



LA CAUSAL DE APLICACIÓN 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, LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS A LA VERDAD, LA JUSTICIA Y LA REPARACIÓN E INCURRE EN UNA OMISIÓN LEGISLATIVA AL NO EXCLUIRLO EN LOS CASOS DE GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS



1. Norma acusada

LEY 1312 DE 2009
(julio 9)

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 No. 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 del narcotráfico.

2. Problema jurídico planteado

En el presente caso, le correspondió a la Corte resolver: (i) si la forma en que el legislador reguló la aplicación de la causal de aplicación del principio de oportunidad (inciso primero, numeral 17 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004), vulnera el principio de legalidad, según lo prescribe el artículo 250 de la Constitución, por los términos ambiguos y oscuros del precepto; (ii) si al haberse previsto la aplicación del principio de oportunidad para el concierto para delinquir agravado, habría desconocido el artículo 93 de la Constitución, por contrariar normatividad internacional, como quiera que se estaría aplicando dicha figura procesal para un crimen de lesa humanidad; (iii) si 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.; (iv) si en la norma se incurrió en una omisión legislativa relativa porque habría una exclusión injustificada del concepto de "graves violaciones de derechos humanos", permitiendo con esto la aplicación del principio de oportunidad de estas conductas.

3. Decisión

Primero.- Declarar **INEXEQUIBLE** el numeral 17 del artículo 2º de la Ley 1312 de 2009.

Segundo.- Declarar **EXEQUIBLE** el parágrafo 3º del artículo 2º de la Ley 1312 de 2009, en el entendido de que también comprende las graves violaciones a los derechos humanos.

4. Fundamentos de la decisión

En primer lugar, la Corte Constitucional determinó que el numeral 17 del artículo 2º de la ley 1312 de 2009, no configuraba un instrumento que inserte el principio de oportunidad que busca aplicarse al desmovilizado de un grupo armado al margen de la ley, en el marco de la denominada justicia transicional. En realidad, se trataba de una reforma legislativa a una institución jurídico-procesal como es el principio de oportunidad, el cual forma parte de la política criminal ordinaria del Estado. Con esta modificación, se pretendía resolver un problema de contenido político, por medio de una institución jurídica constitucional que se rige por el principio de legalidad (art. 250 C.P.).

A juicio de la Corte, no es posible la aplicación del principio de oportunidad a la desmovilización masiva de miembros de grupos armados al margen de la ley, a la luz de los criterios de ponderación que se establecieron, en la sentencia C-370 de 2006 para los procesos de justicia y paz, toda vez que se trata de regulaciones con finalidades distintas. En efecto, en la denominada Ley de Justicia y Paz, había sometido a la justicia, bajo determinadas condiciones de verdad y reparación y se preveía la imposición de penas alternativas, con la posibilidad de aplicar las ordinarias, si se incumplían los compromisos asumidos. Por el contrario, la Ley 1312 de 2009 sin establecer elementos de justicia, verdad y reparación a las víctimas, autoriza a la Fiscalía y a la Rama Judicial a renunciar a su obligación de investigar y juzgar a los desmovilizados por crímenes respecto de los cuales existe un imperativo internacional de investigar y juzgar, y en donde la impunidad resulta inadmisibles.

En este sentido, el precepto acusado no se inscribe dentro de un acuerdo político de reconciliación que conlleve cierta flexibilización de los principios que dominan el ejercicio de la función judicial, lo cual permite un modelo de justicia transicional. En esencia, se trata de una adición al proceso que se aplica para impartir justicia ordinaria, que de manera injustificada introduce un trato privilegiado a un grupo de destinatarios de la acción penal. Advirtió que aún en situaciones de justicia transicional, la comunidad internacional ha admitido la importancia de alcanzar objetivos sociales de paz, pero 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. Al mismo tiempo, la comunidad internacional ha admitido que la justicia transicional es una forma especial de administración de justicia para situaciones de tránsito a la paz, 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 en todo caso, algún tipo de sanción.

Para la Corte, como quiera que los fines de una justicia transicional son específicos y muy distantes de aquellos que persigue la administración de justicia ordinaria, resulta arbitrario introducir dentro del modelo de justicia orientado a desarrollar la política criminal del Estado, un elemento que excluye a ciertos sujetos del ámbito de la justicia y justificar tal exclusión con un discurso de justicia hacia la paz.

