

Sentencia T-389-09

Referencia: expediente T-1400804

Acción de tutela instaurada por ADRIÁN ESTEBAN LÓPEZ JIMÉNEZ contra Tribunal Superior de Valledupar -Sala Penal-.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil nueve (2009).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Juan Carlos Henao Pérez y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela dictado en primera instancia por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 21 de marzo de 2006; y en segunda instancia por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 20 de junio de 2006, en el asunto de la referencia.

## I. ANTECEDENTES

### Hechos

1. El señor ADRIÁN ESTEBAN LÓPEZ JIMÉNEZ, fue condenado a 42 años y 36 meses de prisión por los delitos de Homicidio Agravado en Concurso con Porte Ilegal de Armas de Fuego de Defensa Personal, mediante sentencia del 25 de agosto de 2000, dictada por el Juzgado veintiséis (26) Penal del Circuito de Medellín, confirmada, respecto del señor

LÓPEZ JIMÉNEZ por el Tribunal Superior de Medellín mediante providencia del 30 de noviembre de 2000. En la actualidad purga la pena en comento en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario (E.P.C.A.M.S) - Valledupar, Torre # 7, identificado con TD 1267.

1. El Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Valledupar, mediante providencia del 27 de febrero de 2003, redosifica la pena del señor ADRIÁN ESTEBAN LÓPEZ JIMÉNEZ, fijándosela en 27 años y 6 meses de prisión.

1. Mediante Auto del 9 de marzo de 2005, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Valledupar, decreta la nulidad del numeral primero de la providencia del 27 de febrero de 2003, referida en el numeral anterior, declarando que la pena a cumplir por el señor LÓPEZ JIMÉNEZ, es de 26 años, 6 meses y 22 días de prisión.

1. En escritos del 25 de julio y del 22 de agosto de 2005, el señor ADRIÁN ESTEBAN LÓPEZ JIMÉNEZ, solicitó al Juez Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Valledupar, la aplicación del beneficio consistente en la rebaja del 10% de la pena, consagrado en el artículo 70 de la ley 975 de 2005 (ley de justicia y paz). (Cuad 2. Fls. 21 a 24)

1. Mediante Auto del 6 de octubre de 2005, el Juzgado de Descongestión de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Distrito Judicial de Valledupar, concedió al señor LÓPEZ JIMÉNEZ el beneficio de la rebaja del 10% de la pena de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 de la ley 795 de 2005, quedándole como pena principal a cumplir 23 años, 10 meses y 27 días. (Cuad 2. Fls. 25 a 27)

1. En escrito del 15 de diciembre de 2005, el señor LÓPEZ JIMÉNEZ solicita al Juez Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Valledupar que rectifique el reconocimiento del beneficio concedido, en el sentido de aplicar la rebaja en los términos del inciso tercero del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal. Esto es, sumar el tiempo equivalente a la rebaja al tiempo efectivamente cumplido, y no restarlo al tiempo que falta por cumplir. (Cuad 2. Fls. 28 a 30)

1. En Auto del 29 de diciembre de 2005, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Valledupar resuelve la solicitud de rectificación de la aplicación de la rebaja de la pena, corrigiéndola en el sentido de sumar el tiempo correspondiente al beneficio, al tiempo purgado. (Cuad 2. Fls. 31 a 33)

1. En escrito del 20 de enero de 2006 el Ministerio Público, a través del Procurador 177 Judicial II Penal -E-, interpuso recurso de apelación contra el auto del 29 de diciembre de 2005, por el cual se acogió la rectificación de la aplicación del beneficio solicitada por el actor. Lo sustentó en el hecho que la rebaja en cuestión estaba contenida en una disposición de la ley 975 de 2005, cuyos destinatarios son los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, respecto de la comisión de delitos durante y con ocasión de la pertenencia a dichos grupos; y, el señor LÓPEZ JIMÉNEZ no cumple con estos requisitos. (Cuad 2. Fls. 100 a 102)

1. En Providencia del 20 de febrero de 2006, el Tribunal Superior de Valledupar - Sala Penal- resolvió el recurso de apelación del que habla el numeral anterior, y revocó el otorgamiento del beneficio contenido en el artículo 70 de la Ley 975 de 2005, consistente en rebajar la pena en una décima parte, dejando vigente el Auto del 9 de marzo de 2005, en el cual el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Valledupar, declaró que la pena a cumplir por el señor LÓPEZ JIMÉNEZ, es de 26 años, 6 meses y 22 días de prisión. (Cuad 2. Fls. 14 a 19)

1. El señor ADRIÁN ESTEBAN LÓPEZ JIMÉNEZ, interpuso acción de tutela contra la providencia del Tribunal Superior de Valledupar - Sala Penal-, del 20 de enero de 2006, mediante la cual se revocó el reconocimiento del beneficio de la rebaja del 10 % de la pena establecido en el artículo 70 de la Ley 975 de 2005. Argumentó que no se aplicó adecuadamente el principio de favorabilidad y que la revocatoria del beneficio se dio a partir de la impugnación del auto que corrigió su aplicación, y no del auto que lo reconoció, cual fue el del 6 de octubre de 2005, dictado por el Juzgado de Descongestión de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Distrito Judicial de Valledupar. (Cuad 2. Fls. 1 a 10)

Pruebas relevantes que obran en el expediente.

1. Auto del 6 de octubre de 2005, el Juzgado de Descongestión de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Distrito Judicial de Valledupar, mediante el cual se concedió al señor LÓPEZ JIMÉNEZ el beneficio de la rebaja del 10% de la pena de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 de la ley 795 de 2005. (Cuad 2. Fls. 25 a 27)

1. En escrito del 15 de diciembre de 2005, en el cual el señor LÓPEZ JIMÉNEZ solicita al Juez Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Valledupar que rectifique el reconocimiento del beneficio concedido. (Cuad 2. Fls. 28 a 30)

1. Auto del 29 de diciembre de 2005, del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Valledupar, en el que se rectifica la aplicación de la rebaja de la pena. (Cuad 2. Fls. 31 a 33)

1. Providencia del 20 de febrero de 2006, del Tribunal Superior de Valledupar - Sala Penal-, que resolvió el recurso de apelación del que habla el numeral anterior, y revocó la aplicación al actor, del beneficio contenido en el artículo 70 de la Ley 975 de 2005. (Cuad 2. Fls. 14 a 19)

1. Escrito de la demanda de tutela interpuesta por el señor LÓPEZ JIMÉNEZ contra la Providencia del 20 de febrero de 2006, del Tribunal Superior de Valledupar - Sala Penal-. (Cuad 2. Fls. 1 a 10)

1. Sentencia de tutela de primera instancia, dictada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, del 21 de marzo de 2006. (Cuad 2. Fls. 109 a 135)

1. Escrito de impugnación de la tutela de primera instancia. (Cuad 2. Fls. 143 a 145)

1. Sentencia de tutela de segunda instancia, dictada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 21 de marzo de 2006. (Cuad 3. Fls. 6 a 11)

Decisiones judiciales objeto de revisión

Primera instancia

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema conoció en primera instancia de la tutela de la referencia, y resolvió negar por improcedente el amparo solicitado por el ciudadano ADRIÁN ESTEBAN LÓPEZ JIMÉNEZ. El a quo argumentó que la acción de tutela sólo procede excepcionalmente contra decisiones judiciales, ante un error manifiesto en que haya incurrido el juez al dictar la providencia que se pretende impugnar mediante dicha acción. Luego de ello, explicó que el juez que resolvió revocar la concesión del beneficio, lo sustentó en una interpretación razonable de la norma que lo contiene (art. 70 L.975/05) a la luz de los principios constitucionales. Interpretación basada por

demás, en la interpretación mayoritaria de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, contenida en el fallo del 28 de octubre de 2005.

Dicha interpretación sugiere, que al ser restringido el ámbito de aplicación de la ley que estipula la rebaja de la pena, ésta no puede aplicarse, pues desde su concepción por parte del legislador tenía como destino todos los delitos y no sólo aquellos que pretende regular la ley en cuestión; con lo que se transgrede el principio de unidad de materia. Por lo tanto, "...la rebaja de pena del artículo 70 de la Ley 975 [de 2005] no es aplicable porque tal disposición no guarda unidad de materia con el tema objeto de regulación en la denominada ley de justicia y paz."

Agregan, que como jueces no pueden hacer caso omiso al problema que plantea aplicar una norma que resulta contraria a un principio constitucional, en este caso el de unidad de materia. De este modo, su deber como jueces, a la luz de la noción y eficacia del control de constitucionalidad difuso, consiste entonces en inaplicar dicha norma, mediante el uso de la figura de la excepción de inconstitucionalidad.

