

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Magistrada Ponente

AP4085-2014

Radicación No. 43005

Aprobado Acta No. 235

Bogotá D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil catorce (2014).

VISTOS

Resuelve la Corte la impugnación propuesta por la Fiscalía, la defensa, el Ministerio Público y algunos representantes de víctimas contra la decisión del 4 de septiembre de 2013, por cuyo medio la Sala Mayoritaria de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín excluyó del proceso transicional a los postulados *EDILBERTO DE JESÚS CAÑAS CHAVARRIAGA, NÉSTOR EDUARDO CARDONA CARDONA, JUAN FERNANDO CHICA ATEHORTÚA, EDGAR ALEXÁNDER ERAZO GUZMÁN, MAURO ALEXÁNDER MEJÍA OCAMPO, JUAN MAURICIO OSPINA BOLÍVAR y WANDER LEY VIASUS TORRES.*

ulj

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. En desarrollo del proceso de negociación entre el Gobierno Nacional y las Autodefensas Unidas de Colombia se expidieron las Resoluciones 216, 217 y 218 del 24 de noviembre de 2003 por cuyo medio se inició el proceso de diálogo con el Bloque Cacique Nutibara, representado por los voceros *Giovanni de Jesús Marín Zapata* y *Fabio Orlando Acevedo Monsalve*; así mismo, se designó como lugar de ubicación el centro recreacional “*La Montaña*” en el municipio de la Ceja (Antioquia).

2. La desmovilización se produjo al día siguiente, esto es el 25 de noviembre de 2003, y en el listado de integrantes remitido el 11 de diciembre se incluyeron 867 desmovilizados, dentro de los que se encontraban *EDILBERTO DE JESÚS CAÑAS CHAVARRIAGA*, *NÉSTOR EDUARDO CARDONA CARDONA*, *JUAN FERNANDO CHICA ATEHORTÚA*, *EDGAR ALEXÁNDER ERAZO GUZMÁN*, *MAURO ALEXÁNDER MEJÍA OCAMPO*, *JUAN MAURICIO OSPINA BOLÍVAR* y *WANDER LEY VIASUS TORRES*.

3. La postulación del Gobierno Nacional al trámite de Justicia y Paz se concretó de la siguiente manera: el 15 de agosto de 2006 la de *ÉDGAR ALEXÁNDER ERAZO* y *MAURO ALEXÁNDER MEJÍA OCAMPO*; el 27 de febrero de 2007 en relación con *JUAN FERNANDO CHICA ATEHORTÚA* y *NÉSTOR EDUARDO CARDONA CARDONA* y el 17 de febrero de 2008 la de *EDILBERTO DE JESÚS CAÑAS CHAVARRIAGA*, *JUAN MAURICIO OSPINA BOLÍVAR* y *WANDER LEY VIASUS TORRES*.

4. Respecto de cada postulado la Fiscalía inició una actuación, surtiéndose la imputación de cargos e imposición de medida de aseguramiento ante el Magistrado de Control de Garantías de Justicia y Paz de Medellín de la siguiente forma: 3 de abril de 2009 la de *JUAN FERNANDO CHICA ATEHORTÚA*; 17 de abril de 2009 y 24 de agosto de 2010 respecto de *EDILBERTO DE JESÚS CAÑAS CHAVARRIAGA*; 27 de julio de 2009, 19 de mayo de 2010 y 4 de abril de 2011 la de *NÉSTOR EDUARDO CARDONA CARDONA*; 8 de julio y 22 de septiembre de 2010 la de *EDGAR ALEXANDER ERAZO GUZMÁN*; 8 de junio de 2009 y 10 de agosto de 2011 en relación *MAURO ALEXANDER MEJÍA OCAMPO*; 17 de julio de 2009, 26 de julio y 21 de octubre de 2010 la de *JUAN MAURICIO OSPINA BOLÍVAR*; 25 de marzo y 17 de junio de 2009 la de *WANDER LEY VIASUS TORRES*.

5. La Fiscalía radicó escrito de formulación de cargos el 18 de julio de 2009 en relación con *JUAN FERNANDO CHICA ATEHORTÚA* ante la Sala de Justicia y Paz del Tribunal de Bogotá, Colegiatura que en mayo de 2011 remitió el proceso a su homóloga de la ciudad de Medellín, Tribunal que inició la audiencia respectiva el 13 de junio de 2011 y posteriormente, de oficio¹, acumuló las actuaciones surtidas respecto de los postulados citados, dada su pertenencia al Bloque Cacique Nutibara.

¹ Cfr. Folio 106 cuaderno No. 1 de legalización de cargos. En auto del 28 de noviembre de 2011, firmado exclusivamente por el magistrado ponente, se dispuso acumular al trámite de *JUAN FERNANDO CHICA ATEHORTÚA*, los de *EDILBERTO DE JESÚS CAÑAS CHAVARRIAGA*, *NÉSTOR EDUARDO CARDON CARDONA* y *JUAN MAURICIO OSPINA BOLÍVAR*. De igual forma, en auto suscrito por el ponente, el 11 de abril de 2012, dispuso la acumulación de los procesos seguidos contra *EDGAR ALEXANDER ERAZO GUZMÁN* y *WANDER LEY VIASUS TORRES*, ver folios 417 y ss del cuaderno No. 1 de legalización de cargos.

6. La audiencia se inició con la exposición de la Fiscalía del contexto de los crímenes imputados y se adelantó en treinta sesiones cumplidas entre el 13 de junio de 2011 y el 4 de marzo de 2013.

7. El 12 de diciembre de 2011 el Magistrado Ponente, fuera de audiencia, en procura de reconstruir la verdad histórica, decretó *motu proprio* múltiples pruebas² y en sesiones posteriores ordenó el recaudo oficioso de medios de convicción adicionales³. En la sesión del 3 de julio de 2012 el Tribunal convalidó las decisiones relacionadas con la acumulación y el decreto probatorio oficiosos⁴.

8. Finalmente, el 4 de septiembre de 2013, el Tribunal excluyó a los postulados, decisión contra la cual se instauraron las impugnaciones que adelante se reseñarán.

DECISIÓN IMPUGNADA

La Sala Mayoritaria⁵ de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín, de manera oficiosa, al efectuar el control de legalidad de los cargos imputados, excluyó a los postulados por lo siguiente:

² Cfr. Folio 110 cuaderno No. 1 audiencia legalización de cargos.

³ Por ejemplo, sesiones del 2, 20 y 21 de febrero de 2012. Igualmente, en auto del 3 de julio de 2012 el Magistrado ponente decretó el recaudo de otros medios de convicción: así mismo en el auto del 10 de septiembre de 2012, ver folios 78 y 193 del cuaderno No. 2 de la legalización de cargos.

⁴ Cfr. Folios 64 y ss del cuaderno No. 2 audiencia de legalización de cargos.

⁵ El doctor Juan Guillermo Cárdenas Gómez salvo voto.

i) La Fiscalía sólo presentó la versión de los victimarios sin cotejarla con la de las víctimas ni con la evidencia disponible, situación que no se ajusta al objetivo transicional de develar la verdad de lo ocurrido ni permite establecer un patrón o contexto de criminalidad.

ii) La confesión de los postulados no fue veraz y completa porque aunque reconocieron algunos hechos, mintieron por acción u omisión sobre aspectos sustanciales como el motivo para dar muerte a la víctima, la identidad de quienes participaron en el delito y las circunstancias en que verdaderamente se cometieron⁶.

