

La toma del Palacio de Justicia los días seis y siete de noviembre de 1985: un salvamento de voto*

La sentencia que decidió no casar la providencia condenatoria de segunda instancia proferida por la Sala de decisión penal del Tribunal Superior de Bogotá, en contra del general Jesús Armando Arias Cabrales, violenta el principio de legalidad al condenar al endilgado por un delito (el de desaparición forzada) que no existía en el ordenamiento jurídico al momento de la realización de los hechos. Así mismo, desconoce el principio del juez natural; acude a medios de prueba ilícitos; califica como delito de lesa humanidad un crimen que no tiene esas connotaciones según el derecho internacional y, en fin, desconoce el postulado de la congruencia entre la acusación y la sentencia violando el derecho de defensa. Esas solas razones han debido llevar a la Corte a casar el fallo atacado.

*Fernando Velásquez Velásquez***

Salvamento de voto

Juan Carlos Prías Bernal

Conjuez

Carlos Roberto Solórzano Garavito

Conjuez

Con todo el respeto y consideración por las decisiones de esta Honorable Sala, los suscritos manifestamos SALVAR VOTO en relación con lo resuelto por la mayoría en sentencia de 23 de septiembre de 2019 de NO CASAR la sentencia recurrida por la apoderada judicial del General (r) JESÚS ARMANDO ARIAS CABRALES, esto, por

* La Sentencia SP3956-2019 fue dictada el 23 de septiembre de 2019 y contó con la ponencia del magistrado Luis Antonio Hernández Barbosa; Radicado N° 46382 contra Jesús Armando Arias Cabrales.

** Director del Departamento de Derecho Penal de la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Correo de contacto: fernando.velasquez@usa.edu.co.

cuanto están presentes graves irregularidades sustanciales que repercuten en la afectación del debido proceso, en particular la violación de los principios de legalidad y congruencia, por las razones que a continuación pasamos a exponer:

1. Ausencia de tipo penal

En efecto, a nivel interno, el legislador reguló solo hasta la expedición de la Ley 589 de 2000 “Por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones”, añadió al derogado Decreto 100 de 1980 (Código Penal colombiano) los artículos: 268A –desaparición forzada–; 268B –circunstancias de agravación punitiva– y 268C –circunstancias de atenuación punitiva–, el citado delito. Actualmente, dichas normas corresponden a los artículos 165, 166 y 167 de la Ley 599 de 2000.

Siguiendo el derrotero trazado en materia de este delito, en el ordenamiento interno se conocen las siguientes leyes sobre el tema: Ley 707 de 2001 “Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”, Ley 971 de 2005 “Por medio de la cual se reglamenta el mecanismo de búsqueda urgente y se dictan otras disposiciones”¹, Ley 1408 de 2010 “Por la cual se rinde homenaje a las víctimas del delito de desaparición forzada y se dictan medidas para su localización e identificación” y, finalmente, la Ley 1418 de 2010 “Por medio de la cual se aprueba la “Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas”. Como puede verse, hasta antes del año 2000, el legislador colombiano, ni tipificó, ni aprobó ley alguna relacionada con el flagelo de la desaparición forzada.

Tampoco es cierto que, en ausencia de una norma interna que sancionara la desaparición forzada, se pudiera aplicar la norma internacional, si se tiene en cuenta que para la fecha de los nefastos hechos, esto es el año 1985, ningún instrumento internacional, en sentido estricto, delineaba los aspectos fundamentales de esta infame práctica, pues no fue sino hasta la década de los noventa que se hizo un esfuerzo en este sentido.

¹ La norma en comento, señala en el artículo 1 que la Convención es: “[...] un mecanismo público tutelar de la libertad y la integridad personales y de los demás derechos y garantías que se consagran en favor de las personas que se presume han sido desaparecidas. Tiene por objeto que las autoridades judiciales realicen, en forma inmediata, todas las diligencias necesarias tendientes a su localización, como mecanismo efectivo para prevenir la comisión del delito de desaparición forzada. En ningún caso, el mecanismo de búsqueda urgente podrá ser considerado como obstáculo, limitación o trámite previo a la acción constitucional del hábeas corpus o a la investigación penal del hecho”.

En consecuencia, cabe aclarar que para el momento en que los primeros instrumentos sobre derechos humanos fueron redactados y aprobados, la práctica de la desaparición forzada no había sido identificada como un crimen que impactara la conciencia de la comunidad internacional. Ya durante los años setenta, la comunidad internacional, a través de la Asamblea General se enfocó en este tipo de violaciones independiente de otras cometidas contra los derechos humanos, a partir de las desapariciones forzadas ocurridas en Guatemala, Chile y en Argentina por esos años y que fueron parte de una política gubernamental de represión extendida. Fue así que nació la Resolución² 33/179 adoptada el 20 de diciembre de 1978, convirtiéndose en la primera condena política mundial de esta práctica, sin embargo, no se trató de un instrumento de carácter judicial puesto que no definía qué actos debían ser considerados como desaparición forzada, ni determinó los mecanismos del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas³.

Precisados estos aspectos, a continuación relacionamos los instrumentos internacionales vinculantes para los Estados que los aprobaron y guardan correspondencia con esta siniestra conducta. Así, tenemos, la “*Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de las Naciones Unidas de 1992*”, uno de los documentos más importantes en el reconocimiento de este crimen que lo describe como una especial y particular ofensa en contra de la humanidad, sin embargo, es un instrumento que no proporciona una definición exacta de “desaparición forzada” pero sí describe los elementos y las consecuencias de esta práctica. De igual manera, discute sobre los derechos que son puestos en riesgo y eventualmente vulnerados a raíz de este delito.

La Declaración invita y en cierta medida obliga a los Estados a tomar medidas efectivas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole para prevenir y terminar con las desapariciones forzadas. Adicionalmente, el artículo 4º de esta Declaración estipula la obligación de tipificar el delito de desaparición forzada en las leyes nacionales y prohíbe que este tipo de crímenes sean ejecutados incluso en estado de guerra o de emergencia, estableciendo la ilegalidad de cualquier excluyente de responsabilidad basada en la obediencia debida.

² Las Resoluciones son opiniones formales (no vinculantes para los Estados) expresadas por un cuerpo legislativo o en una reunión pública. Las resoluciones producidas por la Asamblea General de las Naciones Unidas son por lo tanto opiniones expresadas por los Estados miembro de estas Organizaciones. Consultado en: UNESCO, Disponible en: <<http://www.unesco.org/new/es/social-and-human-sciences/themes/advancement/networks/larno/legal-instruments/nature-and-status>>, [En línea].

³ Cfr. Pelayo Moller, Carlos María, *La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, 1ª Ed., Fascículo 11, Colección del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012, pp. 17-19.

Por su parte, el Estatuto de Roma constitutivo de la Corte Penal Internacional del 1º de julio de 2002⁴, señala que la desaparición forzada es un crimen de lesa humanidad, al respecto el artículo 7, numeral 2, literal i), señala:

Por desaparición forzada de personas se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado⁵.

Y, finalmente, la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas aprobada el 20 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que en sus artículos 10, 11 y 12, dispone pautas concretas para la investigación y sanción a personas acusadas de este delito. El artículo 12 prevé cómo debe llevarse a cabo la investigación, señalando que las autoridades encargadas de la misma deben poseer las facultades y los recursos necesarios para llevar a cabo dicha tarea, así como la facultad de prevenir y sancionar los actos que obstaculicen el desarrollo de las investigaciones⁶.

A nivel americano, encontramos la “*Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada el 09 de junio de 1994 en Belém do Pará, Brasil*”. La Convención es el primer tratado especializado y vinculante en esta materia. Este instrumento ha ayudado a reafirmar y desarrollar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el delito de desaparición forzada de personas a lo largo de los últimos años. Además, uno de los grandes logros alcanzados en esta Convención es la definición de desaparición forzada de personas, presente en el artículo 2º del referido instrumento:

[...] la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes⁷.

Corolario de lo anterior, las leyes colombianas que aprobaron los instrumentos internacionales anotados, por obvias razones son de tiempo reciente, siendo la Constitución

⁴ El texto del Estatuto de Roma fue adoptado el 17 de julio de 1998 pero entró en vigor el 1º de julio de 2002.

⁵ Naciones Unidas, Conferencia Diplomática de plenipotenciarios, Estatuto de Roma constitutivo de la Corte Penal Internacional, Roma, Italia, 17 de julio de 1998.

⁶ *Ibid.*, pp. 55-56.

⁷ *Ibid.*, pp. 27-28.

Política de 1991 la primera norma en el plano interno en referenciar el tema, tal como se desprende del artículo 12 superior, que establece: “*Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*”. Recalcando que a nivel de tipicidad, el legislador colombiano solo hasta el año 2000 plasmó el delito de desaparición forzada⁸.

2. Principio de legalidad, irretroactividad y favorabilidad penal

En primer lugar, debemos tener en cuenta que los principios son límites a la potestad punitiva del Estado, máxime, si se atiende a la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho que pregona la Carta Fundamental en su artículo 1º. Estos principios se constituyen como garantías frente al ejercicio de la potestad estatal que puede tornarse en arbitraria, convirtiéndose en límites materiales a dicho ejercicio, es decir, se establecen como controles al contenido mismo de dicha potestad como lo son: la dignidad humana, la igualdad material ante la ley, proporcionalidad, acto, lesividad y culpabilidad por citar los más importantes. Algunos de estos principios limitan la forma en que se ejerce esa actividad sancionadora dentro de los que se encuentra el principio de legalidad del delito y de la pena y el principio del juez natural, que en el caso que nos ocupa juegan un papel fundamental para su adecuada y ponderada solución.

El principio de legalidad se constituye en el límite más importante a la forma como se ejerce la potestad punitiva estatal, en la medida que en su labor de perseguir las conductas punibles, el Estado podría acudir a los medios más enérgicos de que dispone el ordenamiento jurídico para el logro de tal cometido, por lo que se hace indispensable la búsqueda de un axioma que controle el despliegue de tal poder punitivo y confine su aplicación dentro de límites que excluyan toda arbitrariedad y exceso por parte de quienes lo ostentan o ejecutan, de tal manera que, básicamente de la mano de la tradición liberal ilustrada, el

⁸ Al respecto, el profesor Kai Ambos, menciona que a través del modelo indirecto conocido como “*indirect enforcement model*”, los Tribunales Nacionales aplican el derecho internacional, teniendo en cuenta que los Tribunales Penales Internacionales, normalmente dependen de la cooperación de los Estados nacionales para juzgar los principales crímenes internacionales y ejecutar las penas, ahora bien, como no existe una aplicación directa del Derecho Penal Internacional en sentido auténtico, salvo en los casos de ocupación, como los ocurridos en Núremberg, Tokio o Bagdad, los órganos del Derecho Penal Internacional están obligados a servirse de los mecanismos del modelo indirecto. Cfr. Ambos, Kai, “La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania”, en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea), No. 05-17, 2005, p. 15.

ciudadano tenga certeza de que solo es punible lo que está expresamente señalado en la ley y que será tratado en igualdad de condiciones⁹.

Ahora bien, si realizamos un examen de la Constitución Política vigente, observamos que el artículo 28 establece que: “[N]adie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...”. A renglón seguido el artículo 29 superior determina que:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable....

Tal principio es en esencia el mismo que consagraba el orden constitucional que regía para la época de los hechos. En efecto, el artículo 26 de la Constitución Política de Colombia de 1886 establecía:

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Entonces, como puede verse, el tránsito de un orden constitucional a otro en nada modificó, ni relativizó, ni amainó el contenido del principio de legalidad en materia sancionatoria, el cual permanece incólume en su contenido.

Adicionalmente, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁰ como de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, han sostenido que:

Es por tanto el principio de legalidad, el principal límite impuesto por el Estado Social de Derecho para el ejercicio de su potestad punitiva, en la medida que no hay delito ni pena sin una ley que inequívocamente así la defina, constituyendo esta regla una garantía individual fundamental, manifestada en la prohibición de aplicar retroactivamente los preceptos legales que crean delitos o aumentan penas¹¹.

⁹ Velásquez, Fernando, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª edición, Medellín, Ediciones Comlibros, 2009, p. 131.

¹⁰ Véanse las sentencias SU-327 de 27 de julio de 1995, C-133 de 03 de marzo de 1999, C-1144 de 30 de agosto de 2000, SU-1553 de 21 de noviembre de 2000 y SU-1722 de 12 de diciembre de 2000.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 24 de enero de 2007, Rad. 24638.

Pero si de acudir a los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad se trata, baste transcribir su texto, comenzando con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, acuerdo internacional que plasma de forma expresa los derechos y las libertades inalienables al que todo ser humano puede aspirar en condiciones de igualdad y que en el artículo 11, expresa lo siguiente:

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.
2. *Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito*¹². (Énfasis fuera de texto)

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966¹³, también señala en su artículo 15:

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello¹⁴.

En este hemisferio, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José hace lo propio, como tratado multilateral que obliga a los Estados del continente a garantizar las instituciones democráticas, la libertad personal de sus coasociados y la justicia social con fundamento en el respeto de los derechos humanos, previendo en su artículo 7 el “*Derecho a la Libertad Personal*” como reafirmación del principio de legalidad, en tal sentido, el artículo señala:

- [2] Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas¹⁵.

¹² Naciones Unidas, Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, París, Francia, 10 de diciembre de 1948.

¹³ Entrada en vigencia el 23 de marzo de 1976.

¹⁴ Naciones Unidas, Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966.

¹⁵ Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre los Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

Seguidamente, la Convención prevé en su artículo 9º el principio de Legalidad y de Retroactividad:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello¹⁶.

El Estatuto de Roma constitutivo de la Corte Penal Internacional, tampoco es ajeno en reafirmar el “*nullum crimen sine lege*” como uno de los principios generales del Derecho Penal, como se desprende del artículo 22:

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte. 2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena. 3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto.

El citado instrumento, recalca además en su artículo 24 la irretroactividad de la ley penal (Irretroactividad *ratione personae*):

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor. 2. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena¹⁷.

En relación con dicho principio, son igualmente relevantes, entre muchas otras, las siguientes sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, máximo tribunal de los derechos humanos de nuestro continente, en relación con el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, respecto al principio de legalidad, como resultó claro en la sentencia del 30 de mayo de 1999 en el caso de Castillo Petruzzi y otros contra Perú:

Párr. 121. *La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y*

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Véase: Estatuto de Roma constitutivo de la Corte Penal Internacional.

abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana (Cursivas nuestras)¹⁸.

Principio de legalidad que ni siquiera mengua en materia sancionatoria administrativa, como resaltó el Tribunal Interamericano cuando consideró:

Párr. 106. En relación con lo anterior, conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. *Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste* (Cursivas nuestras)¹⁹.

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, Sentencia de 30 de mayo de 1999. Reiterado en: Sentencia de 18 de agosto de 2000 “Caso Cantoral Benavidez y otros vs. Perú” cuando consideró:

“Párr. 157. En la elaboración de los tipos penales se debe tener presente el principio de legalidad penal, es decir, una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Resulta claro que las normas sobre los delitos de terrorismo y traición a la patria vigentes en el Estado en la época de los hechos de esta causa, incurrir en la ambigüedad a la que acaba de hacerse referencia”. Párr. 158. La Corte concluye, en consecuencia, que el Estado violó, en perjuicio de Luis Alberto Cantoral Benavides, el artículo 9 de la Convención Americana”.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, Sentencia de 02 de febrero de 2001.

Del mismo modo, existen pronunciamientos en los que, aunque no hubiese sido alegada la violación del principio de legalidad del artículo 9 de la Convención Americana, la Corte se pronunció sobre el mismo, como ocurrió en el caso Kimel contra Argentina, en el que mencionó:

Párr. 62. En el presente caso ni la Comisión ni los representantes alegaron la violación del artículo 9 de la Convención Americana que consagra el principio de legalidad. Sin embargo, el Tribunal estima que los hechos de este caso, aceptados por el Estado y sobre los cuales las partes han tenido amplia posibilidad de hacer referencia, muestran una afectación a este principio en los términos que se exponen a continuación”. Párr. 63. La Corte ha señalado que *“es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información”*. En este sentido, *cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano* (Cursivas nuestras)²⁰.

Adicionalmente, en el caso Fermín Ramírez contra Guatemala la Corte argumentó que:

El principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática. Al establecer que “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”, el artículo 9 de la Convención obliga a los Estados a definir esas “acciones u omisiones” delictivas en la forma más clara y precisa que sea posible (Cursivas nuestras)²¹.

Igualmente, el citado Tribunal, mencionó que en aras de salvaguardar la seguridad jurídica, resulta indispensable:

Párr. 206. [...] que la norma punitiva exista y resulte conocida, o pueda serlo antes de que ocurra la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor, ya que antes de que una conducta sea tipificada como delito la misma no reviste aún el carácter de ilícita para efectos penales. Por otro lado, si esto no fuera así, los particulares no podrían orientar su comportamiento a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las conse-

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Kimel vs. Argentina”, Sentencia de 02 de mayo de 2008.

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala”, Sentencia de 20 de junio de 2005.

cuencias de éste. Estos son los fundamentos del principio de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva²².

Como conclusión de los diferentes fallos de la Corte Interamericana, puede resumirse, como se enfatizó en el caso “Liakat Ali Alibux *vs.* Suriname”, que es el juez, al momento de la aplicación de la ley penal, quien debe atenerse a lo estrictamente dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad al adecuar la conducta de la persona indiscriminada al tipo, para no incurrir en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico y por tal razón:

[...] la elaboración de tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fija elementos y permite deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales y en consecuencia “la tipificación de conductas reprochadas penalmente implica que el ámbito de aplicación de cada uno de los tipos esté delimitado de la manera más clara que sea posible; es decir, de manera expresa, precisa, taxativa y previa²³.

