado no es en sí mismo un delito de lesa humanidad. Ciertamente, acorde con la evolución del derecho penal internacional, la jurisprudencia del tribunal de Ruanda y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; solamente ha sido catalogado como delito de lesa humanidad el delito de concierto para delinquir con fines de genocidio, eventualidad contemplada en la norma acusada. No puede equipararse a modo de ejemplo a la persona que perteneciendo a una organización criminal funge como campanero o aquella que cocina para otros respecto de aquel que ejecuta directamente los actos de barbarie. No obstante, debe tenerse presente que para los desmovilizados rasos no se estaba proponiendo ningún tipo de impunidad, ni indulto o amnistía; sino la aplicación de una figura procesal como el principio de oportunidad, acogida por el Código de Procedimiento Penal.

3. No es cierto que con la aplicación del principio de oportunidad a los desmovilizados se estén desconociendo la justicia, verdad y reparación, propia de los procesos transicionales. Estos principios vienen siendo protegidos a través de los procesos penales que se llevan a cabo contra la cúpula de los grupos ilegales y que tienen como sustento la ley 975 de 2005.

4. La aplicación del principio de oportunidad a los desmovilizados ya anotados, encajaba perfectamente dentro de los parámetros que circunscriben la aplicación de dicho principio. En efecto, la norma perseguía el propósito de *racionalizar la utilización del aparato estatal en la persecución penal* (el número de desmovilizados lo atestigua); el propósito de asegurar *un orden justo*, proporcionaba espacios para que se respetaran los derechos de las víctimas; y se trataba de una norma que no desconocía *el principio de legalidad* en tanto que las causales o supuestos para aplicar el principio de oportunidad eran claras y precisas. Es de anotar que, el principio de oportunidad de origen constitucional (art. 250), relativiza los conceptos de verdad y reparación sin hacerlos nugatorios.

5. La expresión *“quien haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad”*, proporcionaba un margen de discrecionalidad al Fiscal en la aplicación del principio de oportunidad, pero no puede considerarse que tenga un carácter vago o ambiguo que ocasione su inconstitucionalidad. Es un absurdo considerar la necesidad de tipificar cualquier término o concepto en materia penal; precisamente en el ordenamiento jurídico existen normas en blanco o normas remisorias, que permiten afirmar que en algunos casos los supuestos vacíos pueden ser

llenados. La expresión mencionada fácilmente hubiera comprendida de manera sistemática con la lectura de la misma ley 1312 de 2009, que en su artículo 4° señalaba doce condiciones que impedían cualquier aplicación arbitraria, dentro de un periodo de prueba de tres años para cumplir con las mismas so pena de perder el beneficio.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
JUAN CARLOS HENAO PEREZ. ADHESIÓN
SENTENCIA C-936/10**

SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A DESMOVILIZADOS DE GRUPOS ARMADOS ILEGALES-Desconoce el precedente constitucional en materia de justicia transicional (Salvamento de voto)

SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A DESMOVILIZADOS DE GRUPOS ARMADOS ILEGALES-Constituye un cambio injustificado del precedente (Salvamento de voto)

La aplicación del principio de oportunidad al soldado raso del grupo armado ilegal, cuyo delito consistió en pertenecer a la organización, portar uniformes y armas, siempre y cuando se emplearan sistemas de verificación y se comunicara suficientemente a las potenciales víctimas antes de adoptar la medida, y la medida se pudiera revocar, habría sido una resolución consecuente con la jurisprudencia constitucional de justicia transicional, en particular con el precedente liderado por la sentencia C-370 de 2006, como enfoque analítico ineludible para atender el problema jurídico de este caso.

SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA-Procedencia en relación con la aplicación del principio de oportunidad a desmovilizados de grupos armados ilegales en el marco de políticas de justicia transicional (Salvamento de voto)

En la sentencia C-936 de 2010 que declaró la inexequibilidad del numeral 17 del artículo 2° de la Ley 1312 de 2009, ha debido resolverse con la constitucionalidad condicionada, pues no se tuvieron en cuenta criterios vinculantes para el juez constitucional, de modo que al declarar inexequible la aplicación del principio de oportunidad dentro de las políticas de justicia transicional prevista en el precitado numeral negó su propio dicho y desconoció pautas esenciales de la interpretación constitucional, así como también se desarticula una pieza esencial en el funcionamiento del régimen de justicia transicional, que no sólo debe operar con celeridad, prontitud y resultados, sino también con los recursos con que cuenta.

APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A DESMOVILIZADOS DE GRUPOS ARMADOS ILEGALES-No desconoce la Constitución (Salvamento de voto)

PRECEDENTE CONSTITUCIONAL-Carácter vinculante de la argumentación contenida en sentencia C-370 de 2006 (Salvamento de voto)

JUSTICIA TRANSICIONAL-Constituye una forma excepcional para salir del conflicto armado en Colombia bajo particulares circunstancias (Salvamento de voto)

Referencia: expediente D-8131

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 17 y el parágrafo 3° del artículo 2° de la ley 1312 de 2009 “*por medio de la cual se reforma la ley 906 de 2004, en lo relacionado con el principio de oportunidad*”.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Con el debido respeto, me adhiero al salvamento de voto presentado por el magistrado Sierra Porto, con relación a la inexecutable del numeral 17 del artículo 2° de la ley 1312 de 2009 declarada por la sentencia C-936 de 2010. Lo anterior porque estimo que el caso debió resolverse con la constitucionalidad condicionada que fue propuesta en el proyecto original presentado por el mismo magistrado Sierra. En particular destaco:

1. La solución ofrecida por el magistrado Sierra, ajustaba una ponderación difícil pero necesaria entre los bienes constitucionales por proteger con las medidas legislativas que se adopten al interior de una política de *justicia transicional*. La aplicación del principio de oportunidad al soldado raso del grupo armado ilegal, cuyo delito consistió únicamente en pertenecer a la organización, portar uniformes y armas. Esto, siempre y cuando -que son los condicionamientos diseñados por el proyecto original de sentencia- se emplearan sistemas de verificación y se comunicara suficientemente a las potenciales víctimas antes de adoptar la medida y, también siempre y cuando, si fuere necesario, esta última se pudiera revocar.

Tal resolución habría sido consecuente con la jurisprudencia constitucional de *justicia transicional*, en particular con el precedente liderado por la sentencia C-370 de 2006, como enfoque analítico ineludible para atender el problema jurídico de este caso. Pero este precedente no se empleó. Al contrario, en la sentencia C-936 de 2010, con razones claramente bienintencionadas y humanistas pero en esencia emotivas¹⁴³, la mayoría de la Corte efectuó un cambio de precedente sin justificación, por el que somete a las reglas comunes

¹⁴³ Un elemento estructural, mas peligroso, en la justicia transicional, como lo muestra el estudio el estudio histórico de Elster. Vid. Jon Elster. *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*. Buenos Aires: Katz editores, 2006, pp. 253-284, en especial p. 280.

de interpretación una norma jurídica excepcional, que responde con claridad a una lógica del derecho diferenciada, por hacer parte de la *justicia transicional*.

2. El proyecto original ofrecía una interpretación basada, como lo demanda este modelo alternativo de justicia, en el pluralismo razonable y la tolerancia radical¹⁴⁴, supuestos filosóficos y de la interpretación del derecho, de los cuales resultaba que se entendiese conforme a la Constitución, el poder aplicar el principio de oportunidad al soldado raso del grupo armado ilegal, bajo las severas exigencias normativas de la disposición y el condicionamiento constitucional contemplado. La decisión mayoritaria no llegó a esa conclusión porque estudió el principio de oportunidad concebido en la norma acusada, bajo el prisma del pensamiento ilustrado y liberal del constitucionalismo ordinario¹⁴⁵.

Con ello no sólo se rompe con una disciplina esencial que da legitimidad a las decisiones de los jueces constitucionales, llamados también a asegurar la confianza en el Derecho a través de una jurisprudencia coherente y razonada. Por sobre todo, se rompe además, con las exigencias que la hermenéutica reclama de la concepción, desarrollo y aplicación de las leyes especiales.

3. En efecto, así operan todos los regímenes de excepción, por excepcionales o porque así sean las normas (los arreglos) que prevén. Por ejemplo, los Estados de excepción para situaciones específicas, coyunturales de guerra, desorden público, económico, social o ambiental¹⁴⁶ o el Derecho internacional humanitario, que penetra como reglas de imperativa aplicación en caso de guerra exterior o civil o de carácter interno¹⁴⁷. A su turno, la justicia transicional para Colombia, en cuanto forma de salir de un conflicto armado interno, bajo las particulares circunstancias de que el mismo no se ha concluido¹⁴⁸. Todos estos regímenes se construyen con fuentes y racionalidades jurídicas propias, pues la realidad social, institucional, económica, humanitaria que enfrentan, no es la de la sociedad que se somete medianamente a la soberanía del Estado y del Derecho y al ejercicio de las libertades y derechos de los particulares. Es otra. Y ello determina otras respuestas por parte del Derecho y de sus operadores jurídicos¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Que siguiendo a Guillermo Hoyos, quien a su vez cita a Rainer Forst, la prefiere a la liberal. Vid. Guillermo Hoyos Vásquez. “El significado de la tolerancia liberal en un proceso de reconciliación” en Camila de Gamboa Taipas (editora académica). *Justicia transicional: teoría y praxis*. Bogotá: editorial Universidad del Rosario, p. 199.

¹⁴⁵ Idem, pp.183-203.

¹⁴⁶ Entre muchas, sentencias C-884 de 2010, C-911 de 2010, C-912 de 2010.

¹⁴⁷ Vid. por ejemplo, Alejandro Ramelli. *La constitución colombiana y el derecho internacional humanitario*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003; _____, *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*. Bogotá, GTZ, Universidad de los Andes, 2011.

¹⁴⁸ Una variable a la que se debe sumar la interpretación de las normas jurídicas. En este sentido, María Paula Saffon. Estudio preliminar. AA.VV. Justicia transicional. Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo XXI ed., Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2011, p.p. 22- 23.

