

POTESTAD REGLAMENTARIA.-Límites; prohibición de alteración

La potestad reglamentaria de las leyes, de que trata el numeral 11 del artículo 189 de la C.P., que se ha confiado al Presidente de la República tiene la restricción de que no es posible modificar, ampliar, adicionar, enervar ni suprimir por esa vía disposiciones que el legislador ha consagrado, pues el único objeto de la norma reglamentaria es lograr el cumplimiento y efectividad de la ley que desarrolla. No le es posible al Presidente de la República, so pretexto de reglamentar la ley, introducir en ella alteraciones que desvirtúan la voluntad del legislador pues los límites de esta facultad los señala la necesidad de cumplir adecuadamente la norma que desarrolla; tiene sí la responsabilidad de hacer cumplir la ley y de crear los mecanismos necesarios para hacerla efectiva pues de lo contrario ésta quedaría escrita pero su efectividad nula; es potestativo del titular de la potestad reglamentaria definir cuáles son y con qué detalle las disposiciones de la ley que requieren reglamentación o desarrollo; si las leyes expedidas por el Congreso proveen todos los elementos indispensables para su ejecución, el órgano administrativo no tendría nada que agregar y por lo tanto no habría necesidad de ejercitar la potestad reglamentaria.

PROGRAMA DE REINCORPORACION A LA VIDA CIVIL-Evolución normativa%POLITICA DE SEGURIDAD DEMOCRATICA-Antecedentes normativos; etapas del programa humanitario%DESMOVILIZADOS-Evolución normativa

Es así como corresponde al Presidente de la República, de acuerdo con el numeral 4° del artículo 189 de la Constitución Política, conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado para lo cual debe utilizar todas las herramientas legítimas que se requieran para cumplir este mandato, dentro de las cuales están las medidas pacíficas y humanistas, hoy en día estimuladas por los organismos internacionales mediante tratados sobre derechos humanos que los Estados Parte deben cumplir. El programa para la reincorporación a la vida civil de personas que vienen de grupos alzados en armas, se fundamentó en la política de paz que viene desarrollando el Gobierno Nacional desde la década de los 80 cuando inicialmente se establecieron beneficios jurídicos y socioeconómicos para aquellas personas desmovilizadas en grupo, mediante las leyes 35 de 1984, 77 de 1989 y 104 de 2003; quienes se reincorporaban individualmente solamente tenían reducción de la pena si colaboraban con la justicia. El Decreto 1385 de 1994 permitió que los insurgentes que decidieran deponer las armas en forma individual y voluntaria pudieran recibir beneficios socioeconómicos en la medida que lo permitiera su situación jurídica y creó el Comité Operativo para la Dejación de Armas - CODA- para verificar los datos de la persona que se entrega. La Ley 418 de 1997 prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y por la Ley 782 de 2002 consagró unos instrumentos para asegurar la vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho y garantizar los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales ratificados por Colombia; esta ley recoge el contenido de la Ley 104 de 1993 y parte del Decreto 1385 de 1994. El Gobierno con el propósito de hacer efectiva la política de Seguridad Democrática, creó en 1999 el Programa de desmovilización con el propósito de permitir a los miembros de las organizaciones armadas ilegales desmovilizarse de manera individual sin esperar a que se inicie un proceso de paz formal; con esta intención y con la de ofrecer condiciones y garantías básicas para que los actores armados al margen de la ley se reincorporen de manera individual y colectiva a la vida civil, social y productiva del país de manera digna y segura, se expidió el Decreto 128 de 2003 cuya legalidad se examina en este proceso, norma que, al tenor de sus considerandos, reglamenta la Ley 418 de 1997 con sus modificaciones. Es importante resaltar que el Programa Humanitario se realiza en dos etapas, la primera de las cuales incluye desde la presentación de la persona ante la autoridad más cercana, un proceso de verificación de datos que incluye la intervención de las autoridades judiciales, alojamiento, alimentación, transporte, vestuario, atención en salud física y psicológica y seguridad; la segunda incluye, entre otras, educación formal y no formal, apoyo jurídico y

descentralización. No se puede dejar de lado el hecho de que los beneficios socioeconómicos incluyen la familia del desmovilizado.

DOCUMENTOS RESERVADOS-Lo son los expedientes sobre concesión o pérdida de beneficios económicos, jurídicos y sociales a desmovilizados / DESMOVILIZADOS- Documento reservados no sirven como prueba en acción de nulidad en que se coteja la norma acusada con las superiores / PRUEBAS EN ACCIÓN DE NULIDAD SIMPLE-Los documentos no sirven como prueba al cotejarse la infracción de normas superiores

El Ministerio del Interior y de Justicia en la contestación de la demanda, aporta documentos que considera reservados; señala, que por una parte, constituyen copias de expedientes relacionados con la concesión o pérdida de beneficios económicos, jurídicos y sociales que se otorgan a las personas desmovilizadas, en las que se incluyen datos personales y familiares, cuya reserva en la etapa de instrucción se encuentra señalada en los artículos 14 y 236 de la Ley 600 de 2000, anterior Código de Procedimiento Penal y que por otra parte, los expedientes relacionados con los beneficios socioeconómicos otorgados a los reinsertados, contienen información personal sobre identificación y ubicación de los desmovilizados que de ser puesta en conocimiento público, pondría en peligro la vida e integridad personal y de sus familias, creando una situación de orden público que atentaría contra la seguridad nacional. Estos documentos que el Ministerio del Interior y de Justicia anexó a la demanda para demostrar que en la práctica el decreto acusado sí cumple con las disposiciones superiores que el actor dice se trasgreden, no son procedentes como prueba, toda vez que se trata de una acción de nulidad simple en la que se coteja la norma acusada con los preceptos superiores.

DESMOVILIZADOS-AI ser la entrega voluntaria no hay lugar a retención que vulnere la libertad personal%COMITÉ OPERATIVO PARA LA DEJACIÓN DE ARMAS CODA-Los beneficios jurídicos no le compete otorgarlos ni operan automáticamente con la certificación de pertenencia del desmovilizado a una organización al margen de la ley y su voluntad de abandonarla%BENEFICIOS A DESMOVILIZADOS - Los beneficios jurídicos se conceden de conformidad con la ley 418 de 1997 y por la autoridad judicial respectiva%DESMOVILIZADOS-La concesión de los beneficios excluye determinados delitos como son las graves violaciones a los derechos humanos y el DIH

Solicita el actor que se anule parcialmente, por inconstitucional, ilegal y violatorio de las obligaciones internacionales, el Decreto 128 del 22 de enero de 2003, por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 en materia de reincorporación a la sociedad civil". La demanda y la contestación se resumen así: Primer cargo: El aparte "y procederá a entregárselo en un término no mayor a quince (15) días calendario adicionales" del inciso 3° del artículo 4° del Decreto 128 de 2003, viola el artículo 7° de la Convención Americana de Derechos Humanos, los artículos 28, 29 y 32 de la Constitución Política y el artículo 27 del Código Penal. El actor considera que permitir que las personas desmovilizadas se presenten en el Ministerio de Defensa Nacional, permanezcan hasta por 15 días y luego sean entregadas al Ministerio de Justicia, constituye una retención, que vulnera el derecho a la libertad personal y el deber de denuncia de los servidores públicos, quienes deben poner a disposición de la autoridad judicial competente a la persona detenida. Respuesta: De la lectura global del decreto parcialmente acusado, no se observa vulneración a las disposiciones arriba transcritas, teniendo en cuenta que no existe retención alguna, pues se trata de una entrega libre y voluntaria con fines humanitarios, lo cual no es producto de una actuación de la administración, ni del cumplimiento de una orden judicial. Segundo cargo. El aparte "y el otorgamiento a su favor, de los beneficios jurídicos y socioeconómicos

de que hablan la ley y este Decreto” de la definición de Certificación del CODA establecida en el artículo 2° del Decreto 128 de 2003 es contraria a lo dispuesto en los artículos 53 (inciso 2 del párrafo) y 60 (inciso 2) de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por las leyes 548 de 1999 y 782 de 2002 y, a lo dispuesto en los artículos 150-17 y 201 de la Constitución Política. RESPUESTA: la Sala se remite a lo expresado en párrafos antecedentes en cuanto a que los considerandos del decreto parcialmente acusado, son claros en señalar, para todos los efectos de cada una de las disposiciones del mismo, que las personas desmovilizadas bajo el marco de acuerdos con las organizaciones armadas al margen de la ley o en forma individual podrán beneficiarse, en la medida que lo permita su situación jurídica. Tercer cargo: El artículo 13 del Decreto 128 de 2003, viola lo dispuesto en los artículos 53, 57 y 60 de la ley 418 de 1997 y los artículos 150-17 y 201 de la C.P.; el artículo 13 dispone: “Artículo 13. Beneficios Jurídicos. De conformidad con la ley, tendrán derecho al indulto, suspensión condicional de la ejecución de la pena, la cesación de procedimiento, la preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria, según el estado del proceso, los desmovilizados que hubieren formado parte de organizaciones armadas al margen de la ley, respecto de los cuales el Comité Operativo para la Dejación de Armas, CODA, expida la certificación de que trata el numeral 4° del artículo 12 del presente decreto”. En estos cargos el actor considera que el CODA es incompetente para otorgar los beneficios jurídicos, porque desconoce la competencia de la autoridad judicial respectiva, dando lugar a que se concedan beneficios, como el indulto y la amnistía, sin tener en cuenta las investigaciones y los procesos por delitos diferentes a los políticos. Respuesta: los cargos carecen de sustento porque se fundamenta en una lectura e interpretación parcializada y errada de las normas acusadas, comoquiera que las mismas disposiciones demandadas establecen que dichos beneficios se conceden de conformidad con la ley, y, en este sentido, la Ley 418 de 1997 en sus artículos 50 y 53, señala claramente que a la autoridad judicial respectiva corresponde resolver sobre los beneficios jurídicos correspondientes. Los beneficios jurídicos no corresponde otorgarlos al CODA, ni operan automáticamente con la expedición de la certificación que ésta expide sobre pertenencia del desmovilizado a una organización armada al margen de la ley y su voluntad de abandonarla. Cuarto cargo: El aparte “estén siendo procesados o hayan sido condenados por delitos que”, del segundo inciso del artículo 21 del Decreto 128 de 2003 viola el artículo 50 de la Ley 418 de 1997 y los artículos 150-17 y 201-2 de la C.P. El actor considera, que la disposición restringe la prohibición para la concesión de los beneficios jurídicos, porque establece que no gozarán de ninguno de los beneficios señalados quienes estén siendo procesados o hayan sido condenados por delitos que de acuerdo con la Constitución Política, con la ley y con los tratados internacionales y que por lo tanto conlleva a que puedan gozar de dichos beneficios, personas que hayan cometido delitos graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, pero que al momento de su desmovilización no hayan sido formalmente vinculadas a un proceso penal, como sucede con quienes están siendo objeto de investigaciones previas. Respuesta: La concesión de los beneficios a los desmovilizados se encuentra excluida respecto de determinados delitos, como expresamente lo establece la norma acusada, como son las graves violaciones a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. La sindicación de violaciones graves a los derechos humanos no puede surgir de rumores, señalamientos abstractos, sospechas o percepciones ya que la lucha contra la impunidad reposa sobre la garantía de legalidad que descansa, entre otros, en el principio de que toda persona es inocente mientras no se demuestre lo contrario.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejera ponente: MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de dos mil siete (2007)

Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00109-01

Actor: GUSTAVO GALLÓN GIRALDO - COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS

Demandado: La Nación – Gobierno Nacional

El ciudadano GUSTAVO GALLÓN GIRALDO, actuando en nombre propio y en representación de la COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación tendiente a obtener la siguiente declaración:

Que se anule parcialmente, por inconstitucional, ilegal y violatorio de las obligaciones internacionales, el Decreto 128 del 22 de enero de 2003, por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 en materia de reincorporación a la sociedad civil”, expedido por el Presidente de la República.

Las disposiciones demandadas por el actor son: la frase “y procederá a entregárselo en un término no mayor de quince (15) días calendario adicionales”, contenida en el inciso tercero del artículo 4º; el aparte “y el otorgamiento a su favor, de los beneficios jurídicos y socioeconómicos de que hablan la ley y este decreto” de la definición de CODA establecida en el artículo 2º; la totalidad del artículo 13 y el aparte “estén siendo procesados o hayan sido condenados por delitos que”, contenido en el inciso segundo del artículo 21 del Decreto 128 de 2003.

I. ANTECEDENTES

El actor, en resumen, señaló lo siguiente:

Que el Decreto 128 del 22 de enero de 2003, expedido por el Gobierno Nacional para reglamentar la Ley 418 de 1997, contraría manifiestamente la Constitución Política y la ley que reglamenta, porque establece mecanismos que dan lugar a que se eluda el procedimiento judicial para la concesión de los beneficios jurídicos de indulto, suspensión condicional de la ejecución de la pena, cesación de procedimiento y resolución de preclusión de la instrucción, a

los combatientes que se entreguen voluntariamente que no hayan sido para el momento de su entrega vinculados formalmente a un proceso penal, así hayan participado en delitos diferentes a los políticos o conexos con éstos, incluyendo crímenes de guerra o de lesa humanidad.

Manifiesta que el Decreto 128 no reproduce ni desarrolla ni tiene en cuenta el procedimiento judicial establecido por la Ley 418 de 1997, para la concesión de los beneficios jurídicos; que por el contrario, el artículo 13 del decreto acusado da a entender que para tener derecho a éstos basta con la certificación del Comité Operativo para la Dejación de Armas –CODA- y que no se requiere adelantar ningún procedimiento judicial; que en la definición de certificación del CODA contenida en el artículo 2° del decreto acusado se dice que dicha certificación es la que permite el otorgamiento de los beneficios jurídicos.

Que además de lo anterior, el decreto prevé que el Ministerio de Defensa se encargue de la permanencia del desmovilizado en “instalaciones especiales de seguridad” y le ordena que entregue al combatiente al Ministerio del Interior y de Justicia en un término no mayor a 15 días, con lo cual además de violar los derechos fundamentales a la libertad y al debido proceso del desmovilizado, se da lugar a que se eluda la confesión del combatiente ante las autoridades judiciales competentes, requisito legal para la concesión de los beneficios jurídicos de cesación de procedimiento, preclusión de la instrucción y resolución inhibitoria.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

En apoyo de sus pretensiones el actor aduce, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

1er CARGO: El aparte “y procederá a entregárselo en un término no mayor a quince (15) días calendario adicionales” del inciso 3° del artículo 4° del Decreto 128 de 2003, viola el artículo 7° de la Convención Americana de Derechos Humanos, los artículos 28, 29 y 32 de la Constitución Política y el artículo 27 del Código Penal.

Señala que el artículo 3° del Decreto 128 de 2003, denominado “Desmovilización”, dispone que las personas que pretendan acceder a los beneficios previstos en el decreto, deberán presentarse ante jueces, fiscales, autoridades militares o de policía, representantes del Procurador General de la Nación o del Defensor del Pueblo, o ante las autoridades territoriales, “quienes informarán inmediatamente a la Fiscalía General de la Nación y a la guarnición militar más cercana al lugar de la entrega”.

Que de otra parte el artículo 4° del mismo decreto, denominado “recepción”, dispone que el Ministerio de Defensa Nacional recibirá al desmovilizado, dará aviso de tal circunstancia al Ministerio del Interior y procederá a entregárselo a este último “en un término no mayor a quince (15) días calendario adicionales”.

Que la norma acusada permite que una autoridad administrativa, como es el Ministerio de Defensa, mantenga retenida para efectos de su “permanencia”, es decir privada de su libertad a la persona desmovilizada por un término de 15 días, sin que la persona tenga acceso a un abogado ni a ningún tipo de defensa y también ordena que el Ministerio de Defensa ponga a la persona desmovilizada a disposición de otra autoridad administrativa, como lo es el Ministerio del Interior y de Justicia y no de las autoridades judiciales, como lo mandan expresamente las normas contenidas en los artículos 28 (inciso 2°), 29 (inciso 3°) y 32 de la Constitución Política y en el artículo 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Que la norma acusada además viola el artículo 27 del Código Penal, que ordena que el servidor público que por cualquier medio conozca de la comisión de una conducta punible que deba investigarse de oficio, inicie sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello o, en caso contrario, ponga inmediatamente el hecho en conocimiento de la autoridad competente.

Que lo que procede, de acuerdo con las normas constitucionales, con las normas legales y con las obligaciones internacionales del Estado Colombiano es que el Ministerio de Defensa entregue la persona desmovilizada a las autoridades judiciales competentes, dentro de un término que no puede exceder de 36 horas, para que éstas reciban la confesión del desmovilizado que la ley establece como condición, sine qua non, de los beneficios jurídicos y para que se realice la investigación penal tendiente a corroborar los hechos confesados.

Precisado lo anterior, el actor señala cuáles normas superiores considera que son infringidas por la frase acusada:

1.1 El Artículo 7° de la Convención Americana de Derechos Humanos, denominado “Derecho a la Libertad Personal”, que reconoce que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal y establece unas reglas mínimas para garantizar esos derechos.

Manifiesta que el aparte demandado viola los numerales 1°, 2° y 5° del artículo 7° de la Convención Americana de Derechos Humanos, porque permite que la persona desmovilizada, que ha sido recluida en una instalación especial de seguridad a cargo del Ministerio de Defensa Nacional, sea retenida por 15 días sin que sea puesta a disposición de ninguna autoridad judicial, vulnerando el derecho a la libertad personal.

1.2 En cuanto a la Constitución Política y la ley, señala el actor, que éstas en ningún momento autorizan a los funcionarios administrativos para retener a personas que se entregan voluntariamente a las autoridades civiles o militares por 15 días; que por el contrario, el artículo 32 de la C.P. dice que el delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona y que el artículo 28 de la misma a su vez ordena que la persona detenida preventivamente sea puesta a disposición del juez competente dentro de las 36 horas siguientes.

Señala que el artículo 2° de la Ley 418 de 1997 ordena expresamente que en el ejercicio de las atribuciones conferidas en dicha ley, no podrá menoscabarse el núcleo esencial de los derechos fundamentales ni alterar la distribución de competencias establecidas en la Constitución y las leyes; que si bien es cierto que el Gobierno tiene el deber de garantizar la seguridad de las personas desmovilizadas, eso no lo faculta para asumir funciones judiciales, ni para retener a dichas personas por 15 días.

Que según el artículo 4° del decreto acusado, el desmovilizado será alojado, a instancias del Ministerio de Defensa Nacional, en “instalaciones especiales de seguridad”, para procurar su seguridad personal y su permanencia, que por lo tanto no es llevado ante el funcionario judicial competente, no tiene acceso a un abogado y no es claro cuál es la naturaleza de las entrevistas que le hagan para efectos de la “valoración integral” que prevé el citado artículo.

1.3 La norma acusada viola lo dispuesto en el artículo 27 del Código Penal, según el cual, toda persona tiene el deber de denunciar a la autoridad las conductas punibles de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio, así como el servidor público que por cualquier medio conozca de la comisión de una conducta punible que deba investigarse de oficio, debe iniciar sin tardanza la investigación si tuviera competencia para ello o poner inmediatamente el hecho en conocimiento de la autoridad competente.

Afirma el actor que un combatiente que se entrega voluntariamente a las autoridades es una persona que pone de manifiesto el hecho de estar incurriendo en el delito de rebelión o sedición, concierto para delinquir o posesión de armas, cuando menos; que por esta razón su situación es equiparable a la de una persona capturada en flagrancia.

Hace énfasis el actor en el hecho de que llevar a la persona desmovilizada ante el funcionario judicial competente y poner en su conocimiento los hechos delictivos de los que tuviere noticia, es la única manera de cumplir con lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 418 de 1997, según el cual los beneficios jurídicos sólo se pueden conceder a quienes confiesen y hayan sido denunciados o procesados por hechos constitutivos de delitos políticos; que conforme al artículo 280 del Código de Procedimiento Penal, la confesión, para que sea válida, debe ser hecha ante funcionario judicial.

2. El aparte “y el otorgamiento a su favor, de los beneficios jurídicos y socioeconómicos de que hablan la ley y este Decreto” de la definición de Certificación del CODA establecida en el artículo 2° del Decreto 128 de 2003 es contraria a lo dispuesto en los artículos 53 (inciso 2 del párrafo) y 60 (inciso 2) de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por las leyes 548 de 1999 y 782 de 2002 y, a lo dispuesto en los artículos 150-17 y 201 de la Constitución Política.

Que la norma acusada define la certificación de CODA así:

“Certificación del CODA. Es el documento que expide el Comité Operativo para la Dejación de las Armas, CODA, dando cuenta de la pertenencia del desmovilizado a una organización armada al margen de la ley y de su voluntad de abandonarla. Esta certificación permite el ingreso del desmovilizado al proceso de reincorporación y el otorgamiento a su favor, de los beneficios jurídicos y socioeconómicos de que hablan la ley y este decreto.” (la parte demandada subrayada por el actor).

2.1 Manifiesta el actor que la parte subrayada viola los artículos 53 y 60 de la Ley 418 de 1997, porque establece que la certificación del CODA permite el otorgamiento a favor del desmovilizado de los beneficios jurídicos desconociendo abiertamente el trámite y los requisitos que establece la ley para conceder dichos beneficios jurídicos; que de conformidad con la citada Ley 418 de 1997, es el fiscal o juez competente, de acuerdo con

el estado del proceso, el que otorga los beneficios jurídicos al desmovilizado, no el CODA, ni ninguna otra autoridad administrativa o militar.

Anota el actor que la Ley 418 de 1997 “por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones” establece los procedimientos para el otorgamiento de indultos y de los beneficios de cesación de procedimiento, resolución de preclusión de la instrucción y resolución inhibitoria, ante las autoridades judiciales, así:

“Artículo 53. La calidad de miembro de un grupo armado organizado al margen de la ley se comprobará por el reconocimiento expreso de los voceros o representantes del mismo, por las pruebas que aporte el solicitante, o mediante la información de que dispongan las instituciones estatales.

Parágrafo: Cuando se trate de personas que hayan hecho abandono voluntario de un grupo armado organizado al margen de la ley, y se presenten ante las autoridades civiles, judiciales o militares, la autoridad competente enviará de oficio, en un término no mayor de tres (3) días más el de la distancia, la documentación pertinente al Comité Operativo para la Dejeción de Armas, creado por el Decreto 1385 de 1994, para que resuelva si expide o no la certificación a que hace referencia el artículo 1° del mencionado decreto. La decisión tomada por el Comité Operativo para la Dejeción de Armas deberá ser enviada, además del Gobierno Nacional, a la autoridad judicial competente, **quien con fundamento en ella decidirá lo pertinente respecto a los beneficios a que hace referencia el presente título**”. (subrayas y negrillas del actor)

Que el artículo 1° del Decreto 1385 de 1994, estableció expresamente la competencia del CODA, así:

“La valoración de las circunstancias del abandono voluntario y la pertenencia del solicitante a un grupo guerrillero, corresponderá hacerla al Comité Operativo para la Dejeción de las Armas de que trata el artículo 4° de este decreto, el cual se podrá basar en la información suministrada por los organismos de seguridad del Estado, los medios de prueba que aporte el

interesado, la entrega material de las armas a la autoridad competente y los demás elementos de juicio que considere pertinentes”.

Efectuada dicha valoración el Comité Operativo expedirá una certificación que contenga el nombre de la persona que a su **juicio pueda solicitar los beneficios señalados**”. (Subrayas y negrillas del actor)

Resalta que de la lectura de las normas citadas, al CODA le compete, conforme a la ley, evaluar y certificar las circunstancias de abandono voluntario y la pertenencia del solicitante a un grupo armado organizado al margen de la ley, no, como se pretende, “permitir el otorgamiento” de los beneficios jurídicos.

Que la definición de certificación del CODA del artículo 2° y el artículo 13 del Decreto 128 de 2003, modificaron el artículo 1° del Decreto 1385 de 1994 justamente para atribuirle al Comité una facultad de la que antes carecía: la de “permitir” el otorgamiento a favor del desmovilizado de los beneficios jurídicos; que de acuerdo con la Ley 418 de 1997, la certificación es el primer requisito para que el desmovilizado pueda solicitarlos; señala que legalmente la certificación no podría, de manera legítima, reemplazar el procedimiento judicial, como lo ha pretendido el Gobierno a través del Decreto 128 de 2003.

Que para que el desmovilizado pueda acceder a los beneficios jurídicos, la ley dispone que la certificación expedida por el CODA debe ser enviada a la autoridad judicial competente, con el objeto de que ésta decida lo pertinente respecto del indulto y de los demás beneficios jurídicos previstos en la ley.

Cita el actor un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil¹ que dice que la certificación a que hace referencia el artículo 1° del Decreto 1385 de 1994 se concreta a dar cuenta de la voluntad de reincorporación a la vida civil, de quienes por decisión voluntaria abandonen una organización armada al margen de la ley, a la cual se le haya reconocido carácter político, y se presenten ante las autoridades civiles, judiciales o militares, que dicha valoración comprende las circunstancias del abandono voluntario y la pertenencia del solicitante al grupo armado y que no corresponde al Comité Operativo evaluar las conductas punibles para efecto de expedir la certificación; dicha evaluación compete a la autoridad que deba decidir sobre la concesión de los beneficios. (subraya el actor)

¹ Sala de Consulta y Servicio Civil, 24 de julio de 2002, Radicación N° 1426, C.P. Dr. Augusto Trejos Jaramillo

Que por lo tanto la ley dispone que la certificación del CODA debe ser remitida a la autoridad competente, para que esta última decida lo pertinente.

Que en el caso del indulto la competencia se radicó en cabeza del Presidente de la República y del Ministro del Interior y de Justicia, previa decisión judicial sobre si el delito cuyo indulto se pretende es un delito político.

Y, que en el caso de los beneficios de cesación de procedimiento, preclusión de la instrucción y resolución inhibitoria, la radicó en cabeza del fiscal o juez competente, de acuerdo con el estado del proceso penal; que sobre estos beneficios, el artículo 60 de la Ley 418 de 1997, establece:

“Artículo 60. Se podrán conceder también, según proceda, de acuerdo con el estado del respectivo proceso penal, la cesación del procedimiento, la resolución de preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria, **a quienes confiesen** y hayan sido o fueren denunciados o procesados por hechos constitutivos de los delitos a que se refiere este título y no hayan sido aún condenados mediante sentencia ejecutoriada.

Para estos efectos, se tramitará la solicitud de acuerdo con los artículos anteriores y una vez verificados los requisitos, **el Ministerio de Justicia y del Derecho remitirá la solicitud al Tribunal correspondiente, o a la Dirección de Fiscalía ante la cual se adelante el trámite, quienes deberán emitir de plano la providencia que decida la respectiva solicitud, en los términos legales y observando el principio de celeridad**”. (subrayas y negrillas del actor)

2.2 Anota que el aparte demandado también viola los artículos 150-17 y 201 de la C.P. pues da lugar a que se indulten o amnistien delitos diferentes a los delitos políticos, lo cual permite que se sustraiga el trámite del conocimiento de las autoridades judiciales y que se concedan los beneficios sin tener en cuenta las investigaciones y los procesos que obren por la participación en delitos comunes.

