| CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA | **COMUNICADO No. 26**<br>**Junio 22 y 23 de 2016** |
|---|---|

**EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, QUE EXCEPCIONALMENTE AUTORIZA EN LOS CASOS PREVISTOS EN LA LEY, NO PROSEGUIR CON LA ACCIÓN PENAL, NO ES APLICABLE A LAS INVESTIGACIONES DE COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR, POR DISPOSICIÓN EXPRESA DEL ARTÍCULO 250 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA**

**I. EXPEDIENTE D-10959 - SENTENCIA C-326/16 (Junio 22 )**
M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

## 1. Norma acusada

**LEY 1765 DE 2015**
**(Julio 23)**

*Por la cual se reestructura la Justicia Penal Militar y Policial, se establecen requisitos para el desempeño de sus cargos, se implementa su Fiscalía General Penal Militar y Policial, se organiza su cuerpo técnico de investigación, se señalan disposiciones sobre competencia para el tránsito al sistema penal acusatorio y para garantizar su plena operatividad en la Jurisdicción Especializada y se dictan otras disposiciones*

**ARTÍCULO 30. FUNCIONES GENERALES DE LOS FISCALES PENALES MILITARES Y POLICIALES DELEGADOS ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL Y ANTE LOS JUECES PENALES MILITARES Y POLICIALES DE CONOCIMIENTO ESPECIALIZADO Y DE CONOCIMIENTO.** Los Fiscales Penales Militares y Policiales Delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial y ante los Jueces Penales Militares y Policiales de Conocimiento Especializado y de Conocimiento, entre otras, tienen las siguientes funciones:

[…]

**14. Aplicar el principio de oportunidad en los términos y condiciones establecidos en la presente ley.**

**ARTÍCULO 111. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y POLÍTICA CRIMINAL.** La aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado.

**ARTÍCULO 112. LEGALIDAD.** La Fiscalía General Penal Militar y Policial está obligada a perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, **excepto por la aplicación del principio de oportunidad, en los términos y condiciones previstos en esta ley.**

**ARTÍCULO 113. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.** La Fiscalía General Penal Militar y Policial, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de Corte Marcial podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece esta ley

**ARTÍCULO 114. CAUSALES.** El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la ley no exceda de seis (6) años o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada; si esto último no sucediere, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público.

Esta causal es aplicable igualmente en los eventos de concurso de conductas punibles siempre y cuando de forma individual, se cumpla con los límites y las calidades señaladas en el inciso anterior.

2. Cuando el imputado haya sufrido a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.

3. Cuando el ejercicio de la acción penal implique riesgo o amenaza grave a la seguridad del Estado.

4. Cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.

5. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

6. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando que se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

7. En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública, cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes.

8. Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad.

**PARÁGRAFO 1o.** 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 Penal Militar y Policial o por quien él delegue de manera especial para tal efecto.

**PARÁGRAFO 2o.** No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por delitos contra la disciplina, el servicio, intereses de la Fuerza Pública, la seguridad de la Fuerza Pública, el honor, los delitos contra el derecho internacional humanitario, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.

**ARTÍCULO 115. SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO A PRUEBA**

[…]

**PARÁGRAFO.** El fiscal penal militar y policial delegado podrá suspender el procedimiento a prueba cuando para el cumplimiento de la finalidad del principio de oportunidad, estime conveniente hacerlo antes de decidir sobre la eventual renuncia del ejercicio de la acción penal.

**ARTÍCULO 117. CONTROL JUDICIAL EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.** El juez penal militar y policial de control de garantías deberá efectuar el control respectivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía Penal Militar y Policial de dar aplicación al principio de oportunidad.

Dicho 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 Penal Militar y Policial para sustentar la decisión. El juez penal militar y policial resolverá de plano.

La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía Penal Militar y Policial, no podrán comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad

**ARTÍCULO 118. LA PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS.** En la aplicación del principio de oportunidad el fiscal penal militar y policial delegado deberá tener en cuenta los intereses de las víctimas. Para estos efectos deberá oír a las que se hayan hecho presentes en la actuación

**ARTÍCULO 119. EFECTOS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.** La decisión que prescinda de la persecución extinguirá la acción penal respecto del autor o partícipe en cuyo favor se decide, salvo que la causal que la fundamente se base en la falta de interés del Estado en la persecución del hecho, evento en el cual las consecuencias de la aplicación del principio se extenderá a los demás autores o partícipes en la conducta punible, a menos que la ley exija la reparación integral a las víctimas.

## 2. Decisión

Declarar **INEXEQUIBLES** los artículos 30 (parcial), 111, 112 (parcial), 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119 y 120 de la Ley 1765 de 2015, *"Por la cual se reestructura la Justicia Penal Militar y Policial, se establecen requisitos para el desempeño de sus cargos, se implementa su Fiscalía General Penal Militar y Policial, se organiza su cuerpo técnico de investigación, se señalan disposiciones sobre competencia para el tránsito al sistema penal acusatorio y para garantizar su plena operatividad en la Jurisdicción Especializada y se dictan otras disposiciones"* .

## 3. Síntesis de los fundamentos

De manera preliminar, y según lo autoriza el artículo 6º del Decreto 2067 de 1991, la Corte integró la unidad normativa del artículo 115, respecto del cual solo se había demandado el parágrafo, así como el artículo 116 de la Ley 1765 de 2015 no acusado, teniendo en cuenta que el cargo formulado en esta demanda cuestiona en su totalidad, la procedencia del principio de oportunidad en el ámbito de la justicia penal militar y las citadas normas además de los

artículos 30, numeral 14, 111, 112 (parcial), 113, 114, 117, 118, 119 y 120 de la Ley 1765 de 2015, regulan diversos aspectos de dicho principio.

