

Boletín Nº 7 del

Instituto de Estudios Constitucionales

Escuela de Derecho

DIRECTOR: JORGE VÉLEZ GARCÍA

EL CONTENCIOSO ELECTORAL Y LA REFORMA POLÍTICA.

Reinaldo Chavarro Buriticá

LA JUSTICIA, LA PAZ Y EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO.

Luis Javier Moreno Ortiz

**EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE EL PROCESO DE
JUSTICIA TRADICIONAL CON LOS GRUPOS PARAMILITARES:
ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD C-370/06,
SOBRE LA LEY 975 DE 2005.**

Luis Andrés Fajardo Arturo



Universidad Sergio Arboleda

Universidad Sergio Arboleda

BOLETÍN DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

EL CONTENCIOSO ELECTORAL Y LA REFORMA POLÍTICA.

® *Reinaldo Chavarro Buritica*

LA JUSTICIA, LA PAZ Y EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO.

® *Luis Javier Moreno Ortiz*

EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE EL PROCESO DE JUSTICIA
TRADICIONAL CON LOS GRUPOS PARAMILITARES: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA
DE CONSTITUCIONALIDAD C-370/06, SOBRE LA LEY 975 DE 2005.

® *Luis Andrés Fajardo Arturo*

Primera edición: diciembre de 2006.

Reimpresión: mayo de 2009.

Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio sin
previa autorización escrita del editor.

Edición realizada por el Fondo de Publicaciones

Universidad Sergio Arboleda.

Carrera 15 No. 74-40

Teléfonos: 3 25 75 00 Ext. 2131 - 3 22 05 38 - 3 21 72 40.

www.usa.edu.co

Fax: 3 17 75 29.

Bogotá D.C.

Corrección de estilo: Rodrigo Naranjo

Diseño Carátula y Diagramación: Maruja Esther Flórez Jiménez.

Bogotá, D.C.

ISSN: 1909-3977

*Si el hombre fracasa en conciliar la
justicia y la libertad, fracasa en todo.*

Albert Camus (1913-1960)

Escritor Francés

EL CONTENCIOSO ELECTORAL Y LA REFORMA POLÍTICA

Reinaldo Chavarro Buriticá
Presidente de la Sección Quinta

SUMARIO: *I. Sistemas de cuociente electoral y de cifra repartidora. II. Sentido y alcance de los artículos 11, 12 y 13 del acto legislativo No. 1 de 2003. III. El principio de la eficiencia del voto. IV. La aplicación del principio de la eficacia del voto en el sistema de cuociente electoral. V. El principio de la eficacia del voto en el contexto del sistema de umbral y cifra repartidora. VI. El principio de la eficacia del voto en las circunscripciones especiales.*

I. SISTEMAS DE CUOCIENTE ELECTORAL Y DE CIFRA REPARTIDORA.

El objeto de estas reflexiones es proponer algunos elementos para el análisis de la reforma, con el ánimo de suscitar la discusión y el examen sereno y objetivo de las nuevas instituciones, aprovechando el escenario de este encuentro de la jurisdicción. Aspecto destacado de la misma lo constituye el cambio del sistema de escrutinio de Cuociente electoral al de Cifra repartidora.

En la sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 1° de febrero de 1996, expediente No. 1497, encontramos una breve reseña histórica de la institucionalización en Colombia del sistema de cuociente electoral.

"Dicha representación proporcional, como sistema electoral, comenzó a abrirse paso en nuestras instituciones electorales en la Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa de 1905 con el artículo 33 de la Ley 42 de ese año.

Luego fue estatuido en el artículo 45 del Acto Legislativo número 3 de 1910, a su vez desarrollado en los artículos 111 de la Ley 85 de 1916 y 12 de la Ley 96 de 1920.

Finalmente la Ley 31 de 1929 implantó como mecanismo para lograr esa representación proporcional el del cuociente electoral, perfeccionado con la Ley 7ª de 1932, a su vez reformado por el artículo 1º de la Ley 67 de 1937. El texto del artículo 172 de la anterior Constitución Política fue precisado en el artículo 50 del Acto Legislativo número 1 de 1968, aunque con la consagración de dos procedimientos para extraer el cuociente según se tratara de la elección de sólo dos personas (procedimiento denominado de Hagenbach - Bischoff) o de más de dos (de Hare y André). La Carta Política Fundamental que nos rige consagró un solo procedimiento de extracción del cuociente, de Hare y André..."

La norma constitucional vigente hasta la Reforma Política tenía instituido el cuociente electoral (Sistema de Hare y André) en el artículo 263 C.P.¹, para aplicar en elecciones populares y en las que realicen las Corporaciones Públicas.

Los sistemas electorales, que comprenden regulaciones sobre circunscripciones electorales, candidaturas, votaciones y la conversión de votos en escaños, pueden ser diseñados para beneficiar a los partidos que tradicionalmente obtienen mayor votación, o para favorecer a los

¹ "Para asegurar la representación proporcional de los partidos, cuando se vote por dos o mas individuos en elección popular o en una corporación pública se empleará el sistema de cuociente electoral.

El cuociente será el número que resulte de dividir el total de los votos válidos por el de puestos por proveer. La adjudicación de puestos a cada lista se hará en el número de veces que el cuociente quepa en el respectivo número de votos válidos. Si quedaren puestos por proveer se adjudicarán a los mayores residuos, en orden descendente."

partidos pequeños o para promover la formación de sistemas bipartidistas o pluripartidistas, entre otros objetivos. Ello se obtiene articulando en formas específicas estas cuatro clases de regulaciones.²

De manera muy general puede afirmarse que el sistema de cociente electoral sirve mejor a los grupos minoritarios y promueve el multipartidismo, en tanto que el de cifra repartidora, a los mayoritarios, y tiene la tendencia a propiciar el bipartidismo.

Con el sistema de escrutinio del cociente electoral, los partidos mayoritarios accedían a un pequeño número de curules por el equivalente al cociente electoral, y las restantes, la gran mayoría, se adjudicaban por residuo.

Ello dio lugar a la denominada "operación avispa", que consistía en que partidos mayoritarios se fraccionaban en numerosos pequeños partidos para obtener por residuo un mayor número de curules; luego, ello hizo proliferar las denominadas "microempresas electorales", que, promovidas por agentes independientes a la cabeza de toda clase de propósitos, terminaron por atomizar a los partidos, y éstos dejaron de tener influjo sobre ellas, lo cual impedía o hacía más dispendiosa (léase onerosa) la conformación de mayorías que aseguraran la gobernabilidad.

Para propiciar la reagrupación de muchos pequeños partidos en unos pocos fuertes y la formación de nuevas alternativas, distintos sectores políticos propiciaron una reforma constitucional,³ que institucionalizó varios mecanismos, entre ellos un nuevo sistema de escrutinio proporcional a través de cifra repartidora o método D'Hont, aparejado con el señalamiento de un umbral o número de votos mínimos que deben alcanzar los partidos o movimientos políticos y grupos

² Dieter Nohlen. Sistemas Electorales y Partidos Políticos. IV. Sistema Electoral: Elementos particulares y efectos de los sistemas electorales. Fondo de Cultura Económica. México. Segunda Edición. 1.998. Págs. 52 a 90.

³ Acto Legislativo Nr. 1 de 2003, promulgado en el Diario Oficial 45237 de 3 de julio de 2003.

significativos de ciudadanos que inscriban listas de candidatos para corporaciones públicas como condición para acceder al reparto de curules. Además, se obliga a los partidos a postular listas y candidatos únicos y se permite la existencia de listas cerradas y con voto preferente.

El nuevo sistema electoral, así regulado, determinó que en el año 2003 existieran 71 partidos y movimientos políticos con personería jurídica y, por Resolución 1767 de 9 de junio de 2004, el Consejo Nacional Electoral canceló la personería a once (11) de ellos, porque no obtuvieron representación en el Congreso en las elecciones del 10 de marzo de 2002, y luego de transcurridas las elecciones del 12 de marzo de 2006, mediante Resolución 1057 de 2006 del Consejo Nacional Electoral, se determinó que de los 61 restantes (en el interregno se había creado otro), conservaban la personería solamente once (11), que obtuvieron un número de votos equivalente al 2% de los sufragados para Senado, y tres (3) partidos y movimientos políticos, por haber obtenido representación en el Congreso por las circunscripciones especiales de minorías.

La reforma fue establecida en los artículos 12 y 13 del Acto Legislativo No. 1 de 2003, que subrogó el artículo 263 y agregó el artículo 263 A a la Constitución Política, en los siguientes términos:

Artículo 12. El artículo 263 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 263. Para todos los procesos de elección popular, los partidos y movimientos políticos presentarán listas y candidatos únicos, cuyo número de integrantes no podrá exceder el de curules o cargos a proveer en las respectiva elección.

Para garantizar la equitativa representación de los partidos y movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos, las curules de las corporaciones públicas se distribuirán mediante el sistema de cifra

repartidora entre las listas de candidatos que superen un mínimo de votos que no podrá ser inferior al dos por ciento (2%) de los sufragados para Senado de la República o al cincuenta por ciento (50%) del cuociente electoral en el caso de las demás corporaciones, conforme lo establezca la Constitución y la Ley.

Cuando ninguna de las listas de aspirantes supere el umbral, las curules se distribuirán de acuerdo con el sistema de cifra repartidora.

La Ley reglamentará los demás efectos de esta materia.

Parágrafo transitorio. *Sin perjuicio del ejercicio de las competencias propias del Congreso de la República, para las elecciones de las autoridades de las entidades territoriales que sigan a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, facúltese al Consejo Nacional Electoral para que dentro del mes siguiente a su promulgación se ocupe de regular el tema.*

En las circunscripciones electorales donde se elijan dos (2) curules se aplicará el sistema del cuociente electoral, con sujeción a un umbral del treinta por ciento (30%), del cociente electoral.

Artículo 13. *La Constitución Política de Colombia tendrá un artículo nuevo del siguiente tenor:*

Artículo 263 - A 27. *La adjudicación de curules entre los miembros de la respectiva corporación se hará por el sistema de cifra repartidora. Esta resulta de dividir sucesivamente por uno, dos, tres o más el número de votos obtenidos por cada lista, ordenando los resultados en forma decreciente hasta que se obtenga un número total de resultados igual al número de curules a proveer.*

El resultado menor se llamará cifra repartidora. Cada lista obtendrá tantas curules como veces esté contenida la cifra repartidora en el total de sus votos.

Cada partido o movimiento político podrá optar por el mecanismo de voto preferente. En tal caso, el elector podrá señalar el candidato de su preferencia entre los nombres de la lista que aparezcan en la tarjeta electoral. La lista se reordenará de acuerdo con la cantidad de votos obtenidos por cada uno de los candidatos. La asignación de curules entre los miembros de la respectiva lista se hará en orden descendente empezando por el candidato que haya obtenido el mayor número de votos preferentes.

En el caso de los partidos y movimientos políticos que hayan optado por el mecanismo del voto preferente, los votos por el partido o movimiento que no hayan sido atribuidos por el elector a ningún candidato en particular, se contabilizarán a favor de la respectiva lista para efectos de la aplicación de las normas sobre el umbral y la cifra repartidora, pero no se computarán para la reordenación de la lista. Cuando el elector vote simultáneamente por el partido o movimiento político y por el candidato de su preferencia dentro de la respectiva lista, el voto será válido y se computará a favor del candidato.

II. SENTIDO Y ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS 11, 12 Y 13 DEL ACTO LEGISLATIVO No. 1 DE 2003.

Una primera observación versa sobre la necesidad de establecer si, merced al texto de los artículos 12 y 13 del Acto Legislativo No. 1 de 2003, se eliminó completamente el sistema del cociente electoral, o si éste se sigue aplicando en ciertos ámbitos. Tal indeterminación surge de lo siguiente:

1. El texto original del artículo 263 constitucional señalaba que se empleaba el sistema del cociente electoral para asegurar la representación proporcional de los partidos, "cuando se vote por dos o más individuos *en elección popular o en una corporación pública*".

Quiere decir lo anterior, que el mencionado sistema se aplicaba a dos tipos de elecciones: i) cuando se votara por 2 o más individuos en elección popular y ii) cuando las corporaciones públicas eligieran dos o más individuos.

En desarrollo del mandato del artículo 263 constitucional, la Ley 5ª de 17 de junio de 1992, publicada en el Diario Oficial No. 40.483, de 18 de junio de 1992, "Por la cual se expide el Reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes", dispuso en sus artículos 55, 63, 64, 309, 311, 327 y 373, que se integrarían, aplicando el sistema del cociente electoral, las Comisiones Legales señaladas para cada una de las Cámaras, la Comisión de los Derechos Humanos y Audiencias, la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista, la Comisión de Acreditación Documental, las Comisiones Especiales de Vigilancia, la Comisión Asesora de Crédito Público Interparlamentaria, la Comisión de Cuentas, la Comisión de Investigación y Acusación, la Comisión de Instrucción y la Comisión de Administración.

Los artículos 12 y 13 del Acto Legislativo No. 1 de 2003, por su parte, instituyeron la cifra repartidora, previo señalamiento de un umbral, como mecanismo para la asignación de curules o escaños entre los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos que inscriban listas de aspirantes a corporaciones públicas, pero nada dicen acerca del sistema de escrutinio que se aplica en los casos de elecciones de dos o más personas por parte de las corporaciones públicas, salvo en el artículo 14 del mismo Acto Legislativo, que modifica el artículo 264 de la Constitución, en cuanto señala que el Congreso en Pleno designará a los miembros del Consejo Nacional Electoral mediante el sistema de cifra repartidora entre las listas que presenten

los partidos o movimientos políticos con personería jurídica o por coaliciones entre ellos.

¿Que sentido debe darse entonces al silencio del constituyente derivado acerca del sistema de escrutinio que deben aplicar las corporaciones públicas al elegir sus dignatarios, o a otros servidores públicos de su competencia cuando sean 2 o más?.

1.1. La preferencia de un sistema de escrutinio frente a otro implica la preferencia de un tipo o forma de representación frente a otra. Y por razones de coherencia, de simetría del ordenamiento, es factible asumir que, tanto el Constituyente como el Legislador, se propusieron instituir una determinada forma de representación de los electores. El artículo 263 señalaba expresamente que el sistema del cuociente electoral se aplicaba para elegir dos o más individuos tanto en elección popular como en una corporación pública, y el hecho de que el Constituyente hubiera subrogado el artículo 263 mediante la expedición de los artículos 12 y 13 del Acto Legislativo, significa que quedó sin efecto alguno el mandato del anterior artículo 263 de aplicar el cuociente electoral en las elecciones de miembros de corporaciones públicas o en las que éstas efectúen. De modo que, la falta de mandato expreso del constituyente para que se aplique el sistema de cifra repartidora a las elecciones que efectúen los miembros de las corporaciones públicas no puede ser tomado como una autorización para que se siga aplicando en las mismas el sistema del cuociente electoral, pues sería interpretar el Acto Legislativo como una invitación a la incoherencia.

Como consecuencia de una interpretación como la anterior, habría que considerar inconstitucionales algunas normas legales, entre ellas las de la Ley 5ª de 1992, que señalan que se aplicará el cuociente electoral para la designación de los miembros de las diversas comisiones de Cámara y Senado.

Por otra parte, es claro que el artículo 263 constitucional, subrogado por los artículos 12 y 13 del Acto Legislativo No. 1 de 2003, no se

aplica a la elección de representantes por la circunscripción especial indígena regulada en el artículo 171 *ibídem.*, no tocada por la reforma, en cuanto establece su elección por cuociente electoral, sin sujeción a norma alguna sobre umbral.

1.2. Una segunda formulación sobre el probable significado del silencio que guardó la reforma sobre el sistema de escrutinio aplicable a las elecciones de 2 o más individuos que deban realizarse por parte de las corporaciones públicas, puede ser el de entender que al señalarse, al final del artículo 12 del Acto Legislativo No. 1 de 2003, que modificó el artículo 263 constitucional, que "La Ley reglamentará los demás efectos de esta materia", defirió al Legislador la regulación del sistema aplicable en todos los aspectos no considerados en la Constitución; ley que, de acuerdo con el literal c) del artículo 152 de la Constitución, debe tener el carácter de estatutaria. Y mientras ello no ocurra, será necesario pensar de qué manera se colma el vacío normativo. Podría avanzarse que la norma aplicable en relación con el escrutinio sería la del artículo 263 constitucional y cuando ninguno de los partidos alcance el umbral se aplica igualmente el escrutinio mediante cifra repartidora.

2. El párrafo transitorio del artículo 12 del Acto Legislativo examinado otorgó al Consejo Nacional Electoral la facultad de reglamentar lo pertinente, a efectos de aplicar las normas de la Reforma Política a las elecciones de autoridades de las entidades territoriales que se celebrarían en octubre de 2002. Y, en un segundo inciso del mismo, dispuso:

En las circunscripciones electorales donde se elijan dos (2) curules se aplicará el sistema del cuociente electoral, con sujeción a un umbral del treinta por ciento (30%), del cuociente electoral.

La justificación del carácter transitorio del precepto contenido en el inciso primero salta a la vista, en tanto que la transitoriedad del segundo inciso ofrece serios cuestionamientos. ¿Deberá entenderse que, por un error de técnica del Constituyente, el inciso segundo aparece bajo el

acápites de un párrafo transitorio, o lo contrario, que una y otra disposiciones son transitorias, y a la fecha agotaron su vigencia.?

Para aclarar el sentido que debe asignarse a los preceptos enunciados, con fundamento en el artículo 27 del Código Civil, que indica al intérprete recurrir a la intención o espíritu manifestado en la historia fidedigna de su establecimiento, he acudido a examinar el origen de la reforma.

El acto Legislativo No. 1 de 2003 resultó de la acumulación de tres proyectos de Actos Legislativos. En efecto, el 20 de julio de 2002, un grupo de Senadores radicó en la Secretaría General del Senado de la República un proyecto de Acto Legislativo "por el cual se adopta una reforma política constitucional y se dictan otras disposiciones"; que fue publicado en la Gaceta del Congreso No. 303 del 29 de julio de 2002, y se proponía modificar algunos aspectos de la estructura del Estado en cuanto a la organización electoral y los períodos institucionales, el funcionamiento del Congreso y régimen de los Congresistas, el régimen electoral, instrumentos contra la corrupción, determinación del presupuesto, y la reforma de la Constitución. El 15 de agosto de 2002, otro grupo de Senadores radicó en la Secretaría General del Senado de la República un proyecto de Acto Legislativo "por el cual se adopta una reforma política constitucional", el cual, con la respectiva exposición de motivos, fue publicado en la Gaceta del Congreso No. 344 del 20 de agosto de 2002. Los temas centrales de este proyecto se relacionaban con el régimen de los partidos, una modificación al artículo 122 para establecer una inhabilidad para ser designado servidor público, otras aludían al funcionamiento del Congreso y al régimen de los Congresistas, régimen electoral, y al presupuesto. Tal como consta en la Gaceta del Congreso No. 406 del 1º de octubre de 2002, los proyectos de Acto Legislativo No. 01, 03 y 07 de 2002 fueron acumulados; éste último fue otro proyecto de iniciativa del Congreso y con propuestas semejantes.

Durante el trámite de la primera legislatura, las Comisiones Primeras Constitucionales y las Plenarias de Cámara y Senado discurrieron sobre

distintas fórmulas de asignación de curules en las corporaciones públicas, y así se llegó a la aprobación en primera vuelta de un texto conciliado, confuso y contradictorio.⁴

El artículo 18 del mismo modificaba el artículo 171 constitucional y disponía que el Senado de la República estaría integrado por 81 senadores elegidos en circunscripción nacional de las listas que obtuvieran un umbral del 2% de los votos emitidos válidamente, a las que se aplicaría el sistema de cuociente electoral establecido en el artículo 263 de la Constitución, calculado con base en el total de los votos válidos obtenidos por estas listas; 2 elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas por el sistema de cuociente electoral, y 4 en circunscripción nacional especial para minorías políticas elegidos en la forma que la ley definiera.

