

REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA



TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA DE JUSTICIA Y PAZ

Radicado: 11-001-60-00253-2007-82700
Postulado: Juan Fernando Chica Atehortua y
otros
Delitos: Concierto para delinquir y otros
Bloque: Cacique Nutibara (A.U.C.)

Medellín, octubre trece (13) de dos mil quince (2015)

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Magistrado Juan Guillermo Cárdenas Gómez

Con el respeto sumo que el suscrito profesa hacia las decisiones de los diferentes funcionarios judiciales dentro del marco de la Constitución y la Ley, precisamente teniendo como fundamento la normatividad que regula el proceso de justicia transicional, razono que en la presente oportunidad se torna imperioso manifestar mi disenso y desacuerdo con multiplicidad

de aspectos, conclusiones y órdenes emitidas en la Ponencia presentada por el Magistrado Rubén Darío Pinilla Cogollo y que fueron acompañadas por la primera revisora, doctora María Consuelo Rincón Jaramillo con la aclaración ya esbozada; coligiendo entonces que se hace necesario presentar salvamento parcial de voto respecto de la sentencia en contra de Juan Fernando Chica Atehortua, Néstor Eduardo Cardona Cardona, Edilberto de Jesús Cañas Chavarriaga, Edgar Alexander Erazo Guzmán, Juan Mauricio Ospina Bolívar, Wander Ley Viasus Torres y Mauro Alexander Mejía Ocampo, excombatientes que en otrora pertenecieron al desmovilizado Bloque Cacique Nutibara de las Autodefensas Unidas de Colombia, esgrimiendo para tal fin, las apreciaciones que a continuación me permito relacionar:

1. ERRÓNEA CONCEPCIÓN Y DESARROLLO DEL CONTEXTO

En primer término considero que la contextualización a diferencia de la posición que ha asumido el Magistrado Ponente en las decisiones que ha proferido en la Sala de justicia y paz del Tribunal Superior de Medellín, se traduce para el caso concreto, en la realización de un recuento del conjunto de situaciones que llevaron a la génesis del fenómeno paramilitar, cómo fue el progreso de estos grupos ilegales en el territorio nacional, su expansión y la manera como se gestó el proceso de dejación de armas, desmovilización y reincorporación a la vida civil, debiendo omitirse cualquier tipo de apreciaciones subjetivas y/o personales.

Desde esta óptica, contrario sensu infiero, que el contexto se erige como una narración histórica de los diferentes sucesos que permitieron el asentamiento de estos grupos armados ilegales en las diferentes

poblaciones de la geografía colombiana, misma que por legalidad y coherencia probatoria debe ser fidedigna a los medios materiales probatorios aportados por el ente acusador en el adelantamiento de las múltiples sesiones de audiencias; y bajo ese entendido, imperiosamente tendrá que encontrarse desprovisto de cualquier valoración de tipo individual, implicando tal premisa, la imposibilidad de establecer conclusiones que puedan llevar a una inclinación filosófica del mismo.

Esa subjetivación que se exterioriza en el evento sub examine, donde a manera de ejemplo y es mi visión particular del asunto, se pretende nuevamente -como se ha venido efectuando en otros proveídos proferidos por la Sala con idéntico ponente y sin competencia alguna-, endilgar responsabilidades a los entes estatales y a sus diferentes representantes, tildándolos de forma apresurada y ligera, ***-sin haber sido siquiera vinculados a una investigación para que con fundamento en el debido proceso se adelante un juicio justo-*** de haber sido promotores de uno de los flagelos más graves que ha azotado nuestro país en las últimas décadas¹, como si se tratara de una causa en contra de funcionarios adscritos a las esferas estatales y no de exintegrantes de organizaciones armadas al margen de la ley, que previo a ello se desmovilizaron, fueron postulados por el Gobierno Nacional, rindieron versiones libres, asistieron a las audiencias adelantadas en el proceso y hoy están ad portas de culminar esta etapa judicial con la decisión que pone fin a la instancia.

¹ "175 El Estado Colombiano es responsable, por acción y/o (sic) omisión de los hechos cometidos por los grupos paramilitares. Este y las Fuerzas Militares promovieron las convivir, que fueron una fuente o cantera de los grupos paramilitares y un mecanismo para encubrir su actividad. En la promoción, creación y expansión de estos participaron amplios sectores del Estado y la Sociedad Civil, con la complacencia o tolerancia de otros sectores del Gobierno. Pero, el Estado Sabía de esas actividades de sus agentes. Pág. 123 Sentencia.

Teniendo de presente las anteriores precisiones, es que no puedo estar conforme con la medida de satisfacción contenida en la decisión en el numeral 24 literal b) donde se indica:

“Declárese que esta sentencia constituye una reconstrucción lo más fidedigna posible y lo más próxima a la verdad de los hechos cometidos y el contexto en el que se cometieron y en esa medida, es en sí misma una forma de reparación y satisfacción de las víctimas y la sociedad”.

Contextualizar viene del vocablo contexto² que implica “dar un entorno a algo determinado”, significando por ende que esa labor que se hace por parte de la magistratura en el acoplamiento palmario de una historia, es brindar cimientos para que quien conozca lo decidido, entienda **objetivamente** de dónde surge el fenómeno paramilitar, cómo fue su auge, qué hechos devinieron en su fortalecimiento; y de allí, puedan establecerse la construcción de la “memoria histórica”, sin que ese trabajo de elaboración pueda ser utilizado como plataforma para edificar conclusiones propias, apresuradas, sin soporte probatorio ni jurídico; ello, ante la no competencia de la Colegiatura para la emisión de juicios de desvalor en los que se está condenando a los entes estatales; extractándose lo ya expresado en otra decisión con coincidencia del ponente.

² Según la RAE la palabra **contexto** se define como:

(Del lat. *contextus*).

1. m. Entorno lingüístico del cual depende el sentido y el valor de una palabra, frase o fragmento considerados.
2. m. Entorno físico o de situación, ya sea político, histórico, cultural o de cualquier otra índole, en el cual se considera un hecho.
3. m. p. us. Orden de composición o tejido de un discurso, de una narración, etc.
4. m. desus. Enredo, maraña o unión de cosas que se enlazan y entretejen.

“La creación y expansión de los grupos paramilitares fue el fruto de una política de amplios sectores del Estado, las Fuerzas Militares y la sociedad civil y fue posible gracias a la financiación de la empresa privada y el narcotráfico y la alianza entre todos ellos, que obedecían a sus intereses y propósitos comunes.

*Los demás sectores del Estado fueron complacientes o condescendientes con ese fenómeno y lo facilitaron, permitieron o toleraron de distintas formas. Solo de esa manera se explica que en el corto lapso de unos pocos años coparan todo el territorio nacional. De allí que la Sala pueda afirmar que constituyeron **una política de Estado por acción y omisión.**”*
(Negrillas y subrayas fuera del texto)

El anterior criterio por parte de la Sala Mayoritaria en este marco, no solo lo encuentro errado, sino que a su vez da a entender que esa “*verdad revelada*”, se torna absoluta, ya que sostienen como **premisa irrefutable**, que los grupos paramilitares contaron con la anuencia de ***todas*** las entidades estatales, pues de no haber sido así, ‘*no hubieran logrado copar extensa parte del territorio nacional*’, es decir tal fenómeno ‘*sólo tiene cabida en el evento que **el Estado en su totalidad** lo hubiera permitido, facilitado, promovido y tolerado*’, emitiendo prácticamente un veredicto en contra de la institucionalidad en su integridad por este fenómeno paramilitar, conculcando sin dubitación alguna el Debido Proceso y por ende la presunción de inocencia.

Resulta pertinente aclarar que el suscrito también deduce cierto grado de apoyo y en ocasiones trabajo mancomunado por parte de servidores públicos con estas organizaciones armadas ilegales; pero como protector y garante de los derechos fundamentales entre ellos el debido proceso y la

facultad de defensa, advierto que no puede ser objeto de declaración por parte de las Salas de justicia y paz en este trámite de justicia transicional, al no contar con competencia; debiendo limitarse a la compulsión de copias para que sean las autoridades legales competentes -jurisdicción ordinaria y organismos internacionales según el caso- los que en instancia pertinente declaren o no la responsabilidad de estos y del Estado respectivamente .

Es que muy a pesar que en la presente decisión se pretenda dar visos de legitimidad a las órdenes emitidas a los burgomaestres locales de Medellín e Itagüí, para que pidan perdón, porque según la Sala Mayoritaria ***“son responsables por acción y omisión de las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario cometidos por los miembros del Bloque Cacique Nutibara de las Autodefensas Unidas de Colombia y los hechos en los cuales perdieron la vida las víctimas”***; ello constituye un despropósito y desatino, pretendiendo equiparar la organización armada ilegal con instituciones territoriales y administrativas locales y de otro orden que cuentan con una presunción incólume de probidad, bajo los parámetros de la Constitución y la Ley; y es que de aceptarse tal razonamiento a todas luces ilógico, sería entender que el conjunto de servidores públicos adscritos para ese entonces a dichos entes, hacían parte de la delincuencia organizada y son a su vez responsables del terror sembrado por esta célula criminal; lo que evidentemente es una premisa quimérica sin fundamento jurídico y ajenas a la investigación.

Debo otra vez señalar que esta Sala, no tiene competencia para condenar al Estado ni alguno de sus agentes; peor aún, con fundamento en consideraciones vagas e imprecisas en lo que a la responsabilidad estatal se refiere, cuando no se traen a colación hechos o situaciones concretas,

partiéndose de supuestos, que en caso que fueran ciertos conllevarían a la condena eventual de funcionarios en particular (*siempre y cuando hicieran parte del grupo armado ilegal, se hubieran desmovilizado y postulado administrativamente por el Gobierno Nacional*) y no al Estado, evento en el cual necesariamente tendría que ser a instancias internacionales y/o por el órgano competente administrativo según sus funciones.

Aunado a lo anterior, los miembros de la Rama Judicial, los cuales hacemos parte de la institucionalidad que hoy se condena, nos hemos ocupado de defenderla jurídicamente, emitiendo condenas, muchas de ellas ejemplares en contra de quienes dieron la espalda a la norma superior y legal, defraudando el Estado Social y Democrático de Derecho, pues su responsabilidad **es personalísima**; en este sentido traigo a colación lo aseverado en el salvamento de voto parcial dentro de la causa radicada 2006-82698, adelantada en contra de Jorge Eliecer Barranco Galván y otros postulados del Bloque Córdoba de las AUC, donde expresé:

“Sin temor a equivocarme, tal y como ya lo sostuve en oportunidades pasadas, comporta un mensaje errado para las diferentes poblaciones y la sociedad nacional e internacional; erigiéndose como una afrenta directa a la institucionalidad el emitir decisiones y órdenes en ese sentido; pues prácticamente se está indicando y concluyendo que los entes administrativos, políticos, Fuerzas Militares y de Policía, en fin la totalidad de los servidores del Estado, se encontraban adscritos y colaboraron directa y mancomunadamente con el paramilitarismo, cuando la realidad material es otra, no obstante algunos funcionarios como se advirtió se dejaron corromper por la ilegalidad y se prestaron para los intereses de los grupos al margen de la ley; pero ello, no es fundamento para entender que la universalidad de servidores de dichas entidades estaban en idéntica

situación, es decir, no puede ser cimiento para concluir que todos actuaron ilegal y soterradamente atentando contra aquellos principios que habían jurado defender a la luz de la Constitución Política; debiendo advertirse por demás que muchos de los funcionarios que fueron señalados, no solo están siendo investigados individualmente, sino que otros han sido condenados por tales ilicitudes, como muestra fidedigna del compromiso de la institucionalidad y en especial de las autoridades judiciales en esclarecer la verdad y sancionar punitivamente a los reales responsables de esos actos atentatorios de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

*Acá resulta válido efectuar una aclaración tendiente a recordar que la responsabilidad penal es particular y personalísima, en palabras de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal **“la responsabilidad penal es individual y no se traslada a modo de enfermedad contagiosa”**³, significando que esa persona debidamente determinada, es quien deberá responder por sus infracciones al estatuto penal represivo y de ninguna manera a la luz del precepto jurisprudencial citado, se puede extender o transmitir, la responsabilidad o culpabilidad ligeramente a otros agentes ni menos aún a la institucionalidad en general y como tal sin juzgamiento a los primeros previo o competencia alguna; dando a entender que era esta última la que daba lugar a la barbarie cometida por los ilegales, auspiciándolos incluso activamente; tal conclusión sin temor a equivocarme no es coherente con un debido proceso en un Estado Social de Derecho.*

Finalmente y también dentro de la contextualización me inquieto cómo en la ponencia citan multiplicidad de agrupaciones paramilitares trayendo a colación pruebas y documentación obrante en causas disimiles a la que

³ Auto Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M.P. José Luis Barceló Camacho. Rad. 44.846. 12 de noviembre de 2014

nos ocupa, tales como Bloques Elmer Cárdenas, Bananero, Mineros, Héroes de Tolová, lo cual llama la atención, toda vez que en el desarrollo del proceso y marco de las audiencias, para la edificación de este contexto, el ponente no dispuso allegar como prueba trasladada las versiones de los postulados adscritos a esos grupos criminales ajenos al Bloque Cacique Nutibara, pues es evidente que ese material probatorio insinuados en el fallo, se tornan indebidos y no pueden ser esbozados en la decisión que ponga fin a esta instancia; pues dificulta la labor defensiva tal cual lo había indicado en anterior salvamento de voto en esta causa, pues reafirmo lo allí expresado al respecto.