## Segunda instancia

En segunda instancia, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema reiteró lo expresado por el a quo, y encontró que la providencia que revocó el reconocimiento del beneficio de la rebaja de la pena, se basó en una interpretación razonable de la norma que la estipula, distinta a la interpretación que acogió el juez que concedió el beneficio. Esto, -afirma el ad quem- no configura una vía de hecho sino una disputa hermenéutica. En consecuencia confirmó la decisión de primera instancia.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

### Competencia.

1. Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Análisis previo: acción de tutela contra providencias judiciales. Causales de procedibilidad y el requisito de configuración de un perjuicio iusfundamental.

## Reiteración de Jurisprudencia

2.- Como ya ha sido reiterado por esta Corte en numerosas oportunidades<sup>1</sup>, la acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional, cuya finalidad es proteger los derechos constitucionales fundamentales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular (Art. 86 C.P)

Si el artículo 86 dispone que el amparo de los derechos fundamentales tendrá lugar frente a cualquier autoridad pública, las decisiones que los operadores judiciales tomen en ejercicio de sus funciones también forman parte de esta categoría. No basta, entonces, mencionar los principios de seguridad jurídica y autonomía judicial, combinados con el argumento de “la potencialidad de error humano”, para negar al juez de tutela la posibilidad de determinar si en cierta actuación judicial fueron vulnerados de manera grave los derechos fundamentales del demandante. Siendo la condición necesaria, la violación o amenaza de derechos fundamentales que haga precisa la intervención inmediata del juez constitucional para contrarrestar los efectos vulneratorios de la decisión judicial en cuestión.

3.- En este sentido debe ser entendida la relación que guardan los principios de autonomía judicial (Art. 246 C.P.) y primacía de los derechos fundamentales (Art. 2 C.P.). La mayor parte de las normas constitucionales no tienen la estructura de reglas que se excluyen de manera absoluta y que fungen como premisa mayor autoevidente en la elaboración de silogismos jurídicos. Por el contrario, la estructura abierta que por regla general tienen de tales preceptos, vincula al operador jurídico con la obligación, no de encontrar una única solución al caso concreto como conclusión necesaria de una deducción, sino de realizar una labor hermenéutica de ponderación entre los contenidos normativos en conflicto y justificar, mediante la fundamentación razonable de la decisión, cómo se concilian aquellos preceptos o cómo con la solución propuesta se menoscaba en menor medida el principio que resulta derrotado. Uno de los mecanismos para conservar la integridad del principio de autonomía judicial frente a la posibilidad de tutela contra sentencias judiciales es el carácter excepcional de este tipo de amparo, al condicionar su procedibilidad a la configuración de alguno de los defectos genéricos señalados por la jurisprudencia constitucional.

4.- En procura de lo anterior, la Corte Constitucional desarrolló inicialmente la tesis de la vía de hecho en la que pueden incurrir los jueces al dictar sus fallos. Dicha postura tuvo como base que ante errores groseros y burdos en que se incurriera en una sentencia judicial, se debía proteger a los ciudadanos de lo que ello implicaba: la arbitrariedad y el capricho desprendidos de la conducta del juez. Ello se consideró como un deber del juez constitucional en los términos explicados en el acápite anterior.

5.- La referencia a la expresión vía de hecho, como forjadora de la idea de violaciones flagrantes y groseras de la Constitución, por sí sola no fue suficiente para englobar la imagen estricta de vulneración de derechos fundamentales a través de un fallo judicial. Por lo que, la Corte Constitucional matizó la utilización de la expresión en comento, presentándola como referida a derechos o principios concretos contenidos en la Carta. Así, estructuró la tesis de la vía de hecho según una tipología de defectos o vicios en los que podrían incurrir los jueces ordinarios al fallar. La vía de hecho por: "(i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental; (ii) defecto fáctico; (iii) error inducido; (iv) decisión sin motivación, (v) desconocimiento del precedente y (vi) violación directa de la Constitución.<sup>2</sup>"

6.- Empero, el desarrollo de esta tesis no paró allí. Este Tribunal Constitucional constató que el carácter arbitrario y/o caprichoso de una decisión judicial (primera etapa de la jurisprudencia en materia de tutela contra sentencias), así como la descripción de defectos concretos - en los que se concretaba la noción genérica de vía de hecho - con incidencia directa en la vulneración de derechos fundamentales igualmente concretos, en cabeza de los ciudadanos (segunda etapa), tenía como fundamento la vulneración de la Constitución y no la presentación de un caso extremo en que tal vulneración fuera grosera frente al orden constitucional, como parece sugerir conceptual y jurídicamente la dicción vía de hecho (tercera etapa).

Esto, en tanto la decisión de tutelar un derecho puede encontrar su fundamento no sólo en la configuración de una "vía de hecho" o causal de procedencia de la tutela contra sentencias (que es excepcional), sino también en la necesidad de que se haga una interpretación "conforme a la constitución"; lo que a su vez puede suscitarse a partir de decisiones judiciales estructuradas con razonabilidad, pero que desconozca derechos.

Causales de procedibilidad de la tutela contra sentencias y la configuración de la vulneración de la Constitución como requisito.

7.- Dijo la Corte recientemente sobre la vulneración directa de la Constitución por parte de los jueces al decidir: “[e]stos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales”<sup>3</sup>. Esto, conforme se ha llamado la atención sobre el hecho de que “[e]n los últimos años se ha venido presentando una evolución de la jurisprudencia constitucional acerca de las situaciones que hacen viable la acción de tutela contra providencias judiciales. Este desarrollo ha llevado a concluir que las sentencias judiciales pueden ser atacadas mediante la acción de tutela por causa de otros defectos adicionales, y que, dado que esos nuevos defectos no implican que la sentencia sea necesariamente una ‘violación flagrante y grosera de la Constitución’, es más adecuado utilizar el concepto de “causales genéricas de procedibilidad de la acción” que el de ‘vía de hecho’.”<sup>4</sup>(Subrayas fuera de texto)

8.- Por otro lado, como consecuencia de lo anterior, el ajuste descrito trasciende de lo terminológico a lo conceptual. En primer lugar, se establece como fundamento esencial de las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias la violación de la Constitución por parte del pronunciamiento en cuestión. Y segundo, se abandona la verificación mecánica de la existencia de tipos de defectos o de vías de hecho, por el examen material de las mencionadas causales de procedibilidad, referente a su idoneidad para vulnerar la Carta de 1991.

En otras palabras, se llena de contenido la aplicación de los supuestos de procedibilidad de la tutela contra sentencias judiciales, mediante el estudio material del defecto del que presuntamente adolece el fallo. Esto es, se precisa concretar su dimensión como error frente a lo que dispone el orden constitucional, y no como error en sí mismo. Lo cual quiere decir que la incursión en uno de los supuestos que hace procedente el amparo contra sentencias, por sí sola no cobra el peso suficiente para cesar los efectos de la decisión judicial, por orden del juez de tutela. Es indispensable que de dicha situación se desprenda una clara vulneración a la Constitución. De otra manera, se corre el riesgo de

revocar fallos judiciales cuyos defectos tenían, sólo en apariencia, entidad suficiente que justificara su anulación. Ello indica que no basta una disputa hermenéutica, las cuales son por demás propias de la actividad jurídica, sino que hace falta demostrar la falta de coherencia de determinada interpretación, con la Constitución.

A la luz de los anteriores criterios se presentará y estudiará el caso concreto de la acción de tutela de la referencia.

Planteamiento del caso y del problema jurídico.

9.- El señor ADRIÁN ESTEBAN LÓPEZ JIMÉNEZ, fue condenado a 42 años y 36 meses de prisión por los delitos de Homicidio Agravado en Concurso con Porte Ilegal de Armas de Fuego de Defensa Personal, mediante sentencia del 25 de agosto de 2000, dictada por el Juzgado veintiséis (26) Penal del Circuito de Medellín. En el 2003 y 2005, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Valledupar redosificó la pena, y la fijó en 26 años, 6 meses y 22 días de prisión. En agosto de 2005, el actor solicitó la aplicación del beneficio consistente en la rebaja del 10% de la pena, consagrado en el artículo 70 de la ley 975 de 2005 (Ley de justicia y paz)<sup>5</sup>, el cual fue concedido por el Juzgado de Descongestión de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Distrito Judicial de Valledupar, mediante Auto del 6 de octubre de 2005.

Luego, en diciembre de 2005, solicita al Juez Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Valledupar la rectificación del reconocimiento del beneficio concedido, de modo que sume el tiempo equivalente a la rebaja, al tiempo efectivamente cumplido (en los términos del inciso tercero del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal), y no lo reste al tiempo que le falta por cumplir. A su turno, en Auto del 29 de diciembre de 2005, el Juzgado Primero en comento, corrige la aplicación de la rebaja de la pena en el sentido pretendido por el ciudadano LÓPEZ JIMÉNEZ.

El Procurador 177 Judicial II Penal -E-, en escrito del 20 de enero de 2006 interpuso recurso de apelación contra el auto por el cual se acogió la rectificación de la aplicación del beneficio (Auto del 29 de diciembre de 2005). Lo sustentó en el hecho de que la rebaja en cuestión estaba contenida en una disposición de la ley 975 de 2005 (ley de justicia y paz), cuyo ámbito de aplicación sugiere que no resulta aplicable a delitos comunes cometidos por personas que no pertenezcan a grupos armados ilegales, como

es el caso del señor LÓPEZ JIMÉNEZ.