Un análisis sistemático y teleológico del artículo 250 de la Constitución y del propósito, características e implicaciones del principio de oportunidad, llevó a la Corte a concluir que este mecanismo no tiene cabida en la justicia penal militar. Recordó que el principio de oportunidad es una institución propia de los sistemas penales de tendencia acusatoria, de amplia tradición en el derecho anglosajón, a partir del cual, el titular de la acción penal, puede suspender su ejercicio, e incluso renunciar definitivamente a ella, en vista de la presencia de circunstancias particulares, usualmente no previstas al momento de tipificarse la conducta punible, que aconsejan una nueva valoración para evitar que la aplicación de la ley penal genere un posible desbalance o el rompimiento de la proporcionalidad que debe existir entre la conducta cometida y sus consecuencias. Fue establecido por primera vez en el derecho penal colombiano en el Acto Legislativo 03 de 2002, como una excepción a la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía General de la Nación, a la cual se le da la facultad de suspender o renunciar a ese ejercicio, en los casos que establezca la ley, dentro del marco de la política criminal del Estado y sujeto al control del legalidad por el juez de garantías. Al lado del principio de oportunidad, el Acto Legislativo 03 de 2002 mantuvo a la Fiscalía General dentro de la rama judicial, pero introdujo a nuestro sistema penal procesal las siguientes modificaciones: *(i)* instituyó un proceso de partes, adversarial, en el que el imputado es considerado como sujeto procesal; *(ii)* aplicación del principio de oralidad; *(iii)* establecimiento de un proceso concentrado, con inmediación de la prueba; *(iv)* creación de la figura del juez de control de garantías; *(v)* dispuso el carácter excepcional de las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación, autoridad que, a su vez, preservó la competencia para imponer medidas restrictivas del derecho a la intimidad, pero bajo control judicial posterior.

De otra parte, el tribunal constitucional observó que el artículo 221 de la Constitución estipula que de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio conocerán las cortes marciales y los tribunales militares, de conformidad con las prescripciones del Código Penal Militar. Resaltó, que la jurisprudencia constitucional (Sentencia C-591/05) ha entendido que las reglas y principios propios del sistema penal de tendencia acusatoria previstos en el artículo 250 de la Constitución, en particular, los enunciados en el inciso primero de este precepto constitucional, no son aplicables a la justicia penal militar, como tampoco, el legislador está obligado a brindar un trato idéntico a quienes son investigados y procesados por la justicia penal ordinaria y a quienes lo son por la justicia penal militar (Sentencia C-928/07). Lo anterior, sin perjuicio de las garantías que conforman el debido proceso y demás derechos fundamentales consagrados en la Carta Política para todo procesado, de los cuales no forma parte el principio de oportunidad, el cual constituye más un instrumento de política criminal regulado por la ley y que puede ser aplicado por la Fiscalía General para obtener colaboración eficaz en la investigación y persecución de las conductas punibles, que un derecho o garantía del debido proceso.

Lo anterior tiene sustento en el mismo texto constitucional, por cuanto, de manera expresa, el inciso primero del artículo 250, en concordancia con lo previsto en el artículo 221 superior, excluye de la competencia de la Fiscalía General para ejercer la acción penal e investigar las conductas punibles de las que tengan conocimiento, los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, que se confirió por el constituyente a la jurisdicción penal militar, como también, está excluida la posibilidad de que se aplique por esta justicia especializada, el principio de oportunidad concebido como uno de los elementos que caracterizan el sistema procesal penal ordinario en Colombia.

En consecuencia, la Corte declaró la inexequibilidad de las disposiciones demandadas pertenecientes a la Ley 1765 de 2015, incluido el artículo 115 en su integridad y el artículo 116, los cuales regulaban el principio de oportunidad en la jurisdicción penal militar.

## 4. Salvamentos y aclaraciones de voto

Los magistrados **Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gloria Stella Ortiz Delgado** y **Jorge Ignacio Pretelt Chaljub** salvaron el voto, toda vez que en su concepto, las normas demandadas de la Ley 1765 de 2015 ha debido ser declaradas exequibles, por no contrariar los preceptos constitucionales invocados.

En su criterio, el legislador bien podía, en desarrollo de la cláusula general de competencia (art. 150 C.Po.), autorizar la aplicación del principio de oportunidad en la justicia penal militar y policial, habida cuenta que el inciso primero del artículo 250 de la Constitución al exceptuar los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública se está refiriendo es a la acción y proceso penal ordinario y en ese contexto, a la competencia de la Fiscalía General de la Nación para adelantar el ejercicio de la acción penal y a la obligación de realizar la investigación de los hechos que puedan revestir las características de un delito de los que tenga conocimiento, de modo que esta competencia no comprende los delitos ejecutados por los miembros de las fuerzas militares y de la policía nacional en servicio activo y en relación con el mismo servicio, investigados y juzgados por la jurisdicción penal militar, según lo estatuye el artículo 221 de la Carta Política.

