

Proceso No 31539

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

**MAGISTRADO PONENTE
AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN
Aprobado Acta No**

San Andrés Islas Providencia y Santa Catalina, treinta y uno (31) de julio de dos mil nueve (2009).

VISTOS

El 19 de marzo del año en curso la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá profirió sentencia por medio de la cual declaró elegible, para acceder a los beneficios contemplados en la Ley de Justicia y Paz, a WILSON SALAZAR CARRASCAL, alias “el loro”, “cepillo” y “lorenzo”, desmovilizado de las autodefensas unidas de Colombia.

Los representantes del Ministerio Público y de las víctimas interpusieron recurso de apelación, que fue sustentado ante esta Sala de Casación el pasado 2 de junio.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. El Fiscal Décimo de la Unidad de Justicia y Paz, con sede en la ciudad de Barranquilla, le recibió versión a SALAZAR CARRASCAL durante los días 14 y 15 de diciembre de 2006, 9, 10 y 11 de enero de 2007 y 7 y 8 de febrero de 2007.

2. El Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla, con funciones de control de garantías, celebró la audiencia de formulación de imputación el 18 de octubre de 2007 y la de formulación de cargos el 28 de enero de 2008.

En esta última impartió aprobación a los cargos: *(i) uno*, doble homicidio agravado; *(ii) tres*, falsedad material en documento público, tipificada en el artículo 287 de la Ley 599 de 2000, y *(iii) cuatro*, extorsión, tipificada en el artículo 244 del mismo estatuto sustancial, formulados por la fiscalía. No procedió igual respecto del cargo **dos**, falsedad material de particular en documento público, contenida en el artículo 220 del Código Penal de 1980, por considerar que la acción penal se encontraba prescrita.

3. El 1º de abril de 2008 la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla celebró audiencia en la que declaró la legalidad de la aceptación de los cargos formulados a SALAZAR CARRASCAL. Esa decisión fue recurrida por la representante del Ministerio Público y

por el defensor, quienes reclamaron, entre otros aspectos, la nulidad por no haberse incluido el delito de concierto para delinquir.

4. El 28 de mayo de 2008, al desatar la impugnación, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no decretó la nulidad pero dispuso que por cuerda paralela y subsiguiente se formulara la imputación relativa al concierto para delinquir agravado y a las otras atribuciones que surgieran de las indagaciones sobre los daños colectivamente causados por la organización, *durante y con ocasión de la militancia* de WILSON SALAZAR CARRASCAL.

5. La Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá avocó el conocimiento del asunto el 14 de julio de 2008 y, a través de las audiencias celebradas los días 13 y 19 de agosto y 6 y 7 de noviembre del mismo año, agotó el trámite incidental de reparación. Con posterioridad, escuchó a los intervinientes en sus alegaciones conclusivas, en audiencias que se realizaron los días 2 de diciembre siguiente y 19 y 26 de enero de 2009.

6. El 19 de marzo del año en curso dictó sentencia de primera instancia, en virtud de la cual (i) declaró al procesado elegible para acceder a los beneficios contemplados en la Ley de Justicia y Paz; (ii) lo halló responsable de la comisión de los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo, extorsión y falsedad material en documentos públicos; (iii) le impuso la pena principal de cuatrocientos sesenta (460) meses de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de veinte (20) años; (iv) le concedió el beneficio de la pena alternativa por un periodo de setenta (70) meses de privación de la libertad, y, como consecuencia de ello, (v) le suspendió el cumplimiento de la pena ordinaria.

Además, atendiendo el contenido del auto del 28 de mayo de 2008¹, dictado por esta Sala, dispuso la suspensión condicionada de la pena alternativa hasta tanto la Fiscalía Delegada ante la Unidad de Justicia y Paz realizara la imputación del delito de concierto para delinquir agravado y de los nuevos punibles aceptados por SALAZAR CARRASCAL.

7. El fallo fue recurrido en apelación por el representante del Ministerio Público y por los representantes de las víctimas.

CONSIDERACIONES

1. Sería del caso resolver los recursos propuestos, si no fuera porque se advierte una irregularidad sustancial que obliga a la Corte a invalidar lo actuado a partir del acto de formulación de cargos, inclusive.

Estas son las razones:

1.1. En el marco de la regulación normativa de la Ley 975 de 2005, las actividades delictivas objeto de atribución responden a fenómenos propios de la criminalidad organizada, cuya ejecución y consumación se dinamiza en el contexto de la concertación interna de cada bloque o frente. Bajo este presupuesto, la construcción de la verdad histórica debe tener como punto de partida el esclarecimiento de los motivos por los cuales se conformó la organización ilegal, las cadenas de mando, el modelo delictivo del grupo, la estructura de

¹ Radicado 29.560.

poder, las órdenes impartidas, los planes criminales trazados, las acciones delictivas que sus integrantes hicieron efectivas para el logro sistemático de sus objetivos, las razones de la victimización y la constatación de los daños individual y colectivamente causados, con miras a establecer tanto la responsabilidad del grupo armado ilegal como la del desmovilizado.

En ese sentido, la sentencia de constitucionalidad C-370 del 18 de mayo de 2006, precisó:

“...que para la ley bajo examen resulta particularmente relevante la causalidad existente entre los hechos punibles judicializados y la actividad de los grupos armados específicos que después de haberse organizado para cometer delitos decidan desmovilizarse. Esta relación entre la actividad de los individuos que se desmovilizan y su pertenencia al grupo específico dentro del cual delinquieron, genera un nexo de causalidad entre la actividad del grupo específico y los daños ocasionados individual y colectivamente por ese grupo específico dentro del cual realizaron las actividades delictivas. Si bien la responsabilidad penal continúa siendo individual, la responsabilidad civil derivada del hecho punible admite el elemento de la solidaridad, no solamente entre los penalmente responsables, sino respecto de quienes por decisión judicial hayan sido calificados como miembros del grupo armado específico, entendido como el frente o el bloque al que se impute causalmente el hecho constitutivo del daño, en virtud de la relación de causalidad que se estructura entre las conductas delictivas que generan el daño y la actividad en concreto de ese grupo específico que actúa al margen de la ley al cual pertenecieron los desmovilizados. Todos los hechos punibles sometidos al ámbito de la Ley 975/05 exigen que su perpetración se produzca durante y con ocasión de la pertenencia de los individuos desmovilizados de los grupos armados, lo que fundamenta la responsabilidad civil del grupo específico al amparo del cual cometieron los delitos juzgados por parte de miembros de un grupo armado determinado, calificados como tales judicialmente.”

Emerge de lo anterior, que los objetivos de política criminal dispuestos en la Ley de Justicia y Paz atienden a violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, cuyo juzgamiento y fallo se centran en la vinculación al grupo armado ilegal (concierto para delinquir) y no, como se ha insistido, en conductas punibles individualmente causadas porque, entonces, su investigación y juzgamiento sería de competencia de la justicia ordinaria (resalta la Sala).

Bajo ese entendido no se discute que, a diferencia de lo que ocurre en los procesos ordinarios, los fallos que se profieran al amparo de la Ley de Justicia y Paz tienen una carga argumentativa mayor en lo que corresponde al examen de los fenómenos de macrocriminalidad y de violaciones sistemáticas y generalizadas de derechos humanos, atendiendo además al marco internacional. Por consiguiente, el funcionario judicial debe no solo analizar el caso concreto sino contextualizarlo dentro del conflicto, identificando los patrones de violencia y los demás actores seguramente de rango superior que también son responsables.

1.2. Una observación completa de la actuación sometida a examen conduce a pregonar, de manera anticipada, que la posibilidad de *“facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”*, como es el objetivo trazado en la Ley 975 de 2005, no puede edificarse sin atender al marco dentro del cual WILSON SALAZAR CARRASCAL cometió los hechos delictivos objeto de atribución, esto es, *durante y con ocasión* de su pertenencia al bloque “Héctor Julio Peinado Becerra” de las autodefensas del sur del Cesar.

Es claro, que si los destinatarios de la Ley son los miembros de grupos armados ilegales, las conductas punibles respecto de las cuales se ha de proferir sentencia con miras a la imposición de pena alternativa, debieron haberse cometido al interior de la respectiva organización, efecto para el cual el delito de concierto para delinquir se perfila en un componente obligado en la formulación de imputación, la formulación de cargos y el fallo, de lo cual adolece esta actuación.