En Providencia del 20 de febrero de 2006, el Tribunal Superior de Valledupar - Sala Penal- resolvió el recurso de apelación mencionado, acogió las razones del Ministerio Público y las del fallo del 28 de octubre de 2005 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia<sup>6</sup>, y revocó el reconocimiento del beneficio.

Contra la providencia del Tribunal Superior de Valledupar - Sala Penal- en cuestión, el actor interpuso acción de tutela, argumentó que no se aplicó adecuadamente el principio de favorabilidad y que la revocatoria del beneficio se dio a partir de la impugnación del auto que corrigió su aplicación y no del auto que lo reconoció.

#### Problema jurídico

10.- De conformidad con lo anterior, corresponde a esta Sala de Revisión determinar, si el artículo 70 de la Ley 975 de 2005 resulta aplicable a un caso en que la pena impuesta por sentencia ejecutoriada se haya originado en la comisión de hechos delictivos que no se cometieron con ocasión de la pertenencia a grupos armados organizados al margen de la ley; esto es, a los llamados delitos comunes.

No obstante lo anterior configura el problema jurídico que surge de los hechos del caso objeto de revisión, así como de la solicitud del actor en la acción de tutela, para su resolución se hace necesario, analizar varios temas previamente.

Se hará referencia a (i) la vigencia del artículo 70 de la Ley 975 de 2005, teniendo en cuenta que fue declarado inexecutable, por vicios de procedimiento en su formación, mediante sentencia C-370 de 2006; (ii) a la posición de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, según la cual el artículo 70 de la LJP, debía inaplicarse mediante el uso de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, por cuanto era abiertamente contrario al principio de unidad de materia (art 158 C.N); (iii) a la procedencia o improcedencia de aplicar el beneficio contenido en él a delitos comunes y al alcance de los requisitos exigidos para ello.

La vigencia del artículo 70 de la Ley 975 de 2005 y su declaratoria de inexecutable en la sentencia C-370 de 2006.

11.- El artículo 70 de la LJP7, establecía entre otras cosas, que al momento de su entrada en vigencia, si una persona estaba cumpliendo pena por sentencia ejecutoriada (salvo por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, lesa humanidad y narcotráfico), además de otros requisitos que debían ser verificados por el juez, tenía derecho a la rebaja de una décima parte de la condena. Dicho artículo fue declarado inexecutable en sentencia C-370 de 2006. Esta situación ha traído como consecuencia el cuestionamiento sobre su vigencia entre el momento de la expedición de la ley y el momento de la sentencia que declaró su inexecutableidad.

Sobre esto, concluyó la Corte en sentencia T-355 de 2007, lo siguiente: como quiera que la sentencia C-370 de 2006 asignó expresamente efectos hacia el futuro, y excluyó cualquier efecto retroactivo, sobre las decisiones allí tomadas, debe entenderse entonces que el contenido normativo de su artículo 70 estuvo vigente entre la fecha de expedición de la LJP (25 de julio de 2005) y la fecha de la sentencia (C-370/06) que lo declaró inexecutable (18 de mayo de 2006). Por lo cual, se agregó, “las situaciones jurídicas que se hubieran consolidado entre tales fechas no sufren alteración alguna por lo decidido en el mencionado fallo de inexecutableidad”<sup>8</sup>.

En la sentencia T-355/07 se concluye pues, que era posible solicitar el reconocimiento de la rebaja en cuestión, entre el 25 de julio de 2005 (fecha de la LJP) y el 18 de mayo de 2006 (fecha de la C-370/06), y éste procedía siempre que se cumplieran las demás condiciones para ello, fijadas en el artículo 70 en cuestión.

A su vez, el análisis de la Corte en la providencia señalada excluyó la posibilidad de que el beneficio se pudiera conceder, si éste se había solicitado después de la fecha de la sentencia que lo declaró inexecutable. Esto, en tanto la vigencia del artículo es condición para la aplicación del beneficio, pues su texto establece que éste se concederá a quienes cumplan con ciertos requisitos “al momento de entrar en vigencia” la LJP. Por ello, los requisitos para acceder al beneficio son dos, (i) que la norma esté vigente, y (ii) que la condena y el condenado cumplan con las condiciones que el artículo especifica.

Así, la Corte concluyó que una vez retirado del ordenamiento jurídico el artículo 70 de la LJP, por la sentencia C-370 de 2006, no procedía conceder el beneficio, si es que no se

había solicitado en el periodo de vigencia señalado. Ni siquiera, en el evento en que el condenado cumpliera los requisitos establecidos por el mencionado artículo 70, durante el lapso de su vigencia. Pues, tal como se explicó, el contenido normativo del artículo 70 supeditaba el reconocimiento del beneficio, no sólo a ciertas condiciones del condenado, sino también a la vigencia de la ley; y, como la declaratoria de inexecutable tiene como efecto justamente terminar con la vigencia de la norma, entonces ésta no podía seguir produciendo efectos jurídicos después de la sentencia de inexecutable.<sup>9</sup>

La reflexión expuesta, se dirigió a cuestionar la posición asumida por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 10 de agosto de 2006<sup>10</sup>, según la cual, no obstante la declaratoria de inexecutable del artículo 70 de la LJP, incluso hoy en día podría solicitarse dicho beneficio. La tesis de la Sala Penal, abogaba por la interpretación del artículo en mención, en el sentido de que bastaría que el condenado cumpliera con las condiciones allí expuestas, en el lapso de vigencia de la norma para que después de la declaratoria de inexecutable produjera efectos jurídicos. Manifestó esta Corporación que ello no era posible pues equivaldría a que una norma declarada inexecutable siguiera produciendo efectos jurídicos, después de la declaratoria en dicho sentido por parte del Tribunal Constitucional. Lo que contradice las reglas generales de los efectos de las sentencias de control de constitucionalidad en Colombia.

La Sala Séptima de Revisión justificó las anteriores conclusiones, en las mencionadas reglas generales sobre los efectos de las sentencias dictadas por la Corte constitucional, en ejercicio del control de constitucionalidad de las normas de rango legal, en nuestro sistema jurídico. A continuación esta Sala hará una breve referencia a dichas reglas.

Efectos de las sentencias de control de constitucionalidad dictadas por la Corte Constitucional.

12.- Los efectos de las sentencias de control de constitucionalidad dictadas por la Corte Constitucional deben ser analizados desde dos perspectivas. La primera relativa a los efectos sobre la vigencia e interpretación de la norma a partir de la respectiva sentencia, y la segunda relativa a determinar desde cuándo se siguen dichos efectos, es decir, los efectos en el tiempo de las sentencias de control de constitucionalidad.

Sobre los efectos en la vigencia y la interpretación de las disposiciones objeto de control, la Corte Constitucional dicta tres modalidades de fallos de mérito<sup>11</sup>. El fallo de exequibilidad (simple), que permite la entrada en vigencia, o deja la norma vigente en el ordenamiento jurídico en las condiciones en las que fue emitida por el legislador. El fallo de inexecuibilidad, que impide la entrada en vigencia, o termina la vigencia de la norma, luego ésta sale del ordenamiento jurídico, y prohíbe la reproducción y aplicación de su contenido a todas las autoridades (art. 243 C.N). Y el fallo de exequibilidad condicionada, que permite la entrada en vigencia, o deja la norma vigente en el ordenamiento jurídico, pero siempre que se interprete como la Corte expresamente lo establezca.

13.- Ahora bien, los efectos en el tiempo de las consecuencias de las sentencias sobre las normas objeto de control, se circunscriben a los fallos de inexecuibilidad y exequibilidad condicionada. La regulación de los efectos temporales de estos fallos, se ha diseñado a partir de varias fuentes normativas; la Constitución (arts. 243), la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270/96, art. 45), la aplicación de los principios generales del derecho sobre la vigencia de las normas jurídicas y la jurisprudencia constitucional.

En primer término, del artículo 243 de la Constitución se desprende la prohibición a las autoridades de reproducir contenidos normativos, después de que éstos hayan sido declarados inexecuibles por la Corte Constitucional. Luego, se entiende que ello sugiere un efecto hacia el futuro de este tipo de sentencias, al menos en lo que corresponde a la prohibición descrita. El artículo 45 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270/96), dispone que las sentencias dictadas por esta Corte, en ejercicio del control de constitucionalidad del artículo 241 superior, “tendrán efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”. Este contenido fue declarado exequible en sentencia C-037 de 2006, y se fundamentó en la reiteración jurisprudencial según la cual “sólo la Corte Constitucional puede definir los efectos de sus sentencias.”<sup>12</sup>

14.- De este modo, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado las características principales y generales de los efectos en el tiempo de las sentencias de control de

constitucionalidad, que como se dijo, aplican a los fallos de inexecutable y de executable condicionada. Dichas características, derivan en gran medida de los efectos en el tiempo de las normas de derecho. En este orden, se tiene que el efecto temporal de las proposiciones jurídicas es por regla general, (i) la aplicación general, inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad, y (ii) siempre que la misma norma no disponga otro efecto temporal, esto es, que quien produce la norma tiene prima facie, la posibilidad de asignarle efectos temporales distintos de los que sugiere la regla general descrita.