⁶ Así por ejemplo, el Tribunal señaló lo siguiente respecto de los hechos imputados a los dos primeros postulados: *JUAN FERNANDO CHICA ATEHORTÚA*, aunque relató su participación en algunos hechos criminales, no es creíble que sólo recuerde apodos y algunos nombres de quienes participaron en esos delitos. En cuanto al homicidio del menor E.A.A.U., ocurrido el 22 de febrero de 1999, lo considera cometido antes de que la banda Civitón fuera captada por el Bloque Cacique Nutibara; por ello, no estaría cobijada por la Ley de Justicia y Paz. Además, no indicó quien fue la persona que lo acompañó a materializar el delito.

Sobre el homicidio de *Camilo Andrés Quintero*, concretado e 17 octubre de 2001, encuentra que el postulado se abstuvo de revelar la identidad de por lo menos uno de los partícipes del mismo, pues solo indicó la participación de dos personas cuando la evidencia balística indica que se utilizaron tres diversas armas.

Por esa misma época, agrega, se cometieron 8 homicidios en la zona de operaciones del grupo donde *CHICA ATEHORTÚA* era subcomandante, sin que haya dado cuenta de esos hechos no obstante que se cometieron en circunstancias similares de tiempo, modo y lugar a los referidos con antelación.

Sobre el homicidio de *Luis Fernando Herrera Saldarriaga*, ocurrido el 18 de julio de 1999, afirma que las circunstancias en que se perpetró desvirtúan la versión del postulado (llevar personas al barrio para retomar su control), pues la evidencia indica que se produjo por estar en compañía de Antonio Restrepo, de donde colige que no confesó el intento de homicidio, el desplazamiento forzado y las contribuciones forzosas cometidos respecto de ese ciudadano ni los delitos que este le atribuye.

En relación con *EDILBERTO DE JESÚS CAÑAS CHAVARRIAGA* señala cómo el postulado omitió confesar su pertenencia a la banda "La Unión" dedicada al expendio de estupefacientes y al cobro ilegal de "contribuciones".

La evidencia desmiente las explicaciones del postulado respecto el homicidio de *Hugo Alexander López*, porque no ocurrió por estar extorsionando sino por sus antecedentes judiciales, adicciones y costumbres personales. Igual situación se concreta en el asesinato de *Jaime Andrés Posada Jaimes*, quien también fue acribillado por ser fumador de sustancias sicoactivas.

iii) En cuanto a los requisitos de elegibilidad, encuentra el Tribunal que el Bloque Cacique Nutibara no se desmovilizó de buena fe porque no desmovilizó a todos sus integrantes, pues, a los pocos días, la mayor parte de sus integrantes pasaron a conformar el Bloque Héroes de Granada creado por *Diego Fernando Murillo Bejarano*, de manera que la dejación de armas fue aparente o ficticia.

A lo anterior se suma que en los barrios de Medellín y su área metropolitana, días antes de la desmovilización, se reclutaron muchos jóvenes presentados como miembros del Bloque Cacique Nutibara sin serlo. Prueba de ello, agrega, es que las estructuras que lo conformaban continuaron operando, esto es, la Oficina de Envigado, las bandas o combos y los residuos del Bloque Metro y las milicias. Así mismo, porque aunque contaba con un arsenal de más de 600 fusiles y subametralladoras, entre otros, sólo entregó 128 fusiles⁷ y armas de menor entidad, las cuales estaban en mal estado de funcionamiento.

iv) De igual forma, considera que el Bloque Cacique Nutibara no entregó los bienes adquiridos con las actividades ilegales por cuanto fueron 176 los casos de

Así mismo, el Tribunal considera que no confesó su autoría en los homicidios cometidos en el barrio Los Olivares entre abril y mayo de 2002 y el desplazamiento forzado de algunos familiares de los occisos.

En cuanto al homicidio de *Jorge Horacio Muñoz*, 28 de mayo de 2002, considera que el móvil no está claro no obstante que el postulado haya indicado que ocurrió por ser miliciano.

⁷ Ver folio 279 del auto impugnado.

desplazamiento urbano generado por su accionar y, sin embargo, dichos bienes no han sido restituidos a sus propietarios. Lo anterior aun considerando la supuesta entrega de 162 casas por parte de la Asociación Comunas de Vida y Paz, relacionada con los desmovilizados del Bloque Cacique Nutibara, porque esa información no es confiable, resultando improbable su devolución efectiva⁸.

v) Tampoco encuentra reunido el requisito de elegibilidad relacionado con el cese de interferencia en el libre ejercicio de los derechos políticos y libertades públicas, en tanto la Corporación Democracia, conformada por integrantes de la Oficina de Envigado, creada para acompañar el proceso de reinserción del Bloque Cacique Nutibara, tuvo participación activa en la campaña política de *Luis Pérez Gutiérrez*, de lo cual deduce que ejerció presión y constreñimiento a los ciudadanos en las elecciones de 2007 y 2011.

vi) Desestima el cese de actividades delictivas por cuanto los directivos de la Corporación Democracia continuaron ejerciendo el control de los barrios como líderes comunitarios y siguieron cometiendo delitos, entre ellos *Severo Antonio López*, alias "Job", *Jhon William López*, alias "Memín" y *Orlando Acevedo Monsalve*, quien fue condenado por el delito de concierto para delinquir con fines de

⁸ Ver folios 298 y 299 del auto impugnado.

desplazamiento forzado por hechos acaecidos el 5 de enero de 2006 en la vereda Granizal.

Además, en diversas comunas continuaron cobrando cuota o “*vacuna*” a las empresas y residentes para brindar seguridad y si se negaban eran obligados a abandonar sus casas⁹. En tal sentido, agrega, 276 desmovilizados del Bloque Cacique Nutibara continuaron delinquiendo, 154 condenados y 122 capturados en flagrancia. Y aunque se trata de casos de carácter individual, es posible atribuir responsabilidad a los jefes, por acción u omisión, dado el significativo número de eventos presentados.

Aún más, señala, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en visita *in loco* efectuada en julio de 2004 constató que el Bloque Cacique Nutibara continuaba operando y controlando la Comuna 13 de Medellín porque continuaron patrullando las calles con armas de fuego, ejecutando desplazamientos forzados, reclutamientos forzados y desapariciones de menores de edad¹⁰. De igual forma, señala, esa estructura delictiva asesinó a líderes de las comunas 6, 7 y 8, entre ellos *Ana Teresa Yarce* el 6 de octubre de 2004 y *Jaime Augusto Henao* el 17 de agosto de 2005.

⁹ Ver folios 319 y ss auto impugnado.

¹⁰ Refiere la desaparición de 9 menores de edad acaecida el 15 de agosto de 2004 en el barrio San Javier.

vii) El Bloque Cacique Nutibara tampoco informó la suerte de los desaparecidos¹¹, pues las estadísticas más conservadoras indican que antes de la vigencia de la Ley 906 de 2004 se concretaron 1663 casos de desaparición forzada en Medellín¹², cuya autoría, en su gran mayoría, considera el Tribunal atribuible a esa estructura delictiva porque era la que controlaba las comunas y fue práctica suya utilizar las desapariciones como instrumento de intimidación. Al efecto anexa un listado de 544 desaparecidos con el objetivo de contribuir a la verdad y a la satisfacción de las víctimas.

viii) Encuentra ausente el requisito relacionado con la confesión completa y veraz porque los postulados no informaron cómo se financiaba el accionar del Bloque ni su participación en extorsiones, secuestros, desplazamientos y desapariciones forzadas que indudablemente ocurrieron en los territorios que controlaban. Así, afirma que en la zona dominada por *JUAN FERNANDO CHICA* se cometieron 22 homicidios y sólo confesó 4; *EDGAR ALEXÁNDER ERAZO GUZMÁN* reconoció 37 asesinatos, pero en su zona se cometieron 85; *NÉSTOR EDUARDO CARDONA* confesó 8 homicidios y ninguna desaparición forzada, pero en realidad se concretaron 115 homicidios y 8 desapariciones; *MAURO*

¹¹ El Tribunal señala que por información de integrantes del Bloque Cacique Nutibara se logró la exhumación de 41 cadáveres, cifra que considera exigua frente al número total de desaparecidos.