Dispuso en un párrafo transitorio que, si transcurrido un año de vigencia del presente Acto legislativo, el Congreso no hubiere aprobado la ley para la elección de minorías políticas, el Presidente de la República la expedirá por Decreto en los tres meses siguientes.

El artículo 19 del proyecto modificaba el artículo 176 de la Constitución, y señalaba que la Cámara de Representantes se elegiría en circunscripciones territoriales mediante el sistema de cifra repartidora, y especiales (3 para minorías políticas, 2 para comunidades negras, 1 para comunidades indígenas y 1 para los colombianos que residan en el exterior, a las que no señaló un sistema especial de asignación de curules. Agregaba que para tal efecto las asambleas departamentales, los concejos municipales y distritales y las juntas administradoras locales debían aplicar un umbral del 50 % del cuociente electoral y a las listas que lo alcanzaran se aplicaría el cuociente electoral dispuesto en el artículo 263 de la Constitución, calculado sobre el total de votos válidos emitidos para estas listas, y si ninguna lista superaba dicho umbral se asignarían todas las curules mediante el sistema de cifra repartidora.

⁴ Gaceta No. 32 de 2003.

La tendencia a establecer diversos métodos de distribución de curules para cada corporación y al interior de ella a cada forma de circunscripción electoral cambió en la segunda vuelta, pues ni las Comisiones ni las Plenarias volvieron a aprobar textos semejantes a los anteriores; por el contrario, aprobaron en todos los debates en segunda vuelta un texto, conforme al cual se asignarían las curules mediante la aplicación de una cifra repartidora a las listas que superaran un umbral, que para Senado se fijó a lo largo de la segunda vuelta en el 2% y para las demás corporaciones en el 50 % del cociente electoral.⁵

En el único debate en que se aprobó una excepción al método anterior fue en el último de la sesión plenaria de la Cámara de Representantes⁶, en que se aprobó el texto que luego fue acogido por la Comisión de Conciliación y hace parte del inciso segundo del párrafo del artículo 12 del Acto Legislativo No. 1 de 2003, de acuerdo con el cual "en las circunscripciones donde se elijan 2 curules se aplicará el sistema del cociente electoral con sujeción a un umbral del 30% del cociente electoral".

El texto del inciso primero del párrafo transitorio apareció por primera vez en el pliego de modificaciones que los ponentes presentaron ante la Comisión Primera de la Cámara de Representantes⁷, en donde se establecía que, "sin perjuicio del ejercicio de las materias propias del Congreso de la República, para las elecciones de autoridades de las entidades territoriales que sigan a la entrada en vigencia del acto Legislativo, facúltase al Consejo Nacional Electoral para que dentro del mes siguiente a su promulgación se ocupe de regular el tema".

⁵ Las Gacetas del Congreso Nos. 103 de 22 de abril de 2003 y 190 de 7 de mayo del mismo año contienen los textos aprobados en primero y segundo debate en la segunda legislatura por la Comisión Primera y la Plenaria del Senado, respectivamente, y las Gacetas Nos. 271 de 11 de junio de 2003 y 301 de 18 de junio de 2003 los textos aprobados en primero y segundo debate en la segunda legislatura por la Comisión Primera y la Plenaria de la Cámara, respectivamente.

⁶ Gaceta del Congreso No. 301 de 18 de junio de 2003.

⁷ Gaceta del Congreso No. 1 de 11 de junio de 2003.

No se encuentra en las actas de las sesiones de la Cámara ni del Senado, ni en los textos que aprobaron durante la segunda legislatura, mención clara de la razón por la cual se incorporó el inciso segundo dentro del párrafo transitorio. En la gaceta número 378 del 31 de julio de 2003, consta que se discutieron temas, como el efecto de proponer solo dos candidatos en las circunscripciones que eligieran ese número de representantes, en cuanto si ocurría algún motivo de falta absoluta no habría lugar a reemplazar al elegido; al efecto que tendría, en una circunscripción de dos elegidos, el hecho de que solo el partido mayoritario alcanzara el umbral del 50% de los votos sufragados, con lo cual impediría la representación de las minorías; temas que fueron tratados antes de que se aprobara el inciso que dispone que, si ninguno de los partidos alcanza el umbral, se adjudican las curules por cifra repartidora, que parecía dar respuesta al segundo interrogante. A continuación consta que se aprobó una proposición que contiene el texto del inciso segundo del párrafo transitorio, como una fórmula intermedia entre el umbral del 50 % y la ausencia total de umbral para aplicar en las elecciones donde se elija a dos representantes.

Como ni la interpretación gramatical ni el estudio de la historia de la norma arrojan claridad plena sobre el alcance del inciso segundo del párrafo transitorio del artículo 12 del Acto Legislativo No. 1 de 2003, en las reflexiones que siguen se tienen en cuenta los fines que se propuso con la reforma el Constituyente derivado, más claros y explícitos, y la interpretación sistemática de la Constitución.

2.1. El carácter transitorio del primer inciso del párrafo se justifica por el hecho de que las elecciones de corporaciones públicas en el nivel territorial debían efectuarse en octubre de 2003; si se quería aplicar el contenido de la reforma a las mismas, era previsible que una ley estatutaria, como la que debe reglamentar las funciones electorales, conforme con el literal c del artículo 152 constitucional, no alcanzaría a ser expedida por el Congreso, en el cual radica dicha competencia constitucional.

Pero el contenido del inciso segundo de dicho párrafo suscita serias dudas sobre el carácter transitorio que pueda tener, toda vez que se refiere a una situación fáctica que no está relacionada precisamente con las elecciones de las entidades territoriales dado que, por mandato legal, ninguna corporación administrativa de elección popular territorial (Concejos y Asambleas) está integrada por dos representantes y, por el contrario, existen Departamentos que eligen dos representantes a la Cámara (circunscripción territorial), conforme al artículo 176 de la Constitución, que prevé ese número como representación básica para cada una de las circunscripciones, susceptible de incrementarse por razón de la población.

La elección de 2 curules en la circunscripción correspondiente a las comunidades negras también estaría sujeta a la regulación del inciso segundo del párrafo transitorio, mientras esté vigente la Ley 649 de 27 de marzo de 2001⁸, publicada en el Diario Oficial No. 44.371 del 28 de marzo del mismo año, "Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia":

Artículo 1o. De conformidad con el artículo 176 de la Constitución Política habrá una circunscripción nacional especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior.

Esta circunscripción constará de cinco (5) curules distribuidas así: dos (2) para las comunidades negras, una, (1) para las comunidades indígenas, una (1) para las minorías políticas y una (1) para los colombianos residentes en el exterior.

⁸ La circunscripción especial para grupos étnicos y minorías políticas se redujo a 4 representantes a la Cámara, a partir de la entrada en vigencia del Acto Legislativo Nr.02 de 2005, disposición modificada en el Acto Legislativo Nr. 03 de 2005 que volvió a la regulación anterior.

Luego, si por tantas razones como las señaladas, se han de elegir 2 curules en circunscripciones electorales especiales para Cámara de Representantes, en virtud de un tratamiento especial por parte del Constituyente, y si las mismas no guardan relación con las razones coyunturales que justificaban el carácter transitorio del primer inciso del párrafo examinado, resulta plausible sostener que se trató de un defecto técnico en la redacción del texto, y que el inciso segundo de dicho párrafo continúa rigiendo y obliga a aplicar el cuociente electoral cuando se vote por dos curules en todas las elecciones que se celebren con posterioridad a la entrada en vigencia de la Reforma Política.

2.2. Resulta igualmente plausible sostener una tesis distinta, en términos de que no se trata de un error técnico, y que el párrafo transitorio agotó su vigencia, conclusión que nos remitiría a la aplicación de la norma general del artículo 263 en los términos en que quedó luego de ser subrogado por el artículo 12 del Acto Legislativo Nr. 01 de 2003 y el Artículo 263 A introducido a la Constitución Política por el artículo 13 ibídem. Vale decir, que las curules deberán adjudicarse a los partidos y movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos que hayan obtenido el umbral y la cifra repartidora en los términos y condiciones previstos en las normas citadas y "cuando ninguna de las listas de los aspirantes supere el umbral, las curules se distribuirán de acuerdo con el sistema de cifra repartidora."

Las dos conclusiones enunciadas no suscitarían ninguna inquietud si no fuera por la diferencia sustancial que existe entre el sistema de escrutinio por cuociente electoral y el fundado en la cifra repartidora.

Sin embargo la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia del 31 de Agosto de 2006, expedida luego de escrito este texto, decidió que el inciso segundo del párrafo transitorio conserva su vigencia. Exp. 110010328000200600032-00 Interno 3963. Demandante Campo Elías Vega Goyeneche Vs. Representantes a la Cámara por el Vaupés.

3. Otro tema de interés es el relacionado con la introducción en la reforma del párrafo primero, al artículo 258 de la Constitución, que establece que deberá repetirse la elección de corporaciones públicas, alcalde, gobernador o la primera vuelta de la elección presidencial, cuando los votos en blanco alcancen mayoría absoluta en relación con los votos válidos. En primer, lugar porque en el nuevo sistema de escrutinio los votos en blanco no cuentan para ningún efecto en la determinación de votos por curules, a diferencia del sistema anterior que les daba el carácter de válidos y debían tenerse en cuenta para determinar el cociente electoral; en segundo lugar, porque los antecedentes de elecciones recientes originaron situaciones confusas, como la elección de senadores celebrada en el año 2002 en que no se previó en el tarjetón casilla para marcar los votos en blanco que fueran depositados por la circunscripción especial indígena, y la reciente de 2006, cuando se incluyeron en el tarjetón sendos espacios para marcar los votos en blanco de la circunscripción ordinaria y de la especial indígena, y dio como resultado un gran número de votos en blanco por ésta última, muy superior al de los votos depositados por candidatos. Ello se atribuyó, según algunos analistas, a la localización del espacio para el voto en blanco de la circunscripción especial indígena en la parte final del tarjetón, lo que indujo en error a los votantes de ambas circunscripciones, quienes marcaron el voto en blanco indígena. El CNE sumó los votos en blanco de ambas circunscripciones (ordinaria y especial indígena) y como el resultado no alcanzó la mayoría absoluta frente al número de los depositados por candidatos en ambas circunscripciones, desechó las pretensiones de anular la respectiva elección. Circunstancias más propicias de tiempo y lugar permitirían realizar observaciones de más profundidad sobre este tema tan interesante de la reforma.

Por lo demás, el sistema de cifra repartidora obliga a revisar si la jurisprudencia elaborada por parte del Consejo de Estado en torno al principio de la eficacia del voto se adapta al nuevo sistema de escrutinio o si, por el contrario, exige nuevos ajustes y desarrollos.

III. EL PRINCIPIO DE LA EFICACIA DEL VOTO.

Este principio se aplica en la jurisprudencia de la Sección Quinta en relación con la decisión de los contenciosos de nulidad de elecciones por causales de impugnación prevista en los numerales 1 y 2 del artículo 223 del C.C.A., que establece:

"Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguiente casos:

- 1.- Cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores o destruido o mezclado con otras las papeletas de votación, o estas se hayan destruido por causa de violencia.⁹*
- 2.- Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación;*

Por su parte, el artículo 1º del Código Electoral, prescribe:

ART. 1º—*El objeto de este código es perfeccionar el proceso y la organización electorales para asegurar que las votaciones traduzcan la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos y que los escrutinios sean reflejo exacto de los resultados de la voluntad del elector expresado en las urnas.*

En consecuencia, el Consejo de Estado, el Consejo Nacional Electoral y, en general, todos los funcionarios

⁹ Por razones de tiempo y espacio no se extienden estas notas al efecto de la aplicación del principio de la eficacia del voto en relación con los juicios de nulidad por la causal del artículo 223 numeral 1.

de la organización electoral del país, en la interpretación y aplicación de las leyes, tendrán en cuenta los siguientes principios orientadores:

"1.-..."

"2.-...".

3. Principio de la eficacia del voto. Cuando una disposición electoral admita varias interpretaciones se preferirá aquella que dé validez al voto que represente expresión libre de la voluntad del elector.

"4.-...".

5. Principio de la proporcionalidad. Dentro del marco del sistema del cuociente electoral, las corporaciones escrutadoras asegurarán la representación proporcional de los partidos y grupos políticos expresada en las urnas, conforme al artículo 172 de la Constitución Nacional.

Es claro que las normas transcritas fueron promulgadas bajo la vigencia del sistema de cuociente electoral, que se aplicó en nuestro medio desde la Constitución de 1886 y dio lugar al desarrollo de la jurisprudencia del Consejo de Estado que fijó el sentido y alcance del referido principio, atendiendo a las características propias de dicho sistema de escrutinio.

En el mismo orden, es evidente que la norma del artículo 1 del Código Electoral ha sido parcialmente derogada. Así, el denominado "principio de proporcionalidad" que debe ser garantizado no es el referido al cuociente electoral que establecieron en su momento el artículo 172 de la Constitución de 1886 y el artículo 263 de la Constitución de 1991, en su texto original, sino el tipo de proporción que resulta de la aplicación del sistema de cifra repartidora previo acceso al umbral que instituyeron los artículos 12 y 13 del Acto Legislativo No. 1 de 2003.

El principio de la eficacia del voto, por su parte, formulado en términos abstractos, no puede entenderse derogado pues constituye una expresión del principio pro libertate que, de acuerdo con la jurisprudencia, implica que debe preferirse la interpretación de las normas jurídicas que garanticen el más amplio ejercicio de los derechos y libertades de las personas, en este caso referido a los derechos constitucionales fundamentales de naturaleza política (elegir y ser elegido).

La Sección Quinta del Consejo de Estado debió decidir, con posterioridad a la expedición del Acto Legislativo que instituyó la Reforma Política, tanto demandas de nulidad de elecciones regidas por el sistema del cuociente electoral, porque se celebraron antes de la vigencia de dicho Acto Legislativo, como demandas de nulidad de elecciones declaradas en vigencia del sistema electoral de umbral y cifra repartidora. En estos últimos se inició una revisión de la jurisprudencia que apenas comienza a perfilarse a efectos de ajustarla a las exigencias del nuevo sistema.

Para una mejor comprensión de las perspectivas que se abren en la interpretación del principio de la eficacia del voto se reseñará a continuación la jurisprudencia que hasta ahora ha sostenido la Sección Quinta del Consejo de Estado sobre el tema en el contexto del sistema del cuociente electoral, y se señalarán los problemas que le plantea a la jurisprudencia tradicional el sistema de umbral y cifra repartidora.

IV. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA EFICACIA DEL VOTO EN EL SISTEMA DE CUOCIENTE ELECTORAL .

Frente al imperativo de invalidar los votos depositados por los ciudadanos cuando se emitan con violación del ordenamiento jurídico, la Sección Quinta ha sostenido que, en aplicación del principio de la eficacia del voto, solo en el evento en que el número de votos depositados ilegalmente tengan la entidad cuantitativa suficiente para modificar el resultado de la elección declarada y enjuiciada se podrá

anular la elección. Que este debe ser el correcto entendimiento del precepto del artículo 223.1. 2 del C.C.A.

En efecto, la norma referida ordena perentoriamente anular la elección donde "... aparezca que el registro es falso o apócrifo o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación" lo que implica, atendido su tenor literal, que la existencia de un solo voto falso debía determinar la nulidad de la elección. Se trataba entonces para el juez de la necesidad de encontrar, merced a la aplicación del principio de la eficacia del voto, una interpretación que permitiera dar validez a los votos legítimos emitidos en la elección en que el correspondiente registro electoral estuviera afectado parcialmente por comprobarse la existencia de algunos votos falsos, y se llegó a la doctrina enunciada.

Cuando se declare la nulidad de la elección se deben excluir del escrutinio los votos depositados en las mesas donde se compruebe que hubo votos fraudulentos. La exclusión de la totalidad de votos de las mesas afectadas con votos falsos independientemente del número de éstos como de los que siendo legítimos se excluyan y de los candidatos a quienes favorezcan estos últimos, se funda en el mandato del artículo 226 del C.C.A.¹⁰

Dicho precepto, claro y expreso, no permite otro entendimiento y ha dado lugar a que se cuestione duramente la jurisprudencia con acusaciones como la que sostiene que lejos de aplicar el principio de la eficacia del voto está atentando contra el derecho constitucional fundamental del sufragio, cuando por razón de la existencia de un solo voto falso excluye del escrutinio los restantes depositados legítimamente en la mesa de votación. Al respecto se debe precisar que en el estado actual del ordenamiento jurídico y dada la exequibilidad declarada del artículo 226, no existe para el intérprete solución alguna distinta de su

¹⁰ El artículo 226 del C.C.A. fue objeto de juzgamiento de constitucionalidad en la Sentencia C-142 de 2001 en relación con los efectos que establece por la ocurrencia de las causales de nulidad del artículo 223 *ibídem* y encontrado exequible por la Corte Constitucional.

inaplicación, que solo procedería por la presunta violación de normas de la Constitución frente a las cuales no existe cosa juzgada constitucional absoluta. Ello, sin embargo, implicaría, en determinadas hipótesis, la desaparición del control judicial del fraude electoral, con sacrificio del verdadero resultado electoral y valores como la transparencia y confiabilidad del mecanismo de las elecciones.

Efectivamente, sin exclusión de votos afectados en ninguna proporción carecería de objeto practicar nuevo escrutinio y consecuentemente no habría lugar a declarar una nueva elección. Es claro, por otra parte, que la exclusión de votos en la proporción que se establezca debe ser determinada por el legislador, y el juez, por más prudente y sabio que sea, no puede fijar a su arbitrio la proporción que estime más apropiada contrariando la norma que ordena excluir la totalidad de los depositados en las mesas afectadas.

Según la jurisprudencia examinada, para establecer en cada proceso si el número de votos depositados ilegalmente tiene la entidad cuantitativa suficiente para modificar el resultado de la elección acusada en el caso de elecciones de corporaciones públicas, se determina la diferencia entre los votos obtenidos por el candidato elegido con el menor número de votos y los obtenidos por quien le seguía en votación y no resultó elegido; si el número de votos ilegales es mayor que esa diferencia, se entiende que afectó el resultado de la elección declarada y enjuiciada y, por tanto, debe anularse ésta, ordenar la práctica de un nuevo escrutinio con exclusión de los registros de las mesas donde se computaron los votos falsos, y declarar la elección que resulte con arreglo al nuevo escrutinio.

V. EL PRINCIPIO DE LA EFICACIA DEL VOTO EN EL CONTEXTO DEL SISTEMA DE UMBRAL Y CIFRA REPARTIDORA.

En principio, la consideración esencial de la jurisprudencia de la Sección Quinta examinada, esto es, la de que solo cuando el número de votos irregulares pueda producir una modificación del resultado electoral

enjuiciado debe declararse su nulidad debe ser mantenida en vigencia del sistema de cifra repartidora, pues no resulta razonable desconocer la legalidad de la elección por la existencia probada de irregularidades que no tengan eficacia alguna para alterar la voluntad mayoritaria de los electores manifestada en las urnas. Al respecto, es necesario recalcar que, antes de la reforma como ahora, se carece de una norma jurídica que determine al juez cuál es el número de votos necesario y suficiente para declarar la nulidad de una elección.

Por otra parte, se observa que el nuevo sistema de escrutinio obliga a considerar nuevas circunstancias para determinar en qué eventos debe entenderse que un resultado electoral puede ser modificado por el registro de votos depositados irregularmente.

Saltan a la vista las siguientes:

1. Incidencia de los votos irregulares sobre el umbral.

Es posible que un número determinado de votos fraudulentos tenga la entidad cuantitativa suficiente para modificar el umbral de uno o más partidos que, según el artículo 12 del Acto Legislativo No. 1 de 2003, debe ser superado por las listas de éstos para acceder al reparto de curules, de acuerdo con la cifra repartidora.