1.1 PARAMILITARISMO COMO POLÍTICA ESTATAL

En lo atinente a la reiterada e incorrecta posición de la Sala Mayoritaria, en el sentido de indicar y argumentar sin reparo ni prueba alguna que permita establecer o deducir que el paramilitarismo fue política de Estado y que éste financió, promovió y auspició su apogeo y crecimiento; más concretamente, a la pretensión de declarar la responsabilidad de entes municipales, departamentales y nacionales en las actuaciones de la organización armada ilegal aduciendo que:

“Las Convivir y los grupos paramilitares, aunque contaron con su apoyo, actuaron paralelamente al Estado, al lado de este. Quizá eso explica que el régimen político colombiano haya conservado una apariencia democrática, a pesar de padecer una de las tragedias humanitarias más graves del orbe en los últimos 30 años y sin lugar a dudas la más grave de América Latina en ese periodo. Y explica que el gobierno haya seguido funcionando con

elecciones aparentemente libres, con cambios de Presidente y alternación de los partidos y promulgación y vigencia de las leyes, como cualquier régimen democrático, a pesar de vivir las más graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario a todo lo largo y ancho de la geografía nacional.”⁴

El suscrito remite igualmente al salvamento parcial de voto dentro del proceso adelantado en contra de Jesús Ignacio Roldán Pérez, alias “Monoleche” rad. 2006-82611, donde en forma clara esboqué mi criterio a lo referido por la Sala Mayoritaria, en cuanto la responsabilidad penal del Estado:

“Antes de abordar este tema, plantearé un interrogante que resuelvo completamente en los siguientes apartados ¿Cómo el régimen político colombiano ha podido conservar una apariencia democrática, ante una de las tragedias humanitarias más graves de América Latina durante los últimos 30 años – de que se ocupa la sentencia?

En lo referente a las conclusiones a las que arriba la Sala Mayoritaria, debo respetuosamente indicar que las mismas, no solo resultan desafortunadas, sino imprudentes y ligeras, aunado a que este tipo de juicios no hacen parte de las funciones que por ley le fueron asignadas a las Salas de Justicia y paz de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial; porque precisamente la competencia de estos cuerpos colegiados lo constituye única y exclusivamente juzgar aquellos ex integrantes de organizaciones armadas al margen de la ley, llámense guerrilleros o paramilitares una vez se hubieran desmovilizado, entregando el material bélico y abandonando el conflicto; y a su vez fueran postulados administrativamente por el Gobierno Nacional,

⁴ Página 122 y 123 Sentencia

para con fundamento en ello reconstruir la memoria histórica, sin que necesariamente implique emitir juicios de desvalor en contra de las instituciones gubernamentales y mucho menos contra el Estado Colombiano en términos generales y difusos, resultando descomunal y desproporcionado colocar la nación en ‘un estado de beligerancia’ que es exclusiva de los Grupos ilegales.

Las imputaciones de responsabilidad en contra de los Entes Estatales, en lo atinente a las presuntas violaciones de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, tienen necesariamente que ser el producto no de un análisis coyuntural y/o circunstancial como el efectuado por la Sala Mayoritaria en la decisión que nos ocupa, sino que debe partir de la verificación de situaciones estructurales, en casos concretos y no generales, bajo investigaciones serias y con fundamento en el derecho de contradicción que brilla por su ausencia en esta causa; facultad investigativa que radica en organizaciones Internacionales, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional, o si se quiere por la Justicia Penal Ordinaria, más no en la Justicia especial reglada por la Ley 975 de 2005, modificada por su homóloga 1592 de 2012, cuya finalidad específica apunta como se anotó al juzgamiento de los exintegrantes de las agrupaciones paramilitares que optaron por desmovilizarse y fueron postulados, pero no puede como lo hace la Sala Mayoritaria, determinar responsabilidad del Estado en la forma como lo realiza.

Es que razonar que “(...) 9. El estado colombiano es responsable, por acción y/o (sic) omisión de los hechos cometidos por los paramilitares. Éste y las fuerzas militares promovieron las convivir (sic), que fueron una fuente o cantera de los grupos paramilitares y un mecanismo para encubrir su actividad. En la promoción, creación y expansión de estos participaron amplios sectores del Estado y la sociedad civil, con la complacencia o tolerancia de otros sectores del gobierno. Pero, el Estado sabía de esas actividades de sus agentes. (...) 10. El Estado no sólo es responsable por

esa razón, sino por violar las normas internacionales que lo obligan a distinguir, respetar y proteger a los civiles en caso de un conflicto armado y a no involucrarlos en este y a desmovilizar, desarmar, y dismantelar los grupos y estructuras ilegales en los casos de conflictos armados y/o en situaciones de graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario”, tales afirmaciones comportan la transmisión de un mensaje errado a los asociados y a la comunidad internacional, sembrando cierto grado de duda y desconfianza en las instituciones estatales, al tildarlas de ser vulneradoras de normas internacionales, conclusión que se insiste, debe provenir de organismos y autoridades competentes y no de las Salas de Justicia y paz, cuerpos colegiados, que a lo sumo, podremos disponer la compulsión de copias para que se investiguen a fondo tales hechos, más no establecer juicios a priori como los signados en la sentencia.

Infiero que las citadas afirmaciones y conclusiones se tornan apresuradas e imprudentes además de especulativas, ya que no puede, ni deben ser incluidas dentro de una providencia de fondo en la que se juzga la responsabilidad penal de exmiembros de los aparatos armados ilegales, porque se podría entrar sin temor a equivocarme, en un equiparamiento de las células paramilitares con los agentes de las fuerzas estatales y/o servidores públicos; y es que si bien el suscrito Magistrado no desconoce la posibilidad que ello hubiera acaecido con algunos, no se puede determinar como una generalidad de la institucionalidad, sino la excepción, ya que si bien, los grupos alzados en armas y otros flagelos como el narcotráfico y la corrupción, han permeado esferas oficiales y políticas, no puede servir de fundamento para extender un mensaje lapidario como el que se inserta en la decisión, cuando insisto, se afirma categóricamente que “el paramilitarismo es una política de Estado”, porque no lo considero real o por lo menos no existe pronunciamiento jurídico por autoridad competente que así lo hubiese indicado; pudiendo acarrear consecuencias nefastas para el país acorde con la normatividad internacional; pues, constitucionalmente nos encontramos

en un 'ESTADO SOCIAL Y MÁS AÚN CONSTITUCIONAL DE DERECHO', que tiene sus bases o cimientos en el respeto de la 'DIGNIDAD HUMANA'.

Frente a la violación de Derechos Humanos o puesta en peligro del Derecho Internacional Humanitario, que igual hacen parte de las conclusiones de la Sala Mayoritaria, más específicamente en casos como las detenciones ilegales, torturas y ejecuciones arbitrarias, surge un gran interrogante: ¿cómo un gobernante puede ser responsable políticamente sin serlo penalmente, o no ser responsable políticamente y serlo penalmente?, cuando el fundamento de la responsabilidad política, es precisamente el mal uso del poder conferido en la ley por parte del ejecutivo; tales premisas permiten entender que la responsabilidad política y penal se encuentran íntimamente relacionadas; y para ello, se deben establecer las circunstancias temporales, modales y espaciales, las cuales como anoté en precedencia -no se dan-; de allí, que no comparto las aseveraciones que al respecto expresa la Sala Mayoritaria; por eso, este salvamento de voto se ocupará en extenso, toda vez que las incidencias de entenderse así, serían funestas para el país y la sociedad; se estaría frente a un verdadero Estado Fallido o alejado de los parámetros de la legalidad, del cual no hubiese sido, no soy ni haré jamás parte.

*Con lo anterior, se pone de manifiesto la eminente confusión entre lo que es y se entiende por responsabilidad penal y compromiso político (a través de la vulneración de los D.H y D.I.H., como '**POLÍTICA DE ESTADO**'); pues, se cree que no hay una responsabilidad (política) sin la otra (penal), que vale tanto como afirmar que sólo existe la segunda, la consecuencia de este hecho es, el efecto avieso que la vida política acaba inevitablemente judicializándose en una inversión de valores que afecta directamente la transparencia de la denominada democracia; que considero una vez analizado el contexto de las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá y Autodefensas Unidas de Colombia, no se presenta.*

Se debe partir de una realidad y es que el concepto de responsabilidad política ha sido poco desarrollado, -no así el de responsabilidad jurídica- que son dos conceptos disímiles, más cuando se afirma reitero especulativamente por la Sala mayoritaria, desde mi óptica, que los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra (barbarie), sufridos durante tantos años es 'Política de Estado'; no pudiéndose olvidar que los Jueces de la República y las autoridades legalmente constituidas somos respetuosos de las normas constitucionales y legales, procurando la protección de la vida, honra y bienes de quienes nos encontramos en territorio patrio, -ofrendando su existencia- dejando huérfanos y desamparados hijos, cónyuges, compañeras, padres y hermanos; todo en pro de la paz de Colombia; y por ello contrario sensu, considero que a esas personas en estas decisiones, hay que exaltarlas y no revictimizar a quienes hoy todavía sollozan por el dolor, toda vez que jamás podrán con lógica razón olvidar esos héroes; lo dicho no es romanticismo, sino una verdad sabida que debe exponerse para honrar la memoria y buen proceder de estos seres humanos valientes; así, se evitan equívocos ante instancias y comunidad internacional y por supuesto en los ilegales, que a través de manifestaciones como las expuestas en lo que atañe a esas responsabilidades, agrandan el ego para seguir mirando a Colombia con desprecio y en términos generales como una sociedad incivilizada y subdesarrollada, en dos palabras 'retrógrados y violentos'; que lejos está de consultar la realidad plena."⁵

Tan diáfano es el yerro que se comete por la Sala Mayoritaria con las apreciaciones en lo que atañe a la responsabilidad política y penal del Estado que incluso, recientemente la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en comunicado a la opinión pública del 30 de septiembre de 2015, respecto de la decisión inhibitoria proferida en el

⁵ Salvamento de Voto. Rad. 2006-82611. Diciembre 9 de 2014

proceso adelantado en contra de diferentes excongresistas, dio cuenta que:

*“Al concluir la investigación preliminar con inhibición, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia precisó, por un lado, que, tras una pertinente e importante actividad de verificación, no se hallaron pruebas concretas de la participación de (...) en crímenes de lesa humanidad o delitos contra la vida y la dignidad humana atribuidos al Bloque Norte de las AUC; **y, de otro, respecto de tres conductas precisas y determinadas que comprometen la posición personal de los tres últimos mencionados, que dicha corporación no cuenta con competencia para investigarlos, en la medida en que los comportamientos específicos a ellos atribuidos no guardan ningún tipo de relación con la función congresual y, por ende, son investigados por la Fiscalía General de la Nación conforme a la cláusula general.***

*Aunque dicha actuación se inició con fundamento en una expedición de copias dispuesta por la propia Corte Suprema de Justicia, en la sentencia condenatoria proferida respecto de Castro Pacheco por el delito de concierto para promover grupos armados al margen de la ley, la cual, en esa misma providencia, se hizo extensiva a los otros siete aforados, **tal determinación, de impulso procesal, entraña la observancia de un deber funcional específico, se dirige a que se investiguen los comportamientos presuntamente delincuenciales, en este caso, los crímenes de lesa humanidad o delitos contra la vida y la dignidad humana atribuidos al Bloque Norte, y no implica o comporta, de manera alguna, la atribución automática o irreflexiva de responsabilidad.***

Respaldar una postura contraria, vale decir, asumir que la expedición de copias conduce a una definición de responsabilidad penal sin respaldo

*probatorio ni soporte analítico, conllevaría a la observancia de un derecho penal de autor o peligrosista, así como a la aplicación de un esquema de responsabilidad objetiva, proscritos en la legislación Colombiana y absolutamente opuestos al principio de culpabilidad y de compromiso por el acto. **En este caso, la determinación de responsabilidad no resultó viable ante la imposibilidad de determinación de un episodio delincencial concreto y determinado atribuible a los ocho aforados investigados.***

(...)

En este evento, se insiste, la Corte Suprema de Justicia no halló imputaciones concretas que involucraran a los indiciados en otros delitos perpetrados por el Bloque Norte y que, además, estuvieran ligados a su gestión de congresistas.

*Los aforados fueron condenados por concertarse para promover grupos armados ilegales, cargo delincencial que no entraña, por sí mismo, el dominio de la estructura ilícita, como si ocurre cuando la declaración de responsabilidad sobreviene de la promoción efectiva de la agrupación.”
(Subrayas y negrillas fuera del texto)*

Nótese como el órgano de cierre en la justicia penal, luego de haber **VINCULADO LEGALMENTE** a los diferentes dirigentes políticos que fueron investigados, escinde el tipo de responsabilidad que les asistiría eventualmente por su colaboración con las organizaciones delincuenciales y a su vez por el apoyo que estas les pudieran prestar en las diferentes campañas electorales, con las que se derivan de la perpetración de los crímenes de lesa humanidad contra los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, -pues reitero indica la corte “(...) y no implica o comporta

de manera alguna, la atribución automática o irreflexiva de responsabilidad"- y en este proceso donde ni siquiera fueron postulados; se les responsabiliza incluso por activa de las actuaciones delincuenciales de esta organización armada, imponiéndoles el 'solicitar' perdón público.

2. INDEPENDENCIA JUDICIAL Y LOS PROCESOS DEMOCRÁTICOS DE CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR

No es sano ni lógico en referencia al contexto, que la Judicatura mediante sus decisiones en vísperas de una contienda electoral próxima a celebrarse en este mes de octubre, cite nombre alguno de candidato a cargo de elección popular, independiente si se hace positiva o negativamente; desde mi óptica, es inadecuado y puede sin temor a equivocarme romper la imparcialidad que debe caracterizarnos y comprometer el desenlace democrático, propio de un Estado Social de Derecho.

Es decir, los operadores jurídicos debemos estar desprovistos de conceptos subjetivos respecto de aspirantes a dichos cometidos o de la implementación de las políticas que fueron trazadas en otrora, contrario a como lo efectúa la Sala Mayoritaria a folio 104⁶, en donde se hace alusión a las directrices locales promovidas para el tratamiento de las bandas delincuenciales tildándolas de "*superficiales e insuficientes*"; haciéndose énfasis en las establecidas por un dirigente político que actualmente aspira

⁶ "A estas bandas el Estado les ha dado un tratamiento fundamentalmente punitivo o les ha aplicado políticas de seguridad que desconocen las raíces y fuentes del fenómeno, o que son superficiales e insuficientes, como la política de "Compro la guerra" del Alcalde Luis Pérez Gutiérrez o que simplemente tienen un velo sobre el conflicto, pero mantienen y prolongan el conflicto (...).

a una Gobernación Departamental; ello sin duda es impertinente, así sea y peor aún a manera de ejemplo, resultando más grave, cuando no se va a ordenar investigación en su contra, siendo innecesaria dicha manifestación en el fallo; y es que no podemos perder de vista que las actuaciones judiciales, deben estar cimentadas en argumentos estrictamente jurídicos, basadas en pruebas allegadas en legal y oportuna forma, ajenas de ideologías y tintes políticos, lo cual me parece inaudito e incomprensible en un Juez Colegiado; en síntesis las decisiones de un Tribunal no pueden convertirse en 'columnas de opinión', de allí que esa inquietud y visión válida dentro de la finalidad escrutadora de análisis y libertad de expresión que le asiste a los periodistas o en su defecto a la labor de los órganos de control, que son los veedores y representantes de la sociedad en las políticas públicas y de gobierno, no puede ser usurpada por los Jueces de la República, pues la imparcialidad obliga a juicios jurídicos y no a criterios propios, insistiendo con mayor entendimiento, cuando no se ordenará en la decisión, investigación penal o disciplinaria alguna en lo particular; coligiéndose innecesaria y superflua traer dicha cita en la decisión.

3. AUSENCIA DE ANÁLISIS DE REQUISITOS DE ELEGIBILIDAD

En la sentencia observo igualmente con preocupación que la Sala Mayoritaria, opta por no efectuar el análisis de los requisitos de elegibilidad a cumplir por los postulados, de conformidad con el contenido del artículo 10 de la Ley 975 de 2005; y es que no obstante haberse pronunciado en la decisión, entre otras de exclusión (*auto de control de legalidad, declarado nulo, por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, julio 23 de 2014*), respecto del no allanamiento de los mismos, por parte de la organización armada ilegal denominada Bloque Cacique Nutibara; en la

presente oportunidad y sin el compromiso jurídico que le atañe a la Corporación, se otorga, ausente de los argumentos de Ley, la pena alternativa; debiendo ser claro que estoy de acuerdo -sí- con la sanción sustitutiva, por lo dicho desde el salvamento de voto emitido (4 de septiembre de 2013), esto es, que soy un convencido de la satisfacción hasta ahora por estos postulados de los requisitos; sin embargo y ante la posición ya adoptada por la Sala Mayoritaria, era evidente que les asistía un deber y obligación a los funcionarios de instancia, explicar las razones jurídicas de todo orden, que llevaron a ‘cambiar de criterio’; incluso, omitir un pronunciamiento sobre dichos requisitos es violatorio en gran medida del debido proceso.

Considero muy respetuosamente que se incurre en un equívoco protuberante, el cual discurso conlleva a la configuración de una causal de nulidad, ante una evidente falta y/o nula motivación, al no hacerse un análisis de todos y cada uno de los requisitos de elegibilidad consagrados en los artículos 10 y 11 de la Ley 975 de 2005 (dependiendo del tipo de desmovilización colectiva o individual), ello porque su evaluación no es opcional, optativa ni mucho menos “superflua e inútil” como parece entenderlo la Sala Mayoritaria al indicar:

“ahora bien, si la terminación del proceso y la exclusión de los postulados de la lista solo procede a petición de la Fiscalía, en los términos del artículo 11ª de la Ley 975 de 2005, introducido por el artículo 5 de la Ley 1592 de 2012 y la jurisprudencia de la Corte, parece improcedente examinar el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad si de todos modos la Sala no puede excluirlos de oficio en caso de que no los cumplan. Dicho de otro modo: así este Tribunal llegue a la conclusión de que no los cumplen, no puede

terminar el proceso y ordenar su exclusión de la lista respectiva que es la consecuencia prevista en la ley cuando no se cumplen los requisitos de elegibilidad. Por tanto la Sala se limitaría a hacer una mera constatación y declaración sin consecuencia alguna, cumplan o no tales requisitos, o se vería forzada a concluir que si los cumplen, lo cual es superfluo, a más de inútil.”⁷

Avalar la posición asumida por la Sala Mayoritaria, sería tanto pensar e interrogarnos, ¿para qué la Fiscalía General de la Nación se desgasta investigando si conforme con la ley, no le es dable precluir, condenar o absolver?”; eso para significar que los roles en los procesos se encuentran establecidos por la Constitución y la Ley; y ello no puede hacer nugatorios los deberes y obligaciones de los jueces so pena de incurrir en yerros que dan al traste con la actuación jurisdiccional.

Ante tales manifestaciones advierto que es necesario que los Magistrados con los cuales compongo la Sala de Decisión, se cuestionen al respecto, ¿qué pasaría con la memoria histórica?, ¿Será acaso que esos requisitos de elegibilidad que dan cuenta de la desmovilización, desmantelamiento de la estructura armada ilegal, entrega de los menores reclutados ilícitamente, devolución e informe sobre bienes, liberación de las personas secuestradas y la verificación que el grupo no se hubiera conformado con fines de narcotráfico, en síntesis la verdad; no resulta esencial para otorgar la pena alternativa y no haberse pedido la terminación del proceso, ‘exclusión’ y/o devuelto la actuación?.

⁷ Folios 132 y 133 Sentencia

Importante es recordar que no solo el contexto hace parte de la memoria histórica, también lo componen aquellas conclusiones y verificaciones **que por ley se deben efectuar** al momento de emitir la decisión de fondo; y es que si bien, los requisitos de elegibilidad tienen que ser verificados en primer término por los Delegados de la Fiscalía General de la Nación, los Magistrados de la Salas de Conocimiento debemos ir ejerciendo un control activo en las diferentes sesiones de audiencias, para finalmente en el fallo, plasmar, identificar y documentar con los elementos de prueba, su satisfacción a plenitud por parte de los postulados, como garantía para entender que los excombatientes puedan continuar en el trámite de justicia transicional.

Significa lo anterior, que no se trata de un capricho o libre albedrío para el Juez Colegiado, determinar si hace u omite el estudio de los mismos, ello comporta una obligación ineludible, que de conformidad con el espíritu de la reforma a la Ley 975 de 2005, a través de su homóloga 1592 de 2012 y Decreto Reglamentario 3011 de 2013, debe estar contenida en la sentencia; toda vez que en la nueva sistemática, se optó por agrupar todas y cada una de las decisiones que se debieran de emitir dentro del proceso de justicia transicional con ocasión de la audiencia concentrada de formulación y aceptación de cargos, en la providencia que pusiera fin a la instancia.

En este aspecto llama poderosamente la atención que dentro de los procesos adelantados en contra de los postulados del Bloque Córdoba-Jorge Eliecer Barranco Galván y otros- (Rad. 2006-82698) y Bloque Mineros- Ramiro Vanoy Murillo- (Rad. 2006-80018), sí fueran verificados de manera exhaustiva los requisitos de elegibilidad en las sentencias proferidas, con ponencia de los Magistrados que precisamente en esta

calenda optan por omitirlos, dando a entender la Sala Mayoritaria, que queda al arbitrio del fallador decidir en qué actuaciones judiciales los verifica y en cuáles no, constituyéndose tal actuar en un exabrupto jurídico; indicó la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal que:

“Naturalmente, en sede de sentencia el Tribunal deberá pronunciarse sobre los requisitos de elegibilidad para obtener el beneficio de la pena alternativa, entre ellos el de la aceptación de los cargos por los postulados, para lo cual habrá de considerar los elementos de juicio allegados por las víctimas con su participación en el mencionado incidente.”⁸ (Subrayas y negrillas fuera del texto)

No obstante lo transcrito, más preocupante es, que esta Sala Mayoritaria concluya:

*“En efecto, en este caso específico la Mayoría de la Sala no encuentra razones suficientes para modificar su criterio sobre el incumplimiento de los requisitos de elegibilidad, pues la prueba en que se fundó su juicio no ha cambiado y tampoco se le han ofrecido argumentos convincentes y válidos para hacerlo, más allá de los aducidos por el Fiscal en la apelación y que son insuficientes frente al extenso análisis realizado por la Sala. Aún así no puede excluir a los postulados y tampoco encuentra procedente devolverle la actuación a la Fiscal para que examine el punto, **pues de acuerdo con las razones que se expusieron más arriba, ésta ya tiene una posición definida al respecto.**”* ‘página 133 Sentencia (Negrillas propias)

⁸ Auto Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M.P. José Luis Barceló Camacho. Rad. 44.525 17 de junio de 2015.

En dicho sentido como posición personal concluyo que no hay congruencia entre los argumentos de la Sala Mayoritaria y su decisión de sentencia, así lo demostraré a plenitud en la construcción de este salvamento; y es que no tiene explicación legal ni lógica, que los doctores Pinilla Cogollo y Rincón Jaramillo, en primer lugar consideren que los aquí postulados no cumplen con los requisitos de elegibilidad, pero no actúen tal y como se los dictaminó la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia en la misma decisión en la que declaró la nulidad, por haber entre otras, excluido a motu proprio a los postulados del trámite de justicia transicional; en tanto que si bien, no era procedente ni viable la terminación oficiosa del proceso, la salida jurídica plausible se cimentaba en la posibilidad de disponer la devolución a la Fiscalía, para que hiciera su revisión; lo que debía concretarse en el momento procesal oportuno, esto es, antes de la celebración de la audiencia de incidente de reparación integral, por lo que en ese orden de ideas la Sala Mayoritaria fue omisiva, ya que si aún tenían el convencimiento, como se discierne del texto de la sentencia, -que los postulados no cumplían con los requisitos de elegibilidad-, no debieron haber legalizado los cargos ni concedido la pena alternativa; y sí devuelto la causa al ente acusador en debido tiempo; ***sin que fuera válido o procedente especular, prejuzgar o presumir que la Fiscalía no variaría su criterio al respecto***, señaló la Alta Corporación sobre tales facultades:

“Si la Colegiatura a quo consideraba ausentes los requisitos para legalizar los cargos, podía devolver la actuación a la Fiscalía para que procediera a reexaminar la situación, ajustar las imputaciones a las observaciones de la Sala o, si era del caso, solicitar la exclusión en una audiencia precisa y específicamente convocada para el efecto en la que las

partes, intervinientes y la judicatura pudieran analizar la causal o causales aducidas. Lo anterior teniendo en cuenta las graves implicaciones que tal determinación conlleva para los desmovilizados, las víctimas e incluso para la sociedad⁹. (Subrayas y negrillas fuera del texto)

Así las cosas y una vez se hubiera regresado la actuación a la Fiscalía e hipotéticamente el ente acusador fuese férreo e insistente en el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad, se derivaban dos situaciones ***i) que la Sala tomara la decisión de no acceder a la pena alternativa, situación para la cual debería remitir el proceso a la justicia ordinaria por aspectos a los que me referiré posteriormente y ii) ante la titularidad de la acción penal en cabeza de la Fiscalía General de la Nación de conformidad con el artículo 250 de la Constitución Política y su insistencia sobre su convicción respecto de la satisfacción de los mismos, no le quedaría otro camino a la Colegiatura que conceder la pena alterna***, toda vez que la situación podría tener un símil con los preacuerdos suscritos entre defensa y Fiscalía que incluyen un criterio punitivo en la Ley 906 de 2004 (Sistema Penal Acusatorio), donde es legal efectuar un control formal más no material por parte del juzgador.

