



## Siguiendo el conflicto: hechos y análisis de la semana

### Número 44/ 30 de junio de 2006

#### Las penas de la Corte

Las recientes afirmaciones del magistrado Araujo sobre cambios en la decisión de la Ley de Justicia y Paz de la Corte el pasado mes de mayo reabrieron el debate sobre el contenido y el alcance de una sentencia que aún no se conoce. Más allá de las repercusiones que puedan tener las "revelaciones" del magistrado Araujo la pregunta es: ¿cuáles serán las penas para los paramilitares que ya tienen condenas? Todo indica que en términos prácticos el resultado será el mismo: los paramilitares no pagarán más que la pena alternativa. Pero la manera como se determine esa pena marcará toda la diferencia entre justicia e impunidad.

- El pasado miércoles 14 de junio el magistrado de la Corte Constitucional Jaime Araujo Rentería afirmó en una rueda de prensa que la decisión sobre una de las demandas contra la Ley de Justicia y Paz (Ley 975/05), anunciada casi un mes atrás por el presidente de la Corte, Jaime Córdoba Triviño, había sido modificada<sup>1</sup>. Según Araujo, entre los dos comunicados de la Corte que informaron sobre la decisión -el primero del 18 de mayo y el segundo del día siguiente- se presentaron cambios significativos en la decisión, motivados en su opinión por las reacciones adversas de la cúpula de las autodefensas al fallo. Araujo dijo: "Entendí que lo que la Corte había decidido fue lo que inicialmente se dijo, ¿qué pasó luego de esas declaraciones del señor 'Báez'? ¿qué reuniones hubo por fuera de la sala? ¿quiénes se reunieron para el segundo comunicado?"<sup>2</sup> (junio 14).

- El primer comunicado sobre una de las demandas contra la Ley de Justicia y Paz, que sólo contenía la parte resolutive de la sentencia C-370, confirmaba la decisión de la Corte sobre la Ley 975 -ya declarada exequible en la decisión del 25 de abril de 2006<sup>3</sup>-, pero añadía una serie de decisiones de inexecutable sobre varios artículos o partes de ellos, en especial sobre el art. 20, "Acumulación de procesos y penas". Al respecto el comunicado anunció de manera escueta la decisión de la Corte

de "declarar exequible el artículo 20, por los cargos examinados, salvo la expresión "pero en ningún caso la pena alternativa podrá ser superior a la prevista en la presente ley", que se declara inexecutable"<sup>4</sup>. En rueda de prensa ese mismo día (mayo 18) el magistrado Córdoba afirmó: "Si antes del proceso de paz alguien fue condenado por un delito como homicidio de persona protegida (por ejemplo, miembros de grupos étnicos) y recibe una pena de 40 años, y con posterioridad se somete a la Ley de Justicia y Paz y confiesa otros de sus delitos, y recibe una condena de cinco años, esa persona pagará una pena efectiva de 45 años"<sup>5</sup>.

- La mañana siguiente (mayo 19) el magistrado Córdoba explicó en más detalle en dos entrevistas radiales el alcance de esas declaraciones: "las condenas impuestas por delitos cometidos con anterioridad al proceso de desmovilización y cuyas sentencias se hubieren proferido con anterioridad a este proceso, es decir, que la acción de la justicia no contó con la colaboración, la presencia, la confesión, la entrega de bienes de estas personas, para la Corte es absolutamente claro que estas condenas se deben cumplir tal como fueron impuestas. Desde luego esa persona por razón de otros delitos podrá someterse y acogerse a los beneficios de la nueva ley, pero en ese caso operará el fenómeno de la acumulación jurídica de las penas que establece el código de procedimiento penal ordinario. Es decir, no desaparecen como lo preveía la ley las condenas anteriores, sólo aquellas que se produzcan con ocasión del cumplimiento de esta ley"<sup>6</sup>. Explicación que luego repitió con un matiz adicional: "en relación con los delitos anteriores respecto de los cuales la justicia penal profirió una condena y fueron procesos que se adelantaron sin que la persona se haya sometido a la justicia, ni haya confesado, ni haya entregado los bienes, ni haya garantizado la reparación de las víctimas; en criterio de la Corte esas condenas anteriores estaban por fuera del marco y la previsión de la ley 975 y de sus presupuestos constitucionales, y en ese caso lo que se aplica es

la regla de la acumulación jurídica de penas que establece el Código de Procedimiento Penal, es decir que no se borra la condena anterior”<sup>7</sup> (mayo 19).