En segundo lugar, la Corte estableció que la disposición legal demandada no respetaba los límites constitucionales para la aplicación del principio de oportunidad. En su concepto, configura una causal que desborda la filosofía, los propósitos y el alcance del principio de oportunidad previsto en el artículo 250 de la Constitución Política, como una manera *excepcional* de renunciar, interrumpir o suspender la acción penal, dentro de un modelo de justicia ordinaria, regido por el principio de legalidad. Recordó que si bien el legislador goza de una amplia potestad legislativa para regular la aplicación del principio de oportunidad, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que debe respetar ciertos límites constitucionales al momento de configurar las causales que permiten su aplicación, los cuales han sido precisados en la sentencia C-095/07, a saber: (i) la vigencia de un orden justo; (ii) la dignidad humana, en cuanto debe respetar los compromisos internacionales en materia de acceso a la justicia para la protección de los derechos humanos y la reparación a las víctimas de graves violaciones; (iii) el principio de legalidad, con base en el cual está vedado establecer causales ambiguas o vagas, que le impide conocer con certeza al ciudadano en qué casos y bajo qué condiciones, el órgano investigador puede acudir ante el juez de control de garantías a pedir su aplicación.

La Corte encontró que la causal establecida en el numeral 17 del artículo 2º de la Ley 1312 de 2009, vulnera el postulado del orden justo que el Estado debe promover, habida cuenta que establece una renuncia unilateral a investigar, sin que de otro lado se introduzca requisitos que satisfagan las exigencias de justicia, de verdad o de reparación. Esta laxitud en la regulación, vulnera la dignidad y los derechos de las víctimas protegidos por diversos instrumentos internacionales que obligan al Estado colombiano a investigar y juzgar en materia de graves violaciones de derechos humanos. Así mismo, la Ley 1312 de 2009 introduce una causal vaga y ambigua para la aplicación excepcional del principio de oportunidad, violatoria del postulado de legalidad que lo rige. A lo anterior se agrega que el principio de oportunidad, como instrumento de la política criminal ordinaria del Estado, parte del deber de la persecución penal. Por ello, la renuncia a ese deber de persecución debe estar fundada en criterios de: (i) insignificancia; (ii) interés de la víctima; (iii) formas alternativas de satisfacción de intereses colectivos y (iv) colaboración con la justicia. A ninguno de estos criterios, responde la causal que se cuestiona.

Observó que en la causal acusada se presenta ambigüedad en cuanto a los destinatarios y en relación con las condiciones para su aplicación, puesta de manifiesto en los diferentes conceptos expuestos por los intervinientes en el proceso de constitucionalidad. Para algunos, serían los autores del delito de concierto para delinquir simple (art. 340, inciso primero, Ley 906 de 2004); para otros, cobijaría únicamente a los autores del concierto para delinquir agravado del inciso segundo del artículo 340 *ibíd.* y para otros se aplicaría a todos los autores del concierto para delinquir, que como se sabe, contempla tres modalidades. También se aduce que podría cobijar a todos los miembros de grupos armados al margen de la ley, como las guerrillas. De otro lado, la ambigüedad se extiende a las condiciones requeridas para ser beneficiario de la aplicación del principio de oportunidad, pues se deja totalmente librado al criterio del aplicador determinar cuándo los destinatarios de la norma hacen una *"manifestación con actos inequívocos del propósito de reintegrarse a la sociedad"*. De esta manera, el legislador incumplió su deber de establecer requisitos claros, ciertos e inequívocos, que guiaran la labor del órgano investigativo. Se trata además de un requisito que desconoce flagrantemente la exigencia de verdad y de justicia para las víctimas.

La Corte dejó en claro que corresponde al legislador establecer la política criminal para los procesos de justicia y paz, siempre que se desarrolle conforme a los imperativos constitucionales y del orden internacional de los derechos humanos, entre ellos, la búsqueda de la verdad, justicia y reparación.