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la garantía consagrada en el artículo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)²⁴, norma

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso García Asto y Ramírez Rojas *vs.* Perú”, Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Frente al mismo tema, en sentencia de noviembre 18 de 2004 “Caso De la Cruz Flores contra Perú”, se dijo:

“Párr. 104. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva exista y resulte conocida, o pueda serlo antes de que ocurra la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor, ya que antes de que una conducta sea tipificada como delito la misma no reviste aún el carácter de ilícita para efectos penales. Por otro lado, si esto no fuera así, los particulares no podrían orientar su comportamiento a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos del principio de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.

Párr. 105. De conformidad con el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, el Estado no debe ejercer su poder punitivo aplicando de modo retroactivo leyes penales que aumenten las penas, establezcan circunstancias agravantes o creen figuras agravadas del delito. Asimismo, este principio implica que una persona no pueda ser penada por un hecho que no era delito o no era punible o perseguible cuando fue cometido”.

²³ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Liakat Ali Alibux *vs.* Suriname”, Sentencia de 30 de enero de 2014 (Párr. 61).

²⁴ El artículo 7° del CEDH, determina en el numeral 1° que no hay pena sin ley y por tal razón: “*Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida,*

equivalente al artículo 9 de la Convención Americana, y que más adelante, fue recogido por el artículo 22 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el cual reconoce el principio de legalidad y retroactividad²⁵.

Aunque bastase este simple aserto para sostener los argumentos del presente salvamento de voto, esta circunstancia resulta plenamente reiterada en diversos fallos de nuestro Máximo Tribunal Constitucional, cuando consideró que:

[c]onstituye una de las principales conquistas del constitucionalismo pues constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que les permite conocer previamente cuándo y por qué motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas. De esa manera, ese principio protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal. Por eso es natural que los tratados de derechos humanos y nuestra constitución lo incorporen expresamente cuando establecen que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (CP art. 29)²⁶.

Además, el principio de legalidad no solo tiene relación con el artículo 29 de la Carta Política, pues es transversal a toda ella y encuentra relación con una buena parte del articulado, como quedó expresado en sentencia T-079 de 1993 cuando manifestó:

Carece de fundamento objetivo la actuación manifiestamente contraria a la Constitución y a la Ley. La legitimidad de las decisiones estatales depende de su fundamentación objetiva y razonable. El principio de legalidad rige el ejercicio de las funciones públicas (CP art. 121), es condición de existencia de los empleos públicos (CP art. 122) y su desconocimiento genera la responsabilidad de los servidores públicos (CP arts. 6, 90). Una decisión de la autoridad no es constitucional solamente por el hecho de adoptarse en ejercicio de las funciones del cargo. Ella debe respetar la igualdad de todos ante la ley (CP art. 13), principio que le imprime a la actuación estatal su carácter razonable. Se trata de un verdadero límite sustancial a la discrecionalidad de los servidores públicos, quienes, en el desempeño de sus funciones, no pueden interpretar y aplicar arbitrariamente las normas, so pena de abandonar el ámbito del derecho y pasar a patrocinar simple y llanamente actuaciones de hecho contrarias al Estado de Derecho que les da su legitimidad²⁷.

no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida”.

²⁵ *Ibid*, párr. 62.

²⁶ Corte Constitucional, C-820 de 09 de agosto de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Véase también sentencia C-133 de 03 de marzo de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁷ Corte Constitucional, T-079 de 26 de febrero de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Más recientemente, en sentencia C-007 de 2018, la Corte resaltó que el principio de legalidad adquiere mayor importancia en el derecho penal, en el cual opera en defensa de la libertad personal y es por ese motivo, que el Legislador define los supuestos que pueden llevar a la sanción penal (reserva de ley) y también para que los ciudadanos conozcan a plenitud el ámbito de lo penalmente prohibido, debe definir esas conductas a través de los tipos penales y de la manera más precisa posible, exigencia conocida como tipicidad (o legalidad en sentido estricto). Igualmente, se expuso que el principio de legalidad prohíbe la aplicación de normas penales retroactivas (definidas con posterioridad a la ocurrencia de los hechos) y exige al intérprete adoptar la interpretación más favorable al acusado o procesado, aspectos conocidos como irretroactividad de la ley penal y principio de favorabilidad²⁸.

Teniendo en cuenta la prohibición de aplicación de las normas penales retroactivas y el principio de favorabilidad, la Corte ha señalado que la reserva legal en materia penal por sí sola no es suficiente para cumplir su función garantista y por tal razón ha manifestado que:

[U]na consecuencia obvia del principio de legalidad es entonces la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes que crean delitos o aumentan las penas. Por ello esta Corporación había precisado que no solo “un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley que así lo señale» sino que además la norma sancionadora «ineludiblemente debe ser anterior al hecho o comportamiento punible, es decir, previa o preexistente»²⁹.

Esta Corporación también ha señalado que el principio de legalidad cuenta con dos vertientes³⁰, siendo uno de los elementos más importantes del debido proceso, además de ser esencial en un estado constitucional, si se entiende como una barrera a la arbitrariedad y el abuso en el ejercicio del poder. Es así, que el principio se divide en dos especies: *principio de mera legalidad* y *principio de estricta legalidad*³¹, ambas indispensables dentro del derecho penal moderno.

²⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 01 de marzo de 2018, M.P. Diana Fajardo Rivera.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-444 de 25 de mayo de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

³⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-091 de 15 de febrero de 2017, M.P. María Victoria Calle Correa.

³¹ En el mismo expediente, la Corte Constitucional la Corte ha dicho que aunado al principio de estricta legalidad, es necesario que: “(b)...la definición clara de la conducta es también una condición para verificar desde el punto de vista fáctico su ocurrencia y, por lo tanto, para aportar pruebas a favor o en contra de su configuración; ejercer el derecho de defensa e intentar el control de las decisiones, bien a través de los recursos judiciales, bien mediante la crítica social a las providencias. Esta norma se dirige principalmente al juez, pero su eficacia compromete la legitimidad de las actuaciones judiciales, evita la discrecionalidad judicial (en el ámbito penal, donde debe ser

Primero, el principio de mera legalidad hace referencia a la reserva legislativa para definir los tipos y las sanciones penales. Desde este punto de vista el principio supone que la libertad solo es limitable en virtud de decisiones adoptadas en el foro democrático del Congreso de la República y que los demás órganos que ejercen el poder público (en especial las autoridades administrativas y los jueces) tienen vedada la definición de las conductas prohibidas por la vía del derecho penal. El destinatario de este principio, entendido como límite del debido proceso es, principalmente, el juez, que solo podrá iniciar y adelantar un juicio con base en normas promulgadas por el Congreso de la República, salvo las potestades limitadas del Gobierno en estados de excepción.

En segundo lugar, el principio de estricta legalidad se refiere a una forma de producción de las normas, consistente en la definición precisa, clara e inequívoca de las conductas castigadas. Esta segunda dimensión del principio de legalidad que, se anuncia desde ya, se refiere a la controversia planteada en este trámite, constituye el centro de un sistema garantista. Es un presupuesto para que los ciudadanos conozcan realmente las conductas permitidas y prohibidas y no sean entonces sujetos de un poder plenamente discrecional o de una amplitud incontrolable en manos de los jueces y es, por lo tanto, una garantía epistémica de la libertad y la dignidad humana, en tanto la capacidad de toda persona para auto determinarse³².

Para la Corte, el principio de estricta legalidad o de taxatividad en la definición del tipo, es el centro de un sistema de derecho penal garantista, dado que la enunciación clara de la conducta es condición para verificar desde el punto de vista fáctico su ocurrencia y, por lo tanto, para aportar pruebas a favor o en contra de su configuración; ejercer el derecho de defensa e intentar el control de las decisiones, bien sea a través de recursos judiciales o bien por medio de la crítica social a las providencias³³.

A esas dos vertientes, se suma que el principio de legalidad tiene una doble condición, pues de un lado es principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador. Para el primer caso ha dicho la Corte: “[s]e entiende que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas”³⁴.

La Sala de Casación Penal de esta honorable Corporación, también se ha manifestado en idéntica concordancia con el supremo tribunal constitucional, considerando que de

más restringida) y favorece la libertad y dignidad de las personas”. Corte Constitucional, Sentencia C-091 de 15 de febrero de 2017, M.P. María Victoria Calle Correa.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-710 de 05 de julio de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

conformidad con el artículo 29 de la Constitución, en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplica de preferencia a la restrictiva o desfavorable, así las cosas:

De acuerdo con tal apotegma, si bien por regla general la ley rige para las conductas cometidas durante su vigencia –principio de legalidad–, es posible excepcionar tal postulado mediante su retroactividad o ultraactividad. En el primer caso, la norma es aplicada a hechos acaecidos antes de entrar a regir, mientras que, en el segundo, su aplicación tiene lugar cuando ya no se encuentra vigente, respecto de sucesos ocurridos cuando regía, siempre y cuando ese proceder reporte un tratamiento benéfico para su destinatario³⁵.

Ni las normas ni la jurisprudencia citada son un hecho aislado en el pensamiento jurídico universal. Por el contrario el principio de reserva de legalidad en materia penal es una constante inalterada en la doctrina universal, comenzando por Cesare Beccaria, padre del derecho penal moderno, para quien la exigencia del principio de legalidad parte de una visión contractualista, en la que son los hombres quienes determinan entregar sus derechos y éstos deciden autolimitarse, desprendiéndose en consecuencia, que únicamente la ley puede decir cuáles son las acciones que no pueden realizarse y en últimas, qué es delito³⁶.

En este punto, Beccaria sostiene que solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social³⁷. En tal sentido:

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. No. 26.831 de 15 de mayo de 2008, M.P. María del Rosario González de Lemos. En radicado 25.306 de 08 de abril de 2008, con ponencia del Magistrado Augusto Ibáñez Guzmán, también se recordó que en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado colombiano, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 15.1), se establece que “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”. De igual forma, la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por la Ley 16 de 1972, en su artículo 9 señala: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas, según el derecho aplicable. Tampoco puede imponerse pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

³⁶ Cfr. Beccaria, Cesare, “*De los delitos y de las penas*”, Edición Latinoamericana, Santafé de Bogotá: Editorial Utopía Bolívar, 1992, Prólogo de Agudelo Betancur, Nódier, p. XIX.

³⁷ Para contractualistas como Rousseau, el principio de legalidad surge de la incertidumbre fundada en el poder desbordado del gobernante en antiguos regímenes, dando lugar a excesos en el ejercicio del *ius punendi*, generando inseguridad constante en los ciudadanos y desconfianza hacia el soberano. Así, ya en 1762, el filósofo sostuvo en su obra el Contrato Social que “*las convenciones*

Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa más otra pena adicional, se sigue que ningún magistrado, bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente³⁸.

El derecho penal alemán, receptor de las ideas de Beccaria en tanto cimenta sus raíces en la ley y no en el derecho consuetudinario, enuncia en su estatuto de penas –artículo 103– que el principio de legalidad es una garantía constitucional, de ahí que el fundamento de la dogmática jurídico-penal germana sea la ley penal. Es por eso que Jescheck sostiene:

[T]odas las afirmaciones que se efectúen de lege lata sobre las proposiciones y conceptos jurídicos del Derecho Penal, han de poder deducirse de la ley o, por lo menos, ser compatibles con ella. De la misma forma, la realización práctica de la Justicia Penal ha de tener lugar exclusivamente sobre la base y dentro del marco fijado en la ley³⁹.

Los chilenos Bustos Ramírez y Hormazábal afirman que el derecho penal moderno nace con el principio garantista formal que la ciencia penal denomina *principio de legalidad* –no hay delito sin ley, no hay pena sin ley, no hay pena sin crimen y a todo hecho criminal le corresponde una pena legal–, principio que para los autores abarca todo el sistema penal, tanto en la incriminación primaria como en la secundaria⁴⁰.

El sistema penal exige que la ley sea el único principio generador de delitos y penas, esto es: “[p]articipación de la ciudadanía, transparencia, principio de conocimiento y, en definitiva, carácter político de los delitos y las penas”, por lo que otras fuentes del derecho solo tienen función complementaria y subordinada. Otra exigencia es el cumplimiento del principio de determinación, de taxatividad o de tipicidad de las figuras penales, para asegurar el principio de conocimiento por parte de los ciudadanos y que realmente la ley sea la que genere los delitos y las penas; desestimando por tanto la analogía y las cláusulas generales, que conviertan al juez en creador de delitos, y por último, el principio de la irretroactividad de la ley penal, que refuerza tal principio de conocimiento por parte del ciudadano

son la base de toda autoridad legítima sobre los hombres”. Cfr. ROUSSEAU, Jean Jacques, *El Contrato Social*, México: Mc Graw Hill, 1989, p. 12.

³⁸ Beccaria, Cesare, op., cit., p. 12.

³⁹ Cfr. Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Vol. I, Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1981, p. 67.

⁴⁰ Cfr. Bustos Ramírez, Juan; Hormazábal Malarée, Hernán, *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, Madrid: Editorial Trotta, S. A., 2004, pp. 28–29.

y excluye la arbitrariedad del legislador, razón por la cual solo las leyes más favorables a la persona pueden tener efecto retroactivo⁴¹.

Estos principios de acuerdo con Mir Puig, ofrecen al individuo la posibilidad de evitar la pena comportándose según el derecho, lo cual se enlaza con la exigencia de cierta *seguridad jurídica*, de modo que el ciudadano pueda confiar en que dirigiendo su actuación en el sentido de los preceptos jurídicos conforme a una normal racionalidad, no va a poder ser castigado y éstos, son presupuestos para más adelante, considerar la culpabilidad de determinado sujeto⁴².

De acuerdo con Muñoz Conde, concebir el delito al margen del derecho penal positivo es una tarea imposible si se tiene en cuenta que aquel es toda conducta que el legislador sanciona con una pena, por tal motivo, una definición de conducta penal al margen del derecho penal vigente, implica una actuación fuera del ámbito de lo jurídico, para entrar en el terreno de la filosofía, la religión, la moral o la sociología, cuyas concepciones ayudan poco en esta materia al jurista como resultado del principio “*nullum crimen sine lege*” que rige en el derecho penal positivo –art. 23 del Código Penal español–. Son estas las razones por las que, para este jurista, es improcedente considerar que sean delitos aquellas las conductas que no caigan en las mallas de la ley penal⁴³.

Bacigalupo nota que en las constituciones modernas, en la Carta de Derechos de la Unión Europea e inclusive en el tratado sobre una Constitución para Europa, las garantías que limitan el *ius puniendi* del Estado se reducen prácticamente al *principio de legalidad*, sin embargo, todo lo concerniente a este principio, hoy en día, tiene puntos de discusión sumamente importantes, pues algunos de ellos denuncian la *erosión* que ha sufrido el mismo y las dificultades existentes para que prevalezca de manera satisfactoria⁴⁴.

Lo anterior, conforme con Bacigalupo, se produce como consecuencia de la formulación originaria expresada por *Feuerbach* –*nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*– en los albores del siglo XIX respecto al principio de legalidad, en la que se referenciaba únicamente la necesidad de una ley previa, cumpliendo con los requerimientos establecidos por el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y como presupuesto de su teoría de la pena, basada en la coacción psicológica según la cual nadie actuaría mal si preventivamente existe una amenaza conocida. No obstante, el fundamento del principio de legalidad se encuentra más allá de

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Cfr. Mir Puig, Santiago, *Estado, Pena y Delito*, Buenos Aires: Editorial B de F, 2006, p. 202.

⁴³ Cfr. Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*. 2ª edición, Buenos Aires: Editorial B de F., 2003, pp. 62–63.

⁴⁴ Cfr. Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal y Estado de Derecho. Homenaje al profesor Ramón C. Leguizamón*, Argentina: Librería de la Paz, 2005, p. 15.

la teoría de la pena y amplía sus horizontes en la concepción misma del Estado y la noción de democracia propuesta por el concepto político del contrato social⁴⁵.

Con base en estas ideas, la libertad solamente puede ser limitada como consecuencia de la voluntad general, es decir, por una ley de un parlamento democrático, pero quienes no suscriben con la filosofía política contractualista, fundamentan sus ideas en el principio de legalidad de la *garantía de objetividad*. Pero lo importante, es que ambas posturas exigen que las normas provengan de un órgano legislativo democráticamente legitimado⁴⁶.

En este punto debe quedar claro que en el caso en estudio la Fiscalía General de la Nación, decide acusar al General (r) Jesús Armando Arias Cabrales, como autor responsable del delito de Desaparición Forzada Agravada, consagrado en los artículos 165 y 166 de la Ley 599 de 2000, y como consecuencia de ello, al acusado se lo condena por esta conducta, la cual no era punible, ni había sido consagrada en manera alguna para la época de ocurrencia de los hechos, lo cual se constituye claramente en una violación al principio de legalidad del delito y de la pena, que enseña, que toda persona debe ser juzgada por una conducta previa y claramente consagrada como delictiva en el momento de concreción de los hechos, no pudiendo ser posible que se permita la aplicación retroactiva de la ley penal, salvo que la misma resulte benéfica para el procesado y en desarrollo del principio constitucional de favorabilidad, que no es el caso que ocupa la atención de la Sala.

La prohibición de retroactividad en el moderno Derecho Penal, se expresó por primera vez en las Constituciones de los Estados Fundadores de la Unión Norteamericana e inmediatamente después en Francia⁴⁷, habiendo sido enunciado en Alemania por Feurbach, con la conocida máxima *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*⁴⁸.