- Esa misma tarde, la Corte emite un segundo comunicado firmado por el magistrado Córdoba, que explica con mayor detalle los alcances de la decisión. Sobre el art. 20 dice:

“[la Corte] declaró inconstitucional la parte final del inciso segundo del artículo 20 en el segmento que eliminaba completamente las condenas impuestas por hechos delictivos cometidos con anterioridad a la desmovilización, porque esta supresión total de la condena equivale a una afectación manifiestamente desproporcionada del derecho de las víctimas a la justicia. Lo anterior no significa que en estos casos dejen de ser beneficiarios de la alternatividad penal. De tal forma que si el desmovilizado condenado con anterioridad, se acoge a la ley 975 de 2005, y cumple todos los requisitos atinentes al respeto de los derechos a la verdad, reparación y no repetición de las víctimas, dicha condena se acumulará jurídicamente a la nueva condena que se le llegare a imponer como resultado de su versión libre y de las investigaciones adelantadas por la fiscalía. Después de efectuada dicha acumulación jurídica, se concederá el beneficio de la pena alternativa de 5 a 8 años en relación con la pena acumulada si se cumplen los requisitos de la ley 975 de 2005”<sup>8</sup>.

- Los comunicados al parecer motivaron -un mes más tarde- la reacción del magistrado Araujo, quien sostuvo en entrevista radial (junio 15) que “la Corte ha tenido por lo menos dos reuniones y en las dos reuniones he dicho muy claramente, se lo he dicho al presidente de la Corte, a los magistrados de la Corte, que lo que yo entendí de la votación y bajo el entendido que yo voté en el momento que voté, era que lo que él primeramente dijo era la verdad”<sup>9</sup>. A lo que luego añadió “una equivocación en ese tema no es una equivocación casual ni cualquiera. Eso es lo que yo he dicho, que yo entendí, por lo menos yo voté bajo el convencimiento de lo que dijo primero el presidente de la Corte y no lo que dijo después”<sup>10</sup>.

- A su vez, el presidente de la Corte afirmó ese mismo día mediante un comunicado que la reacción del magistrado Araujo se debía a una serie de decisiones al interior de la Corte que no fueron de su agrado, y que por ello “deplora las declaraciones públicas del Magistrado Jaime Araujo Rentería, resultado de su estado de ánimo e inconformidad por la decisión de la Sala Plena tomada el día de hoy que lo obliga a participar en la Sala de revisión de Tutela que él preside con el nuevo Magistrado Dr. Nilson Pinilla...Llama la atención

que pasado mucho tiempo de las decisiones que ahora cuestiona el doctor Araujo, sólo ahora decida hacer tales manifestaciones públicas a propósito de una decisión de la Sala no compartida por él, pero respecto de las cuales no hizo en su momento ninguna declaración a los medios de comunicación coincidente con las del día de hoy. La Corte enfáticamente señala que las afirmaciones del Magistrado Araujo, contradicen gravemente la verdad de lo que la Sala Plena ha decidido en las oportunidades respectivas, situaciones que han ratificado sin vacilación los restantes integrantes de la Corte y consta en las actas respectivas, cuyo texto podrá ser verificado por cualquier persona en su oportunidad. En relación con la ley de “Justicia y Paz” la Corte reitera que la decisión comunicada a la opinión pública fue la que adoptó la mayoría de los Magistrados en las sesiones correspondientes”<sup>11</sup>.

- En su momento, la publicación de la parte resolutive del fallo provocó una fuerte reacción de los jefes paramilitares y el propio Gobierno. Según Cambio, el mismo día del anuncio (mayo 18), todos los miembros del Estado Mayor de las autodefensas -con excepción de “Jorge 40”- y voceros del gobierno -el Ministro del Interior y de Justicia Sabas Pretelt y la Viceministra de Justicia Ximena Peñafort- se reunieron en Medellín “para afrontar un conato de crisis porque los jefes paramilitares habían recibido información proveniente de algunos abogados en el sentido de que la Ley de Justicia y Paz sufriría un revés en la Corte”<sup>12</sup>, afirmación que negaron los asistentes a la reunión<sup>13</sup>.

- Al día siguiente, el Ministro del Interior explicó su reacción al comunicado: “lo único que puedo decir es que estoy asombrado, estoy perplejo de lo que dicen los medios y el comunicado de prensa. No puedo tener, sino, repito, una actitud de demócrata, pero estoy francamente preocupado...Aquí hay que pegarse a la ley, a las orientaciones del señor Presidente de la República, pedir la ayuda de Dios porque es un tema muy difícil”<sup>14</sup> (mayo 19).

- Por su parte, “Ernesto Báez”, vocero de las autodefensas, dijo: “Eso es un golpe mortal para el proceso de paz, tanto éste como cualquiera que se pueda llevar a cabo en este país. Definitivamente ciertas instancias de poder no logran dimensionar el alcance de lo que representó para la historia del país la desmovilización de más de 30 mil personas. Esto es un golpe bajo, nosotros estamos sencillamente desconcertados. Algunos beneficios, tal vez los únicos que consagraba esa ley y que fueron motivo indudablemente importante para tomar la decisión de la dejación de las armas, acaban de ser cancelados abruptamente por la Corte Constitucional, que es un ente super poderoso en este país, colegislador y que no dimensionó

como ya se lo expresé la verdadera magnitud de este gesto histórico que protagonizamos nosotros en los últimos dos años"<sup>15</sup> (mayo 19). El jefe paramilitar Salvatore Mancuso asintió: "*Es inconcebible que producto de un acuerdo de paz, después de jalonar un acuerdo vaya a pagar 40 años de cárcel, más ocho años de Ley de Justicia y Paz. Creo que eso sería injusto, conmigo y con los actores del conflicto*"<sup>16</sup>.