Teniendo presente que la Sala Mayoritaria, consideraba que estos postulados, no cumplían los requisitos de elegibilidad para hacer parte del proceso de justicia transicional, bueno es interrogarse, ¿Por qué no activaron oportunamente la posibilidad que les asistía de devolver la causa a la Fiscalía General de la Nación?; allí el ente acusador haría una revisión exhaustiva de los mismos (*dónde los planteamientos de potísima dimensión jurídica de la Sala conllevaran a la solicitud de terminación de proceso para los postulados*) y no suponer como lo hizo (*página 132 sentencia*) que su postura

⁹ Auto Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal Rad. 43.005 M.P. María del Rosario González Muñoz. 23 de julio de 2014

sería invariable; pues, era obligación de la Magistratura al estar convencidos como lo están que lo plasmado en el auto del 4 de septiembre de 2013, no ha sufrido variación alguna.

Atendiendo la etapa procesal en la que nos encontramos, efectuar tal actuación ya no sería procedente; quedando solo la solución jurídica de emitir la decisión **conforme a derecho**; debiendo si, hacer claridad que pese a que mi criterio jurídico me lleva a razonar que la omisión de la Sala Mayoritaria de no haber hecho referencia a los requisitos de elegibilidad, comporta una causal de nulidad, ante la concesión de la pena alternativa a seis (6) de los postulados y para honrar la importancia y supremacía de los derechos de las víctimas; no resultaría lógico retrotraer la actuación, pues conllevaría a un perjuicio superior en cuanto a la reparación de los afectados en esta causa y soportaría una revictimización.

En pro entonces de la reparación y la verdad, considero necesaria en caso de reclamarse la alzada, la convalidación de dicha irregularidad sustancial, como muestra del respeto a las garantías de los sujetos procesales y especialmente de quienes sufrieron los daños directa o indirectamente - piedra angular del proceso- que han reclamado justicia por décadas ante el injusto accionar de estas organizaciones al margen de la ley; es legítimo acudir a la refrendación de la decisión en aras de su practicidad y con miras a no declarar el mecanismo extremo de la causa; pues, principios como la celeridad, eficacia, eficiencia del proceso deben ser exaltados, para no decretar una nulidad que a excepción de preservar la memoria histórica, ninguna utilidad en la praxis tendría para las diligencias y por el contrario causaría graves perjuicios aún más a las víctimas como lo aduje en precedencia.

Al respecto precisó la Honorable Corte:

*“No se trata, en el caso de la justicia transicional, del cumplimiento ciego de la norma procesal por el solo respeto a la legalidad. **Recuérdese que la razón del ser del proceso judicial de Justicia y paz depende de su efectividad y la satisfacción de los intereses de las partes.** Por tanto, si las modificaciones introducidas por la Ley 1592 de 2012 y el Decreto reglamentario 3011 de 2013 se orientaron a superar las deficiencias de la Ley 975 de 2005, es lo aconsejable, entonces, adecuar en lo posible los procesos en curso a los lineamientos de la nueva legislación, como lo han hecho la mayoría de salas de Justicia y paz.*

Como la sujeción a la Ley 975 de 2005, en su versión original, no trae otra consecuencia que el respeto a la legalidad del trámite, entonces es del caso flexibilizar la aplicación de la garantía, con el fin de permitir la prevalencia de otras de igual importancia y jerarquía, como son la satisfacción de los intereses de las víctimas, la eficiencia y eficacia del proceso de justicia transicional, así como la celeridad que debe imprimirse al trámite, habida cuenta de los 10 años de vigencia de la Ley de Justicia y paz, sin que los resultados hayan sido los esperados.

Por lo mismo, frente a la consecución de los fines de la justicia transicional conviene ponderar, frente al principio de estricta legalidad, la necesidad de conseguir, con la aplicación de una norma posterior, una mayor eficacia, eficiencia y celeridad del trámite, siempre que con ello no se vulneren intereses más caros de las víctimas y postulados.”¹⁰ (Subrayas y negrillas fuera del texto)

¹⁰ Auto Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M.P. José Luis Barceló Camacho. Rad. 44.846. 12 de noviembre de 2014

Advierto que a los postulados aquí juzgados, les asiste el derecho a la sustitución de la pena ordinaria para en su lugar concederles la sanción alternativa, ya que encuentro satisfechos hasta esta instancia procesal en forma íntegra los requisitos de elegibilidad, extremo de lo referido por la Sala Mayoritaria; porque es obvio, que en su convencimiento y así lo exteriorizaron en este fallo, están ausentes, pero a la vez inexplicablemente no consideran esencial un pronunciamiento al respecto por suponerlo *“inútil y superfluo”*, además de innecesario, lo que conlleva a concluir que se otorga la pena sustitutiva sin bases jurídicas sólidas como lo analizaré.

3.1. PENA ALTERNATIVA SIN EXAMEN RIGUROSO DE LOS REQUISITOS

En atención a la no verificación de parte de la Sala e insistencia del no cumplimiento de los requisitos de elegibilidad por los excombatientes, debo indicar que por llegarse a este estadio procesal, esto es la emisión de la sentencia, es imperioso y necesario el otorgamiento de la pena alternativa, al no haberse inclinado en tiempo debido por retornar la causa; a más, que con posterioridad a la declaratoria de nulidad por parte de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, era entendible o por lo menos se colegía que los Magistrados que componen la Sala Mayoritaria, habían reconsiderado y variado su posición jurídica respecto del allanamiento de dichos requisitos, por los acá postulados.

Por ello, ante la evidente falta de congruencia entre lo motivado y lo decidido; leal es indicar, que en este evento tampoco le sería viable a la Sala de Conocimiento tasar la pena ordinaria para negar la suspensión de

la misma y a su vez por lógica, no conceder la sanción sustitutiva; mi criterio en tal sentido, es que la imposición única de la pena ordinaria es competencia exclusiva de la jurisdicción permanente.

No es óbice lo expuesto, para que en aquellos eventos, en los que con posterioridad a la emisión de la condena, el postulado que esté gozando de la pena alternativa incumpla las obligaciones y/o compromisos impuestos en la sentencia durante el periodo de prueba que equivale a la mitad del quantum de la pena alterna, (*interregno durante el cual deberá continuar ligado a la causa, acudiendo a versionar, confesar y delatar crímenes, autores y partícipes, entregando bienes entre otros*) pueda revocársele el beneficio concedido que le conllevaría el cumplimiento de la pena ordinaria, pero no por la Sala de Conocimiento de conformidad con el artículo 32 del Decreto 3011 de 2013, donde se advierte:

“Artículo 32. Jueces competentes para la supervisión de la ejecución de la sentencia. Los jueces con funciones de ejecución de sentencias estarán a cargo de vigilar el cumplimiento de las penas y de las obligaciones impuestas a los condenados y deberán realizar un estricto seguimiento sobre el cumplimiento de la pena alternativa, el proceso de resocialización de los postulados privados de la libertad, las obligaciones impuestas en la sentencia y las relativas al período de prueba. Las disposiciones consagradas en el artículo anterior son de competencia exclusiva de los jueces con funciones de ejecución de sentencias, una vez la sentencia condenatoria esté ejecutoriada.

Para tales efectos, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad con las atribuciones que le confiere el artículo 85 de la Ley 270 de 1996, podrá crear los cargos de jueces con funciones de

ejecución de sentencias que sean necesarios.” (Subrayas y negrillas fuera del texto)

En ese orden de ideas desde mi óptica jurídica, una sentencia en justicia y paz, donde se niegue la pena alternativa conlleva a una conculcación del *debido proceso*; y es así, por cuanto en este tipo de trámite de justicia transicional, el proceso se cimienta en la confesión del postulado; es decir, en su allanamiento a los cargos que le fueron endilgados a través de la Fiscalía; por lo que en caso de deducir que un excombatiente en particular, no puede hacer parte de éste trámite judicial al no cumplir con los requisitos de elegibilidad, es viable según la Sala Mayoritaria condenarse a una pena ordinaria; contrario sensu creo, debe ser emitida por el juez competente en la justicia permanente dentro de un proceso justo, para que el acusado pueda hacer uso del derecho de contradicción y defensa, con un juicio público, oral, concentrado e imparcial donde el Estado se encargue de desvirtuar la presunción de inocencia consagrado en los artículos 29 de la Constitución Política y 7 del Código de Procedimiento Penal.

Sin perjuicio de lo anterior, indico que lo pertinente a la pena alternativa y la probabilidad de negarla por los operadores de justicia transicional, es un interrogante que deberá ser dilucidado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, teniendo en cuenta que ha referido en multiplicidad de decisiones que los requisitos de elegibilidad deben ser objeto de revisión con miras a la concesión del sustituto de la pena en beneficio de los postulados, sin que a la fecha hubiera existido alguna controversia tendiente a determinar si los falladores de esta justicia

especial, cuentan con la competencia para imponer solo penas ordinarias y absteniéndose de conceder la alternativa.

Lo esbozado conforme a la principalística y más concretamente el debido proceso, toda vez que si en justicia ordinaria se parte de la premisa de la presunción de inocencia, no es favorable para los postulados acogerse a un trámite, confesar los hechos delictivos, sin tener lugar a ninguna rebaja de pena, misma que sí podrían obtener en los casos de la sentencia anticipada que consagra la Ley 600 de 2000, normativa vigente para la calenda en que acaecieron los ilícitos cometidos por los aquí postulados.

Sobre la verificación de dichos requisitos, como presupuesto para la concesión de la pena alternativa, ha indicado de manera recurrente el órgano de cierre de la justicia penal:

*“Así las cosas, corresponde inicialmente al Tribunal tasar la pena que concierne por los delitos cometidos, de acuerdo con el Código Penal, **y sólo si el condenado ha cumplido con los requisitos de elegibilidad, se le concederá el beneficio de la pena alternativa que no podrá ser inferior a cinco (5) ni superar los ocho (8) años de prisión.**”* (Subrayas y negrillas fuera del texto)

Igualmente:

“Naturalmente, el juicio que elabore el funcionario judicial sobre la acreditación de la exigencia no puede ser definitivo, pues su incumplimiento

¹¹ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M.P. Patricia Salazar Cuellar. Rad. 42799. 20 de noviembre de 2014.

futuro podrá generar las consecuencias legalmente previstas, como la revocatoria de la sustitución, la exclusión del postulado del proceso de Justicia y paz o la negativa a la pena alternativa por ausencia de un requisito de elegibilidad.”¹²

Acorde con ello, se trata de un aspecto que resulta álgido y del cual la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal como se adujo se pronunciará en sede de segunda instancia en caso de ser apelado este fallo o a futuro; determinando insisto, si a los falladores de justicia y paz, les es factible emitir condenas únicamente en lo atinente a la pena ordinaria negando de lógica la alternativa, como si se tratara de un Tribunal de justicia permanente, con la eventual pugna, que se podría presentar con una serie de principios procesales consagrados en la Constitución Política y la Ley, inherentes a los procesados en un Estado social y democrático de derecho.

Pese a lo referido en lo atinente a la omisión de la Sala Mayoritaria de abordar un estudio de los requisitos de elegibilidad (*por lo menos en el proyecto inicial y sí en forma más amplia respecto a los necesarios para la pena alternativa -desmovilización, no conformación para el narcotráfico o afectación de procesos electorales- entre otros en esta sentencia, que coincide en mucho con los primeros*), es diáfano que en la presente oportunidad, es viable la concesión de la pena alternativa; y aunque la negativa no es procedente; -ante la ya exclusión oficiosa en otrora de los postulados del trámite de justicia transicional- conllevaba sin duda alguna a que en esta oportunidad se asumiera un compromiso fáctico y jurídico de mayor talante en pro de la

¹² Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Rad. 44035. 10 de septiembre de 2014 M.P. José Luis Barceló Camacho.

coherencia, para finalmente concluir que era válido su otorgamiento como sustitutiva de la ordinaria, no resultando presentable que se hubiera acudido mediante criterios vacíos, antijurídicos y baladíes, apartándose de exponer consideraciones legales y obligatorias que le son propias a los Magistrados de las Salas de Conocimiento de justicia y paz; el omitir verificarlos, cuando en derecho las decisiones deben estructurarse con contenido y argumentación jurídica supra y no cimentados en discernimientos poco exactos, que anidan la desconfianza en la justicia y van en contravía de la seguridad jurídica, pues reafirman en el fallo que :

“919. Ahora bien, en el auto del 4 de septiembre de 2013 dictado en este proceso, la Sala concluyó que los postulados no cumplían con los requisitos de elegibilidad fijados en la Ley y de allí que los excluyera de oficio del proceso de justicia y paz y de sus beneficios. Después de esa decisión no se ha practicado prueba alguna, ni se ha controvertido la que se tuvo en cuenta para llegar a esa conclusión y no tendría entonces este Tribunal motivos para cambiar de opinión al respecto.”