Pero además se ha consagrado históricamente en todos los estatutos penales patrios, desde el Proyecto de Código Penal para Colombia de 1823, en cuyo artículo quinto se estableció que “*a ningún delito ni culpa se impondrá nunca otra pena que la que le señale alguna ley promulgada antes de su perpetración*”, así como en el proyecto de 1826 –el título preliminar artículo segundo–, el proyecto del Código Penal de 1833 en su artículo 4º, el Código Penal de 1837, así como los códigos penales del Estado soberano de Bolívar de 1862 y 1873, los códigos penales del Estado soberano de Cundinamarca de 1858 que en su artículo 4 señala “*ningún delito o culpa pueden ser castigados con penas que no hayan sido señaladas por una ley publicada antes de su perpetración*”, del Estado soberano de Antioquia de 1867, artículo

⁴⁵ *Ibid*, pp. 18-19.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ En los artículos 14 y 15 de la Constitución de Maryland de 1776, at 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre.

⁴⁸ Wolffhügel Gutiérrez, Christian “La prohibición de retroactividad”, en *Cuadernos de Derecho Penal* No 4 Universidad Sergio Arboleda, página 157.

5, del Estado soberano de Magdalena de 1875 artículo 8 y el artículo 4 del Código Penal Nacional de 1873, hasta llegar al Código Penal de 1936⁴⁹.

La misma línea siguen el Decreto Ley 100 de 1980 vigente para el momento de ocurrencia de los hechos y la Ley 599 de 2000, Código Penal actual, esto para efectos de señalar que la prohibición de retroactividad como desarrollo del principio de legalidad del delito y de la pena, ha acompañado la historia republicana de nuestro país.

Así las cosas, no resulta válido que en el caso en estudio se acuda a una norma penal que no existía para el momento de los hechos, esto trae como consecuencia que se transgreda el principio aquí referenciado. En otras palabras, se aplicó de forma retroactiva –y en desfavor del reo– la normatividad posterior (Ley 599 de 2000), algo impensable e inadmisiblesi se trata de un Estado de Derecho respetuoso de los pactos mundiales de derechos humanos, en cuya virtud a esa persona se le ha debido procesar por los delitos de secuestro, única conducta delictiva consagrada en esa época en el derecho positivo

Pero por esa vía, también se desconoce el principio de reserva que enseña que el Congreso es el único facultado para crear normas jurídicas, en consecuencia no se puede aplicar una norma penal que no había sido creada por el órgano legislativo facultado para ello y para el momento de los hechos, principio que en palabras de la Corte Constitucional;

Exige en el Estado democrático de derecho sea el legislador, como autoridad de representación popular por excelencia, el facultado para producir normas de carácter sancionador. En relación con este principio de reserva de la ley, la Corte ha señalado que de acuerdo con nuestro ordenamiento constitucional solo el legislador puede establecer, con carácter previo, la infracción y las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en ellas⁵⁰.

Sobre este asunto, Luigi Ferrajoli resalta que en los ordenamientos jurídicos desarrollados el derecho penal se funda en el modelo garantista clásico con sus elementos: *estricta legalidad, materialidad y lesividad de los delitos, responsabilidad personal, juicio oral y contradictorio entre partes y presunción de inocencia*, todos ellos fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal. El sentido y el alcance garantista remite para el autor, a las únicas acciones taxativamente indicadas por la ley excluyendo de ella cualquier configuración ontológica o extra-legal. *Auctoritas, no veritas facit legem* es la máxima que expresa este fundamento y constituye a la vez el principio del positivismo jurídico, pues no son la verdad, la justicia, la moral o la naturaleza, las que le imprimen relevancia penal a un fenómeno factual, es únicamente la ley la que tiene tal autoridad. De esta manera, “[...] la ley no puede calificar como penalmente relevante cualquier hipótesis indeterminada de desviación, sino solo comportamientos

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-099 de 11 de febrero de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

*empíricos determinados, exactamente identificables como tales y, a la vez, adscribibles a la culpabilidad de un sujeto*⁵¹.

Con fundamento en lo descrito, para Ferrajoli, son dos los logros fundamentales de la teoría clásica del derecho penal y de la civilización jurídica liberal. El primero, es la garantía para los ciudadanos de una esfera intangible de *libertad*, resguardada por el hecho de que al ser punible solo lo que está prohibido por la ley, nada de lo que ésta no prohíbe es punible, sino que es libre o está permitido. En tal sentido, por «*ius*», citando a Thomas Hobbes, debe entenderse «*libertad que la ley me deja hacer cualquier cosa que la ley no me ordene*». El segundo de ellos es la *igualdad jurídica* de los ciudadanos ante la ley, es decir, las acciones o los hechos, cualquiera que los cometa, pueden realmente ser descritos por ser previstos y probados como presupuestos de iguales tratamientos penales⁵².

Pero hoy en día, con base en la concepción del constitucionalismo, llamada por Ferrajoli “*iuspositivista*” o “*garantista*”, opuesta al constitucionalismo rígido en tanto somete la producción del derecho positivo a los derechos fundamentales estipulados en las normas constitucionales, complementa al positivismo jurídico y al Estado de Derecho, de forma que, este constitucionalismo jurídico suprimió la última forma de gobierno de los hombres, la que en la tradicional democracia representativa se manifestaba en la omnipresencia de la mayoría⁵³.

A pesar de lo anterior, sostiene Ferrajoli que los principios constitucionales sean siempre objeto de ponderación y no de aplicación o, peor aún, que se sometan a la ponderación con principios morales de libre invención del juez, genera evidentemente un peligro para la independencia de la jurisdicción y para su legitimación política, esto por cuanto, si los jueces están habilitados para crear ellos mismos normas, aunque sea a través de la ponderación de los principios, resulta anulada la separación de los poderes. Así, la identificación de la ponderación como el único tipo de razonamiento pertinente para los principios, en oposición a la subsunción, promueve y alienta tanto el activismo de los jueces como la discrecionalidad de la actividad judicial, tal como lo sostiene dicho autor⁵⁴.

La importancia del principio de legalidad plenamente regulado, también es motivo de pronunciamiento por parte de nuestra ilustre doctrina, pues, Alfonso Reyes Echandía consideró durante la comisión del anteproyecto de Código Penal colombiano de 1974, que éste debía expresamente consignar un capítulo preliminar con los principios universales de

⁵¹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Editorial Trotta, 1995, pp. 33-36.

⁵² *Ibid*, p. 36.

⁵³ Cfr. Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en: *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 2011, p. 24.

⁵⁴ *Ibid*, p. 44.

la tipicidad o legalidad, por cuanto así se orientan las normas de la parte general y especial del estatuto penal, de manera que resulta conveniente para que jueces y abogados se percaten del espíritu del Código y de sus principios rectores, lo que es una enorme conquista del derecho liberal⁵⁵.

En términos similares, el maestro Gaitán Mahecha, cuando exponía sobre la normatividad jurídica, mencionaba que “...no basta que el hecho en sí mismo sea antijurídico (o inmorale), para que sea causa de una pena, sino que es necesario que una norma lo contenga en su integridad absoluta, como resultante del acto”. En tal sentido, lo jurídico en abstracto, no es suficiente para derivar la existencia de lo antijurídico y por ende atribuir consecuencias penales. Así las cosas, lo antijurídico debe señalarse en las normas, desde el punto de vista objetivo del derecho. En la dogmática jurídica, la norma individualmente considerada, se encuentra en la noción de “tipicidad” (*tabetstand*), en donde las normas son tipos cuyos elementos posibilitan la valoración del hecho y del acto, que adecuados y ajustados en forma absoluta determinan la existencia de lo antijurídico, desde la óptica estrictamente objetiva⁵⁶.

Con fundamento en este punto, Gaitán Mahecha sostiene que la tipicidad como doctrina tiene la virtud de hacer que

[...] el Estado no pueda salirse de los márgenes jurídicos; ya porque para legislar debe consultar la juridicidad y determinar como delictuoso solamente aquello que sea antijurídico, y castigar como delito solamente aquello que sea típicamente delictuoso, conforme a la integración de la norma⁵⁷.

El derecho penal, por su misión protectora de bienes jurídicos considerados fundamentales por el legislador, asume radicales posiciones ideológico-políticas y es la presencia dinámica de esa orientación en las leyes penales y en la dogmática, la que decide si se está frente a un derecho penal liberal y democrático, o, por el contrario, autoritario. Expresiones del primero, son según Fernández Carrasquilla:

(a) El respeto inquebrantable por las garantías penales; (b) La realización de esas garantías bajo el principio de estricta legalidad de los delitos y de las penas, en su sentido de prohibición de la analogía, de la costumbre y de la retroactividad desfavorables, pero también de los tipos indeterminados que aparejen para los ciudadanos un grado intolerable de incertidumbre e incrementen por tanto el poder discrecional de los jueces en lo que atañe a la fundamentación y agravación de hechos punibles y sanciones criminales; (c) La fundamentación exclusiva de la responsabilidad penal en la conducta voluntaria del individuo humano, de suerte que nunca puede ser sometido a sanciones penales por su

⁵⁵ Anteproyecto de Código Penal colombiano, Edición oficial revisada y dirigida por: Alfonso Reyes Echandía, Viceministro de Justicia, Bogotá, D. E.: Librería Temis Ltda., junio de 1974, p. 23.

⁵⁶ Cfr. Gaitán Mahecha, Bernardo, *Estudios Penales. Homenaje al Maestro Bernardo Gaitán Mahecha*, Bogotá, D. C.: Legis, 2005, pp. 7-8.

⁵⁷ *Ibidem*.

modo de ser, de pensar o vivir, o por su carácter, constitución, temperamento, o disposición, sino, privativamente, por la ejecución de actos que, por su nocividad y inevitabilidad son declarados punibles por la ley. Se pena al hombre por lo que hace o deja de hacer en contra del deber jurídico, no por lo que es o por la forma en que asume la existencia...⁵⁸.

Fernández Carrasquilla nos recuerda que sin la realización del hecho típico, no puede haber imputación penal “*nullum crimen sine typus*”, o como señalaba Beling “*no hay delito sin tipicidad*”. Con fundamento en estas premisas, la atipicidad da lugar inexorablemente a la inimputabilidad del hecho, cualquiera que sea su dañosidad social o su repudiabilidad ética. Por último, sostiene este autor, que el principio de reserva legal representa la *carta magna* de los ciudadanos contra la arbitrariedad judicial⁵⁹.

En palabras de Estrada Vélez, la única fuente de producción del derecho penal es el Estado, por el principio constitucional del artículo 26 de la Carta Política de 1886, al igual que la vigente, expresaba que “*nadie puede ser juzgado sino por un hecho previamente sancionado por la ley como delito*”, constituye un postulado indestructible del moderno derecho penal en el llamado *principio de reserva o de legalidad del delito*, que se enuncia con la máxima latina “*Nullum crimen sine lege*”⁶⁰.

Expresión surgida del pensamiento iluminista del siglo XVIII que revolucionó completamente la filosofía política de la época y en contra del absolutismo⁶¹ del Estado opuesto a la libertad del individuo, así la nueva orientación asume el carácter de un verdadero principio constitucional, vigente desde la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789 y luego incorporado en el derecho público de la gran mayoría de las naciones de cultura occidental. De tal principio fundamental se

⁵⁸ Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho penal fundamental, 2ª edición, Vol. I*, Bogotá: Editorial Temis, S. A., 1986, pp. 31-32.

⁵⁹ *Ibid*, p. 88.

⁶⁰ Estrada Vélez, Federico, *Derecho Penal. Parte General. 2ª edición*, Bogotá: Editorial Temis, S. A., 1986, p. 37.

⁶¹ Para Estrada Vélez, el origen de la tipicidad se puede ubicar en el pensamiento iluminista de la Revolución Francesa, no como un concepto suficientemente elaborado sino en sus primeras manifestaciones. Pues en efecto, los bienes jurídicos estaban sometidos a la arbitrariedad de los jueces, fundada esta, a su vez, no solo en la mentalidad de la época, sino primordialmente en las concepciones vigentes sobre la potestad de castigar y sobre la ausencia de un sistema de normas que limitara el poder del Estado o de los príncipes frente al individuo. Por ello, toda ilicitud culpable podía ser penalmente castigada, así no estuviera expresamente prevista en una norma legal. Como una reacción contra este estado de cosas surgió el principio “*nullum crimen sine lege*”, y se advirtieron las primeras manifestaciones del “*corpus criminis o corpus delicti*”, como una garantía democrática sustancial para el individuo frente al Estado. Véase: Estrada Vélez, Federico, *Derecho Penal. Parte General. 2ª edición*, Bogotá: Editorial Temis, S. A., 1986, p. 117.

derivan otros de igual importancia, como los son: *nulla poena sine praevia lege* (no puede imponerse sanción alguna si no ha sido determinada por la ley); *nemo iudex sine lege* (principio de la legalidad del juez, que debe estar instituido constitucional y legalmente); *nulla poena sine iudicio legale* (no puede imponerse ninguna pena sin la previa aplicación del procedimiento penal creado y reglamentado por la ley)⁶².

Es así que Romero Soto, nos recuerda que la Ley como fuente del derecho penal y enunciado en el principio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, fue heredado de la Carta Magna, formulado en su locución latina por Feuerbach y preconizado antes por Beccaria. Principio al que el autor, citando a Cossio y a Jiménez De Asúa, otorga un fundamento filosófico, pues se trata de una restricción, debido a que, al no existir igualdad entre el delito y la pena, porque la última pertenece a lo irracional, y el delito –transgresión de un deber– pertenece al plano de lo racional, resulta indispensable poner límite a lo irracional a través de un precepto racional, que no es otro que la ley⁶³.

Pero, además, científicamente este principio halla fundamento en que, si la pena para producir sus verdaderos efectos necesita que se encuentren perfectamente definidos de antemano, tanto el hecho al que ha de aplicarse como la naturaleza y cuantía de la misma, deben garantizarse tales elementos de manera que se protejan los derechos del infractor y sobre todo, del no delincente. Aunado a este punto, el principio referido ha tenido singular importancia en la formulación, por parte de Beling, de la teoría del tipo de delito (*Tätbestand*), según la cual, para que un hecho pueda ser sancionado como delito, es necesario que se ajuste a los elementos contenidos en la ley⁶⁴.

Ya en el campo político, el principio de legalidad obtiene mayor trascendencia, pues representa un límite infranqueable para la arbitrariedad de los gobernantes y de él se derivan, entre otras, la prohibición de la retroactividad de la ley penal (irretroactividad de la ley); la prohibición de la analogía; la inadmisibilidad de la costumbre como fuente del derecho penal, y la imposibilidad de que un reglamento no delegado contenga normas penales. Estos argumentos expuestos por Romero Soto, se resumen en que ningún hecho puede ser considerado como delito si una ley (en sentido material) no lo prevé como tal, ni puede aplicarse pena alguna que no haya sido especialmente establecida para ese hecho por una ley⁶⁵.

⁶² *Ibid*, p. 88.

⁶³ Romero Soto, Luis Enrique, *Derecho Penal. Parte General, Vol. I*, Bogotá, D. E.: Editorial Temis, 1969, p. 176.

⁶⁴ *Ibid*, p. 177.

⁶⁵ *Ibidem*.

Frente al peso de la universalidad, la posición mayoritaria de la Sala parece reducir el punto a un problema de “interpretación” pues según ésta los hechos objeto del presente caso:

[...] no pueden ser juzgados con los parámetros de la **interpretación formal del derecho**, porque la violenta e irracional toma del Palacio de Justicia por parte de un grupo que pretendía utilizar a la Corte para juzgar al gobierno ocurrió en una época regida bajo un esquema legal que hizo del Estado de Sitio un instrumento para lograr una artificial cohesión ciudadana y un elemento sustancial de la defensa del orden constitucional, como fin en sí mismo, por encima incluso de la dignidad humana.

Quienes salvamos el voto no podemos compartir este tipo de afirmaciones las cuales son finalmente el punto de partida de la decisión dividida adoptada por la Sala. Lo primero, porque es evidente que el ejercicio intelectual a que se acude es, en nuestra modesta opinión, una actividad de ponderación inaceptable que construye una antinomia totalmente artificial, entre justicia y derecho, razón de Estado y derechos humanos, ley y dignidad humana, interpretación formal e interpretación material. En nuestro entendido se parte de la presunción de que la historia constitucional del país y el derecho en sí mismo, se funda con la Constitución de 1991, porque todo lo anterior sería una vana pretensión creada “bajo los estereotipos del derecho del pasado”⁶⁶.

Y es que el concepto de “ponderación”, tan desarrollado y aceptado sin miramiento, implica un riesgo de inseguridad jurídica y, sobre todo, de arbitrariedad al hacer prevalecer un principio sobre otro, particularmente cuando se desestima que todo principio entraña un derecho fundamental. El profesor argentino Leandro Vergara, sostiene que existe una relación inescindible e innegable sobre derechos fundamentales y principios:

[...] ello se explica porque los derechos fundamentales tienen en su contenido principios de máxima importancia (...) Los principios expresan derechos y lo hacen de un modo abierto cuya indeterminación es su característica más saliente. Si bien se pueden realizar en más o menos, lo cierto es que en su formulación, no se visualiza, a priori, las condiciones precisas de su aplicación (...) La nota destacada, en este caso, es la alta dosis de indeterminación de cómo y en que manera se realiza ese principio o ese derecho. Con esto aparece el primer problema: ¿Cómo se hace para realizar un derecho (principio) sin salir de la indeterminación? La respuesta es sencilla: ello no es posible, salvo arbitrariedad. Por lo tanto, será necesario realizar interpretaciones. Del tipo de interpretaciones y argumentaciones, dependerá la racionalidad de la decisión o su ausencia⁶⁷.