1.3. La Sala ha sostenido, de manera restringida aunque no es lo aconsejable, que las *imputaciones parciales* son compatibles con el proceso de justicia y paz y con la normativa que lo regula.

Inicialmente en el auto del *28 de mayo de 2008*², a propósito de resolver un recurso de apelación formulado dentro de este mismo proceso, advirtió que la imputación hecha no era completa y dispuso que por cuerda paralela se formulara imputación por el delito que tanto la defensa como el Ministerio Público echaban de menos - concierto para delinquir agravado-, así como por los demás que surgieran de indagaciones sobre los daños colectivamente causados por la organización, *durante y con ocasión de la militancia del señor Salazar Carrascal, conforme a las fronteras espaciales y temporales específicas de aquella*, y se instó a la Fiscalía General para que ello sucediera.

Luego, en auto del *23 de julio del mismo año*³, advirtió que tal hipótesis era perfectamente viable y no lesionaba garantías fundamentales, derechos de las víctimas ni chocaba con el principio de unidad procesal.

² Radicado 29.560.

³ Radicado 30.120.

Tratándose de postulados que soportan condenas por delitos que no tienen relación con el conflicto armado o en su contra se siguen causas penales, se pronunció en los autos del 9 de febrero⁴ y del 18 de febrero de 2009⁵, señalando que en estos eventos es posible realizar la imputación parcial prevista en el parágrafo del artículo 5° del Decreto 4760 de 2005.

Sin duda, la finalidad de las imputaciones parciales es imprimir agilidad al proceso y brindar seguridad progresiva en torno a la *“judicialización de lo que el desmovilizado confiese inicialmente en la primera parte de su versión libre, con miras a que la privación de su libertad tenga como soporte una medida de aseguramiento legalmente impuesta, con fundamento en hechos precisos...”*.⁶

Sin embargo, la Sala debe precisar que, a pesar de que las imputaciones parciales pretenden dar agilidad al proceso y no afectan de manera concreta ni con intensidad importante los derechos del justiciable y de las víctimas, no pueden convertirse en una práctica común a todos los procesos de justicia y paz.

En efecto, lo ideal es que la imputación sea completa, esto es, que abarque todos los delitos que se deriven de la versión libre rendida por el desmovilizado, de los elementos materiales probatorios, de la evidencia física y de la información legalmente obtenida, en tanto permite que la fiscalía, el magistrado de control de garantías y la Sala de conocimiento tengan una visión íntegra, completa y común sobre sus actividades y las del grupo al que pertenece. Por ello, las

⁴ Radicado 30.955.

⁵ Radicado 30.775.

⁶ Auto del 9 de febrero ya citado.

imputaciones parciales no pueden convertirse en una herramienta usual por parte de la fiscalía, sino extraordinaria.

Proceder de manera diversa refleja negligencia de dicho ente en el cumplimiento de sus funciones de investigación, comprobación y verificación y podría, eventualmente, entorpecer la garantía de verdad, justicia y reparación de las víctimas.

En todo caso, debe resaltarse que el delito de concierto para delinquir es *vital y esencial* dentro del proceso de justicia y paz. Por ello no es factible admitir que un trámite de esta naturaleza finalice sin la presencia de esa conducta punible, como tampoco puede concebirse que en la sentencia no se declare la responsabilidad del desmovilizado dentro de la organización al margen de la ley y su ingreso a ella para delinquir. La labor de la fiscalía y de los demás funcionarios que intervienen en la actuación está orientada a indagar fenómenos propios de la criminalidad organizada.

En ese contexto, el fallo que ponga fin a la actuación debe sancionar en primera instancia por la pertenencia al grupo armado ilegal, porque, si se quiere, los delitos restantes resultan colaterales, en cuanto derivan de la existencia de ese grupo, son su consecuencia y, por tanto, solo pueden ser cobijados en la sentencia proferida al amparo de la Ley 975 de 2005 si, y solo si, previamente obra condena por concierto, pues aquellos dependen de éste.

1.4. En razón a lo expuesto, la Corte debe precisar lo consignado en el auto del 28 de mayo de 2008, en el sentido que si bien efectuar imputaciones parciales no socava la estructura del proceso como es debido, las mismas deben ser extraordinarias.

No obstante, de presentarse esa situación inusual las actuaciones dentro del contexto deberán unirse antes de proferirse fallo de primera instancia y, específicamente en el momento de la formulación de cargos, para que este acto se realice como una unidad.

En consecuencia, no se podrá dictar sentencia sin que se haya agotado la actuación correspondiente al delito de concierto para delinquir. El legislador, en la Ley de Justicia y Paz (artículo 24), previó que la sentencia condenatoria, además de contener la pena principal y las accesorias, debe incluir *la pena alternativa*, los compromisos de comportamiento del desmovilizado, las obligaciones de reparación moral y económica a las víctimas y la extinción del dominio de los bienes que serán destinados a la reparación, beneficios supeditados a su desmovilización y, por ende, a la sanción por su pertenencia al grupo, de donde surge que esa conducta punible -concierto para delinquir- es un elemento sustancial del proceso de justicia paz y, por ende, requisito *sine qua non* para la imposición de la pena alternativa.

Por consiguiente, la Sala de Justicia y Paz no podía dictar la sentencia objeto del recurso propuesto, hasta tanto el fallo no estuviese en posición de incluir, necesariamente, el delito de concierto para delinquir.

1.5. La Corte reconoce que el *a-quo* atendió a los términos generales del referido auto del 28 de mayo de 2008 y, como consecuencia de la formulación parcial de cargos, profirió sentencia y supeditó la aplicación de la pena alternativa a la prosperidad de la actuación paralela que se ordenaba por las imputaciones omitidas, en la que se incluía el concierto para delinquir.

Sin embargo, de los argumentos precedentes surge que, ante la ausencia de pronunciamiento respecto del delito base en la Ley de Justicia y Paz -concierto para delinquir- no es posible aplicar la pena alternativa y, obviamente, es utópico proferir una sentencia que no evidencie el nexo de causalidad entre los hechos imputados a SALAZAR CARRASCAL y su ejecución y consumación al interior de la organización armada ilegal.

Por tanto, surge en este caso una falencia grave que choca con la estructura del proceso y que conduce a declarar la nulidad de lo actuado, puesto que - se insiste- uno de los requisitos legales de la sentencia dentro de un proceso de Justicia y Paz es la inclusión de la pena alternativa, y si a SALAZAR CARRASCAL no se le han formulado cargos, y menos ha sido juzgado, por el delito de concierto para delinquir, es inviable reconocerle requisitos de elegibilidad para acceder a dicho beneficio, que esencialmente se otorga por su condición de integrante desmovilizado del grupo armado ilegal.

1.6. En conclusión:

a) La sentencia que dentro de un proceso de justicia y paz se profiera debe identificar la actuación del desmovilizado al interior del grupo armado y del frente al que pertenecía, sus actividades, la estructura de poder interna, el modelo delictivo de ese grupo, las órdenes impartidas y los planes criminales trazados, para contextualizar los delitos por los que se condena dentro del ataque generalizado y sistemático a la población civil, tal como se precisará al momento de analizar la normativa aplicable a esta materia.

b) No es posible dictar sentencia sin que al postulado se le hayan formulado cargos por el delito de concierto para delinquir, pues aquella debe proferirse en primer lugar por esta conducta, en tanto que las demás son consecuencia de ésta.

c) Las imputaciones parciales aceptadas dentro del proceso de justicia y paz, no pueden convertirse en práctica generalizada, y cuando a ellas haya lugar, las actuaciones adelantadas en forma paralela y separada, deben fusionarse en el acto de formulación de cargos.

1.7. Por las razones expuestas, se invalidará lo actuado a partir del acto de formulación de cargos, inclusive, y se devolverá el expediente a la Fiscalía de Justicia y Paz de Barranquilla para que, llegado el momento procesal oportuno en el trámite que en la actualidad adelanta por cuerda paralela en cumplimiento de lo dispuesto por esta Corporación en el plurimencionado auto del 28 de mayo de 2008, proceda a formular cargos contra WILSON SALAZAR CARRASCAL por: el delito de concierto para delinquir, los delitos objeto de esta actuación y los demás a que haya lugar, atendiendo al Bloque de Constitucionalidad.