- La reacción de las AUC fue percibida en muchos sectores como una presión indebida a la Corte. El presidente del Consejo de Estado, magistrado Ramiro Saavedra, ofreció su pleno respaldo a la decisión de la Corte y rechazó los cuestionamientos<sup>17</sup>. La propia Corte Constitucional envió una carta al Presidente Uribe mostrando su preocupación por las declaraciones de los voceros de las autodefensas, a la que respondió el Ministro del Interior. Los contenidos de ambas cartas aún se desconocen. Durante la reciente visita del Presidente a la Corte (junio 12), algunos magistrados mostraron su insatisfacción con la respuesta: "*No entendemos que el Ministro del Interior esté estupefacto por el fallo de la Corte, pero no lo esté con las declaraciones del líder paramilitar*"<sup>18</sup>.

### Análisis:

- Las recientes afirmaciones del magistrado Jaime Araujo sobre cambios en la decisión de constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz entre el primer y el segundo comunicado de la Corte el pasado mes de mayo reabrieron el debate sobre el contenido y el alcance de una sentencia que aún no se conoce. Más allá de las repercusiones que puedan tener las "revelaciones" del magistrado Araujo para el funcionamiento de la Corte Constitucional y de sus necias sugerencias sobre la necesidad de hacer públicos los debates internos -lo que evidentemente haría imposible la deliberación franca y plena en esa y cualquier corte- la pregunta es: según el art. 20, ¿cuáles serán las penas para los paramilitares que ya tienen condenas? En ningún punto de la Ley chocan de manera tan directa las exigencias de la negociación política con las exigencias de la justicia. Pero mientras que a las autodefensas sólo les importa el "qué" -el tiempo de la pena-, para la Corte, que tiene la tarea ingrata de amortiguar los efectos de una ley de excepción sobre los derechos de las víctimas y sobre el resto del sistema penal, el "cómo" es de la esencia. Todo indica que en términos prácticos el resultado será el mismo: los paramilitares no pagarán más que la pena alternativa. Pero la manera como se determine esa pena marcará toda la diferencia entre justicia e impunidad.

- En el fondo, el problema de las penas no puede sorprender: es el producto natural de intentar

construir un edificio jurídico coherente sobre los sustratos movedizos de "alternatividad" que tiene la Ley de Justicia y Paz. Por eso hay que comenzar por el comienzo y preguntar: ¿Qué son penas alternativas? La idea de alternatividad está ligada ante todo a corrientes del derecho penal que abogan por la reducción o incluso la abolición de penas carcelarias, por razones humanitarias y también porque la evidencia empírica señala que esas penas no son efectivas y que en muchos países, sobre todo en Europa, están perdiendo apoyo social. Teóricos como Luigi Ferrajoli vaticinan que "*hoy, dentro de un proyecto de humanización y racionalización penal, algunas de las actuales medidas alternativas [la reclusión de fin de semana, la libertad vigilada, etc.] y de prevención... parecen destinadas a llegar a ser las futuras penas principales*"<sup>19</sup>.

- El proyecto de la llamada "ley de alternatividad" de agosto de 2003 recogía esa idea de alternatividad, asociándola a la figura de los subrogados o beneficios penales que en el nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000) aparecen como "mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad" (Cap. 3). El primero de esos mecanismos (art. 63) es la "suspensión condicional de la ejecución de la pena". Ese ha sido desde el comienzo la piedra angular de la alternatividad en la Ley: se suspende la ejecución de la pena principal, a condición de que se cumplan unas penas "alternativas". Pero mientras que en el Código Penal se trata simplemente de un beneficio para quienes no tengan una pena impuesta de más de tres años y cumplan ciertas obligaciones (art. 63.1), en la "ley de alternatividad" se le aplicaba a personas culpables de los más graves crímenes "*cuando estén de por medio los intereses de la paz nacional*" (art. 2).

- Ahí está el origen del problema: ¿qué tipo de penas alternativas pueden "sustituir" a la pena principal? El ya difícil problema de la inconmensurabilidad entre delito y pena que tanto ha trabajado el derecho penal se agrava de manera dramática, porque ya no hay un *marco* dentro del cual se pueda ponderar una cosa con la otra: ¿qué pena alternativa corresponde a una masacre? Evidentemente ninguna. Otros elementos y condiciones tienen que entrar en juego, de manera que el *conjunto* se pueda presentar, en interés de la "paz nacional", como una "alternativa" razonable a la pena principal.

- Eso precisamente es lo que *no hacía* la "ley de alternatividad", que enumeraba en su art. 11 una serie de "penas alternativas" -"*la prohibición del derecho a la tenencia y/o porte de armas*"- que en nada se distinguían del tipo de obligaciones comunes o condiciones que impone el Código Penal (art. 65) para recibir el beneficio de la suspensión condicional de una pena de tres años -"*Informar*

*todo cambio de residencia*"; "No salir del país"-, o que en el mejor de los casos podrían parecer penas accesorias -"La inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas"; "La privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ello"- . Y las "penas alternativas" tampoco eran acumulativas. De ahí la enorme controversia que suscitó el proyecto de ley.

- El edificio estaba mal construido desde sus cimientos. Para un observador benevolente y neutral como el profesor Cornelius Prittwitz, catedrático de derecho penal de la Universidad de Frankfurt, la ley tenía "una gran mezcla entre condiciones previas de una pena alternativa, condiciones que se imponen a alguien que quiere la pena alternativa, y la misma pena alternativa" (Foro de la Fundación Ideas para la Paz, marzo de 2004). Su conclusión lapidaria: "cuando leí la ley la primera vez, tuve la impresión de que alguien pretendía que hay que cumplir mucho, y en verdad no hay mucho".

- Esos vicios de nacimiento se subsanaron parcialmente en los siguientes proyectos de ley, hasta llegar a la Ley de Justicia y Paz de junio de 2005, pero no desaparecieron. En el entre tanto y como consecuencia de la discusión nacional se introdujo en el proyecto una pena privativa de la libertad de 5 a 8 años, que aparece por primera vez en el "Pliego de modificaciones" de abril de 2004. Esa pena no respondía naturalmente a los criterios clásicos de proporcionalidad, razonabilidad, etc., pero tampoco estaba articulada en el andamiaje de la alternatividad mediante un mecanismo de "plea bargaining" que justificara el beneficio de su corta duración. Era y es un apéndice de legitimación política de la ley. Un cálculo al ojo del mínimo tolerable para el país, y el máximo para los paramilitares.

- No sorprende entonces que con ese historial se desdibuje la noción de pena en la Ley de Justicia y Paz, tanto en sus fines (ver abajo) como en su "arquitectura". En sentido estricto -y este es el punto clave-, la pena principal que recibe quien se acoge a la Ley es la pena ordinaria -los cuarenta años, si es el caso- que le impone el Tribunal de Justicia y Paz y que luego es objeto del subrogado penal. Esa es la muestra de que se ha hecho justicia, porque esa pena se mantiene. Así lo entiende el decreto reglamentario de la Ley (art. 8): "La pena ordinaria impuesta en la sentencia condenatoria conserva su vigencia durante el cumplimiento de la pena alternativa y el período de libertad a prueba". (Que por lo demás es un período de máximo doce años (art. 29), ocho de la pena y cuatro -la mitad- de libertad a prueba. En ese momento la pena principal se "extingue".)

- Sin embargo, la Ley no aclara con precisión la relación entre esa pena principal, el mecanismo

de suspensión de la pena con sus respectivas condiciones, y la pena alternativa. Lo que obliga de nuevo a preguntar: ¿qué es "alternatividad"? La Ley la define así (art. 3):

*"Alternatividad es un beneficio consistente en suspender la pena determinada en la respectiva sentencia, reemplazándola por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización. La concesión del beneficio se otorga según las condiciones establecidas en la ley".*

¿La alternatividad consiste en el "paquete" de condiciones que tiene que cumplir quien accede al beneficio de la suspensión de la pena, o en la pena alternativa que "reemplaza" la pena principal? En ocasiones el texto de la Ley parece decir lo primero, cuando presenta la pena alternativa como una de las condiciones que hay que cumplir para recibir el beneficio de la suspensión; en otras, lo segundo.

- En cualquier caso, conceptualmente es un error equiparar la pena alternativa con la pena principal. Los penalistas insisten en que las penas principales "son aquellas que se determinan legislativamente en cada tipo penal como consecuencia punitiva específica de la conducta que se define como punible"<sup>20</sup>. Claramente, la consecuencia punitiva específica "alternativa" no puede ser sólo la pena arbitraria de cinco a ocho años, sino todo el paquete de condiciones que justifican que, "con el objeto de facilitar los procesos de paz" (art. 1), se suspendan las penas ordinarias que deberían recibir quienes cometieron esos crímenes.

- La confusión sobre la naturaleza de la alternatividad es el telón de fondo ante el cual la Corte tuvo que decidir el que es tal vez el punto más delicado de la ley: ¿qué pasa con quienes se acogen al beneficio de alternatividad y ya tenían condenas? El punto es delicado porque es el lugar donde de manera más notoria chocan dos regímenes: el confuso de alternatividad y el ordinario penal. El segundo párrafo del art. 20 dice:

*"Cuando el desmovilizado haya sido previamente condenado por hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a un grupo armado organizado al margen de la ley, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el Código Penal sobre acumulación jurídica de penas pero en ningún caso, la pena alternativa podrá ser superior a la prevista en la presente ley."*

La Corte declaró inexecutable la frase subrayada. ¿Por qué? Las razones de la Corte sólo se aclararán cuando se publique la sentencia, pero hay suficientes elementos para intentar deshilar la madeja del problema, que ha sido además el

motivo de toda la controversia: si la Corte cambió o no de opinión entre uno y otro comunicado.