¹² Se refiere a las cifras suministradas al Tribunal por la Fiscalía 47 Especializada ante el Gaula. Ver folio 333 del auto impugnado.

cef

ALEXÁNDER OSPINA reconoció 4 homicidios pero en su zona se cometieron 109¹³.

LAS IMPUGNACIONES

1. La Fiscalía pregona la violación del debido proceso por extralimitación de funciones del Tribunal porque no podía, *motu proprio*, excluir a los postulados.

De otra parte, considera que los testimonios decretados oficiosamente no reúnen los requisitos del artículo 404 de la Ley 906 de 2004 por tratarse de prueba de referencia en la medida que los testigos no declararon sobre lo que les constaba sino sobre lo leído en documentos y recortes de prensa.

Además, la decisión se funda en el conocimiento privado de la Sala Mayoritaria que trajo a colación aspectos no relacionados con el accionar del Cacique Nutibara, material probatorio que no se dio a conocer a las partes existiendo la obligación de hacerlo, aún si se considera que la normativa aplicable era la Ley 600 de 2000.

El contexto expuesto en el auto impugnado, construido con base en documentos no aportados por la Fiscalía ni discutidos en las audiencias, no corresponde al del Bloque Cacique Nutibara sino a la historia de todos los grupos organizados al margen de la ley en Colombia. Y aunque el

¹³ Cfr. Folios 343 y 343 auto impugnado.

rol del juez en Justicia y Paz incluye la potestad de ejercer control formal y material de los cargos, no está autorizado para construir un contexto al margen de las pruebas aportadas por la Fiscalía.

Cuestiona el alcance de preclusión dado al auto impugnado, pues si ostentaba esa naturaleza el Tribunal debió indicar la causal del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 configurada, máxime cuando dicho instituto procede exclusivamente a petición de parte.

Pregona la afectación del principio de imparcialidad por desconocimiento de la separación de las funciones de investigación y juzgamiento establecidas en el artículo 250 de la Constitución Nacional. En este caso, aduce, el *a quo* se convirtió en investigador al desarrollar tesis no propuestas por las partes y valorar la prueba de manera sesgada, omitiendo considerar la aportada por la Fiscalía para centrarse exclusivamente en la practicada de oficio.

Encuentra que la desmovilización del Bloque Cacique Nutibara no fue aparente ni de mala fe y aunque pudieron existir integrantes que no dejaron las armas, esa falencia se originó en la gradualidad acordada con el Gobierno Nacional en virtud de la cual en la primera etapa, el 23 de noviembre de 2002, se desmovilizaron 868 integrantes y en una segunda fase, el 1 de agosto de 2005, dejaron las armas 2033 combatientes del Bloque Héroes de Granada,

grupos al mando de *Diego Fernando Murillo Bejarano*, alias "*Don Berna*".

Observa que el *a quo* no tuvo en cuenta que el Cacique Nutibara fue la primera estructura delictiva desmovilizada y que la Ley de Justicia y Paz fue posterior a ese hecho, momento en el cual no existían políticas económicas y sociales claras para la reinserción ni una ley marco para la paz. Además, destaca, se trataba de un grupo *sui generis* porque en él confluyeron fuerzas del Bloque Metro y miembros de bandas o combos, de suerte que no tenía la estructura clásica de los grupos de las autodefensas de las zonas rurales.

Señala que el bajo número de armas entregadas obedece a la equivocada interpretación de un informe de inteligencia por parte del Tribunal y a la omisión de valorar el estudio pericial incorporado a la actuación a instancias del ente acusador.

Encuentra desacertado afirmar que las finanzas del Cacique Nutibara tuvieron como fuente exclusiva la "*Oficina de Envigado*" en tanto la prueba ofrecida por la Fiscalía demuestra que ese grupo se costó con diversas actividades delincuenciales.

Considera contrarias a la prueba recaudada las afirmaciones del Tribunal respecto de no devolución de inmuebles a los desplazados, la interferencia en los

derechos políticos de los ciudadanos y la continuidad de la actividad delictiva del Bloque Cacique Nutibara. En el mismo sentido, sostiene, dicho grupo no se creó para el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito sino como instrumento para desarrollar labores antisubversivas.

En ese orden, colige, se satisfacen los requisitos de elegibilidad de los artículos 10 y 11 de la Ley 975 de 2005 tanto individual como colectiva por cuanto los postulados suministraron información abundante para construir la verdad, entregaron bienes, no ostentan sentencias condenatorias que verifiquen la continuidad en actividades delictivas y el narcotráfico no constituyó la finalidad de su accionar.

Reconoce como política del Bloque Cacique Nutibara la desaparición forzada de sus contradictores; sin embargo, aduce, la exclusión no puede cimentarse en el caso de “*la escombrera*” porque los postulados en este proceso no tuvieron injerencia en ese asunto. Por el contrario, suministraron información que permitió hallar los cuerpos de varios desaparecidos.

Resalta que la verdad exigida en la Ley de Justicia y Paz es la construida en las audiencias con intervención de víctimas y victimarios, tal como lo ha señalado la jurisprudencia nacional. Por ello, el contexto construido por el Tribunal corresponde a una visión sesgada que no tuvo en cuenta la confesión de los postulados a quienes ni

siquiera interrogó sobre los aspectos que no encontraba claros.

Observa que el Tribunal no consideró que el Bloque Cacique Nutibara operó entre 1998 y 2003 y las versiones se rindieron a partir del año 2006; tampoco valoró que los desmovilizados habían convertido la comisión de delitos en su modo de vida sin importar un móvil particular, de forma que bastaba la orden del comandante para ejecutar sus crímenes, circunstancia que explica por qué en algunos casos no sabían el nombre de las víctimas ni tenían claro los motivos de la ejecución.

No se tuvo en cuenta que los postulados operaron en grados de bajo rango, aún *ALEXANDER ERAZO GUZMÁN* y *JUAN MAURICIO OSPINA BOLÍVAR* que comandaron un territorio limitado y por ello resulta desproporcionado exigirles que especifiquen todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon cada uno de los hechos confesados.

Cuestiona que si el fenómeno de violencia padecido en Medellín sólo obedeció al accionar de bandas o combos, el Tribunal haya reconocido a las víctimas del Bloque Cacique Nutibara.

En suma, afirma que la exclusión del Bloque Cacique Nutibara comporta la de los Bloques Metro y Héroes de Granada porque el primero fue exterminado por aquél y el segundo descende de dicha estructura delictiva.

Finalmente pregunta si el auto impugnado contiene una decisión jurídica o política.

2. María Clara Valderrama¹⁴ considera que aunque los precedentes jurisprudenciales señalan a las víctimas como las protagonistas del proceso de Justicia y Paz, la decisión impugnada las aleja de obtener indemnización del daño padecido por cuanto reduce el conflicto al accionar propio de la delincuencia común, situación que obvia cómo para identificar las afectaciones sufridas resulta necesario legalizar los cargos atribuidos a los desmovilizados.

Propone ponderar la exclusión frente a los derechos de las víctimas atendiendo el contenido del artículo 27 de la Ley 906 de 2004 por cuando el proceso se desarrolló legalmente y aunque a los afectados les gustaría el cumplimiento de penas altas, la Ley 975 de 2005 consagra una política criminal de carácter restaurativo orientada a la solución pacífica del conflicto por medio del perdón entre víctimas, victimarios y comunidad. En ese orden, la exclusión no dignifica a las víctimas por cuanto les impide obtener reparación integral al daño sufrido.