En el desarrollo de ese ejercicio argumentativo, el instructor deberá observar la valoración jurídica de cada una de las conductas punibles conforme al presupuesto de tipicidad estricta, imputación fáctica, categorías de atribución cometidas por el desmovilizado en su condición de militante del grupo armado ilegal. Así mismo, por tratarse de conductas cometidas por colectividades criminales, al momento de adecuar típicamente esos comportamientos atenderá a la normatividad interna, al bloque de constitucionalidad y a los

postulados del derecho internacional y del derecho internacional humanitario, conforme de analizará más adelante.

La asunción a esta fase de la actuación presupone el cumplimiento, por parte de la Fiscalía, de una investigación ceñida a las previsiones del artículo 15 de la Ley de Justicia y Paz, con miras a concretar que la comisión de las conductas responden a un ataque sistemático y generalizado a la población civil por parte de la organización delictiva en la que militó el desmovilizado. Por ello, según el precepto, las indagaciones deben establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron los hechos punibles, las condiciones de vida, sociales, familiares e individuales del imputado o acusado y su conducta anterior; los antecedentes judiciales y de policía y los daños que individual y *colectivamente* haya causado de manera directa a las víctimas, tales como lesiones físicas o psicológicas, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de derechos fundamentales.

Por su parte, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, al momento de realizar el control formal y material de toda la actuación, además de verificar si la aceptación de los cargos fue espontánea, libre y voluntaria, si se cumple el presupuesto de *verdad* en la revelación de los hechos, si se satisfacen los requisitos de elegibilidad, si las víctimas están legalmente representadas, entre otros aspectos, constatará la pertenencia de WILSON SALAZAR CARRASCAL a la organización armada ilegal y, de contera, la comisión de los hechos delictivos *durante y con ocasión* de esa militancia.

Una vez verifique el cabal cumplimiento de las expectativas y los mandatos legalmente consagrados en punto de la verdad, la justicia y la reparación a las víctimas, proferirá nuevo fallo en el que resuelva

sobre todas las conductas punibles, incluido obviamente el delito base, en el que habrá de observar los lineamientos expuestos en este proveído.

2. Atendiendo a que el asunto regresará a la Fiscalía, la Corte aprovechará este espacio para recordar algunas pautas ya trazadas sobre el trámite de los procesos de justicia y paz, la actuación de la fiscalía y de los magistrados que cumplen funciones de control de garantías y funciones de conocimiento.

Es necesario que la judicatura comprenda el papel que cumplen sus decisiones en el contexto del sistema penal y del modelo estatal del que hace parte, por cuanto las democracias constitucionales son fundamentalmente Estados de Justicia; es decir, Estados que en el contexto de una democracia participativa y pluralista, llevan a una nueva dimensión los contenidos de libertad política del Estado Liberal y de igualdad del Estado Social. Por ello, cada acto de los poderes constituidos, incluido el Poder Judicial, se halla vinculado por la Justicia como valor superior del ordenamiento jurídico, como principio constitucional, como derecho y aún como deber estatal, de donde resulta imperioso que los jueces, al emitir sus pronunciamientos, no se preocupen sólo por la corrección jurídica de sus decisiones sino también, por armonizarla con contenidos materiales de Justicia porque de lo contrario, la judicatura colombiana no estaría en el camino de superar las épocas del más rígido formalismo jurídico. En suma, el “deber de cumplir y hacer cumplir” como compromiso convencional, ata al Estado en un todo.

2.1. Principios y bloque de constitucionalidad.

La dinámica procesal consagrada en la Ley de Justicia y Paz reclama de los funcionarios judiciales la plena observancia de normas constitucionales y de instrumentos internacionales, en orden a que eviten incurrir en irregularidades que impidan avanzar en este proceso de reconciliación.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política *nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*

Esa consagración constitucional del principio de legalidad de los delitos y de las penas, reconocido desde la época de la Revolución Francesa, protege y garantiza la libertad y la igualdad de las personas contra posibles arbitrariedades de los jueces. Dicho postulado exige que quienes vayan a ser objeto de una sanción penal conozcan con anticipación las conductas que son reprochables por el legislador y las sanciones que habrán de imponerse.

La *reserva legal*, como expresión de la soberanía popular y del principio democrático, asegura que sea el Congreso de la República el que defina las conductas punibles y sus sanciones. La *irretroactividad* garantiza que no se apliquen sanciones *ex post facto*, es decir, establecidas con posterioridad a la realización de los hechos.

A nivel global ese postulado está contenido en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷ pero con el reconocimiento expreso de los actos u omisiones señalados como delictivos tanto en el derecho nacional como en el foráneo, y le

⁷ Entró en vigor el 23 de marzo de 1976 por virtud de la Ley 74 de 1968.

otorga preponderancia a los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad multilateral:

“Artículo 15. 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.” (Subraya la Sala).

El Constituyente de 1991 (artículo 93 de la Carta Política) fue claro en señalar que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Con el fin de armonizar ese artículo con el 4º *ibídem*, la Corte Constitucional acudió a la noción de *bloque de constitucionalidad*, que definió así:

“el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.”⁸

⁸ Sentencia de C-225 del 18 de mayo de 1995.

De acuerdo con la jurisprudencia, los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (artículos 93 y 214, numeral 2º, de la Carta Política) forman con el resto del texto constitucional un *bloque de constitucionalidad*.

La obligatoriedad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad imponen al Estado -todo- adaptar las normas internas a los contenidos del derecho internacional humanitario.

En este orden de ideas, las autoridades colombianas deben observar no solo la normatividad interna sino aquella integrada en el bloque de constitucionalidad y las decisiones proferidas por organismos internacionales, tales como el Comité de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Bajo esos parámetros, la labor de la fiscalía, no solo en la etapa de investigación y verificación sino de adecuación típica de la conducta, así como la de los jueces que de alguna manera intervienen en los procesos de justicia y paz, debe estar orientada por esos principios y mandatos *superiores*.

Esa labor no puede ser ajena, entonces, a los postulados del derecho internacional de derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Por ejemplo, el homicidio en persona protegida hace parte del género de delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional y con el fin de cumplir y hacer efectivas las normas del derecho internacional humanitario el legislador de 2000 lo tipificó como delito.

En efecto, los artículos 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra⁹ y 4 del Protocolo II Adicional¹⁰ contemplan la protección que, en caso de conflicto armado no internacional, debe prodigarse a las personas que no participen directamente en las hostilidades o han dejado de participar en ellas, y prohíbe los atentados contra su vida, la salud y la integridad física o mental, en particular el homicidio y los tratos crueles.

Es sin duda un tipo penal que los funcionarios judiciales deben aplicar en un escenario de conflicto armado internacional o no internacional, puesto que el reproche se dirige a conductas cometidas contra personas que no hacen parte de las hostilidades y a quienes debe brindarse protección frente a ataques que no están obligadas a soportar.

2.2. Estructura¹¹.

2.2.1. El procedimiento establecido en la Ley 975 de 2005 está integrado por dos etapas: *una administrativa y otra judicial*.

La *primera*, a cargo del Gobierno Nacional que elabora la lista con los nombres de los miembros de grupos armados al margen de la ley que aspiren a obtener los beneficios de la Ley 975. La *segunda*, corresponde a la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz,

⁹ Entraron en vigor para Colombia el 8 de mayo de 1962 por virtud de la Ley 5 de 1960.

¹⁰ Entró en vigencia el 15 de febrero de 1996 por virtud de la Ley 171 de 1994.

¹¹ *Cf*: Autos de segunda instancia 27873 del 27 de agosto de 2007, 28250 del 25 de septiembre de 2007, 28040 del 23 de agosto de 2007, 30120 del 23 de julio de 2008, 30775 del 18 de febrero de 2009 y 31162 del 11 de marzo de 2009.

una vez reciba la lista correspondiente, y culmina en los Tribunales de Justicia y Paz.

2.2.2. Antes de escuchar en versión libre al postulado, le corresponde al fiscal de la Unidad Nacional de Justicia y Paz¹² adelantar las *actividades investigativas* necesarias tendientes a: determinar los autores intelectuales, materiales y partícipes; esclarecer las conductas punibles cometidas; identificar los bienes, las fuentes de financiación y el armamento de los respectivos grupos armados al margen de la ley; realizar los cruces de información, y todas las demás diligencias encaminadas al esclarecimiento de la verdad, dentro de un término que no puede superar los seis (6) meses, de acuerdo con el artículo 325 de la Ley 600 de 2000.