Dicho umbral, conforme a su regulación constitucional, corresponde a un número de votos que no podrá ser inferior al dos por ciento (2%) de los sufragados para el Senado de la República, ni al cincuenta por ciento (50%) del cuociente electoral en el caso de las demás corporaciones.

Es evidente que la comprobación en juicio de la existencia de votos falsos que modifique el umbral daría lugar a que alguno de los partidos, movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos que, conforme a la elección declarada, tuvo derecho a acceder a curules, pierda ese derecho.

Esta primera circunstancia daría lugar a declarar la nulidad de la elección, y a la práctica de un nuevo escrutinio en el que algunos partidos pueden ser excluidos y otros incluidos en el reparto de curules. Ello constituye la mayor afectación que pueda derivarse de una sentencia del contencioso electoral.

2. Incidencia de los votos irregulares sobre la cifra repartidora.

Es posible, así mismo, que un número determinado de votos registrados ilegalmente tenga la entidad cuantitativa suficiente para modificar, no ya el umbral en los términos descritos antes, sino la cifra repartidora.

Significa lo anterior que, sin que se afecte el derecho obtenido por los partidos de acceder al reparto de curules por no haberse afectado el umbral declarado en la elección, pueden afectarse el orden de elegibilidad de algunos de sus representantes y la elección de algunos de ellos. Al margen de todas las incidencias que puedan generarse como consecuencia del cambio de la cifra repartidora es claro que este hecho debe dar lugar a la anulación de la elección y a la realización de un nuevo escrutinio.

3. Incidencia de los votos irregulares sobre la distribución de curules al interior de una lista.

Es previsible también que dentro de un proceso de nulidad electoral se pruebe que se registraron ilegalmente votos de ciudadanos o que se dejaron de incluir, en proporción suficiente para modificar el resultado de las elecciones declaradas, no ya a nivel de umbral o de cifra repartidora, sino al interior de alguna de las listas que tuvieron derecho a curules conforme al acto administrativo que declaró elegidos a los miembros de una corporación pública. Evidentemente las listas cerradas no serán afectadas por la nulidad de algunos votos, toda vez que el resultado seguirá siempre favoreciendo al cabeza de lista. En las listas con voto preferente la afectación se traduce en que debe acceder a la representación quien haya obtenido el mayor número de votos preferentes, si se anula la elección de quien haya sido declarado elegido.

4. Incidencia de los votos irregulares sobre el umbral, la cifra repartidora y las listas en particular.

Hasta ahora hemos enunciado casos en los cuales sea previsible que el registro de votos ilegales o la omisión ilegal de su cómputo, tengan la entidad cuantitativa suficiente para afectar los elementos enunciados por separado, sin que afecten a los demás. Pero también es previsible que dentro de un proceso electoral se concluya que la exclusión o inclusión de votos en los registros electorales modifiquen, al tiempo, dos o más de los elementos señalados.

En orden a examinar las consecuencias de aplicar la solución tradicional que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha aplicado resulta de primordial importancia examinar concretamente si los artículos 247 y 226 del C. C. A., que disponen que decretada la nulidad de una elección y de las actas de escrutinio de las mesas en donde se comprobó la existencia de votos falsos, debe ordenarse la práctica de un nuevo escrutinio en el que se excluirán los registros de dichas mesas del cómputo general, son aplicables a las situaciones de hecho descritas y en ese entendido, cuál sería el más probable efecto de dicha aplicación.

Se observa, en primer lugar, que si el número de votos falsos es de tal entidad que afecta el umbral de algunos partidos y la cifra repartidora, pese a que la aplicación del artículo 226 del C.C.A. tiene el efecto de excluir un elevado número de votos legítimos, con resultados inciertos sobre el total de las votaciones obtenidas por candidatos y partidos y por ende de la elección misma, su aplicación podría sostenerse, inclusive con los mismos argumentos con que se ha venido aplicando hasta ahora en casos similares en el marco del escrutinio por cociente electoral.

Sin embargo, aparte de que lo anterior se revela de suyo problemático, sí se advierte una gran desproporción e irrazonabilidad si se aplica la norma del artículo 226 del C.C.A. en el caso de un proceso de nulidad electoral donde se establezca que un número de votos irregulares, por su cantidad, solo tendría el efecto de modificar el resultado de la elección

declarada al interior de una lista, porque al excluir las mesas de votación donde se registraron votos falsos se podrían modificar el umbral y la cifra repartidora, y afectar con ello a partidos y candidatos que ni siquiera han sido demandados, y la exclusión de éstos otorgaría a listas nuevas el derecho de participar en el reparto de curules. En una hipótesis tal, la aplicación del artículo 226 en armonía con el 247 *ibídem* daría lugar a la anulación de la elección de que se trate, la práctica de nuevo escrutinio con exclusión de los registros en que se computó al menos un voto falso y a proceder a declarar la elección conforme al resultado del mismo, lo que, sin justificación jurídica razonable, determinaría la nulidad de elecciones de personas contra las cuales ni siquiera hubo cargos en la demanda. Pero las consecuencias no se quedarían en ese punto, toda vez que el partido que, por efecto de situaciones como la examinada, pierda el umbral no solamente perdería la curul de uno de sus elegidos sino la de toda la bancada.

Un escenario como el descrito, en que resulta previsible que el número de votos registrados ilegalmente no altera el umbral ni la cifra repartidora, pero la exclusión de todos los votos registrados en las actas en que se computaron aquellos sí, pone en evidencia que los artículos 226 y 247 del C. C. A. constituyen reglas cuya compatibilidad con la regulación constitucional del nuevo sistema de escrutinio aparece ciertamente en entredicho.

Para salvar un tal obstáculo podría optarse por alguna de las siguientes soluciones:

i) Disponer en la sentencia que en el escrutinio que se realice debe respetarse el derecho que los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos tienen de distribuirse las curules conforme al umbral y cifra repartidora originales, por estar probado que los votos irregulares no los afectan, y que la exclusión de los registros donde se computaron votos fraudulentos solo se extienda a aquellas mesas de votación donde aparecieron votos falsos que reúnan a su vez la

condición de haberse registrado a favor de las listas en cuyo interior pudiera haber modificaciones.

Lo anterior significa que el artículo 226 del C.C.A., encontrado exequible por la Corte Constitucional frente a la acusación de violación presunta de 76 artículos de la Carta y del Preámbulo, no ha sido juzgado frente al texto de los nuevos artículos 263 y 263A que instituyeron el nuevo sistema de escrutinio, y en cuanto su aplicación vulnere éste, procede su inaplicación con fundamento en el artículo 4 de la Constitución Política.

Esta opción al alcance del juez y de la cual no puede sustraerse al decidir un asunto de la naturaleza del comentado, si bien se fundamenta en el ordenamiento jurídico vigente, no constituye en rigor una solución si se tiene en cuenta que merced a la entrada en vigencia de las competencias reguladas en la Ley 446 de 1998 con el inicio de operaciones de los jueces administrativos a partir del 1 de agosto del año en curso, existirán en adelante 257 jueces que decidan en primera instancia contenciosos electorales cuyos fallos podrán ser apelados ante los Tribunales Administrativos; éstos decidirán en sentencias definitivas, las cuales, ante la supresión del recurso extraordinario de súplica por parte de la Ley 954 de 2005, vigente a partir del 28 de abril del mismo año, fecha de su promulgación en el Diario Oficial, no serán conocidas a ningún título por el Consejo de Estado.

Así, resulta perfectamente posible que los Tribunales Administrativos, en número de 26, adopten jurisprudencias uninformes en relación con los distintos contenciosos sobre elección de alcaldes y miembros de concejos municipales de ciudades que no sean capitales de Departamento, miembros de juntas administradoras locales de todos los municipios y todas las elecciones y nombramientos realizados en el territorio municipal. Aspectos tales como la determinación del número de votos falsos que autoriza declarar la nulidad de una elección, así como inaplicar el artículo 226 del C.C.A. pueden ser objeto de diferente tratamiento por parte de los distintos Tribunales, y ello implicaría una

gran inseguridad jurídica en desmedro de la justicia y la respetabilidad de las decisiones judiciales.

ii) Extremarse, por vía jurisprudencial, las exigencias de determinación de los hechos, del concepto de la violación y de las pretensiones de la demanda a fin de que, para fijar el marco de la litis, el demandante señale si lo que pretende es la declaración de nulidad de la elección de uno o varios de los miembros de una lista en particular, la modificación del umbral y por tanto el derecho de partidos o movimientos políticos a participar de la distribución de curules, o la modificación de la cifra repartidora y el derecho a obtener un número determinado de curules para una lista. En tal perspectiva, la sentencia, que debe observar el principio de congruencia, no quedaría expuesta a afectar determinaciones de votaciones y escrutinio que no estuvieran previamente acusadas y comprobadas en juicio.

Ahora, como antes, sigue gravitando sobre el fenómeno examinado la ausencia de una norma jurídica que establezca cuál es el número de votos falsos que autorizan al juez a decretar la nulidad de una elección, y cuál la solución que permita sancionar la violación que consiste en pervertir las elecciones con la introducción de votos falsos, en forma proporcional a los beneficios que pudieran obtener los candidatos que eventualmente se beneficien con ello, más una sanción.

Es necesario que el Legislador adopte a la mayor brevedad posible una norma que establezca, por ejemplo, que en el evento de acreditarse la existencia de votos falsos en una mesa de votación se excluirán a cada candidato un número de votos equivalente a una proporción alta de los emitidos en la respectiva mesa. Así, el establecimiento de esta especie de sanción por la falsedad ayudará a preservar la integridad de las elecciones en la medida en que constituya interés de los actores políticos la salvaguarda de la transparencia de las mismas. Se dirá que resulta ingenuo pensar que la pérdida de una proporción de los votos no produce ningún efecto, en la medida en que no lo ha producido la regulación actual, que ordena excluir la totalidad de los votos emitidos en la mesa.

Creo, sin embargo, que la iniciativa de introducir cierta racionalidad al tratamiento del asunto puede generar una respuesta igualmente racional, a diferencia de la sanción legal de excluir todos los votos legítimos e ilegítimos, cuya irracionalidad ha llevado a los agentes políticos a expresar, igualmente en forma inconsecuente, la acusación contra los jueces de que conculcamos ilegítimamente el derecho de voto de los ciudadanos, porque aplicamos la ley con el alcance que le dio el fallo de constitucionalidad.

VI. EL PRINCIPIO DE LA EFICACIA DEL VOTO EN LAS CIRCUNSCRIPCIONES ESPECIALES.

Un tema final tiene que ver con las circunscripciones especiales y la aplicación del principio de la eficacia del voto, en la medida en que se pretenda la nulidad de una elección por circunscripción especial con base en acusaciones indistintas de falsedad de registros electorales que incluyan mesas de votación donde se hayan depositado votos por dicha circunscripción y por la circunscripción nacional ordinaria.

La Constitución ha previsto en el artículo 171 que el Senado estará integrado, además de miembros elegidos por circunscripción nacional, por 2 senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas, y en el artículo 176, que la Cámara de Representantes se elegirá por circunscripciones territoriales y especiales y una internacional; dispuso, además, que la ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas, mediante la cual se podrán elegir hasta cuatro representantes, y que para los colombianos residentes en el exterior habrá una circunscripción internacional en que se elegirá un representante. Dichas circunscripciones han sido reguladas por la ley.

Nuestro sistema electoral no obliga a que los ciudadanos que voten en dichas circunscripciones se registren en un censo especial ni separa geográfica ni temporalmente el proceso de votación y de escrutinio

por circunscripciones, pues los ciudadanos concurren en el mismo día y en las mismas locaciones a votar por candidatos de circunscripción nacional, territorial o especial, utilizando idénticas tarjetas electorales y mesas de votación y sus votos se escrutan al tiempo y con el mismo tipo de pliegos electorales.

Ello, sin duda, asegura el principio del secreto del voto. No obstante, los votos de cada circunscripción se escrutan y se computan por separado para efectos de calcular, sea el cuociente electoral o el umbral y declarar las elecciones, para lo cual solo se tienen en cuenta los votos depositados por candidatos de las mismas circunscripciones.

De manera que, cuando se demanda la nulidad de una elección por circunscripción especial, será necesario tener en cuenta que los votos falsos que adquieran entidad cuantitativa suficiente para determinar la nulidad de la elección y que afecten mesas que en aplicación del artículo 226 del C.C.A. deban excluirse, solo pueden ser aquellos que correspondan a la respectiva circunscripción, sin incluir los que, acusados y comprobados, hayan sido depositados por una circunscripción diferente. Incluyo este señalamiento, pese a que resulta obvio, con el ánimo de llamar la atención a quienes deben aplicar las normas electorales y no están familiarizados con esta problemática.

LA JUSTICIA, LA PAZ Y EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO.

Luis Javier Moreno Ortiz

SUMARIO: § 1. Introducción. § 2. Vigencia de la ley de justicia y paz. § 3. Análisis de la sentencia C-319 de 2006. § 4. Estructura de la sentencia C-370 de 2006. § 5. Apuntaciones metodológicas. § 6. Los 37 apartes del decisorio. § 7. Las decisiones inhibitorias. § 8. Las decisiones sobre aspectos formales.

§ 1. INTRODUCCIÓN.

Uno de los más significativos acontecimientos de los últimos tiempos ha sido el proceso de paz iniciado con los grupos de autodefensa, también conocidos como "paramilitares". Modificando sustancialmente la tradición jurídica del país, prolija en amnistías e indultos, por medio de la ley 975 de 2005, se asumió la opción política de establecer un sistema punitivo alternativo, menos severo que el ordinario, como marco de referencia para el juzgamiento de los delitos cometidos por los miembros de dichos grupos y de los demás actores del perverso conflicto que vivimos.

La precitada ley procura evitar dos perniciosos extremos: la impunidad y el conflicto. Se busca terminar el estado de cosas antijurídico y criminal, en el que los grupos armados, de cualquier vinculación o extracción, aparecen como protagonistas, con sustento en el derecho que tenemos todos a la paz. Pero, paralelamente, también se busca que esa terminación tenga una condición justa, discerniendo a los responsables un juicio y una pena, aunque ésta sea una alternativa, menor que la ordinaria.

La ley de "justicia y paz", que es como se conoce la ley ordinaria en comento, fue materia de múltiples demandas de inconstitucionalidad, que en sus muy extensos contenidos, a los que se hizo referencia somera en un documento anterior (vide Boletín No. 5), plantean una copiosa serie de variopintos argumentos. El resultado del complejo proceso adelantado ante la Corte Constitucional puede verse en las siguientes sentencias: C-319, C-370, C-531, C-575, C-650, C-670 y C-719 de 2006. La importancia del tema amerita una adecuada revisión analítica de las decisiones precedentes, a fin de lograr una visión precisa del asunto desde la perspectiva jurídica. Esa es la tarea que se propone el presente escrito.

§ 2. VIGENCIA DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ.

Respecto de la ley 975 de 2006, en los diversos procesos de constitucionalidad adelantados, se presentaron *grosso modo* dos tipos de cargos: los formales y los sustantivos. Entre los primeros se destaca la acusación de que la ley, en razón de su materia, al tratarse de una regulación sobre derechos fundamentales, debió tramitarse conforme al procedimiento establecido para las leyes estatutarias. Entre los segundos, a los que se hará referencia con mayor detenimiento en secciones posteriores, se encuentra una argumentación sobre verdad, justicia y reparación.

Entre las múltiples sentencias relacionadas, dos de ellas, la C-319 y la C-370 de 2006, parecen ser las más destacadas, al decidir la primera los cargos formales y al ocuparse, la segunda, de los ataques materiales. En efecto, si se examinan individualmente las sentencias señaladas en la introducción se observa que: i) en las sentencias C-575¹ y C-650², con ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis, se decide *estarse a lo resuelto* por la Corte en la sentencia C-319 de 2006, en razón de

¹ "Primero.- Estarse a lo resuelto en la Sentencia C-319 de 2006 en relación con la acusación formulada en contra de los artículos 1, 2, 3 a 8, 15, 17, 18, 23, 26, 32, 33, 36 a 58, 60 a 62 de la Ley 975 de 2005, por no haberse tramitado mediante el procedimiento señalado en el artículo 152, literal b) de la Constitución, previsto para las leyes estatutarias".

² "Primero.- Estarse a lo resuelto en la Sentencia C-370 de 2006, en relación con la acusación formulada en el presente proceso en contra de la acusación formulada en contra del segundo inciso del artículo 5 de la Ley 975 de 2005.

tratarse de cosa juzgada constitucional; ii) en la sentencia C-670, con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, se declara una inhibición por tratarse de una inepta demanda³; iii) en la sentencia C-719⁴, con

"Segundo.- Estarse a lo resuelto en la Sentencia C-370 de 2006 en relación con la acusación formulada en el presente proceso en contra de las expresiones *"en el evento que colabore eficazmente en el esclarecimiento o acepte, oralmente o por escrito, de manera libre, voluntaria, expresa y espontánea., debidamente informado por su defensor, haber participado en su realización y siempre que la omisión no haya sido intencional. En este evento, el condenado podrá ser beneficiario de la pena alternativa"*, contenidas en el primer inciso del artículo 25 de la Ley 975 de 2005.

"Tercero.- Inhibirse para emitir pronunciamiento de fondo respecto de la acusación formulada en el presente proceso en contra del artículo 29 de la Ley 975 de 2005, por ineptitud sustancial de la demanda.

"Cuarto.- Estarse a lo resuelto en la Sentencia C-370 de 2006 en relación con la acusación formulada en el presente proceso en contra de las expresiones *"de ser posible"* contenidas en el artículo 46 de la Ley 975 de 2005.

"Quinto.- Estarse a lo resuelto en la Sentencia C-319 de 2006 en relación con la acusación formulada en el presente proceso en contra de los artículos 2, 26, 29, 32 y 33 de la Ley 975 de 2005, por no haberse tramitado mediante el procedimiento señalado en el artículo 152-2 de la Constitución previsto para las leyes estatutarias".

³ **"Primero.- Inhibirse** para emitir pronunciamiento de fondo en relación con la acusación formulada en contra de la Ley 975 de 2005, en su integridad *"Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios"*, debido a la ineptitud sustantiva de la demanda.

"Segundo.- Inhibirse para emitir pronunciamiento de fondo en relación con las acusaciones formuladas parcialmente en contra de los artículos 10, 11, 13, 18, 13 y 47 de la Ley 975 de 2005, *"Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios"*, debido a la ineptitud sustantiva de la demanda.

"Tercero.- Inhibirse para emitir pronunciamiento de fondo en relación con las acusaciones formuladas parcialmente en contra de los artículos 12, 101, 102, 103, 137 y 274 de la Ley 906 de 2004, *"Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal"*, debido a la ineptitud sustantiva de la demanda".

⁴ **"1. Estarse a lo resuelto** en la Sentencia C-319 de 2006, en relación con la acusación formulada en el presente proceso en contra de la **Ley 975 de 2005**, *"Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios."*, supuestamente por no haberse tramitado como ley estatutaria.

"2. Estarse a lo resuelto en la Sentencia C-370 de 2006 en relación con la acusación formulada en el presente proceso en contra de la **Ley 975 de 2005**, *"Por la cual se dictan*

disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.", supuestamente por no haberse tramitado como una ley de concesión de amnistía o indulto general.

"3. Estarse a lo resuelto en la Sentencia C-370 de 2006 donde se declaró inexecutable el artículo 71 de la Ley 975 de 2005.

"4. Estarse a lo resuelto en la Sentencia C-370 de 2006 en donde se declaró: a) exequible el artículo 3º de la Ley 975 de 2005, por los cargos examinados, en el entendido de que la colaboración con la justicia debe estar encaminada a lograr el goce efectivo de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición; b) inexecutable las siguientes expresiones del inciso cuarto del artículo 29: *"los"* y *"por los cuales fue condenado en el marco de la presente ley"* y exequible el inciso quinto, en el entendido de que también se revocará el beneficio cuando haya ocultado en la versión libre su participación como miembro del grupo en la comisión de un delito relacionado directamente con su pertenencia al grupo y c) inexecutable el artículo 31 de la Ley 975 de 2005.