Considera que el análisis probatorio debe hacerse en contexto de justicia transicional y no de forma rígida como si se trata del sistema inquisitivo contenido en la Ley 600 de 2000, máxime cuando los postulados cometieron sus

¹⁴ Representante de víctimas.

crímenes cumpliendo órdenes y con su confesión las víctimas conocieron a los autores de los mismos.

Además, la exclusión comporta que las víctimas no acreditadas¹⁵ no puedan acceder a la reparación administrativa bajo el argumento de que el Bloque Cacique Nutibara no existió en tanto sus integrantes eran delincuencia común. Por ello, pide revocar el numeral primero de la decisión impugnada y, en su lugar, impartir legalidad a los cargos¹⁶.

3. Alma Patricia Rincón Ramírez¹⁷ pide revocar el numeral 1 y adicionar el 14 del auto impugnado para incluir como víctimas a *María Alicia Mesa y Sandra Milena Villa Mesa*. Destaca cómo en Colombia se han acumulado dolores y ánimos de retaliación por más de 50 años, motivo por el cual la reconciliación constituye una aspiración válida.

Excluir a los postulados constituye un retroceso al anhelado proceso de paz porque si bien existen falencias en el trámite transicional, no todas son atribuibles a los postulados porque éstos se desmovilizaron creyendo en el proceso de reintegración e, incluso, renunciaron a la presunción de inocencia, al derecho de no

¹⁵ Refiere la existencia de un número aproximado de 9.000 víctimas.

¹⁶ Subsidiariamente pide adicionar el numeral 14 para incluir algunas víctimas omitidas por el Tribunal *a quo*.

¹⁷ Representante de víctimas.

autoincriminación y con fundamento en sus confesiones se han conocido delitos olvidados por el aparato judicial.

Encuentra satisfechas las finalidades de la Ley de Justicia y Paz, unas más que otras, porque a las víctimas se les ha otorgado un lugar preponderante de forma que pueden acudir a las audiencias y preguntar sobre cosas que tenían guardadas en su corazón, ver a los victimarios y escucharlos pedir perdón, situación que les ayuda a elaborar su duelo. Por ello, no entiende la exclusión de hombres que ayudaron en la reconstrucción del tejido social.

Prescindir de los postulados, añade, no mejorará el proceso de paz; por el contrario, otros desmovilizados y grupos no querrán colaborar, preferirán guardar silencio y esperar que la justicia ordinaria eventualmente los condene, quedando las víctimas con la sensación de que el Estado nuevamente falló.

Se aparta de la orden del Tribunal de remitir a las víctimas a la reparación administrativa porque han estado por años en un proceso judicial a la espera del reconocimiento de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral.

4. Luis Fernando Barrera Restrepo¹⁸ refiere cómo las víctimas han superado diversas etapas con el objetivo de obtener la reparación integral de los daños sufridos. En consecuencia, debe aplicarse el principio pro víctima desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a efectos de garantizar que obtengan verdad, justicia y reparación dentro de la actuación judicial.

Señala que el auto impugnado desconoció dichos postulados al impedir que las víctimas se pronunciaran sobre las afectaciones sufridas y las medidas de reparación requeridas, pues el reconocimiento como afectadas no es suficiente para que la Unidad Especial para la Reparación de Víctimas las indemnice.

Además, la verdad se construye con la información de los postulados, la investigación de la Fiscalía y el aporte de los afectados por tratarse de un derecho colectivo. Con todo, la decisión confutada omitió considerar la opinión de las víctimas, quienes no fueron escuchadas, situación que comporta afectación del debido proceso.

5. Álvaro Londoño Gutiérrez¹⁹ señala que la exclusión de los postulados impide a los afectados obtener el reconocimiento de sus derechos porque no podrán demostrar los daños, circunstancia que genera desazón en ellas y facilita que la Unidad Administrativa Especial para la

¹⁸ Apoderado de víctimas.

¹⁹ Apoderado de víctimas.

Reparación de Víctimas niegue las indemnizaciones por no saber qué *items* debe reparar. Destaca que la justicia transicional no busca investigar todos los delitos sino acercarse a la realidad, por manera que no puede exigirse un conocimiento más allá de toda duda razonable como lo pretende el Tribunal.

6. Gilberto Antonio Daza Serna²⁰ afirma que el artículo 11 A de la Ley 1592 de 2012 estableció seis causales para excluir a los postulados y ninguna de ellas se configura en el presente caso, circunstancia que evidencia la improcedencia de la decisión del *a quo*.

Observa desacertada la exclusión de los postulados por la supuesta continuidad de la actividad delictiva del Bloque Cacique Nutibara en tanto la responsabilidad es personal y los vinculados a este proceso no han incumplido sus obligaciones. En ese orden, afirma, el Tribunal excedió sus facultades, pues sólo el fiscal puede impetrar esa determinación.

7. Ramiro Alberto Toro Jaramillo²¹ solicita revocar el auto impugnado por cuanto la exclusión de los siete postulados es nociva para los intereses de las víctimas, quienes han esperado mucho tiempo para llegar al incidente de identificación de afectaciones sin que se

²⁰ Representante de víctimas.

²¹ Representante de víctimas. También solicita incluir como víctimas a Ana Lucía Uribe, Andrés Felipe, Jhon Edy y Edwin Aloriso Arias Uribe; Sandra Marcela y Carolina Garzón Hernández.

permitiera siquiera su participación activa en la actuación, situación que contraviene los precedentes jurisprudenciales²².

Así mismo, resulta inviable remitir los expedientes a la Unidad Administrativa para la Reparación de la Víctimas porque el artículo 23 de Ley 975 de 2005 prevé la indemnización una vez legalizados los cargos.

8. Luis Fernando Agudelo Gómez²³ aduce que con la exclusión las víctimas perdieron la posibilidad de obtener cualquier clase de reparación, judicial o administrativa, dada la excesiva rigurosidad expuesta por el Tribunal. Por ello, pide legalizar los cargos formulados por la Fiscalía.

9. El Ministerio Público solicita decretar la nulidad de la actuación por cuanto la Sala de conocimiento no podía excluir de manera oficiosa a los postulados en tanto la Ley 1592 de 2012, normatividad aplicable a los procesos en curso²⁴, confiere a la Fiscalía la facultad de solicitar esa medida.

Y si bien la jurisprudencia ha establecido que la magistratura debe verificar el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad, ello no equivale a la exclusión oficiosa, máxime cuando la actuación procesal debe fincarse

²² Se refiere a los pronunciamientos C-370 de la Corte Constitucional y 30955 de 2009 de la Corte Suprema de Justicia.

²³ Apoderado de víctimas.

²⁴ Cita el radicado No. 41035 del 29 de mayo de 2013.

en la actividad del fiscal²⁵. Por ello, afirma, se impone la nulidad de la actuación por violación del debido proceso por falta de competencia del Tribunal para adoptar esa determinación.

Destaca que la audiencia de formulación de cargos constituye la columna vertebral del proceso porque en ella se apoya la sentencia, siendo fundamental ejercer control sobre los mismos; sin embargo, la providencia impugnada, aunque mencionó los delitos confesados, no especificó los cargos atribuidos a cada postulado ni realizó frente a ellos el respectivo examen.

El artículo 457 de la Ley 906 de 2004 prevé como causal de nulidad la afectación de las formas propias del juicio y en el evento examinado el Tribunal modificó sustancialmente la estructura del procedimiento al mutar la naturaleza jurídica de la audiencia de legalización de cargos por una de exclusión, la cual, conforme con la Ley 1592 de 2012, solo procede a instancias del fiscal del caso. De esta manera, soslayó el principio basilar acorde con el cual las actuaciones deben cumplir los ritos procesales previstos en la ley, postulado que obliga tanto a los jueces como a las partes.