⁶⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 46382, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, p. 72.

⁶⁷ Vargas, Leandro. El desarrollo de los derechos. Obra inédita, p. 5.

En efecto, en este punto surge entonces la dificultad de determinar si un principio debe prevalecer sobre otro cuando lo que el ejercicio interpretativo debe evidenciar es que una de las propuestas será adecuada al caso concreto desplazando a la otra por resultar inaplicable, es decir no se trata de que se derrote un principio sino que se debe elegir aquel que resulta el procedente frente a la situación examinada, de manera que se garantiza la seriedad del sistema jurídico pues la coherencia interpretativa de encontrar la regla aplicable, que contiene el principio objeto de protección, garantiza un sistema jurídico razonable⁶⁸ que evite por supuesto la arbitrariedad en las inadecuadas interpretaciones de la norma.

En otras palabras, no se trata de determinar si el principio de legalidad es flexible o prevalece sobre otros preceptos que convergen en el proceso penal, la tarea del operador judicial es desentrañar con precisión cual es el derecho que se correlaciona con ese principio de manera que se encuentre la fórmula aplicable al caso, manteniendo la inalterabilidad del ordenamiento jurídico y su concepción de garantía alrededor del procesado.

El ejercicio ponderativo al que acudió la sentencia, morigerando la importancia de la legalidad en cuanto es inexistente el delito sin ley previa que lo determine y especifique como principio rector del proceso penal, supone una inseguridad jurídica en general, tal como el mismo autor Vargas lo sostiene:

El problema de argumentar ponderativo es que el principio conculcado del caso, por seguir siendo un principio vigente, continúa ejerciendo su peso. Siguiendo la metáfora del peso, el perdedor insatisfecho pedirá una nueva balanza que pese mejor, o, en concreto, exigirá la presencia de otro juez que sepa pesar mejor. Para el vencido, su principio postergado quedará como residuo insatisfecho a la espera de algún tipo de compensación. Y del lado del ganador que derrotó al principio en pugna, aunque esté satisfecho porque ganó, tampoco estará tranquilo, ya que, si en el futuro tuviera un caso similar, aparecerá otro juez con su propia balanza. Ya no estará seguro de que el nuevo juez repita los mismos resultados. Digamos que se resentiría la seguridad y previsibilidad, porque no habría estabilidad en los criterios de decisión⁶⁹. O, lo que es peor, se estaría gobernando por la casuística⁷⁰.

En segundo lugar, por virtud de tal ejercicio, más que interpretar se pondera, evitando la labor de subsunción a pesar de existir claras y expresas reglas jurídicas aplicables al caso. Las consecuencias: el desconocimiento del principio de irretroactividad de la ley penal como colofón de la violación flagrante del principio de legalidad.

⁶⁸ Cfr. *Ibid.*, pág 6

⁶⁹ Atienza Rodríguez, Manuel y García Amado, José Antonio. Un debate sobre la ponderación. Lima-Bogotá. Palestra - Temis, 2012. Ver especialmente este debate realizado en género epistolar en el que los autores confrontan sus propias ideas en torno al tema de la ponderación.

⁷⁰ Vargas, *Ibid.*, p. 52.

Para menguar las dificultades expuestas en este salvamento, la posición mayoritaria de la Sala acude al expediente del carácter permanente del delito de desaparición forzada, circunstancia que no compartimos y que, como demostraremos en capítulo separado, no solamente contradice las normas básicas de la lógica formal, sino que omite sin razón la imputación al tipo subjetivo de la conducta que se analiza.

En este orden de ideas, el delito por el cual fue condenado como coautor el General (r) Jesús Armando Arias Cabrales, a saber: Desaparición Forzada de Personas fue tipificado con la Ley 589 de 2000⁷¹, es decir, después de casi quince años de ocurridos los hechos que tuvieron lugar en desarrollo de la operación de retoma del Palacio de Justicia.

Como refuerzo de la argumentación –más allá del alegato de la permanencia– se pretende la preexistencia a los de una norma penal fundada en la vigencia de los tratados sobre derechos humanos que incluso tendrían sus raíces en los postulados de la Declaración de Derechos Humanos de 1945 que constituirían una especie de espíritu que vendría a consolidarse en la Constitución de 1991 pero que la preceden en su vigencia. Por eso se habla de “permanencia” de un comportamiento anterior a 2000.

Lo que no puede soslayarse es que bajo esta óptica, se estarían desatendiendo los postulados constitucionales previstos en los artículos 28 y 29 y contrariando la –no derogada– Ley 7 de noviembre 30 de 1944⁷² que versa “Sobre la vigencia en Colombia de los Tratados Internacionales, y su publicación”, la cual establece:

– Art. 1º Los Tratados, Convenios, Convenciones, Acuerdos, Arreglos u otros actos internacionales aprobados por el Congreso, de conformidad con los artículos 69 y 116 de la Constitución⁷³, no se considerarán vigentes como leyes internas, mientras no hayan sido perfeccionados por el Gobierno en su carácter de tales, mediante el canje de ratificaciones o el depósito de los instrumentos de ratificación, u otra formalidad equivalente.

De acuerdo con la norma transcrita y para la época de los hechos, ningún instrumento internacional sobre desaparición forzada de personas había sido aprobado por el Congreso y mucho menos perfeccionado por el Gobierno y es en este sentido que la Corte Constitucional en sentencia C-368 de 2000 consideró:

Es claro que ni la norma constitucional citada, ni los instrumentos internacionales referidos, ni el artículo demandado permiten que en la actualidad se procese a alguien por el delito de desaparición forzada sin violar el artículo 29 de la Carta Política; ello solo será posible válidamente, una vez entre en vigencia el nuevo Código Penal que consagra tal conducta como delito y señala la pena correspondiente, de acuerdo con las normas pro-

⁷¹ *Diario Oficial* No. 44.073 de 7 de julio de 2000.

⁷² *Diario Oficial*, Año LXXX, N° 25716 de 12 de diciembre de 1944, p. 2.

⁷³ Constitución Política de Colombia de 1886.

cesales que asignen la competencia requerida para conocer de esa clase de hecho punible, y definan las formas propias del juicio que se deberán observar⁷⁴.

Con base en lo anterior, podemos sostener que, en Colombia, únicamente, con la entrada en vigencia de la Ley 589 de 2000 (6 de julio de 2000), el delito de Desaparición Forzada comenzó a tener efectos jurídicos en el país.

Pero el punto de discordancia con la ponencia mayoritaria es de una clara estirpe filosófica-constitucional, pues lo que la providencia cuyo voto salvamos sostiene la existencia de principios por fuera del propio sistema positivo-constitucional. No de otra manera puede entenderse la siguiente manifestación contenida en aquella:

Según esta tesis –se refiere a la defensa– la conducta ocurrió en 1985 y la legislación vigente no tipificaba la desaparición forzada como delito, entonces no había lugar a juzgar al procesado por una conducta no definida en la ley de ese entonces. Sin embargo el problema es que ese método no es eficaz para resolver todos los casos, debido a que existen **principios jurídicos extra sistemáticos** que no están determinados en las leyes positivas y que, por lo tanto, no son identificables en el texto de la ley, lo que complica la solución meramente formal de los llamados casos difíciles.

Como si hubiera estado leyendo el texto de la ponencia mayoritaria el Maestro Luigi Ferrajoli manifiesta de forma lapidaria: “...una solución (considerada) justa de un caso difícil, si no está basada en normas de derecho positivo sino que solo lo está sobre principios morales, no es una solución jurídicamente válida”⁷⁵.

Y la conclusión de la ponencia cuyo voto salvamos no puede ser más clara al respecto: “...la interpretación de la ley no es un problema de subsunción, sino de principios”.

Tamaño afirmación ubica la posición mayoritaria en lo que Ferrajoli denomina “constitucionalismo no positivista o principialista” al cual atribuye el autor los siguientes riesgos que en nuestra respetuosa opinión se concretan claramente en el presente caso y que por ende debemos rechazar enfáticamente:

a) una suerte de dogmatismo y de absolutismo moral conexo con el constitucionalismo concebido como cognoscitivismo ético; b) el debilitamiento del rol normativo de las constituciones y, por ello, de la jerarquía de las fuentes; c) el activismo judicial y el debilitamiento de la sujeción de los jueces a la ley y de la certeza del Derecho, que, a su vez, debilitan las fuentes de legitimación de la jurisdicción”⁷⁶.

⁷⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-368 de 29 de marzo de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁷⁵ Ferrajoli, Luigi. “*Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*”, en: *DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34, 2011, p. 32.

⁷⁶ *Ibid*, p. 28.

Resulta en nuestra modesta opinión, que contrario al pensar de la mayoría no se trata de un problema de principios sino de reglas⁷⁷ y ellas no otorgan ningún tipo de dificultad en cuanto a la ocurrencia de los hechos pues no existe vacío en su configuración normativa.

Es clara la inexistencia para el año de 1985 del tipo penal de desaparición forzada, no así la de descripciones de comportamientos como el del secuestro y el homicidio. Que una consideración posterior —de *lege data*— sobre la antijuridicidad de este tipo de conductas cuando se añade el propósito de sustraer a la persona de su entorno físico y jurídico, absteniéndose de informar sobre su paradero es otra cosa, porque el legislador emplea una nueva regla, más específica, pero ciertamente con anterioridad a tal consagración el problema es de subsunción, como también lo es con posterioridad, con independencia del problema de la “permanencia”.

Pero debe señalarse que si en parte alguna del derecho es peligroso en extremo este tipo de dogmatismos es precisamente en el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado porque le permite aplicar la máxima potestad en relación con restricción o extinción de derechos de los individuos. La subsunción jamás puede entenderse como el apego formal al trazo lingüístico de la ley sino como una de las grandes conquistas del derecho penal, fundado también en el principio de la dignidad humana que le permite al individuo conocer con exactitud el contenido de la prohibición penal, en lo objetivo y en lo subjetivo, y determinar su comportamiento con fundamento en ese conocimiento. Lo que no puede es dejarse al capricho del fallador o de sus convicciones íntimas, por más valiosas y acertadas que sean, el decreto y aplicación de la pena.

⁷⁷ Para Ferrajoli, “...la diferencia entre la mayor parte de los principios y las reglas es de carácter no estructural, sino poco más que de estilo. La formulación de muchas normas constitucionales —y, en particular, de los derechos fundamentales— en forma de principios, no es solo un hecho de énfasis retórico, sino que tiene una indudable relevancia política: en primer lugar, porque los principios enuncian expresamente y por ello, solemnemente, los valores ético-políticos que proclaman, en relación con los cuales las reglas son, en cambio, «opacas»; y en segundo lugar, y sobre todo, porque aquéllos, cuando enuncian derechos, sirven para explicitar la titularidad de las normas constitucionales que confieren derechos a las personas o los ciudadanos y, de ahí, la colocación de éstos en posición supra-ordenada al artificio jurídico, como titulares de otros tantos fragmentos de la soberanía popular. Pero más allá del estilo, cualquier principio que enuncia un derecho fundamental—por la recíproca implicación que liga a las expectativas en que, consisten los derechos, con las obligaciones o prohibiciones correspondientes— equivale a la regla consistente en la correlativa obligación o prohibición”. Ferrajoli, op., cit., p. 39.

3. Sobre la permanencia

Al criterio de la posición mayoritaria sobre lo que ésta entiende como “interpretación material” de la ley penal, se suma el de la **permanencia**, como carácter comportamental del delito de desaparición forzada, argumentación que sirve para sostener la plena tipicidad de una conducta acaecida catorce años antes de su consagración legislativa. El argumento de la H. Sala del cual nos apartamos muy respetuosamente, pasa por dos momentos cuyo punto de inflexión es la promulgación de la Ley 589 de 2000. Antes de este evento, se propone –a nuestro juicio de manera equivocada– una especie de existencia implícita del tipo penal aplicable, con fundamento en la vigencia de los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos suscritos por nuestro país. Con posterioridad, el postulado de que el tipo cuya aplicación permite la condena supone una omisión –la de dar a conocer el paradero de la víctima–, implicaría la continuación de la conducta precedente bajo los efectos de la nueva legislación.

Sobre ambos argumentos deben formularse reparos sustanciales que impiden adherirse a aquellos. En primer lugar, resulta, en nuestro criterio flagrantemente violatorio del principio de legalidad, integrar una norma penal de la manera como lo hace la posición mayoritaria adoptada por la Sala. Como se ha señalado en apartes anteriores del presente salvamento de voto, nuestro país no adhirió a los convenios y tratados sobre la materia sino a partir del año 2001⁷⁸, esto es, quince años después de la ocurrencia de los hechos materia del presente proceso de manera tal que alegar la existencia de una norma extra o supra legal que eventualmente consagrarse un tipo aplicable, resulta totalmente improcedente.

Pero si aún, en gracia de discusión, se admitiese la posibilidad anotada en los apartes precedentes, el examen del texto de los tratados y convenios en manera alguna permite concebir la existencia de la estructura lógica de una norma penal, más allá de simples recomendaciones a los gobiernos suscriptores de estos instrumentos o de genéricas descripciones –variables de legislación a legislación– pero carentes de una concreta consecuencia jurídica que, como es obvio, apenas puede determinarla cada legislación nacional, de acuerdo con sus criterios de política criminal.

En desarrollo de los postulados del Maestro Del Vecchio sobre la estructura de todas las normas jurídicas la doctrina penal llegó a la suprema definición en absoluto coherente con el principio de reserva de legalidad, de que la norma penal se describe como **un conjunto de precepto y sanción**, esto es, la descripción de una concreta y clara hipótesis de hecho, a la cual se atribuye una determinada consecuencia jurídica que es una pena

⁷⁸ Congreso de la República, Ley 707 de noviembre 28 de 2001, Diario Oficial N° 44632 de 01 de diciembre de 2001.

cuantificable según los intervalos de máximos y mínimos, previa e inequívocamente fijados en la misma.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha ilustrado este punto, afirmando que el tipo penal completo es el que contiene el precepto y la sanción con todos sus elementos constitutivos, esto es:

[...] aquel que no necesita complementarse con el contenido de otra norma jurídica del mismo u otro ordenamiento; a su vez el precepto deberá precisar, en primer lugar, el sujeto activo del hecho punible, esto es quien o quienes podrán incurrir en la acción u omisión que se prohíbe; en segundo lugar el sujeto pasivo del mismo, que es el titular del bien jurídico objeto de protección, y en tercer lugar el bien jurídico que se pretende proteger de una conducta específica, cuya referencia y descripción constituyen el cuarto elemento del precepto⁷⁹.

En fallos más recientes, la Corporación basada en los planteamientos de Francesco Antolisei, que La norma penal está constituida por dos elementos:

(i) el precepto (*praeceptum legis*) y (ii) la sanción (*sanctio legis*). El primero de ellos, es entendido como –la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción–. El segundo, se refiere a –la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto–. El precepto desarrolla la tipicidad de hecho punible, pues este elemento es el que contiene la descripción de lo que se debe hacer o no hacer, y, por lo tanto, del hecho constitutivo de la conducta reprochable. Ahora bien, el precepto se integra por varios elementos del tipo que conforman su estructura y que pueden ser sintetizados así: –(i) un sujeto activo, que es quien ejecuta la conducta reprochable y punible; (ii) un sujeto pasivo, que es el titular del bien jurídico que el legislador busca proteger y que resulta afectado con la conducta del sujeto activo; (iii) una conducta, que corresponde al comportamiento de acción o de omisión cuya realización se acomoda a la descripción del tipo y que generalmente se identifica con un verbo rector; y (iii) el objeto de doble entidad; jurídica, en cuanto se refiere al interés que el Estado pretende proteger y que resulta vulnerado con la acción u omisión del sujeto activo, y material, que hace relación a aquello (persona o cosa) sobre lo cual se concreta la vulneración del interés jurídico tutelado y hacia el cual se orienta la conducta del agente–⁸⁰.

A la luz de lo expuesto, basta simplemente confrontar el contenido de las disposiciones constitucionales y del bloque de constitucionalidad para concluir, sin ningún tipo de reserva que no existe ninguna norma penal –en sentido íntegro y completo– que permita

⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-1490 de 02 de noviembre de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

⁸⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-297 de 08 de junio de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

aplicar, en forma y sustancia, una pena concreta para el delito de desaparición forzada. Ello solamente es posible a partir de la vigencia de la Ley 589 de 2000, esto es, casi quince años después de la ocurrencia de los hechos objeto de condena.

Frente al tema, Wolffhügel Gutiérrez señala que no existe norma internacional con un precepto y sanción que tipifique la desaparición forzada, por lo tanto, no es posible en virtud del *ius cogens*, sostener que norma anterior al acto que se imputa ya estaba contenida en convenciones internacionales, pues no ofrece una solución jurídica sólida, en tanto que se fundamenta la tipicidad en la existencia de convenios internacionales que no contienen ni el tipo penal, ni mucho menos la pena, es decir, se trata de un juicio de tipicidad sin tipo penal⁸¹.

Hasta cierto punto, eso fue lo que se observó en el juicio a la Dictadura Militar argentina, conocido también como Juicio a las Juntas y consignado en la *Sentencia Causa 13/84*⁸² seguida en contra de los oficiales superiores retirados Videla, Massera, Agosti, Viola, Lambruschini, Rubens, Galtieri, Anaya y Lami Dozo, se destaca que en un caso de enorme significancia como éste, el Ejecutivo argentino, a través del Decreto N° 158 de 13 de diciembre de 1983, sometió a juicio sumario ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas a los citados militares por los delitos de homicidio, privación ilegal de la libertad y tormentos. Es decir, que en ausencia de norma interna que tipificara la desaparición forzada en Argentina, el país austral no recurrió a elementos exteriores para juzgar a las juntas militares⁸³.