"5. Estarse a lo resuelto en la Sentencia C-370 de 2006 donde se declaró: a) exequible por los cargos analizados, el artículo 17, en el entendido de que la versión libre debe ser completa y veraz e inexecutable la expresión *"si los tuvieren"* del inciso segundo. Además, declarar **inexecutable** las expresiones *"inmediatamente"* y la expresión *"en uno de los establecimientos de reclusión determinados por el Gobierno Nacional de acuerdo con el artículo 31 de la presente ley"* del inciso cuarto; b) exequible, por los cargos examinados, la expresión *"dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes señalará y realizará audiencia de formulación de imputación"* del inciso cuarto del artículo 17, en el entendido de que la puesta a disposición de la persona a órdenes del magistrado que ejerza la función de control de garantías y la solicitud de audiencia de imputación de cargos, se presentará cuando se haya desarrollado a cabalidad el programa metodológico dispuesto en el inciso tercero del mismo artículo, y de conformidad con lo previsto 207 del Código de Procedimiento Penal; c) exequible el artículo 18, salvo la expresión *"de procedencia ilícita que hayan sido entregados"* del inciso segundo, que se declara inexecutable; d) exequible el artículo 19, por los cargos examinados y la expresión *"de hallarse conforme a derecho"* del inciso tercero, en el entendido de que el magistrado controlará que la calificación jurídica corresponda a los hechos que obran en el expediente; e) exequible el artículo 20, por los cargos examinados, salvo la expresión *"pero en ningún caso la pena alternativa podrá ser superior a la prevista en la presente ley"*, que se declara inexecutable; f) exequible, por los cargos examinados, el artículo 25, salvo el inciso segundo y el siguiente apartado del inciso primero *"sin perjuicio del otorgamiento de la pena alternativa, en el evento que colabore eficazmente en el esclarecimiento o acepte, oralmente o por escrito, de manera libre, voluntaria, expresa y espontánea, debidamente informado por su defensor, haber participado en su realización y siempre que la omisión no haya sido intencional. En este evento, el condenado podrá ser beneficiario de la pena alternativa. Se procederá a la acumulación jurídica de las penas alternativas sin exceder los máximos establecidos en la presente ley,* que se declaran inexecutable.

"6. Inhibirse para proferir fallo de fondo respecto de los artículos 2, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 29, 32, 33, 37, 39, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 51 (52-2), 56, 57, 58 y 59 de la Ley 975 de 2005, por inexistencia sustancial de la demanda".

ponencia del Magistrado Jaime Araújo Rentería, se decide *estarse a lo resuelto* por la Corte en las sentencias C-319 y C-370 de 2006.

Comentario aparte merece la sentencia C-531 de 2006, puesta la Corte, con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, además de decidir *estarse a lo resuelto* por las sentencias C-319 y C-370 de 2006, realiza un pronunciamiento adicional sobre la Exequibilidad de la norma demandada. En las siguientes secciones, el documento se ocupará de las, ya tantas veces mencionadas, sentencias C-319 y C-370 de 2006. A continuación, y con fundamento en lo publicado por la Corte en su comunicado de prensa número 18, del pasado 12 de julio, se procede a destacar lo pertinente de la sentencia C-531 de 2006.

La Corte, con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, en esta sentencia se ocupa de estudiar nuevamente el procedimiento de aprobación de la ley 975 de 2005. El problema jurídico se plantea así: ¿se incurriría en alguna irregularidad en el trámite del proyecto en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, si luego de cuatro horas de apertura del debate, se hubiese omitido declararse en sesión permanente? En su *decisum*⁵, del que salvan parcialmente su voto los

⁵**Primero.-** Declarar **exequible** la Ley 975 de 2005, por el cargo analizado en el numeral 2.1.2 de la parte considerativa de esta providencia.

Segundo.- Respecto de la totalidad de la Ley 975 de 2005, **estarse a lo resuelto** en las sentencias C-319 y C-370 de 2006, en relación con los cargos por vicios de forma reseñados en el numeral 2.1 de la parte considerativa de esta providencia.

Tercero.- Estarse a lo resuelto en la Sentencia C-370 de 2006, en relación con los siguientes cargos por vicios de fondo de la Ley 975 de 2005:

- a) En relación con declaratoria de exequibilidad de la totalidad de la Ley 975 de 2005, porque la misma no consagra un indulto a favor de los miembros desmovilizados de los grupos armados al margen de la ley.
- b) En relación con la declaratoria de inexequibilidad del 71 de la Ley 975 de 2005, por los cargos por vicios de fondo formulados contra la norma.
- c) En relación con la declaratoria de exequibilidad del artículo 17 y 18 de la Ley 975 de 2005, por el cargo sobre la exigencia de que la versión libre sea completa y veraz, así como en relación con la brevedad de los términos.
- d) En relación con la declaratoria de exequibilidad de los incisos segundo y quinto del artículo 5º de la Ley 975 de 2005, por el cargo sobre definición del concepto de víctima.

Magistrados Jaime Araujo Rentería y Humberto Antonio Sierra Porto, además de declararse inhibida respecto de algunos cargos, y de estarse a lo resuelto en las sentencias C-319 y C-370 de 2006, la Corte

-
- e) En relación con la declaratoria de exequibilidad –y de inexecuibilidad parcial- del artículo 29 de la Ley 975 de 2005, por los cargos sobre vulneración de los principios de racionalidad, legalidad y proporcionalidad por parte de la pena alternativa y sobre el beneficio de la pena alternativa al desmovilizado que ha ocultado la participación en delitos relacionados directamente con su pertenencia al grupo.
 - f) En relación con la declaratoria de inexecuibilidad –parcial- del artículo 25 de la Ley 975 de 2005, respecto del reproche vinculado con la necesidad de que delitos no confesados puedan beneficiarse con la pena alternativa.
 - g) En relación con la declaratoria de exequibilidad –e inexecuibilidad parcial- del artículo 20 de la Ley 975 de 2005, respecto de los beneficios obtenidos por la alternatividad.
- "Cuarto.-** De conformidad con las consideraciones de esta providencia, **inhibirse** de emitir pronunciamiento de fondo respecto de los cargos que se relacionan a continuación, por ineptitud sustantiva en la formulación del reproche de inconstitucionalidad.
- a) Los cargos dirigidos contra los artículos 5, 6, 7, 8 y 37 de la Ley 975 de 2005, así como contra todo el texto de la ley, por desconocimiento de los derechos de las víctimas.
 - b) El cargo dirigido contra el artículo 48 de la Ley 975 de 2005, por desconocimiento del derecho de las víctimas a conocer la verdad de los hechos.
 - c) El cargo dirigido contra el texto completo de la Ley 975 de 2005, porque no establece cuáles son los mecanismos que las víctimas deben utilizar para obtener la reparación de sus derechos.
 - d) Los cargos dirigidos contra los artículos 5, 6, 7, 8, 17, 18, 19, 20 y 37 de la Ley 975 de 2005, relativos a la brevedad de los términos en los procesos a que deben someterse los miembros desmovilizados de los grupos armados al margen de la ley.
 - e) El cargo dirigido contra el inciso cuarto del artículo 5º de la Ley 975 de 2005, porque incluye a los miembros de la fuerza pública en la definición de víctimas.
 - f) El cargo dirigido contra el artículo 40 de la Ley 975 de 2005, porque beneficia a personas que no aparecen comprometidas con los hechos investigados ni pertenezcan o hubiesen pertenecido a grupos armados al margen de la ley.
 - g) Los cargos dirigidos contra el inciso final del artículo 30 de la Ley 975 de 2005, porque no precisan la forma en que la pena sea purgada en el exterior y porque no encuentra justificación en el trámite legislativo.
 - h) El cargo formulado en contra de los artículos 39 y 59 de la Ley 975 de 2005 porque establecen restricciones al derecho de publicidad procesal.
 - i) El cargo dirigido contra el texto completo de la Ley 975 de 2005, porque crea un vacío legal en relación con la posibilidad de exigir responsabilidad jurídica a los funcionarios del Estado, en lo que hace al cumplimiento de sus obligaciones.
 - j) El cargo dirigido contra los artículos 12, 13, 16, 17, 18, 19, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 29, 32 y 33 de la Ley 975 de 2005, porque consignan instituciones jurídicas propias del sistema penal acusatorio que no pueden regir para los procesos adelantados contra miembros desmovilizados de grupos armados al margen de la ley.

responde negativamente la cuestión, ya que, y esta es su *ratio decidendi*⁶, la supuesta omisión imputada en la demanda no corresponde a lo consignado en las actas de la respectiva sesión, en las cuales consta que la Comisión sí se declaró en sesión permanente.

§ 3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-319 DE 2006.

El pasado 25 de abril de 2006, con ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis, la Corte Constitucional profirió la sentencia C-319 de 2006. De lo decidido en esta sentencia salvaron su voto los Magistrados Jaime Araújo Rentería y Humberto Antonio Sierra Porto.

El análisis de esta sentencia se hará según el siguiente procedimiento: i) presentación preliminar o delimitación problemática, ii) planteamiento del problema, iii) *decisum* y iv) *ratio decidendi*. Cuando sea menester, se sustentará lo correspondiente con citas puntuales de la sentencia.

⁶ "En primer término, la Corte encontró que en relación con la mayor parte de los cargos por vicios de fondo y de forma formulados contra la totalidad de la Ley 975 de 2005 y algunos artículos en concreto, existe cosa juzgada constitucional, como quiera que en sentencias C-319 y C-370 de 2006, la Corporación se pronunció sobre los mismos, razón por la cual dispuso estar a lo resuelto en estos fallos. De otro lado, constató que respecto de los demás cargos de orden material planteados contra diversas disposiciones de la mencionada ley, no cumplen los requisitos de claridad, especificidad, certeza, pertinencia y suficiencia que deben existir para que la Corte pueda entrar a adoptar una decisión de fondo sobre su constitucionalidad, de modo que lo procedente es la inhibición. Por lo expuesto, la Corte restringió su pronunciamiento al supuesto vicio de procedimiento en que se habría incurrido por la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, al no haberse declarado en sesión permanente el 12 de abril de 2005, fecha en la que se aprobó en primer debate, el articulado del correspondiente proyecto de ley, no obstante que ya habían transcurrido las cuatro horas que señala el artículo 83 del reglamento del Congreso, desde su apertura. Examinado lo ocurrido en dicha sesión, la Corte verificó que dicho requisito se había cumplido en debida forma, toda vez que como consta en el Acta de Comisión No. 11, la sesión conjunta de las Comisiones Primeras de Senado y Cámara de Representantes se había iniciado a las 11:40 a.m. y a las 2:30 p.m. el presidente de la sesión preguntó separadamente a cada una de las Comisiones, si era su deseo declararse en sesión permanente, a lo cual las mismas dieron su aprobación. Por consiguiente, la Corporación declaró la exequibilidad de la Ley 975 de 2005, en relación con este cargo".

i) Presentación preliminar o delimitación problemática. Para plantear el problema, la Corte desestima los cargos materiales dirigidos contra la ley 975 de 2005, por no reunir los requisitos establecidos para las demandas de inconstitucionalidad. Por tanto, se centra exclusivamente en el análisis de los cargos formales o de procedimiento. La censura plantea una vulneración de la reserva de ley estatutaria, que la Constitución establece en materia de derechos y deberes fundamentales y administración de justicia. En cuanto a los derechos fundamentales afectados, se habla de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. En cuanto a los deberes fundamentales involucrados, se menciona la exoneración de los deberes de denunciar todos los crímenes de los que se tenga noticia, de señalar a los autores conocidos de los delitos y de declarar con veracidad sobre todos los delitos que se hayan cometido. En cuanto a la administración de justicia se sostiene que la ley cambia tanto las conductas delictivas y las penas, como los procedimientos para investigar y juzgar dichos delitos. Los defensores de la norma argumentan que, de una parte, la ley no afecta el núcleo esencial de ningún derecho o deber fundamental y, de otra, que los cambios introducidos en el derecho penal y en su correspondiente procedimiento, se enmarcan dentro del ejercicio del principio de libertad de configuración normativa por parte del legislador.

ii) Planteamiento del problema. El problema jurídico se plantea en los siguientes términos: ¿Cuál es el alcance de la reserva de ley estatutaria establecida en la Constitución?

iii) Decisum. La Corte decide que la norma acusada no viola la reserva de ley estatutaria y, en consecuencia, resuelve:

Declarar **EXEQUIBLE**, únicamente por el cargo analizado en la presente sentencia, la Ley 975 de 2005, "*Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios*".

iv) *Ratio decidendi*. Partiendo de la base de que no toda ley relativa a derechos o deberes fundamentales, o a la administración de justicia, debe ser estatutaria, pues ello implicaría un "vaciamiento de las competencias del legislador ordinario", dando lugar a lo que se ha llamado "congelación del rango" (vide sentencia C-307 de 2004). La Corte encuentra que es menester establecer un criterio objetivo que permita saber en qué casos es necesario que se adelante el especial trámite de las leyes estatutarias. Sobre este punto, la sentencia retoma una importante línea jurisprudencial, establecida, entre otras por las sentencias C-013 de 1993, C-145 de 1994, C-226 de 1994, C-313 de 1994, C-408 de 1994, C-425 de 1994, C-247 de 1995, C-055 de 1995, C-484 de 1996, C-374 de 1997, C-251 de 1998, C-1338 de 2000, C-670 de 2001, C-295 de 2002, C-687 de 2002, C-162 de 2003, C-307 de 2004, C-910 de 2004, C-993 de 2004, C-193 de 2005 y C-981 de 2005. En la última de estas providencias, con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, la Corte sintetizó su prolija argumentación, que es citada y reiterada en la sentencia C-319 de 2006, en los siguientes términos:

"Puede extractarse de la jurisprudencia constitucional mencionada, que la reserva de ley estatutaria en materia de derechos fundamentales, debe referirse a: i) normas que desarrollan y complementan los derechos, ii) que regulan solamente los elementos estructurales esenciales, iii) que regulan de forma directa su ejercicio y también el desarrollo de su ámbito a partir del núcleo esencial definido en la Constitución, iv) que se refieran a los contenidos más cercanos al núcleo esencial, v) que regulan aspectos inherentes al ejercicio y principalmente lo que signifique consagrar límites, restricciones, excepciones y prohibiciones que afecten el núcleo esencial, vi) cuando el legislador asuma de manera integral, estructural y completa la regulación del derecho, vii) que aludan a la estructura general y principios reguladores, pero no al desarrollo integral y detallado, regulando así la estructura fundamental y los principios básicos, y viii) que se refieran a leyes que traten situaciones principales e importantes de los derechos".

En cuanto a lo relativo a la reserva de ley estatutaria en materia de administración de justicia, la Corte aplica un criterio semejante al expuesto para los derechos fundamentales, haciendo resaltar especialmente en este caso los pronunciamientos hechos por las sentencias C-055 de 1995, C-037 de 1996, C-368 de 2000, C-392 de 2000, C-162 de 2003, y reiterando su decisión en los siguientes términos:

"En definitiva, de manera reiterada la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la reserva de ley estatutaria en materia de administración de justicia se aplica sólo respecto de aquellas disposiciones que (i.) *afectan la estructura general de la administración de justicia*, (ii.) *establecen y garantizan la efectividad de los principios generales sobre el tema*, o (iii.) *desarrollan aspectos sustanciales de esta rama del poder público*."

Al haberse demandado de manera global la norma, es decir, todo su contenido, y al no enmarcarse la norma acusada dentro de ninguno de los anteriores supuestos, esgrimidos por la jurisprudencia para el caso de los derechos fundamentales y para el caso de la administración de justicia⁷, es forzoso admitir que ésta no debía tramitarse como ley estatutaria. Por lo tanto no existe ninguna

⁷ "Al respecto La Corte reitera que no toda regulación legal de los derechos fundamentales tiene naturaleza de ley estatutaria, sino sólo aquella que de alguna manera toca su núcleo esencial, esto es, el conjunto de atribuciones y potestades sin las cuales el derecho no sería reconocido, o mediante la cual se regula en forma "íntegra, estructural o completa" el derecho correspondiente. Ninguno de los dos supuestos tiene lugar en este caso, en la medida en que el objeto de la Ley 975 de 2005, es el de establecer un marco jurídico para la realización de procesos de paz y mecanismos de reconciliación con los grupos armados organizados al margen de la ley, lo cual incluye entre varios aspectos, un procedimiento de investigación y juzgamiento, sanciones y la regulación de los derechos de las víctimas y deberes de los victimarios.

"Si bien es claro que los derechos de las víctimas son la concreción de los derechos fundamentales de acceso a la justicia y debido proceso, -en cuanto además de la reparación del daño, la víctima tiene el derecho al establecimiento de la verdad-, la Corte pone de presente que la Ley 975 de 2005 no tiene por objeto disponer del contenido esencial de tales derechos, ni regularlos de manera íntegra, estructural o completa.

violación a la reserva legal establecida por la Constitución, y la norma demandada es exigible.

§ 4. ESTRUCTURA DE LA SENTENCIA C-370 DE 2006.

En una oportunidad posterior, el 18 de mayo de 2006, con la ponencia de los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, con salvamento y aclaración de voto del Magistrado Jaime Araújo Rentería, y con salvamento de voto de los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Humberto Sierra Porto, la Corte se ocupa *in extenso* de estudiar la constitucionalidad de la ley 975 de 2005. El complejo contenido de la sentencia, que se vislumbra en las treinta y siete disposiciones que

"A ello cabría agregar que el Código de Procedimiento Penal también se ocupa de las víctimas y de sus derechos dentro del proceso penal, sin que por ello, configuren normas de categoría estatutaria.

"Ahora bien según el actor la Ley 975 de 2005 cambia sustancialmente la investigación y el juzgamiento de quienes deban ser juzgados de conformidad con sus mandatos, altera procedimientos, términos judiciales, jueces competentes, crea funcionarios y salas especiales, tipifica conductas, redefine delitos y señala penas, temas propios de una ley estatutaria.

"Al respecto cabe señalar que la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que la regulación del procedimiento penal no tiene reserva de ley estatutaria. Así en la sentencia C-037 de 1996 se declararon inexecutable algunas disposiciones del proyecto de ley estatutaria de la administración de justicia por regular materias propias de un Código de Procedimiento Penal, igualmente en la sentencia C-646 de 2001 al estudiar el cargo de violación del principio de reserva de ley estatutaria formulado contra la Ley 600 de 2000, sostuvo esta Corporación que *"los asuntos procedimentales en el ámbito de la justicia no son de reserva de ley estatutaria. Elevarlos al rango estatutario violaría la distribución de competencias entre el legislador ordinario y el estatutario"*.

"Tampoco tiene reserva de ley estatutaria la tipificación de delitos ni la previsión de sanciones, al respecto sostuvo la Corte en la sentencia C-193 de 2005:

"En la Ley 890 de 2004 se encuentran reguladas materias tales como la duración máxima de la pena privativa de la libertad, la aplicación del sistema de cuartos, las condiciones para otorgar la libertad condicional, la prescripción de la acción penal, la tipificación de nuevos delitos y la modificación de algunos tipos penales. Sin embargo, el Código Penal, modificado por la ley acusada, no es una ley estatutaria cuyo objeto esencial sea definir el contenido de los derechos constitucionales, fijar sus alcances o establecer las condiciones para ejercerlos". (Sentencia C-319 de 2006).

adopta en su parte resolutive, y en sus casi quinientas páginas, es estructurado por la Corte en tres partes: la primera se ocupa de estudiar los cargos por motivos de procedimiento; la segunda se dedica a precisar, conforme a la Constitución, incluyendo el bloque de constitucionalidad, y diversos instrumentos y pronunciamientos internacionales, el alcance de los derechos involucrados; y la tercera corresponde propiamente al juzgamiento de la norma acusada⁸. Vale la pena destacar que entre la segunda y la tercera parte, la Corte dedica un capítulo de su sentencia, el quinto, a la justificación de la necesidad de aplicar, para resolver el asunto, el método de la ponderación.

