

FUNDACIÓN IDEAS PARA LA PAZ


FUNDACIÓN
ideas
PARA LA
PAZ

Siguiendo el conflicto: hechos y análisis de la semana

Número 45/ 2 de octubre de 2006

¿Favorabilidad de quién?

Con la publicación esta semana del Decreto reglamentario, se cierra el círculo de la Ley de Justicia y Paz. Queda ante todo un punto por aclarar: ¿se aplicará el principio de favorabilidad luego del fallo de la Corte Constitucional? El Decreto parece suponerlo y las autodefensas por su parte lo exigen, como demostraron las condiciones que puso para su entrega Vicente Castaño. Las razones para aplicar o no en este caso el principio de favorabilidad forman una compleja madeja de argumentos de derecho penal y constitucional que hay que desenredar. Pero más allá de esos argumentos, hay que hacerse una pregunta más básica: ¿qué quiere decir "favorabilidad" en ese "régimen específico y distinto de procedimiento penal" que es la Ley de Justicia y Paz? Y sobre todo: ¿quiénes deben ser los "favorecidos"? Están en juego los derechos del reo, pero también los derechos de las víctimas. ¿Favorabilidad de quién? Esa es la pregunta.

- Esta semana el Gobierno expidió finalmente el Decreto 3391 de 2006 (septiembre 29), que se había dado a conocer en borrador semanas atrás y que pone fin a la reglamentación de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005). Además de tocar muchos aspectos de la Ley, el Decreto hace explícita la comprensión del principio de favorabilidad por parte del Gobierno, cuya pertinencia ha estado en el centro de la discusión luego de que la Corte Constitucional declarara inconstitucionales algunos apartes de la Ley (Sentencia C-370 de 2006). El art. 20 del Decreto, que reglamenta la posibilidad de computar como parte de la pena impuesta el término de permanencia en las zonas de ubicación temporal (art. 31 de la Ley 975, declarado inexecutable por la Corte) dice:

"En relación con los sujetos a quienes se aplica la ley 975 de 2.005 de conformidad con el artículo 1 del presente decreto, la consecuencia jurídica prevista en el artículo 31 de la ley 975 de 2.005 tendrá lugar en los eventos en que los supuestos

*de hecho previstos en el mismo se hayan surtido con anterioridad a la Sentencia C- 370 del 18 de mayo de 2.006 en la cual se ordena no conceder efectos retroactivos a las decisiones contenidas en ella"*¹.

- Con el Decreto el Gobierno cumple su promesa de reglamentar la Ley luego del fallo de la Corte Constitucional. Así responde también a la exigencia de las autodefensas de conocer la reglamentación, de la que da testimonio la carta reciente de Vicente Castaño (septiembre 22). Más de un mes después de que el Presidente Uribe ordenara la conducción de los principales ex comandantes paramilitares a un centro en La Ceja (agosto 16), Castaño - quien aún no ha acudido a este llamado y a quien un lugarteniente acusó de haber ordenado el asesinato de su hermano Carlos- condicionó desde la clandestinidad su presentación al cumplimiento de ciertas "garantías". Castaño revivió con este anuncio la controversia alrededor de la aplicación del principio de favorabilidad. Con el argumento de que "el acogimiento a la Ley de Justicia y Paz, lo hicimos en circunstancias y condiciones muy diferentes a las de hoy", el ex comandante paramilitar condicionó su entrega a:

"1. Que se publiquen los decretos reglamentarios de las leyes 782 y 975, ya aprobados.

2. Que se nos restituya todas las condiciones y garantías jurídicas que nos otorgo la ley 975 antes del fallo de la Corte Constitucional, por la vía del principio constitucional de la favorabilidad.

3. Que se nos garantice por la vía legislativa el reconocimiento de delincuentes políticos tal como lo establecía el artículo 71 de la ley 975.

4. Que se nos faciliten los instrumentos necesarios para continuar con los programas y tareas de Villa de la Esperanza, a favor de la paz y la reconciliación.

5. Que aunque estemos privados de la libertad se nos de todas las garantías e instrumentos para continuar liderando los proyectos productivos y los programas de erradicación manual de cultivos ilícitos.

6. *Que se nos de plenas garantías de resocialización, a través de una efectiva oferta laboral y educativa en los centros de reclusión especial de justicia y paz.*

7. *Que se nos garanticen condiciones de dignidad y respeto a los derechos humanos en los citados centros de reclusión*².

- Castaño hacía referencia a los borradores de decreto que el Gobierno presentó en rueda de prensa el martes 29 de agosto, que reglamentaban la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y la denominada Ley de Orden Público (Ley 782 de 2002). Luego de que El Tiempo diera a conocer apartes de un proyecto de decreto anterior³, y luego de las críticas que al parecer tanto la Fiscalía como el gobierno de los Estados Unidos hicieron a este borrador⁴, el Gobierno promulgó el Decreto 2898 de 2006 (agosto 29), que incorpora la figura de la ratificación de acogimiento a la Ley como paso previo a la recepción de la versión libre, entre otras medidas (ver abajo). De igual forma hizo público el listado de los 2.695 postulados a la Ley 975 pertenecientes a grupos armados ilegales, que incluye 15 ex comandantes y otros 8 miembros presos de las AUC solicitados en extradición⁵. Además, se presentó un listado de 2.415 personas privadas de la libertad que fueron acreditadas por el respectivo "miembro representante" de cada bloque desmovilizado como integrantes de su grupo.

- Los dos borradores de decreto fueron puestos "a consideración de la opinión pública"⁶ en la página web de la Presidencia. El Gobierno invitó a todos los ciudadanos a expresar sus opiniones mediante un correo electrónico en un plazo de 5 días: "Esas observaciones de la gente tienen como fin enriquecer la reglamentación que se pretende expedir en los próximos días"⁷. Ambos borradores buscaban adecuar el contenido de la Ley a la Sentencia C-370 de 2006 de la Corte Constitucional, cuya parte resolutive fue conocida el pasado 18 de mayo. El primero reglamentaba muchos aspectos de la Ley y derogaba el Decreto 4760 de 2005; el segundo respondía a la declaratoria de inexecutable por parte de la Corte del art. 71 de la Ley 975, que tipificaba las acciones de los grupos de autodefensa como sedición.

- El procedimiento inédito de presentar al público los borradores de decreto motivó un pronunciamiento del Ministerio Público: "El Procurador General de la Nación registra como positivo el ejercicio de consulta y debate de los proyectos de decreto de la Ley de Justicia y Paz que ha propuesto el Gobierno Nacional, al ponerlos a consideración de la sociedad y de las distintas instituciones que hacen parte del Estado. Dicho ejercicio contribuye al fortalecimiento y legitimación del modelo de justicia de transición que ha adoptado el país". A lo que añadió: "las

*normas reglamentarias que expida el Gobierno Nacional han de estar sometidas, de manera estricta, al principio de cosa juzgada constitucional que rige nuestro Estado de derecho, lo que implica que deben estar supeditadas a las decisiones que sobre el tema adoptó la Corte Constitucional a través, entre otras, de la Sentencia C-370 de 2006*⁸.