⁸¹ Wolffhügel Gutiérrez, Christian; Herrera Ariza, Omar, op., cit., consultado en: «<https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/penal/la-condena-por-desaparicion-forzada>», [en línea]. Wolffhügel, resalta también que los gravísimos hechos ocurridos en el Palacio de Justicia podían adecuarse a tipos penales presentes en el derogado estatuto penal, tales como el secuestro agravado y el homicidio, razón por la cual, el principio de legalidad como límite formal a la potestad punitiva del Estado no hubiese constituido una talanquera para la impartición de justicia, pues es a la vez una herramienta con la que cuenta la sociedad para defenderse del poder punitivo del Estado. *Ibidem*.

⁸² Secretaría de Justicia del Ministerio de Educación y Justicia, “Sentencia Causa 13/84 de 09 de diciembre de 1985” en: *Boletín de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal*, Buenos Aires, 1985.

⁸³ En la sentencia de la juntas militares, el delito con mayor número de condenas y contabilizando un total de 496 casos fue el de privación ilegítima de la libertad y los únicos exoficiales condenados a cadena perpetua fueron Rafael Videla y Eduardo Massera, en tanto quedó comprobada la comisión de homicidios a partir del hallazgo de los cadáveres de algunos grupos de víctimas y **siendo la desaparición de personas, la práctica criminal más emblemática de la violencia dictatorial, que careciendo de figura penal, pero tematizada e implícita en el curso judicial no tuvo representación en las condenas**. Cfr. Galante, Diego, *El juicio a las*

El punto es tan claro, que ni aún la propia Fiscalía en primera instancia se atrevió a plantear la teoría que ahora expone la posición mayoritaria de la Sala. En efecto, basta un repaso de la providencia suscrita por la señora Fiscal delegada para apreciar este aserto: “(a) Calificación Provisional de los Hechos. Los hechos que se mencionaron se tipificaron provisionalmente en los penales de *secuestro agravado en concurso con desaparición forzada agravada*” (Énfasis fuera de texto).

En este punto, el ente acusador citó una jurisprudencia de la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, que dada la importancia para la calificación se transcriben a continuación:

Las diferencias entre el precepto español y nuestro Código Penal son evidentes. Mientras que el Código Español se limita a sancionar la conducta por la simple desaparición física, nuestro Código exige consecuencias para esa desaparición... Esa consecuencia, [...] no es otra que la sustracción de la protección legal.

Ese plus que significa la desaparición forzada de personas, nos permite afirmar sin duda que los casos de desaparición forzada que se venían tramitando como secuestro deberán ser tratados como desaparición forzada. En efecto, sabemos que el secuestro consiste en una privación de la libertad que se puede extender en el tiempo, dado el carácter permanente de la conducta. Si la desaparición se limitara a ese mismo elemento, tendríamos que concluir que como consecuencia del respeto al principio de legalidad no se podría iniciar un proceso por desaparición forzada de personas. No obstante, antes de la vigencia de la ley 589 de 2000, el plus que caracteriza a la desaparición forzada de personas es impune. Una vez entra en vigor, ese plus se sanciona, por lo que si el secuestro implica ausencia de información sobre el paradero de la víctima y sustracción de la protección legal, tendremos que concluir que estamos en presencia de un delito de secuestro que deviene en desaparición forzada. En estos casos debe sostenerse un concurso ideal de delitos, pues con el mismo acto se ha vulnerado de maneras diferentes el bien jurídico tutelado.

Así las cosas, la Fiscalía determinó que para abordar el asunto, tomarían tres extremos para decidir correctamente así:

El primero, el concepto de delito permanente. Para nosotros, es de especial interés subrayar que el delito permanente requiere, esencialmente, la facultad, por parte del agente activo, de remover o hacer cesar el estado antijurídico creado con su conducta. **El segundo, que consiste en determinar el tiempo del hecho delictivo.** [A] pesar de que hay claridad también para algunos doctrinantes de que se aplica es la ley vigente al momento de “cesación del acto” así sea más fuerte, no sobra advertir, que también existen partidarios de que la favorabilidad debe tener cabida en estos casos como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia con ponencia del Dr. Álvaro Orlando Pérez, en donde se

juntas: discursos entre política y justicia en la transición argentina, 1ra Ed., Ediciones UNGS: Argentina, 2019, pp. 74-75.

inclinó la Corte en el año 2006, para considerar que la favorabilidad debía imponerse de igual manera en los comportamientos de ejecución permanente.

Y, el tercero, que tiene que ver con el ámbito de aplicación de la ley en el tiempo. Tipos penales.

Cuando se abrió la investigación se consideraron claramente dos tipos penales que fueron imputados en la indagatoria, conforme a las disposiciones procesales. Se trata del delito de secuestro agravado y del delito de desaparición forzada agravada, los que por el tránsito legislativo, ha generado una sucesión de leyes en el tiempo.

Bajo esta argumentación, la Fiscalía argumentó en primera instancia: “(5) Sin embargo y ante la realidad del comportamiento, afirmamos en su oportunidad y así se imputaron los cargos que estamos frente a un delito permanente de secuestro agravado por el numeral 5 hasta el año 2001...”.

Con base en los argumentos expuestos hasta este momento no es posible compartir en forma alguna la posición mayoritaria sostenida por la Honorable Sala en el sentido de afirmar para el presente caso la existencia del delito de desaparición forzada, y sin solución de continuidad, desde la ocurrencia de los hechos en el año de 1985 y hasta la fecha, merced al carácter de permanencia que se predica del referido tipo penal. Ahora bien, tampoco es posible hacerlo con posterioridad a la vigencia de la referida ley, porque ello implica una inadecuada interpretación del artículo 165 de nuestra actual codificación penal.

En efecto, el planteamiento de cuya exposición nos apartamos tiene dos enfoques, el primero de ellos, ya rebatido de alguna manera, en el sentido de que el tránsito de legislación de la normatividad del Código Penal de 1980 a la vigencia de las Leyes 589 y 599 de 2000 significaría apenas una consolidación de la norma aplicable a la conducta condenada, pues el tipo existiría con anterioridad en los tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia. Como consideramos que ello no es así, y que no existe norma previa que subsuma el comportamiento en comento, mal puede otorgarse el carácter de permanente a aquello que no tiene una existencia previa.

De manera residual debe evaluarse en segundo término la tesis esbozada por la Fiscalía Delegada, según la cual, de cualquier forma, una vez ya se ha tipificado expresamente el delito de desaparición forzada en el año 2000 –mediante las leyes indicadas– la conducta omisiva y permanente consistente en *“el ocultamiento y la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola al amparo de la ley”* perfeccionaría, con más veras, el tipo penal de desaparición forzada.

A nuestro juicio, esta última posición tampoco es aceptable pues implica una errónea interpretación del tipo penal de desaparición forzada dividiendo de manera artificial el núcleo rector del comportamiento. Si bien la descripción aludida plantea la creación de un tipo penal complejo o compuesto por cuanto a más de la privación de la libertad de la

persona es necesario su ocultamiento y la negativa a reconocer esa privación o dar información sobre su paradero, esa complejidad que se expresa en la presencia de varios verbos rectores es necesaria para el perfeccionamiento del tipo. En otras palabras, no puede dividirse el núcleo rector típico: por un lado la privación de la libertad, y por otro la negativa a reconocer esa privación o a dar la información sobre el paradero de la víctima.

Si bien la desaparición forzada es un comportamiento de naturaleza permanente que extiende sus efectos hasta que la persona es liberada o encontrada o hasta que se informa de su privación o destino, también lo es y de manera concluyente, que su perfeccionamiento es instantáneo. Tal calidad se determina en el tipo subjetivo pues lo que el agente de la conducta busca –desde el primer momento– es no solamente la privación de la libertad sino la sustracción de la víctima al amparo de la ley, ocultándola y negándose a reconocer su privación o a dar información sobre su paradero. Reiteramos, la conducta *sub examine* no es divisible porque si el propósito no es unívoco desde el mismo comienzo, ni el tipo objetivo ni el tipo subjetivo admiten la subsunción.

Precisamente, tal fenómeno de atipicidad es el que se evidencia en el análisis que pretende realizarse a partir de la vigencia de la Ley 589 de 2000 por parte de la posición mayoritaria de la Honorable Sala, pues si el tipo aplicable que para hechos ocurridos en 1985 en manera alguna podía ser –por todas las razones anotadas– el de desaparición forzada, su perfeccionamiento habría ocurrido de manera instantánea en esa fecha y precisamente para el tipo de secuestro –este si existente– tanto en su fase objetiva, como subjetiva. No resulta lógico ni ajustado a derecho pretender una mutación de la conducta, de secuestro a desaparición forzada dividiendo el núcleo rector del comportamiento, para señalar, contra toda lógica, que la sola privación de la libertad ocurrió en 1985, pero que el plus que añade el tipo de desaparición forzada para convertirlo en un tipo especial solo se verificó en el año 2000.

Finalmente, no puede hablarse de ejecución permanente de un comportamiento sobre la base de un delito que para la fecha que comenzó a desplegarse aún no había sido tipificado. Al respecto, Reyes Alvarado sostiene que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad opera únicamente ante los tribunales internacionales y en caso de asumir que también lo fueran a nivel interno, las normas que los consagran podrían ser aplicadas a los casos cometidos con posterioridad al momento de su entrada en vigencia, toda vez que la extensión de sus efectos a conductas desarrolladas con anterioridad a la existencia de las normas vulnera un principio estructural del derecho penal, conocido como la favorabilidad⁸⁴.

⁸⁴ Reyes Alvarado, Yesid, “Delitos de Lesa Humanidad *vs.* Principio de Favorabilidad”, en: El Espectador [30 de marzo de 2013], consultado el 04 de octubre de 2019. Disponible en: <https://>

Es por eso que, si la desaparición forzada es un delito permanente que requiere el incumplimiento de informar el paradero de la víctima por parte del autor, ese deber de informar, no puede demostrarse sin la preexistencia de una norma penal, pues la ley debe ser anterior a dicho acto y la aplicación de una posterior deviene en retroactiva⁸⁵.

4. Ausencia de juez natural

Los hechos ocurridos en la toma y retoma del Palacio de Justicia, que tuvieron lugar los días 06 y 07 de noviembre de 1985, cuando al entonces General Jesús Armando Arias Cabrales, quien comandaba la Brigada XIII, se le encomendó desde el ejecutivo que llevara a cabo las operaciones necesarias para retomar el control del Palacio de Justicia, violentado por el desmovilizado grupo guerrillero M-19. En las circunstancias descritas y en la calidad de General de la República del hoy condenado, se debió investigar, acusar y juzgar los hechos imputados, que no son otros que la presunta desaparición forzada de CARLOS AUGUSTO RODRÍGUEZ VERA, BERNARDO BELTRÁN HERNÁNDEZ, LUZ MARY PORTELA DE LEÓN, DAVID SUSPEZ CELIS e IRMA FRANCO PINEDA.

Es en este sentido, que se presenta un primer problema, ya explorado líneas atrás, cuando se decide ACUSAR y JUZGAR por un delito de Desaparición Forzada que no existía para el momento de ocurrencia de los hechos, pues para la época en que se presentó el comportamiento estaba vigente la Constitución Política de 1886, que asignaba competencia a la Corte Suprema de Justicia, tal como se desprende del artículo 151, numeral 2° de la Carta Fundamental que establecía:

Artículo 151. Son atribuciones especiales de la Corte Suprema de Justicia: [...] (2) Conocer **las causas que por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o leyes** o por mal desempeño de sus funciones, se promueva contra los Jefes de Departamentos Administrativos, el Contralor General de la República, los Agentes Consulares o Diplomáticos de la Nación, los Gobernadores, los Magistrados de Tribunales de Distrito, **los Comandantes Generales**, y los Jefes Superiores de las Oficinas Principales de Hacienda de la Nación (negrillas fuera del texto).

Igualmente, se debe tener en cuenta que al General (r) Arias Cabrales se le investiga y juzga estando vigente la Constitución Política de 1991, que en su artículo 235, establece las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia y señala que a esta Corporación, le corresponde juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, del Vicefiscal General de

www.elespectador.com/opinion/delitos-de-lesa-humanidad-vs-principio-de-favorabilidad, “en línea”.

⁸⁵ Wolffhügel Gutiérrez, Cristian; Herrera Ariza, Omar, op., cit., consultado en: «<https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/penal/la-condena-por-desaparicion-forzada>», [en línea].

la Nación o de sus Delegados de la Unidad de Fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte Suprema de Justicia, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales; a los Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y Jefes de la misión diplomática o consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los *Generales y Almirantes de la Fuerza Pública por los hechos que se le imputen*.

De manera similar, si se revisan los Códigos de Procedimiento Penal vigentes desde el momento de los hechos, también son claros en ello, así el Decreto 50 de 13 de enero de 1987, en el artículo 68, numeral 7 establecía la Competencia de la Corte Suprema de Justicia, señalando que conoce de los procesos por los delitos cometidos por los funcionarios a los que se refieren los ordinales cuarto y segundo de los artículos 102 y 151 de la Constitución Nacional, conforme a lo previsto en el artículo 97 de la misma carta.

El derogado Decreto 2700 de 1991 que entró a regir el 1° de julio de 1992, en su artículo 68 señalaba la competencia de la sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, estableciendo que conoce del juzgamiento de los funcionarios a los que se refieren los numerales 2, 3 y 4 del artículo 235 de la Constitución Política, y dentro de ellos se encuentra el Juzgamiento de los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública para los hechos punibles que se les imputen.

Por su parte, la Ley 600 de 2000 en el artículo 75, numeral 6, establece que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, conoce del juzgamiento de los funcionarios a que se refieren los artículos 235, numeral 4 de la Constitución Política, dentro de los que se encuentran incluidos los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública por los hechos que se le imputen, lo que implica que tanto a partir de la norma constitucional y la norma procesal, el juzgamiento le corresponde a esta Corporación.

En el caso en estudio, es claro que los hechos que son materia del proceso se produjeron con ocasión de su condición de General de la República, pero además, como Comandante de la Brigada XIII, y por lo mismo esa calidad exigía que se respetara el Fuero Constitucional y que por lo mismo debía ser juzgado por su propio Juez Natural, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, previa acusación del Fiscal General de la Nación, Vicefiscal General o de sus delegados ante la Fiscalía General de la Nación; sin embargo, ello ha sido desechado bajo el argumento de que la desaparición forzada de personas es un delito de carácter permanente que todavía se continúa cometiendo, como señala el fallo a folios 75 y 76:

No es así. Ese argumento parte de una concepción estática de la conducta que se juzga y del derecho. Reduce la problemática a lo acontecido los días 6 y 7 de noviembre de 1985, a las denominadas “toma” y “retoma” del Palacio de Justicia, y por eso su tesis gira alrededor de la idea que se juzga lo que ocurrió en ese momento y no lo que sucedió después;

hasta ahora. Ese planteamiento, incluso, le permite afirmar mediante un curioso vuelco conceptual, que la norma que rige es la Carta de 1886 y no la Constitución de 1991, en la que se plasmó un modelo de justicia con marcado énfasis en la dignidad y los derechos humanos, mediante un cambio en el que a la triada Estado, Sociedad, Individuo, propia del modelo demoliberal, se le opuso la de Individuo, Sociedad, Estado, base de una nueva y sustancial configuración del derecho y de la justicia como valor.

En ese orden, la defensa no tiene en cuenta que *el delito que se le imputa al general Jesús Armando Arias Cabrales es un comportamiento de conducta permanente que se inició el 7 de noviembre de 1985 y que traspasó el umbral de la antigua Constitución, lo que permite que pueda ser valorado bajo las reglas de un nuevo orden político en el que la razón de Estado cede a la dignidad humana, y bajo un sistema normativo que incorpora a nivel interno, sin necesidad de cláusulas adicionales, los tratados sobre derechos humanos como base de la acción estatal y de la interpretación del derecho.*

También añade a folio 78 que en relación con la conducta del agente:

La definición de dicha conducta en esos términos permite sostener que si bien la misma, causalmente, podría estar vinculada con el servicio, no lo está en el marco de la función; causalmente puede encontrarse relación entre una y otra, más nunca una relación de imputación jurídica entre ese tipo de comportamientos y el servicio. Por lo mismo, la competencia para juzgar al oficial no puede radicar en la Justicia Penal Militar, ni en la Corte Suprema de Justicia, investida para investigar y juzgar única y excepcionalmente conductas relacionadas con la función, con el fin de preservar el fuero como garantía institucional y no personal.

En este punto, resulta claro que la actuación del General Arias Cabrales como Comandante de la Brigada XIII del Ejército, lo fue en dicha condición, porque es solo en esa calidad que se le ordenó por sus superiores Comandante del Ejército y Ministro de Defensa, dirigir las acciones encaminadas a la retoma del Palacio de Justicia, situación que es tan puntual y específica que no se puede desligar de su posición militar, la que ejerce en su calidad de General de la República, y por ello es que en este caso concreto, no comparáramos respetuosamente el argumento según el cual la Corte no es competente para juzgar el comportamiento, para preservar el fuero como garantía institucional y no personal; porque es precisamente la condición de General y Comandante de la Brigada XIII, y no por voluntad propia, la que originó su intervención en las acciones de retoma del Palacio de Justicia y ello en consecuencia exigía que fuera juzgado por la Corte Suprema de Justicia, de lo contrario se vulnera el principio de Juez Natural, establecido constitucionalmente en el artículo 29 superior, que enseña que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, *ante Juez o Tribunal competente* y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Principio de Juez Natural, que se constituye en la exigencia política de que, en los Estados de Derecho, solo la ley puede instituir jueces y en todo Juez haya institución de

menester legal⁸⁶, lo que implica que toda persona debe saber quién va a ser su juez natural y que además genera que sea respetado, no pudiendo ser fijado un juez distinto al que le corresponde.