Por consiguiente, no podía sostenerse con fundamento en el inciso primero del artículo 250 superior, que el establecimiento del principio de oportunidad en el proceso penal militar y policial no está permitido por decisión del constituyente. Observaron que el cuestionamiento de los demandantes parte de una premisa que desde el punto de vista histórico, sistemático y teleológico resulta equivocada, ya que el precepto constitucional se refiere a la justicia penal ordinaria y por lo mismo, a la competencia de la Fiscalía General para el ejercicio de la acción penal y la investigación de los delitos en general, más no a los que cometen los miembros de la Fuerza Pública en relación con el servicio de competencia de la justicia penal militar y policial, cuyas particularidades y el tipo de conductas que investiga no excluye, a su juicio, la posibilidad válida de que así como el legislador tipifica estos delitos, pueda establecer los eventos en que respecto de conductas punibles de menor entidad, se suspenda o renuncie a la acción penal.

Adicionalmente, el magistrado **Jorge Ignacio Pretelt Chaljub** aclaró el voto, por cuanto, en su opinión, la demanda partía de una premisa que no era cierta, como la de considerar que el artículo 250 de la Constitución prohíbe el establecimiento del principio de oportunidad en la justicia penal militar, razón por la cual, la Corte ha debido inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo, por ineptitud de la demanda. Sin embargo, al haberse decidido por la mayoría la procedencia de un fallo de mérito, votó a favor de la exequibilidad de las normas acusadas de la Ley 1765 de 2015, por las razones indicadas anteriormente.

La magistrada **María Victoria Calle Correa** anunció la presentación de una aclaración de voto relativa a algunas de las consideraciones que se hacen en la sentencia, las cuales, en su criterio, van más allá de la razones de la decisión de inexequibilidad que comparte. A su vez, el magistrado **Gabriel Eduardo Mendoza Martelo** presentará una aclaración de voto sobre el fundamento principal de la inconstitucionalidad que se declaró mediante esta sentencia.

**LA CORTE CONSTITUCIONAL DETERMINÓ QUE ESTABLECER QUE LA EXISTENCIA LEGAL DE TODA PERSONA COMIENZA AL MOMENTO DE SU NACIMIENTO, NO VULNERA EL DEBER DE PROTECCIÓN DE LA VIDA DESDE LA CONCEPCIÓN RECONOCIDO EN EL ARTÍCULO 4.1. DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, EL CUAL HACE PARTE DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y POR ENDE, NO VIOLA EL ARTÍCULO 93 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA**

## II. EXPEDIENTE D-11058 - SENTENCIA C-327/16 (Junio 22 )

M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

### 1. Norma acusada

**CÓDIGO CIVIL**

**ARTÍCULO 90. EXISTENCIA LEGAL DE LAS PERSONAS.** La existencia legal de toda persona **principia al nacer**, esto es, al separarse completamente de su madre.

La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.

## 2. Decisión

Declarar **EXEQUIBLE** la expresión *"principia al nacer"* contenida en el artículo 90 del Código Civil, por el cargo analizado en esta providencia.

## 3. Síntesis de los fundamentos

En primer término, la Corte estableció la inexistencia de cosa juzgada constitucional frente a la sentencia C-591 de 1995, en la cual también se examinó la constitucionalidad del artículo 90 del Código Civil en cuanto si establecer que la existencia legal de toda persona comienza con el nacimiento desconoce el derecho a la vida, pero frente a normas constitucionales distintas al artículo 93 de la Carta. Observó, que si bien en la demanda que fue decidida en la sentencia C-591 de 1995 se formuló un cargo por violación de la Convención Americana, la Corte no se pronunció sobre la constitucionalidad de la norma a la luz de este cargo, ni lo mencionó en su parte motiva.

Verificado lo anterior, el problema jurídico que le correspondió resolver a la Corte consistió en definir, si la determinación de la existencia legal de una persona a partir del nacimiento vulnera el derecho a la vida reconocido por el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que hace parte del bloque de constitucionalidad. Los demandantes sostienen que la existencia de la vida y la existencia legal de la persona deberían ser equiparables. Pues su diferenciación establecida en el artículo 90 del Código Civil, desconoce el artículo 4.1. de la Convención Americana que protege la vida desde la concepción y por lo tanto el bloque de constitucionalidad, por vía del artículo 93 de la Constitución.

La corporación recordó que el bloque de constitucionalidad comprende el conjunto de normas, reglas y principios, tanto las consagradas explícitamente en la Constitución, como los que integran materialmente por remisión expresa de la Carta Política que constituyen el parámetro de control abstracto. En este sentido, el artículo 4º de la Convención Americana, como tratado de derechos humanos que establece un derecho que no puede ser suspendido en estados de excepción, hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. No obstante, las reglas que integran el bloque deben ser interpretadas sistemáticamente con la Constitución ya que las normas convencionales que lo integran no pueden ser interpretadas de forma autónoma.

Al mismo tiempo, la Corte reiteró las tres reglas que se han establecido en el desarrollo jurisprudencial en relación con la función interpretativa del bloque de constitucionalidad: *(i)* según el mandato del artículo 93 de la Constitución, los derechos fundamentales deben ser interpretados de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos; *(ii)* las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son un criterio relevante de interpretación en el control de constitucionalidad y *(iii)* estas interpretaciones deben ser realizadas de forma sistemática con las reglas constitucionales en atención a las circunstancias de cada caso.

El tribunal constitucional reiteró lo señalado en la sentencia C-355 de 2006, que se pronunció sobre la inconstitucionalidad de la penalización del aborto en tres circunstancias, fallo en el cual ya se analizaron las obligaciones que se desprenden del artículo 4.1. de la Convención Americana respecto de la protección del derecho a la vida y concluyó que ninguna de las posibles lecturas impone un deber de protección absoluto al derecho a la vida, el cual debe ser ponderado frente a otros derechos fundamentales. En la misma dirección, la Corte Interamericana de Derechos Humanos[1] estableció que este derecho no tiene un carácter absoluto y que las protecciones que se derivan del mismo admiten excepciones que contemplen una protección progresiva y gradual, según el desarrollo de la vida.