3.2 EL POSTULADO Y SU OBLIGACIÓN DE EDIFICAR LA VERDAD – IMPUTACIONES PARCIALES –

Llama la atención que las premisas que se tuvieron por parte de la Sala Mayoritaria para la concesión de la pena alternativa, al momento de hacerse el análisis de los requisitos de elegibilidad, fueron divididos anti técnicamente, toda vez que de forma ilógica jurídicamente hablando, en la decisión se asevera que la convicción, tal y como lo sostuvieron en el proveído emitido el 4 de septiembre de 2013; es que los postulados, no

cumplían con los requisitos de elegibilidad, sin embargo en una dicotomía aparente al momento de conceder la pena alternativa, analizan su allanamiento pero de forma ‘particular’, evidenciándose una falta de congruencia entre las motivaciones y lo resuelto, toda vez que los requisitos para ser elegibles en el proceso de justicia transicional se encuentran taxativamente consagrados en la Ley 975 de 2005, normas modificatorias y Decretos Reglamentarios, por lo que no es válido deducir primigeniamente su inobservancia, para en un giro radical, sin mayor análisis, advertir que si cumplen con los mismos pero ‘individualmente’, lo anterior, sin perjuicio que considero que efectivamente estos postulados si son merecedores de la pena alternativa; es decir la crítica se circunscribe a la forma como los Magistrados en la presente decisión arguyen de manera caótica, imprecisa y contrapuesta; pues, no se puede tener la idea que no satisfacen los requisitos de elegibilidad, pero a la vez indicar que sí; para de paso conceder la pena alternativa, ello bajo el siguiente supuesto confuso por demás que no consulta la realidad:

“La diferencia a juicio de la Sala, es que mientras para efectos de la terminación del proceso y la exclusión de los beneficios de la Ley de Justicia y paz los requisitos de elegibilidad deben juzgarse colectiva y/o individualmente, según sea el tipo de desmovilización, para efectos de evaluar el otorgamiento de la pena alternativa solo es posible hacer un juicio de carácter personal sobre el cumplimiento de dichos requisitos por parte del postulado, precisamente porque la pena ordinaria y la pena alternativa como sustituto de aquella son de índole personal e individual. Con ese criterio, obrará la Sala.”¹³

¹³ Página 742 Sentencia.

Este no fue el mismo rasero utilizado por los Magistrados que componen la Sala Mayoritaria al salvar el voto en el proceso adelantado en contra de Uber Darío Yáñez Cavadías, allí si hubo **RIGUROSIDAD SUPRA** para indicar que los requisitos de elegibilidad debían ser valorados con estrictez según su desmovilización; se aludió allí que:

*“Ha de recordarse, en primer lugar, que el proceso de Justicia transicional impone determinadas obligaciones a cargo de los perpetradores, pues en cuanto atañe a éstos, el Estado renuncia a imponerles una significativa parte de la pena que les correspondería en la Justicia ordinaria, **a cambio de que cumplan con lo exigido como requisitos de elegibilidad, ya sea desde el ámbito de lo colectivo o lo particular, según sea el caso.**”¹⁴(Subrayas y negrillas fuera del texto)*

Y para mayor incoherencia en la sentencia se reafirma, que estos excombatientes y el Bloque Cacique Nutibara, no cumplen con los requisitos exigidos por la norma y particularmente que el grupo de postulados que aquí son condenados ***faltaron a la verdad***; aseveración que sin temor a equivocarme se torna incongruente, pues no existe simetría entre lo motivado y decidido, acorde a los artículos 3 y 29 de la Ley 975 de 2005 que consagran ‘*la concepción del beneficio se otorga según las condiciones establecidas en la presente ley*’ y ‘*en caso que el condenado haya cumplido las condiciones previstas en esta ley*’, respectivamente; mismas que como se alude en el fallo conllevan los ‘*los requisitos de elegibilidad*’.

¹⁴ Salvamento de voto Rad. 2009-83845. María Consuelo Rincón Jaramillo

En este sentido es importante retomar las conclusiones a las que llegan al momento de analizar las exposiciones de los excombatientes en el acápite de los cargos formulados por la Fiscalía General de la Nación, toda vez que conocida la versión del postulado y presentación del ente acusador del hecho, se ocupan de efectuar la crítica a todas y cada una de sus manifestaciones respecto de la manera en que cometieron los ilícitos por las cuales habrían de ser condenados, catalogándolos de dichos **“con los cuales pretenden encubrir, faltar a la verdad, omitir y callar la realidad de lo acaecido”**.

Deriva entonces legítimo preguntarse ¿Es coherente y consecuente motivar la decisión argumentando la falta a la verdad, pilar del proceso de justicia y paz, para luego a renglón seguido advertir que se encuentran ‘satisfechos’ los requisitos desde lo individual para la concesión de la pena alternativa? El suscrito percibe que no; y es que si bien, con miras a morigerar las deducciones a las que se arribó en el acápite ‘de la verdad’, la Mayoría de la Sala efectuó un esfuerzo argumentativo tendiente a indicar que la verdad en este proceso se va construyendo debido a que las imputaciones son parciales y que no es razonable que se exija que la confesión de los hechos sea detallada; premisas que no obstante son ciertas de conformidad con la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, no son válidas para el caso, por lo ya concluido en otrora por la Sala Mayoritaria; es decir, la referida exclusión oficiosa que hoy todavía sostienen como permitida.

Se hizo entonces alusión en la sentencia que nos ocupa, al auto que decidió la solicitud de terminación anticipada del proceso de Jesús Ignacio Roldán Pérez, alias “Monoleche”, advirtiendo -que la verdad se va edificando a

través de las versiones libres por tratarse de un trámite judicial en el que las imputaciones son parciales-, al respecto se dijo:

“(...) la imputación y formulación de cargos por los hechos cometidos por los desmovilizados durante y con ocasión de la pertenencia a un grupo armado ilegal pueden ser parciales, e incluso puede serlo la sentencia y, por lo tanto, los postulados “de manera progresiva, a medida que avanza la causa adelantada en su contra, vayan colaborando con la justicia y reparando a las víctimas a través de sus dichos, brindando claridad sobre lo realmente acontecido”, pues “su deber radica en la reconstrucción de esa verdad, en confesar los hechos delictivos cometidos independiente de la etapa del proceso en la cual se encuentre, siempre y cuando no haya precluido la oportunidad para hacerlo”.¹⁵

Es imperioso aclarar, que cuando se decidió despachar de forma desfavorable la petición del ente acusador de excluir al postulado Roldán Pérez, radicado 2006-82611, por los hechos acaecidos en el predio de “La Holanda”, no habían sido imputados por la Fiscalía General de la Nación, aún estaba versionando sobre ellos; y en efecto allí, era viable acudir a la premisa de las imputaciones parciales, por ende, se podía entender que la verdad se va construyendo con las versiones que el postulado iba rindiendo ante los Delegados, aunado a que en ese trámite judicial ya se encontraban -aunque de forma innecesaria ante la expedición de la Ley 1592 de 2012- legalizados los cargos; debiendo recalcar que incluso, fue antes de la decisión de fondo que el desmovilizado reconoció el hecho delictivo y entregó bienes como muestra de su colaboración con la justicia;

¹⁵ Sentencia Rad. 2007-82700. Extractos del salvamento de voto emitido el 9 de diciembre de 2014 respecto de la sentencia proferido en contra del desmovilizado Jesús Ignacio Roldan Pérez, alias “Monoleche”.

en la decisión proferida en segunda instancia, la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal advirtió:

“De suerte que no surge de manera clara y precisa cómo estos hechos puedan quedar comprendidos como justiciables dentro del proceso transicional que se adelanta, y por el contrario, más parecen relacionados con situaciones de carácter personal del postulado no del grupo armado al que pertenecía, y por tanto el conocimiento de las mismas corresponde a la justicia ordinaria, como ha venido ocurriendo en multiplicidad de casos. Sobre tales aspectos debió ahondar la Fiscalía en la medida en que tratándose de hechos anteriores a la desmovilización, no necesariamente pueden quedar comprendidos en el proceso transicional¹⁶¹⁷

Se trata pues, de hipótesis totalmente disimiles; ***i) en primer lugar porque los hechos sobre los cuales la Sala Mayoritaria está determinando que los postulados faltaron a la verdad, no sólo fueron imputados, sino que a su vez hicieron parte de la formulación de cargos; implicando que si la premisa acorde al ponente y la primera revisora, era que estos desmovilizados habían sido mendaces respecto de dichos aconteceres fácticos, no es lícito que continuaran en el trámite transicional; en ese orden de ideas, era su deber igualmente devolver la actuación a la Fiscalía, efectuando la observación respectiva en cuanto a la no satisfacción de este requisito; y ii) como segundo aspecto, nótese como en el caso de Roldán Pérez, el mismo órgano***

¹⁶ Véase en tal sentido y en particular en cuando se refiere al delito de tráfico de estupefacientes lo dispuesto en radicados CSJ AP, 12 feb. 2014, Rad. 42686 y CSJ AP, 21 mayo 2014, Rad. 39960 y AP 3135 11 de junio de 2014, Rad. 41052

¹⁷ Auto Corte Suprema de Justicia Rad. 45.455. 20 de mayo de 2015 M.P. Fernando Alberto Castro Caballero

de cierre, catalogó los hechos del predio “La Holanda”, como una posible situación personal del postulado y podían no encontrarse comprendidas dentro del marco de esta justicia especial, lo que insisto en el evento sub judice no ocurre, toda vez que los cargos endilgados a los postulados Juan Fernando Chica Atehortua, Néstor Eduardo Cardona Cardona, Edilberto de Jesús Cañas Chavarriaga, Edgar Alexander Erazo Guzmán, Juan Mauricio Ospina Bolívar, Wander Ley Viasus Torres y Mauro Alexander Mejía Ocampo, fueron cometidos con ocasión y en razón a su pertenencia al desmovilizado Bloque Cacique Nutibara; en ese orden de ideas era su deber en atención a las reglas y parámetros fijados por la Ley 975 de 2005, su homóloga 1592 de 2012 y el Decreto Reglamentario 3011 de 2013 honrar la verdad, como lo ha evocado la hoy Sala Mayoritaria en otros proveídos.

Así, importante resulta traer a colación argumentos expuestos por la primera revisora en el salvamento de voto que hiciera a la decisión proferida en contra del postulado Uber Darío Yáñez Cavadías, en donde criticó de manera vehemente la supuesta falta de compromiso del postulado con la verdad, ya que su colaboración fue mínima, pero en las presentes diligencias de forma irreflexiva, avala las argumentaciones tendientes a indicar que este grupo de postulados supuestamente omitieron la verdad, pero sin importar tal axioma, con gran ligereza se concluya que son acreedores a la pena alternativa, no decidiendo con un mismo rasero, así se expresó la Dra. Rincón Jaramillo en el citado salvamento:

“En primer término, se reitera que la suscrita está de acuerdo en atender a lo ordenado por la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de

*Justicia, en punto a reconocerle el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad al postulado y, como consecuencia, otorgarle la pena alternativa; sin embargo, ello no puede ser de cualquier manera y a costa de aceptar, como verídicas, situaciones que no se avienen a la filosofía que inspira el proceso especial de Justicia transicional, mucho menos a través de redacciones que de lo único que se ocupan es de exaltar el comportamiento del postulado, pues a través de calificativos como que estuvo dispuesto a colaborar y que su aporte fue eficaz, **pretende significar que ha contribuido a la construcción de la verdad**, cuando de un mínimo análisis del acervo probatorio incorporado por la Fiscalía se evidencia lo contrario y de ahí que no sea tal el "granito de arena" aportado por el postulado, como se asevera por el Magistrado Ponente."¹⁸*

¿Será acaso que si se aduce en esta causa que los postulados mintieron en sus dichos, ello es contribuir a la verdad?, pero a renglón seguido la primera revisora adujo:

"Es necesario, entonces, que se aclare que sí cumple los requisitos de elegibilidad pero ajustando dicha afirmación a la realidad, es decir, indicando que se trata de dar cumplimiento a lo ordenado por la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, y no como se hizo en la sentencia, justificando a toda costa la falta de compromiso del postulado con el proceso de Justicia transicional, haciendo parecer que ha aportado algo al mismo, argumentando que "Uber Darío Yáñez Cavadías quien a lo largo del trámite judicial ha estado prestó (SIC) a colaborar de manera eficaz con la justicia a través de sus versiones libres o en las mismas diligencias de audiencia pública..." cuando en honor a la verdad no ha contribuido en absoluto.

¹⁸ Salvamento de voto Rad. 2009-83845. María Consuelo Rincón Jaramillo

¿Dónde está la coherencia entre dos decisiones emitidas en un lapso mínimo?, ya que ningún tipo de reparo efectúa al presente fallo y contrario sensu lo convalida sin mayor fórmula de juicio, aludiendo una simple aclaración.