- Por su parte, el ex comandante "Ernesto Báez" expresó las preocupaciones de las autodefensas con los borradores de decreto y con el fallo de la Corte: "nosotros, de entrada, sin conocer el texto de lo que iba a ser ese decreto, expresamos ante el gobierno, primero, nuestra desconfianza sobre la efectividad de un decreto que de todas maneras estaría llamado a ser constitucionalmente muy cuestionado, como quiera que plantea situaciones que podrían estar en contravía de la sentencia que planteó la Corte Constitucional en el fallo de revisión a la Ley de Justicia y Paz y también en contravía de la misma Ley de Justicia y Paz. Para nosotros esa no es una vía segura y por lo tanto expusimos ante el gobierno nuestro desacuerdo frente al decreto y planteamos la posibilidad de que se busquen otras soluciones... Hemos manifestado nuestro interés para que mediante otros mecanismos se nos otorgue la seguridad jurídica de la que adolece este proceso"⁹. Báez precisó las inquietudes de las autodefensas "en relación con las obligaciones de reparación, indemnización y restitución; en relación con los centros de reclusión donde vamos a estar, en relación con la calidad de los magistrados que se van a encargar de aplicar la Ley de Justicia y Paz; en relación con la vigilancia de las condiciones que se han de cumplir en materia de verificación de los requisitos de elegibilidad de la Ley de Justicia y Paz; en relación con las actuaciones y los criterios que ha de tener la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación para efectos de ordenar las indemnizaciones de las víctimas; tenemos inquietudes en relación con los elementos que a nosotros como beneficios se nos había otorgado antes del fallo, como el reconocimiento de los tiempos que hemos permanecido en las áreas de concentración, del trabajo de instrucción y socialización en materia de paz que hemos realizado frente a las tropas"¹⁰.

- Por su parte, el Ministro del Interior y de Justicia saliente, Sabas Pretelt, insistió (agosto 14) en que aun con la sentencia de la Corte Constitucional, los decretos reglamentarios podrían resolver el problema de la seguridad jurídica, de acuerdo con el principio de favorabilidad: "A raíz del fallo definitivo de la Corte Constitucional se ha pensado expedir un decreto reglamentario que deje toda la claridad sobre los alcances de la Ley como quedó después del fallo: qué se entiende por la no retroactividad del fallo, cómo se aplicaría el

principio de favorabilidad, lo mismo que el principio de oportunidad, qué facilidades que tenía la Ley original para lograr la desmovilización continúan, los beneficios, etc. ...La tarea que yo he tratado de adelantar es convencerlos de que no, que el principio de favorabilidad se sigue aplicando y que no hay retroactividad en el fallo y que a la mayoría de lo establecido en la Ley sí pueden acogerse a esos términos. Yo les he explicado que en el Decreto reglamentario, que entre otras cosas, en todos los apartes en que ha sido criticado, básicamente lo que ponemos es textualmente lo que señala la Corte para que se pueda aplicar el principio de favorabilidad... Lo que busca el Decreto es aclarar este tipo de cosas, de tal forma que sean beneficiarios de la Ley original, no excediéndose a lo que dice la Ley ni lo que dice la Corte. [Ellos] piden que no se les lleve a los Tribunales sin que tengan claro su seguridad en esos aspectos. Es algo muy difícil de hacer, lo hemos logrado hasta hoy"¹¹. En otra entrevista el Ministro añadió: "el Decreto lo único que establece es claridad sobre el principio de favorabilidad, y procura en algunos apartes que después del fallo puedan los miembros de las organizaciones armadas al margen de la Ley... tener los beneficios establecidos en la Ley, en la Ley que aprobó el Congreso de la República... con el fallo definitivo, conociendo el texto, hemos querido demostrar que con un decreto se puede volver a la Ley inicial...El fallo, para el caso específico de las Autodefensas es muy claro en señalar que no tiene efectos retroactivos, el principio de favorabilidad se puede aplicar porque ellos tienen los beneficios desde el momento que anunciaron su deseo de desmovilizarse, eso le da gran tranquilidad al Gobierno porque considera que esa Ley que se expidió por el Congreso en su gran mayoría se les puede aplicar a ellos"¹².

- El nuevo Ministro del Interior y de Justicia, Carlos Holguín Sardi, hizo eco de estas opiniones al publicar los borradores de los decretos, pero añadió un importante matiz: "Está claro en el Decreto reglamentario que, en razón del principio de favorabilidad, el tiempo que pasaron en establecimientos de reclusión de justicia y paz se computa a la pena alternativa... Si el ámbito de la ley permite su aplicación desde el momento de la decisión de desmovilizarse, y la permanencia en zona de ubicación temporal bajo el marco de la 782 se realizó atendiendo a ese componente voluntario y subjetivo propio del proceso de paz, entonces creemos que ese tiempo de permanencia en zona, previo al fallo de la Corte, puede ser recuperable. Esta favorabilidad, podríamos decir, no la vemos aplicable para otros asuntos sobre los que falló la Corte que tienen que ver... con temas procesales o de derechos fundamentales, ya que allí nos salimos del ámbito mismo del proceso de

paz y entramos en una universalidad donde no hay límites de tiempo ni de espacio, como tiene que ver con los derechos fundamentales"¹³.

- Por su parte, el Fiscal General aclaró la posición de la Fiscalía sobre el fallo de la Corte (y por ende sobre la favorabilidad): "Hemos insistido en que se debe aplicar el fallo de la Corte Constitucional. Así lo ha hecho el Gobierno en la redacción del Decreto. El borrador es obediente con el fallo de la Corte Constitucional. Nosotros señalamos, entre otras, que el proceso judicial comienza con la entrega de la lista, mejor, con la ratificación del enlistado, del postulado, y que a partir de ese momento entonces empieza el proceso judicial. Como para cuando se profiere el fallo no se ha enviado la lista, debe entenderse entonces que el Decreto y la Ley, con base en el fallo de la Corte Constitucional será lo que tendrá en cuenta la Fiscalía para adelantar el proceso judicial, independiente al proceso de desmovilización que es un proceso administrativo, donde también se hace una distinción"¹⁴.

- A la vez que se encendía el debate alrededor de la aplicación del principio de favorabilidad, surgía en paralelo otra discusión sobre la lista de beneficiarios de la Ley. La aparición de presuntos narcotraficantes en los listados de elegibles enfrentó al Alto Comisionado y a la misión MAPP/OEA. La historia se inició el viernes 18 de agosto cuando a través de un comunicado de la Casa de Nariño se informó que el Gobierno suspendía la extradición de Juan Carlos Ramírez, alias "El Tuso" y la condicionaba al cumplimiento de ciertos requisitos¹⁵. Este hecho provocó que la MAPP/OEA afirmara en un comunicado (agosto 22): "La Misión desea dejar establecido que no ha verificado la desmovilización de Sierra, con quien tampoco tuvo contacto alguno como miembro representante de las AUC en Santa Fe Ralito"¹⁶. Dos días más tarde el Alto Comisionado para la Paz, Luis Carlos Restrepo, contestó a Sergio Caramagna, jefe de la MAPP/OEA: "debo recordarle que Usted tuvo conocimiento de la presencia del señor Sierra en la zona de ubicación temporal de Santa Fe de Ralito hasta finales de septiembre de 2004, cuando por decisión presidencial se ordenó su extradición y su captura. Aun más, como la Misión acompañaba mis reuniones en la mesa de diálogo, les consta a ustedes la presencia del señor Sierra en al menos una de esas reuniones"¹⁷.

- La discusión se agudizó cuando una vez publicado el listado de elegibles apareció el nombre de Jhon Eidelber Cano Correa, alias "Jhony Cano", un narcotraficante con orden de extradición que había sido detenido el 29 de octubre de 2005 y quien al parecer pertenece a la organización criminal de Diego León Montoya, alias "Don Diego". Al respecto, el Alto Comisionado para la Paz manifestó que en este caso "no tiene el gobierno ninguna

información confiable que nos permita decir que hace parte de las autodefensas. El señor Jhon Cano Correa fue incluido en un listado de presos de las autodefensas presentado por el señor Hernán Giraldo...el señor Hernán Giraldo ha insistido en que ese señor financiaba su organización, a nosotros no nos consta, el Gobierno no ha tomado ninguna decisión sobre ese caso, no hay proyectada ninguna decisión, el proceso sigue tal como lo manejan las autoridades judiciales y podríamos decir que al día de hoy a los procesos judiciales del señor Jhon Cano se le agrega otro a partir de la información de Hernán Giraldo de que financiaba su organización, pero eso no lo postula para ningún beneficio. Hay que diferenciar la lista de presos de la lista de postulados a Justicia y Paz”¹⁸. Posteriormente (septiembre 10), el Presidente Uribe autorizó la extradición de Cano, quien fue extraditado hacia los Estados Unidos el 22 de septiembre junto con 13 colombianos más.