De este modo, la Corte reafirmó que la vida y el derecho a la vida son categorías axiológicas diferentes y estableció que ni el valor de la vida, como bien que el Estado tiene el deber de proteger, ni el derecho a la vida son absolutos y que admiten un juicio de proporcionalidad cuando existen otros derechos o valores en conflicto. En este sentido, señaló que la vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez

[1] Caso Artavía Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Noviembre 28 de 2012

tienen una protección jurídica distinta. Por esta razón, aunque el ordenamiento jurídico reconoce el deber de protección del que está por nacer, el mismo no se encuentra en el mismo grado e intensidad que el que se otorga a la persona. Este ejercicio de ponderación también ha sido aplicado por el tribunal constitucional frente al derecho a la vida, al admitir el derecho a morir dignamente o eutanasia. Por lo tanto, la vida como valor y como derecho no es absoluto y se admite que tenga una protección proporcional frente al alcance y contenido de otros derechos o valores en juego. Lo anterior, no implica una violación del deber de protección del valor de la vida, sino que reconoce que éstos se encuentran sujetos a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

En consecuencia, la expresión acusada del artículo 90 del Código Civil que determina la existencia legal de la persona desde el nacimiento, no vulnera el deber de protección de la vida desde la concepción reconocido en el artículo 4.1 de la Convención Americana, toda vez que la vida como valor es un bien constitucionalmente relevante, pero no tiene el mismo grado de protección que el derecho a la vida. Una lectura sistemática del bloque de constitucionalidad indica que la vida prenatal no ostenta la titularidad del derecho a la vida y así la determinación de la existencia legal de a persona desde el nacimiento no viola esta garantía, por lo que se encuentra ajustada a los parámetros constitucionales.

### 4. Salvamentos y aclaración de voto

Los magistrados **Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo** y **Jorge Ignacio Pretelt Chaljub** manifestaron su salvamento de voto, por cuanto observaron que en el presente caso no procedía un nuevo pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la expresión normativa acusada del artículo 90 del Código Civil, habida cuenta que existía cosa juzgada constitucional.

En efecto, los magistrados advirtieron que en la sentencia C-591 de 1995, la Corte Constitucional había examinado la constitucionalidad entre otras normas legales, del artículo 90 del Código Civil en su integridad, frente al mismo cargo de vulneración del derecho a la vida por no establecer la protección legal de la existencia de toda persona desde la concepción. Si bien es cierto que entre los parámetros constitucionales aplicados en el citado fallo no se menciona la Convención Americana de Derechos Humanos, también lo es que concurren los presupuestos de la cosa juzgada tanto formal, como material, puesto que en la citada sentencia la Corte examinó y declaró exequible la misma disposición legal que ahora se acusa parcialmente, esto es, el artículo 90 del Código Civil, en relación con el mismo cargo de inconstitucionalidad que ahora se formula, consistente en el desconocimiento de la protección de vida de la persona desde la conocimiento. Señalaron que materialmente es el mismo cargo, independientemente de que ahora se invoque una norma distinta.

Adicionalmente, observaron que como se reconoce en la misma sentencia, el entendimiento que los demandantes le dan a la expresión acusada no corresponde al sentido del contenido normativo que no regula el derecho a la vida, razón por la cual los magistrados estimaron, que aun cuando llegara a considerarse que no existía cosa juzgada, el cargo formulado en la presente demanda carecía de certeza, por lo que el fallo debería haber sido inhibitorio.

Por su parte, la magistrada **María Victoria Calle Correa** manifestó una aclaración de voto relativa a la aplicación por parte de la Corte Constitucional del control de convencionalidad en materia de derechos humanos en el ámbito del sistema interamericano.

## ACORDE CON EL PRINCIPIO DE DEFENSA TÉCNICA, LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DE RESOCIALIZACIÓN DE LA PENA Y EL DERECHO A LA IGUALDAD, LA CORTE ESTABLECIÓ QUE EL APODERADO DE CONFIANZA DE LA PERSONA PRIVADA DE LA LIBERTAD, PUEDE SOLICITAR LA APLICACIÓN DE MECANISMOS ALTERNATIVOS O SUSTITUTIVOS DE LA PENA DE PRISIÓN

**III. EXPEDIENTE D-11077 - SENTENCIA C-328/16 (Junio 22 )**
M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

## 1. Norma acusada

**LEY 1709 DE 2014**
(Enero 20)

*Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones*

**ARTÍCULO 5o.** Adiciónase un artículo 7A en la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

**Artículo 7A. Obligaciones especiales de los Jueces de Penas y Medidas de Seguridad**. Los Jueces de Penas y Medidas de Seguridad tienen el deber de vigilar las condiciones de ejecución de la pena y de las medidas de seguridad impuesta en la sentencia condenatoria.

Los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, de oficio o a petición de la persona privada de la libertad o su apoderado **de la defensoría pública** o de la Procuraduría General de la Nación, también deberán reconocer los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión que resulten procedentes cuando verifiquen el cumplimiento de los respectivos requisitos.

La inobservancia de los deberes contenidos en este artículo será considerada como falta gravísima, sin perjuicio de las acciones penales a las que haya lugar.