El escenario de impunidad que la norma propicia respecto de posibles perpetradores de violaciones de derechos humanos, vulnera el artículo 1° de la Constitución que promueve un orden justo; el artículo 93 de la Carta en la medida que se quebrantan las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos que obligan al Estado colombiano a investigar y juzgar las graves violaciones de derechos humanos, en particular los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros. Con este proceder se vulnera así mismo el derecho de las víctimas a acceder a la justicia (Art.229 C.P.) y todos los demás derechos que un *orden justo* (Art. 1°) debe garantizarles. Con la incorporación en la ley procesal penal de una causal para la aplicación del principio de oportunidad que resulta ambigua e imprecisa, se vulnera el artículo 29 de la Constitución en concordancia con el 250 *ibídem.*

En cuanto al cargo formulado respecto del párrafo 3° del artículo 2° de la Ley 1312 de 2009, la Corte señaló que la omisión en la que incurrió 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, configura un desconocimiento de diversos compromisos internacionales, señalados por los demandantes al igual que del artículo 2° de la Constitución. En consecuencia, la Corte declaró exequible el citado párrafo, en el entendido de que la imposibilidad de aplicar el principio de oportunidad también comprende las graves violaciones a los derechos humanos.

En ese orden, la Corte consideró que prosperan dos de los cargos de inconstitucionalidad formulados en esta oportunidad y en consecuencia, procedió a retirar del ordenamiento jurídico, mediante la declaración de inexecutable, el numeral 17 del artículo 2° de la Ley 1312 de 2009, por contrariar los principios, derechos y valores constitucionales invocados por los demandantes y se condicionó la exequibilidad del párrafo 3°, en los términos señalados previamente.

5. Salvamentos de voto

Los magistrados Juan Carlos Henao Pérez, Humberto Antonio Sierra Porto, Mauricio González Cuervo y Jorge Pretelt Chaljud salvaron el voto a la decisión de declarar

inconstitucional el inciso primero del numeral 17 y el párrafo 3° del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009. En su opinión la decisión ajustada a la Constitución era la de declarar exequible con ciertos condicionamientos que permitieran precisar el alcance de la expresión "*haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad*" y garantizar en mayor medida los derechos de las víctimas. En su opinión las razones esgrimidas por la mayoría para justificar la declaratoria de inexecutable del enunciado normativo objeto de estudio no son atendibles por varias razones, dentro de las que se destacan las siguientes:

a) A diferencia de lo sostenido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y finalmente acogido en la sentencia de la cual nos apartamos, consideramos que el delito de concierto para delinquir agravado, objeto de la aplicación del principio de oportunidad para los desmovilizados, no es un delito de lesa humanidad. La evolución de la categoría *crimen de lesa humanidad* en el derecho penal internacional, la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional de Ruanda y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ha sido consistente en el sentido de considerar como delito de lesa humanidad únicamente el concierto para delinquir con fines de genocidio, y esta hipótesis estaba descartada en el numeral 17 del art. 2 de la Ley 1312 de 2009. Por lo tanto, el argumento de que es inconstitucional aplicar el principio de oportunidad al concierto para delinquir agravado porque este es delito de lesa humanidad no tiene fundamento ni en la Constitución ni en las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Además, aun si en gracia de discusión se aceptara que el concierto para delinquir fuera, que no lo es, delito de lesa humanidad, eso no implicaría la inconstitucionalidad de la disposición acusada, pues cabe recordar que el artículo 53 del Estatuto de Roma le otorga facultades similares al Fiscal para decidir sobre el inicio de una investigación.

b) Adoptar la postura que el delito de concierto 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.

c) Los precedentes sentados por la Corte Suprema de Justicia 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.

d) 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.

e) 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.

f) 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. Para llegar a esta conclusión bastaba con la simple lectura sistemática de la ley 1312 de 2009, que en el 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.

g) 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:

(i) 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.

(ii) 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).

No obstante nuestra profunda discrepancia con la sentencia adoptada por la Corte, reconocemos que en los fundamentos de la decisión adoptada se podrían encontrar elementos que permitan encontrar una salida jurídica eficaz a la compleja responsabilidad del Estado y la sociedad colombiana en el proceso de normalización de los grupos armados al margen de la ley.


JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Vicepresidente