Análisis:

- Desde que se dio a conocer el proyecto de la llamada “ley de alternatividad” en agosto de 2003, la negociación con las autodefensas ha vivido una tensión permanente entre el proceso de desmovilización de los grupos y el desarrollo del marco legal que lo regula. No sólo porque las condiciones de la desmovilización no fueron en principio materia de negociación, sino objeto de una ley; ante todo, porque en un proceso cuya motivación subterránea ha sido el temor a la extradición, ninguna pregunta interesa más a los paramilitares que su *seguridad jurídica* (ver Boletín 37). Con la aprobación de la Ley de Justicia y Paz en julio de 2005 y el posterior fallo de la Corte Constitucional de mayo de 2006, queda un último punto por aclarar: ¿se aplicará la Ley con o sin las consideraciones de la Corte? Tres temas en particular preocupan a los paras luego del fallo: con qué bienes tendrán que reparar; qué consecuencias puede tener el ocultamiento de hechos en la versión libre; y si el tiempo en zonas de concentración se computa como parte de la pena. De ahí todo su interés en la aplicación del principio de favorabilidad y en conocer el Decreto reglamentario que el Gobierno expidió la semana pasada, como lo demostraron una vez más las condiciones que puso para su entrega Vicente Castaño. El Decreto reglamentario parece suponer la aplicación de la favorabilidad, al dar por sentado que la sentencia de la Corte no tiene “efectos retroactivos” (art. 20), como en su momento subrayó el saliente Ministro del Interior (ver Hechos). Sin embargo, una cosa es la *no retroactividad* del fallo, que señala la Corte; otra, la *favorabilidad* que exigen los paramilitares y sobre la que la Corte guardó silencio. Las razones para aplicar o no en este caso el principio

de favorabilidad forman una compleja madeja de argumentos de derecho penal y constitucional que hay que desenredar. Pero más allá de esos argumentos, hay que hacerse una pregunta más básica: ¿qué quiere decir “favorabilidad” en ese “régimen específico y distinto de procedimiento penal” que como ha dicho la Corte es la Ley de Justicia y Paz? Y sobre todo: ¿quiénes deben ser los “favorecidos”? Están en juego los derechos del reo, pero también los derechos de las víctimas. ¿Favorabilidad de quién? Esa es la pregunta.

El concepto de favorabilidad

- Primero es necesario aclarar qué es favorabilidad. Dicho de la manera más sencilla, la favorabilidad en derecho penal es un principio procesal al que se recurre cuando entre el delito y la condena (o incluso la ejecución de la pena) hay una sucesión de leyes en el tiempo y hay que decidir cuál aplicar. Si al momento del delito está vigente una ley X, que más tarde es sucedida por una ley Y, y luego incluso por otra ley Z, se aplicará la ley más favorable al reo (favor rei) hasta que cumpla su condena, como lo indica la Constitución (art. 29) y como de manera más enfática lo enuncia el Código Penal (art. 6): “*La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable*”. La favorabilidad en esencia no es más que eso, aunque se pueden dar casos de gran complejidad.

- Como cualquier principio procesal, la favorabilidad se sustenta en una serie de principios sustantivos que conviene dilucidar, para entender el trasfondo del problema. El marco básico lo da el llamado “principio de legalidad”, que condensa la conocida sentencia *nullum crimen sine lege* (lit. “sin ley (previa), no hay delito”) y del que se desprende el principio de *irretroactividad de la ley penal*. En el Código Penal precede al anterior enunciado de la favorabilidad en el art. 6: “*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*”.

- Los principios de legalidad e irretroactividad se sustentan a su vez en al menos tres tipos de consideraciones. Primero y sobre todo, en consideraciones de tipo político que son constitutivas del Estado de derecho: a nadie se puede inculpar de un delito o se le puede agravar la pena sin que esté previamente establecido en la ley, porque de otra manera no sabría dónde están los límites entre la esfera de su comportamiento privado y las obligaciones que le impone el Estado. La otra cara de esa moneda -y este es el origen del principio de legalidad- es el afán liberal de ofrecer garantías al individuo contra la arbitrariedad del Estado en la aplicación de la ley. El principio aparece

ya muy nítido en las primeras constituciones modernas (el Bill of Rights de Virginia de 1776 o la constitución jacobina de 1793), pero se encuentran formulaciones mucho más antiguas. Hobbes por ejemplo ya consideraba la elevación arbitraria de la pena más allá de lo que indica la ley como “un acto de hostilidad” (*Leviathan*, XXVIII: “*if a Punishment be determined and prescribed in the Law itself, and after the crime be committed, there be a greater Punishment inflicted, the excesse is not Punishment, but an act of hostility*”). Una segunda consideración es la necesidad de mantener un mínimo de seguridad jurídica -que no se reabran posteriormente los procesos- y de afianzar la confianza ciudadana en la invariabilidad de la ley. Y una tercera se deriva de la política criminal: carece de sentido inventar leyes o agravar las penas luego de cometidos los delitos, porque el poder disuasorio de la ley y de la pena -la “prevención general”- obraría en vano.

- La única excepción a la irretroactividad es precisamente la favorabilidad: al permitir que el juez aplique la ley más benigna, la favorabilidad en efecto está permitiendo que la ley penal tenga efectos retroactivos o ultra activos a favor del reo, según sea el caso. Pero más que de una excepción, se trata en realidad de una especie de complementariedad. Cuando hay una sucesión de leyes en el tiempo y el delito ya ha sido cometido, las consideraciones aducidas anteriormente pierden su relevancia: si el legislador considera en una nueva ley que el delito merece una pena menor, el mantenimiento de la pena más grave para quien ya cometió el delito no contribuye a los fines mencionados; y si el legislador por el contrario agrava la pena, tampoco fortalece su poder de prevención sobre quien ya ha sido condenado.

- El cambio en la valoración del delito que representa la sucesión de leyes en el tiempo es una condición necesaria, mas no suficiente, para explicar la favorabilidad. Como señalan algunos autores, la cosa bien podría funcionar al revés: si se aplicara, por ejemplo, un trato análogo a los reos (principio de igualdad), quien paga una condena mayor se beneficiaría de su reducción si las nuevas penas son menores, pero también quien paga una condena menor vería su condena incrementada si las nuevas penas son mayores¹⁹. Así todos iguales.

- No basta entonces el cambio de valoración. Para justificar la favorabilidad, se requieren dos principios más: el principio de necesidad y el principio de dignidad. Juntos explican por qué la pena debe ser la mínima necesaria y la menos lesiva (o como dice la jurisprudencia de la Corte, no debe existir un medio “*menos oneroso en términos de sacrificio de principios constitucionales para alcanzar el fin buscado*”²⁰). Si el criterio que guía las

penas fuera simplemente la disuasión (prevención general), nada impediría que a los ladrones se les marcara con un hierro en el cachete o que al autor de un panfleto difamatorio se le cortara una mano, como aún ocurría en la Inglaterra del siglo XVII²¹. El principio de dignidad exige que el reo sea tratado como una persona y no como una cosa (un instrumento para asegurar el bien común), y pone así un tope al máximo tolerable -y necesario- de la pena²². No es casualidad que el primer artículo del Código Penal diga eso precisamente: “*El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana*”. Y por eso tiene justificación que, cuando hay una sucesión de leyes, al reo se le aplique la más favorable.

- En algunas legislaciones hay sin embargo excepciones a la aplicación de la favorabilidad que cabe mencionar. Por ejemplo, el derecho penal de los países germánicos -Alemania, Austria, Suiza- no conoce la favorabilidad para el caso las llamadas “leyes temporales” (*Zeitgesetze*): leyes que rigen por períodos fijos que limita la propia ley o que se entiende son transitorios. Precisamente porque las leyes temporales persiguen un fin particular para el que fueron creadas, se supone que no representan un cambio en la valoración general de la afectación del bien jurídico, y por tanto no son parte de la sucesión de leyes en el tiempo que subyace la favorabilidad. El legislador colombiano no ha seguido este camino, pero el raciocinio tiene relevancia para el caso de la Ley de Justicia y Paz.