El Consejo Superior de la Judicatura garantizará la presencia permanente de al menos un Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad en aquellos establecimientos que así lo requieran de acuerdo con solicitud que haga el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec). En los demás establecimientos se garantizarán visitas permanentes.

## 2. Decisión

Declarar **EXEQUIBLE** la expresión *"de la defensoría pública"* contenida en el inciso segundo del artículo 5º de la Ley 1709 de 2014, en el entendido de que el apoderado de confianza de la persona privada de la libertad podrá solicitar el reconocimiento de los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión.

## 3. Síntesis de los fundamentos

La presente demanda planteó la Corte si restringir a los apoderados de la defensoría pública facultad para solicitar medidas alternativas o sustitutivas de la pena privativa de la libertad, desconoce el principio de igualdad de quienes ejercen la profesión de abogados en materia penal como representantes de confianza y genera además una distinción que afecta negativamente la igualdad de los representados en el acceso a los beneficios penales mencionados.

En el análisis llevado a cabo, la Corte tuvo en cuenta los límites constitucionales que restringen el amplio margen de configuración normativa del legislador para regular aspectos del derecho penal y penitenciario. En particular, el principio de igualdad, el cual configura una garantía constitucional sustancial que le impone al legislador la obligación de no expedir normas que puedan implicar obstáculos injustificados para el ejercicio de derechos fundamentales en materia procesal, bien se trate de facultades de los apoderados judiciales para actuar en el proceso, las cuales en ocasiones, indirectamente se reflejan sobre las garantías procesales de las personas privadas de la libertad.

Al examinar los antecedentes legislativos del artículo 5º de la Ley 1709 de 2014, la corporación pudo establecer que la norma contenida en el proyecto de ley original, preveía que la persona privada de la libertad, la defensoría pública o la Procuraduría General de la Nación podían pedir a los jueces de ejecución de penas, medidas alternativas o sustitutivas de la pena de prisión, con el lleno de los requisitos establecidos en la ley. Posteriormente, en la plenaria de la Cámara de Representantes se agregó la expresión *"o su apoderado"* antes de la "*defensoría pública o de la Procuraduría General de la Nación",* expresiones que se mantuvieron durante su trámite en el Senado y en la conciliación, que al no utilizar un signo de puntuación da lugar a que pueda entenderse que al lado de la persona privada de la libertad, solamente el "apoderado de la defensoría pública o de la Procuraduría General de la Nación" tienen la posibilidad de formular esa solicitud. De ser este el entendimiento, la Corte señaló que el Congreso habría establecido un privilegio injustificado para esos apoderados, mientras que los reclusos que son representados por un abogado de confianza no podrían solicitar la aplicación a su favor de los subrogados penales. Aunque no exista una prohibición constitucional para regular la materia,

de interpretar el alcance de la norma en ese sentido, la Corte no encontró una razón válida que permitiera inferir que con la misma se persigue un objetivo superior imperioso.

Al mismo tiempo, la Corte observó que también podía entenderse que al agregar la expresión "o su apoderado", el legislador se refirió al apoderado de confianza de la persona privada de la libertad, distinto del defensor público, en la medida que la alusión a la defensoría pública no requería conectarla con la de ser el apoderado del recluso, ya que sólo actúa en ausencia de éste; menos aún, existe un "apoderado" de la Procuraduría General que actúa en el proceso penal a través de un procurador judicial. Este entendimiento no vulneraría la igualdad del recluso que está representado por su apoderado de confianza, de manera que el mismo tendría la oportunidad de solicitar mecanismos alternativos y sustitutivos de la pena de prisión. Por consiguiente, al existir una interpretación conforme con la Constitución, la Corte procedió a declarar la exequibilidad condicionada con este entendimiento.

**LA RETENCIÓN TRANSITORIA POR EL PRESIDENTE DEL JURADO DE QUIEN PERTURBA EL EJERCICIO DEL SUFRAGIO, PUEDE TENER UNA FINALIDAD CONSTITUCIONAL LEGÍTIMA COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA, PERO RESULTA UNA MEDIDA INNECESARIA Y DESPROPORCIONADA, PORQUE INTERFIERE DE MANERA GRAVE Y CIERTA EN LA LIBERTAD PERSONAL, ASÍ COMO EL DERECHO AL VOTO, A ELEGIR Y A TOMAR PARTE EN LOS DIVERSOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA**

## IV. EXPEDIENTE D-11123 - SENTENCIA C-329/16 (Junio 22 )

M.P. María Victoria Calle Correa

### 1. Norma acusada

**DECRETO 2241 DE 1986**
(Julio 15)

*Por el cual se adopta el Código Electoral*

**ARTÍCULO 118.** El presidente del Jurado ordenará que se retiren las personas que en cualquier forma perturben el ejercicio del sufragio. **Si no obedecieren, podrá ordenar que sean retenidas en la cárcel o en algún cuerpo de guardia hasta el día siguiente de las elecciones.**

### 2. Decisión

Declarar **INEXEQUIBLE** la segunda frase ["*Si no obedecieren, podrá ordenar que sean retenidas en la cárcel o en algún cuerpo de guardia hasta el día siguiente de las elecciones"* ] del artículo 118, Decreto ley 2241 de 1986 'Por el cual se adopta el Código Electoral'.