2.2.3. Solo una vez culminada la actuación previa el fiscal asignado contará con suficientes elementos de juicio para realizar la diligencia de *versión libre*.

El fiscal tiene la posibilidad de evacuar las versiones en varias sesiones¹³. Ello, por razones eminentemente prácticas, atendiendo la complejidad de los casos, las características de los hechos atribuidos al desmovilizado y al grupo armado al margen de la ley, la obligación legal y constitucional de propiciar que la verdad sea completa y veraz, y la necesidad de garantizar la participación de las víctimas.

El rol de la fiscalía en el contexto de la versión libre no es pasivo. Tiene el deber institucional de interrogar al desmovilizado para lograr el esclarecimiento de la verdad, que constituye un presupuesto de la investigación y de la labor de verificación que debe agotar con miras

¹² Artículos 15, 16 y 17 de la Ley; 4, 9, 1 de los decretos 4760 de 2005, 3391 de 2006 y 4417 de 2006

¹³ Cfr: Autos de segunda instancia 30120 del 23 de julio de 2008 y 30775 del 18 de febrero de 2009.

a consolidar una formulación de cargos. Sin embargo, antes de iniciar el cuestionario deberá inquirirlo sobre si es su voluntad expresa de acogerse al procedimiento y beneficios de la Ley, como requisito para adelantar las demás etapas del proceso judicial¹⁴.

El desmovilizado, por su parte, está obligado a efectuar una confesión completa y veraz¹⁵ de los hechos delictivos en los que participó y de todos aquellos que tenga conocimiento *durante y con ocasión* de su pertenencia al grupo organizado al margen de la ley, así como informar las causas y circunstancias de tiempo, modo y lugar de su participación en los mismos o de los que le conste, para asegurar el derecho a la verdad. Adicionalmente, deberá indicar la fecha de ingreso al respectivo frente o bloque y enumerar todos los bienes de origen ilícito que deberán ser entregados para efectos de reparar a las víctimas.

La *confesión* es un compromiso que adquiere quien está interesado en acogerse a los beneficios de la justicia transicional¹⁶, y constituye presupuesto esencial para acceder a ellos¹⁷. Dicho instituto -se insiste- es un medio de prueba y será valorado como tal por el fiscal para proceder a la imputación. De modo que se tendrán en cuenta aspectos referidos a los argumentos de pertinencia, eficacia y profundidad con los cuales pueda estimar su mérito, atendiendo a la coherencia interna y externa del relato, el objeto percibido, su nivel de descripción y, por tratarse de hechos que fueron cometidos con ocasión y durante la militancia del postulado en el aparato ilegal armado de poder, se verificará si el *modus operandi* se corresponde

¹⁴ Artículo 1 del Decreto 2898 de 2006.

¹⁵ Artículos 17 de la Ley 975 -declarado exequible condicionado por la Corte Constitucional en la sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006. Artículos 9 del Decreto 3391 de 2006 y 5 del Decreto 4760 de 2005.

¹⁶ Cfr: Autos de segunda instancia 30120 del 23 de julio de 2008, 30998 del 12 de febrero de 2009

¹⁷ Cfr: Auto de segunda instancia 31150 del 12 de mayo de 2009.

con el patrón delictivo del grupo, para lo cual deberá auscultarse la razón de la victimización y así, de su sistematicidad.

2.2.4. Para el ejercicio de su función investigativa y la eficacia de la versión libre, la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía debe elaborar un *plan metodológico* completo respecto de las posibles hipótesis delictivas. El Fiscal General de la Nación desempeña un importante cometido en el asunto, en cuanto es quien debe impartir las instrucciones generales a esa Unidad¹⁸.

Esa estrategia de trabajo¹⁹ debe partir de dos presupuestos mínimos: (i) que el postulado es un confeso transgresor del delito de concierto para delinquir agravado y (ii) que su militancia se desarrolló en un tiempo y en unos lugares específicos. El estudio correlativo radicará en los daños causados individual y colectivamente por el desmovilizado.

Ese ejercicio metodológico aproximará al acusador a una verdad que deberá declararse judicialmente y luego difundirse y sancionarse, y sobre ella se hará catarsis con la finalidad de garantizar la no repetición de este tipo de criminalidad.

Lo anterior no obsta para que en el curso de la versión del desmovilizado la fiscalía adelante actos investigativos de verificación²⁰. Aceptar que se debe esperar a la culminación de la diligencia, sería atropellar el derecho que tienen las víctimas a conocer la verdad; incluso, conduciría al absurdo de que si el desmovilizado en desarrollo de la misma revela la ubicación del

¹⁸ Artículo 5, inciso 4, del Decreto 4760 de 2005.

¹⁹ *Cfr.* Auto de segunda instancia 29560 del 28 de mayo de 2008.

²⁰ *Cfr.* Auto de segunda instancia 29992 del 28 de julio de 2008.

cadáver o cadáveres de algunas de sus víctimas, el ente investigador no podría proceder a verificar de inmediato esa información, pese al clamor de los familiares del occiso u occisos, erigidos así en consecuenciales víctimas de los grupos de autodefensas o paramilitares, de obtener rápida y pronta noticia acerca del paradero de sus seres queridos, así sea de sus cuerpos.

2.2.5. Una vez agotado lo anterior el fiscal solicitará al magistrado con funciones de control de garantías programar una audiencia para realizar la *imputación*.

Se trata de una comunicación que se hace al desmovilizado sobre los hechos jurídicamente relevantes que se investigan en su contra²¹, y que tendrá lugar cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física, información legalmente obtenida, o de la versión libre pueda inferirse razonablemente que aquél es autor o partícipe de uno o varios delitos que se investigan. Su finalidad no es otra que la formalización de la iniciación de la investigación penal.

Durante esa audiencia no solo se hará la imputación de los cargos, sino que solicitará la imposición de medida de detención preventiva y la adopción de medidas cautelares.

Conviene destacar que esa *imputación* es *fáctica*²², de modo que habrá de abordar las características delictivas que provisionalmente se le atribuyen y que se están investigando. Es más esa noticia especial debe comprender el universo de los hechos revelados y conocidos, porque el legislador ha previsto que obedezca a la

²¹ Cfr: Auto de segunda instancia 27484 del 8 de junio de 2008.

²² Artículo 18, inciso 2, de la Ley 975.

descripción de todos los hechos confesados de forma completa y veraz, y de los que conozca dentro del ámbito de su competencia²³.

En relación con los *hechos que pueden ser objeto del tratamiento especial consagrado en Ley 975 de 2005*, se han identificado tres escenarios diferentes²⁴ bajo el entendido que respecto de todos confluente la exigencia de su ocurrencia *durante y con ocasión* de la pertenencia al grupo desmovilizado al margen de la ley: (i) aquellos que no han sido investigados y son confesados por el desmovilizado en la audiencia de versión libre o verificados por la Fiscalía con posterioridad, que son precisamente los que corresponde tabular en el trámite diseñado por la ley de justicia y paz; (ii) los que están siendo investigados por otra jurisdicción, que se acumulan a este trámite especial, de conformidad con los artículos 20 y 22 de la Ley, y 11 del Decreto 3391 de 2006. En este evento, una vez se imponga medida de aseguramiento por el Magistrado de control de garantías, se suspende el proceso ordinario, se incluyen en la formulación de cargos y, finalmente, una vez se acepte el escrito de acusación por la Sala de conocimiento, se acumulan al diligenciamiento propio de la justicia transicional. Y, (iii) los que ya han sido objeto de pronunciamiento judicial por vía ordinaria, con condena, en donde el mencionado artículo 20 de la Ley permite la acumulación de penas, atendiendo al estudio de constitucionalidad contenido en la sentencia C-370 de 2006.

Ahora bien, en cuanto a los *hechos no confesados*²⁵, el artículo 25 de la Ley estipula que deben investigarse y juzgarse conforme a la ley

²³ Cfr: Auto de segunda instancia 30120 del 23 de julio de 2008.

²⁴ Cfr: Auto de segunda instancia 30998 del 12 de febrero de 2009.

²⁵ Cfr: Auto de segunda instancia 30999 del 24 de febrero de 2009.

vigente al momento de la comisión de los mismos, excluyéndolos obviamente de los beneficios mencionados.