- Como ya se mencionó, el Código Penal es enfático en señalar que la favorabilidad aplica “sin excepción” (art. 6). Y no sólo el Código Penal: por ejemplo, la ley estatutaria que reglamenta los estados de excepción (Ley 137 de 1994) insiste en que el principio de favorabilidad es intangible y no puede ser limitado en esos períodos. Es cierto que esta no es una precisión de mucha consecuencia -no es fácil imaginar legislación de excepción que resulte más favorable al reo-, pero demuestra una vez más el marcado carácter *pro reo* del derecho penal colombiano. El penalista Fernando Velásquez lo resume así: “*por operar sin cortapisas el beneficio de la favorabilidad, siempre debe aplicarse la ley más benigna, sea de carácter común, especial, intermedia, excepcional o extraordinaria; cualquier distinción al respecto es arbitraria y caprichosa*”²³. El principio de favorabilidad representa un triunfo en la humanización del derecho penal y por eso no sorprende que penalistas como Velásquez lo defiendan con tanta vehemencia. La pregunta es si la dignidad del reo es el único valor en juego a la hora de aplicar la favorabilidad.

El derecho al beneficio

- Una primera consideración sobre la aplicabilidad de la favorabilidad es si antes del fallo de la Corte

existía una situación consolidada a la que se pudiera aplicar la Ley 975 de 2005. La aplicación de la ley se rige por el Código Civil, que a su vez remite al Código de Régimen Político y Municipal de 1913 y a la Ley 153 de 1887. En este tema hay que distinguir varios conceptos: la *promulgación*, que consiste en insertar la ley en el Diario Oficial y se entiende como un requisito sin el cual la ley no puede entrar en vigencia; la *vigencia*, que comienza dos meses después de la promulgación (siempre y cuando la ley misma no fije el día en que tiene que empezar a regir) y que es el período durante el cual la ley se encuentra dentro del ordenamiento jurídico; y la *observancia*, que es el período durante el cual la ley obliga y puede ser aplicada. La pregunta entonces es en qué sentido la Ley de Justicia y Paz, tal y como estaba antes del fallo, podía ser aplicada.

- La observancia supone que hay una situación jurídica consolidada que permite la aplicación de la ley. De ahí surge la pregunta anterior: ¿Se había consolidado el derecho de las autodefensas a que se les aplicara la Ley? En sentido estricto, la idea de "adquirir un derecho" no cabe dentro del derecho penal: al reo se le aplica la ley que rige y punto. Pero dado que en el caso de la Ley de Justicia y Paz se trata de un régimen "específico y distinto" (ver abajo) que sienta unas condiciones para *acceder a un beneficio*, sí cabe preguntar si las autodefensas habían adquirido el derecho a ese beneficio.

- Una pista posible la da por analogía el Derecho Civil, que distingue entre "derechos adquiridos" y "expectativas". En una amplia jurisprudencia, la Corte Constitucional ha resuelto casos de tutelas que reclaman derechos adquiridos sobre futuras pensiones, echando mano de esa distinción. Por ejemplo, en la sentencia C-168 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz):

La jurisprudencia al igual que la doctrina, distingue los derechos adquiridos de las simples expectativas, y coinciden ambas en afirmar que los primeros son intangibles y por tanto, el legislador al expedir la ley nueva no los puede lesionar o desconocer. No sucede lo mismo con las denominadas "expectativas", pues como su nombre lo indica, son apenas aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho; en consecuencia, pueden ser modificadas discrecionalmente por el legislador...

Mientras no se realicen íntegramente los presupuestos, condiciones o requisitos que la misma norma contempla para adquirir el derecho, mal puede hablarse de "derecho adquirido"; lo que existe es una simple esperanza de alcanzar ese derecho algún día, es decir, una "expectativa",

y como se ha reiterado, la Constitución no las protege (subrayado fuera de texto).

Numerosas sentencias repiten esa misma argumentación. Por ejemplo, la sentencia C-789 de 2002:

Los derechos adquiridos presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento. Entre tanto, en las expectativas, tales presupuestos no se han consolidado conforme a la ley, pero resulta probable que lleguen a consolidarse en el futuro, si no se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico.

- La pregunta sería entonces si se habían cumplido "íntegramente los presupuestos, condiciones o requisitos que la misma norma contempla para adquirir el derecho", de manera que hubiera una situación jurídica consolidada y se pudiera observar y aplicar la Ley de Justicia y Paz. Es cierto que la Ley es confusa y no es fácil distinguir qué es una condición previa y qué es una condición impuesta para acceder a la pena alternativa y a la libertad a prueba (arts. 3, 10, 29, 45: ver Boletín 44). Sin embargo, como mínimo habría que cumplir unos requisitos de elegibilidad (arts. 10 y 11), entre los que están, por ejemplo, "*Que se entreguen los bienes producto de la actividad ilegal*" (art. 10.2), que claramente no se habían cumplido antes del fallo de la Corte. Cabría decir entonces que mientras no cumpla estos requisitos, el reo no tendría más que una mera expectativa de que se le aplique la Ley y de recibir su correspondiente beneficio. Desde esa perspectiva, la aplicación de la favorabilidad dependería también de la verificación del cumplimiento de los requisitos.

- Pero además de los requisitos de elegibilidad, para que la Ley se pueda aplicar es necesario que los miembros del grupo armado al margen de la ley "*se encuentren en el listado que el Gobierno Nacional remita a la Fiscalía General de la Nación*" (art. 10). Este requisito introduce un elemento que pone a la Ley de Justicia y Paz en un plano muy distinto al del Derecho Penal ordinario, porque su aplicación es *discrecional*. Por una parte, el Gobierno tiene la potestad de decidir si incluye o no a un posible beneficiario. Y mientras el Gobierno no lo ponga en una lista y le entregue esa lista a la Fiscalía, la persona ni siquiera es un candidato que pueda cumplir con los requisitos para acceder al beneficio. (El caso del narcotraficante Jhony Cano, que intentó ingresar en la lista, pero posteriormente fue extraditado a los Estados Unidos por el Gobierno, es un ejemplo de esa discrecionalidad; ver Hechos.) Como es

sabido, el Gobierno sólo entregó la lista el 15 de agosto de 2006 luego del fallo de la Corte. Las explicaciones de esa tardanza son muchas; y es cierto que los paramilitares podrían argumentar con razón que si el Gobierno no entregó la lista porque no se habían configurado las instituciones necesarias para implementar la ley, ese no es su problema: no tienen por que pagar los “yerros” del Estado. Pero eso no quita que el Gobierno tiene la facultad de establecer y entregar esa lista; y que mientras no lo haga, no hay candidatos que hayan adquirido el derecho a que se les aplique la Ley y que por tanto puedan reclamar favorabilidad. Ésta, de paso, parece ser la opinión de la Fiscalía (ver Hechos).

- Por otra parte, los miembros de las autodefensas también tienen la discrecionalidad de decidir si se acogen o no a la Ley. De nuevo, la aplicación de la Ley no es automática: depende de que los “beneficiarios” hayan expresado su voluntad de estar en la lista; y los paramilitares no han hecho más que dilatar esa expresión de voluntad, como estrategia de negociación. Sin duda hay una zona gris a la hora de decidir qué constituye la expresión de esa voluntad y la correspondiente participación en el proceso, como quedó demostrado con la controversia entre el Gobierno y la MAPP/OEA en torno al caso de Juan Carlos Sierra (ver Hechos). Pero si algo caracteriza a la Ley de Justicia y Paz, es que el beneficiario es quien da el primer paso, al punto que el nuevo Decreto reglamentario que entró en vigencia el pasado 29 de agosto exige que, además de estar en la lista, los paramilitares “ratifiquen” su acogimiento a la Ley (Decreto 2898, art. 1):

Los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley cuyos nombres someta el Gobierno Nacional a consideración de la Fiscalía General de la Nación, deberán ratificar en forma expresa, ante la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación, su acogimiento al procedimiento y beneficios de ésta ley, previamente a la diligencia de versión libre, requiriéndose tal ratificación para que ésta pueda ser recibida y se surtan las demás etapas del proceso judicial allí establecido.