Luego, aquello que dispone una norma jurídica debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado (retrospectividad), es decir, situaciones jurídicas en curso al momento de entrada en vigencia de la norma. Este efecto temporal, coincide con la noción de los efectos temporales de actos jurídicos, denominados efectos *ex nunc*. Éstos suponen justamente, efectos inmediatos, hacia el futuro y vinculantes para situaciones jurídicas originadas en el pasado y en curso. La Corte Constitucional ha desarrollado pues, la tesis según la cual, por regla general los efectos de sus sentencias de constitucionalidad son *ex nunc*, salvo que la misma Corte asigne otros efectos temporales, en los términos del artículo 45 de la Ley 270 de 1996.

15.- Junto a estas características generales de los efectos temporales de las normas, se encuentran otras como son la irretroactividad o prohibición de retroactividad y la ultractividad. La primera, complementaria a la regla general y referida a la imposibilidad genérica de afectar situaciones jurídicas consolidadas, a partir de la entrada en vigencia de una disposición jurídica nueva. El alcance de esta prohibición, consiste en que la norma no tiene per se la virtud de regular situaciones que se han consolidado jurídicamente antes de su promulgación. Ello sería posible sólo si la misma norma así lo estipula.

Así pues, la jurisprudencia constitucional ha acogido también el contenido del fenómeno de la irretroactividad o prohibición de retroactividad, como aspecto fundamental del desarrollo de los efectos temporales de sus sentencias de control de constitucionalidad. Su fundamento implica el reconocimiento de principios constitucionales como el de la buena fe y confianza legítima<sup>13</sup> y el de seguridad jurídica<sup>14</sup>, entre otros. Y,

encuentra su desarrollo específico en contenidos normativos constitucionales como por ejemplo, la garantía de los derechos adquiridos en materia de seguridad social<sup>15</sup> y civil<sup>16</sup>, así como el principio de legalidad en materia sancionatoria<sup>17</sup>, entre otros. Estas disposiciones constitucionales procuran que las nuevas regulaciones normativas respeten situaciones que se han consolidado jurídicamente en pasado, lo cual trae como consecuencia la limitación de las normas de derecho para retrotraer sus efectos con el fin de alterar eventos cuyos resultados jurídicos se dieron antes de su vigencia. No obstante, como se dijo, el alcance de esta prohibición consiste en que no se pueden presumir los efectos retroactivos, aunque, si pueden establecerse de manera expresa.

De otro lado, el fenómeno de la ultractividad, es la situación en la que una norma sigue produciendo efectos jurídicos después de haber sido derogada. Estos efectos se dan de manera concurrente con los efectos de la ley derogatoria, pero sólo frente a ciertas situaciones que se consolidaron jurídicamente a partir de lo contenido en la norma derogada mientras estuvo vigente. El efecto ultractivo es la consecuencia de la irretroactividad, y por ello se fundamenta también en el respeto que nuestro orden jurídico garantiza a las situaciones jurídicas consolidadas, respecto de los efectos de normas nuevas.

En tanto la ultractividad se presenta a partir del fenómeno de la derogación normativa, no es propia de los efectos de las sentencias. Aunque, un fenómeno similar, pero no igual, se presenta cuando una disposición normativa se declara inexecutable. En dicha situación la jurisprudencia constitucional ha explicado que debido a la irretroactividad de las sentencias de control de constitucionalidad, se deben respetar las consecuencias jurídicas de la aplicación de la norma mientras estuvo vigente. Esto es, entre el momento de su entrada en vigencia y su declaratoria de inexecutable<sup>18</sup>. De otro lado, tal como se ha dicho sólo si la misma Corte Constitucional así lo decide y expresamente lo señala, los efectos de la sentencia de inexecutable pueden ser retroactivos, caso en el cual no se aplicaría la regla general según la cual se respetan las consecuencias jurídicas de la vigencia de la norma que con posterioridad se declare inexecutable.

16.- Ahora bien, la situación contraria a la irretroactividad, es decir los efectos retroactivos, coinciden con el efecto de los actos jurídicos que pretenden afectar situaciones del pasado, denominados efectos *ex tunc*. Éstos, son propios de las nulidades o

anulaciones. Implican justamente, que las situaciones surgidas del acto que se anula, deben ser modificadas para dejarlas como estaban antes de su expedición. Esto es, como si el acto no se hubiera producido.

La Corte Constitucional ha descartado pues, los efectos *ex tunc* para sus sentencias de control de constitucionalidad como efecto general, aunque dichos efectos - se insiste- pueden darse si la Corte así lo estipula de manera expresa<sup>19</sup>. Y, la justificación de su exclusión sugiere, tal como se ha explicado, el respeto y garantía por situaciones jurídicamente consolidadas, por los derechos adquiridos y por los principios de la buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, entre otros.

17.- Por último, conviene señalar que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado también efectos de inexecuibilidad diferidos hacia el futuro. Este evento consiste en que la Corte Constitucional declara inexecutable una norma pero difiere en el tiempo y hacia el futuro la consecuencia práctica de dicha declaratoria, cual es la salida de la norma del ordenamiento jurídico. Lo anterior tiene como consecuencia que la norma estará vigente y producirá efectos jurídicos, después de la sentencia que la declara inexecutable, pero dicha vigencia culminará en la fecha en la que la Corte haya dispuesto su salida del ordenamiento<sup>20</sup>.

Jurisprudencia sobre la procedencia del beneficio contenido en el artículo 70 de la Ley 975 de 2005 para delitos comunes y alcance de los requisitos exigidos para ello. Reiteración.

18.- Una vez establecida la vigencia del artículo 70 de la Ley 975 de 2005, la Sala debe precisar el alcance del beneficio contenido allí, así como los requisitos que para ello exigía el mencionado artículo, cuyo texto era el siguiente:

“Rebaja de penas. Las personas que al momento de entrar en vigencia la presente ley cumplan penas por sentencia ejecutoriada, tendrán derecho a que se les rebaje la pena impuesta en una décima parte. Exceptúense los condenados por los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, lesa humanidad y narcotráfico.

Para la concesión y la tasación del beneficio, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad tendrá en cuenta el buen comportamiento del condenado, su compromiso de

no repetición de actos delictivos, su cooperación con la justicia y sus acciones de reparación a las víctimas”.

19.- Este artículo ha sido interpretado de diversas maneras por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por los Tribunales Superiores y los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 18 de octubre de 200521, con varios salvamentos y aclaraciones de voto, estimó que los destinatarios eran todos aquellos que, al momento de entrar en vigor la Ley 975 de 2005, se encontraran condenados “exceptuados precisamente los relacionados en la propia disposición y los cometidos por los integrantes de grupos al margen de la ley “durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos”. En cuanto a la finalidad perseguida con la inclusión del artículo 70 en la Ley de Justicia y Paz, la Corte señaló lo siguiente:

“Los argumentos transcritos no dejan duda alguna: la inclusión inicial de la norma y la posterior postura de que fuera reconsiderada su exclusión, con fundamento en la cláusula general de competencia legislativa del Congreso, obedeció a la intención expresa de que todos los condenados fueran beneficiados con un descuento punitivo, en aras de la protección de la dignidad de los reclusos, de contribuir a la descongestión carcelaria, y de lograr la reincorporación del penado a la sociedad y a su familia. La disposición, entonces, fue redactada con carácter general, esto es, con destino a la totalidad de los penados, con las excepciones dispuestas en la misma”.

En cuanto a las condiciones para acceder a la rebaja punitiva, la Corte Suprema consideró en el mencionado fallo lo siguiente:

“Siempre y cuando satisfaga las siguientes exigencias: i) que haya sido condenada por conductas punibles diversas de las previstas en sus artículos 1º y 2º y aquellas contra la libertad, integridad y formación sexuales, lesa humanidad y narcotráfico; (ii) que los condenados cumplan penas por sentencias ejecutoriadas al momento de entrar en vigencia la presente ley (25 de julio de 2005); y (iii) que con fundamento en lo probado, el juez de ejecución concluya en la demostración de a) el buen comportamiento del condenado; b) su compromiso de no repetición de actos delictivos; c) su cooperación con la justicia y d) sus acciones de reparación a las víctimas”.

En lo que concierne al contenido y alcance de cada uno de los requisitos anteriormente señalados, la Sala de Casación Penal indicó:

“2. Según certificado 003 del 13 de julio de 2005, expedido por el Director de la cárcel de Riohacha, el doctor Arregocés Pinto ejerce la actividad de artesano, no ha sido objeto de sanciones disciplinarias y su conducta ha sido calificada en el grado de BUENA.