- Primero hay que dar un paso atrás e imaginar qué pensaron los redactores de la Ley cuando se dieron cuenta que tenían que solucionar el problema de quienes como Mancuso tenían condenas anteriores: evidentemente nadie se iba a acoger a los beneficios de la Ley si además tenía que pagar esas condenas en su totalidad. La primera reacción fue absorber tranquilamente la condena anterior a la alternatividad, que es lo que hacía el "Pliego de modificaciones" de 2004 (art. 9): *"Unificación de Procesos. Cuando en contra de una misma persona cursen diversas investigaciones o juicios, éstos se unificarán en un solo proceso en la Unidad Especial de Fiscalía para la Verdad, la Justicia y la Reparación o en el Tribunal para la Verdad, la Justicia y la Reparación, según corresponda.*

*Unificados los procesos y surtida la actuación en juicio, el Tribunal para la Verdad, la Justicia y la Reparación, dentro de los 30 días hábiles siguientes, dictará una sentencia por cada miembro del grupo armado organizado al margen de la ley de que se trate, con independencia del número de procesos en su contra.*

*En la misma providencia procederá a la unificación de la pena impuesta en ésta y las contenidas en sentencias condenatorias anteriores."*

- Luego alguien se tuvo que dar cuenta de que la solución no podía ser tan sencilla, porque se estaba violando un principio básico del derecho penal: que no se puede "acumular" a una pena ya impuesta una nueva pena por hechos posteriores. Entre otras razones, porque de lo contrario se reduciría el costo de delinquir: quien ya ha sido condenado podría sumar sus delitos futuros a su anterior "banco" de penas. Una especie de seguro de vida para el delincuente. Por eso el Código de Procedimiento Penal dice con toda claridad (art. 460): *"No podrán acumularse penas por delitos cometidos con posterioridad al proferimiento de sentencia de primera o única instancia en cualquiera de los procesos, ni penas ya ejecutadas, ni las impuestas por delitos cometidos durante el tiempo que la persona estuviere privada de la libertad"*. Al ignorar este principio se corría el riesgo de que la Corte tumbara un artículo del que dependía como de ningún otro la negociación con los paramilitares.

- La solución salomónica fue hacer referencia en el art. 20 de la Ley de Justicia y Paz al Código Penal -y por ende al Código de Procedimiento Penal-, *"se tendrá en cuenta lo dispuesto en el Código Penal sobre acumulación jurídica de penas"*, y acto seguido mandar el mensaje político a las autodefensas de que no hay que preocuparse: *"pero en ningún caso, la pena alternativa podrá ser superior a la prevista en la presente ley"*. En

efecto, lo que hicieron los redactores de la Ley fue dejarle el problema de la conciliación entre los dos regímenes -el excepcional de alternatividad y el ordinario- a la Corte.

- Toda la discusión se reduce entonces a una pregunta sencilla: ¿cómo funciona la acumulación? Hay dos opciones. La primera es hacer lo que hacía el "Pliego de modificaciones": juntar sin más bajo la óptica de alternatividad las nuevas penas con las anteriores y otorgar el beneficio. Junto con el mensaje de impunidad ya mencionado, esa solución tiene otro problema: que hace del mecanismo de acumulación un sinsentido procesal. El propósito del mecanismo es beneficiar al reo que tiene varios procesos que *podrían* ser unificados en uno, para que reciba una pena unificada -no "sumada"-, que es lo que es la "acumulación jurídica" a la que hace referencia la Ley. La condición de aplicación del mecanismo es entonces que exista un "concurso" entre los delitos, que es lo que evidentemente no es posible cuando existe una condena anterior a alguno de los delitos.

- Curiosamente, el pasado mes de febrero el Tribunal Supremo de España se pronunció sobre un caso de acumulación que toca precisamente estos dos puntos, el procesal y el de impunidad. El miembro de ETA Henri Parot, condenado a 4.799 años de cárcel por 82 homicidios, pidió que se le acumularan sus penas. El Tribunal estuvo de acuerdo, pero hizo una salvedad:

*"Únicamente se excluyen aquellos hechos delictivos que pretendan acumularse a otros que ya hayan sido objeto de enjuiciamiento, existiendo, por consiguiente, una previa sentencia firme. Este criterio cronológico es, por el contrario, firme y rigurosamente exigido por la jurisprudencia, de modo que los hechos posteriores cometidos tras una sentencia condenatoria no pueden ser, de modo alguno, objeto de acumulación a otros ya enjuiciados. Se fundamenta tan estricto criterio en razones legales (pues procesalmente nunca podrían haber sido juzgados en un proceso anterior, cerrado por la previa constitución de una relación litigiosa, que ha devenido en el dictado de una sentencia), y en razones de política criminal, pues en otro caso se crearía una verdadera patente impunidad. Dicho criterio cronológico ha sido incorporado recientemente al texto de la ley, y así, el art. 76.2 del vigente Código penal, tras la modificación operada por LO 7/2003, condiciona la acumulación de las diversas infracciones del penado al momento de su comisión, en clara referencia al expresado criterio cronológico."*<sup>21</sup>