Peor y para no discurrir innecesariamente en esta problemática, traeré a colación múltiples conclusiones a las que arriba la Sala Mayoritaria en esta decisión con referencia a la confesión de los postulados del Bloque Cacique Nutibara y por ende relacionado con el componente de verdad, que me deja perplejo ante lo resuelto en esta instancia:

“El postulado, sin embargo, no reveló quien fue la persona que lo acompañó” (Folio 163 Homicidio de Edwin Alonso Arias Uribe”

*“El motivo del homicidio no fue entonces la extorsión a un trabajador del aserrío, como lo sostuvo el postulado, **porque la prueba desmiente esa versión** e indica que el hecho estuvo inspirado por sus antecedentes judiciales, sus adicciones y costumbres personales y sus relaciones y amistades.” (Folio 174 Homicidio de Hugo Alexander López Londoño)*

*“Por lo tanto, participó en algunos de ellos – incluidos el desplazamiento- o, en el mejor de los casos, tuvo que conocerlos, más si fueron de público conocimiento y generaron un estado generalizado de zozobra entre los habitantes del sector. **Sin embargo, no los confesó, ni reveló lo ocurrido, ni quienes lo cometieron, ni informó sobre la suerte de la desaparecida, a la cual ni siquiera hizo alusión**, aunque era cuñada de Hugo Alexander López, a quien él ejecutó. Al omitir cualquier referencia a esos hechos y a la suerte corrida por Doris Edilma Uribe Gallón, **fomentó la impunidad en torno a ellos e incumplió el deber de contribuir con la administración de justicia, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional**”*

sobre la Ley de Justicia y paz.” (Folio 175 y 176 Homicidio de Hugo Alexander López Londoño)

“El postulado sin embargo, **no dio cuenta del tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, ni lo confesó, ni fue veraz** sobre el motivo para matar al joven Jaime Posada. (Folio 178 Homicidio de Jaime Andrés Posada Rodríguez)

“El postulado no sólo faltó a la verdad sobre el motivo del homicidio, sino que omitió revelar con quien cometió el delito.”(Folio 184 Homicidio de John Mario Cardona Hincapié y la tentativa de homicidio de Orlando de Jesús Arias Candamil)

“La versión del postulado no solo es inconsistente y contradictoria, sino que encubre la participación y actuación de las autoridades y omite la tortura a la que se sometió al menor de edad, que no consiste solo en el maltrato físico, sino también en la privación del todo contacto con la familia y cualquier otra persona, del sol, la luz, el descanso, etc. Y el sufrimiento que produce el desasosiego y la incertidumbre sobre la propia suerte.” (Folio 196 Homicidio, tortura, detención ilegal y privación del debido proceso del menor Jorge Mario Monsalve Marín)

“Eso significa que el postulado no solo mintió sobre el motivo del crimen, sino sobre el reclutamiento de menores que se desprende de esa evidencia y de la cual él es la mejor prueba, pues se unió a ella cuando apenas tenía 13 años de edad.” (Folio 198 La tentativa de homicidio de Néstor Raúl Guerra Patiño)

“De esa evidencia se infiere que a Alberto Miguel Pérez Reyes se le asesino por su condición de adicto a los estupefacientes y por los señalamientos y sospechas de que hurtaba cosas o bienes ajenos y se le disparó a quemarropa. De ella también se infiere que los dos postulados implicados en

el homicidio revelaron apenas la identidad de otro de los partícipes, el que ya falleció, pero no hicieron lo mismo con la del tercero que **participó en su ejecución, que mantuvieron en secreto o reserva**, a pesar de que debían conocerla, así como conocían la del otro que ya falleció. Más si todos vivían en el mismo barrio. **Esa conducta la ha percibido la Sala en otros casos, al punto que puede afirmarse que constituye un patrón la revelación de la identidad de los demás partícipes de manera selectiva, de acuerdo a las circunstancias y conveniencias.**”(Folios 208 y 209 el homicidio de Alberto Miguel Pérez Reyes)

“El postulado, sin embargo, no reveló la identidad de los sujetos conocidos como Niche y Schumacher, que debía conocer no sólo porque pertenecía a su organización y vivían en el mismo barrio, sino porque si lo llevaron ante él fue porque eran sus subordinados o estaban en un nivel inferior al suyo y debía tener la forma de ubicarlos y contactarlos. Siendo así, podía y debió dar los datos para identificarlos pero los omitió,” (Folios 214 y 215 Homicidio de Julián Andrés Vergara Agudelo)

“La evidencia enseña que, **a diferencia de lo que confesó el postulado Néstor Eduardo Cardona**, los autores fueron más de dos. El taxista Abraham Osorio Buitrago declaró que eran por lo menos 3 sujetos los que estaban con la víctima, aparte de los que lo detuvieron y lo condujeron hasta allí, que eran unos 7. **El postulado entonces no reveló todos los partícipes, ni su identidad.**” (Folio 220 Homicidio y el despojo de William de Jesús Herrera Mesa y el constreñimiento ilegal de otro)

“Pero también revela que las autoridades fueron francamente omisivas y que el postulado solo reveló la identidad de los demás autores cuando la verificación realizada por la Fiscalía permitió descubrir sus nombres, **no por su propia iniciativa, ni por un interés sincero de colaborar con la justicia y tampoco cumplió con el deber de restituir la motocicleta**

hurtada o informar su paradero.” (Folio 224 El homicidio y hurto de Giovani Loaiza Mosquera)

“El postulado, entonces, faltó a la verdad sobre quienes participaron en el hecho, algunos de los cuales ocultó (...) (folio 226 homicidio y detención de Yoana Yanet Mosquera Guerrero)

“Tampoco se encuentra correspondencia entre la versión del postulado, contradictoria por demás, y la evidencia obrante en el proceso respecto de las circunstancias en que ocurrieron los hechos y sus móviles.” (Folio 284 Homicidio de Víctor Hugo Hernández Pedraza y la tentativa de homicidio de Wilson Jaiber López Moreno)

(...)

“10. La confesión de los postulados

383. La confesión de los postulados no ha sido veraz y completa, como se desprende de los hechos narrados. Aunque la Sala reconoce que revelaron y confesaron delitos que la Fiscalía no había investigado, constató que estos mintieron por acción u omisión sobre aspectos sustanciales de los casos confesados, como el motivo para cometerlo o darle muerte a la víctima, en su caso, quienes participaron en ellos y su identidad, las circunstancias del hecho y los actos realmente cometidos. Los postulados también omitieron revelar y confesar otros delitos y de manera características solo revelaron la identidad de aquellos partícipes que ya habían fallecido.....

(...)

Que ellos podían y debían revelar o contribuir a hacerlo para garantizar la verdad, asegurar la justicia y develar las estructuras criminales, de tal forma

que pudieran desmontarse y dismantelar estas y ofrecerles a las víctimas garantías de no repetición. Algunos de ellos tenían un dominio y poder en el barrio, **pero lo ocultaron y no revelaron los hechos cometidos a través de otros o por subalternos suyos.**

Los motivos y las circunstancias del hecho en los términos revelados por los postulados afectan la dignidad de las víctimas, o denigran de su condición, porque les atribuyen hechos o conductas falsas y demuestran que no hay una verdadera voluntad de reparación, la cual incluye la revelación de la verdad, la satisfacción de estas y rehabilitar y honrar su memoria. (Página 325) (todas las subrayas y negrillas son fuera del texto)

Consecuente con tales manifestaciones, esto es concluir que los postulados fueron quiméricos y no colaboraron eficazmente con el proceso de justicia transicional, la voluntad reparadora ausente; no podía dar lugar como aconteció, que en la sentencia condenatoria según la Sala Mayoritaria pudiese concederse la pena alternativa sin mayores fórmulas de juicio a las que hicimos alusión en precedencia, las cuales no resultan válidas, pues la verdad como componente de reparación, en efecto se va construyendo, se edifica a través de las diferentes versiones ante la Fiscalía y en sesiones de audiencia frente a la Magistratura; sin embargo cuando ya el delito se imputó, el cargo fue formulado y aceptado, teniéndose la convicción que el excombatiente ha faltado a la verdad; al elaborar el fallo, no puede pretenderse simplemente dar a entender, que tal omisión, no acarrea consecuencias jurídicas para los postulados que así lo hicieren; crítica jurídica al considerarse la máxima “dame la prueba y os daré el derecho”, insistiendo que quien salva voto no comparte por lógica

razón y argumentos potísimos esta postura, en cuanto a la forma, pero si el fondo con criterios disimiles y por tanto coherentes.

Si la confesión de los postulados no fue “veraz y completa” como lo afirman en la decisión, la conclusión lógica en la presente actuación procesal, no podía ser la concesión de la pena alternativa, pues ello comportaba un incumplimiento flagrante a los compromisos adquiridos al momento de desmovilizarse y por ende se tornaba imperioso la terminación del proceso y posterior exclusión de la lista de los desmovilizados que faltaron a la verdad; tal y como lo ha indicado recientemente la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia:

“De otra, porque no ofrecer información atinente a los delitos cometidos con ocasión y durante la pertenencia al grupo armado ilegal – bien porque el postulado no comparece a las audiencias, ora porque acude pero guarda silencio o hace afirmaciones vagas, ambiguas e imprecisas – implica el incumplimiento de los compromisos asumidos por aquél.

*Ciertamente, la Sala tiene precisado que algunas de las obligaciones de los desmovilizados en relación con el derecho a la verdad de las víctimas del accionar criminal de los grupos armados son, entre otras, «la confesión **completa y veraz de las circunstancias de tiempo, modo, cantidad, cualidad, relación y lugar en que el desmovilizado haya participado en las conductas delictivas con ocasión de su pertenencia a estos grupos, que sean anteriores a su desmovilización**», así como «participar **activamente** en la reconstrucción de la memoria histórica de lo acontecido con su accionar armado»¹⁹.*

(...)

¹⁹ CSJ AP, 23 ago. 2011, rad. 34.423.

*Debe precisarse inicialmente que la aceptación voluntaria de acogerse al trámite de Justicia y paz supone, a no dudarlo, la renuncia de los desmovilizados al derecho a la no autoincriminación respecto de todas las actuaciones que en ese contexto se adelanten, pues, como ya se indicó, los postulados, entre ellos TOVAR PUPO, asumen el compromiso de confesar los delitos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado ilegal, así como de relatar las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se cometieron y toda la información al respecto que resulte útil para el resarcimiento físico, psicológico y económico de las víctimas **y el esclarecimiento de la verdad.***

(...)

*La obligación de contribuir al esclarecimiento de la verdad asumida por quienes se sometieron voluntariamente al trámite de Justicia y paz **no se entiende agotada con la escueta aceptación de responsabilidad, desprovista de detalles y precisión de las circunstancias temporales y modales en que se cometieron los delitos, con la simple admisión directa o indirecta de la responsabilidad por su perpetración, como si de un requisito simplemente formal se tratara.***

*Por el contrario y, como lo ha discernido la Sala, «la satisfacción de la verdad supone, entre otras actividades, **el relato de lo sucedido de la manera más amplia posible, precisando hechos, responsables, tiempos, formas, razones y todo aquello que conduzca a arrojar luz sobre la confusión que provoca el dolor y la ignominia**»²⁰ (negrilla fuera del texto).²¹*

²⁰ CSJ AP, 23 ago. 2011, rad. 34.423.

²¹ Auto Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia. Rad. 46.431 M.P. Eugenio Fernández Carlier. 19 de agosto de 2015.

Es que si hacemos una analogía de las argumentaciones contradictorias de la Sala Mayoritaria en lo atinente a la verdad vs sustitución pena ordinaria y concesión de la sanción alternativa, ello en justicia penal ordinaria equivaldría a argumentar y considerar en una sentencia, que los medios de conocimiento dan cuenta de la responsabilidad penal de los enjuiciados y concluir dictando un fallo absolutorio, con la exculpativa aludida a la nulidad decretada por su superior funcional.

Sin perjuicio de lo referido, advierto que los postulados han ido edificando la verdad y prestando efectiva colaboración en las diligencias, para hacerse acreedores a la pena alternativa; por lo que la crítica y el disenso en este aspecto, se dirige a la falta de congruencia y simetría jurídica entre el discurso planteado en la parte motiva y la decisión tomada, ya que faltar a la verdad, no colaborar con la justicia y no tener intención o verdadera voluntad de reparar no pueden desencadenar en la concesión de una pena alternativa en favor de los procesados como ligera y literalmente lo efectúa la Sala Mayoritaria.

Como corolario de lo anterior, es la propia decisión (página 742), la que trae a colación lo referido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 19 de marzo de 2014, Rad. 39.045 M.P. doctor Luis Guillermo Salazar Otero, al afirmar:

*“Conforme con dicha norma y a las orientaciones respecto de los elementos fundamentales de la pena alternativa, es necesario concluir que su concesión está supeditada al cumplimiento de los requisitos relacionados con **la satisfacción de la verdad**, la justicia, la reparación de sus víctimas,*

al cumplimiento de las garantías de no repetición (...)" (negritas fuera del texto)

4. ORDEN Y EXHORTO CONCEPTOS DISIMILES – IMPOSIBILIDAD DE EMITIR ÓRDENES A AUTORIDADES DE LAS DISTINTAS RAMAS DEL PODER PÚBLICO -

Nuevamente los Magistrados que componen la Sala Mayoritaria confunden el contenido que implica un exhorto y su diferencia radical con la emisión de órdenes, pese a que de conformidad con los preceptos jurisprudenciales emanados de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, no resulta legítimo formular imposiciones en el proceso de justicia transicional a entidades de otras ramas del poder público.

He expresado la misma irregularidad (Jesús Ignacio Roldan Pérez, alias Monoleche y Jorge Eliecer Barranco Galván y otros), que esta Colegiatura no es superior jerárquico ni funcional de las instituciones del ejecutivo, esto es, Gobernaciones y/o Alcaldías, tampoco de control como la Procuraduría General de la Nación, menos de la Fiscalía ni del Legislativo, como para pretender imponerles órdenes y con el agravante que se les está condicionando en el tiempo, instando rendir informes periódicos al despacho que regenta el ponente, cuando incluso el seguimiento que se debe hacer a los fallos proferidos por las Salas de Justicia y paz, es una función que le fue encomendada al Juzgado de Sentencias creado para ello de conformidad con el Decreto Reglamentario 3011 de 2013.

Es que como se ha venido reiterando, no es correcto ni acertado emitir directrices, en cuanto dicha acepción en su contenido difiere de forma

categoría con los exhortos, mismos que se traducen en recomendaciones, significando que actuar como lo hace la Sala en la presente decisión esto es, “exhorta” a determinada entidad pero a la vez le impone plazos para verificar resultados, significa que está emitiendo un mandato, que claramente rompe el principio de la separación de poderes, que implica que la Rama Judicial como se adujo, no puede inferir e intervenir en actuaciones de los órganos legislativo, ejecutivo y si se quiere de control, por lo tanto y como en anteriores salvamentos, me permito traer a colación las precisiones emanadas de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal:

“Según lo expuesto, ninguna dubitación emerge para colegir que el Tribunal, de acuerdo con la normatividad de la justicia transicional, no sólo goza de potestad al momento de dictar sentencia para decretar todas las medidas dirigidas a la reparación de las víctimas, sino que le es imperativo ordenarlas para garantizar el derecho que a ellas les asiste a obtener una indemnización integral por el daño causado con las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos en este caso aceptadas por los postulados.

Sin embargo, tales medidas, principalmente las de carácter colectivo, pueden comprometer en su materialización a entidades estatales. Así ocurre, por ejemplo, con algunas restitutivas dispuestas en la sentencia tendientes a garantizar el retorno en condiciones dignas al lugar de origen (construcción de vías, escuelas, redes eléctricas, etc.) y de rehabilitación asistencial (atención en salud, educación, capacitación laboral, etc.).

Ante esta realidad surge el interrogante de si la autoridad judicial dentro del proceso de justicia y paz puede “ordenar” a estas entidades su ejecución, tal como se dispuso en la sentencia impugnada.

Para la Sala la respuesta es negativa, porque tal proceder resquebraja el postulado de separación de poderes consagrado en el artículo 113 de la Constitución Política²², fundante y estructural del Estado Democrático de Derecho al que adscribe la misma Carta Fundamental en su artículo primero²³, por lo que no puede el juez, bajo ninguna circunstancia, arrogarse funciones que constitucionalmente no le son deferidas²⁴.

En consecuencia, el procedimiento correcto para conciliar el principio democrático de separación de poderes adoptado en la Constitución Política, los derechos de las víctimas y las facultades de las autoridades judiciales dentro del régimen transicional de justicia y paz, cuando tales medidas de reparación involucran a entidades del Estado de cualquier nivel, esto es, nacional, departamental o municipal, es exhortarlas para su cumplimiento, con lo cual, además, se satisfacen los estándares internacionales en punto del contenido de tales medidas²⁵, principalmente desarrolladas por la Corte Interamericana de

²² ARTICULO 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

²³ ARTICULO 1°. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

²⁴ Sobre el principio de separación de poderes pueden consultarse, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional C-141 de 2010, C-588 de 2009 y C-1040 de 2005.

²⁵ El derecho a la reparación y sus diferentes componentes están reconocidos en instrumentos internacionales tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 10 y 63); la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes (art. 14); la declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 19); la Convención del La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (art. 13); y el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I, art. 91).

Derechos Humanos a través de sus últimos fallos.²⁶ (Subrayas y negrillas fuera del texto)

Extrañamente igual dispone lo mismo en las medidas de no repetición, ratificar una serie de órdenes y exhortaciones proferidas dentro del proceso de Jesús Ignacio Roldán Pérez, alias “Monoleche”, de las cuales me aparto, pues pese a que se trata en algunos eventos de manifestaciones generales tendientes a la reparación integral de las víctimas del conflicto armado, no encuentro procedente trasladarlas a esta causa como si el hecho de ser ponente de ambas providencias, le permitiera ratificar las medidas adoptadas en disimiles investigaciones, lo cual debió hacerse en lo particular; los universos de víctimas difieren en gran dimensión; más aún, de los afectados por la autodenominada ‘Casa Castaño’ y los del ‘Cacique Nutibara’, que causaron los daños en la zonas urbanas en términos generales.

En atención a ello debo recalcar que, cada análisis es independiente y no se puede de manera legítima confundir o fusionar las decisiones adoptadas en uno y otro proveído como si se tratara de un proceso macro, no obstante tener hechos diferentes; y menos haciendo la salvedad que *“allí donde se menciona a la región de Urabá y a los municipios de San Pedro y Valencia debe entenderse referido al Departamento de Antioquia y los municipios de Medellín e Itagüí”*, permitiendo entender entonces que esa ratificación se torna ineficaz al no constituir una forma adecuada de trasladar órdenes de una causa a otra.

²⁶ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M.P. María del Rosario González Lemos. Rad. 34547. 27 de abril de 2011

5. SOBRE LA COMPULSA DE COPIAS

En esta misma dirección, debo precisar que a criterio del suscrito, se ha convertido en una tautología lo referente a la compulsión de copias ordenada por la Sala, pues en primer lugar dentro de la presente causa, fue emitido el 4 de septiembre de 2013 un mandato en tal sentido, siendo aprobada por la Sala Mayoritaria; sin embargo posteriormente en el proceso de Jesús Ignacio Roldán Pérez, alias Monoleche, proceso totalmente disímil al que nos ocupa, se indicó:

*“Si bien esta Corporación había ordenado expedir copias contra el Ex-Presidente Álvaro Uribe Vélez, varios Generales de la República y otros funcionarios públicos en la decisión del 4 de septiembre de 2.013, por medio de la cual se excluyeron del proceso de justicia y paz a varios postulados del Bloque Cacique Nutibara y la Corte Suprema de Justicia anuló dicha decisión el 23 de julio de 2.014, **la Sala entiende que esa decisión no afecta esas investigaciones por varias razones a saber: a) la decisión de expedir copias constituyó una mera orden de sustanciación, no susceptible de apelación**, como lo reconoció la Corte en la decisión del 20 de noviembre de 2.013, que negó el recurso de queja contra la decisión de esta Sala que negó el recurso de apelación contra dichas órdenes y, por tanto, estaba por fuera del objeto del recurso, pues esa es la consecuencia de haberse negado el recurso de queja contra la resolución de la Sala.*

b) Las pruebas y evidencias que obran en dicho proceso no fueron anuladas y, por lo tanto, siguen siendo válidas y conservan valor y,”

c) de no ser así, la Comisión de Acusaciones y los demás funcionarios competentes, en todo caso, adquirieron y tienen conocimiento de esos hechos con base en las copias expedidas por la Sala y allegadas ya hace

más de un año y *tienen el deber de adelantar de oficio esas investigaciones, aún en el caso de que la orden de la Sala haya quedado cobijada por la decisión de nulidad de la Corte.*

*En ese sentido, y como medida de satisfacción y garantía de no repetición, la Sala le ordenará a la Comisión de Acusaciones que presente un informe público cada 4 meses sobre el avance de las investigaciones adelantadas a raíz de las copias ordenadas y expedidas por esta Sala, el estado de las mismas y las decisiones que se tomen en ellas, del cual hará llegar copia a la Sala.*²⁷ (Subrayas y negrillas fuera del texto)

Orden que se reiteró en la parte resolutive.²⁸, pero no obstante lo dicho en esta sentencia sorpresivamente se ratifican y ordenan de nuevo las compulsas de copias, actuación que sin lugar a dudas es contradictoria por parte de la Sala Mayoritaria, pues si en su convicción, con la nulidad dichas órdenes estaban a salvo y en el fallo de Jesús Ignacio Roldán Pérez, alias “Monoleche”, se retoman, estableciendo otra vez el mandato de iniciarlas, se torna ello, en una reiteración innecesaria, conllevando a que se continúe compulsando copias per “secula seculorum”, en contra de idénticos individuos e instituciones a las que ya se deprecó fueran investigados.

Las decisiones de un Tribunal Superior, no pueden ser el resultado automático de cortar y pegar, como parece ocurre en el evento sub examine; y mucho menos de la tautología para tratar de acertar o contrario sensu volver a errar, fallar equivocadamente o ante la nulidad decretada y probable revocatoria de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación

²⁷ Sentencia Rad. 2006-82611. Postulado Jesús Ignacio Roldan Pérez. Folios 501-502 y 744 proyecto de sentencia radicados 2007-82700 y otros Cacique Nutibara.

²⁸ Sentencia Rad. 2006-82611. Postulado Jesús Ignacio Roldan Pérez. Página 529

Penal, se ordena en otro proveído más, no obstante lo advertido por la Sala Mayoritaria, que determina de lógica razón que ni siquiera los Magistrados que la conforman están seguros de lo plasmado y aseverado como lo aduje precedentemente.

6. RUPTURA DE LA UNIDAD PROCESAL Y DEVOLUCIÓN DE LA ACTUACIÓN A LA FISCALÍA ANTE LA EVIDENTE CAUSAL OBJETIVA PARA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ.

En esta misma dialéctica argumentativa, tampoco me identifico con la decisión emitida respecto del postulado Mauro Alexander Mejía Ocampo, a quien en la decisión de fondo se le condenó única y exclusivamente al quantum de la pena ordinaria, argumentando que no era válida su continuidad en el proceso de Justicia y paz, al haber cometido un delito doloso con posterioridad a su desmovilización; pues bien, en el salvamento de voto del auto que fue declarado nulo por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, el suscrito ya había hecho referencia a esa situación excepcional, (había solo que aportar prueba sumaria) lo que implicaba que una vez decretada la nulidad, se tornaba obligatorio por parte de la Fiscalía General de la Nación, deprecar la terminación del proceso de dicho excombatiente al tratarse de una causal de tipo objetivo; y como quiera que ello no aconteció, la Sala de Conocimiento debió dictaminar la ruptura de la unidad procesal, devolviendo la actuación para que el ente acusador efectuara la correspondiente petición que conllevaría en caso de otorgarse como era lo obvio -reitero causal objetiva- a la posterior exclusión; la lógica jurídica es clara en este evento, nadie se somete a una justicia especial, para ser condenado como si su causa se hubiera

adelantado ante la jurisdicción penal ordinaria, sin ser vencido en un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con intermediación de la prueba y sin dilaciones injustificadas, prerrogativas a las cuales renuncian los postulados en virtud del trámite de justicia y paz, para de esta manera acceder a una rebaja significativa de pena que les conlleva el acogimiento y aceptación de los cargos, la consecuencia respecto de la comisión de un delito doloso con posterioridad a la desmovilización no puede ser otra diferente a la de terminar este proceso, que subsiguientemente daría lugar a la exclusión administrativa del postulado por parte del Gobierno Nacional, sobre ello indicó el órgano de cierre de la jurisdicción penal:

“Por tanto, una interpretación de la norma reglamentaria, en el sentido de que se requiere de una sentencia para conceder la sustitución no puede ser de recibo, toda vez que se llegaría a la situación, evidentemente contradictoria e ilógica, de que un mismo supuesto de hecho (la existencia de sentencia contra el postulado) genera dos diferentes y excluyentes consecuencias: negar la sustitución de la medida de aseguramiento y, al mismo tiempo, excluir al postulado del proceso transicional.

Una sana hermenéutica aconseja entender que la certeza sobre la autoría del delito doloso que se declara en la sentencia condenatoria ha de acarrear la más gravosa consecuencia, esto es, la exclusión del postulado del trámite de Justicia y paz; pero que la negativa a la sustitución de la medida de aseguramiento (que, obviamente, no supone la exclusión) no puede ser también la consecuencia del mismo supuesto de hecho, esto es, de la sentencia condenatoria.”²⁹

²⁹ Auto 45416. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M.P. José Luis Barceló Camacho. 30 de julio de 2015.

Repárese que los hechos confesados por los excombatientes acá, en caso de ser excluidos, no pueden servir por si solos para edificar una decisión en su contra por la justicia permanente; incluso y como quiera que su trámite se daría en virtud de la Ley 600 de 2000, les sería más gravoso ser condenados ordinariamente por los Magistrados de Justicia y paz; toda vez que, su condena ordinaria en los eventos de sentencia anticipada, como ya lo había aludido, por lo menos les representaría una rebaja de pena; de allí que no se puedan hacer nugatorios sus derechos; y es con fundamento en ello, que la pena ordinaria a mi modo de ver, estaría vedada para los operadores jurídicos en justicia transicional, tal y como lo anticipé en anterior acápite y respecto de lo cual será la Corte Suprema de Justicia, el que determine si el Juez Colegiado en esta especial actuación, cuenta o no con la facultad de imponer única y exclusivamente la pena ordinaria y consecuentemente negar la sanción sustitutiva, más ante una omisión de un proceder que se tornaba obvio.