### 3. Síntesis de los fundamentos

La Corte determinó que la orden de retención en cárcel o cuerpo de guardia que, según el artículo 118 del Código Electoral, puede impartir el Presidente del Jurado de votación, es inconstitucional en su potencial sancionatorio. Según la Constitución (art. 28) solo las autoridades judiciales pueden ordenar medidas sancionatorias de prevención de la libertad y el Presidente del Jurado no es una autoridad judicial, y por tanto, no puede imponer sanciones de retención en cárcel o cuerpos de guardia. Los presidentes del Jurado de votación ejercen funciones de acompañar el desarrollo de las votaciones y dentro de sus competencias en materia electoral, deben velar por la integridad, transparencia y rectitud de las elecciones populares. Por tanto, los presidentes del Jurado no solo no son autoridades judiciales, sino que ni siquiera están habilitados por la Constitución para ejercer funciones jurisdiccionales.

En cuanto a si la retención transitoria que autoriza la norma tiene un carácter preventivo o protector de los mecanismos de participación democrática, la Corte encontró que ello no era así, puesto que su configuración le da un potencial sancionatorio o coactivo que busca

garantizar el libre ejercicio del sufragio. Después de aplicar un juicio de proporcionalidad de la medida de nivel más estricto, la Corte concluyó que pese a que la medida tiene una finalidad constitucional imperiosa que busca garantizar el ejercicio de los derechos políticos y de participación de los ciudadanos y constituye un instrumento adecuado y conducente para alcanzar este fin, la medida resulta innecesaria habida cuenta que el objetivo de hacer cesar cualquier forma de perturbación del ejercicio del sufragio puede lograrse con efectividad cierta y terminante, mediante la intervención de la fuerza pública, que bien la retire coactivamente del sitio de votación, con un acto del control físico que lo conduzca fuera de la zona relevante para el adecuado ejercicio del sufragio durante las elecciones. Sin que se demuestre en abstracto que esta medida resulta ineficaz para garantizar los fines que persigue la norma, la medida contemplada en la disposición resulta innecesaria.

De otra parte, la Corte encontró que los términos de ejecución de la medida de retención resultan objetivamente innecesarios, ya que puede verificarse "hasta el día siguiente de las elecciones" y por tanto, puede superar el plazo apto para ejercer el sufragio, esto es, la jornada electoral que va de las 8:00 de la mañana hasta las 4:00 de la tarde. Aunque lo actos de perturbación pudieren ejecutarse también durante el período de escrutinio de votos, no se observa ninguna justificación para que el confinamiento supere esa jornada, ni mucho menos para que pueda llegar hasta el día siguiente. Se trata de una medida de restricción de la libertad personal extrema y grave que no permite una oportunidad para que la persona pueda ser oída, sin que tampoco intervenga una autoridad judicial. Por todo lo expuesto, el aparte demandad del artículo 118 del Código Electoral fue declarado inexequible.

**LA CORTE CONSTITUCIONALIDAD DETERMINÓ QUE EL CRITERIO DE BUENA FE "EXENTA DE CULPA" DEBE SER VALORADO DE IGUAL MODO POR LOS JUECES FRENTE A LOS SEGUNDOS OCUPANTES DE PREDIOS OBJETO DE RESTITUCIÓN QUE DEMUESTREN ESTAR EN CONDICIONES DE VULNERABILIDAD Y NO HAYAN TENIDO RELACIÓN DIRECTA O INDIRECTA CON EL DESPOJO**

## V. EXPEDIENTE D-11106 - SENTENCIA C-330/16 (Junio 23 )

M.P. María Victoria Calle Correa

### 1. Norma acusada

**LEY 1448 DE 2011**
(Junio 10)

*Por el cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*

**ARTÍCULO 88. OPOSICIONES.** Las oposiciones se deberán presentar ante el juez dentro de los quince (15) días siguientes a la solicitud. Las oposiciones a la solicitud efectuadas por particulares se presentarán bajo la gravedad del juramento y se admitirán, si son pertinentes. Las oposiciones que presente la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, cuando la solicitud no haya sido tramitada con su intervención deberá ser valorada y tenida en cuenta por el Juez o Magistrado.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, cuando no haya actuado como solicitante podrá presentar oposición a la solicitud de restitución.

Al escrito de oposición se acompañarán los documentos que se quieran hacer valer como prueba de la calidad de despojado del respectivo predio, de la buena fe **exenta de culpa**, del justo título del derecho y las demás pruebas que pretenda hacer valer el opositor en el proceso, referentes al valor del derecho, o la tacha de la calidad de despojado de la persona o grupo en cuyo favor se presentó la solicitud de restitución o formalización.

Cuando la solicitud haya sido presentada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas de conformidad con lo previsto en este capítulo y no se presenten opositores, el Juez o Magistrado procederá a dictar sentencia con base en el acervo probatorio presentado con la solicitud.

**ARTÍCULO 91. CONTENIDO DEL FALLO.** La sentencia se pronunciará de manera definitiva sobre la propiedad, posesión del bien u ocupación del baldío objeto de la demanda y decretará las compensaciones a que hubiera lugar, a favor de los opositores que probaron buena fe exenta de culpa dentro del proceso. Por lo tanto, la sentencia constituye título de propiedad suficiente.

[…]

r. Las órdenes necesarias para garantizar que las partes de buena fe **exenta de culpa** vencidas en el proceso sean compensadas cuando fuera del caso, en los términos establecidos por la presente ley;

**ARTÍCULO 98. PAGO DE COMPENSACIONES.** El valor de las compensaciones que decrete la sentencia a favor de los opositores que probaron la buena fe **exenta de culpa** dentro del proceso, será pagado por el Fondo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas. En ningún caso el valor de la compensación o compensaciones excederá el valor del predio acreditado en el proceso.