3. El artículo 13 del Decreto 128 de 2003, viola lo dispuesto en los artículos 53, 57 y 60 de la ley 418 de 1997 y los artículos 150-17 y 201 de la C.P.; el artículo 13 dispone:

“Artículo 13. Beneficios Jurídicos. De conformidad con la ley, tendrán derecho al indulto, suspensión condicional de la ejecución de la pena, la cesación de procedimiento, la preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria, según el estado del proceso, los desmovilizados que hubieren formado parte de organizaciones armadas al margen de la ley, respecto de los cuales el Comité Operativo para la Dejación de Armas, CODA, expida la certificación de que trata el numeral 4° del artículo 12 del presente decreto”.

Manifiesta el actor que esta norma acusada, en estricta conexión con la definición de certificación del CODA contenida en el artículo 2° del mismo Decreto 128 de 2003, permite que se entienda que el único requisito para la concesión de los beneficios jurídicos es la certificación de la pertenencia a un grupo armado organizado al margen de la ley y la voluntad de abandonarlo, desconociendo los requisitos y el procedimiento que establece la Ley 418 de 1997 para que las personas desmovilizadas puedan tener derecho a éstos.

Que a pesar de que la norma acusada incluye la expresión “de conformidad con la ley”, en su cuerpo no desarrolla ni tiene en cuenta los requisitos legales para que el desmovilizado pueda acceder a los beneficios jurídicos.

Que el artículo 53 de la Ley 418 de 1997 establece que:

“La decisión tomada por el Comité Operativo para la Dejación de las Armas deberá ser enviada, además del Gobierno Nacional, a la autoridad judicial competente, quien con fundamento en ella decidirá lo pertinente respecto a los beneficios a que hace referencia el presente título.”.

Que como ya se demostró, la certificación del CODA no es el único requisito legal para que la persona desmovilizada pudiera acceder al indulto o a la amnistía; que conforme al conjunto de normas del Título III, “causales de extinción de la acción y de la pena en casos de delitos políticos”, de la Ley 418, la certificación sobre la pertenencia a un grupo armado organizado al margen de la ley y la voluntad de abandonarlo es apenas el primer requisito para poder solicitar los beneficios jurídicos, no el único.

Que el artículo 13 viola los artículos 57 y 58 de la Ley 418, porque elimina como requisito para tener derecho al indulto todo el procedimiento que el legislador estableció en dichos

artículos; que de acuerdo con el artículo 13 acusado, bastaría con la certificación del CODA para tener derecho al indulto; que según los citados artículos el procedimiento para obtener el indulto empieza con la solicitud que realice el interesado al Ministerio del Interior y de Justicia y termina con la resolución ejecutiva que dicte el Presidente de la República, acto susceptible del recurso de reposición; que quien decide si el delito cuyo indulto se pretende es un delito político o no y en consecuencia, si procede o no el otorgamiento del indulto es el juez competente.

Que el artículo 13 acusado además de suprimir el requisito legal de la confesión, da lugar a que se elimine, como requisito indispensable para tener derecho a los beneficios, la decisión de la autoridad judicial competente sobre si procede o no la concesión de la cesación de procedimiento, la preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria; la norma acusada da a entender que para tener derecho a los beneficios basta con la certificación del CODA y que no se requiere de ningún otro procedimiento ni de decisión judicial alguna de fondo.

4. El aparte “estén siendo procesados o hayan sido condenados por delitos que”, del segundo inciso del artículo 21 del Decreto 128 de 2003 viola el artículo 50 de la Ley 418 de 1997 y los artículos 150-17 y 201-2 de la C.P.

Manifiesta el actor que el artículo 21 del Decreto 128 de 2003 que se denomina “Condiciones”, incluye algunos límites a la concesión de los beneficios de que trata el mismo decreto; el primer inciso establece algunas concesiones para los beneficios socioeconómicos y en el segundo se incluye una frase sobre los beneficios jurídicos; el inciso segundo dice:

“No gozarán de ninguno de los beneficios señalados quienes estén siendo procesados o hayan sido condenados por delitos que de acuerdo con la Constitución Política, a la ley o a los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia no puedan recibir esta clase de beneficios. Los beneficios de la reincorporación no excederán el término de dos (2) años, plazo que se reputa suficiente para que se cumpla la reincorporación definitiva de la persona desmovilizada a la vida civil. El Ministerio del Interior, mediante resolución motivada, podrá ampliar este término en casos y por razones excepcionales”. (parte acusada subrayada por el actor)

Argumenta que esta disposición establece la prohibición de conceder los beneficios jurídicos de que trata el decreto, a las personas que “estén siendo procesadas” o “hayan sido condenadas” por delitos que no son amnistiables o indultables conforme a la Constitución Política, la ley o los tratados internacionales, lo cual quiere decir que podrán gozar de los beneficios señalados quienes no estén siendo procesados o no hayan sido condenados por delitos no amnistiables o indultables.

Asevera que conforme a la norma acusada, las personas que hayan cometido graves violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario podrán ser indultadas o amnistiadas por el hecho de que al momento de su desmovilización no hayan sido condenadas o no estén siendo procesadas penalmente, es decir no hayan sido formalmente vinculadas a un proceso penal; que en consecuencia, la norma patrocina la impunidad de las infracciones graves al derecho internacional humanitario y de las violaciones graves a los derechos humanos.

4.1 De acuerdo a lo anterior, la disposición acusada viola el artículo 50 inciso 3° de la Ley 418 de 1997, que dice:

“No se aplicará lo dispuesto en este título a quienes **realicen** conductas constitutivas de actos atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión”. (subrayado y negrilla del actor).

Que la norma legal no sujeta la prohibición de concesión de amnistías o indultos al hecho de que se haya vinculado formalmente al desmovilizado a un proceso penal, ni a que este haya sido condenado; que la prohibición legal es incondicional. La ley dice que no podrán otorgarse indultos o amnistías a quienes realicen conductas que por su naturaleza no son amnistiables ni indultables, sin importar si han sido vinculados formalmente a un proceso penal o no.

Anota que la norma acusada restringe, de manera significativa, el campo de aplicación de la prohibición legal y abre la puerta para que se concedan beneficios jurídicos de indulto, suspensión condicional de la ejecución de la pena, cesación de procedimiento, preclusión de la instrucción o resolución inhibitoria en varias hipótesis en las cuales la persona, a pesar de haber realizado graves violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario, no ha sido vinculada formalmente al proceso penal; que es el caso de la

persona que ha cometido un delito y no ha sido investigada en absoluto por la justicia y de la persona que ha cometido un delito y está siendo objeto de indagaciones preliminares y no ha sido vinculada formalmente al proceso.

Que el artículo 62 de la Ley 418 de 1997, establece que “las personas a quienes se concede el indulto o respecto de las cuales se decreta la cesación de procedimiento, la preclusión de la investigación, o se dicte resolución inhibitoria, o se les otorgue el beneficio de suspensión condicional de la pena, en desarrollo de estas disposiciones, no podrán ser procesadas o juzgadas por los mismos hechos que dieron lugar a su otorgamiento ...” y que la disposición demandada, permite que la persona que se beneficie por ejemplo con una resolución inhibitoria, no pueda ser procesada por los mismos hechos que eran objeto de la investigación previa, a pesar de que posteriormente aparezcan nuevas pruebas que desvirtúen los fundamentos que sirvieron de base para proferirla; que por ello la prohibición de conceder los beneficios jurídicos a quienes estén siendo procesados o hayan sido condenados por delitos no indultables o amnistiables debe cobijar a quienes estén involucrados en investigaciones previas, pues el artículo 50 de la ley 418 de 1997, a la que ha debido sujetarse el Decreto acusado, ordena que un desmovilizado que haya cometido actos atroces, sin importar si se ha vinculado formalmente a un proceso o no, no puede ser válidamente amnistiado ni indultado.

4.2 Que el inciso 2° del artículo 21 del Decreto acusado viola los artículos 150-17 y 201-2 de la Constitución Política, porque el hecho de que el Gobierno Nacional haya autorizado para que se les conceda la resolución inhibitoria a los desmovilizados que puedan estar incurso en graves violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario contradice las normas constitucionales, porque deja por fuera de la prohibición de conceder amnistías por delitos no amnistiables a quienes estén involucrados en investigaciones previas, pues conforme al artículo 332 del C de P.P. “el imputado quedará vinculado al proceso una vez sea escuchado en indagatoria o declarado persona ausente”.

De lo anterior concluye que en la medida en que la persona involucrada en la investigación previa no puede tenerse, conforme a la ley procesal penal colombiana, como procesada, no la cubre la prohibición y, en consecuencia, podría acceder al beneficio jurídico de resolución inhibitoria, así los hechos objeto de la indagación previa constituyan delitos diferentes a los delitos políticos.

Finalmente el actor transcribe apartes de la Sentencia C-171 de 1993 en la cual la Corte Constitucional al pronunciarse sobre el estatus constitucional de los delitos políticos advirtió que es una clara violación de la Constitución el dar al delincuente común el mismo tratamiento del delincuente político.

III. CONTESTACION DE LA DEMANDA

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

Solicita que se denieguen las pretensiones de la demanda, porque los supuestos en que ésta se fundamenta no son ciertos, por cuanto se les está otorgando a las normas demandadas una interpretación y efectos que no contienen.

Señala en primer lugar, que es importante resaltar que el programa para la reincorporación a la vida civil de personas y grupos alzados en armas obedece a toda una política de paz que se viene desarrollando desde hace varios años por el Gobierno Nacional, bajo el esquema de solución pacífica del conflicto.

Manifiesta que la Corte Constitucional en relación con la política de paz² ha señalado que la Carta de 1991 es una “Constitución para la paz”, que todos los ciudadanos y las autoridades deben adelantar medidas eficaces no sólo para prevenir sino también para eliminar los actos de agresión y quebrantamiento de la paz y que la rama ejecutiva es la principal responsable de cumplir con la obligación de adelantar los medios pertinentes y necesarios para proteger la seguridad de los habitantes del territorio nacional, de conformidad con el numeral 4° del artículo 189 superior; que para ello el Presidente puede adoptar diferentes tipos de medidas pacíficas o coercitivas; que los instrumentos pacíficos se acomodan mejor a la filosofía humanista y al amplio despliegue normativo en torno a la paz que la Constitución propugna.

Que también dijo la Corte Constitucional que los principios del derecho internacional que propugnan la solución pacífica de los conflictos externos y señalan el deber de todo Estado de no recurrir en primera instancia a la amenaza o al uso de la fuerza, son plenamente aplicables al conflicto interno colombiano; que debe recordarse que el derecho internacional público ha concebido la negociación como un método no jurisdiccional de solución pacífica de las controversias, por medio del cual se confía el arreglo, principalmente a las partes en conflicto y por ello “los órganos políticos tienen amplio margen de discrecionalidad para diseñar los

² Corte Constitucional Sentencia C-048 del 24 de enero de 2001. M.P. Eduardo Montealegre.

mecanismos de solución pacífica de conflictos”; que dada la índole del compromiso que se contrae y sus repercusiones, el contenido del acuerdo de paz no puede quedar en manos de persona distinta a aquella que tiene a su cargo la conducción del orden público, por tanto son funciones reservadas al fuero presidencial no delegables.

Hace un recuento de los antecedentes y naturaleza del programa de desmovilizados que se resumen así:

Que la desmovilización individual del Programa para la reincorporación tuvo como antecedentes la desmovilización de insurgentes producto de los acuerdos de paz celebrados durante la década de los 90; que las Leyes 35 de 1984, 77 de 1989 y 104 de 1993, establecieron beneficios jurídicos y socioeconómicos; que quienes se desmovilizaran individual y voluntariamente tenían derecho a reducción de la pena si colaboraban con la justicia.

Anota que con la expedición del Decreto 1385 de 1994 se comenzó a abrir espacio para los insurgentes que decidieran deponer las armas en forma individual y voluntaria; que se creó un Comité -CODA- para que evaluara el cumplimiento de los requisitos exigidos para acceder a los beneficios de que trata el citado Decreto, diseñara los programas de reinserción socioeconómica y otorgara o negara los beneficios económicos y sociales a quienes lo soliciten.

Señala que en el año de 1997 la Ley 418 recogió el contenido de la Leyes 104 de 1993 y parte del Decreto 1385 de 1994, normas que rigen en la actualidad con las modificaciones implementadas por las Leyes 548 de 1999 y 782 de 2002 y, que el Decreto 128 de 2003 reglamentó la Ley 782 de 2002; que estas normas tienen carácter especial y que su aplicación es preferente.

Que el Decreto 128 del 22 de enero de 2003 permite a los miembros de las autodefensas que se acojan al Programa de Desmovilización creado en 1999 con el propósito de permitir a los miembros de las organizaciones armadas ilegales desmovilizarse de manera individual sin esperar a que se inicie un proceso de paz formal; con este propósito se establecieron claramente dos etapas dentro del programa para la reincorporación a la vida civil: el de desmovilización a cargo del Ministerio de Defensa Nacional y el de Reincorporación propiamente dicho a cargo del Ministerio del Interior y de Justicia.

Precisa que la ejecución de este programa se justifica en el diagnóstico y en las soluciones propuestas en el Objetivo de Seguridad Democrática de las Bases del Plan Nacional de

Desarrollo 2002-2006, Hacia un Estado Comunitario.

Manifiesta que la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2003 establece que las personas desmovilizadas bajo el marco de acuerdos con las organizaciones armadas al margen de la ley o en forma individual podrán beneficiarse **“en la medida que lo permita su situación jurídica”**, de los programas de reincorporación socioeconómica que para el efecto establezca el Gobierno Nacional; que esta ley establece que en la aplicación de las atribuciones que confiere, se seguirán los criterios de proporcionalidad y necesidad, mientras que para la determinación de su contenido y alcance, el intérprete deberá estarse al tenor literal según el sentido natural y obvio de las palabras, sin que, so pretexto de desentrañar su espíritu, puedan usarse facultades no conferidas de manera expresa. (resalta la Sala)

Que esta misma ley dispone que en el ejercicio de las mismas facultades no podrá menoscabarse el núcleo esencial de los derechos fundamentales, ni alterar la distribución de competencias establecidas en la Constitución y en las leyes.