Respecto a los *hechos cometidos con posterioridad a la desmovilización*²⁶, debe tenerse en cuenta que como la competencia de la fiscalía y de las salas de Justicia y Paz de los Tribunales Superiores está determinada por los delitos cometidos por el postulado hasta el momento de su desmovilización, colectiva o individual, y la averiguación gira sobre lo expuesto en su versión libre, toda investigación que se inicie por las conductas punibles ejecutadas con posterioridad a aquel hecho corresponde a las autoridades ordinarias y la declaratoria judicial de responsabilidad en ese nuevo asunto tendrá incidencia en el trámite y los beneficios que consagra la Ley de Justicia y Paz.

Importa resaltar que la imputación no es un acto que de manera obligada deba suceder a la versión libre. Es un **juicio lógico de probabilidad** que el fiscal ofrece al magistrado de control de garantías²⁷. Por tanto, si a partir de los elementos materiales probatorios, evidencia física o exposición del postulado, el fiscal no logra colegir que aquel fue el autor o participe de uno o varios delitos que se investigan, sólo podrá imputar la comisión de conductas punibles que cumplan con ese **presupuesto de razonabilidad**²⁸.

No se olvide que el fundamento argumentativo de la imputación debe comprender la relación de los hechos delictivos que son materia de investigación, los motivos por los cuales se le atribuye provisionalmente responsabilidad al postulado a título de autor o

²⁶ Cfr: Autos de segunda instancia Nos 30022 y 30744 del 16 de julio y 18 de noviembre de 2008.

²⁷ Cfr: Auto de segunda instancia No 27484 del 8 de junio de 2007,

²⁸ Cfr: Auto de segunda instancia No 30775 del 18 de febrero de 2009.

partícipe, que no pueden ser distintos a que su ejecución y consumación se llevó a cabo para y dentro de la organización armada ilegal, antes de su desmovilización, y la indicación del medio de prueba desde el cual se logra la inferencia²⁹.

2.2.6. En cuanto a la *solicitud e imposición de medida de aseguramiento*, se ha considerado que ella se supedita a los presupuestos de acreditación sobre el juicio de probabilidad que permita inferir razonadamente que el imputado es autor o partícipe de las conductas delictivas imputadas³⁰ y, que, además, la medida es necesaria, conforme a los criterios desarrollados ampliamente en los artículos 308 y siguientes de la Ley 906 del 2004.

Acorde con lo dispuesto en los artículos 13-3 y 18 de la Ley de Justicia y Paz³¹, tanto la solicitud de la fiscalía de imposición de medida de aseguramiento, como la decisión del funcionario de control de garantías acerca de su procedencia, se profieren en la misma audiencia preliminar de formulación de imputación. Sin embargo, como no existe otra preceptiva legal o reglamentaria que regule, con carácter especial, tales requisitos, procedencia y la posibilidad de sustitución o revocatoria de la medida de aseguramiento, es viable, por virtud de la complementariedad o integración prevista en el artículo 62 de la Ley de Justicia y Paz, acudir a las reglas del Código de Procedimiento Penal, en particular a lo previsto en los artículos 306 a 320 de la Ley 906 de 2004. Por consiguiente, para su imposición no basta con la concurrencia de los requisitos formales y sustanciales establecidos en la ley, sino que también debe emanar su necesidad en orden a evitar que el imputado

²⁹ Cfr: Auto de segunda instancia No 31150 del 12 de mayo de 2009.

³⁰ Cfr: Auto de segunda instancia No 27484 del 8 de junio de 2007.

³¹ Cfr: Auto de segunda instancia No 30942 del 9 de febrero de 2009.

obstruya el ejercicio de la justicia, constituya peligro para la sociedad o la víctima o para conjurar el riesgo de que no comparezca al proceso o no cumpla la sentencia, como así lo recoge el artículo 308 del estatuto procesal de 2004.

Cuando el funcionario judicial afronta el diagnóstico de establecer si es viable la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad, debe acometer una evaluación compleja que no sólo comprende presupuestos formales y sustanciales sino también en torno a su necesidad.

Por consiguiente, deberá analizar:

a) Si se cumplen los condicionamientos legales para decretar la medida, ya sea privativa o no de la libertad (artículo 307 de la Ley 906 de 2004), contemplados en el artículo 308 ibidem.

Dichos presupuestos se proyectan en un doble sentido: por una parte, determinar si de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenida legalmente se puede inferir razonablemente que el imputado es probable autor o partícipe de la conducta delictiva investigada. Por otra, auscultar sobre su necesidad en los términos anteriormente expuestos, esto es, conforme a los fines inherentes a tales medidas contenidos en los tres numerales de la misma norma.

b) Sólo superado el análisis anterior, el funcionario ha de establecer la procedencia de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, circunscrita a los casos específicos previstos en el artículo 313 ejusdem, adicionado por el 26 de la Ley 1142 de 2007.

2.2.7. Respecto a la *imposición de medidas cautelares*, inicialmente se sostuvo³² que conforme al artículo 18 de la Ley de Justicia y Paz sólo era posible en el marco de la audiencia de formulación de la imputación o, cuando menos, luego de que tal acto ya se hubiese realizado, esto es, la determinación sobre bienes, de acuerdo con la estructura de la normativa, habría de ser ulterior al acto de formulación de imputación, ya sea en la misma audiencia preliminar o en una posterior.

No obstante, aplicando un criterio de ponderación, precisó que constituye un error mayúsculo aceptar que las medidas cautelares sólo se pueden imponer cuando el desmovilizado culmine su versión libre y luego de que se efectúe el programa metodológico por parte de la Fiscalía para iniciar la investigación, porque con ello se abriría la posibilidad para que bienes afectables sean objeto de disposición o enajenación que complicarían la reparación.

La imposición de medidas que cobijen a los bienes ofrecidos para la reparación de las víctimas está en estrecha vinculación con los derechos de estas a obtener una reparación integral, especialmente en lo que toca con la restitución, a fin de que las cosas regresen a su estado original previo al de la violación, y al de recibir una indemnización que compense económicamente el daño causado. Lo anterior porque sólo a través de la imposición de tales medidas sobre los bienes ofrecidos se logra el cometido de garantizar que salgan de la esfera de disponibilidad del desmovilizado.

La Corporación precisó³³ que como el ofrecimiento de bienes debe ser un acto de plena responsabilidad, el postulado asume todas las

³² Cfr: Auto de segunda instancia 28040 del 23 de agosto de 2007.

³³ Cfr: Auto de segunda instancia 30360 del 8 de septiembre de 2008.

consecuencias que se puedan derivar de la entrega de bienes que no puedan ingresar finalmente al Fondo para la Reparación de Víctimas, porque se encuentren sometidos a otros gravámenes o limitaciones a la propiedad (hipoteca, prenda, suspensión del poder dispositivo, embargo, secuestro, afectación de inenajenabilidad, comiso, etc.), se trate de bienes baldíos o sean reclamados exitosamente por terceros de buena fe, por ejemplo, supuestos en los cuales el postulado asume la consecuencia de la expulsión de los beneficios que le ofrece la Ley de Justicia y Paz por haberse resistido a brindar una confesión completa y veraz, y porque con tal conducta está demostrando renuencia a la entrega de sus bienes con el propósito de indemnizar a las víctimas, comportamiento que desvirtúa el objeto de la Ley 975 de 2005 y constituye un grave incumplimiento de los requisitos de elegibilidad previstos en los artículos 10-10.2 y 11-11.5., amén de la posible responsabilidad por el delito de fraude procesal.

El secuestro y embargo siempre son previos a cualquier acto que sobre bienes ejecute el Fondo para la Reparación de Víctimas. Ello es así, porque solamente en la medida en que se tiene un título jurídico para disponer del bien, así sea provisionalmente y mientras se dicta sentencia, el Estado se blinda frente a demandas de responsabilidad patrimonial ejercitadas por terceras personas.

Posteriormente, la Sala³⁴ anunció la necesidad de ampliar el alcance de la jurisprudencia - contenida en el radicado 28040- en el sentido que la afectación de bienes puede llevarse a cabo antes de la audiencia de imputación bajo dos condiciones: (i) que el desmovilizado esté rindiendo la versión libre en la cual haya confesado delitos que a futuro puedan ser cobijados por la pena alternativa y (ii) que tales bienes hayan sido ofrecidos

³⁴ Cfr: Auto de segunda instancia 30442 del 3 de octubre de 2008, con aclaraciones de voto.

voluntariamente por el desmovilizado con miras a la reparación. Una fórmula similar de comportamiento procesal tendrá cabida frente a la denuncia de bienes que llegaren a ofrecer las víctimas, el Ministerio Público o la Fiscalía, dado que serán (en ese hipotético evento) semejantes las razones de derecho que podrán ofrecerse, así como idéntico será el derecho a proteger.