§ 5. APUNTAIONES METODOLÓGICAS.

Pese a la bien elaborada estructura que la Corte le da a su sentencia, en el presente documento se seguirá un orden diferente. Primero se presentará el *decisum* de la sentencia. En las secciones siguientes se procurará agrupar las treinta y siete decisiones en conjuntos homogéneos, en torno de tres núcleos temáticos: las inhibiciones, los pronunciamientos sobre cargos relativos a la forma y los pronunciamientos sobre cargos que versan sobre asuntos de fondo. En este documento se presentará el análisis correspondiente a los dos primeros núcleos temáticos enunciados. El análisis del tercer núcleo temático, relativo a los pronunciamientos sobre cargos que versan sobre asuntos de fondo, será materia de otro estudio. En seguida, y precedidas de un breve marco general, se procurará presentar las *ratio decidendi* que soportan cada decisión, que, como se verá, en algunos casos son compartidas por varias de ellas.

⁸"2.1. En primer lugar, se estudiarán los cargos por vicios en el procedimiento de formación de la Ley 975 de 2005.

"2.2. A continuación, para analizar los cargos por vicios de fondo, se efectuará un breve recuento de (a) el contenido de los derechos a la paz, la justicia, la verdad, la reparación y la no repetición en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional colombiano, así como (b) las pautas que ha de seguir el juez constitucional cuando se trata de ponderar la relación entre la paz, la justicia y los demás derechos de las víctimas de violaciones de los derechos humanos constitutivas de delito.

"2.3. Posteriormente, se juzgará cada una de las normas acusadas, a la luz de los cargos formulados en la demanda".

§ 6. LOS 37 APARTES DEL DECISUM.

La parte resolutive de la sentencia contiene las siguientes determinaciones:

"Primero.- ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-319 de 2006, que declaró **EXEQUIBLE** la Ley 975 de 2005, en relación con el cargo formulado por no haberse tramitado como ley estatutaria.

"Segundo.- Declarar **EXEQUIBLE** la Ley 975 de 2005, en cuanto hace referencia a los cargos formulados según los cuales debería haber sido expedida con sujeción a los trámites propios de una ley de concesión de amnistía o indulto general.

"Tercero.- Declararse **INHIBIDA** respecto del inciso final del artículo 2º de la Ley 975 de 2005.

"Cuarto.- Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 3º de la Ley 975 de 2005, por los cargos examinados, en el entendido de que la colaboración con la justicia debe estar encaminada a lograr el goce efectivo de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

"Quinto.- Declarar **EXEQUIBLES**, por los cargos examinados, los incisos segundo y quinto del artículo 5º de la Ley 975 de 2005, en el entendido de que la presunción allí establecida no excluye como víctima a otros familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal cometida por miembros de grupos armados al margen de la ley.

"Sexto.- Declararse **INHIBIDA** respecto del inciso segundo del artículo 9º de la Ley 975 de 2005.

"Séptimo.- Declararse **INHIBIDA** respecto de la expresión "*siempre que se encuentren en el listado que el Gobierno Nacional remita a la Fiscalía General de la Nación*" del inciso primero del artículo 10 de la Ley 975 de 2005, y de la expresión "*y a los establecidos en la Ley 782 de 2002*" del párrafo del mismo artículo.

"Octavo.- Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos analizados, la expresión "*producto de la actividad ilegal*" del numeral 10.2 del

artículo 10 de la Ley 975 de 2005, y exequible el numeral 10.6 del mismo artículo en el entendido de que también deben informar en cada caso sobre la suerte de las personas desaparecidas.

"Noveno.- Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión "*cuando se disponga de ellos*" del numeral 11.5 del artículo 11 de la Ley 975 de 2005, y **EXEQUIBLE** la expresión "*producto de la actividad ilegal*" del mismo numeral.

"Décimo.- Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión "*de procedencia ilícita*" del numeral 4º del artículo 13 de la Ley 975 de 2005.

"Décimo primero.- Declararse **INHIBIDA** respecto de las expresiones "el o los nombres de" del inciso primero del artículo 16 de la Ley 975 de 2005.

"Décimo segundo.- Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos analizados, el artículo 17 de la Ley 975 de 2005, en el entendido de que la versión libre debe ser completa y veraz, e **INEXEQUIBLE** la expresión "*si los tuvieren*" del inciso segundo. Además, declarar **INEXEQUIBLES** las expresiones "*inmediatamente*" y la expresión "*en uno de los establecimientos de reclusión determinados por el Gobierno Nacional de acuerdo con el artículo 31 de la presente ley*" del inciso cuarto.

"Décimo tercero.- Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos examinados, la expresión "*dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes señalará y realizará audiencia de formulación de imputación*" del inciso cuarto del artículo 17 de la Ley 975 de 2005, en el entendido de que la puesta a disposición de la persona a órdenes del magistrado que ejerza la función de control de garantías y la solicitud de audiencia de imputación de cargos, se presentará cuando se haya desarrollado a cabalidad el programa metodológico dispuesto en el inciso tercero del mismo artículo, y de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal.

"Décimo cuarto.- Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos analizados, el artículo 18 de la Ley 975 de 2005, salvo la expresión "*de procedencia ilícita que hayan sido entregados*" del inciso segundo, que se declara **INEXEQUIBLE**.

"Décimo quinto.- Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 19 de la Ley 975 de 2005, por los cargos examinados, y la expresión *"de hallarse conforme a derecho"* del inciso tercero, en el entendido de que el magistrado controlará que la calificación jurídica corresponda a los hechos que obran en el expediente.

"Décimo sexto.- Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 20 de la Ley 975 de 2005, por los cargos examinados, salvo la expresión *"pero en ningún caso la pena alternativa podrá ser superior a la prevista en la presente ley"*, que se declara **INEXEQUIBLE**.

"Décimo séptimo.- Declararse **INHIBIDA** respecto de los artículos 21, 22 y 23 de la Ley 975 de 2005.

"Décimo octavo.- Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 24 de la Ley 975 de 2005, por los cargos analizados.

"Décimo noveno.- Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos examinados, el artículo 25 de la Ley 975 de 2005, salvo el inciso segundo y el siguiente apartado del inciso primero: *"sin perjuicio del otorgamiento de la pena alternativa, en el evento que colabore eficazmente en el esclarecimiento o acepte, oralmente o por escrito, de manera libre, voluntaria, expresa y espontánea, debidamente informado por su defensor, haber participado en su realización y siempre que la omisión no haya sido intencional. En este evento, el condenado podrá ser beneficiario de la pena alternativa. Se procederá a la acumulación jurídica de las penas alternativas sin exceder los máximos establecidos en la presente ley"*, que se declaran **INEXEQUIBLES**.

"Vigésimo.- Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos examinados, el parágrafo 3° del artículo 26 de la Ley 975 de 2005, y declararse **INHIBIDA** respecto del resto de la disposición.

"Vigésimo primero.- Declararse **INHIBIDA** respecto de los artículos 27 y 28 de la Ley 975 de 2005.

"Vigésimo segundo.- Declarar **INEXEQUIBLES** las siguientes expresiones del inciso cuarto del artículo 29 de la Ley 975 de 2005: *"los"* y *"por los cuales fue condenado en el marco de la presente ley"*, y **EXEQUIBLE** el inciso quinto, en el entendido de que también se revocará el beneficio cuando haya ocultado en la versión

libre su participación como miembro del grupo en la comisión de un delito relacionado directamente con su pertenencia al grupo.

"Vigésimo tercero.- Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos examinados, el inciso segundo del artículo 30 de la Ley 975 de 2005, en el entendido de que dichos establecimientos quedan sujetos integralmente a las normas jurídicas sobre control penitenciario.

"Vigésimo cuarto.- Declarar **INEXEQUIBLE** el artículo 31 de la Ley 975 de 2005.

"Vigésimo quinto.- Declarar **EXEQUIBLE** la expresión "*y en el marco de la ley*" del inciso segundo del artículo 34 de la Ley 975 de 2005, e **INEXEQUIBLE** la expresión "*presente*" de la misma disposición.

"Vigésimo sexto.- Declarar **EXEQUIBLES** las expresiones "*y en los términos establecidos en el Código de Procedimiento Penal*" del numeral 38.5 del artículo 37 de la Ley 975 de 2005, en el entendido de que conforme al artículo 30 de la Ley 600 de 2000, y de acuerdo con la exequibilidad condicionada de esa norma declarada mediante la sentencia C-228 de 2002, la víctima o los perjudicados pueden acceder directamente al expediente desde su iniciación, para ejercer los derechos a la verdad, justicia y reparación, y **EXEQUIBLE** la expresión "*durante el juicio*" del numeral 38.7 del artículo 37 de la Ley 975 de 2005.

"Vigésimo séptimo.- Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión "*si los tuviese*" contenida en el inciso segundo del artículo 44 de la Ley 975 de 2005.

"Vigésimo octavo.- Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión "*de ser posible*" contenida en el artículo 46 de la Ley 975 de 2005.

"Vigésimo noveno.- Declarar **EXEQUIBLE** la expresión "*en primer grado de consanguinidad de conformidad con el Presupuesto del Fondo para la reparación de las víctimas*", contenida en el artículo 47 de la Ley 975 de 2005, en el entendido de que no excluye como víctima a otros familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal cometida por miembros de grupos armados al margen de la ley.

"Trigésimo.- Declarar **EXEQUIBLES**, por los cargos examinados, las expresiones "*otras personas*" y "*más daños innecesarios*"

del numeral 49.1 del artículo 48 de la Ley 975 de 2005 y "*en primer grado de consanguinidad*" del numeral 49.3 del artículo 48 de la Ley 975 de 2005, en el entendido de que no excluye como víctima a otros familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal cometida por miembros de grupos armados al margen de la ley.

"Trigésimo primero.- Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos examinados, el inciso segundo del artículo 54 de la Ley 975 de 2005, en el entendido de que todos y cada uno de los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley, responden con su propio patrimonio para indemnizar a cada una de las víctimas de los actos violatorios de la ley penal por los que fueron condenados; y también responderán solidariamente por los daños ocasionados a las víctimas por otros miembros del grupo armado al cual pertenecieron.

"Trigésimo segundo.- Declararse **INHIBIDA** respecto de la expresión "*de acuerdo con el presupuesto asignado para el Fondo*" del inciso primero del artículo 55 de la Ley 975 de 2005, y declarar **INEXEQUIBLE** la expresión "*dentro de los límites autorizados en el Presupuesto Nacional*" del numeral 56.1 del mismo artículo.

"Trigésimo tercero.- Declarar **EXEQUIBLES**, por los cargos examinados, las expresiones "*más daños innecesarios*" y "*otras personas*" del inciso tercero del artículo 58 de la Ley 975 de 2005.

"Trigésimo cuarto.- Declararse **INHIBIDA** respecto del artículo 62 de la Ley 975 de 2005.

"Trigésimo quinto.- Declararse **INHIBIDA** respecto del artículo 69 de la Ley 975 de 2005.

"Trigésimo sexto.- Declarar **INEXEQUIBLE** el artículo 70 de la Ley 975 de 2005, por vicios de procedimiento en su formación.

"Trigésimo séptimo.- Declarar **INEXEQUIBLE** el artículo 71 de la Ley 975 de 2005, por vicios de procedimiento en su formación.

§ 7. LAS DECISIONES INHIBITORIAS.

Antes de estudiar los cargos propuestos por los demandantes, la Corte debe establecer si ellos son admisibles, valga decir, si cumplen los

requisitos establecidos para tal propósito. Para cumplir con ese cometido, la Corte retoma, y reitera, su línea jurisprudencial sobre la materia, sintetizada en la sentencia C-1052 de 2001, en la cual se justifica la necesidad de unos requisitos para los cargos de inconstitucionalidad, de cara al cumplimiento de las finalidades de la acción pública y a su ejercicio democrático. De tal suerte que se establecen unos "mínimos argumentativos", concretados en unas condiciones de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, que todos los cargos, para ser estimados, deben satisfacer.

La *claridad* se refiere a la coherencia argumentativa del discurso, y es un requisito indispensable para toda comunicación humana en la que se aspire a comprender algo⁹. La *certeza* reclama que la demanda distinga con precisión las normas contra las cuales se dirige, y no se incluya o se haga referencia a una norma supuesta, inferida o no incluida en el texto de la disposición demandada¹⁰. La *especificidad* exige un adecuado grado de concreción de los cargos de la demanda, un señalamiento que no sea vago, gaseoso, ni una mera generalidad¹¹. La

⁹ "La claridad de un cargo se predica cuando la demanda contiene una coherencia argumentativa tal que permite a la Corte identificar con nitidez el contenido de la censura y su justificación. Aunque merced al carácter público de la acción de inconstitucionalidad no resulta exigible la adopción de una técnica específica, como sí sucede en otros procedimientos judiciales, no por ello el demandante se encuentra relevado de presentar las razones que sustentan los cargos propuestos de modo tal que sean plenamente comprensibles".

¹⁰ "La certeza de los argumentos de inconstitucionalidad hace referencia a que los cargos se dirijan contra una proposición normativa efectivamente contenida en la disposición acusada y no sobre una distinta, inferida por el demandante, implícita o que hace parte de normas que no fueron objeto de demanda. Lo que exige este requisito, entonces, es que el cargo de inconstitucionalidad cuestione un contenido legal verificable a partir de la interpretación del texto acusado".

¹¹ "El requisito de especificidad resulta acreditado cuando la demanda contiene al menos un cargo concreto, de naturaleza constitucional, en contra de las normas que se advierten contrarias a la Carta Política. Este requisito se refiere, en estas condiciones, a que los argumentos expuestos por el demandante sean precisos, ello en el entendido de que *"el juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisibles que se deba resolver sobre su inexistencia a partir de argumentos "vagos, indeterminados, indirectos, abstractos"*

pertinencia supone una argumentación jurídico-constitucional, y no el planteamiento de consideraciones subjetivas o de razones de conveniencia¹². La *suficiencia*, quizá la más compleja de las condiciones, implica la capacidad del razonamiento contenido en la argumentación de ser convincente, o de, al menos, aparecer como verosímil o probable¹³.

Dentro del *decisum* de la sentencia, diez de las determinaciones, contenidas en los puntos tercero, sexto, séptimo, décimo primero, décimo séptimo, vigésimo, vigésimo primero, trigésimo segundo, trigésimo cuarto y trigésimo quinto, son decisiones inhibitorias. Estas decisiones pueden ser estudiadas en tres subconjuntos, con fundamento en la *ratio decidendi* que las sustenta.

En el primer subconjunto, integrado por cinco determinaciones, contenidas en los puntos tercero, sexto, séptimo (parcialmente), trigésimo cuarto y trigésimo quinto, la inhibición obedece a que los cargos

y globales" que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan. Sin duda, esta omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad".

¹² "Las razones que sustentan el concepto de la violación son pertinentes en tanto estén construidas con base en argumentos de índole constitucional, esto es, fundados *"en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado"*. En ese sentido, cargos que se sustenten en (i) simples consideraciones legales o doctrinarias; (ii) la interpretación subjetiva de las normas acusadas por parte del demandante y a partir de su aplicación en un problema particular y concreto; o (iii) el análisis sobre la conveniencia de las disposiciones consideradas inconstitucionales, entre otras censuras, incumplen con el requisito de pertinencia del cargo de inconstitucionalidad".

¹³ "Por último, la condición de suficiencia ha sido definida por la jurisprudencia como la necesidad de que las razones de inconstitucionalidad guarden relación *"en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche; (...)* Por otra parte, la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren *prima facie* convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, sí despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional".

correspondientes, dirigidos contra el inciso final del artículo segundo, el inciso segundo del artículo noveno, una expresión del párrafo del artículo décimo, el artículo sesenta y dos y el artículo sesenta y nueve, respectivamente, no satisfacen los "mínimos argumentativos" de certeza y pertinencia. Para la Corte no existe certeza por cuanto el ataque de la demanda afecta lo establecido por la ley 782 de 2002 y por su decreto reglamentario, el 128 de 2003, sin que dichas normas se incluyan como demandadas, incumpléndose el deber de establecer la proposición jurídica completa, que es requisito indispensable para poder tomar una decisión de fondo, ya que sin tales normas es imposible inferir las consecuencias descritas en la demanda. Además, la Corte establece que no existe pertinencia porque no se trata, como debe ser, de un conflicto entre la Constitución y la ley, sino de una oposición inferida entre la Constitución y algunas consecuencias prácticas, eventuales e individuales de algunos combatientes (vide 6.1.1.2.)¹⁴.

¹⁴ "La Corte advierte que el cargo propuesto incumple con los requisitos de certeza y pertinencia antes analizados. En relación con el primer aspecto, es claro que la censura expuesta se dirige no sólo en contra de los artículos acusados, sino también respecto de la aplicación de otras disposiciones, contenidas en la Ley 782/02 y su Decreto reglamentario 128/03, normas que no fueron objeto de demanda en esta oportunidad. Por ende, no es posible que la Corte se pronuncie de fondo sobre el cargo en mención, habida cuenta que los actores no establecieron la proposición jurídica completa necesaria para pronunciarse de fondo sobre la materia.

"Además, también debe resaltarse el hecho que de la interpretación del contenido normativo de los artículos acusados no sea posible inferir las consecuencias jurídicas descritas por los demandantes, sino únicamente con el concurso de lo regulado por la Ley 782/02 y el Decreto 128/03. Este argumento refuerza la conclusión de la Corte, relativa al incumplimiento del requisito de certeza del cargo de inconstitucionalidad.

"La falencia reseñada explica, adicionalmente, la falta de pertinencia de las razones que sustentan la censura sujeta a examen. En efecto, la argumentación planteada por los actores en este apartado versa sobre las consecuencias prácticas, en el ámbito personal de un grupo de combatientes desmovilizados, de la aplicación de los artículos acusados, al igual que de otras disposiciones que no fueron objeto de la demanda. Por ende, para el presente caso no se está ante la oposición entre los artículos acusados y las normas constitucionales que se estiman violadas, sino ante la presunta contradicción entre las disposiciones de la Carta y las consecuencias de índole práctico y particular que los actores infieren de la aplicación de las disposiciones demandadas y de otras que, se insiste, no fueron objeto de la acción pública.

"Conforme a lo anterior, ante la ausencia de los requisitos a los se ha hecho referencia, la Corte adoptará fallo inhibitorio en relación con los siguientes apartados de la Ley

En el segundo subconjunto, conformado por dos determinaciones, contenidas en los puntos séptimo (parcialmente) y décimo primero, la inhibición se funda en la circunstancia de que los cargos, enfocados contra apartes del inciso primero del artículo décimo y contra apartes del inciso primero del artículo décimo sexto, respectivamente, no cumplen con los "mínimos argumentativos" de certeza y especificidad. Para la Corte no existe certeza, porque no se encuentra ningún argumento que vincule la interpretación de las normas acusadas, consideradas en sí mismas, con los efectos atribuidos a ellas. Además, la Corte sostiene que no existe especificidad, por cuanto se trata de un planteamiento global y gaseoso, sin que sea posible determinar un cargo particular y concreto que demuestre la incompatibilidad entre las normas demandadas y la Constitución (vide 6.1.1.3.)¹⁵.

En el tercer subconjunto, conformado por cuatro determinaciones, contenidas en los puntos décimo séptimo, vigésimo, vigésimo primero y trigésimo cuarto (repetiendo lo considerado en el primer subconjunto), la inhibición se debe a que los cargos, enfilados contra los artículos 21, 22 y 23, 26, 27 y 28, y 62, respectivamente, no cumplen con los "mínimos

975/05: El inciso final del artículo 2; el inciso segundo del artículo 9º; la expresión "y a los establecidos en la Ley 782 de 2002" contenida en el párrafo del artículo 10; el artículo 62 y el artículo 69. Debe aclararse que el apartado demandado del artículo 18 se excluye de la declaratoria de inhibición, pues esta disposición será objeto de pronunciamiento de fondo en apartado posterior de esta sentencia y por un cargo distinto al estudiado en esta oportunidad".