Anota que el Decreto 128 de 2003 es sólo una reglamentación de una norma de mayor jerarquía, la cual no está modificando, adicionando o derogando disposición alguna de la citada Ley 418 modificada por la Ley 782 de 2002 y que “como toda reglamentación sólo toca algunos apartes de la norma principal, sin que necesariamente deba entrar a efectuar aclaraciones de cada una de sus disposiciones”.

Explica la entidad demandada que el Programa se desarrolla en dos etapas: la primera, denominado Programa de Atención Humanitaria, a cargo del Ministerio de Defensa Nacional, que comienza con la presentación de la persona ante la autoridad más cercana y termina cuando el Comité Operativo para la Dejación de Armas -CODA- luego de realizar un proceso de verificación que incluye la intervención de las autoridades judiciales, quienes son las que deciden sobre los beneficios jurídicos, decide si la persona puede o no acceder a los beneficios socioeconómicos del Programa; esta etapa incluye alojamiento, alimentación, transporte, vestuario, atención en salud física y psicológica y seguridad.

La segunda etapa, denominada Programa de Reincorporación a la vida civil de las personas alzadas en armas, a cargo del Ministerio del Interior y de Justicia, tiene una duración aproximada de dos años, con los siguientes componentes: atención humanitaria que incluye albergues,

vestido, alimentación y transporte, salud, educación formal y no formal, seguridad, asesoría jurídica, atención psicosocial, sistema de información y descentralización del programa.

Visto lo anterior, entra a analizar cada disposición demandada, así:

1ª. Pretensión: que se declare la nulidad del aparte “ y procederá a entregárselo en un término no mayor a quince (15) días calendario adicionales” del inciso tercero del artículo 4° del Decreto 128 de 2003, sobre el cual la demanda reprocha que la norma permita que una autoridad administrativa, como es el Ministerio de Defensa, mantenga retenida, es decir privada de su libertad, a una persona por un término de 15 días, sin que la persona tenga acceso a un abogado ni a ningún tipo de defensa y, que además, ordene que lo ponga a disposición de otra autoridad administrativa -Ministerio del Interior y de Justicia- y no de las autoridades judiciales como lo ordena la C.P., la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 27 del Código Penal.

Manifiesta la entidad demandada que la apreciación del actor es errónea porque el desmovilizado que entra al programa se presenta “voluntariamente”, no a través de orden judicial, dándosele la calidad de “sujeto pasivo de ayuda humanitaria” y no de retenido.

Que los presupuestos que se establecen para dar aplicación al artículo 28 de la Constitución Política que señala “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley” y al artículo 7° de la Convención de Derechos Humanos, es que la persona se encuentre retenida o detenida, para lo cual sí se deben cumplir los requisitos constitucionales, a saber: la existencia de un mandamiento escrito de autoridad judicial competente, el respeto a las formalidades legales y la existencia de un motivo previamente definido en la ley.

Que lo anterior se corrobora con lo establecido en el artículo 3° del mismo Decreto 128 de 2003 que establece que las personas que pretendan acceder a los beneficios previstos en este decreto deberán presentarse ante jueces, fiscales, autoridades militares o de policía, representantes del Procurador, representantes del Defensor del Pueblo o autoridades territoriales, quienes informarán inmediatamente a la Fiscalía General de la Nación y a la guarnición más cercana al lugar de la entrega.

Hace énfasis en que no es cierto, como lo manifiesta el demandante, que la persona que se desmoviliza es una persona que pone de manifiesto que está incurriendo en un delito de rebelión o sedición y por lo tanto es equiparable a la de una persona capturada en flagrancia, en tanto ésta, así como la detención preventiva, constituyen las excepciones constitucionales al régimen de reserva judicial.

Que en términos generales, el concepto de flagrancia se refiere a aquellas situaciones en donde la persona es sorprendida y capturada en el momento de cometer un hecho punible o cuando es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible.

Que la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal- mediante auto de diciembre 1° de 1987, consideró que la flagrancia debe entenderse como una “evidencia procesal” en cuanto a los partícipes, derivada de la oportunidad que han tenido una o varias personas de presenciar la realización del hecho o de apreciar al delincuente con objetos, instrumentos o huellas que indiquen fundadamente su participación en el hecho punible.

Anota que a su vez la Corte Constitucional,³ ha dicho que para entenderse la flagrancia se debe tener en cuenta el requisito de la actualidad, es decir que las personas se encuentren en el sitio, puedan precisar si vieron, oyeron o se percataron de la situación y que además se requiere la identificación de la persona, que lleve a la aproximación del grado de certeza de que fue esa persona y no otra la que realizó el hecho; que la Corte anotó que por lo tanto no es considerada flagrancia cuando la persona es reconocida al momento de cometer el delito, pero es capturada mucho tiempo después, porque lo que justifica la excepción al principio constitucional de la reserva judicial de la libertad en los casos de flagrancia, es la inmediatez de los hechos delictivos y la premura que debe tener la respuesta que hace imposible la obtención previa de la orden judicial.

Manifiesta la entidad que con los anteriores pronunciamientos queda demostrado que cuando un insurgente se desmoviliza no obtiene la calidad de detenido o capturado en flagrancia, sino que es una acción voluntaria que pone en movimiento todas las alternativas establecidas en el Programa de Reinserción, el cual no se creó para administrar un régimen de privación de la libertad, sino para administrar la ayuda humanitaria que se brinda al desmovilizado, cuya situación jurídica es el de un sujeto pasivo de ayuda humanitaria y no el de un detenido o capturado; significa lo anterior que el desmovilizado por cuenta del Ministerio de Defensa se

³ Sentencia C-024 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero

encuentra bajo un régimen de libertad absoluta de locomoción y de conducta, sólo limitado por “El Manual de Convivencia para Hogares de Paz”.

Concluye la entidad señalando que cuando la persona que se desmoviliza se presenta para ingresar al Programa, las entidades desconocen si son sujetos de delitos o no, por lo cual se inician las investigaciones a que haya lugar.

2ª. Pretensión: que se declare la nulidad del aparte “y el otorgamiento a su favor, de los beneficios jurídicos y socioeconómicos de que hablan la ley y este decreto” de la definición de Certificación del CODA establecida en el artículo 2º del Decreto 128 de 2003, que según el actor viola los artículos 53 y 60 de la Ley 418 de 1997, porque la certificación del CODA permite el otorgamiento a favor del desmovilizado de los beneficios jurídicos y da lugar a que se sustraiga su trámite del conocimiento de las autoridades judiciales.

Manifiesta la parte demandada que el Comité Operativo para la Dejación de Armas, de conformidad con el Decreto 128 de 2003 es un órgano de carácter administrativo, interinstitucional, encargado de certificar a las personas que llenen los siguientes requisitos: 1. pertenencia a un grupo armado. 2. entrega voluntaria y 3. la manifiesta voluntad de reincorporación a la vida civil; está integrado por un delegado del Ministro de Justicia y del Derecho (hoy Ministerio del Interior y de Justicia), quien lo preside; un delegado del Ministro de Defensa Nacional, a cargo del cual está la secretaría técnica; un funcionario del programa de reincorporación del Ministerio del Interior; un delegado del Fiscal General de la Nación; un delegado del Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y un delegado del Defensor del Pueblo.

Que de la misma naturaleza del CODA se puede deducir la naturaleza del documento que expide, es decir del certificado que da cuenta de la pertenencia del desmovilizado a una organización armada al margen de la ley y de su voluntad de abandonarla, certificación que permite el ingreso del desmovilizado al proceso de reincorporación y el otorgamiento a su favor, de los beneficios jurídicos y socioeconómicos de que hablan la ley y el decreto cuestionado.

Que la certificación del CODA es un documento público administrativo, que da fe pública de una situación subjetiva particular y que tiene efectos jurídicos frente a terceros (Vgr frente al Ministerio del Interior y de Justicia, la Red Pública Hospitalaria, el Ministerio de Educación) y efectos probatorios frente a autoridades judiciales en su carácter de documento público; anota que a pesar de que en el CODA tiene asiento un delegado del Fiscal General de la Nación, este

documento no tiene el carácter de resolución judicial y que, como documento probatorio que es, puede ser controvertido al interior del proceso penal que se adelante contra el desmovilizado.

Que la certificación del CODA no borra la situación jurídica particular, no tiene la facultad de borrar los delitos de lesa humanidad o limpiar antecedentes judiciales, como tampoco es un perdón o gracia política como sí lo son la amnistía y el indulto.

Anota que la norma es muy clara al expresar que la certificación permite al inmovilizado entrar al Programa de Reincorporación y el otorgamiento a su favor de los beneficios jurídicos y socioeconómicos de que hablan la ley y el Decreto 128 de 2003; que es obvio que se refiere a la Ley 418 de 1997.

Que la disposición cuya nulidad se pretende, en ninguna parte manifiesta que es el CODA quien otorga los beneficios jurídicos o que permite la sustracción del trámite establecido por la ley para la concesión de los beneficios jurídicos a quien tiene el certificado.

Que el artículo 53 de la Ley 418 de 1997, tiene un párrafo que establece que cuando se trate de personas que hayan hecho abandono voluntario de un grupo armado organizado al margen de la ley, y se presenten ante las autoridades civiles, judiciales o militares, la autoridad competente enviará de oficio, en un término no mayor de 3 días más el de la distancia, la documentación pertinente al CODA creado por Decreto 1385 de 1994, para que resuelva si expide o no la certificación y, que en el último inciso de la misma disposición se estipula que la decisión tomada por el Comité Operativo deberá ser enviada, además del Gobierno Nacional, a la autoridad judicial competente, quien con fundamento en ella decidirá lo pertinente respecto a los beneficios a que hace referencia el presente título.

Que precisamente por lo anterior el Decreto 128 de 2003 reproduce la Ley 418 de 1997 al considerar, en el inciso 3° de su motivación, que las personas desmovilizadas bajo el marco de acuerdos con las organizaciones armadas al margen de la ley o en forma individual podrán beneficiarse, “en la medida que lo permita su situación jurídica”, de los programas de reincorporación socioeconómica que para el efecto establezca el Gobierno Nacional; que de esta forma se estableció de manera explícita que no se podrá adquirir ningún beneficio en el proceso de desmovilización, cuando la situación jurídica del desmovilizado no lo permita, es decir, en casos de delitos comunes y con mayor razón en casos de delitos de lesa humanidad, porque esta situación jurídica sólo es posible establecerla a través del estudio y la investigación de una autoridad judicial.

Que además la demanda desconoce que el Decreto 128 de 2003 establece en el párrafo 1° del artículo 4°, que para efectos de adelantar la investigación correspondiente y definir la situación jurídica de las personas beneficiarias, el Ministerio del Interior coordinará con la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura la designación de fiscales y jueces de menores, como también olvida el actor que el párrafo 3 del artículo 12 del decreto acusado estipula que el CODA dispone de 20 días comunes, contados desde la fecha en la cual se recibe la documentación, para certificar y notificar ante las autoridades competentes la pertenencia del desmovilizado a una organización armada al margen de la ley y su voluntad de abandonarla; que cuando se dice autoridades competentes, se refiere precisamente a las autoridades judiciales.

3ª. Pretensión: que se declare la nulidad del artículo 13 del Decreto 128 de 2003, que según el demandante viola los artículos 53, 57 y 60 de la Ley 418 de 1997 porque permite pensar que es el único requisito para: la concesión de indultos y amnistías, cesación de procedimiento, preclusión de la instrucción y resolución inhibitoria, la certificación del CODA, desconociendo los requisitos y el procedimiento que establece la mencionada Ley 418 de 1997 para que las personas desmovilizadas puedan tener derecho a los beneficios jurídicos.

Manifiesta que tal como lo ha explicado, la certificación del CODA es el inicio para que las personas que deseen reintegrarse a la vida civil puedan acceder al programa de reinsertados y a los beneficios que éste tiene, que por lo tanto la norma demandada no tiene los alcances que el demandante quiere darle; que otra cosa es que el Gobierno Nacional, en uso de su poder reglamentario, juzgue no necesario reproducir una norma de carácter legal en el cuerpo del texto de un decreto reglamentario, por redundancia, economía o técnica jurídica y por consiguiente no debe entenderse que la norma no reproducida fue derogada o no se aplica.

Que se debe tener en cuenta que el Decreto 128 de 2003 no pretende regular de forma exhaustiva todos los complejos contenidos de la Ley 418 de 1997 y las leyes que lo prorrogaron o modificaron, pues sólo pretende regular un aspecto muy puntual de toda la política de reincorporación: el acceso a los beneficios socioeconómicos y, por lo tanto, no desarrolla exhaustivamente el aspecto de los beneficios jurídicos, lo cual no quiere decir que por parte del CODA o de los operadores judiciales no se apliquen o se desconozcan las normas legales que rigen la materia.

Aduce que la evidencia jurídica de lo anterior se encuentra en las consideraciones del decreto acusado, que establecen que las personas desmovilizadas bajo el marco de acuerdos con la

organizaciones armadas al margen de la ley o en forma individual podrán beneficiarse, en la medida que lo permita su situación jurídica, de los programas de reincorporación socioeconómica que para el efecto establezca el Gobierno Nacional y que es preciso fijar condiciones que de manera precisa y clara permitan establecer competencias, asignar funciones y desarrollar procedimientos para acceder a los beneficios socioeconómicos, una vez iniciado el proceso de reincorporación.

Que corrobora lo anterior el propio reglamento del CODA, Acuerdo N° 001 de 2002, que en su artículo 12 dice que éste cumplirá, entre otras, las funciones de:

“

5. Tramitar las solicitudes de aplazamiento o suspensión de la ejecución de la pena e indulto ante los jueces de ejecución de penas y el Ministerio del Interior y de Justicia.

....

9. Solicitar a los organismos de seguridad del Estado, autoridades judiciales y demás instituciones competentes, la información que posean sobre la persona que desea reincorporarse a la vida civil, caso en el cual procederá el aplazamiento de la decisión.

10. Comunicar a las autoridades competentes la pertenencia del desmovilizado a una organización armada al margen de la ley y su voluntad de abandonarla.”

.... (subrayado de la entidad)

Que además el artículo 14 del citado acuerdo fija las funciones del Secretario Técnico del Comité, así:

“....

3. Comunicar la decisión que adopte el Comité Operativo para la Dejación de Armas -CODA, a las autoridades competentes dentro de los cinco (5) días siguientes.

....

6. Expedir copias auténticas de las certificaciones con destino a las autoridades.
(subrayado de la entidad)

4ª. Pretensión: que se declare la nulidad del aparte “estén siendo procesados o hayan sido condenados por delitos que” del segundo inciso del artículo 21 del Decreto 128 de 2003, que el

actor considera violatorio del artículo 50 de la Ley 418 de 1997 y los artículos 150-17 y 201-2 de la C.P., porque las personas que hayan cometido graves violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario podrían ser indultadas o amnistiadas por el hecho de que al momento de su desvinculación no hayan sido condenadas o no estén siendo procesadas penalmente y por tanto la norma patrocina la impunidad.

La entidad demandada manifiesta que el sistema jurídico internacional de defensa de los derechos humanos en medio de los conflictos armados de carácter interno o internacional no propone o llega a sugerir que la sindicación de violaciones graves a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario se realice a través de intuiciones, de rumores vagos o de señalamientos abstractos; que la lucha contra la impunidad en el marco internacional descansa sobre las garantías de legalidad y transparencia que puede suministrar el único órgano naturalmente destinado para ello: el órgano judicial.

Hace énfasis en que todos los beneficios jurídicos, sin excepción, son declarados judicialmente o pasan por la mediación judicial (en el caso del indulto).

Anota que interpretarlo de otra forma sería arrebatar al aspirante a desmovilizarse la garantía de que su acceso a los beneficios jurídicos sean ventilados ante una instancia imparcial, como es la judicial y sería inspirar la promoción de posibles situaciones injustas derivadas de la percepción, la intuición y la sospecha de un funcionario administrativo, respecto de la participación de los desmovilizados en delitos graves, sin la garantía debida.

Asevera que contrario a lo que piensa el demandante, es el operador judicial (el fiscal y el juez) el gran protagonista del trámite de concesión de beneficios jurídicos, porque es finalmente quien decide si el aspirante a reincorporarse llena todos los requisitos jurídicos, entre ellos, el más importante: el de no haber cometido delitos de lesa humanidad.

Que la declaración del CODA sólo permite al desmovilizado acceder a los beneficios socioeconómicos, cuyo disfrute en el futuro sigue dependiendo de la declaración judicial que a la vez concede los beneficios jurídicos.

Explica que en las instalaciones del programa de atención humanitaria se encuentra un equipo de la Fiscalía General de la Nación conformado por un dactilcopista, un odontólogo forense y un fotógrafo judicial, quienes se encargan de realizar la reseña judicial de la persona que se desmoviliza y que se envía al Fiscal Delegado que ha designado el Fiscal General de la Nación

quien realiza el reparto para judicialización; que el fiscal del caso abre una investigación preliminar en los mismos términos en que lo haría en cualquier otra situación judicial, cita a rendir indagatoria al desmovilizado y agota todas las otras actividades probatorias; explica que en el evento de que el desmovilizado confiese una conducta diferente a los delitos políticos como por ejemplo un homicidio, el fiscal de conocimiento deberá calificar si esta conducta en los términos del artículo 90 del C.C.P es conexa con un delito político o no.

Que en caso de que se verifique que la conducta no es conexa con el delito político y por el contrario se trata de un delito común o de lesa humanidad, el fiscal continuará con la investigación hasta la resolución de acusación pese a que el desmovilizado esté certificado y no se le concederá ningún beneficio jurídico, con lo cual se demuestra que dentro del Programa es prioritario, por un lado, establecer la verdadera situación jurídica del desmovilizado para que tenga acceso a las garantías y beneficios y de otro lado, garantizar que el Programa no se convierta en un velo de impunidad.

Resalta la entidad demandada la importancia del aforismo “nadie es culpable hasta que no se demuestre lo contrario” o “presunción de inocencia” en el sentido de que:

- “1. El programa no tiene herramientas para determinar inicialmente si la persona que desea ingresar al programa es sujeto activo de conductas punibles.
2. Por esta razón se inicia el proceso de judicialización.
3. Toda persona hasta el momento que sea condenada se presume inocente y tiene derecho a todas las prerrogativas procesales y a invocar que se le cumpla el debido proceso, por lo tanto no es posible al PROGRAMA aplazar o negar trámite a la persona que se presenta VOLUNTARIAMENTE con fundamento en suposiciones que en este momento no son comprobables.
- 4. Ha sido tan acucioso el legislador y el Gobierno Nacional en prevenir cualquier situación de impunidad que para la Ley 418/97 y el Decreto 128/03 basta una mínima comprobación judicial para que el aspirante a reinsertarse sea inadmitido en el programa, y en caso en que ya se hubiese empezado a otorgar beneficios los mismos sean suspendidos”. (resaltado y subrayado propio)**

Concluye resaltando que los beneficios jurídicos sólo se otorgan previa verificación judicial de la situación jurídica del desmovilizado y que los demás beneficios como los socioeconómicos se empiezan a otorgar desde el momento de la entrega ya que se les presta asistencia humanitaria.

MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

Solicita que se rechacen las pretensiones de la demanda, así:

1ª. Pretensión: que se declare la nulidad del aparte “y procederá a entregárselo en un término no mayor de quince (15) días calendario adicionales”, contenido en el inciso 3 del artículo 4 del Decreto 128 de 2003, que el actor considera vulnera el derecho a la libertad personal y el deber de denuncia de los servidores públicos.

Considera la entidad que el cargo carece de sustento, pues parte del supuesto equivocado de que el desmovilizado se encuentra en la misma situación jurídica de una persona detenida preventivamente o de una persona capturada en flagrancia, situaciones que en nuestro ordenamiento jurídico tienen diferencias sustanciales y que en manera alguna resultan equiparables, lo cual sustenta con similar criterio a como lo hace el Ministerio de Defensa Nacional.

Que no es válido afirmar que el desmovilizado sea objeto de retención por parte del Ministerio de Defensa Nacional, durante los quince días en que debe ser entregado al Ministerio del Interior, pues la misma situación sui generis en la cual se encuentra, exige adoptar medidas de ayuda humanitaria y de seguridad en su integridad personal, que constituyen una protección especial y no una retención; que el término de 15 días es un plazo máximo y prudencial que se considera indispensable para efecto de los traslados en las zonas alejadas de nuestra geografía nacional.

2ª. y 3ª. Pretensión: que se declare la nulidad parcial del artículo 2 y el 13 del Decreto 128 de 2003, porque el actor considera que el CODA es incompetente para otorgar los beneficios jurídicos ya que desconoce la competencia de la autoridad judicial respectiva, dando lugar a que se concedan beneficios sin tener en cuenta las investigaciones y los procesos por delitos diferentes a los políticos.

Manifiesta la entidad que el cargo carece de sustento, como quiera que se fundamenta en una lectura e interpretación parcializada y errada de las normas acusadas, al afirmar que la certificación del CODA implica per se el otorgamiento de los beneficios jurídicos establecidos a favor de los desmovilizados, cuando las mismas disposiciones demandadas establecen que dichos beneficios se conceden de conformidad con la ley, y, en este sentido, la Ley 418 de 1997 en sus artículos 50 y 53, señala claramente que a la autoridad judicial respectiva corresponde resolver sobre los beneficios jurídicos correspondientes.

Concluye que por lo tanto los beneficios jurídicos no corresponde otorgarlos al CODA, ni operan automáticamente con la expedición de la certificación que éste expide sobre pertenencia del desmovilizado a una organización armada al margen de la ley y su voluntad de abandonarla.

4ª. Pretensión: que se declare la nulidad del artículo 21 del Decreto 128 de 2003 que el actor considera, restringe la prohibición para la concesión de los beneficios jurídicos, porque la disposición establece que no gozarán de ninguno de los beneficios señalados quienes estén siendo procesados o hayan sido condenados por delitos, permitiendo que personas que hayan cometido delitos graves, violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, pero que al momento de su desmovilización no hayan sido formalmente vinculadas a un proceso penal, como sucede con quienes están siendo objeto de investigaciones previas, queden impunes.

Manifiesta la entidad que este cargo carece de sustento, por cuanto la concesión de los beneficios a los desmovilizados se encuentra excluida respecto de determinados delitos, como expresamente lo establece la norma acusada, en los casos de graves violaciones a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Agrega que las investigaciones previas no pueden dar lugar a la cancelación de dichos beneficios, cuando todavía no se ha determinado la responsabilidad penal correspondiente.

IV. COADYUVANCIA

Durante el término de fijación en lista se recibió intervención de la Comisión Internacional de Juristas y de Amnistía Internacional, por medio de la cual coadyuvan las pretensiones del actor; en resumen dice:

Que el Estado colombiano en virtud de los principios de derecho internacional y de sus compromisos bajo la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no puede invocar disposiciones de su derecho interno, tal como el Decreto 128 de 2003, así como las decisiones proferidas en aplicación de éste, para no dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales de investigar, procesar y sancionar a los autores de graves violaciones a los derechos humanos, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad así como de garantizar un recurso efectivo para las víctimas de estos crímenes y sus familiares.

Que el Decreto 128 de 2003, particularmente sus artículos 13 y 21, constituye una violación de las obligaciones internacionales del Estado colombiano, en particular de sus obligaciones de investigar las graves violaciones a los derechos humanos, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad y, de procesar y sancionar a los autores de tales actos.

V. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO Y LAS PARTES

MINISTERIO PÚBLICO:

La Procuraduría Primera Delegada ante el Consejo de Estado solicita que se denieguen las pretensiones de la demanda porque considera, en resumen, lo siguiente:

En cuanto al primer cargo, observa que de la lectura global del Decreto 128 de 2003, no se vislumbra vulneración al derecho a la libertad personal, teniendo en cuenta que el decreto consagra un procedimiento especial para aquellas personas que voluntariamente se desmovilicen bajo el marco de los acuerdos con las organizaciones armadas al margen de la ley, bajo un régimen especial, que les concede unos beneficios socioeconómicos, en la medida que lo permita su situación jurídica.

En relación con el segundo cargo, anota el Ministerio Público que la certificación del CODA, no genera automáticamente los beneficios jurídicos previstos en la ley, porque como lo dice el artículo 12 del decreto acusado, el Comité tiene la función de constatar y certificar la pertenencia del solicitante a la organización armada, realizar la valoración de las circunstancias del abandono voluntario, evaluar su voluntad de reincorporación, tramitar las solicitudes de aplazamiento o suspensión de la ejecución de la pena e indulto ante los jueces y el Ministerio del Interior y para este efecto podrá solicitar a los organismos de seguridad del Estado y demás autoridades judiciales la información que posean sobre la persona que desea reincorporarse.

Que el Comité es un órgano administrativo, con función certificadora, sobre la cual en ningún momento ni el decreto acusado ni el texto de la definición de lo que es la certificación del CODA, expresan que éste permite per-se el otorgamiento a favor del desmovilizado de los beneficios jurídicos de que habla la ley y el decreto; por ello el artículo 13 del decreto acusado dispone que “de conformidad con la ley” tendrán derecho a los beneficios jurídicos los desmovilizados a los cuales el CODA expida certificación de pertenencia a una organización al margen de la ley y su voluntad de abandonarla.

En cuanto al último cargo, sostiene que, el límite que el artículo 21 del decreto acusado impone para excluir de los beneficios jurídicos a las personas que están siendo procesadas o hayan sido condenadas, es razonable, porque mal podría incluir a las personas que estén involucradas en investigaciones previas, de quienes se presume su inocencia.

Finalmente expresa que el decreto acusado no sólo hace referencia a los beneficios jurídicos sino también a los sociales y económicos y que el actor hace una lectura sesgada del mismo dándole un alcance que no corresponde a la finalidad del mismo.

PARTE ACTORA

Reitera lo expresado en la demanda y precisa que ésta se dirige a demostrar que las normas impugnadas permiten la concesión de los beneficios jurídicos que contempla el Decreto 128 de 2003 (indulto, suspensión condicional de la ejecución de la pena, cesación de procedimiento, resolución de preclusión y resolución inhibitoria) a autores de crímenes de guerra y de lesa humanidad, que al momento de la desmovilización no estén siendo procesados ni hayan sido condenados por tales delitos.

El actor en su alegato de conclusiones, cuestiona el Decreto N° 3360 del 24 de noviembre de 2003, en virtud del cual los voceros del grupo armado que pretenda desmovilizarse deberán entregar al Alto Comisionado para la Paz una lista de desmovilizados, listado que, según el actor, sustituye la certificación del CODA y que da lugar a acceder a los beneficios jurídicos.

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL:

Además de reiterar los argumentos expuestos en la demanda, hace énfasis en que los beneficios jurídicos, como lo establece el artículo 13 acusado, se conceden de conformidad con la ley y que ésta es precisamente la Ley 418 de 1997, porque el decreto parcialmente demandado, en sus consideraciones, es claro al expresar que éste se refiere a los programas de reincorporación socioeconómica para acceder a los beneficios socioeconómicos, en la medida que lo permita su situación jurídica. Resalta que los beneficios jurídicos sólo se otorgan previa verificación judicial de la situación jurídica del desmovilizado y que los beneficios socioeconómicos se empiezan a otorgar desde el momento de la entrega, porque se trata de una ayuda humanitaria.

Que en caso de que se verifique que la conducta del desmovilizado no es conexas con un delito político y por el contrario de trata de un delito común o de lesa humanidad, el fiscal continuará con la investigación hasta la resolución de acusación “muy a pesar de que el desmovilizado haya sido certificado y no se le concederá ningún beneficio jurídico”.

MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA:

Reitera los argumentos de defensa expuestos en la demanda. Hace énfasis en que el desmovilizado no es objeto de retención sino de una protección especial en virtud de la cual se adoptan medidas de ayuda humanitaria y de seguridad de su integridad personal, que el otorgamiento de los beneficios jurídicos no corresponde al CODA, ni operan automáticamente y que la concesión de los beneficios a los desmovilizados, de un lado, excluye de manera expresa aquellos delitos que hacen relación a graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario y, de otro, están sujetos al cumplimiento de determinados requisitos y obligaciones.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La controversia se contrae a dilucidar si el decreto parcialmente acusado está incurso en las causales de nulidad por violación de normas superiores.

Las disposiciones acusadas la constituye la parte destacada de los artículos 2, 4, 13 y 21 del Decreto 128 de 2003, publicado en el Diario Oficial No. 45.073 del 23 de enero de 2003 páginas 10 a 12, así:

“ DECRETO NUMERO 128 DE 2003

(enero 22)

Por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 en materia de reincorporación a la sociedad civil.

El Presidente de la República de Colombia, en uso de las atribuciones que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, y

CONSIDERANDO:

Que la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002, consagró unos instrumentos para asegurar la vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho y garantizar la plenitud de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales aprobados por Colombia;

Que la norma anteriormente citada dispone que las personas desmovilizadas bajo el marco de acuerdos con las organizaciones armadas al margen de la ley o en forma individual podrán beneficiarse, en la medida que lo permita su situación

jurídica, de los programas de reincorporación socioeconómica que para el efecto establezca el Gobierno Nacional;

Que el Gobierno Nacional puede facilitar a los desmovilizados mecanismos que les permitan incorporarse a un proyecto de vida de manera segura y digna;

Que dadas las circunstancias anteriores, es preciso fijar condiciones, que de manera precisa y clara, permitan establecer competencias, asignar funciones y desarrollar los procedimientos para acceder a los beneficios socioeconómicos, una vez iniciado el proceso de reincorporación a la vida civil como consecuencia de la desmovilización voluntaria,

DECRETA:
CAPITULO I
Generalidades

Artículo 1°. Política de reincorporación a la vida civil. La política conducente a desarrollar el programa de reincorporación a la sociedad y los beneficios socioeconómicos reconocidos será fijada por el Ministerio del Interior en coordinación con el Ministerio de Defensa Nacional.

Artículo 2°. Definiciones. Para efectos de la aplicación del presente decreto se adoptan las siguientes definiciones:

Desmovilizado. Aquel que por decisión individual abandone voluntariamente sus actividades como miembro de organizaciones armadas al margen de la ley, esto es, grupos guerrilleros y grupos de autodefensa, y se entregue a las autoridades de la República.

Reincorporado. El desmovilizado certificado por el Comité Operativo para la Dejación de las Armas, CODA, que se encuentre en el proceso de reincorporación a la vida civil.

Grupo familiar. Para aquellos beneficios, diferentes a salud, que involucren la familia, se entiende como grupo familiar del desmovilizado (a), el (la) cónyuge o el (la) compañero (a) permanente, los hijos y, a falta de cualquiera de los anteriores, los padres.

Cuando se trate de compañeros permanentes su unión debe ser superior a los dos años en los términos de la Ley 54 de 1990.

Beneficios. La ayuda humanitaria y los incentivos económicos, jurídicos y sociales que se otorgan a desmovilizados y reincorporados para su regreso a la vida civil.

CODA. Comité Operativo para la Dejación de las Armas.

Certificación del CODA. Es el documento que expide el Comité Operativo para la Dejación de las Armas, CODA, dando cuenta de la pertenencia del desmovilizado a una organización armada al margen de la ley y de su voluntad de abandonarla. Esta certificación permite el ingreso del desmovilizado al proceso de reincorporación **y el otorgamiento a su favor, de los beneficios jurídicos y socioeconómicos de que hablan la ley y este Decreto.**

CAPITULO II

Proceso de desmovilización

Artículo 3°. Desmovilización. Las personas que pretendan acceder a los beneficios previstos en este Decreto deberán presentarse ante jueces, fiscales, autoridades militares o de policía, representantes del Procurador, representantes del Defensor del Pueblo o autoridades territoriales, quienes informarán inmediatamente a la Fiscalía General de la Nación y a la guarnición militar más cercana al lugar de la entrega.

Artículo 4°. Recepción. Desde el momento en que la persona se presenta ante las autoridades a que se refiere el artículo anterior, el Ministerio de Defensa Nacional prestará la ayuda humanitaria inmediata que requiera el desmovilizado y su grupo familiar, cubriendo en todo caso sus necesidades básicas como son las de alojamiento, alimentación, vestuario, transporte, atención en salud y realizará la valoración integral del desmovilizado.

Durante este proceso de desmovilización, el Ministerio de Defensa Nacional gestionará la consecución de instalaciones especiales de seguridad para efectos de alojar a los desmovilizados, de manera que se procure su integridad personal y permanencia.

Una vez recibido el desmovilizado por parte del Ministerio de Defensa Nacional, deberá dar aviso de tal circunstancia al Ministerio del Interior en el término de tres (3) días hábiles, **y procederá a entregárselo en un término no mayor a quince (15) días calendario adicionales.**

La entrega física del desmovilizado se hará mediando un acta en la cual constarán los datos iniciales de su individualización, su huella dactilar y las circunstancias de su desmovilización del grupo armado al que pertenecía.

Parágrafo 1°. Para efectos de adelantar la investigación correspondiente y definir la situación jurídica de las personas beneficiarias del presente Decreto, el Ministerio del Interior coordinará con la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura la designación de fiscales y jueces de menores.

Parágrafo 2°. La Defensoría del Pueblo promoverá la designación de abogados de oficio con dedicación exclusiva para ejercer la defensa del desmovilizado.

Artículo 5°. Garantía de los derechos humanos. En armonía con lo dispuesto por la letra c) del artículo 12 del Decreto 127 de 2001, el Programa Presidencial de Promoción, Respeto y Garantía de los Derechos Humanos, velará por el respeto de los derechos humanos de las personas que abandonen voluntariamente las armas y el correcto cumplimiento de los procesos de desmovilización y reincorporación a la vida civil, para lo cual podrá adelantar visitas a las instalaciones de seguridad, o de educación en que se encuentren los desmovilizados, y solicitar a los órganos y entidades que hacen parte de los procesos de desmovilización y reincorporación, toda la documentación e información que requiera, lo mismo que adelantar las demás acciones que considere pertinentes para el cabal desarrollo de su función.

.....

Artículo 13. Beneficios jurídicos. De conformidad con la ley, tendrán derecho al indulto, suspensión condicional de la ejecución de la pena, la cesación de

procedimiento, la preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria, según el estado del proceso, los desmovilizados que hubieren formado parte de organizaciones armadas al margen de la ley, respecto de los cuales el Comité Operativo para la Dejeción de las Armas, CODA, expida la certificación de que trata el numeral 4 del artículo 12 del presente Decreto.

Artículo 14. Beneficios socioeconómicos. Una vez expedida la certificación del Comité Operativo para la Dejeción de las Armas, CODA, el Ministerio del Interior realizará una valoración integral del reincorporado con el fin de determinar su programa de beneficios socioeconómicos.

Artículo 15. Beneficio educativo. El reincorporado podrá iniciar o continuar su capacitación en educación básica, media, técnica o tecnológica o en oficios semicalificados para dar empleabilidad en las instituciones educativas que para tal fin establezca el Ministerio del Interior. Igualmente, este programa comprenderá la educación del desmovilizado en un esquema de valores humanos y sociales, compatibles con los deberes y derechos del ciudadano proclamados en nuestra Constitución Política.

Parágrafo. El Ministerio de Educación Nacional y el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, Icfes, brindarán su colaboración y asesoría permanente para la prestación de este beneficio.

Artículo 16. Beneficio económico. El Ministerio del Interior, previa evaluación de factibilidad, podrá autorizar que el programa aporte recursos para el desarrollo de proyectos de inserción económica para los reincorporados. Para tal efecto, esta entidad reglamentará y fijará las características, condiciones y montos de los aportes que se reconozcan. Este proyecto no podrá ser refinanciado en ningún caso.

....

Artículo 21. Condiciones. Los beneficios socioeconómicos de que trata este Decreto sólo podrán concederse por una sola vez a cada persona y están condicionados al cumplimiento de los requisitos y obligaciones que este Decreto y los Ministerios del Interior y Defensa Nacional determinen y se perderán cuando culmine el proceso de reincorporación a la vida civil, cuando lo abandone el reincorporado o en los demás casos que señale el reglamento que para el efecto deberá expedir cada Ministerio.

No gozarán de ninguno de los beneficios señalados quienes **estén siendo procesados o hayan sido condenados por delitos** que de acuerdo con la Constitución Política, a la ley o a los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia no puedan recibir esta clase de beneficios. Los beneficios de la reincorporación no excederán el término de dos (2) años, plazo que se reputa suficiente para que se cumpla la reincorporación definitiva de la persona desmovilizada a la vida civil. El Ministro del Interior, mediante resolución motivada, podrá ampliar este término en casos y por razones excepcionales.

.....”

La norma citada se sustentó para su expedición en los artículos 189, numeral 11 de la Carta Política y reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002.

Estima el actor que las disposiciones señaladas resultan contrarias al artículo 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos; a los artículos 28 y 32, 150 numeral 17 y 201 numeral 2 de la Constitución Política; artículos 50 inciso 3, 53 y 60 inciso 2 de la Ley 418 de 1997 y ; 27 del Código Penal.

ASPECTOS GENERALES

La potestad reglamentaria de las leyes, de que trata el numeral 11 del artículo 189 de la C.P., que se ha confiado al Presidente de la República tiene la restricción de que no es posible modificar, ampliar, adicionar, enervar ni suprimir por esa vía disposiciones que el legislador ha consagrado, pues el único objeto de la norma reglamentaria es lograr el cumplimiento y efectividad de la ley que desarrolla.

No le es posible al Presidente de la República, so pretexto de reglamentar la ley, introducir en ella alteraciones que desvirtúen la voluntad del legislador pues los límites de esta facultad los señala la necesidad de cumplir adecuadamente la norma que desarrolla; tiene sí la responsabilidad de hacer cumplir la ley y de crear los mecanismos necesarios para hacerla efectiva pues de lo contrario ésta quedaría escrita pero su efectividad nula; es potestativo del titular de la potestad reglamentaria definir cuáles son y con qué detalle las disposiciones de la ley que requieren reglamentación o desarrollo; si las leyes expedidas por el Congreso proveen todos los elementos indispensables para su ejecución, el órgano administrativo no tendría nada que agregar y por lo tanto no habría necesidad de ejercitar la potestad reglamentaria.

Es así como corresponde al Presidente de la República, de acuerdo con el numeral 4° del artículo 189 de la Constitución Política, conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado para lo cual debe utilizar todas las herramientas legítimas que se requieran para cumplir este mandato, dentro de las cuales están las medidas pacíficas y humanistas, hoy en día estimuladas por los organismos internacionales mediante tratados sobre derechos humanos que los Estados Parte deben cumplir.

El programa para la reincorporación a la vida civil de personas que vienen de grupos alzados en armas, se fundamentó en la política de paz que viene desarrollando el Gobierno Nacional desde la década de los 80 cuando inicialmente se establecieron beneficios jurídicos y socioeconómicos

para aquellas personas desmovilizadas en grupo, mediante las leyes 35 de 1984, 77 de 1989 y 104 de 2003; quienes se reincorporaban individualmente solamente tenían reducción de la pena si colaboraban con la justicia.

El Decreto 1385 de 1994 permitió que los insurgentes que decidieran deponer las armas en forma individual y voluntaria pudieran recibir beneficios socioeconómicos en la medida que lo permitiera su situación jurídica y creó el Comité Operativo para la Dejación de Armas -CODA- para verificar los datos de la persona que se entrega.

La Ley 418 de 1997 prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y por la Ley 782 de 2002 consagró unos instrumentos para asegurar la vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho y garantizar los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales ratificados por Colombia; esta ley recoge el contenido de la Ley 104 de 1993 y parte del Decreto 1385 de 1994.

El Gobierno con el propósito de hacer efectiva la política de Seguridad Democrática, creó en 1999 el Programa de desmovilización con el propósito de permitir a los miembros de las organizaciones armadas ilegales desmovilizarse de manera individual sin esperar a que se inicie un proceso de paz formal; con esta intención y con la de ofrecer condiciones y garantías básicas para que los actores armados al margen de la ley se reincorporen de manera individual y colectiva a la vida civil, social y productiva del país de manera digna y segura, se expidió el Decreto 128 de 2003 cuya legalidad se examina en este proceso, norma que, al tenor de sus considerandos, reglamenta la Ley 418 de 1997 con sus modificaciones.

Es importante resaltar que el Programa Humanitario se realiza en dos etapas, la primera de las cuales incluye desde la presentación de la persona ante la autoridad más cercana, un proceso de verificación de datos que incluye la intervención de las autoridades judiciales, alojamiento, alimentación, transporte, vestuario, atención en salud física y psicológica y seguridad; la segunda incluye, entre otras, educación formal y no formal, apoyo jurídico y descentralización. No se puede dejar de lado el hecho de que los beneficios socioeconómicos incluyen la familia del desmovilizado.

CASO CONCRETO

A. ANTECEDENTES DEL DECRETO 128 DE ENERO 22 DE 2004

El Ministerio del Interior y de Justicia, mediante Oficio N° 05861 del 24 de agosto de 2004, envió al expediente los antecedentes administrativos del acto acusado (folios 170 a 192).