En efecto, no se viola el debido proceso cuando antes de la formulación de imputación se decreta el embargo y secuestro o la suspensión del poder dispositivo de los bienes entregados por el desmovilizado, si con ello se persigue precisamente garantizar la finalidad primordial del proceso: la reparación.

2.2.8. Dentro de los sesenta (60) días siguientes a la formulación de imputación, la fiscalía, con apoyo de la Policía Judicial, adelantará las labores de investigación y verificación de los hechos admitidos por el imputado y de todos aquellos que tenga conocimiento en el ámbito de su competencia. Ese término podrá prorrogarse por el magistrado de control de garantías hasta por el lapso previsto en el artículo 158 de la Ley 906 de 2004, a solicitud del fiscal o del imputado³⁵.

2.2.9. Finalizado ese plazo, o antes, de ser posible, el fiscal solicitará al magistrado de control de garantías la programación de una audiencia de *formulación de cargos*, en la que³⁶, a través de una valoración jurídica que satisfaga el presupuesto de tipicidad estricta de las conductas punibles, concrete la imputación fáctica y precise las categorías de atribución subjetivas cometidas por el desmovilizado, en su condición de militante de una organización

³⁵ Artículo 6, inciso 2, del Decreto 4760 de 2005.

³⁶ *Cfr.* Auto de segunda instancia 27484 del 8 de junio de 2007.

ilegal, para que de manera espontánea, libre, voluntaria, y asistido por su defensor, manifieste qué *cargos* o *delitos* acepta.

Si los acepta, se remitirá la actuación a la secretaría del Tribunal Superior del Distrito Judicial de conocimiento, en donde se convocará a audiencia pública para examinar si la aceptación fue libre, voluntaria, espontánea y asistida por su defensor. En caso de encontrar reunidas esas condiciones, el magistrado de conocimiento citará para audiencia de sentencia e individualización de pena.

Ese escrito de *formulación* debe cumplir con ciertas exigencias³⁷ puesto que, junto con el acto procesal de control de legalidad material y formal de la aceptación de cargos por parte de la Sala de conocimiento de Justicia y Paz, conforman *la acusación*, respecto de la cual se afirma la congruencia con la sentencia.

En punto del control de legalidad material es necesario constatar los requisitos de elegibilidad del desmovilizado y la ocurrencia de los hechos delictivos *durante y con ocasión* de la militancia en el grupo armado ilegal, la verificación de la voluntad del postulado, el por qué, el cómo y el cuándo de cada crimen, así como la representación legal de las víctimas y la necesidad de prestarles medidas de protección.

Si el imputado no acepta los cargos o se retracta de los develados en la versión libre, la fiscalía remitirá la actuación al funcionario competente en atención a la ley vigente al momento de la comisión de las conductas investigadas. En ese caso, no accederá a los beneficios consagrados en la Ley de Justicia y Paz.

³⁷ Cfr: Auto de segunda instancia 29560 del 28 de mayo de 2008.

Pero, si los acepta parcialmente, se romperá la unidad procesal en cuanto a los no admitidos, cuya investigación y juzgamiento corresponde a las autoridades competentes conforme a las normas procesales vigentes al momento de su comisión. En relación con los cargos aceptados, se otorgarán los beneficios previstos en la Ley 975.

Dentro de ese contexto estructural suelen presentarse diversas hipótesis relacionadas con la *situación judicial* del postulado al momento de su desmovilización, así³⁸: (i) si al momento de dejar las armas y reinsertarse a la vida civil no soporta medida de aseguramiento ni condenas pendientes, el procedimiento que se sigue a efectos de su imputación es el gobernado por el parágrafo del artículo 5° del Decreto 4760; frente a este evento la Corte se ha pronunciado autorizando la imputación parcial³⁹, situación que hoy encuentra válida en el marco de las reflexiones expuestas en precedencia; (ii) si al momento de la desmovilización se estuvieran adelantando contra el justiciable procesos judiciales por punibles cometidos en desarrollo de su pertenencia al grupo armado ilegal, en los que se le haya impuesto medida de aseguramiento o incluso sentencias condenatorias, el procedimiento a seguir es el previsto en los artículos 10 y 11 del Decreto 3391 de 2006; (iii) si el justiciable se encuentra privado de la libertad como consecuencia de su desmovilización previa, adelantada de conformidad con la Ley 782 de 2002, el trámite que se sigue es el previsto en los artículos 5° y 6° del Decreto 3391 de 2006; y, (iv) cuando luego de su desmovilización es afectado con medida de aseguramiento o condenas impuestas por delitos perpetrados sin relación con el conflicto armado, la solución jurídica se encuentra en el parágrafo del artículo 5° del Decreto 4760 de 2005, que prevé la figura de la imputación parcial de cargos.

³⁸ Cfr: Auto de segunda instancia 30955 del 2 de febrero de 2009.

³⁹ Cfr: Autos de segunda instancia 25960 y 30120 de 28 de mayo y 23 de julio de 2008.

La jurisprudencia ejemplificó⁴⁰ que si un desmovilizado está siendo investigado o juzgado por la justicia ordinaria por un delito de homicidio cometido en desarrollo de su pertenencia a esa organización y ocurrido antes del 25 de julio de 2005, no le basta acudir al proceso adelantado en su contra por la justicia transicional y admitir dicho punible. Para beneficiarse de la pena alternativa es menester que en la diligencia de versión libre indique las circunstancias de tiempo, modo y lugar bajo las cuales cometió el crimen, revele el sitio donde quedaron los despojos mortales de la víctima y procure reparar de manera integral los perjuicios causados con su acción delictiva.

A su turno, el magistrado de control de garantías verificará el cumplimiento de tales condiciones, en orden a viabilizar el trámite correspondiente a la aceptación del cargo o cargos, es decir, si confesó de manera completa y veraz los hechos en torno a los cuales se edificó la imputación o acusación formulada en la justicia ordinaria.

2.2.10. En lo atinente a la *acumulación de procesos* se ha afirmado que⁴¹ tiene lugar una vez declarada la legalidad de la aceptación de los cargos por la Sala del Tribunal Superior de Distrito Judicial, y que esa figura es distinta a la de la suspensión de los procesos que estén a cargo de otras autoridades, por conductas cometidas por el imputado durante o con ocasión de su pertenencia al grupo armado ilegal. En concreto, la suspensión es una medida de carácter provisional que compete al magistrado de control de garantías y tiene como objeto permitir a la fiscalía ahondar sobre ese vínculo a fin de poder

⁴⁰ Cfr: Auto de segunda instancia 31048 del 9 de marzo de 2009.

⁴¹ Cfr: Auto de segunda instancia 28250 del 25 de septiembre de 2007.

imputarlas en la audiencia de formulación y aceptación de cargos -si no han sido admitidas por el desmovilizado en la versión libre-. La acumulación, en cambio, es definitiva y compete al funcionario de conocimiento.

2.2.11. Ahora bien; el beneficio contemplado en la Ley para quienes se acojan a este proceso es la *pena alternativa*, pero para acceder a ella es preciso⁴² (i) haber estado vinculado a un grupo armado organizado al margen de la ley⁴³; (ii) ser autor o partícipe de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a dichos grupos, que no estén cobijados por los beneficios de la Ley 782 de 2002⁴⁴; (iii) manifestar por escrito al Gobierno la voluntad de ser postulado para acogerse al procedimiento y a los beneficios de la Ley, declarando bajo juramento el compromiso de cumplir las exigencias previstas en los artículos 10 y 11 *ibidem*, según corresponda⁴⁵; (iv) según se trate de desmovilización colectiva o individual⁴⁶: desmovilización y desmantelamiento del grupo armado ilegal en cumplimiento de acuerdos con el Gobierno Nacional⁴⁷ o desmovilización y dejación de armas en los términos establecidos por el Gobierno Nacional⁴⁸; (v) entregar los bienes producto de la actividad ilegal⁴⁹; (vi) cesar toda interferencia al libre ejercicio de los derechos políticos, libertades públicas y cualquier otra actividad ilícita o cesación de toda actividad ilícita, según se trate de

⁴² Cfr: Auto de segunda instancia 30999 del 24 de febrero de 2009.