De igual forma, considera vulnerado el derecho de defensa por cuanto no se otorgó la oportunidad a las partes e intervinientes de controvertir la exclusión toda vez que la

²⁵ Menciona precedentes 39269 y 41507.

judicatura se abrogó una facultad propia de la Fiscalía con lo cual impidió que se debatiera sobre esa figura jurídica y sus causales.

La decisión también desconoce el contenido del artículo 23 de la Ley 1592 de 2012 porque aunque reconoce a las víctimas, les niega la oportunidad de exponer su dolor e identificar sus afectaciones; así mismo, impide al Ministerio Público pronunciarse sobre el daño colectivo, circunstancias que configuran clara violación del debido proceso por vulneración de derechos fundamentales.

Lo anterior con mayor razón cuando no resulta viable el “salto jurídico” dispuesto por el *a quo* al remitir a las víctimas a la Unidad Administrativa Especial para la Reparación a efectos de recibir un monto dinerario sin que previamente se hayan definido las afectaciones en el respectivo incidente, pues no se puede indemnizar a quien no ha expuesto el daño sufrido en el escenario jurídico previsto para ello.

Insiste en el decreto de la nulidad por cuanto están presentes las exigencias de taxatividad, última *ratio* y trascendencia por afectación del debido proceso y el derecho de defensa en tanto el Tribunal, i) excluyó a los postulados mediante un procedimiento irregular que les impide acceder a la pena alternativa; ii) las víctimas pierden la oportunidad de ser escuchadas y de identificar sus afectaciones; iii) el Ministerio Público queda sin posibilidad

de presentar los daños colectivos derivados del accionar del Bloque Cacique Nutibara y, iv) se fractura el ordenamiento jurídico porque la magistratura suplanta a la Fiscalía en la titularidad de la pretensión de exclusión de los postulados.

10. La defensa pide revocar el auto impugnado por cuanto la desmovilización de las estructuras delictivas a cargo de *Diego Fernando Murillo*, alias "*Don Berna*", se concretó de manera gradual al amparo de los acuerdos con el Gobierno Nacional.

Así mismo, porque el decreto probatorio y la exclusión de los postulados, dispuestos de manera oficiosa por el Tribunal, sólo proceden a instancias de la Fiscalía²⁶, por manera que la Colegiatura asumió un rol de parte con evidente desbordamiento de su competencia.

Considera completa y veraz la confesión de los postulados porque develaron los hechos punibles en que participaron y otros de los cuales tenían conocimiento. Los procesados en su mayoría eran integrantes rasos de la estructura delincencial y no conocían el móvil de los crímenes motivo por el cual no puede pretenderse que digan cosas que no conocen, máxime cuando se trata de hechos acaecidos hace más de 10 años de los cuales resulta difícil recordar detalles como número de partícipes y de disparos. Incluso, añade, lo que interesa a las víctimas es saber quién y cómo se cometió el homicidio de su familiar.

²⁶ Cita el precedente 33494.

Además, la Ley 782 de 2002, bajo cuyo amparo se desmovilizó el Bloque Cacique Nutibara, no consagra iguales requisitos que la Ley 975 de 2005, razón por la cual en ese momento no era exigible a los postulados las obligaciones de la normatividad transicional. Con todo, afirma, *Diego Fernando Murillo* sí cumplió el compromiso de desmovilizar en forma gradual sus estructuras delictivas compuestas por los Bloques Metro, Cacique Nutibara, Héroes de Tolová y Héroes de Granada, cada uno con integrantes y zonas de dominio diversas.

La desmovilización de personas enfermas no puede ser cuestionada si se atiende que muchas heridas obedecen a lesiones causadas en la guerra. En igual sentido, el supuesto reclutamiento de individuos que antecedió la dejación de armas se explica en que algunos integrantes no cumplían funciones militares sino como líderes en la comunidad y por ello no portaban armas.

Recuerda que los menores partícipes del conflicto, por mandato legal, fueron entregados al Instituto de Bienestar Familiar por tratarse de víctimas del conflicto y por ello no figuran en los registros de desmovilización. Observa infundada la tesis de la injerencia en los derechos políticos de los ciudadanos por la inexistencia de sentencias condenatorias sobre constreñimiento para votar, con mayor razón cuando los postulados se encontraban privados de la

libertad en la época en que según el Tribunal se concretó la presión electoral.

De otra parte, afirma, la continuidad de actividades delictivas por parte del Bloque Cacique Nutibara, fundada por el Tribunal en el accionar de *Severo Antonio López*, alias “*Job*”, carece de asidero probatorio porque dicho ciudadano falleció sin que se dictara sentencia. En igual sentido *Jhon William López*, alias “*memin*”, tampoco ha sido condenado.

Considera que por tratarse de una formulación parcial de cargos no puede afirmarse que los postulados faltaron a la verdad en tanto continúan rindiendo versiones y otros desmovilizados de este bloque, en actuaciones diferentes, han confesado delitos echados de menos en el auto impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De conformidad con lo establecido en el párrafo 1 del artículo 26 de la Ley 975 de 2005²⁷, en concordancia con el artículo 68 *ibidem* y con el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, esta Colegiatura es competente para desatar los recursos de apelación interpuestos contra la providencia proferida por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín, por cuyo medio excluyó de manera oficiosa del trámite transicional a los postulados *EDILBERTO DE JESÚS CAÑAS CHAVARRIAGA*, *NÉSTOR EDUARDO*

²⁷ Modificado por el canon 27 de la Ley 1592 de 2012.

CARDONA CARDONA, JUAN FERNANDO CHICA ATEHORTÚA, EDGAR ALEXÁNDER ERAZO GUZMÁN, MAURO ALEXÁNDER MEJÍA OCAMPO, JUAN MAURICIO OSPINA BOLÍVAR y WANDER LEY VIASUS TORRES.

En orden a definir las impugnaciones presentadas, la Sala abordará en forma prioritaria el estudio de la nulidad propuesta por los representantes de la Fiscalía y el Ministerio Público, pues en caso de prosperar tornaría nugatorio cualquier pronunciamiento sobre los demás motivos de inconformidad. Si es del caso, posteriormente se ocupará de los otros planteamientos de disenso.

Nulidad propuesta

La Sala de Justicia y Paz excedió su competencia al excluir oficiosamente a los postulados.

La Fiscalía y el Ministerio Público propugnan por la nulidad de la decisión apelada porque en su sentir vulnera el debido proceso propio de las actuaciones de justicia transicional por cuanto el Tribunal *a quo* excedió sus funciones al excluir *motu proprio* a los postulados.

Así mismo, la Fiscalía pregona la afectación del rito procesal por el decreto oficioso de pruebas a partir de las cuales la Colegiatura de primera instancia construyó un contexto del accionar de Bloque Cacique Nutibara diferente al presentado por el ente acusador.

Pues bien, la Corte en diversas oportunidades²⁸ ha señalado cómo el procedimiento a través del cual la Ley de Justicia y Paz busca facilitar los procesos de reincorporación individual y colectiva a la vida civil de los miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, ostenta una naturaleza especial y diversa que difiere de la de los estatutos procesales actualmente vigentes.

En ese contexto, los operadores jurídicos del sistema previsto en la Ley 975 de 2005 deben tener presente que los principios y reglas allí consagrados constituyen el marco legal dentro del cual deben desarrollar su actividad procesal, pues las normas sustanciales y de forma establecidas en otros estatutos sólo operan subsidiariamente o, como lo establece el artículo 62 *ibídem*, de manera complementaria para regular aspectos oscuros o confusos no dispuestos en esa normatividad.