No se puede desconocer el rol en que actuó el General Arias Cabrales a lo largo de los hechos de la llamada toma y retoma del Palacio de Justicia, que no fue otro que en calidad de Comandante de la Brigada XII y en consecuencia es claro, que el Juez Natural debió ser la Corte Suprema de Justicia, derivado de un fuero de naturaleza constitucional que no puede ser desconocido y que exigía su juzgamiento por la Corporación que hoy se pronuncia como Juez de Casación.

5. Naturaleza de los delitos de lesa humanidad

Los hechos acaecidos en la operación de retoma no encuentran sustento en la desaparición forzada de personas, catalogando esta conducta como un delito de lesa humanidad, como expresa el doctrinante Ricardo Posada cuando afirma que los delitos de lesa humanidad se basan en cuatro pilares fundamentales: (1) *generalidad*, (2) *sistematicidad*, (3) *conocimiento*, y (4) *sujeción a cierta política*, elementos estos que permiten asumir la existencia del delito⁸⁷. En tal sentido, para la Corte Suprema de Justicia:

[e]n ese contexto, el crimen de lesa humanidad se distingue de otros crímenes, porque: a) no puede tratarse de un acto aislado o esporádico de violencia, sino que debe hacer parte de un ataque generalizado, lo que quiere decir que está dirigido contra una multitud de personas; b) es sistemático, porque se inscribe en un plan criminal cuidadosamente orquestado, que pone en marcha medios tanto públicos como privados, sin que se trate siempre de la ejecución de una política de Estado; c) las conductas deben implicar la comisión de actos inhumanos, de acuerdo con la lista que provee el mismo Estatuto de Roma; d) el ataque debe ser dirigido exclusivamente contra la población civil; y e) el acto debe tener un móvil discriminatorio, bien que se trate de motivos políticos, ideológicos, religiosos, étnicos o nacionales⁸⁸.

Así las cosas, para el citado autor, difícilmente las desapariciones forzadas ocurridas durante la retoma del palacio de justicia cumplen con todos estos requisitos, pues pese a

⁸⁶ Cfr. Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho Penal Fundamental*, Bogotá, Temis, 1990 p. 109.

⁸⁷ Posada Maya, Ricardo, “Los delitos de lesa humanidad”, en: Cuadernos Derecho Penal [En línea], No. 4, 2010, p. 133. Disponible en: «http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp/Delitos-de-lesa-humanidad-ricardo-posadaDP4.pdf», pp. 138-139.

⁸⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rad. E32022 de 21 de septiembre de 2009, M.P. Sigifredo Espinosa. Citado en: Posada Maya, Ricardo, op., cit., p. 133.

que los hechos de gravedad jurídica y trascendencia humana y social, no pueden necesariamente calificarse como actos generales por no ser un ataque masivo contra la población civil, ni tampoco un ataque general con un claro y amplio patrón en el tiempo y espacio. Ya en lo referente a la sistematicidad, la operación de retoma no fue un episodio análogo a los ocurridos en la última dictadura militar de Argentina, en donde se ejecutó un plan criminal sistemático dirigido a secuestrar, torturar, desaparecer y eliminar a cientos de personas que se reputaban sospechosas de ser subversivas, mientras que la desaparición de personas en el Palacio de Justicia, más bien resultó de un conjunto de ataques desarticulados, espontáneos y realizados al azar de las circunstancias en desarrollo de la operación⁸⁹.

En este sentido, Posada señala que no es claro que por parte del Gobierno Central se pretendiera la consolidación de una conducta constitutiva de lesa humanidad, si se tiene en cuenta que el Presidente de la República ordenó la investigación de lo sucedido en el Palacio de Justicia, así mismo, tampoco puede decirse que los planes de defensa fueran planes generales diseñados con el objetivo de realizar delitos de secuestro, desaparición y eliminación de personas, pues solo contenían los lineamientos operacionales generales de la fuerza pública ante situaciones graves de orden público⁹⁰.

Sobre el tema, es la misma línea conceptual del Estatuto de Roma la que determina cual es el contenido de la caracterización de “generalizado y sistemático”, tal como lo precisó la Corte Constitucional en el análisis de exequibilidad de la ley que incorporó dicho estatuto a la normatividad interna:

El “carácter sistemático o generalizado del ataque a la población civil”, ha sido interpretado por los Tribunales Internacionales Ad Hoc. Por ejemplo, el Tribunal Internacional para Ruanda estableció en el caso Akayesu (sept. 2 de 1998) que:

El concepto de “generalizado” puede ser definido como masivo, frecuente, acción en gran escala, llevada adelante en forma colectiva con seriedad considerable y dirigida contra una multiplicidad de víctimas. El concepto de “sistemático” puede ser definido como bien organizado y siguiendo un plan regular sobre la base de una política concertada que involucre recursos sustanciales públicos y privados⁹¹.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia, analizando el mismo precedente del caso Akayesu, delimitó tales conceptos constitutivos del delito de lesa humanidad:

En el caso Akayesu el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en cuanto a las particularidades del ataque, precisó que *el carácter generalizado implica que debe ser: frecuente,*

⁸⁹ *Ibid.*, pp. 142-143.

⁹⁰ *Ibidem.*

⁹¹ Corte Constitucional, sentencia C-578 del 30 de junio de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

ejecutado colectivamente, de gravedad considerable y dirigido contra multiplicidad de víctimas; y *sistemático* significa que debe ser cuidadosamente organizado y que atienda un plan o política preconcebida⁹² (Énfasis fuera de texto).

Y es esta Corporación, la que determina que no toda conducta que se adecúe en los preceptos penales contemplados en el artículo 7° del Estatuto de Roma se convierte en forma automática, en un delito de lesa humanidad, pues puede quedarse como una infracción de carácter ordinario:

*(...) para que exista un crimen de lesa humanidad, los actos punibles específicos que se imputan, no solo deben ser los que recoge el artículo 7.1 del Estatuto de Roma, sino que deben ser parte del ataque general o sistemático dirigido contra una población civil. Si las conductas punibles enunciadas no son parte de dicho ataque, estaremos en presencia de un delito ordinario, no ante un crimen de lesa humanidad*⁹³ (Énfasis fuera de texto).

En nuestra consideración, la figura de la lesa humanidad no puede convertirse en el comodín para solventar el inexorable paso del tiempo y permitir que se aplique de manera indiscriminada a toda conducta por más censurable que resulte la misma, tal como esta misma Corte Suprema señaló en el auto ya citado:

La tipificación de los crímenes internacionales debe surgir de la concurrencia de los elementos que caracterizan el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, o los crímenes de guerra, no de las sensaciones o subjetividades que un concreto caso pueda generar al momento de valorarlo⁹⁴.

Y destáquese en este punto, como corolario de lo expuesto *ut supra*, que el principio de legalidad debe aplicarse igualmente frente a las conductas susceptibles de tratamiento de imprescriptibilidad del delito internacional, de manera que solo si se trata de una conducta típica legalmente configurada con anterioridad a la entrada en vigencia del Estatuto de Roma, resulta aplicable tal precepto, lo que en este caso, además de la carencia de los elementos de generalización y sistematicidad, impediría su calificativo en tanto no era una situación punible para la fecha de comisión de los hechos y, en consecuencia, resultaría imposible aplicar las características ya señaladas.

Consideramos entonces que, la calificación impartida en este caso a la conducta para ser considerada como delito de lesa humanidad, con independencia de lo que otros estamentos en materia de responsabilidad del Estado hayan determinado, desconoce los

⁹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Revisión 34180 del 23 de mayo de 2012. Proceso No. 34180. M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

⁹³ *Ibid*

⁹⁴ *Ibidem*.

elementos configurativos desarrollados tanto en el instrumento supranacional como en las posiciones jurisprudenciales que esta misma Corporación, así como el máximo tribunal constitucional, han establecido para que la conducta se convierta en un crimen de tales características.

6. Principio de congruencia y derecho de defensa

En el caso en estudio, desde la acusación hasta la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal, el General (r) Arias Cabrales fue pasado por las diferentes formas de autoría y coautoría tanto por vía de acción u omisión, como si dogmáticamente fueran las mismas, lo cual termina generando consecuencias complejas frente al derecho de Defensa.

Inicialmente la Fiscal Cuarta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, en providencia calendada el 09 de marzo de 2009, profiere Resolución de Acusación como autor responsable del delito de Desaparición forzada agravada, artículos 165 y 166.

Posteriormente el Juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá, mediante providencia de 28 abril de 2011, condenó al acusado, como autor responsable del punible de desaparición forzada agravada. Apelada la Sentencia, el Tribunal Superior de Bogotá, condena al General Arias Cabrales como Coautor mediato, en comisión por omisión en aparatos organizados de poder, a través de una estructura ilícita conformada dentro de la Brigada XIII, por el delito de desaparición forzada prevista en los artículos 165 y 166.

Finalmente la Sala de Casación Penal, condena al General Arias Cabrales como coautor del delito de Desaparición forzada bajo una modalidad de acción.

Como se puede observar, la Judicatura se movió sobre tres estructuras autor, coautor mediato por vías de aparatos organizados de poder bajo la modalidad de omisión y finalmente coautor del delito de Desaparición forzada.

Sea lo primero señalar que haber acusado por un comportamiento a título de autor y condenar como lo hizo el Tribunal por vía de omisión, implica romper la estructura fáctica y jurídica del comportamiento, lo que claramente genera un error de estructura que se conoce como incongruencia entre Resolución de Acusación y Sentencia.

Yerro que busca ser corregido por la Corte, en la medida que dicta sentencia determinado la responsabilidad del General como Coautor bajo la modalidad de acción, pero a la vez con ello se termina afectando al procesado, en la medida que cuando se presentan las demandas de casación tanto por parte de la Defensa como de la Procuraduría General de la Nación, las mismas necesariamente se estructuran buscando romper la presunción de acierto y legalidad que precede el fallo del Tribunal, encaminado a desvirtuar que el General Arias Cabrales no era responsable como coautor mediato por vía de aparatos de poder en la modalidad de omisión, quedando en consecuencia sin posibilidad de contro-

vertir la responsabilidad penal por vía de acción en la medida que esta no fue la modalidad por la que fue condenado.

No se puede desconocer que las demandas aquí presentadas, tanto la de la Procuraduría General de la Nación, como la de la defensa se estructuran en contra de la sentencia de segunda instancia, que había determinado la responsabilidad del General Arias Cabrales como coautor mediato por vía omisiva, y por lo mismo en los cargos construidas en punto de obtener una absolución, nunca se construyó alguno alegando, que no era coautor del ilícito a partir de su participación activa en los hechos, lo que incluso trae como consecuencia que si al momento de construir la demanda de casación, se hubiese presentado algún cargo para desvirtuar la posible responsabilidad por vía de un comportamiento activo, ello habría generado de forma inmediata que el mismo hubiese sido inadmitido, en la medida que no sería posible atacar una sentencia encaminada a demostrar una modalidad de responsabilidad distinta a la que fue probada, lo que implica que en este punto, la defensa se queda sin poder controvertir las razones que finalmente llevan a la Sala de Casación Penal a determinar la responsabilidad del procesado.

El Tribunal Superior de Bogotá, había estructurado su sentencia, partiendo de la base que se había establecido un aparato organizado de poder, al punto que en la sentencia afirma: “El caso en estudio demuestra que en efecto se presenta la fungibilidad de ejecutores, con disponibilidad para la realización del hecho en diferentes grados de convicción, elevada en unos y renuente en otros”⁹⁵.

Adicionalmente y en punto del General Arias Cabrales, determina el Tribunal:

No se alegó, ni se probó en este caso, que el General acusado hubiera planeado o establecido personalmente junto con alguno de sus pares o subordinados una política ilícita, o las instrucciones terminantes, o dado la orden específica de que fueran desaparecidos forzosamente quienes fueran sospechosos o probados guerrilleros; pero **si está probado que como superior en la cúspide de la brigada militar que reiteró y ejecutó el plan de acción, no contrarrestó o impidió la ejecución de esas instrucciones ilegales –pudiendo hacerlo– por lo que se imputa el resultado, a título de coautor mediato en relación con los otros coautores intermedio y ejecutores finales que reiteraron, transmitieron y cumplieron las órdenes terminantes de desapariciones forzadas**⁹⁶.

Y más adelante agrega:

Pero como no hay prueba específica y directa de que el General ARIAS CABRALES haya intervenido personalmente en la adopción de las instrucciones terminantes ilícitas,

⁹⁵ Folio 268 de la sentencia de segunda instancia.

⁹⁶ Folio 271 de la sentencia del Tribunal.

lo único que se le puede enrostrar en esta sentencia como su propio hecho es el haber callado en el momento preciso en que se requería su voz de mando para impedir que se cumplieran (sic) con el tratamiento de los sospechosos contrario a la ley que término en su desaparición forzada⁹⁷.

Estos tres apartes que además se encuentran a manera de colofón en la sentencia del Tribunal superior de Bogotá, permiten señalar que para esta Corporación se estructuró un aparato organizado de poder del cual hizo parte el entonces General Arias Cabrales, que en su condición de Comandante de la Brigada XIII, tenía posición de garante y que no impidió que se realicen los comportamientos de desaparición forzada pudiendo hacerlo, señalando que de este forma se configura la responsabilidad en la medida que nunca se probó que hubiese dado una orden, que no hay prueba específica y directa de que el General ARIAS CABRALES, haya intervenido personalmente en la adopción de la instrucciones terminantes ilícitas, lo único que se le puede enrostrar es el haber callado en el momento preciso que se requería su voz de mando para impedir que se cumpliera con el tratamiento de los sospechosos.

Más aún, en su conclusión el Tribunal señala:

Es claro entonces que no se le imputa el resultado por el solo hecho de hacer parte de la organización, o porque esta organización se separa momentáneamente o reiteradamente del orden jurídico⁹⁸, sino porque con ese inoportuno silencio permitió la realización del riesgo ilícito creado.

Es decir “ese inoportuno silencio, permitió la realización del riesgo ilícito creado” y a partir de ese inoportuno silencio se establece la responsabilidad penal.

Acorde con los anterior, a partir de estos hechos que fueron probados por el Tribunal la defensa debía estructurar su demanda, encaminada a demostrar que no era cierto que se hubiese probado la existencia de un aparato organizado de poder y/o que el General Arias Cabrales a pesar de tener Posición de Garante, no evitó pudiendo hacerlo que se realizaran los comportamiento de desaparición forzada realizados por sus hombres.

Siendo ello así, es claro que frente a la casación se establece un límite por parte del Tribunal de segunda instancia, se debe discutir si el condenado es o no responsable penalmente del delito de desaparición forzada como coautor mediato en comisión por omisión, en aparatos organizados de poder a través de una estructura ilícita conformada dentro de la Brigada XIII que comandaba. Limite que establece esta Corporación precisamente al determinar de esta forma la responsabilidad del acusado en la parte resolutive de la sentencia.

⁹⁷ Folio 274 de la sentencia de segunda instancia.

⁹⁸ Folio 275 de la sentencia del Tribunal.

Si se establece así ese límite y teniendo en cuenta que la demanda de casación se construye para atacar la misma, en consecuencia quien lo hizo queda inhibido de construir una a partir de hechos que no fueron establecidos como probados por el Tribunal.

Señalamos hechos porque el Tribunal lo que determinó es que el General (r) Arias Cabrales, nunca dio la orden de realizar los comportamientos de desaparición forzada, sino que su responsabilidad se estructura a partir del hecho de que no dio la orden encaminada a impedir que los comportamientos se realizaran, es más, la Corporación afirmó que “*ese inoportuno silencio permitió la realización del riesgo ilícito creado*”.

Esto lleva a concluir que era a partir de este hecho dado como probado que se debía construir la demanda y en consecuencia que se tenía la garantía de que la Corte debía estructurar su sentencia CASANDO o NO CASANDO la misma, en la medida que la defensa o en este caso el Ministerio Público como recurrente hubiese podido controvertir o no estos hechos probados por el Tribunal.

La Corte, establece que efectivamente el acusado es responsable del delito que se le endilga, pero determina que, “el General **Jesús Armando Arias Cabrales**, al participar de toda esa compleja operación militar ejecutada por él y sus subalternos, no omitió su deber, sino que actuó como coautor, pues concurren en su caso dos elementos esenciales de este tipo de imputación: un elemento objetivo expresado en el aporte a la comisión de la conducta con dominio funcional del hecho en fase ejecutiva y subjetiva que se refleja en la exteriorización de la voluntad con base en el acuerdo o decisión común, como se probó (artículos 23 del Decreto 100 de 1980 y 29 de la Ley 599 de 2000)⁹⁹.”

Es claro que la Casación es un control constitucional y de legalidad frente a la sentencia de segunda instancia, pero también lo es que en la forma como la Sala resuelve el tema, genera para el procesado consecuencias que se concretan que frente a la Corte, se quedó sin poderse defender frente al cargo por el cual fue condenado, en la medida que la forma como la Sala construyó la sentencia no pudo ser discutida ni planteada por los actores en casación, porque no corresponde de ninguna forma a las razones y argumentos así como postura jurídica establecida como probada por el Tribunal en la sentencia, lo que en concepto de quienes aquí disintimos de la posición mayoritaria de la Sala, genera una vulneración al Derecho de defensa, en la medida que no fue frente a un comportamiento de naturaleza activa que se defendió.