Ese documento, debidamente motivado, permite inferir el cumplimiento del artículo 70, esto es, “el buen comportamiento del condenado”.

3. Igual demostración obra respecto de “su compromiso de no repetición de actos delictivos”, como que así expresamente lo manifestó en su petición y se desprende de su voluntad de acogerse a la disposición.

4. Asiste la razón al solicitante en cuanto que en el caso concreto no existe obligación de cumplir “acciones de reparación a las víctimas”, como que ninguna fue individualizada dentro del proceso.

5. Por “cooperación con la justicia”, como presupuesto para acceder a la rebaja, debe entenderse la colaboración, la ayuda, la contribución, el apoyo, la asistencia que el procesado haya prestado a los fiscales y jueces a cargo de la investigación adelantada en su contra, aunque no se descarta la posibilidad de que se pueda conceder el mismo alcance a otra que, debidamente probada, haya brindado en asuntos diversos.

La cooperación exigida no puede significar que, en contra del derecho fundamental previsto en el artículo 33 de la Constitución Política de Colombia, se imponga el deber de confesar, porque la garantía de la no autoincriminación es fundamental, circunstancia dentro de la cual no puede cargarse en contra de quien es sindicado de la comisión de una conducta punible que no admita su responsabilidad.

En estas condiciones, se infiere que si, como en el caso en estudio, el procesado estuvo presto en todo momento a atender los requerimientos de la justicia, esa circunstancia es suficiente para concluir en su contribución en los términos de la norma.”

20.- En este orden de ideas, para la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en

materia del beneficio de rebaja de pena del 10% de que trataba el artículo 70 de la Ley 975 de 2005 se requería (i) que la persona solicitara ante el respectivo juez la aplicación del beneficio penal; (ii) que la persona estuviere cumpliendo una condena, con sentencia ejecutoriada, a 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigor de la Ley de Justicia y Paz; (iii) que la pena no hubiese sido impuesta por conductas descritas en los artículos 1º y 2º de la Ley 975 de 2005, ni tampoco por narcotráfico, lesa humanidad, o delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; (iv) que ante el juez de ejecución se encontrara probado que el condenado a) tenía buen comportamiento, b) existiese un compromiso de no repetición de los actos delictivos, c) cooperara con la justicia y d) realizara acciones de reparación a las víctimas.

En otras palabras, la Corte Suprema de Justicia interpretó el artículo 70 de la Ley 975 de 2005, en el sentido de que si bien el beneficio de rebaja del 10% de la pena era para condenados por delitos distintos a aquellos cometidos por los integrantes de los grupos armados, destinatarios de la Ley de Justicia y Paz, además de aquellos condenados por ciertos crímenes (narcotráfico, lesa humanidad y aquellos contra la libertad, integridad y formación sexuales), también lo era que las condiciones para acceder al beneficio penal eran acumulativas, es decir, que ante el juez de ejecución de penas se debía probar la existencia de todos y cada uno de los requisitos señalados en la norma. De tal suerte que, para ser destinatario de la reducción de pena del 10% necesariamente debían concurrir todas las condiciones señaladas en el artículo 70 de la Ley 975 de 2005.

21.- Por el contrario, en sentencia del 28 de octubre de 2005, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia<sup>22</sup>, con varios salvamentos y aclaraciones de voto, consideró que debía aplicar la excepción de inconstitucionalidad en relación con el artículo 70 de la Ley 975 de 2005, por cuanto, a su juicio, dicha disposición (i) contrariaba el principio de unidad de materia; (ii) desconocía los derechos de las víctimas, de conformidad con el bloque de constitucionalidad; y (iii) se trataba de una rebaja de pena que no obedecía a una política criminal, sino que constituía una especie de “gracia” o “jubileo”, y por ende, debía haberse tramitado según lo dispuesto en el artículo 150.17 Superior.

22.- Las profundas divergencias existentes en el seno de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad en relación a la totalidad de la Ley de Justicia y Paz, y en particular en relación con el

artículo 70 de la Ley 975 de 2005, quedaron en evidencia en sentencia del 14 de diciembre de 2005<sup>23</sup>, con aclaración y salvamento de voto, fallo en cual, en primer lugar, la Corte estima que no debe aplicar la vía procesal del control difuso de constitucionalidad en relación con la Ley de Justicia y Paz, en su integridad, por cuanto:

“Tratándose de una ley sui generis, que regula un tema muy puntual en materia de penas en el contexto de una justicia transicional, la Corte no encuentra establecida esa abierta y evidente contradicción entre los preceptos en ella contenidos y el Orden Superior, como condición indispensable para realizar el juicio de constitucionalidad que un mecanismo excepcional como el control difuso requiere, lo cual además en modo alguno la puede autorizar para hacerlo acudiendo a criterios de conveniencia.”

Con todo, en relación con el artículo 70 de la mencionada ley, la Sala Penal consideró lo siguiente:

“No obstante las consideraciones anteriores, conviene aclarar que un sector de la Sala encontró precisamente esa ostensible contradicción entre la norma superior y la legal, respecto del artículo 70 de la ley de justicia y paz, fundamentalmente por violación al principio de la unidad de materia” (negritas agregadas).

23.- Ahora bien, la Sala de Revisión considera que el artículo 70 de la Ley 975 debe ser interpretado de conformidad con la Constitución, en especial, a la luz del derecho fundamental a la libertad personal, al igual que aquellos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

En este orden se reiterarán las conclusiones adelantadas en sentencia T-356 de 2007:

\* Destinatarios de la rebaja de pena (factor personal). Para acceder al beneficio de que trata el artículo 70 de la Ley 975 de 2005 se requiere que la persona se encuentre condenada, mediante sentencia ejecutoriada, a 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigor de la Ley de Justicia y Paz. De igual manera, de conformidad con una interpretación sistemática de la ley, es decir, tomando en consideración que la norma se

ubica en el capítulo de “disposiciones complementarias”, se excluyen del beneficio los autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos que hubieran decidido desmovilizarse “y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional”.

\* Delitos excluidos. (factor material). Además de encontrarse excluidos los delitos cometidos por los autores y partícipes de que trata el artículo 2 de la Ley 975 de 2005, también se excluyen los punibles de narcotráfico, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales y lesa humanidad. Para tales efectos, es decir, para el caso de los llamados crímenes de lesa humanidad, debido a que se trata de una variedad de delitos atroces no definidos en el ordenamiento jurídico colombiano sino en instrumentos jurídicos internacionales, los operadores jurídicos deberán remitirse al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en concreto, a su artículo 7º, así como a los “Elementos de los crímenes”, adoptado por la Asamblea de Estados Partes.

Ahora bien, precisados los destinatarios de la norma procesal penal, los delitos excluidos y el requisito de procedibilidad, debe examinar la Sala de Revisión, a la luz de la Constitución, el contenido y alcance de cada uno de los requisitos de que trata el artículo 70 de la Ley 975 de 2005.

\* El buen comportamiento del condenado. Este requisito apunta a examinar la adecuada conducta asumida por el condenado durante la ejecución de la pena, bien sea intramural o domiciliaria. Para tales efectos, se tomarán en cuenta el cumplimiento de las disposiciones del Código Penitenciario y Carcelario, así como los respectivos reglamentos adoptados por el INPEC o los directores de cada centro de reclusión.

\* El compromiso de no repetición de actos delictivos. Se trata de una condición consistente en una manifestación de voluntad del condenado, en el sentido de que se

abstendrá de cometer, bien sea durante el cumplimiento del resto de la pena o al momento de cumplirla, de comportamientos considerados como delitos.

\* Cooperación con la justicia. Este requisito consiste en el apoyo o colaboración efectivas que el condenado haya brindado a los fiscales o jueces durante las etapas de investigación o juzgamiento. En tal sentido, una interpretación de la norma legal, conforme con el derecho fundamental a la libertad individual, es decir, extensiva, conduce a sostener que tal colaboración puede haber sido realizada en el mismo proceso que se le adelantó al solicitante del beneficio, o en otro. De igual manera, resultan inaceptables interpretaciones en el sentido de negar el beneficio debido a que la persona no se sometió a institutos procesales tales como la sentencia anticipada o no se autoincriminó. Por el contrario, se debe entender que la persona colaboró con la justicia si, entre otros actos, estuvo prestó a atender los requerimientos de aquélla, no evadió la acción de las autoridades, ayudó a dismantelar una organización criminal, aportó información oportuna para la investigación, etcétera. Así mismo, se debe interpretar que tal colaboración puede ser brindada, de igual manera, al momento de elevar la solicitud de rebaja de pena. Lo anterior por cuanto, en los términos del artículo 2º Superior, tal ayuda puede resultar fundamental para que los órganos de investigación pueden resolver otros procesos penales en curso, cumpliéndose de esta forma con los fines estatales.