Entonces, la actuación transicional ostenta características propias que deben ser atendidas por todos los intervinientes sin que resulte viable acudir a estatutos complementarios cuando las preceptivas de Justicia y Paz consagran pautas y procedimientos a seguir.

²⁸ Ver, entre otros, proveídos del 12 febrero de 2009, Rad. No. 30998, 31 de agosto de 2011, Rad. No. 36125.

La condición *sui generis* del proceso de Justicia y Paz se origina en que la actuación inicia a instancias del desmovilizado cuando libre y voluntariamente solicita su postulación al trámite. Una vez verificadas por el Gobierno Nacional las exigencias legales, comienza la etapa judicial, la cual se funda en la confesión de sus crímenes por parte de los postulados, situación que necesariamente conlleva la emisión de sentencia de carácter condenatorio.

Lo anterior significa que los operadores jurídicos y las partes deben atender las características propias del sistema procesal transicional, dentro de las que se encuentra la oralidad, acorde con la cual las decisiones se adoptan en audiencia (art. 13 Ley 975 de 2005, modificado Ley 1592 de 2012), la separación de las labores de investigación y juzgamiento (art. 16 y ss *ibidem*) y la diferenciación en la magistratura de las funciones de control de garantías y de conocimiento (art. 13 *ibidem*).

La separación de la función investigativa de la de juzgamiento en justicia transicional armoniza con el mandato constitucional del artículo 250²⁹ Superior que atribuye a la Fiscalía General de la Nación la obligación de adelantar “*el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito*”, de forma que es la llamada a procurar el esclarecimiento de la verdad (art. 15 Ley 975 de 2005, modificado por art. 10 Ley 1592 de 2012), previa aplicación de

²⁹ Modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 3 de 2002.

criterios de priorización, para lo cual deberá establecer el patrón de macro criminalidad en el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley a fin de develar sus contextos y causas.

En ese orden, no le compete a la magistratura ejercer funciones netamente instructivas como ocurrió en el evento bajo examen donde se invadió el campo de acción de la Fiscalía y la Sala de Conocimiento se convirtió en instructor adicional, en tanto i) acumuló *motu proprio* diversos procesos y ii) excluyó oficiosamente a los postulados.

Adicionalmente, el Magistrado Ponente en el Tribunal, en autos proferidos fuera de audiencia, rubricados exclusivamente por él, decretó numerosas pruebas de oficio³⁰ para lo cual invocó facultades conferidas en la Ley 600 de 2000 y en el Decreto 2700 de 1991, normativa esta derogada y sin ninguna vigencia desde el 24 de julio de 2001. Incluso, decretó inspección judicial sobre las quejas de víctimas del punible de desplazamiento, instauradas en la Procuraduría Regional de Antioquia, diligencia que concretó sin que los compañeros de Sala suscribieran esa decisión y sin que las partes conocieran con anticipación su realización³¹.

Ese proceder no se ajusta a la estructura propia de la Ley de Justicia y Paz, pues si bien la jurisprudencia de la

³⁰ Cfr. Folio 110 del cuaderno No. 1 de la audiencia de legalización de cargos. Auto del 12 de diciembre de 2011.

³¹ Cfr. Folios 193 y 295 del cuaderno No. 2 de la audiencia de legalización de cargos. La diligencia se practicó el 10 de octubre de 2012.

Sala ha establecido la posibilidad de que la magistratura decrete pruebas de oficio³² en aras de garantizar la construcción de la verdad, tal facultad se entiende orientada a complementar la información suministrada, aclarar temas controversiales o precisar aspectos específicos, pero no como la prerrogativa de realizar una nueva instrucción a partir de la cual construir un contexto contrario al planteado por la Fiscalía General de la Nación o para adoptar decisiones oficiosas que no han sido demandadas por las partes e intervinientes.

El proceder del magistrado sustanciador de acumular *motu proprio* procesos de diversos postulados y decretar pruebas de oficio por fuera de la audiencia pública en autos rubricados exclusivamente por él, contraviene el mandato contenido en el canon 13 de la Ley 975 de 2005, modificado por la Ley 1592 de 2012, dado el claro mandato de emitir las decisiones en el curso de la vista pública.

Así mismo, resulta irregular que esas decisiones fueran decretadas exclusivamente por el magistrado ponente, dada la naturaleza interlocutoria que impone su adopción por la Sala, sin que sea posible su convalidación con la posterior firma de los otros miembros de la Colegiatura porque no tomaron parte en la discusión y aprobación de la cuestionada determinación, pues si así hubiese sido habrían suscrito el auto respectivo.

³² Cfr. Providencia del 12 de mayo de 2009, Rad. No. 31150.

Ahora, si en desarrollo de la formulación y aceptación de cargos se concluyera, luego de debatirse el tema en la audiencia, que el contexto presentado por el fiscal del caso se aparta de la realidad, lo procedente es concordarlo y ajustarlo con las pruebas decretadas y practicadas en esa vista pública a instancias de las partes, intervinientes y complementariamente con la ordenadas de oficio, pues recuérdese que todos los intervinientes en el trámite transicional están habilitados para intervenir en la construcción de la verdad.

En efecto, el establecimiento de lo acontecido inicia con la confesión del postulado, prosigue con la necesaria actividad de verificación e investigación de la Fiscalía y continúa en la audiencia de legalización de cargos donde las víctimas e, incluso la magistratura, pueden complementar y/o cuestionar el contexto presentado, evento en el cual surgirá la necesidad del decreto probatorio a efectos de construir entre todos la verdad que se incluirá en la sentencia, la cual debe tener presente los aspectos decantados por la Sala:

En este evento, debe hacerse una interpretación flexible sobre el concepto de verdad, a partir de lo aportado por el desmovilizado en su versión libre, dado que, como lo sostuvo la Corte Constitucional en la citada Sentencia C-370 de 2006 (apartado 6.2.2.1.7.20), no puede perderse de vista que la Ley 975 está diseñada para ser aplicada a personas que han cometido múltiples y graves delitos, en desarrollo de los cuales apelaron a toda clase de maniobras para esconder su real dimensión y las

pruebas de los mismos, lo cual necesariamente dificulta la labor investigativa.

Por esta razón, señaló dicha Corporación en esa oportunidad, que “se debe confiar en la voluntad de buena fe de quines deciden entrar a la legalidad”.

También la Sala, en el auto antes citado, reconoció que la complejidad de la reconstrucción de los hechos por virtud de la degradación del conflicto y la barbarie de los métodos utilizados en la ejecución de las conductas (descuartizamiento, fosas comunes), sumado a las dificultades de huella histórica de muchos hechos, por deficiencias en el registro civil (nacimientos, defunciones), en los registros notariales y mercantiles, por los permanentes movimientos de las comunidades desplazadas, entre otras y tantas dificultades, obliga a exámenes de contexto y a la flexibilización de los umbrales probatorios, no solo respecto de la comprobación del relato del postulado, sino, sobre todo, del daño causado, el que deberá acreditarse con medios propios de la justicia transicional.

En este orden de ideas, resulta desproporcionado, como aquí se pretende, que se exija del desmovilizado, quien ha relatado genéricamente unos hechos ocurridos hace varios años y confesado la comisión de múltiples conductas punibles, que especifique todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la ejecución de cada una de ellas. (CSJ AP 21 septiembre 2009, Rad. No. 32022).

En otras palabras, la audiencia concentrada de formulación de cargos (art. 21 de la Ley 1591 de 2012, modificatorio del 19 de la Ley 975 de 2005), constituye el escenario para confrontar y ajustar el contexto de la actividad del grupo armado al margen de la ley, sus causas y motivos, construido a partir de la confesión de los

postulados y de los actos de investigación realizados por la Fiscalía General de la Nación.