Un procedimiento inusitado. Para un penalista consultado por la FIP, constituiría una especie de “privatización de la jurisdicción” porque sería el reo quien impulsaría su propio proceso. Sea como fuere, vale nuevamente el argumento anterior: mientras el nombre no aparezca en la lista, no hay candidato a quien favorecer.

Un régimen distinto

- El problema alrededor de aplicar el concepto de derechos adquiridos a un beneficio en derecho penal

es tan sólo una parte de otro mucho más amplio: el universo nuevo e inexplorado de procedimientos penales que introduce la Ley de Justicia y Paz y que obligan a “repensar” de manera más amplia el *significado de la favorabilidad*. La misma sentencia de la Corte hace énfasis en ese carácter inédito y especial de la Ley (par. 5.3):

Para lograr realizar el valor constitucional de la paz, el Congreso plasmó en la Ley diversas fórmulas que, en términos generales, implican una reforma al procedimiento penal con incidencias en el ámbito de la justicia...Así, se establecen ciertos beneficios de tipo penal y un procedimiento especial ante ciertas autoridades específicas para quienes opten, individual o colectivamente, por desmovilizarse de los grupos armados al margen de la ley y reingresar a la vida civil. Ello refleja una decisión de carácter político adoptada por el Legislador y plasmada en la Ley que se examina: en aras de lograr la paz se estableció un régimen específico y distinto de procedimiento penal, como forma de materializar la justicia.

- Por eso hay que volver a la pregunta original: ¿qué quiere decir “favorabilidad” en ese “régimen específico y distinto de procedimiento penal”? O dicho de otra manera, si como lo señala la sentencia de la Corte -aquí y en numerosos apartes- el corazón de la Ley de Justicia y Paz es el otorgamiento de un *beneficio penal* en aras de la paz a quien cumpla ciertos requisitos (el “paquete” de medidas -reparación de las víctimas, confesión de los delitos, etc.- que constituye la “alternatividad”: ver Boletín 44), ¿cómo se puede aplicar un beneficio (la favorabilidad) a otro beneficio (la alternatividad)? La pregunta no es retórica: puesto que no ha habido una sucesión de leyes en el tiempo que refleje un cambio en la valoración de la afectación del bien jurídico, no está nada claro qué se compara con qué para decidir qué es más benigno para el reo.

- Que no ha habido un cambio en la valoración es evidente: el hecho de que la Ley de Justicia y Paz no castigue el homicidio, por ejemplo, con más de ochos años de privación de la libertad no quiere decir que la pena de 60 años ya no valga. Por lo mismo, quien esté pagando una condena por homicidio agravado y no pertenezca a un grupo al margen de la ley no puede exigir que su pena se le reduzca a ocho años. (Esa de paso es precisamente la preocupación que ha expresado la Corte Suprema: el impacto de la Ley en la concepción de justicia de los ciudadanos del común; y por eso solicitó recientemente en una carta al Ministro del Interior y de Justicia la expedición de un decreto reglamentario que establezca de manera obligatoria una pedagogía

sobre este marco excepcional. Que se entienda “*la diferencia de trato punitivo entre la Ley de Justicia y Paz y otras leyes penales*”²⁴)

- Dado el evidente interés de los paramilitares en que se les aplique la Ley tal y como estaba antes del fallo -las declaraciones de Vicente Castaño lo confirman-, se da por descontado que esa “versión” de la Ley les debe ser más favorable. ¿Pero cómo decide un juez qué es “favorable”? No es obvio cuáles serían los puntos de comparación, porque lo que se estaría comparando no serían las penas que corresponden a un mismo delito y que han variado en el tiempo, sino las condiciones para recibir un beneficio penal. La Corte afirma por ejemplo que “*los mecanismos diseñados por la Ley no promueven efectivamente la revelación plena de la verdad. Estos mecanismos no le asignan una consecuencia a la mentira o al ocultamiento de hechos graves que el Estado no ha podido dilucidar, ni incentivan la revelación completa y fidedigna de la verdad sobre los delitos cometidos como integrantes de tales grupos específicos...el sistema diseñado por la Ley no establece como consecuencia de versiones falsas o incompletas, la pérdida de beneficios penales conferidos durante el periodo de libertad a prueba, lo cual conduce a que la reducción de la pena efectiva a cumplir se mantenga a pesar de no haberse revelado toda la verdad* (C-370/2006, par. 6.2.2.1.7.15.), para luego apretarle las tuercas a la versión libre que deben rendir los paramilitares como requisito para recibir el beneficio de la pena alternativa. ¿Tiene sentido decir que los requisitos de verdad anteriores al fallo, que permiten según la Corte “el ocultamiento de hechos graves”, son más favorables al reo y le deben ser concedidos?

- El problema nuevamente está en la aplicación del concepto clásico de favorabilidad a unos procedimientos penales alternativos. Los penalistas tradicionales resuelven de tajo la dificultad con el argumento de que la favorabilidad sólo aplica en materia punitiva, es decir, cuando tiene consecuencias directas *para la pena* (y remiten por ejemplo a la Ley 153 de 1887: “*Nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla sólo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos* (art. 43); *En materia penal la ley favorable o permisiva prefiere en los juicios a la odiosa o restrictiva, aun cuando aquella sea posterior al tiempo en que se cometió el delito*” (art. 44)). En este sentido “clásico”, sólo cabría considerar la favorabilidad para la materia “puramente” penal, en este caso la ejecución de la pena (el descuento del tiempo en Ralito). Las responsabilidades civiles como la reparación no pueden ser objeto de la favorabilidad.

- Es cierto que desde el punto de vista de los

derechos humanos -y de la misma lógica de la Ley-, la “pena” la constituye, como ya se dijo, todo el paquete de obligaciones que surgen de la concesión del beneficio penal, que es lo que es la alternatividad (ver Boletín 44). Y también es cierto que desde el punto de vista del reo, las mayores exigencias en materia de reparación, por ejemplo, y sus correspondientes efectos sobre el patrimonio representan una carga más onerosa. Pero no es obvio que todas las condiciones del beneficio penal se puedan traducir sin más en términos penales - el ejemplo de la verdad-, ni tampoco que el único objetivo de la alternatividad sea “castigar los delitos” del acusado. Por el contrario, las medidas transicionales engloban en general objetivos más amplios, como el restablecimiento de los derechos de las víctimas, la recuperación de la confianza o de la paz, que desbordan el marco de lo estrictamente penal y por lo mismo no parecen casar con el concepto de favorabilidad. En cualquier caso, el problema de fondo sigue siendo el mismo: si no hay una sucesión de leyes en el tiempo -un “tránsito en la legislación”²⁵ -, no hay tampoco los cambios de valoración y los consiguientes puntos de comparación que permiten ponderar la pena más favorable al reo. El principio de favorabilidad queda sin espina dorsal.

El problema de la inconstitucionalidad

- Los problemas del “régimen distinto” son típicos de las dificultades que surgen con los regímenes de transición. No así el problema de la declaratoria de inconstitucionalidad por parte de la Corte de varios artículos y apartes de la Ley, que toca el nervio del sistema de control de constitucionalidad. El problema es éste: ¿se puede aplicar como más favorable una ley declarada inconstitucional? Como a nadie se le había ocurrido en materia penal reclamar como más favorable una ley inconstitucional, el problema no parece tener antecedentes en la jurisprudencia de la Corte.