\* Acciones de reparación a las víctimas. Se trata, sin lugar a dudas, del requisito legal más compleja configuración, del grupo de aquellos señalados en el artículo 70 de la Ley 975 de 2005. En efecto, el concepto mismo de reparación a las víctimas, en los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y por ende, del bloque de constitucionalidad, resulta ser más amplio que aquel de indemnización. En efecto, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el concepto de reparación abarca (i) la restitutio in integrum, cuando ella es posible; (ii) la indemnización pecuniaria a los perjudicados; (iii) medidas de satisfacción del daño; (iv) garantías de no repetición; y (v) actos simbólicos tales como los actos públicos de reconocimiento de responsabilidad, peticiones de perdón, entre otros.

En este orden de ideas, el condenado que invocase a su favor el beneficio de rebaja de pena en un 10% debería reparar plenamente a las víctimas de su delito, esto es, no sólo cumplir con la condena pecuniaria impuesta por el juez de conocimiento, sino con los demás componentes de la noción de reparación.

No obstante lo anterior, es preciso tomar en consideración que la Corte Constitucional ha considerado que, en materia de suspensión condicional de la ejecución de la pena, la indemnización a las víctimas no puede entenderse como que se “obligue a lo imposible al condenado, pues precisamente tiene en cuenta su incapacidad económica para determinar si está en imposibilidad de cumplir y acepta que existan causas que justifiquen no pagar la indemnización de perjuicios para acceder y gozar del beneficio”<sup>24</sup>.

De allí que, interpretando el sentido del artículo 70 de la Ley 975 de 2005, en armonía con las jurisprudencias constitucional e internacional y de conformidad con el principio pro homine se tiene que, en cada caso concreto, el juez de ejecución de penas deberá examinar las posibilidades reales económicas que tiene el condenado para indemnizar pecuniariamente a sus víctimas, de acuerdo con las pruebas que acompañe el solicitante y aquellas que decrete de oficio; los compromisos que a futuro puede asumir en la materia; así como la viabilidad de llevar a cabo actos de reparación de contenido no económico. Lo anterior, en el entendido de que las víctimas no van a perder su derecho a obtener el pago de la totalidad de los perjuicios causados, en los términos de la sentencia condenatoria.<sup>25</sup>

Análisis de la posición de la Sala de Casación Penal sobre la pertinencia del uso de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, para inaplicar una norma que vulnera el principio de unidad de materia.

Concepto y Alcance de la figura de la excepción de inconstitucionalidad.

25.- En primer término, en atención a la jurisprudencia constitucional, la excepción de inconstitucionalidad es una figura cuyo fundamento normativo se encuentra en el artículo 4 de la Constitución, del cual se deriva la obligación de aplicar preferentemente las normas constitucionales, cuando las normas de inferior jerarquía resultan incompatibles con las primeras. La jurisprudencia ha venido evolucionando en la

compresión del contenido normativo descrito, y en los últimos años ha desarrollado la interpretación según la cual, la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales.

Al respecto se dijo en la sentencia T-808 de 2007:

“Respecto del carácter facultativo u obligatorio de la excepción de inconstitucionalidad, la Constitución señala que “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales” (Art.4º). Con base en ello, la Corte ha reiterado que es deber de los funcionarios administrativos y judiciales aplicar directamente la norma constitucional si frente a un caso concreto encuentran una clara evidencia de que está siendo violentada o modificada por disposiciones de inferior jerarquía, cuya inaplicación se impone por mandato constitucional.”

26.- En segundo término, resulta indispensable fijar el alcance de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, y determinar si dicha aplicación persigue la protección de la supremacía constitucional en abstracto o tiene como fin conjurar la incidencia negativa y perjudicial de normas de inferior jerarquía a las constitucionales, en los derechos constitucionales de una persona en un caso concreto.

En este punto, los reiterados pronunciamientos de la Corte al respecto permiten concluir que la excepción de inconstitucionalidad como facultad y deber de los operadores jurídicos, se refiere al fenómeno de la aplicación de las normas de inferior jerarquía en casos concretos, cuando éstas resultan incompatibles, a propósito de dichos casos, con las normas constitucionales. En este orden, la supremacía constitucional que se deriva del artículo 4º de la Carta, hace referencia a las normas constitucionales en juego en un caso concreto de una o varias personas, en el cual la aplicación de normas legales o de inferior jerarquía implicaría ir en contra de aquéllas constitucionales que también amparan a dicha persona o grupo de personas. En consecuencia, los

principios constitucionales en juego en este contexto son en la mayoría de las ocasiones los relativos a los derechos constitucionales de las personas (derechos fundamentales).

Desde otro lado, la supremacía constitucional debe ser entendida también desde la perspectiva que aboga por la defensa y preferencia de valores constitucionales en abstracto, como por ejemplo la separación de poderes o el principio democrático o incluso el principio de igualdad, la cual tiene mecanismos definidos en el artículo 241 de la Constitución, que complementan el diseño de nuestro sistema de control de constitucionalidad. Por ello, la guarda de la supremacía constitucional derivada del artículo 4° de la Constitución ejercida por los operadores jurídicos, se ejerce en un escenario de aplicación de normas de inferior jerarquía a la constitucional a casos concretos de personas, y se da por lo general en un contexto de primacía de los principios constitucionales que contienen derechos fundamentales.

Lo que resulta relevante en este aspecto es entender las distintas competencias que se otorgan en virtud de la excepción de inconstitucionalidad, y en virtud del control abstracto de constitucionalidad. La primera se implementa en el contexto de la vulneración de los principios constitucionales en casos concretos, y por ello suele referirse a la garantía de derechos fundamentales cuando estos se ven amenazados por la aplicación concreta de una norma de rango legal o reglamentario, y su ejercicio está en cabeza todos los operadores jurídicos de nuestro sistema jurídico. Y la segunda, es exclusiva de los jueces de control de constitucionalidad y tiene el alcance de declarar de manera definitiva la permanencia o la salida de una norma del ordenamiento jurídico.

27.- La tendencia hermenéutica descrita, ha venido planteándose en numerosos pronunciamientos de esta Corporación. En la sentencia T-318 de 199726, la supremacía constitucional del artículo 4° de la Carta se define en relación con los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos. En dicho sentido, se advirtió en la mencionada providencia que la acción de tutela como mecanismo para tramitar vulneraciones de derechos fundamentales en casos concretos, no era el procedimiento idóneo en situaciones en que una norma desconoce el orden constitucional por fuera del contexto del caso concreto. Sin embargo, se aclara también que si un juez de tutela

encuentra que procede la inaplicación de la norma, en tanto su aplicación al caso concreto sugiera la vulneración de los derechos fundamentales de a quien o quienes se les va a aplicar la norma.

En la sentencia T-808 de 2007, refiriéndose a la excepción de inconstitucionalidad, se delimitó el marco de aplicación de la figura, y se afirmó que “el amparo constitucional en estos casos no puede tener por objeto lograr interpretaciones más favorables para quien tutela, sino exclusivamente, proteger los derechos fundamentales de quien queda sujeto a una providencia que se ha apartado de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico”.<sup>27</sup>

En otros numerosos casos, como por ejemplo (i) los que constituyen las líneas jurisprudenciales relativas al reconocimiento de la licencia de maternidad incluso si la mujer cotizante no ha aportado durante la totalidad del periodo de gestación, tal como dispone la disposición reglamentaria respectiva, o (ii) los pronunciamientos jurisprudenciales referidos al reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios de salud, incluso si la prestación en cuestión está expresamente excluida por las normas reglamentarias al respecto; la Corte ha llamado la atención reiteradamente a las autoridades encargadas de aplicar las mencionadas normas reglamentarias, el deber de hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad, en tanto bajo ciertas circunstancias la aplicación de la regulación reglamentaria tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de las personas a quienes se les aplica.

28.- Por lo anterior, para la Sala de Revisión resulta contraria a los derechos fundamentales del actor la interpretación de la Sala de Casación Penal, según la cual resultaba claro que la norma que el ciudadano demandante de tutela solicitó aplicar, era contraria al principio de unidad de materia, por lo cual debía ser inaplicada por vía de la excepción de inconstitucionalidad. Esto en tanto, dicha inaplicación no tuvo como sustento el hecho de que su aplicación implicara la vulneración de los derechos fundamentales del ciudadano. Por el contrario, dicha interpretación implicó que el Tribunal de Casación dio mayor importancia al principio constitucional de unidad de materia, que a los principios constitucionales de legalidad y favorabilidad en materia penal, y para ello utilizó una herramienta constitucional (excepción de

inconstitucionalidad), que busca evitar preferentemente que en casos concretos la aplicación de normas de inferior jerarquía tengan por consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de los detentadores de dichas normas.

Caso concreto.

29.- El señor ADRIÁN ESTEBAN LÓPEZ JIMÉNEZ, fue condenado a 42 años y 36 meses de prisión por los delitos de Homicidio Agravado en Concurso con Porte Ilegal de Armas de Fuego, mediante sentencia del 25 de agosto de 2000. En agosto de 2005, el actor solicitó la aplicación del beneficio consistente en la rebaja del 10% de la pena, consagrado en el artículo 70 de la ley 975 de 2005 (Ley de justicia y paz), el cual fue concedido por el Juzgado de Descongestión de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Distrito Judicial de Valledupar, mediante Auto del 6 de octubre de 2005. A solicitud del actor, en Auto del 29 de diciembre de 2005 el Juzgado Primero en comento, corrige la aplicación de la rebaja de la pena de modo que sumó el tiempo equivalente a la rebaja, al tiempo efectivamente cumplido (en los términos del inciso tercero del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal), y no lo restó al tiempo que le falta por cumplir.

El Procurador 177 Judicial II Penal -E-, en escrito del 20 de enero de 2006 interpuso recurso de apelación contra el auto por el cual se acogió la rectificación de la aplicación del beneficio (Auto del 29 de diciembre de 2005). Lo sustentó en el hecho de que la rebaja en cuestión estaba contenida en una disposición de la ley 975 de 2005 (ley de justicia y paz), cuyo ámbito de aplicación sugiere que no resulta aplicable a delitos comunes cometidos por personas que no pertenezcan a grupos armados ilegales, como es el caso del señor LÓPEZ JIMÉNEZ. En Providencia del 20 de febrero de 2006, el Tribunal Superior de Valledupar - Sala Penal- resolvió el recurso de apelación mencionado, acogió las razones del Ministerio Público y las del fallo del 28 de octubre de 2005 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y revocó el reconocimiento del beneficio. Contra la providencia del Tribunal Superior de Valledupar - Sala Penal- en cuestión, el actor interpuso acción de tutela, y argumentó que no se aplicó adecuadamente el principio de favorabilidad y que la revocatoria del beneficio se dio a partir de la impugnación del auto que corrigió su aplicación y no del auto que lo reconoció.

30.- De conformidad con las líneas jurisprudenciales desarrolladas en los acápites anteriores, la Sala de Revisión encuentra que el señor ADRIÁN ESTEBAN LÓPEZ JIMÉNEZ solicitó la aplicación del beneficio contenido en el artículo 70 de la LJP en escritos de julio y agosto de 2005 (Cuad 2. Fls. 21 a 24), luego lo hizo en vigencia de dicho artículo, valga decir, antes de su declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional. Cabe añadir, que la fecha de solicitud referida está dentro del umbral de tiempo en el que la jurisprudencia constitucional estableció la vigencia del artículo 70 de la LJP, esto es, entre la fecha de expedición de la mencionada LJP (25 de julio de 2005) y la fecha de la sentencia (C-370/06) que lo declaró inexecutable (18 de mayo de 2006).

De otro lado, la revocatoria del reconocimiento de la medida en cuestión, por parte del Tribunal Superior de Valledupar - Sala Penal-, basada en que no resultaba aplicable a personas condenadas por delitos comunes, sino sólo aquellas que hubiesen incurrido en conductas delictivas, con ocasión de su pertenencia a grupos armados al margen de la ley, vulnera la jurisprudencia constitucional y la obligación de interpretación pro homine del texto del artículo 70 en cuestión.

En primer lugar, sobre lo anterior la Corte ha dispuesto que para acceder al beneficio de que trata el artículo 70 de la Ley 975 de 2005 se requiere que la persona se encuentre condenada, mediante sentencia ejecutoriada, a 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigor de la LJP; siempre que la condena no verse sobre los delitos cometidos por los autores y partícipes de que trata el artículo 2 de la Ley 975 de 2005 si se han desmovilizado, o sobre hechos punibles de narcotráfico, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales y lesa humanidad.

En segundo lugar, como quiera que el texto del artículo no restringió su aplicación a los miembros de los grupos armados y a los delitos cometidos con ocasión de dicha pertenencia, entonces debe interpretarse su ámbito de aplicación a la luz del derecho fundamental a la libertad personal. Por ello, la Corte ha concluido que resulta procedente aplicarlo a personas condenados por delitos comunes, como es el caso objeto de revisión.

31.- Por último, en cuanto al cumplimiento de los requisitos para acceder al beneficio, considera la Sala que como ello no fue objeto de discusión por parte del Tribunal que

revocó su reconocimiento, se asume que el análisis del juez penal que en primera instancia los consideró satisfechos, se adelantó de manera adecuada. En este orden, el Juzgado de Descongestión de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Distrito Judicial de Valledupar, mediante providencia del 6 de octubre de 2005, concedió el beneficio contenido en el artículo 70 de la LJP y para ello presentó entre otros los siguientes argumentos:

“(…)

Observamos, que dichos documentos fueron remitidos y anexados al presente expediente, donde aparece una conducta calificada de buena, con acta de compromiso de NO volver a delinquir.

Por otra parte observa esta agencia judicial, que aparece un acta de recepción de declaración extraproceso, (fl 140) en la Notaria 18 de Medellín, de fecha 18 de agosto de 2005, donde la Señora María Lopera Sucerquia, con cc 43.549.198 madre de la accisa, quien sería la principal víctima con [sic] delito cometido, dada la circunstancia que el niño dejado por la difunta es menor y está bajo su cuidado, donde manifiesta su desinterés por buscar algún resarcimiento por parte del inculpado, todo lo contrario, manifiesta su capacidad de perdonarle (...)

Así las cosas, la reparación a la víctima de que nos habla la Ley, no tendría entrada [sic] en el presente caso, toda vez que la principal de ellas ha declarado su conformismo con el interno, llegando inclusive al perdón.

Como obra en el expediente el señor ADRIÁN ESTEBAN LÓPEZ JIMÉNEZ, fue condenado por el delito de homicidio y porte ilegal de armas, de donde observamos entonces, que el sentenciado no se encuentra incurso en los delitos exceptuados en el artículo 70 de la Ley 795 de 2005.

Razones suficientes para que la solicitud del interno [aplicación de la rebaja del artículo 70 de la Ley 795 de 2005] sea despachada favorablemente.

(...)[Folios 25 y 26. Cuad. 2]

Con base en lo anterior la Sala encuentra que el análisis del cumplimiento de los

requisitos para conceder el beneficio en cuestión fue realizado razonablemente por el Juzgado de Descongestión de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Destrito Judicial de Valledupar.

32.- En consideración de todo lo expuesto, la Sala Octava de Revisión revocará los fallos de tutela dictados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 21 de marzo de 2006 primera instancia; y por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 20 de junio de 2006 en segunda instancia, en el asunto de la referencia. Y en su lugar declarará la nulidad de la providencia del 20 de febrero de 2006, dictada por el Tribunal Superior de Valledupar - Sala Penal- que resolvió el recurso de apelación interpuesto ADRIAN ESTEBAN LÓPEZ JIMÉNEZ, y mediante la cual se revocó el otorgamiento del beneficio contenido en el artículo 70 de la Ley 975 de 2005, consistente en rebajar la pena en una décima parte.

Y, se dejarán en firme los autos, del 6 de octubre de 2005 del Juzgado de Descongestión de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Destrito Judicial de Valledupar mediante el cual se reconoció la rebaja; y del 29 de diciembre de 2005 del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Valledupar mediante el cual se corrige la aplicación de la rebaja de la pena de modo que sumó el tiempo equivalente a la rebaja, al tiempo efectivamente cumplido (en los términos del inciso tercero del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal), y no lo restó al tiempo que le falta por cumplir.

### III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión del término decretada para decidir el presente asunto.

SEGUNDO.- REVOCAR los fallos de tutela dictados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 21 de marzo de 2006 primera instancia; y por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 20 de junio de 2006 en segunda instancia, en el

asunto de la referencia, y en su lugar,

TERCERO.- DECLARAR la nulidad de la providencia del 20 de febrero de 2006, dictada por el Tribunal Superior de Valledupar - Sala Penal- que resolvió el recurso de apelación interpuesto ADRIAN ESTEBAN LÓPEZ JIMÉNEZ, y mediante la cual se revocó el otorgamiento del beneficio contenido en el artículo 70 de la Ley 975 de 2005, consistente en rebajar la pena en una décima parte; en consecuencia,

CUARTO.- DEJAR en firme los autos, del 6 de octubre de 2005 del Juzgado de Descongestión de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Destrito Judicial de Valledupar mediante el cual se reconoció la rebaja del artículo 70 de la Ley 975 de 2005; y del 29 de diciembre de 2005 del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Valledupar mediante el cual se corrige la aplicación de la rebaja de la pena de modo que sumó el tiempo equivalente a la rebaja, al tiempo efectivamente cumplido (en los términos del inciso tercero del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal), y no lo restó al tiempo que le falta por cumplir.

QUINTO.- LÍBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Corte Constitucional, sentencias T-179 de 2003, T-620 de 2002, T-999 de 2001, T-968 de 2001, T-875 de 2001, T-037 de 1997, entre otras.

2 T-1031 de 2001 citada recientemente en la T-453 de 2005.

3 C-590 de 2005.

4 T-774 de 2004, citada en la C-590 de 2005

5 De aquí en adelante LJP

6 En dicha sentencia la Corte Suprema señaló que la ley 975 de 2005 (ley de justicia y paz) desde su concepción por parte del legislador, tenía como destino todos los delitos y no sólo aquellos que pretende regular la ley en cuestión, con lo que se transgrede el principio de unidad de materia. Por lo que, su deber como jueces, a la luz de la noción y eficacia del control de constitucionalidad difuso, consistía entonces en inaplicar dicha norma, mediante el uso de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, a hechos delictivos que no se cometieron con ocasión de la pertenencia a grupos armados organizados al margen de la ley.

7 Ley 975 de 2005: “Artículo 70. Rebaja de penas. Las personas que al momento de entrar en vigencia la presente ley cumplan penas por sentencia ejecutoriadas, tendrán derecho a que se les rebaje la pena impuesta en una décima parte. Exceptúese los condenados por los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, lesa humanidad y narcotráfico.

8 T-355 de 2007. Fundamento jurídico número 4.3

9 T-355 de 2007. Fundamento jurídico número 4.2

10 M.P. Alfredo Gómez Quintero, proceso núm. 25.705

11 Si bien también existen otros fallos, cuya fórmula es “estarse a lo resuelto” o “inhibición”, para efectos de lo que se quiere explicar en la presente providencia, resulta suficiente señalar que un fallo de “estarse a lo resuelto”, se produce a partir de la configuración de la cosa juzgada y se refiere a una exequibilidad (simple o condicionada) o

a una inexecutable. Mientras que el fallo inhibitorio no es una modalidad de decisión de mérito, es decir no es ni una executable (simple o condicionada) ni una inexecutable. De otro lado, la noción de los efectos sobre las normas objeto de control de constitucionalidad, se extiende a las disposiciones de los tratados internacionales, cuyo contenido es también objeto de control, en los términos del artículo 241-10 de la Constitución.

12 C-037 de 1996, reiterando el criterio desarrollado en sentencia C-113 de 1993.

13 Constitución de 1991. Artículo 83.

14 *Ibidem*. Artículo 2

15 *Ibidem*. Artículo 48, inciso séptimo

16 *Ibidem*. Artículo 58.

17 *Ibidem*. Artículo 28.

18 Sobre la distinción entre normas derogadas que siguen produciendo efectos los cuales pueden ser objeto de control de constitucionalidad, y las normas declaradas inexecutable que han producido efectos jurídicos entre el momento de su entrada en vigencia y su declaratoria de inexecutable, se puede consultar el Auto de Sala Plena A-089 de 2008 (fundamento jurídico # 3).

19 Cr, entre otras la sentencia C-426 de 2007. En esta sentencia se declaró inexecutable una norma derogatoria de otra que consagraba la autoridad competente para organizar y disponer el concurso para notarios públicos. Como quiera que la norma derogatoria no incluyó lo relativo a la autoridad en mención, fue excluida del ordenamiento (declarada inexecutable) desde el momento de su entrada en vigencia, es decir la sentencia tuvo efectos retroactivos, y se ordenó la reincorporación de la norma derogada. Otras sentencias con efectos retroactivos son C-870 de 1999, C-002 de 1999, C-080 de 1999, C-037 de 1994.

20 Como ejemplo de esta modalidad de efectos en el tiempo de sentencia de control de constitucionalidad, denominado inexecutable diferida, se pueden consultar entre otras

las sentencias C-737 de 2001, C-141 de 2001, C-700 de 1999 y la sentencia C-221 de 1997 que declara una exequibilidad condicionada temporal, por 5 años, al cabo de los cuales la norma resulta inexecutable (inexecutable diferida).

21 M.P. Marina Pulido de Barón, proceso núm. 24.196

22 M.P. Jorge Luis Quintero Milanés, proceso núm. 17.089.

23 M.P. Javier Zapata Ortiz, proceso núm. 24.478.

24 C- 006 de 2003.

25 Como consecuencia de la sistematización de los requisitos anteriores, la jurisprudencia ha dispuesto que no resulta razonable la interpretación según la cual el juez penal debe verificar el cumplimiento de todos los requerimientos a los que hace referencia la norma, pues ello implicaría reconocer el beneficio de rebaja del 10% de la pena o negarlo, frente a lo cual queda excluida la posibilidad de tasar el beneficio en cuestión. Por ello se sostuvo en la sentencia T- 356 de 2007: Una segunda interpretación del artículo 70 de la Ley 975 de 2005 indica que el juez de ejecución de penas, con base en las pruebas aportadas por el condenado y aquellas que decreta de oficio, puede constatar el grado de cumplimiento de cada uno de los requisitos legales y, obrando en consecuencia, tasar el beneficio, pudiéndose entonces mover en una escala que va desde negarlo, hasta concederlo parcial o totalmente. Además, la decisión judicial, con todo, no haría tránsito a cosa juzgada material ya que si durante la vigencia del artículo la situación fáctica pudo haber cambiado, era posible volver a pronunciarse sobre la solicitud de rebaja de pena.

Esta Sala considera que la segunda interpretación resulta conforme con la Constitución por cuanto se apoya en el principio de efecto útil de la norma jurídica y es respetuosa del derecho al debido proceso penal. En efecto, el segundo inciso del artículo 70 de la Ley 975 de 2005 prescribe que “Para la concesión y la tasación del beneficio, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad tendrá en cuenta...”. De tal suerte que si el juez no pudiese verificar el grado de cumplimiento de cada uno de los requisitos, el vocablo “tasación” no tendría efecto jurídico alguno. A decir verdad, “tasar” significa medir, cuantificar y no simplemente reconocer o negar una petición.”

Además, en la mencionada sentencia T- 356 de 2007 se concluyó, a propósito del caso concreto allí estudiado, que si el juez de ejecución de penas omitió tasar la rebaja de pena de que trata el artículo 70 de la Ley 975 de 2005, incurrió en un defecto procedimental, ya que no respetó las formas legales de cada juicio, procediendo en estos casos la acción de tutela.

26 El actor en nombre propio y en calidad de representante legal de sus hijos, presentó ante el Juez de Familia de Barranquilla, acción de tutela contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, al considerar vulnerado el derecho al igualdad debido a que el accionante solicitó la inclusión de sus hijos extramatrimoniales en la partida del subsidio familiar, petición que fue negada de conformidad con los decretos 612 de 1977 y 089 de 1984, en donde los hijos concebidos fuera del matrimonio no tienen derecho al mencionado subsidio. Frente al caso la Corte Constitucional, decide conceder el amparo al derecho a la igualdad de los menores, al considerar que se configuraba una evidente vulneración de los derechos y garantías constitucionales; y en consecuencia inaplica los decretos referidos.

27 Este caso tiene como origen “la tutela presentada por un ex funcionario de la entidad en que fue nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción y posteriormente vinculado a la carrera a través de un régimen de incorporación automática. El funcionario resultó posteriormente desvinculado de la entidad, previa indemnización, en virtud de facultades legales que permitían la desvinculación de los funcionarios en tales condiciones. Meses después de la citada desvinculación, el régimen legal que autorizaba tal proceder fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional (Sentencia C-023 de 1994). Dada la declaratoria de inconstitucionalidad del régimen que autorizaba la desvinculación previa indemnización de los funcionarios de la entidad, el actor demandó ante lo contencioso administrativo el acto de desvinculación. En su demanda solicitó la protección del derecho a la estabilidad laboral. Sin embargo, la jurisdicción contenciosa concluyó que el actor no podía reclamar para sí los derechos propios de los empleados de carrera administrativa, en la medida que las normas de inscripción automática de las cuales se derivaba ese derecho eran inconstitucionales por ser contrarias al artículo 125 de la Constitución (excepción de inconstitucionalidad). No obstante, los jueces contencioso administrativos encontraron que el pago de la indemnización recibida por el actor había dado origen a un derecho

adquirido que debía ser respetado. Según el demandante, las sentencias impugnadas se apoyan en interpretaciones contrarias a la Constitución que violan su derecho al debido proceso y a la igualdad, en la medida que: (i) aplicaron indebidamente la excepción de inconstitucionalidad, al haberlo hecho de oficio y sin que fuera evidente que las normas de inscripción automática fueran contrarias a la Constitución Política; (ii) desconocieron precedentes del mismo Consejo de Estado frente a casos similares al suyo, así como la Sentencia C-030 de 1997, en la que frente a la inconstitucionalidad de algunas normas de inscripción automática a carrera administrativa la Corte Constitucional ordenó respetar los derechos de las personas inscritas antes de esa sentencia; (iii) vulneraron el artículo 83 de la Constitución Política en cuanto a la confianza legítima que la DIAN le había generado al actor al considerarlo como empleado de carrera administrativa, situación que a su juicio, no podía desconocer la jurisdicción contenciosa”.