En ese escenario, la magistratura debe velar porque la verdad consignada en la sentencia se ajuste a las causas, motivos, consecuencias y tipología de la especie de violencia perpetrada por el grupo armado al margen de la ley examinado en cada caso en particular; sin embargo, ello no implica que esté facultada para asumir funciones netamente investigativas no conferidas por la ley, pues tal proceder no se aviene a la estructura transicional, caracterizada por la separación de la instrucción y el juzgamiento. Por ende, la facultad oficiosa debe utilizarse con el objeto de complementar la información suministrada y/o para garantizar los derechos de las partes e intervinientes en la actuación, en particular los de las víctimas.

En punto de las acumulaciones oficiosas la Sala ha señalado cómo son improcedentes por contrariar la arquitectura procesal transicional:

2. El primer asunto objeto de controversia es el que se centra en dilucidar si la decisión mediante la cual se ordena la acumulación de procesos, corresponde a una decisión que puede adoptarse por escrito, como lo dispuso inicialmente y lo ratificó el Tribunal Superior de Medellín en la decisión que es objeto de revisión; o si por el contrario la decisión debió ser adoptada en el marco de una audiencia de manera oral, como lo reclamó la Procuradora.

La respuesta supone destacar que si bien el procedimiento previsto en la Ley 975 de 2005, no corresponde a un proceso adversarial o de partes, como se ha sostenido en diversas oportunidades, su desarrollo sí responde al de una actuación regida por el principio de oralidad, como claramente se desprende de lo dispuesto en los artículos 12, 13 y 26, entre otros, de la citada ley. Esto supone que todas las decisiones deban ser adoptadas en el curso de una audiencia oral y pública, con la concurrencia de todos los interesados.

Consecuente con lo anterior, se impone concluir que la aludida decisión, mediante la cual se ordena la acumulación, debe tomarse en el marco de una audiencia. Razón le asiste en tal sentido a la Procuradora apelante, cuando reclama que la decisión de acumulación debió adoptarse en audiencia con citación de todas las partes, porque allí se garantiza de mejor forma, los derechos fundamentales de los sujetos procesales.

Adoptar la decisión como lo hizo el Tribunal, sin la previa convocatoria a audiencia pública, socava el debido proceso, en tanto se contravienen las formas propias del juicio que es la garantía preestablecida de las reglas de juego sobre la manera como se desarrollará la actuación. Para el caso, se desconoció el principio de oralidad.

Es igualmente irregular el hecho de que la acumulación procesal la hubiese decretado solo el magistrado sustanciador, no obstante que se trata de una decisión interlocutoria que debe ser adoptada por la respectiva Sala, con lo cual se desconocen las formas propias del juicio, sin que sea posible su convalidación con la posterior firma de los otros miembros del cuerpo colegiado, como lo ordena el tribunal, toda vez que en su momento éstos no tomaron parte en la discusión y aprobación de la cuestionada determinación.

Adicionalmente, la no adopción de la decisión en audiencia, socava los derechos de las partes intervinientes y principalmente de las víctimas, quienes debieron ser citadas a efecto de que se

pronunciasen sobre la acumulación ordenada (CSJ AP 18 abril 2012, Rad. No. 38526) (subrayas fuera de texto).

Entonces, no resulta acorde con el esquema diseñado en el ordenamiento transicional que las Salas de Conocimiento asuman funciones propias del ente investigador como construir contextos, priorizar investigaciones, acumular trámites, excluir postulados y terminar el proceso de Justicia y Paz sin previa solicitud del fiscal del caso, entre otras, pues estas funciones están deferidas en la normativa transicional a la Fiscalía General de la Nación.

La Ley 975 de 2005 inicialmente no consideraba ni regulaba la posibilidad de solicitar la exclusión de los postulados del proceso de Justicia y Paz, razón por la cual la jurisprudencia de la Sala trazó las pautas para proceder cuando se presentaba un evento que ameritaba finiquitar el proceso transicional e, incluso, distinguió entre archivo de las diligencias, preclusión, desistimiento tácito y expreso y exclusión propiamente dicha (CSJ AP del 23 de agosto de 201, Rad. No. 34423; 11 de marzo 2009, Rad No. 31162).

Dicha situación varió con la expedición de la Ley 1592 de 2012 que modificó y adicionó la Ley 975 de 2005, pues introdujo el artículo 11 A por cuyo medio se reguló el instituto de la exclusión, atribuyendo competencias específicas para su trámite, así:

“Artículo 11A. Causales de terminación del Proceso de Justicia y Paz y exclusión de la lista de postulados. Los desmovilizados de grupos armados organizados al margen de la ley que hayan sido postulados por el Gobierno nacional para acceder a los beneficios previstos en la presente ley serán excluidos de la lista de postulados previa decisión motivada, proferida en audiencia pública por la correspondiente Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial, en cualquiera de los siguientes casos, sin perjuicio de las demás que determine la autoridad judicial competente:

1. Cuando el postulado sea renuente a comparecer al proceso o incumpla los compromisos propios de la presente ley.
2. Cuando se verifique que el postulado ha incumplido alguno de los requisitos de elegibilidad establecidos en la presente ley.
3. Cuando se verifique que el postulado no haya entregado, ofrecido o denunciado bienes adquiridos por él o por el grupo armado organizado al margen de la ley durante y con ocasión de su pertenencia al mismo, de forma directa o por interpuesta persona.
4. Cuando ninguno de los hechos confesados por el postulado haya sido cometido durante y con ocasión de su pertenencia a un grupo armado organizado al margen de la ley.
5. Cuando el postulado haya sido condenado por delitos dolosos cometidos con posterioridad a su desmovilización, o cuando habiendo sido postulado estando privado de la libertad, se compruebe que ha delinquido desde el centro de reclusión.
6. Cuando el postulado incumpla las condiciones impuestas en la audiencia de sustitución de la medida de aseguramiento de que trata el artículo 18A de la presente ley.

La solicitud de audiencia de terminación procede en cualquier etapa del proceso y debe ser presentada por el fiscal del caso. En una misma audiencia podrá decidirse sobre la terminación del proceso de varios postulados, según lo considere pertinente el fiscal del caso y así lo manifieste en su solicitud.

Una vez en firme la decisión de terminación del proceso penal especial de Justicia y Paz, la Sala de Conocimiento ordenará compulsar copias de lo actuado a la autoridad judicial competente para que esta adelante las respectivas investigaciones, de acuerdo con las leyes vigentes al momento de la comisión de los hechos atribuibles al postulado, o adopte las decisiones a que haya lugar.(...) (Subrayas propias).

En ese orden, la potestad de solicitar la exclusión quedó taxativamente atribuida a la Fiscalía General de la Nación y la decisión de la misma se le asignó a la Sala de Conocimiento de los Tribunales de Justicia y Paz, razón por la cual éstos operadores jurídicos no pueden expulsar oficiosamente a los postulados, pues siempre deberá mediar petición del ente acusador. Proceder de forma contraria, como lo hizo el Tribunal *a quo*, comporta afectar de manera trascendente la estructura procesal diseñada por el legislador en punto del trámite transicional.

La decisión de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal de Medellín se profirió el 4 de septiembre de 2013, esto es, en vigencia de la Ley 1592 de 2012, por manera que resultaba imperativo dar aplicación a ese precepto.

Lo anterior con mayor razón cuando la Corte, antes de proferirse la determinación examinada, había requerido a esa Colegiatura para que adecuara los trámites en curso a los lineamientos establecidos en la nueva normatividad procesal en vista del expreso mandato contenido en el canon 41 *ibídem*, por cuyo medio se precisó que ese

compendio procesal empezaba a regir desde su promulgación, la cual acaeció el 3 de diciembre de 2012³³.