⁴³ Artículos 1 y 2 de la Ley 975 de 2005.

⁴⁴ Artículo 2 *ibidem*.

⁴⁵ Artículo 3 del Decreto 4760 de 2005.

⁴⁶ Artículos 10 y 11 de la Ley 975 de 2005.

⁴⁷ Artículos 2 y 10-1 *ibidem*

⁴⁸ Artículos 2 y 11-3 *ibidem*.

⁴⁹ Artículos 10-2 y 11-5 *ibidem*.

desmovilización colectiva o individual⁵⁰; (vii) que el grupo no se haya organizado para el tráfico de estupefacientes o enriquecimiento ilícito, o la actividad individual no haya tenido como finalidad las mencionadas conductas punibles⁵¹; (viii) en caso de desmovilización colectiva que se haga entrega de todos los menores de edad reclutados al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar⁵²; (ix) en caso de desmovilización colectiva que se liberen las personas secuestradas en poder del grupo⁵³; (x) en caso de desmovilización individual que se suscriba acta de compromiso con el Gobierno Nacional⁵⁴; (xi) en caso de desmovilización individual entregar información o colaborar con el desmantelamiento del grupo al que perteneció⁵⁵; (xii) postulación por parte del Gobierno Nacional⁵⁶; (xiii) rendir versión libre⁵⁷ que permita el establecimiento de la verdad a partir de la confesión plena y veraz de los hechos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia al grupo⁵⁸; (xiv) ratificación ante el fiscal de la voluntad de acogerse al procedimiento y beneficios de la Ley 975 de 2005⁵⁹; (xv) contribuir decididamente a la reconciliación nacional -paz nacional⁶⁰; (xvi) colaborar efectivamente con la justicia en el esclarecimiento de los delitos⁶¹ -logro del goce efectivo del derecho de las víctimas a la verdad, justicia, reparación

⁵⁰ Artículos 10-4 y 11-4 *ibidem*.

⁵¹ Artículos 10-5 y 11-6 *ibidem*.

⁵² Artículo 10-3 *ibidem*.

⁵³ Artículo 10-6 *ibidem*.

⁵⁴ Artículo 11-2 *ibidem*.

⁵⁵ Artículo 11-1 *ibidem*.

⁵⁶ Artículo 3° Decreto 4760 de 2005.

⁵⁷ Artículo 5° *ibidem*.

⁵⁸ Artículo 2° Decreto 3391 de 2006.

⁵⁹ Artículo 1° Decreto 2898 de 2006.

⁶⁰ Artículos 2° Ley 975 de 2005, 3°, 8° Decreto 4760 de 2005 y 2° Decreto 3391 de 2006.

⁶¹ Artículo 29 Ley 975 de 2005.

y no repetición⁶²; (xvii) Promesa de no incurrir en nuevas conductas punibles -garantía de no repetición-⁶³; (xviii) reparar a las víctimas⁶⁴; (xix) compromiso de contribuir con su resocialización a través de trabajo, estudio o enseñanza⁶⁵; (xx) Promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al cual perteneció⁶⁶; y, (XXII) que se trate de hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la Ley 975 de 2005 -25 de julio- (artículo 72) y, en caso de conductas de ejecución permanente, que el primer acto se haya producido antes de la vigencia de la mencionada ley⁶⁷.

2.2.12. En lo referente a la *exclusión del trámite y de los beneficios de la Ley de Justicia y Paz*, se ha precisado⁶⁸ que las decisiones que corresponda adoptar, de oficio o a petición de parte, deben ser proferidas con estribo en lo dispuesto por los artículos 19, parágrafo 1, 21 de la Ley 975 de 2005 y 1 del decreto 4417 de 2006. Si es el postulado quien voluntariamente solicita la exclusión, corresponde al Fiscal de la Unidad Nacional de Justicia y Paz, ordenar finalizar el trámite y remitir las diligencias a la justicia ordinaria. Si es el fiscal u otra parte interesada quienes estimen ausente cualquiera de los requisitos para que el postulado sea beneficiado con la pena alternativa, compete a la Sala de Justicia y Paz del Tribunal del Distrito Judicial correspondiente en cualquier etapa procesal, adoptar la decisión, incluso si comprueba oficiosamente, la ausencia de cualquiera de dichos requisitos. Esta decisión, es susceptible del

⁶² Artículos 3º y 8º Decreto 4760 de 2005 y 2º Decreto 3391 de 2006.

⁶³ Artículos 3º parágrafo 4º Decreto 4760 de 2005 y 2º Decreto 3391 de 2006.

⁶⁴ Artículos 42 y 44 Ley 975 de 2005, 3º y 8º Decreto 4760 de 2005 y 2º Decreto 3391 de 2006.

⁶⁵ Artículos 29 Ley 975 de 2005, 3º y 8º Decreto 4760 de 2005.

⁶⁶ Artículo 29 Ley 975 de 2005.

⁶⁷ Artículo 26 Decreto 4760 de 2005.

⁶⁸ Cfi: Autos de segunda instancia Nos 27873 del 27 de agosto de 2007, 30998 del 12 de febrero de 2009, 31325 del 4 de marzo de 2009, 31162 del 11 de marzo de 2009 y 31234 del 20 de abril de 2009.

recurso de apelación. En ambos casos, se deberá informar al Gobierno Nacional. También se advirtió que la decisión de exclusión le impide al postulado acceder a futuro nuevamente al trámite y a eventuales beneficios, entre otras evidentes razones, porque la naturaleza y estructura del proceso lo impiden, pues el incumplimiento de alguno de los presupuestos legalmente establecidos, desconoce de lleno los derechos a la verdad y a la justicia que demanda el otorgamiento de los beneficios. Además, ante el compromiso serio por parte de quienes han sido postulados por el Gobierno Nacional, inadmisibles se muestran los cambios de criterio, en virtud de la incertidumbre, desconfianza e inseguridad jurídica que tal situación puede generar en la comunidad en relación con este proceso.

A tono con esa directriz, recientemente la Sala⁶⁹ enfatizó que si bien la fiscalía tiene el deber de citar al desmovilizado para escucharlo en versión por los medios legales previstos para el efecto, a éste le es imperativa su realización para poder acceder a los beneficios del régimen especial de justicia y paz, lo cual demanda de su parte obligaciones mínimas orientadas a demostrar que mantiene intacto y latente su interés exteriorizado inicialmente con su desmovilización.

2.2.13. La Corporación pudo verificar⁷⁰, luego de una revisión de los medios consagrados en Ley 975 de 2005 y lo consignado en la Ley 906 de 2004, por virtud de la complementariedad que, en principio, existen tres mecanismos concretos a partir de los cuales se puede dar por *terminado de manera extraordinaria o anticipada, el proceso de Justicia y Paz*: (i) La exclusión del postulado; (ii) El archivo de las diligencias por parte del Fiscal encargado y; (iii) La preclusión de la

⁶⁹ Cfr: Auto de segunda instancia 31181 del 15 de abril de 2009.

⁷⁰ Cfr: Auto de segunda instancia 30998 del 12 de febrero de 2009.

investigación y que entre esas mismas figuras existen notorias diferencias.

La exclusión del postulado de los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, opera cuando éste no cumple con los requisitos generales objetivos establecidos en la Ley 975 de 2005 para su vinculación al trámite especial, o cuando en curso del proceso o dentro de la ejecución de la pena alternativa dispuesta por la justicia, incumple con las obligaciones propias de su condición. Para ese efecto, el artículo 10 de la Ley 975 de 2005, establece los requisitos puntuales que ha de cumplir la persona para que pueda ser postulada por el Gobierno Nacional en aras de acceder a los beneficios allí contenidos.

Si el postulado incumple los requisitos, pese a que el Gobierno Nacional lo incluyó en la lista enviada a la Fiscalía, es obligación del funcionario acudir ante la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, a fin de obtener la desvinculación de la persona a través del mecanismo de la exclusión.

La exclusión no representa pronunciamiento de fondo respecto de los delitos confesados por el postulado en su versión libre y objeto del proceso de Justicia y Paz, pues, simplemente su investigación y juzgamiento correrá eventualmente de cargo de la justicia ordinaria.