En los casos en que no sea procedente adelantar el proceso, y cuando de conformidad con el artículo 97 proceda la compensación en especie u otras compensaciones ordenadas en la sentencia, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas tendrá competencia para acordar y pagar la compensación económica correspondiente, con cargo a los recursos del fondo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

El valor de las compensaciones monetarias deberá ser pagado en dinero.

**ARTÍCULO 105. FUNCIONES DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS DESPOJADAS.** Serán funciones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas las siguientes:

1. Diseñar, administrar y conservar el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente de conformidad con esta ley y el reglamento.

2. Incluir en el registro las tierras despojadas y abandonadas forzosamente, de oficio o a solicitud de parte y certificar su inscripción en el registro.

3. Acopiar las pruebas de despojos y abandonos forzados sobre los predios para presentarlas en los procesos de restitución a que se refiere el presente capítulo.

4. Identificar física y jurídicamente, los predios que no cuenten con información catastral o registral y ordenar a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos la consecuente apertura de folio de matrícula a nombre de la Nación y que se les asigne un número de matrícula inmobiliaria.

5. Tramitar ante las autoridades competentes los procesos de restitución de predios de los despojados o de formalización de predios abandonados en nombre de los titulares de la acción, en los casos previstos en esta ley.

6. Pagar en nombre del Estado las sumas ordenadas en las sentencias de los procesos de restitución a favor de los terceros de buena fe **exenta de culpa**.

7. Pagar a los despojados y desplazados las compensaciones a que haya lugar cuando, en casos particulares, no sea posible restituirles los predios, de conformidad con el reglamento que expida el Gobierno Nacional.

8. Formular y ejecutar programas de alivios de pasivos asociados a los predios restituidos y formalizados.

9. Crear y administrar programas de subsidios a favor de los restituidos o de quienes se les formalicen los predios de conformidad con este capítulo, para la cancelación de los impuestos territoriales y nacionales relacionados directamente con los predios restituidos y el alivio de créditos asociados al predio restituido o formalizado.

10. Las demás funciones afines con sus objetivos y funciones que le señale la ley.

## 2. Decisión

**Primero.** Declarar **EXEQUIBLE** la expresión "exenta de culpa" contenida en los artículos 88, 91, 98 y 105 de la Ley 1448 de 2011, en el entendido de que es un estándar que debe ser interpretado por los jueces de forma diferencial, frente a los segundos ocupantes, que demuestren condiciones de vulnerabilidad, y no hayan tenido relación directa o indirecta con el despojo, de acuerdo con lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo.- EXHORTAR** al Congreso de la República y al Gobierno Nacional acerca de la necesidad de establecer e implementar una política pública comprensiva acerca de la situación de los segundos ocupantes en el marco de la justicia transicional.

## 3. Síntesis de los fundamentos

En el expediente D-11106, la Corte debía analizar la constitucionalidad de la expresión "*exenta de culpa*", contenida en los artículos 88, 91, 98 y 105 de la Ley 1448 de 2014, *"por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones".*

En concepto de los demandantes, la inclusión de este estándar de conducta (la buena fe exenta de culpa) en la Ley de víctimas y restitución de tierras generaba una situación inequitativa e injusta frente a personas que actúan como opositores en el proceso de restitución de tierras, tienen la calidad de segundos ocupantes del predio objeto de restitución, son sujetos vulnerables, carecen de vivienda y no tuvieron relación alguna con el despojo.

La Corte consideró, en primer término, que antes que una omisión legislativa relativa, la demanda denunciaba una eventual violación al principio de igualdad, y señaló cómo la mayor parte de los intervinientes y los órganos del Ministerio Público coincidían en identificar un serio problema de constitucionalidad, aunque disentían acerca de la respuesta que la Corte Constitucional debía adoptar.

Al estudiar el cargo, la Sala consideró que el problema de igualdad objeto de estudio se enmarca en el concepto de una discriminación indirecta, es decir, una situación en la que la ley, de carácter general y abstracto, puede tener un impacto diferencial y negativo para ciertos grupos poblacionales, debido a las condiciones de vulnerabilidad en que se encuentran inmersos.

La Sala señaló que la buena fe exenta de culpa es una exigencia esencial en los procesos de restitución de tierras, pues pretende revertir el despojo y el abandono forzado de predios que, en el marco del conflicto armado interno, se dieron a través de una combinación de estrategias violentas, con el abuso de la posición de debilidad de las víctimas y el interés por extender, con posterioridad, un manto de legalidad a los negocios.

Se indicó, en el mismo sentido, que los jueces y tribunales de tierras tienen entonces una doble condición: de una parte, deben hallarse en capacidad técnica de identificar los actos jurídicos espurios, desde el punto de vista del derecho civil y agrario y de la justicia transicional. De otra parte, son jueces constitucionales, que tienen la trascendental misión de hacer efectivo un derecho esencial de las víctimas de la violencia, pero, al mismo tiempo, procurar por la equidad en el campo, para que el proceso de transición sea efectivo, y la paz estable.

En ese marco, la Sala consideró que, desde una interpretación puramente literal de la Ley de víctimas y restitución de tierras, ciertas personas vulnerables, que ocuparon un predio con el propósito de hacer efectivos sus derechos fundamentales a la vivienda, el mínimo vital y el trabajo, y que no tuvieron relación alguna con el despojo (ni directa ni indirecta) sí podrían verse afectados como resultado de la restitución del bien ocupado.

Aclaró, sin embargo, que es posible construir una interpretación conforme a la Constitución Política que, al integrar a los artículos demandados los mandatos de igualdad material, protección de grupos vulnerables, acceso a la vivienda y a la tierra para los trabajadores rurales, permita adoptar medidas de protección a su favor, ámbito en el que el Gobierno Nacional ha dado algunos pasos.

A partir de esa interpretación, los jueces de tierras pueden aplicar el requisito de forma amplia, cuando se demuestre que el opositor es un segundo ocupante, persona vulnerable, sin relación directa o indirecta con el despojo.

Dada la existencia de una amplísima diversidad de casos en el marco de la restitución, y la ausencia de un órgano de cierre en la justicia de tierras, la Sala Plena consideró necesario fijar un condicionamiento, en los términos descritos, y establecer en la parte motiva de la decisión determinados estándares para su aplicación por parte de los jueces de tierras, tomando como fundamento esencial los principios Pinheiro (Principio 17), que son parámetros construidos en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, precisamente, con el fin de hacer efectivos los derechos de las víctimas, dotar de eficacia las normas transicionales en materia de tierras y preservar la estabilidad de las decisiones que los jueces y tribunales adopten en ese ámbito.

La Sala Plena también constató que la Ley de víctimas y restitución de tierras no contiene actualmente un desarrollo comprensivo acerca de la situación de los segundos ocupantes, por lo que exhortó al Congreso de la República y al Gobierno Nacional para que implementen una política pública comprensiva, adecuada y suficiente de atención a esta población, en el marco del proceso transicional de restitución de tierras.

## 4. Salvamentos parciales de voto

Los magistrados **Jorge Iván Palacio Palacio** y **Luis Ernesto Vargas Silva** manifestaron su salvamento de voto parcial, en relación con la exequibilidad condicionada de las normas acusadas en esta oportunidad de la Ley 1448 de 2011.

De un lado, aunque el magistrado **Palacio Palacio** comparte parcialmente la decisión tomada por la mayoría en el análisis de constitucionalidad de la expresión buena fe "exenta de culpa" de la Ley 1448 de 2011, salvó parcialmente el voto por las siguientes razones:

**1.** En primer lugar, consideró que la norma ha debido declararse exequible pura y simple, sin entrar a realizar condicionamiento alguno. Esto, en razón a que es el juez de restitución de tierras el llamado a revisar en cada caso si opera o no la presunción de "buena fe simple" o "exenta de culpa" como ha venido ocurriendo en los últimos 5 años de la implementación de la Ley 1448 de 2011.

Adicionalmente, observó que ha debido tenerse en cuenta que la Unidad para la Atención y Reparación Integral de Víctimas -UARIV- se ha ocupado integralmente de la situación de los "segundos ocupantes" a través de los acuerdos 021 de 2015 y 029 de 2016 en los que se han establecido herramientas de defensa efectivas para las personas que en condición de vulnerabilidad ostentan la calidad de "segundos ocupantes", quienes son apoyados en los procesos de restitución de tierras por la Defensoría del Pueblo y el Ministerio Público.

**2.** En segundo lugar, estimó que aunque el condicionamiento aplicado a la norma acusada no era necesario, al recoger la posición que sostuve respecto de la necesidad de no debilitar las cargas procesales para probar la "buena fe exenta de culpa" en casos de "segundos ocupantes", es acertada y evita que personas que no cumplan con los requisitos exigidos en la Ley de Tierras puedan acceder a bonificaciones que no les corresponden.

De igual forma, el condicionamiento propuesto asegura que sea el juez de restitución quien determine en cada caso concreto cómo aplicar la ley en materia de "segundos ocupantes". De esta manera, se ha mantenido incólume la interpretación del concepto de "buena fe exenta de culpa" que constituye el eje principal de la Ley de Tierras.

El magistrado **Vargas Silva** al disidir, agregó que se aparta es, de algunas consideraciones vertidas en la parte motiva de la ponencia, pues en el fondo comparte o participa de la perspectiva que finalmente se acogió por la mayoría, de tratar cada caso con criterios diferenciales que el Juez debe analizar, calificar y evaluar en forma concreta, en materia de segundos ocupantes, tendientes a determinar con estribo en las pruebas recaudadas, cuándo aplicará con rigor la buena fe exenta de culpa, y cuándo podría morigerar la carga impuesta en la ley porque las diferencias entre opositores y segundos ocupantes deben ser muy claras para no correr el riesgo de generar más confusión. Particularmente la de estos últimos cuya evaluación surge de la sentencia respectiva.

Agregó que por ese riesgo de causar confusión y no claridad en torno a un concepto que el legislador estableció en favor de las víctimas del despojo, es por lo que propuso en comienzo la exequibilidad pura y simple pero con una fuerte *ratio decidendi* en la que se dejaran sentados los criterios diferenciales, a partir de los conceptos claros sobre opositores y segundos ocupantes, esencialmente de esto últimos, como los denomina la doctrina internacional, caracterizados por la Jurisdicción especial para la restitución de tierras y por la propia Unidad de restitución de tierras conforme a criterios ya estudiados por ellos, y siempre que la sentencia mantenga el tema de vulnerabilidad eventual de los segundos ocupantes como base para aquellos criterios diferenciales, pues en efecto, habrá casos en los cuales no podrán probar la buena fe con el rigor que exige la ley, pero esto se repite, debe ponderarlo el Juez en cada caso concreto. Anunció el Magistrado Vargas Silva, que en el salvamento de voto escribirá a espacio las discrepancias restantes a partir de la redacción final que consigne la sentencia, sobre esas diferencias conceptuales.

**MARÍA VICTORIA CALLE CORREA**
Presidenta