¹⁴⁹ Vid una relación de las exigencias que reclama el entendimiento de esta institución: Etel Nataly Castellanos Morales. *Justicia transicional*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, pp. 177-183.

4. Pero ¿qué hay detrás de esa especialidad? No sólo una pauta de interpretación, sino un supuesto conforme al cual la justicia del derecho común no resuelve el conflicto ni lo finiquita, por ineficiente, por insuficiente o por imposible. Es decir que la justicia desde el derecho común para las situaciones extraordinarias es injusta.

5. Según una célebre expresión de R. Dworkin, el juez tiene el deber de proteger los derechos individuales como *cartas de triunfo* sobre los gobiernos y los parlamentos¹⁵⁰. Así también se podría reconocer que los regímenes excepcionales, constituyen una especie de *jugadas de rendición*, en las que se cede para avanzar, se renuncia para ganar.

Este es el caso de la justicia transicional. De allí que el derecho que la regula se conciba con discriminaciones positivas reconocidas no por la debilidad manifiesta de sus beneficiarios, sino por su posición y condición de poder de facto en el conflicto o problemática que se afronta; y también que sea un derecho escrito en clave de víctimas -y no de simples titulares de derechos- que merecen por tanto una más decidida protección. Un régimen de justicia de excepción que, con las modulaciones y recortes efectuados, hasta ahora había sido estimado constitucional por la Corte, como una *jugada de rendición* para alcanzar la paz.

6. Sin duda que desde el punto de vista de las reglas liberales de la igualdad, ante el conflicto interno colombiano, todos los que han infringido la ley debían ser plenamente responsabilizados de sus actos y las víctimas reparadas integralmente de todo acto criminal. Este ideal, que difícilmente se alcanza en condiciones de normalidad, en situaciones de conflicto armado interno, se torna injusto por impracticable¹⁵¹. Cuando se trata de un conflicto armado interno, el poder de los grupos ilegales armados, el carácter de los crímenes cometidos y de violación de derechos humanos trasciende en número, en impacto, en dimensiones del daño (personal, colectivo, comunitario). Por ello la justicia debe incrementar sus niveles de eficiencia, pues así lo reclaman las circunstancias y la urgencia de mecanismos de reestructuración social. Por ello no se aplica una justicia material pura, sino una justicia material transicional, con especiales garantías para las víctimas, mas igualmente con los arreglos de política criminal que susciten los incentivos para concluir el conflicto y la actividad criminal que lo alimenta.

7. En la sentencia respecto de la cual salvo mi voto, considero que no se tuvieron en cuenta estos criterios vinculantes para el juez constitucional, de modo que al declarar inexecutable la aplicación del principio de oportunidad dentro de las políticas de justicia transicional, prevista en el numeral 17 del

¹⁵⁰ Se accede a una lejana traducción de esa expresión, en R. Dworkin. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, (1977) 1989, p. 37 (traducción de Marta Guastavino).

¹⁵¹ Varios ejemplos trae Elster, sobre la imposibilidad de aplicar medidas liberales de igualdad formal en los procesos de transición a lo largo de la historia. Vid. Jon Elster. *Rendición de cuentas (...)*, *op.cit.*, pp. 223-251.

art. 2° de la Ley 1312 de 2009, negó su propio dicho y además desconoció pautas esenciales de la interpretación constitucional.

8. Por último, como razón adicional para adherirme al salvamento de voto a la sentencia C-936 de 2010 presentado por el magistrado Sierra, también encuentro que con ella se desarticula una pieza esencial en el funcionamiento del régimen de justicia transicional, según sus propios objetivos, que no sólo debe operar con celeridad, prontitud y resultados, sino también con los recursos con que cuenta. Porque sin dejar de asegurar los ámbitos *iusfundamentales* de los derechos especialmente de las víctimas, la *justicia transicional* se debe también construir teniendo en cuenta el principio constitucional del uso racional de los recursos que suelen ser escasos.

De esta forma, si en el supuesto de hecho de la norma jurídica entonces acusada, no existen víctimas directas más allá del Estado por el daño objetivo que representa el delito de pertenecer a un grupo armado ilegal y de portar sus uniformes, insignias y armas y si se emplea el mecanismo de la ley pero con la modulación propuesta a favor de las víctimas y de un control estricto de legalidad, era enteramente razonable desde el punto de vista de los recursos del sistema, habilitar a la fiscalía y a los jueces de control de garantías, a valorar la necesidad o no, de perseguir, juzgar y punir esas conductas. Desestimar esta herramienta, supone también desconocer imperativos del orden constitucional, pero que se traducen en aplicar criterios de austeridad y sostenibilidad económica.

10. El principio de oportunidad en el caso previsto en el numeral 17, del artículo 2° de la ley 1312 de 2009, con los condicionamientos propuestos, era constitucionalmente válido, conforme a la racionalidad económica que establece el artículo 334 C.P. y que resulta aplicable y necesaria, tanto para el cumplimiento de las funciones ordinarias como extraordinarias del Estado, tanto para la administración de justicia ordinaria, como para la justicia transicional.

Fecha et supra,

JUAN CARLOS HENAO PEREZ
Magistrado