- Esa pregunta adquiere aun más relevancia luego de la publicación esta semana del Decreto reglamentario, puesto que sus artículos 1 y 20 en efecto reglamentan un artículo de la Ley declarado inconstitucional por la Corte: el artículo 31, que por una parte permite descontar de la ejecución de la pena un máximo de 18 meses del tiempo de permanencia en las zonas de concentración, y por la otra, determina que “*el funcionario que el Gobierno Nacional designe, en colaboración con las autoridades locales cuando sea el caso, será el responsable de certificar el tiempo que hayan permanecido en zona de concentración los miembros de los grupos armados de que trata la presente ley*”.

- A pesar de que la Corte consideró que esa permanencia voluntaria del paramilitar en la

zona no corresponde a condiciones de privación de la libertad y por tanto *"no constituye pena en cuanto no comporta la imposición coercitiva de la restricción de derechos fundamentales"* (Sentencia C-370 de 2006, par. 6.2.3.3.4.6.), el Decreto procede a reglamentar el artículo, de dos maneras. Con el art. 20 del Decreto simplemente afirma que el art. 31 de la Ley aplica a quienes hayan cumplido sus supuestos antes del fallo de la Corte: *"En relación con los sujetos a quienes se aplica la ley 975 de 2.005 de conformidad con el artículo 1 del presente decreto, la consecuencia jurídica prevista en el artículo 31 de la ley 975 de 2.005 tendrá lugar en los eventos en que los supuestos de hecho previstos en el mismo se hayan surtido con anterioridad a la Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2.006 en la cual se ordena no conceder efectos retroactivos a las decisiones contenidas en ella"*.

- Y con el art. 1. cumple con el requisito de establecer quién será el "funcionario" que certifica: *"Para todos los efectos procesales, el Alto Comisionado para la Paz certificará la fecha de iniciación del proceso de paz con miras a la desmovilización y reinserción del respectivo grupo en concordancia con lo dispuesto por la Ley 782 de 2.002"* (art. 1, par. 1). Esa certificación sólo la exige la Ley en el art. 31 y por eso es evidente que a él se refieren estos "efectos procesales". De esa manera, el art. 20 en efecto le está otorgando al reo los beneficios del art. 31 de la Ley por favorabilidad -al suponer evidentemente que la no retroactividad deja el camino abierto a la aplicación de la favorabilidad (ver abajo)-, mientras que el art. 1 le está dando la potestad al Alto Comisionado de certificar quiénes serán los beneficiarios.

- Es cierto que independientemente del problema posterior de constitucionalidad, el Gobierno necesitaba llenar con el Decreto un bache que había dejado la Ley: quién les certifica a quienes se acojan a sus términos cuándo comienza a correr el tiempo de permanencia en las zonas. Sin ese "supuesto", no se hubiera podido aplicar el art. 31, ni mucho menos ahora revivir sus "consecuencias jurídicas" por favorabilidad. Los críticos dirán que esa solución permite una excesiva flexibilidad a la hora de decidir casos dudosos, como el ya mencionado de Juan Carlos Sierra, puesto que el Comisionado podrá certificar autónomamente cuándo comenzó el proceso con cada quién "con miras" a la desmovilización. Quienes tardíamente decidieron entrar en el proceso, podrán decir que llevaban rato conversando.

- Pero sobre todo, al dar a entender sin ambigüedad que un artículo inconstitucional puede aplicar por favorabilidad, el Decreto en efecto está abriendo la puerta para que se pueda reclamar ese beneficio para los demás artículos declarados

inconstitucionales -que era al parecer la opinión del anterior Ministro del Interior (ver sus declaraciones en: Hechos), quien propició la redacción de los primeros borradores del Decreto²⁶. "¿Si se puede aplicar un artículo declarado inexecutable, por qué no los demás?" dirán los abogados de los paramilitares.

- Hay sin embargo una serie de argumentos que militan en contra de una aplicación por favorabilidad de una ley o de un artículo declarado inconstitucional. El primero es lo que dice la misma Constitución (art. 243): *"Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional"*. Para la Procuraduría, por ejemplo, ese es un argumento suficiente para resolver la cuestión (ver Hechos). Pero aun así habría que ponderar ese artículo de la Constitución frente a la insistencia del Código Penal en que la favorabilidad aplica "sin excepción". Un obstáculo evidente es la advertencia que introduce la Constitución en el mismo artículo: *"Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución"*. Si la Constitución prohíbe incluso la reproducción del contenido de una ley juzgada inconstitucional, es de suponer -a fortiori- que lo mismo ocurre con su aplicación.

- Pero el argumento de fondo toca la idea central del constitucionalismo: el tratamiento de la Constitución como "norma suprema" que tiene preeminencia jerárquica sobre las demás. Los constitucionalistas hablan de la "supremacía material" de la Constitución, que encarna no ya unas aspiraciones generales, sino un "cuadro de valores y de limitaciones del poder"²⁷. Corresponde al juez constitucional determinar si una ley es acorde o no con ese cuadro de valores. Y cuando se determina que no, la ley (o algunos de sus apartes) es declarada inconstitucional y *sale del sistema*. Hay entonces una especie de ejercicio permanente de "higiene constitucional", en el que -al menos en principio- el sistema avanza progresivamente hacia una mayor coherencia, mientras que deshecha en el camino las normas que le son contrarias.

- Ese ejercicio de autodepuración del sistema que es la declaratoria de inconstitucionalidad es fundamentalmente distinto de la *derogación* -explícita o tácita- de una ley, que es lo que da paso a la aplicación del principio de favorabilidad²⁸. Cuando se expide una nueva ley y la anterior -en parte o en su totalidad- es derogada, ésta está siendo simplemente suplantada por aquélla (por ejemplo, cuando la Ley 890 del 2004 incrementa a 60 años la pena máxima por homicidio agravado, que en la Ley 599 de 2000 era de 40), *pero no declarada*

*contraria al sistema; mientras que la declaratoria de inexequibilidad supone que hay, como dice la Corte, "un conflicto normativo entre la Constitución y la ley"*²⁹. Por eso un reo condenado hoy por un homicidio cometido en 2002 puede pedir que se le aplique por favorabilidad la norma derogada. Pero resulta imposible imaginar que ocurriera lo mismo con una ley declarada inconstitucional, porque eso significaría que habría leyes "blindadas" al control de constitucionalidad. Sería la negación misma de la razón de ser del sistema y de la supremacía de la Constitución.

La dignidad de los demás

- Una tercera consideración parte de la ponderación de valores constitucionales. Incluso si se dejaran de lado los anteriores argumentos y se permitiera el recurso a la favorabilidad, habría que ponderar el valor constitucional de ese principio frente a otros que están en juego y que chocan con él, ante todo los que se derivan de los derechos de las víctimas. La Corte ha señalado en una sentencia reciente que *"en un Estado social de derecho y en una democracia participativa... los derechos de las víctimas de un delito resultan constitucionalmente relevantes. Por ello, el constituyente elevó a rango constitucional el concepto de víctima"*. Ese "rango constitucional", en particular del art. 229 de la Constitución que garantiza *"el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia"*, da paso a que se apliquen como señala la Corte *"diversos remedios judiciales diseñados por el legislador, que resulten adecuados para obtener la verdad sobre lo ocurrido, la sanción de los responsables y la reparación material de los daños sufridos"*³⁰.

- El derecho al acceso a la justicia es uno de los fundamentos constitucionales de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. Ese derecho es también el hilo conductor de gran parte de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que es vinculante para Colombia y a la que, como es sabido (ver Boletín 19), la Corte Constitucional hace asidua referencia en su propia jurisprudencia. Habría entonces que ponderar el peso constitucional de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, cuya defensa -valga recordar- es en gran parte la motivación de las declaratorias de inconstitucionalidad en el fallo de la Corte, frente al peso constitucional del principio de favorabilidad.