Lo ordenado por la sala Mayoritaria constituye una exclusión oficiosa del postulado por la Sala de Conocimiento, lo cual como ya lo indicó la alta Corporación está prohibido a esta instancia.

7. CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD NO INCLUIDAS EN LA IMPUTACIÓN NI EN LA FORMULACIÓN DE CARGOS POR PARTE DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

En la sentencia emitida, la Sala Mayoritaria dispuso al momento de tasar las penas a imponer a los postulados en caso que hubieran sido juzgados por la justicia penal ordinaria, ubicarse en el máximo de los cuartos medios, aludiendo para el efecto:

“La Fiscalía no imputó circunstancias de mayor punibilidad en ninguno de los delitos. Así el Fiscal no las haya mencionado expresamente, es evidente que la imputación incluye varias circunstancias que la ley califica como de mayor punibilidad, tales como a) “obrar en coparticipación criminal”, tanto que la imputación se hace a título de coautor en múltiples casos; b) “ejecutar la conducta....con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima, o aprovechando circunstancias de tiempo, modo, lugar que dificulten la defensa del ofendido en muchos casos que fueron ejecutados con sorpresa, por la espalda o entre varios sujetos armados, en los cuales se colocó o se aprovechó la indefensión de la víctima, o se dificultó al máximo su defensa, como se desprende de los hechos imputados; y c) “aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito” (artículo 58 numerales 10, 11, 5 y 8) del Código Penal, respectivamente), entre otras circunstancias destacables.

Los argumentos expuestos por mayoría de la Sala no puedo compartirlos, toda vez que analizar la situación desde dicha óptica no solo rompe la imparcialidad que le debe asistir al fallador al momento de juzgar y elaborar el aspecto punitivo, sino que usurpa de manera flagrante una de las funciones inherentes al ente acusador, que finalmente es el detentor de la acción penal y quien en últimas determina qué delitos imputa, formula cargos y en cuáles casos considera necesaria la inclusión de un agravante y en qué eventos presenta circunstancias de mayor punibilidad.

Es evidente que el proceso de Justicia y paz, trae como cimientos la principialística del sistema penal de corte acusatorio, establecido por medio de la Ley 906 de 2004, sin que se pueda prestar para equívocos como el que acaece en el sub judice, para entender que si la Fiscalía no

incluyó esas circunstancias de mayor punibilidad el funcionario de instancia libremente lo puede hacer al momento de fallar; ello sin temor a equivocarme rompe de tajo el debido proceso y derecho de defensa que les asiste a los excombatientes en el juzgamiento de sus conductas.

Considero que la Sala Mayoritaria arriba tarde a esta conclusión relativa a la no inclusión de esas circunstancias de mayor punibilidad por parte del ente acusador; y es que si bien se cuenta con la facultad para readecuar los cargos formulados y adicionar algunos que colija se desprenden del accionar criminal de las agrupaciones paramilitares (demostrados fácticamente); ello no es automático sin control alguno; es decir, no puede un postulado en determinado momento allanarse por ejemplo a un homicidio simple y en la sentencia resultar condenado por dicho delito conforme a las causales del artículo 58 código penal, circunstancias de mayor punibilidad en la tasación punitiva, sería sin lugar a dudas un sorprendimiento que rompe con la prerrogativa fundamental aludida al debido proceso, 'derecho de defensa y contradicción'; dicha situación tenía una solución pacífica, consistente en que al momento de la formulación de los cargos, la Sala debió llamar la atención del Fiscal Delegado (a), haciéndole entender que acorde con los hechos narrados, era viable y necesario hacer alusión a esas circunstancias que influían en el grado de punibilidad de la conducta delictiva, para que en esa diligencia, presente los sujetos procesales, existiera claridad respecto de los mismos, sus agravantes y demás circunstancias adicionales, esa pasividad de la Sala, no puede ser el fundamento para en la sentencia atentar contra los derechos de los desmovilizados y determinar que sus conductas deben ser juzgadas con mayor severidad, porque comportaría un incremento punitivo por fuera de la norma, tal y como lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal:

“El segundo aspecto a ser dilucidado, tiene que ver con la infracción del principio de congruencia, por cuenta de la atribución de responsabilidad por la juzgadora de primer nivel de por lo menos tres circunstancias de mayor punibilidad no contempladas en el pliego de cargos, respecto del delito de desplazamiento forzado atribuido a CORTÉS MENDOZA, falencia que comportó un incremento punitivo ilegal en contra de dicho sujeto, en tanto implicó que la funcionaria se ubicara en el segundo cuarto y no en el primero, como correspondía, si se considera la inexistencia real de circunstancias de mayor o menor punibilidad en la calificación del mérito del sumario.

(...)

Como es claro a partir de la precedente confrontación, la juez de primer grado y la colegiatura, por supuesto, al aseverar ésta que la decisión de su inferior era correcta pese a que la defensa cuestionó la punibilidad, vulneraron directamente la ley sustancial cuando aplicaron, al caso concreto, las circunstancias de mayor punibilidad, descritas en los numerales 2, 8 y 10 del artículo 58 del Código Penal, defecto que le sirvió, a su vez, para violentar el sistema de cuartos intensificando irregularmente la pena impuesta a Cortés Mendoza.

Entonces, con el fin de impartir justicia en el caso concreto y darle alcance al postulado de legalidad de la pena, se impone casar parcialmente de oficio el fallo impugnado para excluir tanto las circunstancias de agravación específicas del secuestro extorsivo, esto es, las consagradas en los numerales 2 y 11 del artículo 170 del Estatuto Sustantivo Penal, como las de mayor punibilidad, contempladas en los numerales 2, 8 y 10 del canon 58 ejusdem.”³⁰ (Subrayas y negrillas fuera del texto)

³⁰ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Rad. 43.776. 29 de junio de 2014. M.P. Eyder Patiño Cabrera

Afín con el precepto jurisprudencial citado tales circunstancias de mayor punibilidad no se pueden tener en cuenta por el operador jurídico en esta oportunidad; y en ese orden de ideas, constituye un yerro y desatino hacerlo oficiosamente.

7.1. QUANTUM DE LA PENA ALTERNATIVA

Lo expuesto en el numeral 7º, no es óbice dentro de la legalidad para que el suscrito aunque conforme con la sustitución de la pena ordinaria al concederse la alternativa a los postulados del Bloque Cacique Nutibara de las AUC, pueda resaltar que no estoy de acuerdo con la tasación realizada por la Sala Mayoritaria; y es que tal y como ha acaecido en otras sentencias proferidas con idéntico ponente, se ha indicado que la pena superior se encuentra establecida para máximos responsables, aunado a que los fallos son parciales y posteriormente se impondrán nuevas penas privativas de la libertad sin que se haga necesario acudir al tope legal punitivo establecido en la Ley 975 de 2005.

Desde ningún punto de vista resulta entendible que a estos postulados en caso que fueran juzgados por la jurisdicción ordinaria se les imponga la pena máxima legal, esto es, 480 meses y al momento de tasar la pena alternativa varíe sin un fundamento jurídico sólido; y es que pese a que no se puede tener la pena alterna como un ejercicio automático de contrastación entre esta y la pena ordinaria, si debe de existir correlación entre una y otra, -en tanto que para la tasación de ambas-, los criterios fijados por el legislador son análogos, debiendo acudirse precisamente a los preceptos que apareja el artículo 61 del Código Penal al momento de

tasar ambas, al respecto ha indicado la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal:

El Estado de Derecho exige el sometimiento al imperio de la Ley por mandato Constitucional y cumplir con la voluntad del legislador que obliga a dosificar la pena acorde con la reglamentación expedida para el efecto, independientemente de eventuales futuras condenas que puedan llegar a ser emitidas en contra del sentenciado, en cuanto la responsabilidad penal es individual y consecuentemente también la pena de prisión privativa de la libertad.

No se hace necesario agregar o profundizar en mayores argumentos para concluir que efectivamente el juzgador de primer grado incurrió en el equívoco que se denuncia por el recurrente, porque no obstante resaltar la gravedad y modalidad de los delitos por los que se emitió la condena, se abstuvo de aplicar el máximo de la pena alternativa prevista en la ley de Justicia y paz, como corresponde en atención al principio de proporcionalidad.³¹

Criterio anterior, que fuera ratificado por el órgano de cierre en la justicia penal de la siguiente manera:

De ahí que, si la pena ordinaria fue fijada en el tope máximo permitido por el artículo 31 del Código Penal, no resulta proporcional que al sustituirse por la sanción alternativa, no se imponga el límite superior aunque se reconozca la

³¹ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Rad. 39045 M.P. Luis Guillermo Salazar Otero. 19 de marzo de 2014.

condición de comandante de un bloque y la gravedad de los delitos cometidos.”³²

La premisa de considerar que la pena alternativa se encuentra reservada para comandantes, conlleva a la no aplicación de justicia material; y es que el concepto de máximos responsables no puede comprenderse de manera inequívoca únicamente para los cabecillas de las agrupaciones paramilitares, toda vez que tanto los combatientes que acreditaban línea de mando, como los perpetradores, tienen responsabilidad frente a los crímenes cometidos que injustamente afectaron la población civil, no resultando válido en atención a los principios que orientan la imposición de las condenas, entender que sin importar la gravedad de las conductas punibles, exista imposibilidad de imponer la máxima pena alternativa para aquellos que acreditaron otra condición diferente a la de dirección del grupo armado al margen de la ley.

Con lo anterior, como lo he expuesto, cuando se han abstenido de imponer el máximo de la pena alternativa, no encuentro razonable ni justificado que a estos postulados que cometieron crímenes de lesa humanidad, atentaron contra los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, no les sea impuesto una pena legal acorde a la tasación de la pena ordinaria, como si no fuere suficiente el beneficio otorgado por las leyes transicionales, en las que el Estado ya cedió su campo de acción para abstenerse de condenarlos a las penas en la justicia permanente acorde a ley; y es que si bien, puede ser mínima la diferencia de cuatro o cinco meses de pena privativa de la libertad, insisto que ello comporta un

³² Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Rad. 42799. M.P. Patricia Salazar Cuellar. 20 de noviembre de 2014.

mensaje negativo a la sociedad en general, cuando se evidencia, se insiste en ello, que los punibles cometidos, la forma como acaecieron y la magnitud del dolo, no solo permiten, sino que obligan a que la sanción punitiva sustitutiva fuese correlativa al ejercicio de tasación de la pena ordinaria.

8. ADICIÓN DE VOTO DE PARTE DEL MAGISTRADO PONENTE

Respecto de la facultad de la Sala de Conocimiento de otorgar la libertad a los postulados; considero que se trata de una labor que le compete única y exclusivamente al Juzgado de Ejecución de Sentencias de justicia y paz una vez ejecutoriado el fallo, aunado a que la concesión de la libertad va atada a la satisfacción de los compromisos que le son impuestos en el mismo, no siendo válido como lo hace el Magistrado Ponente traerlos a manera de adición, toda vez que esa no es la naturaleza de la exótica figura.

La adición antitécnica por demás, de aceptarse, se entiende en aquellos eventos en los que uno o varios Magistrados al momento de discutir el proyecto consideran necesario ampliar argumentaciones, complementar lo ya indicado en el texto de la decisión, sin que se vea afectada la parte resolutive, como por ejemplo aspectos atinentes a la autoría mediata, prueba trasladada, entre otros; es decir son situaciones que se coligen deben ser desarrolladas, con una mayor riqueza descriptiva, verdadera adición de conceptos jurídicos o doctrinarios, algo que a consideración de alguno de los integrantes de la Sala de decisión deba ser introducido y que los demás colijan que es innecesario; significando que actuar de la forma en que se hace, cuando el tema se debatió y no fue aprobado por los

revisores en otros fallos, y por sustracción de materia en este, se configura una burla para con estos, incluirlos como adición, toda vez que no habría una posibilidad jurídica de insertar por los disidentes sus conclusiones y disertaciones en el texto de la decisión; resultando la solución jurídica la ausencia total de argumentación al respecto.

Por lo tanto insisto, que la inexplicable adición de voto, no puede ser utilizada por el Magistrado Ponente para plasmar sus puntos de vista particulares en la providencia, sin tener que acoger los razonamientos de sus compañeros de Sala, precisamente porque respecto del tema que pretende acudir a la figura de la adición, hay mayoría de no avalar la posición jurídica del doctor Pinilla Cogollo, en el sentido de conceder la libertad a los desmovilizados que cumplieron los ocho (8) años en centro intramural; debiendo entonces, ante la presentación de tal controversia, no sesgar la decisión en tal aspecto y posteriormente adicionar su convicción al respecto.

En los anteriores términos dejo consignado mi salvamento parcial de voto respecto de lo decidido por la Sala Mayoritaria.



JUAN GUILLERMO CÁRDENAS GÓMEZ
MAGISTRADO