El documento presenta el resultado de un estudio que se contrató, dada **“la ausencia de norma que regulara el reconocimiento de beneficios a los desmovilizados”** y señala, entre otras:

“En este documento se pretende realizar un estudio sobre los emolumentos o beneficios de la desmovilización voluntaria

Precisamente por ello, el Gobierno Nacional **está en la labor de aplicar los beneficios socioeconómicos que el Derecho Internacional Humanitario, las leyes y los respectivos decretos reglamentarios han concedido a los desmovilizados, principalmente la Ley 418 de 1997 y el Decreto N° 1385 de 1994**, este último en cuanto al aparte vigente, en lo que tiene que ver con el Comité Operativo para la dejación de Armas, CODA.

....

Conviene precisar que ciertos **beneficios dirigidos a la reinserción socioeconómica tanto del desmovilizado como de su núcleo familiar próximo**, parten del artículo 5° del precitado Decreto que crea el Comité Operativo para la Dejación de Armas, CODA, y le fija como funciones la evaluación del cumplimiento de los requisitos exigidos para acceder a los beneficios, el diseño de los programas de reinserción socioeconómica **y el otorgamiento de los beneficios económicos y sociales a quienes lo soliciten, si es del caso.**

....

Dentro del “Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)”, hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977. “el artículo 4° protege, como no combatientes, a ‘todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas’. Además como lo señala el artículo 50 del Protocolo I, en caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil”.⁴ (resaltado y subrayado de la Sala)

....

⁴ Corte Constitucional. Sentencia N°. C-225 de 1995, M.P. Dr Alejandro Martínez Caballero. Citada por el autor del documento

Como se observa el estudio se relacionó con los beneficios socioeconómicos de los desmovilizados y su familia, en los casos pertinentes.

Al referirse el estudio a los beneficios de indulto, cesación de procedimiento, resolución de preclusión de la instrucción o resolución inhibitoria, entiende que éstos se conceden de acuerdo con el estado del respectivo proceso penal, con lo cual está afirmando que éstos se definen y otorgan en instancia judicial y no por parte del CODA con su certificación.

Es de resaltar que el Decreto acusado acogió los anteriores planteamientos cuando se refirió a los beneficios socioeconómicos de carácter humanitario de los desmovilizados y sus familias para cumplir con sus compromisos internacionales y con la Leyes 418 de 1997 y el Decreto 1385 de 1994.

B. DOCUMENTOS ALLEGADOS

El Ministerio del Interior y de Justicia en la contestación de la demanda, aporta documentos que considera reservados; señala, que por una parte, constituyen copias de expedientes relacionados con la concesión o pérdida de beneficios económicos, jurídicos y sociales que se otorgan a las personas desmovilizadas, en las que se incluyen datos personales y familiares, cuya reserva en la etapa de instrucción se encuentra señalada en los artículos 14 y 236 de la Ley 600 de 2000, anterior Código de Procedimiento Penal y que por otra parte, los expedientes relacionados con los beneficios socioeconómicos otorgados a los reinsertados, contienen información personal sobre identificación y ubicación de los desmovilizados que de ser puesta en conocimiento público, pondría en peligro la vida e integridad personal y de sus familias, creando una situación de orden público que atentaría contra la seguridad nacional.

Solicita el actor, teniendo en cuenta los principios de publicidad y contradicción, que no se analicen los documentos señalados como reservados, en tanto no tuvo la oportunidad de conocerlos y controvertirlos.

Ahora bien, estos documentos que el Ministerio del Interior y de Justicia anexó a la demanda para demostrar que en la práctica el decreto acusado sí cumple con las disposiciones superiores que el actor dice se trasgreden, no son procedentes como prueba, toda vez que se trata de una acción de nulidad simple en la que se coteja la norma acusada con los preceptos superiores.

En efecto, el debido cumplimiento o no del Decreto acusado 128 de 2003 no indica que éste se ajuste o que trasgreda la Ley 418 de 1997; en otras palabras, cumplir o no cumplir debidamente con las disposiciones legales por parte de un servidor público tiene otros efectos, entre otros, disciplinarios o penales, pero no es prueba de su legalidad frente a las normas de superior categoría que lo gobiernan.

Por lo anterior, los documentos reservados son irrelevantes para la decisión que se tome; éstos se refieren a casos particulares y concretos en que se ha despojado a ciertas personas de la certificación del CODA y por tanto de los beneficios socioeconómicos porque su situación jurídica no lo permite, lo cual simplemente indica que en esos casos particulares y concretos se estaría aplicando el decreto acusado con sujeción a la ley que le dio origen.

De manera que, ningún menoscabo se genera al derecho de defensa, como se alude en el alegato de conclusiones del actor.

C. DECRETO 3360 del 24 de noviembre de 2003.

El actor en su alegato de conclusiones cuestiona el Decreto N° 3360 del 24 de noviembre de 2003, en virtud del cual los voceros del grupo armado que pretenda desmovilizarse deberán entregar al Alto Comisionado para la Paz una lista de desmovilizados, listado, que según el actor, sustituye la certificación del CODA y que da lugar a acceder a los beneficios jurídicos.

La Sala se abstiene de pronunciarse sobre el particular, dado que de conformidad con los artículos 137 numerales 2 y 4 y 208 del C.C.A. la oportunidad para censurar los actos de la administración y exponer los fundamentos de derecho de las pretensiones es en la demanda o en su aclaración o corrección. En el caso objeto de examen, ninguna acusación se hizo contra el citado decreto, lo que exime a la Sala de estudiar en este momento su legalidad.

C. ANÁLISIS DE LOS CARGOS

- 1. El aparte “y procederá a entregárselo en un término no mayor a quince (15) días calendario adicionales” del inciso 3° del artículo 4° del Decreto 128 de 2003, viola el artículo 7° de la Convención Americana de Derechos Humanos, los artículos 28, 29 y 32 de la Constitución Política y el artículo 27 del Código Penal.**

Según el actor el hecho de permitir que las personas desmovilizadas se presenten en el Ministerio de Defensa Nacional, permanezcan hasta por 15 días y luego sean entregadas al Ministerio de Justicia, constituye una retención que vulnera el derecho a la libertad personal y el deber de denuncia de los servidores públicos, quienes deben poner a disposición de la autoridad judicial competente a la persona detenida, argumento que resulta equivocado. Varias son las razones que llevan a la Sala a declarar la no prosperidad de este cargo.

El artículo 4° del Decreto 128 de 2003, reza:

“Artículo 4°. Recepción. Desde el momento en que la persona se presenta ante las autoridades a que se refiere el artículo anterior, el Ministerio de Defensa Nacional prestará la ayuda humanitaria inmediata que requiera el desmovilizado y su grupo familiar, cubriendo en todo caso sus necesidades básicas como son las de alojamiento, alimentación, vestuario, transporte, atención en salud y realizará la valoración integral del desmovilizado.

Durante este proceso de desmovilización, el Ministerio de Defensa Nacional gestionará la consecución de instalaciones especiales de seguridad para efectos de alojar a los desmovilizados, de manera que se procure su integridad personal y permanencia.

Una vez recibido el desmovilizado por parte del Ministerio de Defensa Nacional, deberá dar aviso de tal circunstancia al Ministerio del Interior en el término de tres (3) días hábiles, **y procederá a entregárselo en un término no mayor a quince (15) días calendario adicionales.**” (lo resaltado es la parte acusada)

Las disposiciones que el actor considera violadas, son las siguientes:

Convención Americana de Derechos Humanos:

“Artículo 7°. Derecho a la libertad personal.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

....

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá ser condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

....”

Constitución Política:

“Artículo 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona retenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes para que éste adopte la decisión correspondiente

“Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

....”

“Artículo 32. El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona.”.

Código Penal:

“Artículo 27. TENTATIVA. El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.

Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirarla.”.

Del cotejo del aparte acusado con las disposiciones invocadas como infringidas no encuentra la Sala que se dé la violación alegada; la norma censurada en ningún momento hace relación a las personas retenidas. Como bien se expone se **se trata de una entrega libre y voluntaria con fines humanitarios**, que no es producto de una actuación de la administración, ni se deriva del cumplimiento de una orden judicial.

El actor parte del supuesto equivocado de que el desmovilizado se encuentra en la misma situación jurídica del detenido preventivamente o de la persona capturada en flagrancia, **cuando lo que consagra el decreto es un procedimiento especial para que los desmovilizados**

tengan unos beneficios socioeconómicos, en la medida en que lo permita su situación jurídica; la presencia del desmovilizado en las instalaciones militares tiene como principal objetivo el de proteger su seguridad personal y garantizar sus necesidades básicas.

Precisamente uno de los objetivos del decreto acusado está plasmado en uno de sus considerandos, que dice:

“Que la ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002, consagró unos instrumentos para asegurar la vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho y garantizar la plenitud de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales aprobados por Colombia.

Que la norma anteriormente citada dispone que las personas desmovilizadas bajo el marco de acuerdos con las organizaciones armadas al margen de la ley o en forma individual **podrán beneficiarse, en la medida que lo permita su situación jurídica, de los programas de reincorporación socioeconómica** que para el efecto establezca el Gobierno Nacional.”

Es de resaltar que la disposición acusada del decreto reglamentario está soportada sobre la base de la ley que reglamenta, pues está orientada a **desarrollar el programa de reincorporación a la sociedad otorgando beneficios socioeconómicos, siempre y cuando su situación jurídica lo permita**, lo cual indica que el momento de la entrega voluntaria es la fase inicial del proceso y por ello en ningún momento puede considerarse o asimilarse que el inmovilizado esté detenido, o que su entrega lleve implícita la manifestación expresa de que está incurso en un delito de rebelión o sedición como lo pretende el demandante.

Tampoco puede decirse que la entrega voluntaria puede asimilarse a una captura en flagrancia, en tanto que ésta indica que a la persona se le detiene en el momento de estar cometiendo un presunto delito, de tal manera que es evidente que en el momento de ser aprehendido, el autor está cometiendo un hecho punible o conducta aparentemente irregular.

Por lo anterior no prospera este cargo, se repite, en cuanto la persona realiza una acción voluntaria que pone en movimiento todas las alternativas del Programa de Reinserción, el cual no se creó para administrar un régimen de privación de la libertad, sino en aras de la ayuda humanitaria, que debe acompañar estos procesos.

Y no se trata de que exista retención, como lo dice el actor, porque se ha establecido un Manual de Convivencia que incluye sanciones para quienes lo trasgreden, ya que éste contiene reglas y normas mínimas para vivir en compañía de otras personas, bien sea fijado por una autoridad o por las mismas personas a quienes va dirigido y si bien es cierto que el incumplimiento tiene unas consecuencias sancionatorias, en manera alguna convierte el sistema en régimen privativo de la libertad, como no lo estarían, a manera de ejemplo, los estudiantes de un plantel educativo, ni los habitantes de una copropiedad, ni los turistas de un centro vacacional, ni los servidores públicos, cuya conducta en los diferentes espacios está regida por manuales de convivencia o de conducta.

2. El aparte “y el otorgamiento a su favor, de los beneficios jurídicos y socioeconómicos de que hablan la ley y este Decreto” de la definición de Certificación del CODA establecida en el artículo 2° del Decreto 128 de 2003 es contraria a lo dispuesto en los artículos 53 (inciso 2 del párrafo), 57 y 60 (inciso 2) de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por las leyes 548 de 1999 y 782 de 2002 y, a lo dispuesto en los artículos 150-17 y 201 de la Constitución Política.

El problema jurídico planteado consiste en que el actor considera que, de conformidad con la disposición acusada, la certificación expedida por el CODA es el único instrumento requerido para otorgar al desmovilizado los beneficios jurídicos y en consecuencia se desconoce la competencia de las autoridades judiciales para establecer la procedencia de dichos beneficios jurídicos, a saber: indultos, amnistías, cesaciones de procedimiento, preclusiones de la instrucción y resoluciones inhibitorias.

El artículo 2° reza:

“Certificación del CODA. Es el documento que expide el Comité Operativo para la Dejación de las Armas, CODA, dando cuenta de la pertenencia del desmovilizado a una organización armada al margen de la ley y de su voluntad de abandonarla. Esta certificación permite el ingreso del desmovilizado al proceso de reincorporación **y el otorgamiento a su favor, de los beneficios jurídicos y socioeconómicos de que hablan la ley y este Decreto.** (resalta la Sala el aparte demandado)

Las disposiciones que el actor considera violadas son:

Constitución Política:

“Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

....

17. Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos.”

“Artículo 201. Corresponde al Gobierno, en relación con la rama judicial:

....

2. Conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley, e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad.”

Ley 418 de 1997

“ARTICULO 53. <Artículo modificado por el artículo 21 de la Ley 782 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> La calidad de miembro de un grupo armado organizado al margen de la ley se comprobará por el reconocimiento expreso de los voceros o representantes del mismo, por las pruebas que aporte el solicitante, o mediante la información de que dispongan las instituciones estatales.

PARÁGRAFO. Cuando se trate de personas que hayan hecho abandono voluntario de un grupo armado organizado al margen de la ley, y se presenten ante las autoridades civiles, judiciales o militares, la autoridad competente enviará de oficio, en un término no mayor de tres (3) días más el de la distancia, la documentación pertinente al Comité Operativo para la Dejación de las Armas, creado por el Decreto 1385 de 1994, para que resuelva si expide o no la certificación a que hace referencia el artículo 1o. del mencionado decreto.