- Hay además un principio adicional y no menos fundamental que habría que ponderar: el principio de dignidad. El mismo que, como se recordará, es el principio sustantivo detrás del principio de favorabilidad. En la sentencia anterior, que trata de la participación de las víctimas en el proceso penal, la Corte basa buena parte de su argumentación precisamente en la dignidad de las víctimas:

Al tenor de lo dispuesto en el artículo primero de la Constitución, que dice que "Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana", las víctimas y los perjudicados por un hecho punible pueden exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Se vulneraría gravemente la dignidad de víctimas y perjudicados por hechos punibles, si la única protección que se les brinda es la posibilidad de obtener una reparación de tipo económico. El principio de dignidad impide que el ser humano, y los derechos y bienes jurídicos protegidos por el derecho penal para promover la convivencia pacífica de personas igualmente libres y responsables, sean reducidos a una tasación económica de su valor.

Este énfasis en la dignidad y la consecuente protección de la víctima como valor central del sistema penal no es nuevo. Ya años antes algunos magistrados de la Corte habían dicho en un arranque de lirismo teológico: *"la víctima es verdaderamente la encarnación viviente del bien jurídico que busca ser protegido por la política criminal"*³¹. Hay entonces un choque entre el principio de dignidad como se aplica al reo y el principio de dignidad como se aplica a la víctima. ¿Cuál dignidad pesa más?

- El problema de la ponderación de principios y derechos en materia penal es uno que la Corte ya ha advertido: *"el derecho procesal penal no sólo debe regular y controlar el poder sancionador del Estado en beneficio del acusado... sino que debe también hacer efectivos los derechos de la víctima"*³². Pero no sólo eso: ese problema de la colisión entre un principio procesal garantizado por la Constitución, como la favorabilidad, y los principios constitucionales que sustentan los derechos de las víctimas es uno que la Corte en un caso muy similar ya resolvió. Se trata de la sentencia reciente (C-004/03) sobre el principio procesal del *non bis in ídem*, la prohibición constitucional del doble enjuiciamiento: *"Quien sea sindicado tiene derecho... a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho"* (art. 29). El *non bis in ídem* no es menos constitutivo del Estado de derecho que el principio de favorabilidad, y en lo que respecta a la seguridad jurídica, de mayor consecuencia (la "cosa juzgada"). Sin embargo, la Corte consideró que:

Es posible... establecer limitaciones al derecho al non bis in ídem a fin de desarrollar otros valores y derechos constitucionales, que lleguen a ser de mayor trascendencia. Ahora bien, los derechos de las víctimas de los hechos punibles y el deber correlativo del Estado de investigar y sancionar los delitos a fin de realizar la justicia y lograr un orden

justo... son obviamente los valores constitucionales que pueden claramente colisionar con el non bis in ídem, y que pueden entonces autorizar, o incluso, exigir una limitación de esa garantía constitucional del procesado. En efecto, en aquellos casos en que una persona es absuelta por un delito, pero aparecen hechos o pruebas posteriores que sugieren que ella puede ser culpable, se desarrolla una clara tensión normativa entre, de un lado, la garantía del procesado a no ser enjuiciado nuevamente y, de otro lado, los derechos de las víctimas y el deber del Estado de investigar los delitos y sancionar a los responsables a fin de lograr un orden justo...

La ponderación de la Corte frente al non bis in ídem se basó en la gravedad de la violación de los derechos de las víctimas ("...los derechos de las víctimas adquieren una importancia directamente proporcional a la gravedad del hecho punible. Entre más daño social ocasione un delito, mayor consideración merecen los derechos de quienes fueron víctimas o perjudicados por ese comportamiento"), para luego concluir que:

...la fuerza normativa de los derechos constitucionales de las víctimas y el imperativo que la Carta impone a las autoridades de lograr la vigencia de un orden justo (CP art. 2º) implican que en los casos de violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de esos atroces comportamientos, entonces pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existen decisiones absolutorias con fuerza de cosa juzgada. La razón es que una prohibición absoluta de reiniciar esas investigaciones obstaculiza la realización de un orden justo e implica un sacrificio en extremo oneroso de los derechos de las víctimas. Por consiguiente, en los casos de impunidad de violaciones a los derechos humanos o 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 ídem, y por ello la existencia de una decisión absolutoria con fuerza de cosa juzgada no debe impedir una reapertura de la investigación de esos comportamientos, si aparecen hechos o pruebas nuevas no conocidas al tiempo de los debates (subrayado fuera de texto).

¿Quién pondera?

• Hay sin embargo una diferencia notoria entre esta sentencia y el fallo de la Ley de Justicia y Paz. En el caso del *non bis in ídem*, la Corte reconoce de manera expresa su deber de revisar la ponderación

de los principios en conflicto: *"corresponde a esta Corte examinar si esa ponderación adelantada por el Legislador, al expedir las normas penales, es proporcionada y respeta el contenido esencial tanto de los derechos de las víctimas como de los derechos del procesado"*. Pero en el caso de la Ley de Justicia y Paz, a pesar de que los demandantes solicitaron de manera explícita a la Corte dar efectos retroactivos a la sentencia *"sin tener en cuenta las situaciones que la ley haya tenido a favor de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos"*³³, la Corte prefirió guardar silencio sobre la eventual aplicación del principio de favorabilidad. En el último acápite de la sentencia se limita a decir, sin desarrollar -a diferencia de sus otras decisiones- la motivación de esta decisión: *"la Corte no concederá efectos retroactivos a estas decisiones, como lo solicitaron los demandantes...Por lo tanto, se aplican las reglas generales sobre efecto inmediato de las decisiones de la Corte Constitucional, de conformidad con su jurisprudencia"*.

• Es cierto que la jurisprudencia de la Corte por su naturaleza mira hacia el futuro, aunque hay casos en los que la Corte ha modulado sus fallos y los ha hecho retroactivos. Por ejemplo, en la sentencia C-149 de 1993 (M.P. José Gregorio Hernández), ordenó reintegrar a los contribuyentes la totalidad de las sumas recaudadas por concepto de un impuesto que consideró inconstitucional. Contrasta en este caso, en el que están en juego principios de tanta envergadura, la vehemencia de la Corte en su defensa de los derechos a la justicia, la verdad y la reparación y la exaltación moral de su lenguaje, con su decisión de no conceder efectos retroactivos a la sentencia. ¿Por qué lo hizo? ¿O por qué no al menos explicó en la motivación del fallo el alcance de la no retroactividad?

• La interpretación más benevolente argumentaría que la decisión de la Corte de declarar que su fallo no tiene efectos retroactivos no implica *per se* una posición sobre si la norma declarada inexecutable podría aplicarse por favorabilidad. Cuando la Corte le da efectos retroactivos a sus fallos lo hace porque su interés es retrotraer los efectos que la norma causó durante su vigencia. Esa es la explicación de su decisión de ordenar en la sentencia de 1993 la reintegración del impuesto: deshacer los efectos que había tenido la norma inconstitucional. Pero en el caso de la Ley de Justicia y Paz, no es posible argumentar que de la declaratoria de irretroactividad del fallo se deduzca que la Ley, como existía antes del control de constitucionalidad, se pueda aplicar de forma ultra activa. Es por el contrario posible que la Corte haya optado simplemente por no retrotraer los efectos causados por la Ley, sin entrar en consideración alguna sobre su aplicación o no por

favorabilidad.

- Ese argumento es comprensible si se tiene en cuenta que la Ley ya había sido aplicada en un punto: el jubileo que consagraba el art. 70. El artículo -declarado inconstitucional por vicios de forma- decía: “*las personas que al momento de entrar en vigencia la presente ley cumplan penas por sentencia ejecutoriadas, tendrán derecho a que se les rebaje la pena impuesta en una décima parte*”. La Corte Suprema lo aplicó mediante la sentencia del 18 de octubre de 2005 de la Sala de Casación Penal, en la que decide revocar una sentencia de primera instancia y conceder la rebaja de penas del art. 70. Por eso las sentencias de la Corte Suprema sobre la rebaja de penas fueron efectos consolidados de la ley. Y por eso si la Corte Constitucional le hubiera dado efectos retroactivos a su fallo, hubiera sido necesario revocar esas sentencias para retrotraer los efectos de la norma declarada inconstitucional. De esa manera se evitó un nuevo choque entre las Cortes.