El General (r) ARIAS CABRALES no fue condenado por una conducta de naturaleza “activa” por parte del Tribunal y la demanda solo se estructura a partir de lo que establece como probado la Corporación, de lo contrario implicaría poner al actor a imaginar cual será la postura que va a adoptar la Corte, para por esa vía presentar argumentos

⁹⁹ Folio 247 de la sentencia de Casación.

para desvirtuarla, aunado a que si no ajusta el libelo a los hechos probados por el Tribunal la misma como ya lo indicamos sería inadmitida.

En lo que concierne al derecho de Defensa, se deben tener en cuenta las dos vertientes. No solo es una garantía sino medio de defensa al punto que su vulneración permitió en su momento pensar en una nulidad constitucional por violación del artículo 29 de la Constitución.

Derecho de Defensa que es pleno en la Constitucional y que además exige como lo señala el artículo 6 del Código penal que la favorabilidad se aplica sin excepción. Ello implica defender de los cargos que se hacen y en el proceso existen diferentes etapas procesales, siendo fundamental la indagatoria, donde se le hace cargo por hacer.

El Código Penal en su artículo 25 señala dos categorías distintas de la Conducta, por hacer y no hacer, y ello envuelve que la estructura de la misma es adversa, lo que implica que los hechos que son materia de defensa son distintos en la acción y en la omisión. Si se condena por unos cargos distintos de los que fueron materia de ella se asalta la posibilidad de defenderse de los mismos.

Además, se olvida cuál es la verdadera naturaleza jurídica del recurso extraordinario de casación que, como ha dicho la doctrina más calificada,

tiene una función predominantemente parcializada en el sentido de que principalmente tiende a defender los intereses y derechos de las partes procesales (*ius litigatoris*), aunque es cierto que con él se consigue una clara función de protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico (nomofilática) y unificadora de la jurisprudencia en la en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (*ius constitutionis*)¹⁰⁰.

La falta de congruencia se presenta desde dos puntos de vista, la calificación tiene que ser consecuencia de los hechos. Ese problema de incongruencia es un yerro *in procedendo* que rompe la estructura del proceso y se traduce en el rompimiento del principio de legalidad y en violación del derecho de Defensa y debido Proceso.

En el caso en estudio, la Fiscal 4 Delegada ante la Corte Suprema de Justicia profiere Resolución de Acusación, como autor responsable del delito de Desaparición Forzada.

Por su parte la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, decide condenar al General como coautor mediato, en comisión por omisión, en aparatos organizados de poder a través de una estructura ilícita conformada en la Brigada XIII y finalmente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, decide condenar como coautor, señalando a folios 242 y 243, concretamente lo siguiente:

¹⁰⁰ Víctor Moreno Catena y Valentín Cortés Domínguez: *Derecho Procesal Penal*, 9ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pág. 638.

El discurso elaborado por el Tribunal para imputarle al general acusado la desaparición de personas a título de “autor mediato por omisión en aparatos organizados de poder”, deduciéndola de la infracción de un deber a su posición de garante –elemento que no es un supuesto autónomo de autoría–, por haber omitido como jefe de un aparato organizado de poder “ad hoc”, los deberes inherentes a su función frente a la decisión de sus subalternos de ocultar a los sospechosos y retenidos, es equivocada y contraria a la evidencia... la conducta atribuida al general Jesús Armando Arias Cabrales es una manifestación del conflicto armado. Eso, sin embargo, no significa que la única manera de atribuirle el resultado al autor sea recurriendo a la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder por razón de esa situación.

A su turno, la Sala de Casación Penal a la luz de su discurso lo entiende como “coautor”, cuando afirma a folio 247:

Todo ello explica que el general Jesús Armando Arias Cabrales, al participar de toda esa compleja operación militar ejecutada por él y por sus subalternos, no omitió su deber, sino que actuó como coautor, pues concurren en su caso dos elementos esenciales de este tipo de imputación: un elemento objetivo expresado en el aporte a la comisión de la conducta con dominio funcional del hecho en la fase ejecutiva y subjetiva que se refleja en la exteriorización de la voluntad con base en el acuerdo o en la decisión común, como se probó (artículos 23 del Decreto 100 de 1980 y 29 de la Ley 599 de 2000).

Con ello, sin duda, se varió el supuesto fáctico y vulneró el derecho de defensa, lo que torna en nula la actuación, por lo cual se ha debido casar el fallo y dictar uno de reemplazo. Este cargo interpuesto por la defensa del condenado fue, no obstante, desechado para afirmar que en el caso, como se indica a folio 251, se observa es una verdadera coautoría:

Al aclarar, entonces, que la condena es como coautor y no como autor mediato por omisión en aparatos organizados de poder, la Corte guarda el necesario equilibrio entre acusación y sentencia, y adjudica la norma que corresponde a la situación fáctica, por lo cual no puede existir ninguna disfunción entre la acusación como acto condición y el fallo que se dicta, sobre todo si la solución que se adopta no desconoce el derecho de defensa del acusado, ni agrava su situación judicial.

En este punto, quienes aquí disintimos de la posición mayoritaria, estimamos que la Congruencia implica, que el contenido de la sentencia respete el contenido de la acusación, tanto en los facticos, esto es los hechos que son materia de la acusación, deben ser los mismos hechos que son materia de la sentencia, en lo personal o subjetivo, lo que implica que a la persona que se acuse es a la misma que se dicte sentencia y en los jurídicos, que implica el respeto a la denominación jurídica que se le da a los hechos, pero además que cuando se acusa por una conducta y se dicta sentencia por otra si se puede desconocer el derecho de defensa, en la medida que los elementos dogmáticos de la autoría, no son los mismos que los de la coautoría.

Resulta discutible que se argumente que no se desconoce el derecho de defensa, ni se agrava su situación judicial, porque los elementos dogmáticos y estructurales de la figura por la que se acusa es distinta a aquella por la que fue condenado, pero además porque, aunque la pena puede ser la misma, no deja de hacer incongruente una sentencia, es cierto que la pena no varía, pero también lo es que la estructura de las figuras es diferente, es decir, la congruencia no está determinada porque se imponga una pena mayor que la que fue materia de acusación, puede ser la misma, pero si la estructura de sus figuras es sustancialmente distinta se rompe con la misma.

Comentario

El fallo objeto de análisis y el Salvamento de Voto.

La Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala de Casación Penal, expidió la sentencia fechada el día 23 de septiembre de 2019, por medio de la cual dispuso no casar la providencia de segunda instancia que había sido dictada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, hace ya poco más de cinco años, en contra el general *Jesús Armando Arias Cabrales* como coautor del delito de desaparición forzada de personas en la toma del Palacio de Justicia del seis y siete de noviembre de 1985. La pieza procesal fue expedida por tres magistrados titulares y cinco conjuces –dos de los cuales salvaron su voto–, todo ello en atención a que los demás magistrados titulares se declararon impedidos. Aquí, dada la importancia del asunto, no se publica la sentencia sino el Salvamento de Voto suscrito por los dos conjuces que disintieron de la mayoría.

Unos crímenes que no pueden ser olvidados.

A no dudarlo, las atrocidades cometidas en el interior del Palacio de Justicia –tanto por los miembros del entonces llamado movimiento M-19 y las fuerzas del orden que pretextaban “recuperar la democracia”– los días seis y siete de noviembre de 1985 son inenarrables, como se desprende del hecho de que en total hayan muerto 94 personas entre las cuales se encontraban los más preciados magistrados de la Corte Suprema de Justicia, encabezados

por el presidente Alfonso Reyes Echandía. Además, se cometieron plurales desapariciones forzadas, aunque con el correr de los años se han identificado algunos de los cadáveres de quienes se daban por esfumados; una verdadera carnicería que hizo tambalear las instituciones y permitió que los violentos arrodillaran a la sociedad entera.

Desde entonces, la administración de justicia –casi moribunda– perdió su rumbo y emprendió los caminos del despenadero institucional, para caer en la más absoluta descomposición ética, académica y profesional. Ahora, en vez de entregarse a la sagrada tarea de dispensar justicia, muchos de sus magistrados se dedican al clientelismo, la consecución y el reparto de puestos para sus amigos, los viajes de placer, las comilonas, y, como se ha evidenciado en ciertos casos, conforman verdaderos carteles de la toga que compran y venden sus decisiones al mejor postor, en medio de una descomposición generalizada –la misma que también invade a las demás ramas del poder público y a las clases dirigentes, por no decir que al colectivo social todo– que anuncia el caos total.

Aún así, quienes todavía tenemos memoria nunca olvidaremos las imágenes –siempre presentes– del Palacio de Justicia ardiendo en llamas y derrumbándose en medio del accionar de los violentos que, además, convirtieron a nuestros supremos jueces en teas humanas que todavía arden y claman por una sociedad mejor. Por supuesto, todavía retumban en los oídos las palabras sin respuesta del insigne magistrado Alfonso Reyes Echandía cuando clamaba por el cese del fuego.

El manto de impunidad que todo lo cubre.

Los alzados en armas que lideraban el funesto Movimiento 19 de abril o “M-19” (nacido, se dijo entonces, entre la comunidad universitaria como pretexto a raíz del supuesto despojo electoral sufrido por el general Gustavo Rojas Pinilla el día 19 de abril de 1970 quien, pese a haber ganado la contienda no fue declarado presidente de la República, lo que en cambio sí logró el candidato Misael Pastrana Borrero) que propiciaron la toma y

lograron sobrevivir, fueron amnistiados y se reincorporaron oficialmente a la vida civil el ocho de marzo de 1990 y, así hayan renunciado a sus confesos ideales: nacionalismo y socialismo democrático, han detentado importantes cargos en el sector público tras de su intervención en la Asamblea Nacional Constituyente que intervino en la redacción de la, ahora también herida de muerte, Constitución de 1991.

A la par, algunos de los militares que intervinieron en la retoma del Palacio fueron tardíamente procesados y hasta ahora solo uno de ellos ha sido condenado de manera definitiva; se trata del general *Jesús Armando Arias Cabrales* quien lideró la operación militar de retoma y a cuyo accionar se refiere la Sentencia de la cual salvan voto los dos conjuces arriba mencionados. Otro militar, el coronel Luis Alfonso Plazas Vega, quien había sido condenado en primera y segunda instancias a la pena de treinta años de prisión fue, finalmente, absuelto por la propia Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida el 16 de diciembre de 2015, que contó con el voto afirmativo de cinco magistrados y el salvamento de tres de ellos. Unos quince militares más también son procesados y, por lo menos dos de ellos, ya han sufrido condenas de primera instancia: el coronel Edilberto Sánchez Rubiano y el mayor Óscar William Vásquez, penados cada uno de ellos a 40 años de prisión por el Juzgado 52 Penal del Circuito de Bogotá, mediante sentencia expedida a comienzos de enero de 2016. A su turno, Iván Ramírez Quintero, Fernando Blanco Gómez y Gustavo Arévalo Moreno, fueron absueltos mediante sentencia proferida por el Juzgado 52 Penal del Circuito de Bogotá el día quince de diciembre de 2011.

En otras palabras: la justicia penal no actuó a tiempo y tampoco le dio el mismo tratamiento a quienes cometieron esos horrendos desaguisados; ausencia de administración de justicia penal, selectividad y olvido son, pues, algunas de las notas de este doloroso acontecimiento que partió en dos la historia del derecho nacional y de la vida institucional.

¿Sentencia en derecho o vindicta?

Por supuesto, cuando se lee la providencia judicial de la cual salvan su voto ambos conjuces una gran desazón recorre las entrañas porque si algo se pasea por ella es la vindicta y el aplastamiento de los principios inspiradores de un derecho penal liberal, como se muestra en seguida de la mano del escrito de los disidentes.

El principio de legalidad.

En efecto, este postulado que es el supremo límite formal al ejercicio de la potestad punitiva del Estado se transgrede cuando al militar encargado de comandar el operativo de rescate se le condenó por un delito que para la época de los hechos no estaba previsto en el ordenamiento jurídico. En otras palabras, se aplicó de forma retroactiva –y en desfavor del reo– la normatividad posterior (la Ley 599 de 2000), algo impensable en un Estado de derecho respetuoso de los pactos mundiales de derechos humanos, en cuya virtud a esa persona se le ha debido procesar por los delitos de homicidio y secuestro previstos para ese momento en el derecho positivo. No obstante, ese organismo, con el pretexto de que el delito endilgado era de carácter permanente –contra lo cual el Salvamento dirige sus certeras críticas–, desecha esa afirmación de la siguiente manera:

Para resolver el tema es indispensable considerar dos premisas: la primera, que la desaparición forzada es un delito de carácter permanente y que como tal corresponde a una criminalidad de poder, y dos, que la interpretación de la ley no es un problema de subsunción, sino de principios. Por tanto, la solución de los problemas jurídicos no puede realizarse solamente a partir de la simple coherencia lingüística de los enunciados legales, sino mediante su interpretación a partir de los principios fundantes del Estado y de la democracia, en la que la dignidad humana es un concepto esencial. Desde esta visión, el delito de desaparición forzada, como delincuencia de poder, se debe entender como una transgresión a la ley "no de sujetos individuales, sino de poderes desenfundados y absolutos, que se caracterizan también por una pretensión de impunidad" (*Ferrajoli, Luigi, Principia Juris, Teoría del derecho y la democracia. Tomo II, Pág. 365*). Por lo tanto, adecuar la conducta al delito de secuestro, en este caso no refleja la real dimensión que la interferencia de dicho comportamiento causa a los

fundamentos democráticos del Estado democrático y de la justicia; a los valores supremos de los derechos humanos, ni a los bienes jurídicos que ese tipo penal protege. Tampoco el delito de secuestro involucra el derecho que tienen quienes son aprehendidos por fuerzas del Estado a ser juzgados por autoridades legítimas, en vez de ser ocultados y despojados a la protección de la ley" (folio 83).

Y añade la providencia suscrita por la mayoría:

De lo expresado se puede concluir que la conducta de desaparición forzada se vincula directamente con el núcleo duro de los derechos humanos, y eso implica que dicho comportamiento que se atribuye al general Jesús Armando Arias Cabrales no puede ser analizado a partir del trazo lingüístico de la ley y de la interpretación formal de sus enunciados, sino desde los principios que se sustentan en los derechos humanos y en los valores de la democracia, que cuando menos desde la proclama del conjunto de naciones en 1978, le confieren sentido a la lucha contra toda forma de abusos de ese tipo por parte de quienes están en el siempre inexcusable deber de cumplir la ley y de proteger al ciudadano.

En este margen hay que aclarar que es posible que una conducta como la que se estudia, que no cesa mientras no aparezcan los desaparecidos, o mientras no se reconozca su desaparición, no haya sido suficientemente comprendida en su ilícita magnitud debido al estado del arte de la interpretación del derecho para el momento en que esa conducta se inició. Pero eso no es posible ahora cuando la axiología de los Estados se cimentan (sic) en la dignidad humana como principio, y en el reconocimiento del hombre como ser social y como valor. De manera que solo un discurso cifrado en la omnipotencia formal de la ley explica que se defienda la inexistente transgresión del principio de legalidad de una conducta que se rige por la ley de ahora –porque el delito permanece– y no por la de antes.

Por eso no es extraño que la conducta mencionada se juzgue bajo normas posteriores al año de 1985 cuando la conducta se inició –artículos 1 de la Ley 589 de 2000, que incorporó el artículo 268 A al Decreto 100 de 1980, y 165 de la Ley 599 de 2000– en tanto estas disposiciones jurídicas son coetáneas a la ejecución permanente y actual de ese comportamiento. En ese sentido, precisamente se ha pronunciado la Corte Constitucional en la sentencia C 580 del 31 de julio de 2002, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otras, en la sentencia del 26 de noviembre de 2008, Caso Tiu Tojín vs. Guatemala... De manera que, en esas condiciones, la transgresión del principio de legalidad que a manera de infracción al debido proceso se alega como causal de nulidad, es formal y materialmente inaceptable (folios 87-88).

Naturalmente, contra esas reflexiones endereza el Salvamento de Voto toda su argumentación para controvertirlas y mostrar que el principio de

legalidad es el supremo límite formal al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, cosa que también sucede en el ámbito del derecho internacional y que el mismo no se puede pisotear con el argumento de que en este último escenario es “flexible”. A tal efecto, como bien lo muestra el texto transcrito, los dos magistrados disidentes acuden a la doctrina nacional e internacional, al derecho positivo y a la jurisprudencia tanto nacional como extranjera. Por eso, son atinadas sus consideraciones cuando aseveran que “no resulta válido que en el caso en estudio se acuda a una norma penal que no existía para el momento de los hechos” porque ello “trae como consecuencia que se transgreda el principio aquí referenciado”; es más, de forma clara exponen:

[...] no se trata de determinar si el principio de legalidad es flexible o prevalece sobre otros preceptos que convergen en el proceso penal, la tarea del operador judicial es desentrañar con precisión cual es el derecho que se correlaciona con ese principio de manera que se encuentre la fórmula aplicable al caso, manteniendo la inalterabilidad del ordenamiento jurídico y su concepción de garantía alrededor del procesado.

Es más, estamos de acuerdo con el Salvamento cuando señala que “es clara la inexistencia para el año de 1985 del tipo penal de desaparición forzada, no así la de descripciones de comportamientos como el del secuestro y el homicidio”.

No se trata de delitos de lesa humanidad.