¹⁵ "Respecto del cargo de inconstitucionalidad propuesto, la Corte encuentra que impide un pronunciamiento de fondo, puesto que incumple con los requisitos de certeza y especificidad. El primero, en tanto la censura propuesta no expone argumento alguno dirigido a sostener que a partir de la interpretación de las expresiones acusadas, en sí mismas consideradas, puedan inferirse las consecuencias jurídicas que los actores predicen de ellas. El segundo, habida cuenta que las razones que pretenden adscribir implicaciones contrarias a la Constitución a los apartados demandados son de naturaleza eminentemente global, sin que sea posible determinar un cargo particular y concreto dirigido a demostrar la incompatibilidad entre los preceptos demandados y las disposiciones de la Carta Política. Sobre este preciso particular debe reiterarse que el control de constitucionalidad está supeditado al planteamiento claro y específico de una potencial contradicción entre las normas censuradas y el Estatuto Superior. En ese sentido, una censura de carácter global, que no establezca una comparación en los términos expuestos, deviene en una decisión inhibitoria ante la inexistencia de los presupuestos mínimos para la construcción de las razones que apoyan el concepto de la violación".

argumentativos" de certeza y pertinencia. Las dos primeras carencias se predicen de todos los cargos de este subconjunto, la última se agrega especialmente en lo relativo al cargo contra el artículo 23, resuelto en el punto décimo séptimo. La Corte establece que no existe certeza, por cuanto se pretende oponer una interpretación particular de la norma con la Constitución, sin un adecuado soporte argumentativo que lo justifique, sin ocuparse de confrontar el contenido concreto de la ley con la Constitución, como debe hacerse. Además, la Corte juzga que no existe pertinencia, porque un cotejo como el propuesto no es posible, ya que la Constitución no puede suplantar la necesaria contradicción de normas, por una hipotética contradicción entre una norma y una particular y concreta interpretación de la otra (vide 6.1.1.4.)¹⁶. Particularmente, y de manera exclusiva para el caso del artículo 23, la Corte funda su inhibición en que el cargo no satisface el "mínimo argumentativo" de especificidad,

¹⁶ "La censura propuesta en los mencionados términos, a juicio de la Corte, no constituye un verdadero cargo de inconstitucionalidad, puesto que incumple con los requisitos de certeza y pertinencia que la jurisprudencia constitucional prevé para las razones que conforman el concepto de la violación. En lo referente a la primera condición, el cargo expuesto, de la misma forma como se señaló en apartado anterior, se funda en la contradicción entre la interpretación subjetiva que demandantes hacen de los preceptos acusados y las normas constitucionales que consideran violadas por las normas atacadas. En efecto, el particular entendimiento que los actores acogen de las normas acusadas les lleva a adscribir las a la modalidad de proceso penal prevista en la Constitución luego de la promulgación del Acto Legislativo 03 de 2002. Por lo tanto, el cargo de inconstitucionalidad no va dirigido en contra del contenido concreto de las normas acusadas, sino frente a las consecuencias que los demandantes les confieren a partir de su propia comprensión. Una censura de estas características, que toma por objeto del control de constitucionalidad no al contenido normativo acusado sino a una interpretación particular del mismo, impide que la Corte emita un pronunciamiento de fondo y, por ende, deba inhibirse.

"De la misma forma, el cargo estudiado incumple el requisito de pertinencia. Ello debido a que pretende edificar la contradicción de las normas acusadas con la Carta Política a partir de, como se indicó, las consecuencias jurídicas particulares y concretas que se derivan de la interpretación que hacen los actores de tales preceptos. Una comparación de esta clase, que se sustenta no en el contenido de las normas demandadas, sino en las posibles implicaciones de su utilización particular, no es apta para promover un juicio de inconstitucionalidad.

"Con base en lo anterior, la Corte se inhibirá respecto de los artículos 21, 22, 23, 26 (con excepción de su párrafo 3°), 27 y 28 de la Ley 975/05. Los demás artículos acusados por el presente cargo se excluyen de la declaratoria de inhibición, en razón a que serán objeto de estudio de fondo por parte de la Corte respecto de otras censuras, como se expondrá en apartado ulterior".

por cuanto se pretende obtener un pronunciamiento de constitucionalidad condicionada de la norma, sin dar cuenta –ni hacer referencia alguna– de la contradicción que debe existir entre esa norma y la Constitución (vide 6.1.1.5.)¹⁷.

§ 8. LAS DECISIONES SOBRE ASPECTOS FORMALES.

Después de haberse estudiado la manera como la Corte se ocupó de descartar los cargos inadecuadamente formulados, mediante decisiones inhibitorias, y de precisar la *ratio decidendi* de las mismas, como se acaba de ver, es menester iniciar el estudio de las decisiones de fondo del alto Tribunal. Así, pues, se impone la necesidad de revisar sus cuatro decisiones sobre asuntos relativos al procedimiento de formación de la ley, contenidos en los puntos primero, segundo, trigésimo sexto y trigésimo séptimo del *decisum*.

En el primer asunto se replantea el problema del alcance de la reserva de ley estatutaria, ya resuelto, como se advirtió en la sección tercera de este documento, por la sentencia C-319 de 2006. Por tanto, la *ratio decidendi* en este caso es la misma que se señaló en la sentencia indicada, que se adopta en razón del *stare decicis et qujeta non movere*, y, por tanto, se declara la exequibilidad (vide 3.2.2)¹⁸.

¹⁷ "A juicio de la Corte, las razones expuestas no son aptas para configurar un cargo de inconstitucionalidad, amén del desconocimiento del requisito de especificidad. Nótese que los argumentos expresados por los demandantes están dirigidos a solicitar que la Corte establezca pautas interpretativas frente a algunos artículos de la Ley demandada, pero no dan cuenta de una oposición objetiva y verificable entre el artículo 23 y los preceptos constitucionales. En últimas, se está ante la ausencia de una acusación concreta frente al artículo demandado, motivo por el cual no es posible adelantar un juicio de constitucionalidad sobre el mismo".

¹⁸ "Al respecto la Corte señala que en relación con este aspecto de la acusación formulada en la demanda, la Corte ya se pronunció en la Sentencia C-319 de 2006, que declaró exequible la Ley 975 de 2005, en relación con el mismo cargo que ahora se plantea, a saber, la violación de los artículos 152 y 153 superiores por no haberse dado trámite de Ley estatutaria al proyecto respectivo.

"Cabe recordar que en dicha sentencia C-319 de 2006 la Corte reiteró los criterios jurisprudenciales para determinar cuándo una ley que se refiere a derechos fundamentales o a aspectos que tocan con la administración de justicia, debe surtir el trámite establecido en el artículo 153 de la Constitución para las leyes estatutarias. En el referido fallo se puso

En el segundo asunto se plantea el siguiente problema jurídico: ¿la ley 975 de 2005 debía cumplir con los especiales requisitos y trámites establecidos para las leyes que conceden indultos o amnistías? La Corte responde negativamente, pues considera, y esta es su *ratio decidendi*, que no se trata de una ley de indulto o de amnistía, como lo pretende demostrar la demanda, sino de una ley que configura un sistema de alternatividad penal, declarando la exequibilidad de la norma (videm 3.2.2.¹⁹ y 3.3.3.²⁰).

de presente que no toda regulación legal de los derechos fundamentales tiene naturaleza de ley estatutaria, sino sólo aquella que de alguna manera toca su núcleo esencial, esto es, el conjunto de atribuciones y potestades sin las cuales el derecho no sería reconocido, o mediante la cual se regula en forma "íntegra, estructural o completa" el derecho correspondiente. Explicó que dado que ninguno de los dos supuestos tiene lugar en relación con la ley acusada, el trámite que debía surtirse no era el de una ley estatutaria. En la misma sentencia la Corporación reafirmó que la regulación del procedimiento penal no tiene reserva de ley estatutaria, como tampoco la tipificación de los delitos ni el establecimiento de sanciones. De otra parte, observó que la Ley 975 de 2005 no crea una jurisdicción especial, sino que simplemente atribuye a la jurisdicción ordinaria un procedimiento especial que debe surtirse ante la Fiscalía General y los tribunales superiores, de manera que no se afecta la estructura general de la administración de justicia, ni se tocan principios generales o aspectos sustanciales de la Rama Judicial del poder público, razón por la cual tampoco por este aspecto debía ser objeto de una ley estatutaria.

"Así las cosas dado que en relación con el cargo ahora formulado se ha configurado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, lo que corresponde es estarse a lo resuelto en la referida sentencia C-319 de 2006 y así se señalará en la parte resolutive de esta sentencia".

¹⁹ "La amnistía extingue la acción penal, mientras que el indulto es una institución que redime la pena correspondiente al delito. Mediante aquella el Estado olvida el delito; cuando concede el indulto no lo ignora, sino que exime de la pena que es su consecuencia jurídica. Como la amnistía se refiere al ejercicio mismo de la acción penal su aplicación corresponde a los jueces. Al ejecutivo le corresponde conceder el indulto, pues si ya se ha dictado sentencia e impuesto la condena respectiva, la Rama Judicial ya ha agotado su competencia funcional, y agotada la jurisdicción es al ejecutivo a quien le compete hacer efectivas las sentencias condenatorias. Por ello, el artículo 201 de la Constitución le confiere al Gobierno, en relación con la Rama Judicial, la facultad de conceder indultos por delitos políticos con arreglo a la ley, y con el deber de informar al Congreso sobre el ejercicio de esa facultad.

"La amnistía por su propia naturaleza impide proseguir el proceso que ya hubiere sido iniciado y que no hubiere culminado con sentencia. El indulto no exime del proceso penal, y en caso de existir sentencia condenatoria ésta no podrá ejecutarse. Con todo, si al momento de concederse la ley de amnistía ésta resulta aplicable a personas contra quienes ya hubiere sentencia condenatoria, se excepciona la cosa juzgada y desde entonces cesa la ejecución de la pena para lo cual habrá de comunicarse al juez que dictó la sentencia en primera instancia, institución que la doctrina conoce como *amnistía impropia*".

²⁰ "Aplicadas las nociones precedentes al análisis de la Ley 975 de 2005, se observa por la Corte que en ella no se dispone la extinción de la acción penal en relación con los

Los dos asuntos restantes, correspondientes a las decisiones trigésima sexta y trigésima séptima, relativos a los artículos setenta y setenta y uno de la ley, son estudiados por la Corte de manera conjunta, pues plantean el mismo problema jurídico y son resueltos con fundamento en la misma *ratio*. En efecto, el problema jurídico es planteado por la Corte en los siguientes términos: ¿cuál es el alcance jurídico del recurso de apelación en el trámite de los proyectos legislativos? La Corte, luego de hacer un recuento prolijo del procedimiento de formación de los artículos setenta y setenta y uno acusados, conforme se detalla en los puntos 3.4.3 a 3.4.3.15. de la sentencia, se ocupa de estudiar el alcance del recurso mencionado, a partir de lo establecido por los artículos 155 a 166 de la Constitución, y por la ley 5 de 1992, para concluir, a modo de *ratio decidendi* que el recurso de apelación solamente procede cuando un proyecto es negado en su totalidad o archivado indefinidamente. La Corte agrega a modo de ilustración, como *dictum*, que el trámite adecuado, para el caso de que algunos artículos de un

delitos que puedan ser imputados a miembros de grupos armados que decidan acogerse a aquella, razón por la cual resulta claro que el Estado no decidió mediante esta ley olvidarse de las acciones delictuosas, por lo que en rigor jurídico-constitucional la afirmación según la cual dicha ley concede una amnistía, no es de recibo.

"Por lo que hace a la supuesta concesión de un indulto, tampoco se encuentra que alguna de las normas contenidas en la ley acusada disponga que la pena con la cual culmine un proceso iniciado contra los miembros de grupos armados ilegales que decidan acogerse a esa ley una vez impuesta por sentencia judicial, deje de ejecutarse. Es decir, no contiene la Ley 975 de 2005 una disposición que exonere al delincuente del cumplimiento de la sanción penal. Si bien es verdad que se le hace objeto de un tratamiento jurídico penal menos riguroso que el existente en el Código Penal -si se cumplen por el infractor unos requisitos determinados en relación con las víctimas y por la colaboración con la administración de justicia-, lo cierto es que, aun así, no desaparece la pena. Esta se impone, pero el procesado puede -con estricta sujeción a los requisitos y condiciones que el legislador señaló- hacerse acreedor a un beneficio que podría reducirle la privación de la libertad por un tiempo, sin que ésta desaparezca, beneficio que será objeto de análisis detenido posteriormente en esta misma providencia.

"No se dan pues en el presente caso los presupuestos que definen la amnistía ni el indulto, y por tanto mal podía exigirse al Legislador que para la expedición de la ley acusada diera un trámite reservado a ese tipo de figuras jurídicas.

"Tampoco establece la ley acusada una amnistía o indulto velado, habida cuenta de que el concepto de alternatividad penal (art. 3), así como las características de este instituto, parten de la base de que el juez impondrá, en la sentencia, la condena ordinaria que correspondería a los delitos demostrados".

proyecto sean negados por las Comisiones, es su presentación como adiciones en el segundo debate (videm 3.4.16.)²¹. Al haberse violado

²¹ "Conforme a lo dispuesto por el artículo 157 de la Carta todo proyecto para convertirse en ley requiere, entre otros requisitos "Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada Cámara", y luego, "Haber sido aprobado en cada cámara en segundo debate".

"A segundo debate no llega el proyecto si fue negado en primer debate por la comisión respectiva, como es apenas lógico. Sin embargo, el propio Constituyente estableció la posibilidad de apelar esa decisión de la comisión ante la plenaria de la cámara respectiva, para lo cual legitimó a su autor, a un miembro de ella, al gobierno o al vocero de los proponentes en los casos de proyectos presentados por iniciativa popular (CP. art. 159). "En armonía con la norma constitucional acabada de mencionar, la Ley 5 de 1992 establece que "Negado un proyecto **en su totalidad** o archivado indefinidamente" (negrilla fuera de texto), puede ser objeto de apelación ante la plenaria de la cámara respectiva, la cual previo informe de una comisión accidental decidirá si se acoge o se rechaza la apelación de tal manera que si ocurre lo primero, "la presidencia remitirá el proyecto a otra comisión constitucional para que surta el trámite en primer debate" y, si ocurre lo segundo, se archiva el proyecto.

"Ahora bien, la Constitución Política, en varias de sus disposiciones asume que un proyecto de ley se refiere a una materia determinada cuya regulación se propone en varios artículos que conforman una unidad jurídica. Así aparece que el artículo 155 de la Constitución al regular la iniciativa popular, se refiere a quiénes están legitimados para "presentar proyectos de ley"; el artículo 156 señala que tendrán iniciativa legislativa especial para "presentar proyectos de ley en materias relacionadas con sus funciones" algunos organismos del Estado; el artículo 157 fija los requisitos para que un "proyecto" se convierta en ley; el artículo 158 ordena que "todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia"; el artículo 160 señala un lapso que debe mediar entre el primero y el segundo debate y entre "la aprobación de proyecto en una de las cámaras y la iniciación del debate en la otra"; el artículo 161 establece que las comisiones accidentales que allí se autorizan deben ser nombradas "cuando surgieren discrepancias en las cámaras respecto de un proyecto"; el artículo 162 dispone que "ningún proyecto podrá ser considerado en más de dos legislaturas"; el artículo 163 autoriza al Presidente de la República para solicitar trámite de urgencia para cualquier proyecto de ley; ese mismo artículo ordena la deliberación conjunta de las comisiones permanentes de una y otra cámara cuando se envíe mensaje de urgencia si el proyecto de ley se encuentra al estudio de una comisión; el artículo 164 ordena tramitar con prioridad los proyectos de ley aprobatorios de tratados sobre derechos humanos; el artículo 165 dispone que aprobado un proyecto de ley por las dos cámaras pasa al gobierno para su sanción; el artículo 166 fija el término durante el cual el gobierno puede devolver con objeciones un proyecto de ley al Congreso, según el número de artículos que lo conforman; el artículo 167 se refiere a la objeción total o parcial del proyecto de ley.

"En ese contexto constitucional, resulta claro que el artículo 159 de la Carta contempla la posibilidad de interponer apelación ante las plenarios de las cámaras respectivas cuando *un proyecto de ley* no sea aprobado en el primer debate por la comisión correspondiente. Tal hipótesis es distinta de la simple negación de uno de los artículos

el principio de *consecutividad*, por emplearse un mecanismo inadecuado, generando un trámite viciado, los artículos acusados son declarados inexecutable²².

que conforman el proyecto. Es evidente que en el procedimiento previsto en la Constitución para la formación de la ley ello puede suceder, sin que necesariamente fracase el trámite del proyecto en sí mismo, pues bien puede ocurrir que el Congreso apruebe el proyecto sin uno de los artículos inicialmente propuestos.

"Con todo, la propia Constitución establece que en el informe a la cámara plena para segundo debate es deber del ponente consignar la totalidad de las propuestas que fueron consideradas por la comisión y las razones que determinaron el rechazo de algunas y, de manera expresa señala que en el segundo debate se le pueden introducir al proyecto modificaciones, adiciones y supresiones que se juzguen necesarias (CP. art. 160). Ello significa, como es fácil advertirlo, que lo que fue inicialmente rechazado podría ser presentado como adición en el segundo debate. Es ese el sentido democrático de la formación de la ley mediante la deliberación sucesiva de las comisiones y de las plenarios de cada una de las cámaras, lo que excluye la identidad absoluta y autoriza en cambio la identidad flexible del proyecto.

"Sobre este particular se dijo por la Corte a propósito del trámite de un proyecto de acto legislativo, que al punto resulta aplicable, que: *"La cuestión que se plantea es, entonces, ésta: ¿La improbación, en un debate cualquiera de una disposición incluida en el proyecto de Acto Legislativo, implica la parálisis del trámite de él, en su totalidad? Para la Corte es claro que el proyecto debe continuar su trámite y aún más, el precepto no aprobado en primer debate puede incluirse posteriormente por la plenaria de la Cámara correspondiente, pues así lo autoriza el artículo 160 de la Constitución, al señalar que "durante el segundo debate cada Cámara podrá introducir al proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que juzgue necesarias". Y, lógicamente, no podría ser de otro modo. Puesto que si la mayoría de la plenaria introduce una modificación al texto aprobado en la Comisión y en ésta el cambio no cuenta con la mayoría de votos necesaria, habría que concluir que la voluntad de un grupo minoritario de congresistas, tendría prevalencia sobre la voluntad mayoritaria de la respectiva corporación"*.

²² "En suma, con el trámite impartido a los artículos 70 y 71 de la Ley 975/05 se desconoció el principio de consecutividad, ya que como resultado de la indebida tramitación de la apelación presentada en el Senado ante la decisión de negarlos adoptada por las Comisiones Primeras Constitucionales Permanentes, finalmente fueron remitidos a Comisiones Constitucionales que no eran competentes; y una vez aprobados por éstas últimas sin tener competencia para hacerlo, fueron introducidos de manera irregular en el segundo debate ante la plenaria del Senado, como si hubiesen sido aprobados por las Comisiones Constitucionales facultadas para ello".

EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE EL PROCESO DE JUSTICIA TRANSICIONAL CON LOS GRUPOS PARAMILITARES: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD C-370/06, SOBRE LA LEY 975 DE 2005.*

Luis Andrés Fajardo Arturo

SUMARIO: *I. El método de la sentencia: la ponderación entre derechos fundamentales. II. Herramientas de Constitucionalidad: subreglas constitucionales en materia de procesos de justicia transicional. III. Esquema general de las decisiones: modulación expresa y tácita de la ley. IV. Aporte principal de la sentencia: el marco constitucional para los procesos de paz. V. Observación final: la legitimidad de la ley pende de la idoneidad y eficacia frente al objetivo de lograr la paz.*

I. EL MÉTODO DE LA SENTENCIA: LA PONDERACIÓN ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES.

La sentencia C370/06 desarrolla el examen de constitucionalidad de la ley 975 de 2005, a través del estudio de los múltiples cargos que fueron presentados en la más amplia de las demandas de inconstitucionalidad contra dicha norma.

La demanda se estructura fundamentalmente sobre cuatro pilares: 1) Inconstitucionalidad formal por no haberse tramitado como una ley estatutaria. 2) Inconstitucionalidad formal de algunos artículos, por faltas graves en el procedimiento. 3) Inconstitucionalidad material de la ley

* Este artículo está sustentado en un trabajo de investigación realizado por el autor y publicado bajo el título de: *LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ, ANÁLISIS CONSTITUCIONAL, COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL Y EFECTOS EN EL DESARROLLO HUMANO*, en la Revista Civilizar N° 11 del Centro de Investigaciones de la Universidad Sergio Arboleda, Diciembre 2006.

por generar un perdón general al modo de indulto frente a graves violaciones de derechos humanos. Y 4) Inconstitucionalidad material de algunos artículos de la norma por desconocer parcialmente los derechos de las víctimas y de la sociedad a la verdad, justicia y reparación por los hechos sucedidos.

Para realizar el examen, la Corte Constitucional analiza los textos bajo el presupuesto de que se presenta una colisión entre diferentes derechos constitucionales, por lo que el juez constitucional está llamado a aplicar el método de la *ponderación*, es decir, a sopesar los derechos que se encuentran en colisión, en aras de alcanzar una armonización entre ellos, de ser posible, o de definir cuál ha de prevalecer en caso de ser contrarios.

El método usado por la Corte en el examen de esta ley, ha sido tradicionalmente utilizado por ella cuando se trata de determinar la afectación de un Derecho por el ejercicio o la protección de otro. Este método se fundamenta en las posturas conflictivistas que conciben los derechos fundamentales como realidades jurídicas cuyo ejercicio tiende a colisionar, por lo que en muchas circunstancias los conflictos se hacen inevitables.

Cuando se dan las situaciones de conflicto, existen dos soluciones posibles; la primera consiste en jerarquizar los derechos y admitir que algunos tienen más valor intrínseco que otros, por lo cual el conflicto se define prefiriendo un derecho sobre el otro.¹ El otro mecanismo de solución que se emplea dentro de la concepción conflictivista de los derechos fundamentales es la ponderación de derechos. Este mecanismo, ha sido principalmente desarrollado en el ámbito anglosajón,² y actualmente cuenta con gran acogida en los sistemas de

¹ Ver Castillo, Luis Fernando, *Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?* Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N°12, UNAM enero a junio 2005.

² Por citar algunos, Aleinkoff, T. Alexander, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, Yale L. J., 96, 1987, pp. 943-1005; Watkins, John, *The Mass Media and the Law*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1990; y Pildes, Richard, *Conceptions of Value in Legal Thought*, Michigan L. R., 90, 1992, pp. 1520-1532.

protección de los derechos humanos. Consiste en sopesar los derechos o bienes jurídicos que en abstracto son iguales, con las características que definen el caso que se intenta resolver, con el fin de determinar si en las circunstancias concretas un derecho "pesa" más y justifica por lo tanto la restricción del otro derecho. Se trata de una jerarquización en concreto, revisando las medidas impugnadas a la luz de la legitimidad del objetivo perseguido, la adecuación de las medidas y la necesidad de la restricción.

Robert Alexy, ha escrito, en relación con los exámenes de ponderación, que:

El Tribunal constata que en tales casos existe "una relación de tensión entre el deber del Estado de garantizar una aplicación adecuada del derecho penal y el interés del acusado en la salvaguarda de los derechos constitucionalmente garantizados, a cuya protección el Estado está igualmente obligado por la Ley Fundamental". Esta relación de tensión no podía ser solucionada en el sentido de una prioridad absoluta de uno de estos deberes del Estado, ninguno de ellos poseería "prioridad *sin más*". Más bien, el "conflicto" debería ser solucionado "a través de una ponderación de los intereses opuestos". En esta ponderación, de lo que se trata es de la ponderación de cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto.³

Se entiende pues, que el sistema de ponderación actúa a través del principio de proporcionalidad puesto que no es posible definir bien una relación de ponderación sin tener clara la relación de proporcionalidad entre las medidas impugnadas y los derechos en juego. Así, Barnes (98) afirma que "aun presuponiendo que ninguno de los derechos en cuestión ceda por entero hasta desaparecer, el principio de proporcionalidad impide que se sacrifique inútilmente, más allá de

³ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdez, Madrid, CEC, 1993 (trad. de *Theorie der Grundrechte*, 3a. ed., Frankfurt, Suhrkamp, 1996, p. 90).

lo necesario o en forma desequilibrada un derecho a favor del otro. La proporcionalidad se pondrá, una vez más, del lado del derecho que padece la restricción, del que se lleva la peor parte".⁴

La Corte Constitucional Colombiana ha adoptado en su jurisprudencia el Test de Proporcionalidad para la solución del conflicto entre dos derechos o valores constitucionales, en ejercicio del método de ponderación, según la siguiente fórmula:

corresponde al juez constitucional no sólo estudiar la constitucionalidad de la finalidad perseguida por la medida examinada sino, además, examinar si la reducción del derecho es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado. Para ello, debe el juez primero determinar si el trato diferente y la restricción a los derechos constitucionales son "adecuados" para lograr el fin perseguido, segundo si son "necesarios", en el sentido de que no exista otro medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin perseguido y, tercero, si son "proporcionados stricto sensu", esto es, que no se sacrifiquen valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende satisfacer.⁵

En el caso que nos ocupa, la Corte empieza por analizar la constitucionalidad de la finalidad perseguida, para responder tajantemente que la Paz es un valor fundamental del Estado Colombiano y representa por lo tanto un objetivo legítimo.⁶ En Consecuencia la

⁴ Barnes, Javier, *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar*, 1998, Cuadernos de Derecho Público, núm. 5, pp. 35-36.

⁵ Sentencia C-309/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero. (subrayas ajenas al texto)

⁶ 4.1.8. En conclusión de todo lo anterior, cabe afirmar que la Paz constituye (i) uno de los propósitos fundamentales del Derecho Internacional; (ii) un fin fundamental del Estado colombiano; (iii) un derecho colectivo en cabeza de la Humanidad, dentro de la tercera generación de derechos; (iv) un derecho subjetivo de cada uno de los seres humanos individualmente considerados; y (v), un deber jurídico de cada uno de los

Corte pasa a hacer el examen sobre la adecuación, necesidad y proporcionalidad de las medidas propuestas en la ley. Explica la Corte en la sentencia:

"El método de ponderación es apropiado para la resolución de los problemas que plantea este caso, por cuanto no es posible materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos en juego, a saber, la justicia, la paz, y los derechos de las víctimas. El logro de una paz estable y duradera que sustraiga al país del conflicto por medio de la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley puede pasar por ciertas restricciones al valor objetivo de la justicia y al derecho correlativo de las víctimas a la justicia, puesto que de lo contrario, por la situación fáctica y jurídica de quienes han tomado parte en el conflicto, la paz sería un ideal inalcanzable; así lo ha demostrado la experiencia histórica de distintos países que han superado conflictos armados internos. Se trata de una decisión política y práctica del Legislador, que se orienta hacia el logro de un valor constitucional. En ese sentido, la Ley 975 de 2005 es un desarrollo de la Constitución de 1991. Pero la paz no lo justifica todo. Al valor de la paz no se le puede conferir un alcance absoluto, ya que también es necesario garantizar la materialización del contenido esencial del valor de la justicia y del derecho de las víctimas a la justicia, así como los demás derechos de las víctimas, a pesar de las limitaciones legítimas que a ellos se impongan para poner fin al conflicto armado. El Legislador ya optó por fórmulas concretas de armonización entre tales valores y derechos, que como se dijo,

ciudadanos colombianos, a quienes les corresponde propender a su logro y mantenimiento. (...) 4.2.5. Así pues, la justicia transicional admite la existencia de una tensión entre el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación. Para la resolución de esta tensión, el Derecho Internacional, partiendo de la base de que los compromisos de los Estados en el respeto de los Derechos Humanos no se suspenden ni interrumpen por las circunstancias de transición, formula ciertos lineamientos a fin de asegurar estándares mínimos en materia de justicia, verdad y reparación.

restringen el ámbito de efectividad del valor y el derecho a la justicia en aras de lograr la paz, por medio de la concesión de beneficios penales y procedimentales a los desmovilizados. Compete, pues, a la Corte determinar, a través del método de ponderación entre tales valores y derechos, si la armonización diseñada por el Congreso y plasmada en las normas acusadas respeta los contenidos mínimos protegidos por la Constitución."

La Corte examina a lo largo de la sentencia si las medidas propuestas por la ley 975 e impugadas por la demanda son, individualmente consideradas, adecuadas para lograr el objetivo de la paz, y si se justifican las restricciones a los derechos de la sociedad y de las víctimas. Para ello se vale de una serie de herramientas de su propia jurisprudencia y de la valoración de los tratados internacionales firmados por Colombia en materia de Derechos Humanos y de derecho internacional humanitario. De dicho examen surgen unas "subreglas constitucionales"⁷ cuya importancia radica en que son el marco constitucional al que deberá sujetarse todo proceso de *justicia transicional* con que se busque lograr la paz en el país.

II. HERRAMIENTAS DE CONSTITUCIONALIDAD: SUBREGLAS JURISPRUDENCIALES EN MATERIAL DE ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD:

Antes de entrar al estudio de las *ratio decidendi* sobre el fondo de la ley, creemos relevante recuperar una regla enunciada en la sentencia, que sin hacer referencia directa al tema de la ley demandada, sin duda tienen mucha importancia en cuanto elemento de interpretación constitucional.

⁷ Se entiende por subreglas las razones que motivan la decisión o *ratio decidendi*, en el sentido en que tienen carácter vinculante y constituyen reglas jurisprudenciales que pueden ser usadas como argumentación para un caso similar.

1. LA OMISIÓN LEGISLATIVA ABSOLUTA Y RELATIVA: EL LÍMITE DE LA CORTE FRENTE A LAS OMISIONES DEL LEGISLADOR.

6.2.1.7.5. Tal como lo ha señalado la jurisprudencia en materia de omisiones del legislador, la Corte sólo tiene competencia para pronunciarse respecto de aquellos cargos que se basan en omisión relativa.⁸ Una omisión es relativa, ha dicho la Corte, "*cuando se vincula con un aspecto puntual dentro de una normatividad específica; pero aquella se vuelve constitucionalmente reprochable si se predica de un elemento que, por razones lógicas o jurídicas –específicamente por razones constitucionales, debería estar incluido en el sistema normativo de que se trata, de modo que su ausencia constituye una imperfección del régimen que lo hace inequitativo, inoperante o ineficiente*"⁹. Estas omisiones frecuentemente conducen a violaciones del derecho a la igualdad¹⁰ o del derecho al debido proceso.

(...) las cinco condiciones que ha señalado la jurisprudencia constitucional (sentencia C-185 de 2002) para que se configure una omisión legislativa relativa, son: (i) que exista una norma respecto de la cual se predique el cargo, (ii) que dicha norma excluya de sus consecuencias jurídicas casos que, por ser asimilables, deberían estar contenidas en su texto normativo, o que omita incluir un ingrediente o condición que, en virtud de la Constitución, sea esencial para armonizar el texto de la norma con los mandatos de la Carta Política; (iii) que la exclusión de

⁸ En la sentencia C- 543 de 1996, la Corte estableció las clases de omisiones en que puede incurrir el legislador –absoluta y relativa–, y señaló la imposibilidad de ejercer control de constitucionalidad sobre las denominadas omisiones absolutas, admitiendo este mecanismo de control únicamente respecto de las omisiones legislativas de naturaleza relativa. En posteriores pronunciamientos (C-427 de 2000, C-1549 de 2000; C- 041 de 2002, C-185 de 2002, C- 871 de 2002) se ha reiterado esta regla jurisprudencial.

⁹ Cfr. Sentencia C- 041 de 2001, MP Marco Gerardo Monroy Cabra, criterio reiterado en la sentencia C-528 de 2003 del mismo Despacho.

¹⁰ Sentencias C- 185 de 2001; C-420 de 2000.

los casos o elementos en cuestión carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que en virtud de la falta de justificación y objetividad aludidas, los casos excluidos de la regulación legal queden en situación de desigualdad negativa frente a los que sí están amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión resulte del incumplimiento de un deber específico impuesto al legislador por el Constituyente.

SUBREGLAS SOBRE LOS PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL:

1. Sobre la libertad del Estado de buscar las herramientas necesarias para lograr la Paz y los límites a dicha discrecionalidad:

6.2.2.1.7.2. "(...)no sobra recordar que **la búsqueda de este objetivo, mediante el otorgamiento de beneficios penales, puede justificar limitaciones importantes a los derechos, principios y valores del Estado constitucional, en particular, al derecho a la justicia.** (...)en la ponderación de bienes constitucionales el derecho a la justicia puede ser objeto de diferentes tipos de materialización, para lo cual el Legislador cuenta no solo con un amplio margen de configuración sino con autorizaciones constitucionales expresas, **siempre y cuando se respeten ciertas condiciones, requisitos y límites constitucionales.**"

6.2.2.1.7.3. (...) **los procesos de negociación con grupos irregulares deben respetar unas normas mínimas**, cuyo núcleo esencial, por mandato de la propia Constitución, aparece como el **límite constitucional inquebrantable del ejercicio del poder de negociación del Estado (arts. 5, 93, 94, 150-17, 201-2 y 214 de la Carta)**. Estas normas mínimas, reconocidas adicionalmente en disposiciones internacionales que han sido libre y soberanamente incorporadas al derecho interno, **vinculan al Estado al cumplimiento de una serie de obligaciones irrenunciables relacionadas con la satisfacción de los**

derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos o de infracciones al Derecho Internacional Humanitario y a la prevención de los delitos cometidos, es decir, a la real consolidación de la importante finalidad buscada por este tipo de leyes.

2. Sobre el contenido del derecho a la verdad:

6.2.2.1.7.6. El contenido mínimo del derecho de las víctimas a la verdad protege, en primer lugar, el derecho a **que los delitos más graves sean investigados**. Esto implica que tales delitos deben ser investigados y que **el Estado es responsable por acción o por omisión si no hay una investigación seria** acorde con la normatividad nacional e internacional.

6.2.2.1.7.7. Adicionalmente, el derecho a la verdad incorpora **el derecho a conocer las causas y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que los delitos fueron cometidos**.

6.2.2.1.7.8. De otra parte, **cuando se trata del delito de desaparición forzada** de personas, el derecho a la verdad **apareja el derecho a conocer el destino final de la persona desaparecida**.

6.2.2.1.7.10. En cuanto se refiere a **la dimensión colectiva de la verdad**, su contenido mínimo incluye **la posibilidad de las sociedades de conocer su propia historia, de elaborar un relato colectivo relativamente fidedigno sobre los hechos que la han definido y de tener memoria de tales hechos**.

6.2.3.2.1.5. El derecho a la verdad, como lo ha reiterado también, presenta además de su dimensión colectiva cuyo fin es

"preservar del olvido a la memoria colectiva"¹¹, una dimensión individual cuya efectividad se realiza fundamentalmente en el ámbito judicial, **a través del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo**, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte.¹²

6.2.3.2.1.6. La jurisprudencia constitucional ha determinado que **el derecho de acceder a la verdad, implica que las personas tienen derecho a conocer qué fue lo que realmente sucedió en su caso**. La dignidad humana de una persona se ve afectada si se la priva de información que es vital para ella. El acceso a la verdad aparece así íntimamente ligado al respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima¹³.

LAS LEYES DEBEN CONTENER MECANISMOS QUE PROMUEVAN EFECTIVAMENTE LA REVELACIÓN PLENA DE LA VERDAD:

6.2.2.1.7.22. En este sentido no sobra enfatizar que frente al tipo de delitos a que se refiere la ley demandada, **sólo la identificación completa de la cadena de delitos cometidos por cada uno de estos grupos armados específicos permite conocer la real dimensión de lo sucedido, identificar a las víctimas, repararlas, y adoptar medidas serias y sostenibles de no repetición**. El secreto sobre lo ocurrido, la manipulación de la verdad y la negación de graves delitos cometidos por tales grupos no sólo compromete los derechos de cada una de las personas que han tenido que sufrir el dolor de la violación de sus derechos sino el interés de la sociedad entera en conocer lo ocurrido en toda su magnitud y a adoptar medidas para que nunca más esos delitos vuelvan a ocurrir.

¹¹ Principio 2 del Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

¹² Cfr. Entre otras las sentencias C- 293 de 1995 y C- 228 de 20002.

¹³ Cfr. Sentencias T- 443 de 1994, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; C- 293 de 1995, MP, Carlos Gaviria Díaz.

REGLAS CONSTITUCIONALES SOBRE LA PUBLICIDAD DE LOS DOCUMENTOS Y ACTUACIONES PÚBLICAS.

En los términos de la Constitución, la regla general de la publicidad sólo puede tener excepciones en virtud de leyes que, de manera específica, establezcan los casos concretos en los cuales ciertas autoridades claramente definidas pueden establecer que determinada información es reservada. Adicionalmente, **la reserva sólo resulta procedente si el legislador aporta razones suficientes para justificarla.** En este sentido la Corte ha señalado estrictas condiciones para que el legislador pueda establecer excepciones a la regla general prevista en el artículo 74 Superior. Al respecto, la jurisprudencia constitucional prevé que tales limitaciones serán admisibles cuando se compruebe: (i) la existencia de reserva legal en relación con la limitación del derecho, (ii) la necesidad de que tales restricciones se sujeten a los principios de razonabilidad y proporcionalidad y estén relacionadas con la protección de derechos fundamentales o de valores constitucionalmente protegidos, como sucede con la seguridad y la defensa nacional; y (iii) el carácter temporal de la restricción, en la medida en que la ley debe fijar un plazo después del cual los documentos pasan al dominio público.¹⁴

3. Sobre el derecho a la justicia y al recurso efectivo:

6.2.2.2.9 (...) Exigir que la revelación sobre el destino de los secuestrados y desaparecidos aparezca como condición de elegibilidad para la desmovilización colectiva garantiza el derecho a un recurso efectivo en cabeza de las víctimas, derecho que, como ya se mencionó, hace parte del bloque de constitucionalidad.

¹⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-527/05, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

6.2.3.2.1.7. Ha señalado también que el derecho de acceso a la justicia, tiene como uno de sus componentes naturales el derecho a que se haga justicia. **Este derecho involucra** un verdadero derecho constitucional al proceso penal¹⁵, y **el derecho a participar en el proceso penal**¹⁶, por cuanto el derecho al proceso en el Estado democrático debe ser eminentemente participativo. Esta participación se expresa, por ejemplo, en "*que los familiares de la persona fallecida y sus representantes legales serán informados de las audiencias que se celebren, a las que tendrán acceso, así como a toda información pertinente a la investigación y tendrán derecho a presentar otras pruebas*"¹⁷

6.2.3.2.1.8. En la sentencia C-228 de 2002, en la cual la Corte consolidó un replanteamiento de los derechos de las víctimas que ya se venía gestando en la jurisprudencia, señaló que la visión de la parte civil sólo interesada en la reparación económica, debe ser abandonada. **La víctima de un delito o los perjudicados por éste tienen derecho a participar en el proceso penal no sólo para obtener el resarcimiento pecuniario, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. Incluso, puede intervenir con la única finalidad de buscar la verdad y la justicia**, sin que se le pueda exigir demostrar un daño patrimonial o una pretensión de esta naturaleza, superando así una concepción precaria de los derechos de las víctimas limitada sólo a la reparación económica.

¹⁵ Cfr. Sentencia C- 412 de 1993, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁶ Cfr., Sentencia C- 275 de 1994, MP, Alejandro Martínez Caballero.

¹⁷ Cfr. Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, aprobado por el Consejo Económico y social de las Naciones Unidas, mediante resolución 1989/65 del 29 de mayo de 1989, y ratificado por la Asamblea General, mediante resolución 44/162 del 15 de diciembre de 1989. Citados en la sentencia C-293 de 1995.

4. Sobre la condición de los beneficios de una pena alternativa: La obligación de no incurrir en conductas delictivas en el periodo de libertad a prueba.

6.2.1.7.3. (...) Los beneficios otorgados deben estar vinculados al férreo compromiso del sentenciado de no incurrir intencionalmente en conductas delictivas, cualquiera que sea su naturaleza, y a la efectiva contribución del beneficiario a la consecución de la paz. Los propósitos de resocialización y de reinserción que animan estos beneficios se tornan inocuos con una expresión como la que se cuestiona. La comisión intencional de un nuevo delito durante el período de libertad a prueba, cualquiera que sea su naturaleza, genera la revocatoria del beneficio.

5. Sobre la existencia y contenido de la pena: No se pueden dejar crímenes sin sanción.

6.2.3.3.4.5. Aun en el marco de un instrumento que invoca como propósito fundamental la materialización de la paz en el país, la pena no puede ser despojada de su atributo de reacción justa y adecuada a la criminalidad, ni puede producirse al margen de las intervenciones estatales que el ejercicio del *ius puniendi* reclama en el Estado constitucional de derecho. Lo primero conduciría a fenómenos de impunidad indeseables, aun en el contexto de un proceso de pacificación, y lo segundo, a la pérdida de legitimidad de la potestad sancionadora del Estado. El régimen punitivo que caiga en uno u otro fenómeno resulta contrario a la Constitución.

6. Sobre la responsabilidad de reparación en cabeza de los perpetradores y la imposibilidad de limitar las reparaciones por las partidas presupuestales.

6.2.4.1.12. (...) como ya lo ha explicado la Corte, las normas, la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional han considerado **que la reparación económica a cargo del**

patrimonio propio del perpetrador es una de las condiciones necesarias para garantizar los derechos de las víctimas y promover la lucha contra la impunidad. Sólo en el caso en que el Estado resulte responsable –por acción o por omisión– o cuando los recursos propios de los responsables no son suficientes para pagar el costo de reparaciones masivas, el Estado entra a asumir la responsabilidad subsidiaria que esto implica. Y esta distribución de responsabilidades no parece variar en procesos de justicia transicional hacia la paz.

De esta manera, **resulta acorde con la Constitución que los perpetradores de este tipo de delitos respondan con su propio patrimonio por los perjuicios con ellos causados,** con observancia de las normas procesales ordinarias que trazan un límite a la responsabilidad patrimonial en la preservación de la subsistencia digna del sujeto a quien dicha responsabilidad se imputa, circunstancia que habrá de determinarse en atención a las circunstancias particulares de cada caso individual

6.2.4.1.15. Finalmente, no sobra señalar que, **en todo caso, la reparación no puede quedar absolutamente sometida a la voluntad política de quienes definen las normas de presupuesto, pues es un derecho de las víctimas que debe ser satisfecho, especialmente, en procesos que persigan la paz y la reconciliación.** Por ello, resulta razonable que la reducción de las penas que la norma establece se encuentre acompañada de la adopción de otras medidas que, como el pago de los daños y la restitución de los bienes, puedan constituir un marco justo y adecuado para alcanzar en forma sostenible la finalidad buscada.

6.2.4.3.1.5. Lo anterior no significa que la disponibilidad de recursos públicos sea irrelevante o que la Comisión Nacional de Reparación y Rehabilitación pierda su facultad de fijar criterios para distribuir los recursos destinados a la reparación (artículo

52.6). Lo que sucede es que el derecho cierto no se puede desconocer en virtud de los recursos disponibles en una determinada vigencia fiscal. **Las limitaciones presupuestales justifican medidas de distribución equitativas y temporales de los recursos escasos, pero no el desconocimiento del derecho judicialmente reconocido**, situación diferente de aquella en la cual se puede encontrar quien no cuenta a su favor con una providencia judicial específica que ya haya definido el monto de la indemnización a que tiene derecho.

7. Sobre la definición de víctima y el acceso procesal a los familiares:

6.2.4.2.11. Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado que **debe tenerse como víctima o perjudicado de un delito penal a la persona que ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de éste y el delito que lo ocasionó.**

6.2.4.2.14. En suma, según el derecho constitucional, interpretado a la luz del bloque de constitucionalidad, los familiares de las personas que han sufrido violaciones directas a sus derechos humanos tienen derecho a presentarse ante las autoridades para que, demostrado el daño real, concreto y específico sufrido con ocasión de las actividades delictivas, se les permita solicitar la garantía de los derechos que les han sido vulnerados. Esto no significa que el Estado esté obligado a presumir el daño frente a todos los familiares de la víctima directa. Tampoco significa que todos los familiares tengan exactamente los mismos derechos. Lo que, sin embargo, sí se deriva de las normas y la jurisprudencia citada, es que **la ley no puede impedir el acceso de los familiares de la víctima de violaciones de derechos humanos, a las autoridades encargadas de investigar, juzgar, condenar al responsable y reparar la violación.**

III. ESQUEMA GENERAL DE LAS DECISIONES: MODULACIÓN EXPRESA Y TÁCITA DE LA LEY.

La sentencia resolutive de la Corte contiene 37 decisiones, que concluyen los exámenes de fondo y forma. Las decisiones pueden agruparse en la siguiente forma, según sus efectos:

a. Las que conservan los artículos por exequibilidad o inhibición:

En la sentencia hay cinco decisiones de exequibilidad incondicionada: las decisiones 1, 2, 18, 20 y 33 declaran la exequibilidad de los arts. 1, 2, 24, 26 y 58 de la ley 975. Los dos primeros artículos son declarados exequibles frente a los cargos de trámite que discutían la formulación como ley estatutaria. La exequibilidad de los siguientes artículos se da por los alegatos de fondo.

El art. 24, que regula el contenido de la sentencia penal, luego de las consideraciones de la H. Corte, es declarado exequible por cargos de fondo, sin ninguna clase de modulación. La decisión 20 sobre el Art. 26 declara exequible el artículo en lo referente al cargo frente a la supresión del recurso de casación.¹⁸

La decisión 33 declara la exequibilidad de algunas frases del Art. 58, que se referían a la limitante del derecho a conocer la verdad y acceder a los archivos, de "no causar más daños innecesarios" a las víctimas o sus familiares.

¹⁸ La exclusión del recurso de casación como medio de impugnación de la sentencia proferida en segunda instancia por la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, no entraña la afectación de derechos y garantías procesales de los intervinientes en el proceso, ni la imposibilidad de materializar el derecho sustancial, como lo señalan los demandantes. Sobre el resto del art., la Corte se declara inhibida puesto que el cargo se hace con base en una interpretación particular de los demandantes, incumpliendo con los requisitos de certeza y pertinencia exigidos por la jurisprudencia de la Corte.

La sentencia cuenta con 8¹⁹ decisiones de inhibición, fundadas principalmente en la falta de certeza y especificidad de los cargos de la demanda. Estas decisiones dejan el contenido de los artículos intacto, pero dan lugar a que sobre el mismo tema se pueda repetir otra demanda siempre que cumpla con los requisitos exigidos por la jurisprudencia.

b. Las que establecen modificaciones a las disposiciones de la ley.

La mayor parte, 21 de las 37 decisiones de la H. Corte en la sentencia, tienen como efecto la modificación del contenido y alcance de las normas demandadas. La modificación se da por exequibilidad modulada, exequibilidad e inexecutable de una misma disposición, o inexecutable parcial de un artículo.

La Sentencia cuenta con 12²⁰ decisiones de exequibilidad modulada, y todas ellas se dan por el examen de cargos de fondo. El efecto de la modulación es determinar cuál es la forma en que debe interpretarse, para efectos de su aplicación, cada uno de los artículos relacionados. La Corte hace uso de la frase "en el entendido", y junto a ella determina cuál es la interpretación que debe hacerse al artículo o a las palabras demandadas del artículo, para que la aplicación del mismo se ajuste a la Constitución. La lectura de las solas decisiones es suficiente para conocer la forma en que debe aplicarse la norma. En cualquier caso de dudas, el intérprete puede hacer uso de la parte motiva de la sentencia que sirve para aclarar aún más el contenido de la decisión.

¹⁹ Tercera (inciso final del art.2), sexta (art.9), séptima (inciso primero del art.10), décima primera (inciso primero del art. 16), décima séptima (arts. 21, 22 y 23) vigésima primera (arts. 27 y 28), trigésima cuarta (art. 62), trigésima quinta (art. 69).

²⁰ Cuarta (art. 3), quinta (incisos segundo y quinto del art.5), octava (numeral 10.2 del art. 10), décima segunda (art. 17), décima quinta (art. 19), vigésima tercera (art.30), vigésima sexta (numeral 38.5 del art. 37), vigésima novena (art. 47), trigésima (numeral 49.3 del art. 48) y trigésima primera (inciso segundo del art. 54).

5 decisiones²¹ de la H. Corte en esta sentencia son de exequibilidad parcial. En esas decisiones, la Corte modifica los efectos del artículo a través de la eliminación de una frase o párrafo. El efecto de estas decisiones es igual al de exequibilidad modulada, aunque el nuevo sentido de la disposición no quede tan claramente establecido como en el caso anterior.

Otras 4 decisiones de la sentencia son de inexecutableidad de una expresión o párrafo de un artículo impugnado, y su efecto es cambiar o restringir el sentido de dicha disposición en el mismo grado de exactitud de los párrafos anteriores. Se cuentan en este grupo las decisiones 10²², 27²³, 28²⁴ y 32²⁵.

c. Las que eliminan artículos de la ley.

Únicamente 3 de las 37 decisiones de la H. Corte son de inexecutableidad total del artículo. Por la decisión 24, se declara inexecutable el art.31. El efecto es que el tiempo en que los desmovilizados hayan permanecido en una zona de desconcentración no puede computarse como tiempo de ejecución para efectos de rebajar la pena alternativa.

Las decisiones 36 y 37, sobre los artículos 70 y 71 respectivamente los declaran inexecutablees por vicios en el procedimiento, con los siguientes efectos: 1. las rebajas de penas de la décima parte, para quienes estén cumpliendo penas ejecutoriadas, quedan excluidas. (art.

²¹ Novena (sobre el numeral 11.5 del art. 11), décima cuarta (art.18), décima sexta (art.20), décima novena (art. 25), vigésima quinta (art. 34).

²² Numeral 4 del Art. 13: con esta decisión se determina que la solicitud y la decisión de imponer penas cautelares se hacen sobre los bienes lícitos e ilícitos.

²³ Inciso 2º del art. 44. La decisión se toma por unidad normativa, para que la reparación no se haga con bienes "si los tuvieren" sino con todos los bienes del beneficiado.

²⁴ La expresión "de ser posible" contenida en el art.43, que se refería a la devolución de las propiedades y que en este caso se excluye para que se convierta en una obligación de los beneficiados sin ninguna ambigüedad.

²⁵ Sobre el numeral 56.1 del artículo 55, se declara inexecutable la expresión "dentro de los límites autorizados en el presupuesto nacional", puesto que el presupuesto nacional no puede convertirse en el desconocimiento de un derecho judicialmente reconocido.

70) y No puede adicionarse al delito de sedición el inciso que se refería a la participación en grupos guerrilleros o de autodefensa.(art.71).

***IV. APORTE JURÍDICO DE LA SENTENCIA:
EL MARCO CONSTITUCIONAL PARA LOS PROCESOS DE PAZ.***

De todo lo expuesto y analizado por la Corte, así como del conjunto de decisiones, se pueden resumir algunas conclusiones que constituirían el marco jurídico para cualquier proceso de justicia transicional en Colombia. Ese es evidentemente el verdadero aporte de la sentencia y la justificación de un ejercicio intelectual que se concreta en más de 333 páginas.

El resultado, en forma general y bastante sintética, es el siguiente:

1. El Estado tiene el deber de buscar los medios para lograr la paz y, en ese sentido, el legislador tiene un amplio margen discrecional para decidir cuáles son los medios adecuados a tal fin. La paz es un valor constitucional y un derecho fundamental y, como tal, es un fin legítimo cuya persecución admite restricciones a algunos derechos, siempre y cuando, dichas restricciones sean proporcionadas y necesarias. En cualquier caso, el derecho al recurso efectivo y a la justicia de las víctimas no puede desaparecer. Por ello todo proceso de paz debe sujetarse al cumplimiento de los parámetros constitucionales e internacionales en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.
2. El indulto para delitos graves contra los derechos humanos está prohibido. Todo crimen debe ser castigado, y no pueden plantearse penas o sanciones que en realidad se conviertan en formas de indulto disfrazado. El Estado puede calcular la gradación de la pena, que en todo caso debe respetar un cierto margen de proporcionalidad, pero en ningún caso, un crimen grave contra los derechos humanos o el derecho internacional humanitario puede quedar impune.

3. La utilización de penas alternativas, es decir, de penas que reemplazan condicionadamente la pena principal, como herramientas para buscar la paz, es un medio aceptable constitucionalmente siempre y cuando, para la adjudicación de esa pena, se la esté condicionando: 1) a la verdad completa, 2) a la reparación del daño y 3) al cumplimiento de las garantías de no repetición.
4. El derecho a la verdad implica que: 1) El Estado establezca en el procedimiento especial, medidas destinadas a lograr eficazmente que las confesiones sean completas y veraces, condicionando la elegibilidad a esos elementos. 2) En caso de secuestros, es condición de elegibilidad de los grupos el que sean liberados todos los secuestrados. 3) Las víctimas tengan derecho a participar del proceso y acceder a todos los documentos. 4) Los familiares de las víctimas, sin ninguna limitación, tengan derecho a conocer la verdad de los hechos. 5) Los familiares de las víctimas tengan derecho a conocer el paradero de los restos de los desaparecidos. 6) La sociedad tenga acceso a los documentos y procesos, con la limitante de los derechos de las víctimas. 7) La sociedad tiene derecho a que se construya un relato histórico sobre lo sucedido, con la finalidad de crear memoria colectiva sobre los hechos.
5. El derecho a la justicia, implica que: 1) No haya indultos disfrazados y todos los delitos tengan una pena. 2) Que las víctimas y sus familiares tengan acceso al proceso y puedan alegar los daños causados. 3) Que los procedimientos respeten el derecho a la defensa y tengan en cuenta términos razonables para la instrucción y juicio. 4) Que de aplicarse una pena alternativa, esta debe estar condicionada a la no reincidencia, a que la confesión haya sido completa y veraz y a que se entreguen todos los bienes ilícitos y lícitos necesarios para la reparación. 5) Que la pena alternativa no admita ninguna clase de rebajas o descuentos.
6. El derecho a la reparación implica que: 1) Todo daño debe ser reparado y toda víctima tiene derecho a una reparación integral.

2) La obligación de reparar continúa en cabeza del responsable de los hechos. 3) El Estado solo entra a reparar cuando los bienes del responsable son insuficientes para reparar. 4) Para ser beneficiario del procedimiento, el desmovilizado debe entregar todos los bienes ilícitos que tenga en su poder. 5) La reparación se hace, además con los bienes propios, sobre los cuales el juez podrá imponer las medidas cautelares que vea necesarias. 6) Si el beneficiado no entrega todos los bienes ilícitos en su poder, o esconde sus bienes propios para tratar de esquivar la reparación, pierde inmediatamente los beneficios del procedimiento especial. 7) El Estado tiene derecho a organizar un fondo para las reparaciones, pero una vez decidido judicialmente el monto de la reparación, el Estado no puede desconocer esos derechos, ni siquiera fundándose en consideraciones de tipo presupuestal.

7. Las garantías de no repetición, que son finalmente las que hacen palpable la adecuación de las medidas de justicia transicional a la búsqueda de la paz y que en ese sentido justifican la existencia del procedimiento especial, implican que: 1) El Estado se compromete a vigilar a quienes hayan sido beneficiados por la pena alternativa, para que dentro de un periodo de prueba, no inferior a la mitad de la pena alternativa, en caso de reincidencia en la delincuencia, el responsable pierda todos los beneficios del procedimiento. 2) La reincidencia implica cualquier tipo de delitos y no únicamente los delitos por los cuales fue condenado. 3) La reconstrucción general de los sucesos para la generación de una memoria histórica de la sociedad, es una forma de garantizar la no repetición de los hechos.

V. OBSERVACIÓN FINAL: LA LEGITIMIDAD DE LA LEY PENDE DE LA IDONEIDAD Y EFICACIA FRENTE AL OBJETIVO DE LOGRAR LA PAZ.

En la sentencia estudiada, la Honorable Corte revisa en concreto las medidas de la ley, la declara constitucional y modifica parcialmente

parte de su contenido. Algunos autores, como el profesor Kai Ambos²⁶, sostienen que ello no excluye la posibilidad de que en un lapso de tiempo, nuevas circunstancias, surgidas de la aplicación de la ley, exijan un nuevo examen de constitucionalidad, por lo que denominan la "inconstitucionalidad sobreviviente" surgida principalmente de dos elementos:

1) Un cambio de las circunstancias que sirvieron de fuente para la constitucionalidad de la ley: Puesto que la constitucionalidad se basa en una ponderación, que se sustenta en que el objetivo perseguido es un fin legítimo y consiste en la búsqueda de la paz, si el proceso diera cuenta de que realmente no se busca lograr la paz, sino, por ejemplo, lograr el status político o la legitimación de ciertos grupos, las circunstancias habrían cambiado de tal manera que la Corte podría replantear su decisión.

2) La naturaleza condicional de la pena alternativa implica que, durante un tiempo correspondiente al tiempo de prueba, sea posible verificar si la ley se está aplicando según los parámetros que determina la Constitución, o si, por el contrario, a pesar de la reincidencia de los beneficiados no se les han revocado los beneficios. En este último caso, los efectos de la ley serían contrarios a la Constitución y por ende podría revisarse nuevamente la exequibilidad de la misma.

Estas consideraciones son puramente doctrinarias, pero parecen viables frente a un proceso tan complejo como puede resultar el proceso de paz. En todo caso, el valor constitucional de la búsqueda de la paz es el fundamento sobre el cual se sostiene la legitimidad de la ley, y sobre el que eventualmente se sostendría cualquier otra legislación frente a un posible proceso de paz con grupos guerrilleros. El punto clave de la sentencia es que, si el proceso de paz es real, es decir, si las medidas son adecuadas para buscar la paz, y si la finalidad es esa y no la de

²⁶ Kai Ambos, Conferencia: *El Proceso de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional*. Universidad Sergio Arboleda, Bogotá D.C. octubre 10 de 2006.

indultar a los beneficiados y legitimar sus acciones, la restricción de algunos derechos se justifica.

En la misma forma en que la constitucionalidad podría ligarse a ciertas condiciones, es claro también que la responsabilidad internacional, principalmente ante la Corte Penal Internacional, está igualmente sujeta a la realidad de que el objetivo buscado con el procedimiento sea el de encontrar la paz, de modo que si el proceso resulta ser un medio de evadir responsabilidades y continuar o legitimar las acciones violatorias de los derechos humanos, nada excluye la posibilidad de juicios ante la justicia penal internacional.

Finalmente cabe decir que la ley de justicia y paz es ante todo una herramienta, y la virtud o vicio que se le acrediten no van a depender de ella, sino del uso que se le de y dé los resultados que con ella se obtengan. La Corte decidió sin duda bajo la presunción de buena fe y el principio de in dubio pro Estado; corresponde ahora al Gobierno y a quienes ejecuten la norma, confirmar la presunción y hacer de la tan vigilada y criticada herramienta, el instrumento idóneo para lograr la paz.