- Además de estas barreras clásicas del derecho penal contra la acumulación de penas ya impuestas con penas por delitos posteriores, hay dos problemas más que surgen con la alternatividad. El primero es conceptual: ¿qué se acumula con

qué? Si se acumula la pena alternativa con la pena ordinaria anterior, se estarían mezclando dos cosas que no son conmensurables. Como ya se dijo, en sentido estricto la pena alternativa no puede hacer las veces de pena principal. Es sólo un componente del "paquete" de alternatividad, que es el que habría que poner al lado de la pena ordinaria. ¿Cómo tender puentes entre las dos penas?

- La otra posibilidad es que se acumule la pena principal impuesta por el Tribunal con la pena anterior y que *luego* se otorgue la pena alternativa. Pero en ese caso, *desaparecería* la pena impuesta en el nebuloso mundo de la alternatividad. Todo indica que esa fue una de las principales preocupaciones de la Corte, como lo señaló en su segundo comunicado ("*esta supresión total de la condena equivale a una afectación manifiestamente desproporcionada del derecho de las víctima a la justicia*"<sup>22</sup>).

- Desde el ángulo que se mire, es evidente que el valor *simbólico*, que desaparecería con el mecanismo anterior, es parte esencial de los *finés* de la pena. Una corriente de pensamiento penal (Jakobs) ve el valor de la pena esencialmente en su función de "estabilizar las expectativas" de la sociedad frente a las normas y promover su "fidelidad al Derecho" (la llamada "prevención general positiva", en contraste con la "negativa", que subraya el valor disuasivo de la pena). Un punto nada despreciable en el contexto de una negociación que lo que busca -o debe buscar- es precisamente un acuerdo sobre reglas de juego (ver Boletín 36).

- Otros (Feinberg) insisten de manera similar en el valor "expresivo" de la pena, que sería el matiz que la distingue de otros tipos de sanción. De nuevo un punto de no poca relevancia: la pena como vehículo para transmitir el mensaje de rechazo al delito, de acatamiento de unas reglas de juego, y de reconocimiento de las víctimas como *víctimas*. Como ha señalado en repetidas ocasiones Jaime Malamud, en sociedades donde reina la impunidad y no se aclara quién es responsable de qué, las víctimas encima de todo terminan cargando con la culpa.

- Por abstractos que parezcan estos argumentos, son fundamentales -junto por supuesto con las medidas de reparación y demás condiciones que impone la Ley de Justicia y Paz- a la hora de decidir si hay una adecuada protección judicial de las víctimas y si se ha evitado la impunidad. Que es precisamente el problema que tiene la Corte: asegurar que la Ley de Justicia y Paz esté en concordancia con su propia jurisprudencia y con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a las que no pocas veces ha hecho referencia (ver Boletín 18).

- De ahí todo el significado de la declaración de inconstitucionalidad de la última frase del art. 20. ¿Cuál es la diferencia? Al eliminar el "*pero en ningún caso, la pena alternativa podrá ser superior a la prevista en la presente ley*" la Corte parece estar diciendo no que quienes tengan condenas anteriores tendrán que pagarlas integralmente, sino que el régimen que sustentará la acumulación de penas no puede ser el de "alternatividad", sino el ordinario del Código de Procedimiento Penal. Hay que *pasar por las reglas ordinarias* para tender el puente con la alternatividad, porque de esa manera se mantiene la *identidad* de la pena anterior.

- ¿Eso qué quiere decir en términos prácticos? Que no se puede cocer todo en una misma olla y después aplicarle el beneficio. Es necesario seguir las reglas de la acumulación jurídica ordinaria, lo que obliga a respetar los *tiempos* y por ende la identidad de cada sentencia. Como la acumulación jurídica sólo tiene lugar cuando existe "concurso" de delitos -es decir, que los procesos correspondientes podrían haber sido parte de un solo proceso-, quien tenga una condena sólo la podrá acumular con hechos que confiese *anteriores* a esa sentencia. Es decir, que si el señor Pérez tiene ya una sentencia del año 2000 y confiesa en el 2006 que es culpable de delitos atroces en 1997, esos delitos podrán ser acumulados al proceso del 2000, porque *podrían haber sido considerados* en ese momento y se les aplicará la alternatividad. Si por el contrario confiesa hechos posteriores al 2000, digamos un homicidio en el 2002, ese hecho posterior *no será acumulable* con la condena anterior. Podrá recibir el beneficio de la alternatividad para ese hecho si cumple las condiciones de la Ley, pero también tendrá que pagar la condena anterior.

- Es decir, que en términos *hipotéticos* es jurídicamente posible que un paramilitar tenga que pagar una condena de 45 años: 5 de la pena alternativa y 40 de la pena anterior. Pero en términos prácticos es absolutamente improbable que ello ocurra. Por dos razones: primero porque quien se vea abocado a recibir los "45", no tiene que hacer más que confesar hechos anteriores a esa sentencia para que exista el concurso y le aplique la alternatividad. Lo que sería además un incentivo a la confesión.

- Y segundo, porque casi nadie tiene condenas y los que tienen las tienen frescas. Sólo hasta abril de 2003 un juez de Medellín condenó a Mancuso y a Carlos Castaño a 40 años de prisión por la masacre de El Aro de 1997. Mancuso podrá acumular sin problema sus otros delitos a esa condena (la única que tiene) y recibir el beneficio, porque en principio todos deben ser anteriores a esa sentencia -si cumplió con los términos del cese de hostilidades.

• ¿De dónde entonces tanta controversia? El problema ha sido fundamentalmente un problema de *comunicación*. Nada de lo que el Presidente de la Corte dijo en público (ver Hechos) es incompatible con las explicaciones aquí expuestas: cuando afirmó por ejemplo que “*las condenas anteriores estaban por fuera del marco y la previsión de la ley 975*” estaba insistiendo precisamente en que estas no pueden ser asimiladas sin más a la alternatividad y que tienen que tramitarse de acuerdo con “*la regla de la acumulación jurídica de penas que establece el código de procedimiento penal*”. Eso es todo.

• Pero evidentemente el asunto no es sencillo de explicar. El magistrado Córdoba pecó de parco en su primer comunicado, cuando los ojos de las autodefensas estaban puestos en cada una de sus palabras y de ellas dependía la continuidad del proceso. Las explicaciones posteriores tampoco sirvieron para disipar las dudas; algunas por el contrario las azuzaron, porque pocos tenían el contexto. El problema de fondo por supuesto es el mecanismo de “comunicados” que ha adoptado la Corte para cumplir con los estrechos términos de tiempo que le ha impuesto la ley -aproximadamente siete meses-<sup>23</sup> para dar a conocer sus decisiones, incluso en ocasiones en que como en ésta aún no había redactado el fallo, y que se presta a equívocos cuando los temas son complejos y los comunicados escuetos.

• Detrás de ese problema hay otro aún más hondo que no recibe suficiente atención: el absurdo *pensum* de trabajo que tiene la Corte Constitucional y que milagrosamente no tiene más efectos sobre la calidad de sus sentencias. Mientras que en 2003, por ejemplo, el Tribunal Constitucional de España produjo 207 sentencias de amparo y 19 sentencias de inconstitucionalidad<sup>24</sup>, la Corte Constitucional sacó 869 sentencias de tutela y 338 sentencias de inconstitucionalidad<sup>25</sup>. Es decir, 18 veces más. Cabe advertir que a diferencia del trámite de una tutela, que con frecuencia es asimilable a casos ya fallados, las demandas de inconstitucionalidad requieren naturalmente de largo estudio<sup>26</sup>.

• Como es sabido, parte de la explicación de esta maratón constitucional en lo que respecta a la acción de inconstitucionalidad está en que, a diferencia de lo que sucede en países como Alemania y España, donde las exigencias para “legitimar” una acción son altas -se limitan básicamente al Presidente del Gobierno, al Defensor del Pueblo y a unas docenas de senadores y diputados<sup>27</sup>-, en Colombia cualquier ciudadano puede presentar una demanda. La consecuencia es que prácticamente toda norma una vez promulgada es demandada. No sobraría aprovechar estas crisis de “comunicación” para

reflexionar sobre por qué en Colombia las acciones de inconstitucionalidad han tomado un curso tan extraño.

• Es en medio de esa maraña de demandas que la Corte Constitucional tiene que llegar a decisiones sobre los temas más delicados: la reelección, el aborto, y ahora la Ley de Justicia y Paz. Al final la Corte hizo lo que pudo para conciliar una ley de excepción -y excepcional en su construcción- con las exigencias de la justicia, al insistir en que la alternatividad no puede ser un globo suelto que se lleve todo el sistema, sino que tiene que estar amarrada a los procedimientos penales ordinarios para tener validez. Las penas de la Corte son las que son y las que siempre fueron.

#### \*Notas

<sup>1</sup> Este fallo de la Corte sobre la Ley de Justicia y Paz, corresponde a la resolución de la tercera demanda discutida, la cual fue presentada por Gustavo Gallón Giraldo y otros (Comisión Colombiana de Juristas), el 10 de octubre de 2005, contra los artículos 2, 3, 5, 9, 10, 11.5, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 31, 34, 37 numerales 5 y 7, 46, 47, 48, 54, 55, 58, 62, 69, 70 y 71 de la Ley 975 de 2005 y contra la ley en su totalidad. (Expediente No. D-6032).

<sup>2</sup> Texto del fallo sobre Ley de Justicia y Paz provocó ‘agarrón’ entre magistrados de la Corte. *El Tiempo*, junio 15 de 2006.

<sup>3</sup> Sentencia C-319/06. Magistrado Ponente Dr. Alvaro Tafur Galvis. 25 de abril de 2006. Comunicado de prensa.

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Comunicado de prensa sobre demanda contra la Ley de Justicia y Paz, Ley 975 de 2005. Expediente D-6032-Sentencia C-370/06. 18 de mayo de 2006.

<sup>5</sup> Desmovilizados analizarán fallo de la Corte Constitucional sobre Ley de Justicia y Paz. *El Tiempo*, mayo 19 de 2006.

<sup>6</sup> Entrevista de La W radio al magistrado Jaime Córdoba Triviño. La W, mayo 19 de 2006.

<sup>7</sup> Entrevista de Radio Caracol al magistrado Jaime Córdoba Triviño. Caracol Radio, mayo 19 de 2006.

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Comunicado sobre la sentencia que declaró ajustada a la Constitución la ley 975 de 2005. 19 de mayo de 2006.

<sup>9</sup> Entrevista de La W radio al magistrado Jaime Araujo Rentería. La W, junio 15 de 2006.

<sup>10</sup> Entrevista de La W radio al magistrado Jaime Araujo Rentería. La W, junio 15 de 2006.

<sup>11</sup> Corte Constitucional. Comunicado de Prensa. 14 de junio de 2006.

<sup>12</sup> “Se pierde oportunidad histórica”. *Revista Cambio*, mayo 22 de 2006.

<sup>13</sup> Entrevistas a Ernesto Báez y Sabas Pretelt de la Vega, Radio Caracol, mayo 19 de 2006.

<sup>14</sup> Entrevista de Caracol Radio al Ministro del Interior y de Justicia Sabas Pretelt de la Vega. Radio Caracol, mayo 19 de 2006.

<sup>15</sup> Entrevista de Caracol Radio a Ernesto Báez. Radio Caracol, mayo 19 de 2006.

<sup>16</sup> ‘Me mantengo en mi posición: no retomaré las armas’: Mancuso. *El Tiempo*, mayo 19 de 2006.

<sup>17</sup> Consejo de Estado rechaza críticas de las AUC sobre el fallo de Justicia y Paz. Caracol Radio, mayo 31 de 2006.

<sup>18</sup> Hoy se define futuro de proceso con ‘paras’, aseguró ‘Ernesto Báez’, vocero de los desmovilizados. *El Tiempo*, junio 14 de 2006.

<sup>19</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, Madrid 1995; p. 419

<sup>20</sup> Ver, Iván González Amado, “La punibilidad”, en *Lecciones de Derecho Penal*, Bogotá, 2002; p. 404

<sup>21</sup> Tribunal Supremo – Sala Penal; Sentencia 197/2006 de

febrero 28 de 2006.

<sup>22</sup> "Comunicado de la Corte Constitucional sobre la Sentencia que declaró ajustada a la Constitución la Ley 975 de 2005".

<sup>23</sup> El decreto 2067 de 1991 establece que desde el reparto de la demanda al Magistrado Ponente, hay 10 días para que el Magistrado ponente decida sobre la admisibilidad, 30 días de traslado al Procurador, 30 días para redactar el proyecto de fallo y finalmente 60 días para que la Corte adopte la decisión. Así, suponiendo que se decreten pruebas (10 días máximo), la Corte tiene un término de 140 días hábiles en total (aproximadamente 7 meses) desde la presentación de la demanda, para tomar su decisión. En el caso de la demanda contra la Ley de Justicia y Paz la cual fue presentada el 10 de Octubre de 2005, la decisión, tomada el 18 de mayo de 2006, estaría en el límite del cumplimiento de los términos.

<sup>24</sup> Tribunal Constitucional Español, Naturaleza y Competencias. En: <http://www.tribunalconstitucional.es/NATURALEZA.htm>

<sup>25</sup> Corte Constitucional de Colombia, Estadística Anual de Providencias. En: <http://www.constitucional.gov.co/corte/>

<sup>26</sup> Desde 1992 hasta hoy han sido radicadas 6,392 demandas de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional a un promedio de 752 demandas por año.

<sup>27</sup> La Constitución española establece en su artículo 162, quiénes se encuentran legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad; "(...) *el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.*" Por su parte la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional<sup>27</sup>, que trata el tema de manera más específica establece en su artículo 32 que "*Están legitimados para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad cuando se trate de Estatutos de Autonomía y demás Leyes del Estado, orgánicas o en cualesquiera de sus formas, y disposiciones normativas y actos del Estado o de las Comunidades Autónomas con fuerza de Ley, Tratados Internacionales y Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales: a) El Presidente del Gobierno, b) El Defensor del Pueblo, c) Cincuenta Diputados., d) Cincuenta Senadores. Para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad contra las Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía, están también legitimados los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas, previo acuerdo adoptado al efecto.*"