La decisión tomada por el Comité Operativo para la dejación de las Armas deberá ser enviada, además del Gobierno Nacional, a la autoridad judicial competente, quien con fundamento en ella decidirá lo pertinente respecto a los beneficios a que hace referencia el presente título.”. (inciso que el actor considera violado)

ARTICULO 57. <Artículo modificado por el artículo 23 de la Ley 782 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> **El beneficio de indulto será solicitado por el interesado, directamente o a través de apoderado, mediante escrito dirigido al Ministerio de Justicia y del Derecho que contendrá también la indicación del despacho judicial donde se encuentra el expediente, si fuere conocido por el interesado, o a la autoridad judicial que esté conociendo del proceso penal, quien en forma inmediata dará traslado de la petición al Ministerio para los fines indicados, anexando en tal caso copia de las piezas procesales pertinentes. .”.** (inciso que el actor considera violado)

Los poderes conferidos no requieren presentación personal. Su sustitución, así como la presentación de cualquier otro memorial, se realizarán según las normas comunes de procedimiento.

La solicitud contendrá, además de la petición del beneficio, la manifestación expresa y directa de la voluntad de reincorporación a la vida civil, la cual se entenderá prestada bajo la gravedad del juramento.

El Ministerio de Justicia y del Derecho solamente estudiará las solicitudes individuales de personas que aparezcan en las actas elaboradas por el Ministerio del Interior.

ARTICULO 60. <Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 782 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> Se podrán conceder también, según proceda, de acuerdo con el estado del respectivo proceso penal, la cesación de procedimiento, la resolución de preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria, a quienes confiesen y hayan sido o fueren denunciados o procesados por hechos constitutivos de los delitos a que se refiere este título y no hayan sido aún condenados mediante sentencia ejecutoriada.

Para estos efectos, se tramitará la solicitud de acuerdo con los artículos anteriores y, una vez verificados los requisitos, el Ministerio de Justicia y del Derecho remitirá la solicitud al Tribunal correspondiente, o a la Dirección de Fiscalía ante la cual se adelante el trámite, quienes deberán emitir de plano, la providencia que decida la respectiva solicitud, en los términos legales y observando el principio de celeridad. (inciso que el actor considera violado)

Si la persona se encuentra privada de la libertad, las citadas autoridades deberán dar trámite preferencial a las solicitudes de beneficios jurídicos, y en la providencia en la cual se conceda la petición de preclusión de la instrucción o la cesación de procedimiento, deberá revocarse el auto de detención del beneficiario, cancelarse las órdenes de captura en su contra y ordenar oficiar a los organismos competentes.

La Sala Penal del Tribunal respectivo deberá resolver dentro de los tres (3) meses siguientes, contados a partir del día siguiente al recibo del expediente. Este término es improrrogable.”

Sobre este cargo, la Sala se remite a lo expresado en párrafos antecedentes en cuanto a que los considerandos del decreto parcialmente acusado, son claros en señalar, para todos los efectos de cada una de las disposiciones del mismo, que las personas desmovilizadas bajo el marco de acuerdos con las organizaciones armadas al margen de la ley o en forma individual podrán beneficiarse, en la medida que lo permita su situación jurídica; de otro lado, sería antitécnico repetir la misma frase en cada disposición del decreto acusado, en tanto, se repite, los considerandos, es decir el espíritu o motivación de la norma, son reiterativos en señalar que las personas desmovilizadas podrán beneficiarse, en la medida que lo permita su situación jurídica, de los programas de reincorporación socioeconómica.

Advierte la Sala que la certificación del CODA no permite por sí misma el otorgamiento de los beneficios jurídicos. Ya la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación se pronunció sobre el particular en concepto que esta Sala prohija y el cual es preciso transcribir en este proveído. Es de advertir que el concepto de la Sala se dio antes de la expedición del decreto acusado, el 21 de julio de 2002, con motivo de la creación del Comité Operativo para la Dejación

de Armas CODA, lo cual no ha sido contrariado por el Decreto 128 de 2003; señala el concepto que:

“La certificación a que hace referencia el artículo 1° del Decreto 1385 de 1994 se concreta a dar cuenta de la voluntad de reincorporación a la vida civil, de quienes por decisión voluntaria abandonen una organización armada al margen de la ley, a la cual se le haya reconocido carácter político, y se presenten ante las autoridades civiles, judiciales o militares. Dicha valoración comprende las circunstancias del abandono voluntario y la pertenencia del solicitante al grupo armado.

“No corresponde al Comité Operativo evaluar las conductas punibles para efecto de expedir la certificación; dicha evaluación compete a la autoridad que deba decidir sobre la concesión de los beneficios, es decir, Ministerios del Interior y de Justicia y del Derecho en el caso del Indulto, y a la Sala Penal del tribunal respectivo o Dirección de Fiscalía para cesación de procedimiento, resolución de preclusión de la instrucción o resolución inhibitoria”. (subraya la Sala)

Efectivamente, la certificación del CODA, según se desprende del artículo 12 del decreto acusado, se otorga a las personas que llenen los siguientes requisitos:

- Pertenencia a un grupo armado. No es a cualquier ciudadano que desee hacerse acreedor de los beneficios socioeconómicos de que trata la ley 418 de 1997 a quien se le da la certificación, ya que esta exigencia resulta palmaria; lo que procura la norma es facilitar el diálogo y la suscripción de acuerdos con grupos armados organizados al margen de la ley para su desmovilización, reconciliación entre los colombianos y la convivencia pacífica y para ello se conceden los beneficios socioeconómicos.
- Entrega voluntaria, como ya se ha expresado, y
- Manifiesta voluntad de reincorporación a la vida civil.

Lo anterior significa que la certificación expedida por el CODA no genera automáticamente los beneficios jurídicos de que tratan la Ley 418 de 1997 y el Decreto 128 de 2003; el artículo 14 del decreto cuestionado señala que una vez expedida la certificación del CODA, el Ministerio del

Interior realizará una valoración integral del reincorporado con el fin de determinar su programa de beneficios socioeconómicos; como se observa los beneficios jurídicos no se conceden por el Comité. En conclusión la certificación no reemplaza el procedimiento judicial.

Y es que, el Comité Operativo para la Dejación de Armas -CODA es un órgano administrativo interinstitucional, con una función certificadora en cuanto al cumplimiento de los requisitos antes mencionados, pero a ella no le corresponde evaluar las posibles conductas punibles para efectos de la certificación, por ello precisamente el artículo 13 del decreto acusado dice que “de conformidad con la ley” se concederán los beneficios jurídicos.

El artículo 13 citado en armonía con la definición de certificación del CODA que trae el artículo 2º, lo que señala es que para que se otorguen los beneficios jurídicos, los desmovilizados deben sujetarse a los requisitos previstos en la ley, incluido el certificado del CODA, pues así lo dispone el artículo 53 de la Ley 418 de 1997, transcrito; en otras palabras sin el certificado no se pueden conceder los beneficios jurídicos.

Confirma lo anterior el mismo Decreto 128 de 2003, cuando establece en el párrafo 1º del artículo 4º que para efectos de adelantar la investigación correspondiente y definir la situación jurídica a las personas beneficiadas con el decreto, el Ministerio del Interior coordinará con la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura la designación de fiscales y jueces, luego es claro que éstos son los entes competentes y no el CODA.

Además el párrafo 3º del artículo 11 del Decreto acusado establece que el CODA dispondrá de un término de 20 días comunes para certificar y notificar ante las autoridades competentes la pertenencia del desmovilizado a una organización armada al margen de la ley y su voluntad de abandonarla; indudablemente la autoridad competente a la que se refiere la norma es la autoridad judicial, que decide acerca de los beneficios jurídicos.

3. El artículo 13 del Decreto 128 de 2003, viola lo dispuesto en los artículos 53, 57 y 60 de la ley 418 de 1997 y los artículos 150-17 y 201 de la C.P.; el artículo 13 dispone:

El actor considera que los beneficios jurídicos de que trata esta disposición, a saber: indulto, suspensión condicional de la ejecución de la pena, cesación de procedimiento, preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria, según el estado del proceso, tienen como único requisito la certificación expedida por el CODA, desconociendo los requisitos y

el procedimiento que establece la Ley 418 de 1997 para que los desmovilizados puedan tener derecho a los beneficios jurídicos.

Sobre este cargo la Sala reitera lo expuesto en el cargo anterior, dada la relación inescindible que existe entre la definición de certificado del CODA y la clase de beneficios que obtiene el desmovilizado con este certificado, que se repite son meramente socioeconómicos y mientras lo permita su situación jurídica, la cual es definida única y exclusivamente por las autoridades judiciales.

En lo que hace relación al indulto, el artículo 53 de la Ley 418 de 1997, establece los eventos en los cuales procede concederlo: Haber sido condenado mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de delito político, siempre y cuando el solicitante haya demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil; en otras palabras, dentro del contexto que nos ocupa, se concede a los nacionales que individualmente y por decisión voluntaria abandonen el grupo armado al margen de la ley, que así lo soliciten y demuestren además su voluntad de reincorporarse a la vida civil. A su vez el artículo 13 acusado, se repite, dice **“de conformidad con la ley”** tendrán derecho al indulto

Abreviando tenemos que los cargos 2° y 3° no prosperan porque, se repite, el hecho de que se requiera la certificación del CODA para tener derecho a los beneficios jurídicos no significa que se excluyan los demás requisitos previstos en la ley, así como lo expresa el artículo 13; lo que significa la disposición es que en todo caso para obtener éstos beneficios jurídicos que se deben sujetar a la ley, se debe tener el certificado expedido por el CODA, pues así lo dispone el artículo 53 de la Ley 418 de 1997, modificado por el artículo 21 de la Ley 782 de 2002.

Se concluye de lo anterior que el artículo 13 acusado, se limita a reiterar y armonizar los contenidos normativos de la Ley 418 de 1997 para su debida ejecución.

4. El aparte “estén siendo procesados o hayan sido condenados por delitos que”, del segundo inciso del artículo 21 del Decreto 128 de 2003 viola el artículo 50 de la Ley 418 de 1997 y los artículos 150-17 y 201-2 de la C.P.

El actor considera que esta disposición permite que puedan gozar de los beneficios jurídicos personas que hayan cometido delitos, graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, que al momento de su desmovilización

no hayan sido formalmente vinculadas a un proceso penal, como es el caso de quienes están en investigaciones previas.

El título III, artículo 50 de la ley 418 de 1997, reza:

“ TITULO III.

CAUSALES DE EXTINCION DE LA ACCION Y DE LA PENA EN CASOS DE DELITOS POLITICOS

ARTICULO 50. <Artículo modificado por el artículo 19 de la Ley 782 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> El Gobierno Nacional podrá conceder, en cada caso particular, el beneficio de indulto a los nacionales que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de delito político cuando a su juicio, el grupo armado organizado al margen de la ley con el que se adelante un proceso de paz, del cual forme parte el solicitante, haya demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil.

También se podrá conceder dicho beneficio a los nacionales que, individualmente y por decisión voluntaria, abandonen sus actividades como miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley y así lo soliciten, y hayan además demostrado, a criterio del Gobierno Nacional, su voluntad de reincorporarse a la vida civil. (condicionalmente exequible⁵)

No se aplicará lo dispuesto en este título a quienes realicen conductas constitutivas de actos atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión.

PARÁGRAFO 1o. El indulto no será concedido por hechos respecto de los cuales este beneficio se hubiere negado con anterioridad, salvo que el interesado aporte nuevos medios de prueba que modifiquen las circunstancias que fueron fundamento de la decisión.

.....”.

Conforme lo señala la Procuraduría Delegada, la Sala considera que el límite señalado por la norma resulta razonable comoquiera que resulta proporcional con otros principios de orden constitucional, como lo es el de la presunción de inocencia; lo que significa que la norma buscando un equilibrio fija un límite y excluye del beneficio jurídico solamente a aquella persona que esté vinculada formalmente a un proceso y aún no hayan sido condenada.

En efecto, la sindicación de violaciones graves a los derechos humanos no puede surgir de rumores, señalamientos abstractos, sospechas o percepciones ya que la lucha contra la impunidad reposa sobre la garantía de legalidad que incluye, entre otras, el principio de que

⁵ - Inciso 2o. del texto modificado por la Ley 782 de 2002 declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-928/05 de 6 de septiembre de 2005, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería, "en el entendido de que el indulto a los nacionales que individualmente y por decisión voluntaria abandonen sus actividades como miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley únicamente podrá concederse por los delitos políticos y los delitos conexos con aquellos".

nadie es culpable hasta que no se demuestre lo contrario, el debido proceso y la entidad competente; en este caso todos los beneficios jurídicos, sin excepción, son declarados judicialmente o pasan por la mediación judicial como en el caso del indulto, por lo tanto, se repite, el CODA no concede en ningún momento esos beneficios.

Interpretar la norma de otra manera implicaría despojar al desmovilizado, cuya conducta goza de presunción de inocencia, de los beneficios socioeconómicos a que tiene derecho, por lo menos mientras no se demuestre lo contrario; es decir, como bien lo señala el Ministerio de Defensa Nacional, que en caso de que se verifique que la conducta no es conexas con el delito político y por el contrario se trate de un delito común o de lesa humanidad, el fiscal continuará con la investigación hasta la resolución de acusación pese a que el desmovilizado esté certificado y por lo tanto no se le concederá ningún beneficio jurídico.

Al no haberse desvirtuado la legalidad de las disposiciones acusadas, porque no aparecen demostrados los cargos de violación de normas superiores, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

FALLA:

NIÉGASE la nulidad de las disposiciones contenidas en el Decreto 128 de 2003, en los apartes “y procederá a entregárselo en un término no mayor de quince (15) días calendario adicionales”, contenida en el inciso tercero del artículo 4º; el aparte “y el otorgamiento a su favor, de los beneficios jurídicos y socioeconómicos de que hablan la ley y este decreto” de la definición de CODA establecida en el artículo 2º; la totalidad del artículo 13 y el aparte “estén siendo procesados o hayan sido condenados por delitos que”, contenido en el inciso segundo del artículo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

MAR THA SOFÍA SANZ TOBÓN
Presidenta

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

RAFAEL E.OSTAU DE LAFONT PIANETA

CAMILO ARCINIÉGAS ANDRADE