- Pero si bien este argumento -que no darle efectos retroactivos al fallo no implica que la Corte haya tomado una decisión sobre la aplicación del principio de favorabilidad- es válido, no puede sin embargo ocultar el hecho de que la Corte no ponderó de manera explícita los principios que entrarían en colisión y dejó en el aire un tema tan delicado y sin precedentes como es la aplicación en este caso del principio de favorabilidad. La pregunta es entonces: ¿Ahora quién pondera? Y la respuesta es: los jueces de los Tribunales de Justicia y Paz. Serán ellos quienes, además de sus otras delicadísimas responsabilidades, tendrán que cargar todo el peso de la decisión, cuando los abogados de los paramilitares exijan que a sus clientes se les aplique el principio de favorabilidad.

- En un asunto tan complejo, es perfectamente posible que un magistrado en Bogotá decida una cosa y un magistrado en Barranquilla otra. Como la Sala Penal de la Corte Suprema hace de segunda instancia, también es posible que el choque de Cortes que se evitó al no revocar la sentencia del jubileo simplemente se haya pospuesto: muy probablemente, los representantes de las víctimas pondrán tutelas contra las sentencias de la Corte Suprema si se concede el beneficio de la favorabilidad. Al final, queda la impresión de que la Corte Constitucional quiso sentar doctrina jurídica en materia de justicia, verdad y reparación, pero no quiso asumir las consecuencias políticas de su fallo. Dicho de otra manera, la Corte se lavó las manos y les pasó el problema a los jueces.

- También el Gobierno, en su afán por salvar la brecha entre lo que se negoció en la mesa y lo que dijo la Corte, optó al parecer por dejar que el problema recaiga sobre los tribunales: con el

nuevo Decreto de hecho le puso una cuña a la puerta para que pase por favorabilidad al menos un artículo de la Ley declarado inexecutable -el 31-, pero con eso dejó abierto un espacio que sin duda otros ocuparán para exigir en los demás casos la aplicación de la favorabilidad. Serán entonces los jueces quienes tendrán que ponderar en medio de las más intensas presiones complejos argumentos de derecho penal y constitucional como los anteriores, para resolver a quién se debe favorecer: al reo o a sus víctimas.

*Notas

- 1 Ministerio del Interior y de Justicia. Decreto 3391 de 2006 (septiembre 29), art. 20.
- 2 Carta pública enviada por el excomandante Vicente Castaño Gil. Septiembre 22 de 2006.
- 3 “Ex ‘paras’ podrán pagar la mayor parte de sus condenas en colonias o campamentos”, *El Tiempo*, agosto 1 de 2006; “Borrador sobre Justicia y Paz se está modificando: Gobierno”, *El Tiempo*, agosto 2 de 2006.
- 4 “Contra las cuerdas”, *Revista Cambio*, agosto 14 de 2006.
- 5 Ver: http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/proyectos/justicia_y_paz.htm
- 6 Rueda de prensa sobre decretos de Ley de Justicia y Paz, SNE, agosto 29 de 2006.
- 7 Rueda de prensa sobre decretos de Ley de Justicia y Paz, SNE, agosto 29 de 2006.
- 8 Comunicado del Procurador General de la Nación, agosto 31 de 2006.
- 9 Entrevista a “Ernesto Báez”, *La W*, agosto 15 de 2006.
- 10 Entrevista a “Ernesto Báez”, *La W*, agosto 15 de 2006.
- 11 Entrevista al Ministro del Interior y de Justicia Sabas Pretelt, *La W*, agosto 14 de 2006.
- 12 Entrevista al Ministro del Interior y de Justicia Sabas Pretelt, Caracol Radio, agosto 14 de 2006.
- 13 Palabras del Ministro del Interior y de Justicia Carlos Holguín Sardi en la Rueda de prensa sobre decretos de Ley de Justicia y Paz, SNE, agosto 29 de 2006.
- 14 Entrevista del Fiscal General de la Nación Mario Iguarán, *La W*, agosto 23 de 2006.
- 15 Resolución Ejecutiva No. 200 de 2006 (agosto 18).
- 16 Comunicado de Prensa, *MAPP/OEA*, agosto 22 de 2006.
- 17 Aclaración del Alto Comisionado para la Paz al “comunicado de prensa” de la MAPP/OEA de fecha 22 de agosto de 2006. Oficina del Alto Comisionado para la Paz, agosto 23 de 2006.
- 18 Entrevista del Alto Comisionado para la Paz, *La W*, agosto 31 de 2006.
- 19 Ver: Juan Fernández Carrasquilla, *Principios y Normas del Derecho Penal*; Bogotá (2004), p. 386.
- 20 Corte Constitucional. Sentencia C-822 de 2005; MP. Manuel José Cepeda.
- 21 Ver: René Martinage, *Histoire du droit pénale en Europe*; Paris (1998), p.37.
- 22 Ver al respecto: Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*; Madrid (1995), p. 396.
- 23 Fernando Velásquez, *Manual de Derecho Penal*; Bogotá (2004), p.140.
- 24 “Corte Suprema pide pedagogía sobre Ley de Justicia y Paz”, *El Tiempo*, septiembre 6 de 2006.
- 25 Ver: Hernando Barreto Ardila, “Ámbitos de validez de la ley penal”, en *Lecciones de Derecho Penal*; Bogotá (2002), p.129.
- 26 “Ex ‘paras’ podrán pagar la mayor parte de sus condenas en colonias o campamentos”, *El Tiempo*, agosto 1 de 2006; “Borrador sobre Justicia y Paz se está modificando: Gobierno”, *El Tiempo*, agosto 2 de 2006.
- 27 Ver por ejemplo Eduardo García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*; Madrid (1985), p. 50.
- 28 La Corte ha dicho al respecto (Sentencia C-200 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis): “*en el caso de sucesión de leyes en el tiempo, si la nueva ley es desfavorable en relación con la derogada, ésta será la que se siga aplicando a todos los hechos delictivos que se cometieron durante su vigencia, que es lo que la doctrina denomina ultraactividad de la ley. La retroactividad, por el contrario, significa que cuando la nueva ley contiene previsiones más favorables que las contempladas en la ley que deroga, la nueva ley se aplicará a los hechos delictivos ocurridos con anterioridad a su vigencia.*”
- 29 Sentencia C- 571 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil): “*mientras la derogatoria se origina en un acto de voluntad política donde el Constituyente, el Poder de Revisión o el Legislador optan por eliminar -expresa o tácitamente- la capacidad regulatoria de una disposición jurídica o un conjunto de ellas, la declaratoria de inexecutable es un acto de control jurídico que se activa como consecuencia de un conflicto normativo entre la Constitución y la ley, el cual debe ser resuelto por el organismo a quien se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución Política. A lo anterior se agrega que, en tanto los efectos que*

produce la derogatoria tácita es la limitación en el tiempo de la vigencia de las normas y no su invalidez, la declaratoria de inexecutable produce la anulación automática del precepto sin que sea posible su reproducción, por lo menos mientras se mantengan las causas constitucionales que originaron su retiro del ordenamiento jurídico.”

30 Corte Constitucional, Sentencia 228 de 2002 (MP Manuel José Cepeda).

31 Salvamento de voto de los magistrados Cifuentes, Martínez, Barrera y Morón a la sentencia C-293 de 1995.

32 *Ibidem*.

33 Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 975 de 2005. Presentada por Gustavo Gallón y otros. Bogotá, 10 de octubre de 2005.