Igual sucede cuando el postulado incumple sus obligaciones -a manera de ejemplo, cuando sigue delinquiriendo al interior del sitio de reclusión que lo alberga- en curso del trámite en cuestión y previo a la emisión del fallo que otorga la sanción alternativa.

Si el fallo se ha proferido y se ejecuta la pena alternativa, pero se demuestra que el favorecido incurrió en conductas delictivas,

incumplió las obligaciones establecidas en la ley o el fallo para el goce del beneficio, o se demuestra, con sentencia judicial, que cometió un delito ocultado por él en la versión libre y que tenga relación directa con su pertenencia al grupo paramilitar “...se revocará la pena alternativa y en su lugar se harán efectivas las penas principales y accesorias ordinarias inicialmente determinadas...”⁷¹.

Frente al *archivo* de las diligencias se ha dicho⁷² que en virtud del trámite dispuesto en la Ley 975 de 2005, en consonancia con los decretos 4760 del mismo año artículo 4º y 2898 de 2006 parágrafo del artículo 1º, es deber de la fiscalía adoptar esta decisión cuando concluya, luego de ponderar los resultados de la actuación previa y de la investigación, que no convergen los elementos objetivos del tipo penal, teniendo la posibilidad de reabrir la si sobrevienen elementos de prueba o información que así lo amerite.

Ese archivo, en caso que sea procedente, debe efectuarse antes de la audiencia de imputación, cuando el fiscal determine que los hechos admitidos o no por el desmovilizado, no pueden identificarse como delictuosos. Esta actuación del ente instructor, sin la intervención de los magistrados de Justicia y Paz, precisa de un requisito procesal consistente en que no se haya formulado imputación, y otro material, referido a que se trate de atipicidad objetiva, dentro de los términos que para ella fija la Corte Constitucional en sentencia C-575 de 2006, y las precisiones de la Corte Suprema, en su Sala Plena dentro del radicado 11-001-02-30-015-2007-0019 del 5 de julio de 2007.

⁷¹ Artículo 12 Decreto 3391 de 2006.

⁷² Cfr: Autos de segunda instancia Nos 27873 del 27 de agosto de 2007, 28492 del 26 de octubre de 2007 y 30998 del 12 de febrero de 2009.

Si ya se ha formulado imputación o la discusión opera en otros tópicos del delito diferentes a su tipicidad objetiva, el Fiscal debe acudir ante la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, a través del mecanismo de la *preclusión*.

La preclusión se tramita bajo los mandatos contenidos en los artículos 331, 332, 333, 334 y 335 de la Ley 906 de 2004, por remisión de la Ley 975 de 2005.

Así, el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, señala que el fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos: (i) Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal; (ii) existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal; (iii) inexistencia del hecho investigado; (iv) atipicidad del hecho investigado; (v) ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado; (vi) imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia; (vii) vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este código.

El artículo 333 siguiente, además de regular el trámite, alude a la obligación por parte de la Fiscalía de demostrar en la correspondiente audiencia, la existencia de la causal invocada, así como a la intervención de las partes para que controviertan la solicitud. A esto agregó la Corte Constitucional, en sentencia C-209 de 2007, la facultad de las víctimas o sus representantes, de presentar o solicitar la práctica de pruebas para desvirtuar la solicitud de la Fiscalía.

Por su parte, el artículo 334 de la misma normativa determina que una vez en firme la decisión de preclusión, “...cesará con efectos de

cosa juzgada la persecución penal en contra del imputado por esos hechos...”.

Se concluye así, que la exclusión, frente a la preclusión y el archivo, además de obedecer a causas diferentes, también produce efectos distintos, en cuanto, no constituye pronunciamiento de fondo en torno de los hechos o conductas punibles ejecutadas.

La muerte de una persona que aparece como elegible para los efectos de la Ley de Justicia y Paz, dijo la Corte⁷³, constituye una causal de preclusión de la investigación, cuya aplicación debe ser solicitada ante los Magistrados de la jurisdicción especial, quienes están facultados para resolverla.

2.2.14. En lo atinente a las *víctimas*, la Sala⁷⁴ se ha pronunciado sobre el carácter prevalente del conjunto de derechos a la verdad, la justicia y la reparación, consagrados en el cuerpo normativo de la Ley 975 de 2005, por cuanto la concesión de beneficios a los integrantes de los grupos armados al margen de la ley que opten por desmovilizarse bajo los parámetros determinados, está supeditada a que reparen integralmente a sus víctimas, tal como se infiere de lo expuesto por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-370 de 2006.

2.2.15. Frente al *incidente de reparación integral*, la Sala⁷⁵, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 23, 42-2, 54 de la Ley 975 de 2005, 12-parágrafo 2- del Decreto 4760 de 2005 y 15 del

⁷³ Cfr: Auto de segunda instancia No 28492 del 26 de octubre de 2007.

⁷⁴ Cfr: Autos de segunda instancia 27052 y 28040 de 23 de mayo y 23 de agosto de 2007.

⁷⁵ Cfr: Autos de segunda instancia 28769 del 11 de diciembre de 2007, 29240 del 21 de abril de 2008, 29642 del 23 de mayo de 2008 y 31320 del 12 de marzo de 2009- aclarando que el artículo 12 del Decreto 4760 de 2005 fue derogado por el artículo 22 del Decreto 3391 de 2006.

Decreto 3391 de 2005, ha precisado los requisitos para demandar la indemnización y reparación integral.

2.2.16. En punto de la *vigencia de la ley 975 de 2005* expresó la Sala⁷⁶, que los hechos cobijados por la alternatividad penal consagrada allí consagrada, deben haber tenido ocurrencia antes del 25 de julio de 2005, conforme a lo dispuesto expresamente por el legislador en el artículo 72 “...a partir de la fecha de su promulgación”, acto que se cumplió en el diario oficial No. 45.980 del 25 de julio de 2005.

3. No sobra insistir, para finalizar, que la política criminal de la justicia restaurativa, impone a la Fiscalía el deber de adelantar investigaciones serias y congruentes con el esclarecimiento de la verdad, orientadas a desarticular las estructuras delictivas ilegales y la reincorporación de sus miembros para transitar hacia una paz sostenible, garantizando a las víctimas sus derechos ampliamente reconocidos a lo largo de los preceptos que regulan el procedimiento de la Ley de Justicia y Paz. A su turno, los Magistrados de Control de Garantías y de Conocimiento, tienen la carga de promover la distintas etapas del proceso de desmovilización, conforme a los presupuestos formales y materiales que, en términos de razonabilidad, conduzcan a determinar con claridad, si el desmovilizado se hace acreedor a la pena alternativa, gracias a su colaboración con la justicia, el esclarecimiento de la verdad, la garantía de no repetición y la reparación de las víctimas.

4. En suma, la Sala se invalidará lo actuado a partir del acto de formulación de cargos, inclusive, y devolverá el expediente a la Fiscalía de Justicia y Paz de Barranquilla para que, llegado el

⁷⁶ Cfr. Auto de segunda instancia 30999 del 24 de febrero de 2009.

momento procesal oportuno en el trámite que en la actualidad adelanta por cuerda paralela, proceda a formular cargos contra WILSON SALAZAR CARRASCAL por: el delito de concierto para delinquir, los delitos objeto de esta actuación y los demás a que haya lugar, atendiendo al Bloque de Constitucionalidad.

Como las diligencias que comprenden el concierto para delinquir se encuentran aún en sede de fiscalía, se instará a dicho ente para que imprima agilidad al trámite de imputación y formulación de cargos y, dentro de un término razonable, finalice esas etapas, con plena observancia del debido proceso, de las pautas consignadas en esta providencia, garantizando los derechos de las víctimas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

Primero. Declarar la nulidad de la presente actuación a partir del acto de formulación de cargos, inclusive.

Segundo. Devolver la actuación a la Fiscalía de Justicia y Paz de Barranquilla para que se proceda conforme a lo expuesto en el considerando 1.7. de esta providencia.

Tercero. Instar a la Fiscalía de la Unidad de Justicia y Paz, con sede en la ciudad de Barranquilla, para que, en los términos expuestos en la parte motiva, imprima agilidad al trámite de imputación y

formulación de cargos que por el delito de concierto para delinquir y otros que corresponda adelantar contra WILSON SALAZAR CARRASCAL.

Cuarto. Contra esta decisión no procede recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
Permiso

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS
Comisión de servicio

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ
Secretaria