Según la providencia mayoritaria los hechos objeto de análisis deben ser considerados como delitos de desaparición forzada ubicados como de lesa humanidad. Contra esa conclusión se levanta con toda razón el Salvamento de Voto y con argumentos que no dejan lugar a discusión alguna, sobre todo porque están apuntalados en el derecho internacional, en la jurisprudencia de tribunales nacionales y extranjeros, en la doctrina y en el propio derecho positivo. Con esos puntos de partida, para poderle atribuir a un determinado comportamiento ese calificativo propio del derecho internacional, se deben reunir cuatro notas: generalidad, sistematicidad, conocimiento del ataque y, añádase, sujeción a cierta política dirigida a la población civil; basta leer el

artículo 7° del Estatuto de Roma incorporado al derecho positivo mediante Ley 742 de 2002, para corroborarlo: “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por «crimen de lesa humanidad» cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”.

Así las cosas, razón le sobra al Salvamento al desechar esa calificación y afirmar que ella “desconoce los elementos configurativos desarrollados tanto en el instrumento supranacional como en las posiciones jurisprudenciales que esta misma Corporación, así como el máximo tribunal constitucional, han establecido” en estas precisas materias.

La prueba ilícita.

Así mismo, así el Salvamento no aborde el asunto, la condena se edificó sobre evidencias obtenidas sin el apego a la Constitución y a la Ley porque tampoco se respetó el principio de legalidad de la prueba; por ello, por arte de birlibirloque (véase folios 186 y ss.) las grabaciones ilícitas hechas por un radioaficionado terminaron constituyéndose en los dedos acusadores contra el sentenciado, pese a que en el contexto de la normatividad que hoy dice aplicar con toda claridad –y el planteo también era válido a la luz de la Constitución derogada– se dispone en el artículo 29-5 de la Constitución Nacional que “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación al debido proceso”. Al respecto, se razona de la siguiente manera pretextando la utilización de un análisis basado en el método de la ponderación:

De otra parte, las grabaciones son el resultado de una conducta lícita, de la captación autorizada de señales incidentales, un comportamiento amparado por la ley; una actuación de particulares y no de servidores públicos, situación que adquiere una relevancia importante en el juicio de ponderación a la hora de determinar la licitud o ilicitud del medio probatorio... la gravedad de la conducta, tanto la de quienes realizaron el ataque al Palacio de Justicia, como la que se atribuye a los oficiales de la fuerza pública, propia de un grave atentado a los Derechos Humanos, imponen en este caso que el derecho a la verdad y a la no impunidad, que es en lo que consiste la justicia material desde este ámbito, primen sobre la formalidad de la orden judicial previa,

mas aun si se asume que con esa actuación no se creó un estado de indefensión para el procesado, en cuanto pudo objetar su contenido en el proceso, sin hacerlo. De modo que *las comunicaciones así obtenidas no afectan el núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso y, por el contrario, los valores que están en conflicto legitiman la validez de la prueba que el juzgado y el Tribunal apreciaron, solución a la que se puede llegar, en este caso, según se ha indicado, desde cualquiera de los tres sistemas que se han puesto de manifiesto, aunque el sistema de la ponderación, por lo indicado, lo resuelve satisfactoriamente* (folios 197-198-199).

Como es obvio, semejante manera de enfocar el asunto comporta –una vez más– la vulneración del principio de la legalidad de la prueba y el reconocimiento de pruebas ilícitas al interior del proceso penal así se acuda a argumentos amañados para justificar semejante transgresión al programa penal de la Constitución.

La incongruencia entre la acusación y la sentencia.

Lo anterior, sin olvidar que –entre otras violaciones del debido proceso– hubo una evidente incongruencia entre la acusación y la sentencia; en efecto, la Fiscalía acusó al imputado Arias Cabrales como “coautor impropio” del delito de desaparición forzada [el día El 9 de marzo de 2009, la Fiscalía lo acusó como “coautor mediato del delito de desaparición forzada agravada” (artículos 165 y 166 de la Ley 600 de 2000)]; a su turno, el 28 de abril de 2011, el Juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá, lo condenó como “autor mediato a través de aparatos organizados de poder” del delito de desaparición forzada agravada, en “concurso material” por tratarse de once personas desaparecidas. Luego el Tribunal lo sentenció como “autor mediato por omisión en aparatos organizados de poder” (una figura que no existía –y todavía no está prevista– en el derecho positivo); este planteo de la segunda instancia es desechado por la Sala de Casación porque, entiende, la sentencia de segunda instancia no logró demostrar la existencia de tal aparato en el caso concreto; al respecto dijo:

El discurso elaborado por el Tribunal para imputarle al general acusado la desaparición de personas a título de “autor mediato por omisión en aparatos organizados de

poder", deduciéndola de la infracción de un deber a su posición de garante –elemento que no es un supuesto autónomo de autoría–, por haber omitido como jefe de un aparato organizado de poder "ad hoc", los deberes inherentes a su función frente a la decisión de sus subalternos de ocultar a los sospechosos y retenidos, es equivocada y contraria a la evidencia...la conducta atribuida al general Jesús Armando Arias Cabrales es una manifestación del conflicto armado. Eso, sin embargo, no significa que la única manera de atribuirle el resultado al autor sea recurriendo a la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder por razón de esa situación (folios 242-243).

A su turno, la Sala de Casación Penal a la luz de su discurso lo entiende como "coautor", cuando afirma:

Todo ello explica que el general Jesús Armando Arias Cabrales, al participar de toda esa compleja operación militar ejecutada por él y por sus subalternos, no omitió su deber, sino que actuó como coautor, pues concurren en su caso dos elementos esenciales de este tipo de imputación: un elemento objetivo expresado en el aporte a la comisión de la conducta con dominio funcional del hecho en la fase ejecutiva y subjetiva que se refleja en la exteriorización de la voluntad con base en el acuerdo o en la decisión común, como se probó (artículos 23 del Decreto 100 de 1980 y 29 de la Ley 599 de 2000) (folio 247).

Con ello, sin duda, se varió el supuesto fáctico y vulneró el derecho de defensa, lo que torna en nula la actuación, por lo cual se ha debido casar el fallo y dictar uno de reemplazo. Este cargo interpuesto por la defensa del condenado fue, no obstante, desechado para afirmar que en el caso se observaba una verdadera coautoría:

Al aclarar, entonces, que la condena es como coautor y no como autor mediato por omisión en aparatos organizados de poder, la Corte guarda el necesario equilibrio entre acusación y sentencia, y adjudica la norma que corresponde a la situación fáctica, por lo cual no puede existir ninguna disfunción entre la acusación como acto condición y el fallo que se dicta, sobre todo si la solución que se adopta no desconoce el derecho de defensa del acusado, ni agrava su situación judicial (folio 251).

Naturalmente, semejante cambio en la calificación tampoco tiene pies ni cabeza porque, entre otras razones, no se especifica con qué persona o personas realizó el imputado las conductas de desaparición forzada, al punto

de que –al hilo de ese razonamiento– se debe concluir que el condenado fue coautor consigo mismo. En otras palabras: una persona no puede ser declarada coautora de una conducta (o de un grupo de ellas como aquí sucede) si no se demuestra que otra u otras también la realizaron con él: hicieron un aporte mutuo, se dividieron las tareas, ese aporte fue esencial y, añádase, acordaron la realización de la conducta típica. Y, adviértase, hasta el momento en el cual se emite la sentencia definitiva el imputado Arias Cabrales era el único condenado en dos instancias, cuando han transcurrido 33 años de los lucuosos hechos.

Sobre ello, el Salvamento de Voto se ocupa de manera detenida en el apartado 6 cuando –tras ligar ese apotegma con el derecho de defensa y explicar muy bien desde el punto de vista técnico los alcances del postulado de la congruencia– advierte con toda claridad la transgresión de este axioma que es piedra angular del debido proceso; bien expresiva y, por ende, compartible en todas sus partes, es la aseveración según la cual en el caso en examen, yendo desde la acusación hasta la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal, el acusado y luego condenado “fue pasado por las diferentes formas de autoría y coautoría tanto por vía de acción u omisión, como si dogmáticamente fueran las mismas, lo cual termina generando consecuencias complejas frente al derecho de Defensa”.

Se jugó, pues, en medio de una pobreza dogmática asustadora y de una confusión conceptual sin límites, a una especie de “totogol” jurídico –para recordar un antiguo juego de azar en materia de apuestas futbolísticas– como si de por medio no estuviera la seguridad jurídica de los procesados y no existiera en la Constitución, la ley y los instrumentos internacionales, un amplio catálogo de garantías que nunca puede ser desconocido como aquí ha sucedido de forma increíble y vergonzosa. Por ello, pues, queda por lo menos para la historia de los ultrajes judiciales la siguiente aseveración de los conjuces que debe rescatarse: “Con ello, sin duda, se varió el supuesto fáctico y vulneró el derecho de defensa, lo que torna en nula la actuación, por lo cual se ha debido casar el fallo y dictar uno de reemplazo”.

Los problemas de competencia: el irrespeto al principio del juez natural.

También, parece evidente que a la luz del derecho entonces vigente –la sentencia lo desconoce para utilizar el derecho positivo que cree aplicable– al general condenado lo ha debido investigar su propio juez natural, que no era otro que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia; sin embargo, tal punto de partida se desechó con el argumento de que la desaparición forzada de personas es un delito de carácter permanente que todavía se continúa cometiendo; obsérvese:

No es así. Ese argumento parte de una concepción estática de la conducta que se juzga y del derecho. Reduce la problemática a lo acontecido los días 6 y 7 de noviembre de 1985, a las denominadas "toma" y "retoma" del Palacio de Justicia, y por eso su tesis gira alrededor de la idea que se juzga lo que ocurrió en ese momento y no lo que sucedió después; hasta ahora. Ese planteamiento, incluso, le permite afirmar mediante un curioso vuelco conceptual, que la norma que rige es la Carta de 1886 y no la Constitución de 1991, en la que se plasmó un modelo de justicia con marcado énfasis en la dignidad y los derechos humanos, mediante un cambio en el que a la triada Estado, Sociedad, Individuo, propia del modelo demoliberal, se le opuso la de Individuo, Sociedad, Estado, base de una nueva y sustancial configuración del derecho y de la justicia como valor.

En ese orden, la defensa no tiene en cuenta que *el delito que se le imputa al general Jesús Armando Arias Cabrales es un comportamiento de conducta permanente que se inició el 7 de noviembre de 1985 y que traspasó el umbral de la antigua Constitución, lo que permite que pueda ser valorado bajo las reglas de un nuevo orden político en el que la razón de Estado cede a la dignidad humana, y bajo un sistema normativo que incorpora a nivel interno, sin necesidad de cláusulas adicionales, los tratados sobre derechos humanos como base de la acción estatal y de la interpretación del derecho* (folios 75-76).

Y se añade:

La definición de dicha conducta en esos términos permite sostener que si bien la misma, causalmente, podría estar vinculada con el servicio, no lo está en el marco de la función; causalmente puede encontrarse relación entre una y otra, mas nunca una relación de imputación jurídica entre ese tipo de comportamientos y el servicio. Por lo mismo, la competencia para juzgar al oficial no puede radicar en la Justicia Penal Militar, ni en la Corte Suprema de Justicia, investida para investigar y juzgar única y

excepcionalmente conductas relacionadas con la función, con el fin de preservar el fuero como garantía institucional y no personal (folio 78).

Al respecto resultan de nuevo certeras las consideraciones que hace el Salvamento en el acápite 4 (intitulado como “ausencia de juez natural”), cuando pone de presente que al condenado se le debió respetar su condición de aforado no solo como general de la República sino, al momento de los hechos, como comandante de la Brigada XIII. Eso se desconoció de forma palmaria y la condena se edificó de nuevo sobre el vacío conceptual y los artilugios.

La Corte no casa la sentencia atacada, pero en realidad sí “casa”.

Como acorde con un modelo mixto que mucho debe a las construcciones españolas e italianas, el recurso de casación le permite al tribunal competente –acorde con unas causales específicas– ordenar la reposición del procedimiento por violaciones cometidas durante el trámite y él está facultado para decidir sí, al casar la sentencia impugnada por vicios en la misma, se reenvía el asunto al juez de la causa para que pronuncie un nuevo fallo, o bien, si considera que se cuenta con los elementos suficientes, puede dictar la sentencia de fondo con lo que incluso se sustituye al propio juez sentenciador, extraña el comportamiento observado por la Sala de Casación conformada para resolver el asunto en estudio. En efecto, ese organismo después de resolver “NO CASAR la sentencia recurrida” (folio 252), decide lo siguiente:

Con las precisiones indicadas en la parte motiva de esta decisión, que están dentro del giro de interpretación de la sentencia de primera instancia, *la Sala no casará el fallo. Precizará, simplemente, como se indicó, que la condena es como coautor de la conducta de desaparición forzada y no como autor por omisión en aparatos organizados de poder* (folio 251).

Dicho de otra manera: se volvió a cambiar la imputación, sacrificando el principio de congruencia, y para acabar de ajustar se desconoció de manera flagrante el derecho de defensa del condenado; es más, ese cambio de impu-

tación es completamente arbitrario e inmotivado desconociendo la obligación de motivar las decisiones judiciales. Al respecto, recuérdese lo dicho por la Corte Constitucional (Sent. T-214/2012:

La motivación de los fallos judiciales es un deber de los jueces y un derecho fundamental de los ciudadanos, como posición jurídica concreta derivada del debido proceso. Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. La incidencia de los derechos fundamentales en todas las áreas del derecho y la obligación de los jueces y operadores jurídicos de aplicar las reglas legales y/o reglamentarias solo en la medida en que sean conformes con la Carta Política (aspectos conocidos en la doctrina constitucional como efecto irradiación, interpretación conforme y carácter normativo de la Constitución) exigen del juez un ejercicio interpretativo calificado que dé cuenta del ajuste entre su interpretación y los mandatos superiores, y que le permita, mediante el despliegue de una argumentación que tome en cuenta todos los factores relevantes, administrar el pluralismo de los principios constitucionales.

Y se agrega:

La motivación es un derecho constitucional derivado, a su vez, del derecho genérico al debido proceso. Esto se explica porque solo mediante la motivación pueden excluirse decisiones arbitrarias por parte de los poderes públicos, y porque solo cuando la persona conoce las razones de una decisión puede controvertirla y ejercer así su derecho de defensa. En el caso de los jueces de última instancia, la motivación es, también, su fuente de legitimación democrática, y el control ciudadano se convierte en un valioso medio para corregir posturas adoptadas en el pasado y eventualmente injustas o poco adecuadas para nuevas circunstancias jurídicas y sociales.

Así se desprende con toda claridad de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, incorporada al ordenamiento mediante la Ley 16 de 1972 y por vía de la figura del bloque de constitucionalidad previsto en el artículo 93 de la Constitución Política, en sus artículos 8 y 25; a este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Sentencia del 1 de julio de 2011, caso Chocrón Chocrón *vs.* Venezuela, parágrafo 118), expresa:

Sobre este deber de motivar las decisiones que afectan la estabilidad de los jueces en su cargo, la Corte reitera su jurisprudencia en el sentido que la motivación "es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión". El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por tanto, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las "debidas garantías" incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso.

Otro tanto cabe decir cuando se examina el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o Pacto de New York, incorporado al ordenamiento mediante la Ley 74 de 1968 y que, por ende, también forma parte del bloque de constitucionalidad. Añádase que, en el derecho interno, ese deber de motivar las decisiones judiciales —en especial las sentencias— se desprende de los artículos 29 y 228 de la Constitución; en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, artículo 55; en el Código General del Proceso de artículos 176 y 280; y, además, se infiere de todo el entramado normativo contenido en la Ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal vigente. Se trata, pues, de una garantía que no puede ser menoscabada en ningún caso.

Además, se olvida cuál es la verdadera naturaleza jurídica del recurso extraordinario de casación que, como ha dicho la doctrina más calificada, "tiene una función predominantemente parciaria en el sentido de que principalmente tiende a defender los intereses y derechos de las partes procesales (*ius litigatoris*), aunque es cierto que con él se consigue una clara función de protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico (nomo-

filática) y unificadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (*ius constitutionis*)” (Víctor Moreno Catena y Valentín Cortés Domínguez: *Derecho Procesal Penal*, 9ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pág. 638).

Estas son, pues, las consecuencias de la utilización del método de la ponderación y de la decisión de los casos de la vida real solo con base en principios. Dicho de otra forma: la que se llama aplicación de la justicia material termina siendo una verdadera injusticia material.

Una amarga conclusión.

En fin, llegados a esta instancia de la presente reflexión queda claro que también los osados jueces de la República que suscriben la providencia en examen cometieron atropellos injustificables desde la perspectiva de un Estado de derecho, con uno de los inculcados por ese bárbaro baño de sangre; por ello, la legalidad vigente queda absolutamente entredicho y se abren las puertas para que, en adelante, la utilización de los mismos criterios posibilite el empleo de unos baremos muy distintos a los existentes para administrar justicia. Pese a ello, y para fortuna del pensamiento democrático que apunta la una judicatura respetuosa de la seguridad jurídica, el Salvamento de Voto tuvo la valentía de reivindicar el ideario demoliberal y las garantías penales.

En fin, esto corrobora el aserto inicial: tras la toma y la retoma del Palacio de Justicia todo el orden jurídico quedó despedazado y la administración de justicia perdió su rumbo; esos caminos, tal vez, nunca podrán ser recuperados de nuevo, la sentencia que hoy se comenta es una muestra palpable de ello. Por eso, en esta oportunidad se debe llamar la atención sobre el valeroso Salvamento de Voto de los dos conjueces quienes –por lo menos– plasmaron un respetuoso disenso e hicieron un llamado a que las sentencias penales no se vuelvan ejercicio de la vindicta pública y sean, de verdad, actuación del poder punitivo del Estado en el marco de una organización social y democrática. Eso solo, pues, justifica publicar aquí tan valerosa pieza procesal.