1. Frente al trámite procesal surtido en este caso, esta Colegiatura estima necesario requerir a la Corporación de primera instancia para que lo continúe en los precisos términos y de conformidad con los mandatos contenidos en la Ley 1592 de 2012, modificatoria de la 975 de 2005.

(...)

2. La aplicación de la Ley 1592 de 2012 a esta actuación, la cual se encuentra en la celebración de la audiencia de control de legalidad de la aceptación de cargos (artículos 18, inciso 3°, y 19 originales de la Ley 975 de 2005) no ofrece dudas, pues así lo dispuso el legislador, de suerte que el trámite previsto en la nueva ley habrá de aplicarse a este proceso desde la actuación descrita en el artículo 19, inciso 2°, de la norma modificatoria.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la implementación de la mencionada Ley 1592 de 2012 a las actuaciones que, como esta, actualmente están en trámite, es necesario decir que la misma, en su artículo 41, estableció que regiría a partir de la fecha de su promulgación (Diario Oficial N° 48633 de fecha 3 de diciembre de 2012) “y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en particular los artículos 7°, 8°, 42, 43, 45, 47, 48, 49, 55 y 69 de la Ley 975 de 2005”.

En similar sentido, el artículo 36, sobre vigencia, derogatoria y aplicación temporal de la Ley 1592, dispone lo siguiente:

“La presente ley deroga todas las disposiciones que le sean contrarias y rige a partir de su promulgación. Para el caso de desmovilizados colectivos en el marco de acuerdos de paz con el Gobierno nacional, la presente ley se aplicará únicamente a hechos ocurridos con anterioridad a la fecha de su desmovilización”.

³³ Diario Oficial N° 48633 de fecha 3 de diciembre de 2012.

“En relación con los desmovilizados individuales, es decir, aquellos cuyo acto de desmovilización sea certificado por el Comité Operativo para la Dejación de las Armas (CODA), el procedimiento y los beneficios consagrados en esta ley se aplicarán únicamente a hechos ocurridos con anterioridad a su desmovilización y en todo caso con anterioridad al 31 de diciembre de 2012”.

Por otra parte, su artículo 40 reitera la aplicación inmediata a los casos en trámite, pues estipula que el incidente de reparación integral (artículo 23 original de la Ley 975 de 2005) ya iniciado habrá de continuar su desarrollo en los términos de la modificación que le introduce el artículo 23 de la ley modificatoria. Así dice la norma en comentario: “Los incidentes de reparación integral del proceso penal especial de justicia y paz que hubiesen sido abiertos con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley, continuarán su desarrollo conforme al procedimiento, alcance y objetivos de lo dispuesto en el incidente de identificación de las afectaciones causadas que contempla el artículo 23 de esta ley, el cual modifica el artículo 23 de la Ley 975 de 2005”.

Por lo tanto, insiste la Corte, es bajo los precisos lineamientos de la Ley 1592 de 2012, cuyos efectos rigen a partir del 3 de diciembre de 2012, y no bajo el esquema procesal originalmente dispuesto en la Ley 975 de 2005, que la presente actuación habrá de continuar su curso, pues no de otra manera se hará efectiva la intención del legislador de avanzar de manera eficaz en la obtención de los fines del proceso de Justicia y Paz. (CSJ AP 29 de mayo 2013, Rad. No. 41035).

En el anterior contexto resulta válida la crítica del Ministerio Público y la Fiscalía al señalar que el Tribunal de primera instancia vulneró la garantía fundamental del debido proceso al mutar la naturaleza jurídica de la

audiencia de legalización de cargos por una de exclusión de postulados sin que estuviese facultado para ello, dada la distinción introducida por la Ley 1592 de 2012 entre esas dos figuras jurídicas y las competencias allí establecidas para suscitar el trámite de cada una de ellas.

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 sociedad.

Excluir oficiosamente a los postulados sin adelantar debate previo al respecto, también vulnera las garantías de defensa y contradicción de las partes e intervinientes porque no se les brinda la oportunidad de pronunciarse sobre un tema que afecta profundamente sus pretensiones, como se manifestó en las impugnaciones propuestas.

Así, los postulados fueron excluidos del proceso de Justicia y Paz sin que previamente pudieran pronunciarse frente a las causales previstas en el artículo 11 A de la Ley 1592 de 2012 dentro de las cuales se incluye el

incumplimiento de los requisitos de elegibilidad, la renuencia a cumplir los compromisos adquiridos, la omisión de entregar o denunciar bienes del grupo armado al margen de la ley, la existencia de condena por delito doloso cometido con posterioridad a la desmovilización, tópicos argüidos por el Tribunal *a quo*.

Por tanto, se les expulsó del trámite transicional sin otorgárseles la oportunidad de defenderse y controvertir cada uno de los citados aspectos.

La exclusión también conculcó los derechos de las víctimas, individuales y colectivas, porque no contaron con la posibilidad de debatir y controvertir tan gravosa decisión para sus pretensiones de verdad, justicia y reparación ni pudieron expresar su visión de los hechos ni demostrar y tasar las afectaciones sufridas con los delitos confesados, quedando sin la posibilidad de obtener indemnización integral de los perjuicios padecidos³⁴.

Las irregularidades de carácter sustancial advertidas imponen a la Corte decretar la nulidad del proceso desde el auto del 4 de septiembre de 2013 a efectos de que el Tribunal *a quo* ajuste la actuación a los lineamientos de la

³⁴ Mediante sentencia C-286 del 20 de mayo de 2014 la Corte Constitucional declaró inexecutable los artículos 23, 24, 25, 33, 40 y 41 de la Ley 1592 de 2012, así como la expresión “y contra el fallo del incidente de identificación de las afectaciones causadas” del artículo 27 *ibidem*. Previamente, en fallo C-180 del 27 de marzo de 2014, la misma Corporación había declarado inexecutable algunos apartes de los artículos 23 y 24 del mismo plexo normativo. De esta manera, se excluyó del ordenamiento jurídico el incidente de identificación de afectaciones y se retornó a la indemnización integral prevista en la Ley 975 de 2005.

Ley 1592 de 2012 y se pronuncie sobre los cargos formulados por la Fiscalía a los postulados, no sólo sobre los delitos confesados.

Tal consecuencia surge necesaria por cuanto el derecho de defensa y el debido proceso constituyen pilares fundamentales de la actuación judicial, según lo establece el artículo 29 Superior, y su incumplimiento torna el proceso en irregular obligando al juez que advierta dichos defectos a declarar la nulidad en procura de restablecer los derechos conculcados, tal como lo ordena esta preceptiva al señalar: *“Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa y del debido proceso en aspectos sustanciales”*.

Finalmente, la Sala reitera el llamado de atención a la Colegiatura *a quo* para que procure llevar el proceso a su cargo dentro de los cauces de mesura, seriedad y respecto entre la judicatura y las partes e intervinientes a efectos de evitar confrontaciones innecesarias que, a la postre, dilatan la actuación y dificultan la función de administrar justicia. Además, para que respete los procedimientos de la Sala, conforme se definió en la sentencia de la Corte Constitucional C-836 de 2001.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE:

Declarar la nulidad de la decisión del 4 de septiembre de 2013 emitida por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín, conforme a los argumentos



expuestos. En consecuencia, el Tribunal *a quo* deberá ajustar su actuación a las pautas de la Ley 1592 de 2012 y a lo dispuesto en esta determinación.

2. Devolver la actuación al Tribunal de origen.

Contra esta decisión no procede el recurso alguno

Notifíquese y Cúmplase.



FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO



JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO



JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

COMISION DE SERVICIO
GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EXCUSA JUSTIFICADA
EYDER PATIÑO CABRERA


PATRICIA SALAZAR CUELLAR


LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO


NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria