

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

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
Magistrado ponente

SP14769-2014

Radicación N° 44509

(Aprobado acta N° 360)

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil catorce (2014).

I. V I S T O S

La Corte resuelve el recurso de **apelación** formulado por el defensor del postulado **Gustavo Morales León** contra la decisión del 26 de agosto del año en curso, por medio de la cual la Magistrada con función de control de garantías de la Sala de

Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá le negó la sustitución de la medida de aseguramiento que pesa en su contra.

II. ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

De la escasa actuación que ha llegado a la Corte, se infieren los siguientes:

1. El 30 de julio de 2005, en El Tablón (Nariño), **Gustavo Morales León** y otros 676 combatientes se desmovilizaron del Bloque Libertadores del Sur, frente Lorenzo Aldana, de las Autodefensas Unidas de Colombia. Fue capturado el 5 de abril de 2006 por razón de un proceso penal tramitado ante la justicia ordinaria y desde entonces hasta el día de hoy se encuentra privado de la libertad, en cumplimiento de la correspondiente condena.

A través de oficio número 22171 del 22 de agosto de 2007, el Ministerio del Interior y de Justicia remitió a la Fiscalía General de la Nación la lista de desmovilizados postulados pertenecientes al Bloque Libertadores del Sur, Frente Lorenzo Aldana, de las AUC, en la que aparece **Morales León**.

2. Las correspondientes versiones se iniciaron el 6 de mayo de 2008; el 12 de diciembre de 2011 el citado postulado fue imputado y afectado con medida de aseguramiento de detención preventiva por una Magistrada de control de garantías de Justicia y Paz de Bogotá por los siguientes delitos: concierto para delinquir agravado; homicidio en persona protegida en perjuicio de Víctor Andrés Grueso Caicedo; homicidio en persona protegida, tortura en persona protegida y desaparición forzada de Gladys Fajardo y detención ilegal y desaparición forzada de Wilson López Mera.

El escrito de acusación fue radicado el 18 de mayo de 2012 y la audiencia de su formulación tuvo lugar el 17 de octubre siguiente. En la actualidad, la actuación -tramitada conforme a la Ley 975 de 2005 original- se encuentra pendiente de legalización de cargos. Así mismo, el postulado se encuentra recluido en la cárcel de Itagüí, purgando una condena a 19 años y 6 meses impartida por el Juzgado 1º Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga.

3. El 5 de agosto del año en curso, **Gustavo Morales León** solicitó por escrito la celebración de audiencia de sustitución de medida de aseguramiento. Dicha solicitud fue negada por la Magistrada con función de control de garantías del Tribunal

Superior de Bogotá, en audiencia celebrada el 26 de agosto pasado.

Una vez negada la reposición en contra de dicha determinación, el defensor sustentó la apelación subsidiaria que hoy desata esta Colegiatura.

III. DECISIÓN RECURRIDA

La Magistrada con función de control de garantías negó la sustitución de la medida de aseguramiento con los siguientes argumentos:

1. **Morales León** no fue imputado en Justicia y Paz por delitos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado ilegal.

Precisó que aquel fue capturado por razón de una condena que pesaba en su contra proferida por el Juzgado 1º Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga, por el delito de concierto para delinquir, condena que ya fue cumplida en su totalidad, razón por la cual le fue ordenada la libertad. No obstante, **Morales León** siguió a disposición del mismo despacho por razón de otra

condena a 19 años y 6 meses de prisión, dictada el 10 de septiembre de 2010, por los delitos de homicidio, concierto para delinquir y lesiones personales, y es por cuenta de ella que hoy se encuentra privado de la libertad.

Pero, agrega, como la fiscalía no le imputó en Justicia y Paz los delitos por los que fue sentenciado por los jueces ordinarios no se sabe, entonces, si esas conductas fueron cometidas durante y con ocasión de su pertenencia a las autodefensas. Indica que la sustitución no procede frente a la medida de aseguramiento impartida por autoridades distintas a las de Justicia y Paz.

2. En cuanto al presupuesto de la participación en actividades de resocialización, dice que no existen certificados de buena conducta por los períodos comprendidos entre el 5 de abril y el 7 de octubre de 2006; 1° de enero a 7 de mayo y 8 de agosto a 30 de octubre de 2008; 25 de abril a 21 de agosto de 2009; 26 de febrero a 20 de mayo de 2010; 21 de noviembre de 2010 a 20 de marzo de 2011; 21 de octubre a 25 de noviembre de 2011; 1° al 6 de octubre de 2012 y 1° de enero a 20 de febrero de 2013. Dichos períodos deben tenerse en cuenta para verificar la calificación de la conducta del postulado.

3. Todos los demás presupuestos, aseguró la funcionaria, se

satisfacen.

Así, sostuvo que como **Morales León**, tras desmovilizarse colectivamente el 30 de julio de 2005, se encuentra privado de la libertad desde el 5 de abril de 2006 el presupuesto temporal se cumple.

Admitió que en dos ocasiones el postulado fue calificado con conducta regular en el establecimiento penitenciario, debido al hallazgo en su poder de dos teléfonos celulares, situación que le generó una sanción disciplinaria. Pero, asegura, esos hechos resultan ajenos al proceso de Justicia y Paz y, por tanto, son irrelevantes para impedir la concesión de la sustitución. Sostiene que frente a la pregunta formulada por su despacho sobre si la citada sanción disciplinaria le acarreó compulsas de copias por el posible uso indebido de los aparatos de comunicación el postulado respondió que *“eso no es así”*, afirmación que, según dijo la Magistrada, *“hay que darle el beneficio de creerle”*.

Por otra parte, el postulado ha estado disponible para confesar los hechos y asistir a las diligencias; no se tiene conocimiento que haya incurrido en conductas dolosas *“con posterioridad”*; argumentó que si bien es cierto que en algunos períodos **Morales León** no ha participado en actividades de trabajo y estudio, también lo es que ello encuentra justificación en las

razones explicadas por la fiscalía. Y respecto del tema de bienes y reparación a las víctimas, es preciso atender a lo explicado por su defensor, en el sentido de que su asistido “*carece de otros bienes, pero que su bloque sí ha tenido una importante contribución con las víctimas*”.

Por último, le responde a la defensa que no es del caso aplicar la excepción de inconstitucionalidad frente a la circular 0008 del 4 de agosto de 2014 dictada por el Fiscal General de la Nación, pues dicho documento fija las pautas en la gestión del ente acusador frente a la expectativa de libertad de algunos postulados y el cumplimiento de los requisitos ordenados en el Decreto 3011 de 2014.

Frente al recurso horizontal formulado por el defensor contra la negativa de la sustitución de la medida de aseguramiento, la Magistrada reforzó su postura, así:

La sustitución de la medida de aseguramiento encuentra su fundamento en el reconocimiento por el legislador de que no es posible emitir todas las sentencias de Justicia y Paz en 8 años; agrega que el hecho de que una sentencia ordinaria señale que una conducta fue cometida durante y por razón de la pertenencia del agente al grupo armado ilegal no es suficiente para determinar esa circunstancia. La fiscalía debe indagar al postulado por todos

los hechos; además, el desmovilizado incumple con el deber de verdad si los omite. Y aun cuando se trata de una sentencia, de todos modos a la fiscalía le corresponde verificar que el móvil del delito tuvo relación con el conflicto armado.

El ente investigador debe corroborar lo dicho por el postulado, así su relato esté declarado en una sentencia, pues el componente de verdad en Justicia y Paz es mucho más exigente. Esos hechos, además, deben confrontarse con lo que afirmen las víctimas y lo que conste en el proceso. El postulado deberá indicar por qué esa sentencia ordinaria debe avalarse en Justicia y Paz, y la fiscalía tiene el deber de imputarle esos hechos para satisfacer el componente de verdad.

En cuanto a los certificados de buena conducta que hacen falta, la Magistrada menciona que es verdad que existen dificultades para su obtención, pero, agrega, resultan necesarios para establecer el comportamiento bueno, regular o malo del imputado en esos períodos, y su conexión con los fines del proceso de Justicia y Paz. Pero si definitivamente no fue calificado, tal afirmación sería válida en una siguiente oportunidad. Reitera que la jurisprudencia ha precisado que la calificación de la conducta debe abarcar todo el tiempo de reclusión y no tiempos parciales, más aun cuando, como en este caso, el postulado ha sido intermitente en su comportamiento.

IV. ARGUMENTOS DEL RECORRENTE

El defensor solicita que se revoque la determinación adoptada y, en su lugar, se conceda el sustituto y la suspensión de las condenas ordinarias.

Sostiene que como la sentencia emitida por la justicia ordinaria está en firme no se puede, en consecuencia, imputar en Justicia y Paz los hechos allí fallados (esto es, la muerte de Edwin Bayona Manosalva y Gustavo Adolfo Lobo Salcedo), ni siquiera para efectos de configurar la verdad. Se apoya en el artículo 20 de la Ley 1592 para alegar que a la hora de decidir sobre la suspensión de las condenas proferidas en la justicia ordinaria, a la Magistrada de garantías le asiste la facultad de inferir razonablemente, a partir de su contenido, que los hechos de que tratan aquellas dos sentencias ordinarias contra **Morales León** fueron cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado ilegal. Agrega que ese vínculo se desprende claramente de los hechos reseñados en la sentencia.

En cuanto a las certificaciones de buena conducta que se echan de menos, señala que es el INPEC quien, de manera

autónoma, realiza los consejos de disciplina en la medida en que esté en disponibilidad de hacerlos, y la norma no regula con qué periodicidad aquellos consejos de disciplina deben realizarse; dice que sería una *prueba diabólica* exigir la constancia de los consejos de disciplina en periodos en que los mismos no se realizaron.

Agrega que las normas no se pueden aplicar de manera retroactiva; por tanto, si solamente en diciembre de 2012, esto es, a partir de la vigencia de la Ley 1592 de ese año, se estableció la obligación de certificar la conducta por todo el tiempo de reclusión, entonces no se puede hacer exigible el cumplimiento de esa obligación antes de dicha época. Además, la cartilla biográfica registra todas las novedades del interno y en ella aparecen las fechas en que se hicieron los consejos de disciplina. Así las cosas, no se le puede trasladar al procesado la carga que le corresponde cumplir al Estado.

Agrega que el Inpec podría certificar ahora las razones por las que en algunos lapsos no realizó consejo de disciplina al postulado, aduciendo que se atiene a lo que consta en la carpeta y en la cartilla biográfica; pero ello de nada serviría en este momento.

V. ALEGACIONES DE LOS NO RECURRENTE

La fiscalía coadyuvó los argumentos de la defensa.

Argumentó que el artículo 18A, numeral primero, de la Ley 1592 de 2012 no exige que para hacer la valoración sobre si la conducta fue realizada durante y con ocasión de la pertenencia del agente al grupo armado el hecho deba estar previamente imputado; se exige que se valore, a partir de los elementos presentados en la audiencia, esa circunstancia objetiva, sin que se requiera un pronunciamiento previo y definitivo de la Sala de conocimiento que la avale; si así fuera, los postulados no podrían hacerse acreedores a la sustitución, pues muy pocos de ellos cuentan con sentencia en Justicia y Paz. Además, asegura, del fallo ordinario se infiere con claridad que los hechos sentenciados fueron realizados durante y con ocasión de la pertenencia de su autor a las autodefensas.

Dijo tener conocimiento de que la elaboración de las calificaciones de conducta es de exclusivo resorte del establecimiento de detención, no del recluso, sin que la norma regule con qué periodicidad el establecimiento deba hacerlas. En todo caso, las certificaciones que fueron allegadas son suficientes para tener por cumplida la exigencia.

La representante del Ministerio Público alegó, en relación con las condenas existentes en la justicia ordinaria, que de ellas se extrae que en verdad versan sobre hechos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia del hoy postulado al grupo armado al margen de la ley; indicó, en cuanto a la competencia de la Magistrada para decidir el asunto, que lo único que se requiere es que el postulado se encuentre por cuenta de Justicia y Paz. Sobre los lapsos durante los cuales no existe calificación de conducta, menciona que el postulado ha debido solicitarla, y el INPEC debe estar en la capacidad de certificarla durante todo el tiempo de permanencia del recluso.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala es competente para resolver este asunto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 975 de 2005, modificado por el artículo 27 de la Ley 1592 de 2012.

En respuesta a los recursos formulados y a la particular situación procesal que aquí se presenta, la Corte se ocupará de algunos de los requisitos para acceder a la sustitución de la medida de aseguramiento.

Desde ahora, anticipa su conclusión en el sentido de que confirmará la decisión recurrida, por los motivos que enseguida se desarrollan.

1. Requisitos del artículo 18A de la Ley 975 de 2005 para acceder a la sustitución de la medida de aseguramiento

La Ley 975 de 2005 no previó inicialmente ningún mecanismo en virtud del cual el desmovilizado obtuviera la libertad antes de que en su contra se emitiera la sentencia condenatoria, y sólo se contemplaba a su favor, en el artículo 19, la pena alternativa.

Sin embargo, mediante el artículo 19 de la Ley 1592 el legislador adicionó un nuevo artículo a la Ley 975 de 2005 -el 18A-, mediante el cual se contempla la posibilidad de reconocer a los desmovilizados la sustitución de la medida de aseguramiento privativa de la libertad por una distinta. Así dice la norma:

“ARTÍCULO 19. La Ley 975 de 2005 tendrá un nuevo artículo 18A del siguiente tenor:

Artículo 18A. Sustitución de la medida de aseguramiento y deber de los postulados de continuar en el proceso. El postulado que se haya

desmovilizado estando en libertad podrá solicitar ante el magistrado con funciones de control de garantías una audiencia de sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario por una medida de aseguramiento no privativa de la libertad, sujeta al cumplimiento de lo establecido en el presente artículo y a las demás condiciones que establezca la autoridad judicial competente para garantizar su comparecencia al proceso del que trata la presente ley. El magistrado con funciones de control de garantías podrá conceder la sustitución de la medida de aseguramiento en un término no mayor a veinte (20) días contados a partir de la respectiva solicitud, cuando el postulado haya cumplido con los siguientes requisitos:

- 1. Haber permanecido como mínimo ocho (8) años en un establecimiento de reclusión con posterioridad a su desmovilización, por delitos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley. Este término será contado a partir de la reclusión en un establecimiento sujeto integralmente a las normas jurídicas sobre control penitenciario;*
- 2. Haber participado en las actividades de resocialización disponibles, si estas fueren ofrecidas por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) y haber obtenido certificado de buena conducta;*
- 3. Haber participado y contribuido al esclarecimiento de la verdad en las diligencias judiciales del proceso de Justicia y Paz;*
- 4. Haber entregado los bienes para contribuir a la reparación integral de las víctimas, si a ello hubiere lugar de conformidad con lo dispuesto en la presente ley;*
- 5. No haber cometido delitos dolosos, con posterioridad a la desmovilización.*

Para verificar los anteriores requisitos el magistrado tendrá en cuenta la información aportada por el postulado y provista por las autoridades competentes.

Una vez concedida, la sustitución de la medida de aseguramiento podrá ser revocada por el magistrado con funciones de control de garantías a solicitud de la Fiscalía General de la Nación o de las víctimas o de sus representantes, cuando se presente alguna de las siguientes circunstancias:

- 1. Que el postulado deje de participar en las diligencias judiciales de su proceso de justicia y paz, o se compruebe que no ha contribuido al esclarecimiento de la verdad;*
- 2. Que el postulado incumpla las condiciones fijadas por la autoridad judicial competente;*
- 3. Que el postulado no participe del proceso de reintegración diseñado por el Gobierno nacional para los postulados a la Ley de Justicia y Paz en desarrollo del artículo 66 de la presente ley.*

PARÁGRAFO. En los casos en los que el postulado haya estado privado de la libertad al momento de la desmovilización del grupo al que perteneció, el término previsto como requisito en el numeral 1 del inciso primero del presente artículo será contado a partir de su postulación a los beneficios que establece la presente ley”

No sobra advertir que aunque la naturaleza de la pena alternativa es diferente a la de la sustitución de la medida de aseguramiento, ésta es una especie de valoración previa del tiempo que los desmovilizados han estado privados de la libertad, para favorecerlos con dicha medida anticipadamente, pero quedando atados al proceso, dentro del cual muy posiblemente serían condenados con un pronóstico favorable a ser beneficiados con la pena alternativa.

Como se puede observar, esta norma trae dos tipos de requisitos para que el desmovilizado pueda acceder a la sustitución de la medida privativa de la libertad por una distinta: 1) el referido a la garantía de justicia y, en particular, lo relacionado con la privación de la libertad que el desmovilizado

ha debido soportar, su duración, tipo de establecimiento en el cual ha debido estar recluido, y las actividades desarrolladas durante dicho período, y 2) el vinculado con el aporte del desmovilizado a la satisfacción de la verdad y la reparación.

Previos los anteriores lineamientos, la Corte aborda el análisis de los requisitos previstos en los numerales 1º y 2º del artículo 18A de la Ley 975 de 2005, que son los que aquí se controvierten.

a) Permanencia de 8 años en un centro de reclusión por delitos vinculados al conflicto armado

1. Esta Colegiatura ha dicho insistentemente que para acceder a la sustitución de la detención preventiva, el primer requisito que se ha de satisfacer consiste en que el postulado haya *“...permanecido como mínimo ocho (8) años en un establecimiento de reclusión con posterioridad a su desmovilización, por delitos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley...”*. Dos son, entonces, las exigencias que se desprenden de la norma: una temporal y otra que se refiere a la conexidad de los delitos por los que el postulado se encuentra privado de la libertad con la actividad del grupo armado ilegal.

En el caso presente, la Magistrada con función de control de garantías de Bogotá encontró acreditado el presupuesto objetivo, pues, según argumentó, el hoy postulado ha estado privado de la libertad de manera ininterrumpida desde el 5 de abril de 2006. Por tanto, hasta la fecha de la audiencia en la que se resolvió sobre la sustitución transcurrieron más de 8 años.

Sobre el cumplimiento de la exigencia temporal, la Corte debe concluir que en este caso no se cumple, pues su jurisprudencia ha decantado en numerosas decisiones que el término de 8 años de privación de la libertad debe contarse desde la fecha de la postulación y no desde el efectivo ingreso al establecimiento de reclusión (CSJ SP auto del 10 de septiembre de 2014, rad, 44035, entre otras).

Aun cuando el recurso formulado por el defensor y los argumentos de los demás intervinientes no se ocupan de este asunto, el cual se dio por demostrado sin mayor dificultad, la Corte estima del caso hacer claridad en que, con fundamento en la sentencia de constitucionalidad C-015 de 2014 y la jurisprudencia de la Sala, el término de 8 años debe contarse a partir de la postulación, ya sea que el procesado por Justicia y Paz haya estado en libertad o privado de ella al momento de su

desmovilización, o bien se haya desmovilizado individual o colectivamente.

Lo anterior es así porque solamente con la postulación, no con la sola privación de la libertad, el desmovilizado ingresa y se hace acreedor potencial a los beneficios que concede la Ley de Justicia y Paz. Sin la postulación, así se haya producido la desmovilización, no hay posibilidad de acceder a dicha jurisdicción. Así lo definió el Alto Tribunal Constitucional al indicar que: *“No es, pues, la mera circunstancia de estar recluso en un establecimiento carcelario la determinante para fijar el hito temporal, sino que, por el contrario, lo verdaderamente relevante es la confluencia de esta circunstancia con las de la postulación y la desmovilización”*, postura que ya había sido acogida por la Sala en autos del 5 de junio de 2013, radicado 41215, y 30 de abril de 2014, rad. N° 43383, entre otros pronunciamientos.

En tales condiciones, independientemente de la forma en que se produjo la desmovilización, esto es si individual o colectiva, en libertad o privado de ella, lo cierto es que el lapso de ocho (8) años en todos los eventos se cuenta a partir de la postulación, momento a partir del cual se accede a todos los beneficios de la Ley de Justicia y Paz. En consecuencia, para poder solicitar la sustitución de la medida de aseguramiento,

resulta indispensable que la persona, además de haberse desmovilizado, haya sido postulada para acceder a los beneficios de la Ley 975 de 2005.

En cuanto a la situación particular de **Gustavo Morales León**, se tiene que su postulación por el Gobierno Nacional para hacerse acreedor a la pena alternativa de Justicia y Paz acaeció el 22 de agosto de 2007. Por tanto, sin necesidad de razonamientos adicionales, surge nítido que dicho término de 8 años a la fecha no ha transcurrido y, por lo tanto, que la exigencia objetiva no se encuentra satisfecha. De allí que sea del todo improcedente acceder a la sustitución de la medida de aseguramiento de que trata el artículo 18A de la Ley 975 de 2005, aun cuando se cumplieran los demás presupuestos.

2. De manera adicional, el numeral 1° del artículo 18A de la Ley 975 de 2005 exige que los delitos por los que el postulado se halle privado de la libertad hayan sido cometidos durante la pertenencia y con ocasión de las actividades del grupo armado ilegal.

En el caso presente, dicha exigencia ofrece dos dificultades en su aplicación: **i)** que la privación de la libertad del postulado

Morales León se funda en una condena impartida por la justicia ordinaria, y **ii)** que la reclusión de aquel tiene origen en conductas (el homicidio de Edwin Bayona Manosalva y Gustavo Adolfo Lobo Salcedo) que no han sido imputadas en sede de Justicia y Paz y, por lo mismo, no dieron lugar en esta jurisdicción a la imposición de medida de aseguramiento.

Fue por esto último que la Magistrada de control de garantías no encontró acreditado el cumplimiento del numeral 1° del artículo 18A de la Ley 975 de 2005. La funcionaria explicó que el hecho de que el mencionado crimen ya hubiera sido objeto de un fallo en firme en la justicia ordinaria hacía improcedente traerlo a Justicia y Paz, a no ser que fuera para satisfacer el deber de verdad, mas no para motivar una medida de aseguramiento. Agregó que como el citado delito no fue imputado por la fiscalía en Justicia y Paz resultaba imposible, sin una rigurosa corroboración que ha debido hacerse previamente, definir ahora, sin más, si había sido cometido durante y por razón de la pertenencia al grupo armado ilegal.

Pues bien, la Sala estima del caso precisar, como así mismo lo ha reseñado en casos anteriores (CSJ, SP, auto del 29 de mayo de 2013, rad. 40561), que es inherente a la concesión del sustituto de la medida de aseguramiento impuesta en Justicia y

Paz que el hecho que la justifica haya sido previamente imputado en esta sede.

Lo anterior es obvio, pues cuando la conducta punible se tramita ante los jueces penales ordinarios, los caminos son dos: *a)* si el delito que motiva la reclusión es objeto de investigación en la justicia ordinaria, lo procedente sería solicitar la suspensión del trámite correspondiente (artículo 22 de la Ley de Justicia y Paz) y *b)* si, como en este caso, la conducta ya hubiere sido objeto de fallo en firme, sería del caso reclamar la suspensión condicional de la ejecución de la pena, conforme lo previsto en el artículo 18B de la Ley 975 de 2005, siempre y cuando el Magistrado de control de garantías pueda inferir razonablemente que los hechos objeto de condena en la justicia ordinaria fueron cometidos durante y con ocasión de la pertenencia del postulado al grupo armado al margen de la ley.

No es, entonces, procedente abrir una tercera opción, en virtud de la cual el delito ya fallado por la justicia ordinaria quede automáticamente incorporado a Justicia y Paz por vía de la sustitución de medida de aseguramiento.

Obsérvese que el juicio de razonabilidad que debe hacer el

servidor judicial sobre el vínculo entre el delito objeto de fallo en la sentencia ordinaria y la pertenencia de su autor a las autodefensas procede únicamente para efectos de suspender la pena impuesta en dicha sentencia, una vez dispuesta la sustitución de la medida de aseguramiento.

No es posible, entonces, aplicar el curioso mecanismo que sugiere la defensa -con el que pretende subsanar la omisión de la fiscalía de imputar en Justicia y Paz la citada conducta-, según el cual si el análisis de la sentencia ordinaria (cuya pena actualmente purga el postulado) permite inferir que el hecho que la motiva fue cometido durante y con ocasión de la pertenencia de su autor al grupo ilegal ello es más que suficiente para reemplazar la imputación que ha debido formular la fiscalía en Justicia y Paz, o bien para subsanar la falta de medida de aseguramiento que, por el mismo hecho, ha debido imponer el Magistrado con función de control de garantías.

La discusión acerca de si el hecho que fue objeto de sentencia por los jueces ordinarios obedece a la dinámica de violencia que permite aplicar los beneficios de la Ley 975 de 2005 debe darse en sede de Justicia y Paz, pero no en una sentencia previa dictada por un Tribunal de Justicia y Paz - como así lo sugiere la representante de la fiscalía- y tampoco en el momento

en que se resuelve sobre la sustitución de la medida de aseguramiento, conforme los términos del artículo 18A de dicho estatuto.

Ello debe tener lugar en la fase procesal oportuna, esto es, en el momento de la imputación, pues es allí cuando se analizan los requisitos de elegibilidad, entre ellos, el vínculo entre la conducta y la dinámica violenta de las autodefensas; lo anterior significa, a su vez, que ese hecho ha debido ser confesado por el desmovilizado en las versiones correspondientes e incorporado así a sede de Justicia y Paz.

Y es que si no se hiciera así se burlarían los derechos de las víctimas. Dicha conclusión se explica porque si se admitiera la posibilidad de incorporar a Justicia y Paz (en el momento de resolver una sustitución de la medida de aseguramiento proferida por el Magistrado con función de control de garantías) una conducta que solamente ha sido investigada por los jueces ordinarios, se les negaría el derecho a las víctimas de conocer ese hecho durante las versiones individuales o colectivas, enfrentar al desmovilizado y escuchar de él mismo los detalles del crimen.

Adviértase que una buena parte de esas sentencias proferidas por los jueces ordinarios por hechos que han sido

cometidos durante y con ocasión de la pertenencia del agente a un grupo armado ilegal, han sido emitidas por la vía anticipada, mecanismo que naturalmente descarta de plano una amplia intervención de las víctimas. Por tanto, pretender incorporar a Justicia y Paz los hechos fallados en esa clase de sentencias, no durante las versiones del postulado o en el acto de la imputación a cargo de la fiscalía -como debería ser- sino en el momento en que se debate un tema accesorio como es el de la sustitución de medida de aseguramiento, significaría naturalmente la violación del debido proceso y la negación de los fines del proceso transicional.

En ocasiones anteriores, la Sala ha llamado la atención sobre la nociva práctica de algunos postulados (no necesariamente es el caso de **Gustavo Morales León**), consistente, precisamente, en obtener ante los jueces penales ordinarios sentencias anticipadas por razón de conductas cometidas como miembros de las autodefensas, pues con este desleal procedimiento lo que consiguen es evadir la responsabilidad que les corresponde asumir frente a las víctimas y la sociedad. Al respecto, la jurisprudencia ha dicho lo siguiente (CSJ SP, 1° de agosto de 2012, rad. 39454):

“La Sala aprovecha la ocasión para llamar la atención sobre lo inapropiado de permitir que distintos procesos adelantados por delitos relacionados con el conflicto armado interno contra desmovilizados que se encuentran en calidad de postulados a ser beneficiados con la pena alternativa dentro del proceso transicional regulado por la Ley 975 de 2005, continúen su trámite como si se tratara de delitos comunes, en los cuales se aceptan los cargos omitiendo enfrentar a las víctimas, en el mejor de los casos relatando una verdad más cómoda frente a la opción de la reducción de pena por sentencia anticipada”.

“Dicha situación, lo ha dicho la Sala, puede ser calificada de fraude al proceso de justicia y paz”:

“Sobra decir que corresponde a la Fiscalía que conduce la versión libre estar atenta a mezquinos intereses originados en falsas imputaciones o delaciones contra terceros, o espurias retractaciones; o cómodas aceptaciones de cargos en procesos adelantados por crímenes que podrían acumularse al de Justicia y Paz; actividades todas encaminadas a defraudar a la administración de justicia, pero sobre todo, a desprestigiar a la sociedad que les ha tendido la mano indulgente de la reconciliación” (CSJ SP, 23 de agosto de 2011, Rad. 34423).

Adicionalmente, debe decirse que la imputación en Justicia y Paz de una conducta que ya fue fallada por la justicia ordinaria desconoce el principio de prohibición de doble juzgamiento; este principio, ha dicho la jurisprudencia de la Corte, puede ser flexibilizado excepcionalmente frente a graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario o los Derechos Humanos.

Así, sería posible la imputación en Justicia y Paz de hechos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia de su autor al grupo armado al margen de la ley y sentenciados previamente por las autoridades judiciales ordinarias, siempre y cuando se determine que esos fallos: *i)* constituyen un mecanismo que desconoce los derechos de las víctimas, *ii)* estén encaminadas a sustraer al procesado de su responsabilidad, o bien, *iii)* configuren una vía de hecho que haga de ellas un trámite apenas formal (CSJ, SP, 26 de septiembre de 2012, rad. 39261). Así las cosas, cuando no es del caso desconocer el principio de *non bis in ídem*, los eventuales perjuicios ocasionados a las víctimas pueden ser remediados a través de la acumulación de penas o procesos, según lo previsto en la Ley de Justicia y Paz o en el estatuto ordinario.

Se sigue de lo anterior que el hecho juzgado por los jueces ordinarios, cuando no concurra alguno de los motivos que permiten flexibilizar el principio de prohibición de doble juzgamiento, podrá ser llevado a Justicia y Paz no para fundar una medida de aseguramiento, pero sí para cumplir el deber de verdad y para configurar la memoria histórica del conflicto, como bien lo reseñó en este caso la Magistrada de control de garantías.

En conclusión, como el hecho que motiva la privación de la

libertad del postulado no ha sido objeto de imputación en Justicia y Paz ni dio lugar a imposición de la medida de aseguramiento cuya sustitución ahora se reclama, no se acredita, entonces, la exigencia de que trata el numeral 1° del artículo 18A de la Ley 975 de 2005. En todo caso, aun cuando el hecho hubiese sido debidamente imputado lo cierto es que no se satisface el requisito temporal.

b) Certificado de buena conducta

El segundo presupuesto para acceder a la sustitución de la medida de aseguramiento se enuncia así: *“Haber participado en las actividades de resocialización disponibles, si estas fueren ofrecidas por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), y haber obtenido certificado de buena conducta”*.

Respecto del certificado de buena conducta, la Magistrada con función de control de garantías adujo, por una parte, que hacían falta los correspondientes a varios períodos y, por la otra, que dos calificaciones de conducta como *regular* en el establecimiento carcelario –motivadas por el hallazgo en poder del procesado de dos teléfonos celulares- no impedían demostrar la exigencia de buen comportamiento en el establecimiento de

reclusión.

La Corte debe decir que en verdad se echan de menos las calificaciones de conducta por periodos importantes que, sumados, arrojan 26 meses, aproximadamente, esto es, más de la cuarta parte de lo que abarca el requisito temporal. Es preciso, entonces, reiterar lo dicho por la jurisprudencia de la Sala, en el sentido de que la buena conducta debe estar demostrada por todo el tiempo de la reclusión y no por periodos parciales, así estos cubran la mayor parte del tiempo de la reclusión.

La Corte ha dicho (CSJ, SP, 29 de mayo de 2013, rad. 40561) que esta exigencia “*se refiere a la buena conducta en general. No hace alusión a la constatación del buen comportamiento parcial, puesto que el requisito no consiste en que se califiquen bien algunos periodos, así abarquen éstos la mayor parte del tiempo*”; pero en cada caso el magistrado debe analizar los periodos no evaluados o sanciones disciplinarias frente al cumplimiento de las principales obligaciones del postulado (CSJ, SP, 15 de octubre de 2014, rad 44156).

En el caso presente, el faltante de 26 meses (más de dos años) no es irrelevante, pues no es posible presumir que en ese tiempo el postulado observó buena conducta y, por tanto, cumplió la exigencia. Menos aún en este caso en el que existe

evidencia de la incursión por el recluso **Morales León** en faltas disciplinarias durante el período que fue objeto de evaluación.

Debe decirse que si bien es cierto que las evaluaciones disciplinarias las realiza el establecimiento de reclusión, ello no le impide al postulado reclamar su elaboración para los efectos de cumplir el presupuesto de que trata el numeral 2° del artículo 18A de la Ley 975 de 2005, pues, como bien lo anotó la representante del Ministerio Público, el establecimiento carcelario debe estar en capacidad de calificar la conducta del recluso.

Ahora bien, el hallazgo en poder del postulado de dos teléfonos celulares, la consecuente sanción disciplinaria y la calificación como regular de su conducta, no son circunstancias irrelevantes, como los intervinientes las entienden.

Si bien es cierto que la jurisprudencia ha señalado que en cada caso habrá de determinarse si la sanción disciplinaria relevante desconoce las finalidades del proceso transicional, no lo es menos que en este caso particular no se tienen elementos de juicio para presumir la escasa trascendencia de la falta.

En efecto, no se puede desconocer que la tenencia de

aparatos de comunicación en el interior del establecimiento de reclusión es un mecanismo idóneo para facilitar las actividades ilícitas y la injerencia indebida en las víctimas o en el propio trámite procesal.

Por otra parte, respecto del razonamiento de la Magistrada de garantías sobre este asunto, es preciso hacer notar que cuando aquella le indagó al postulado sobre la clase de información hallada en los teléfonos celulares, o si la misma dio lugar a la compulsión de copias, aquel, en lugar de negar o desmentir esa posibilidad, evadió la respuesta, alegando que esa información debería estar registrada en la cartilla biográfica; por tanto, la respuesta del postulado no descartó la posibilidad de que la información hallada en los aparatos fuera relevante, o bien que la misma hubiera dado lugar a la compulsión de copias, de suerte que no resulta del caso avalar su evasiva explicación y, en consecuencia, “*darle el beneficio de creerle*”.

En estas condiciones, hasta no tener la magistratura un conocimiento detallado de la actuación disciplinaria adelantada contra **Morales León** por razón del hallazgo antes reseñado, así como de la decisión disciplinaria adoptada en su contra, no es del caso dar por demostrada la exigencia de buena conducta al interior del establecimiento carcelario, como así lo demanda el

numeral segundo del artículo 18A de la Ley 975 de 2005. Si lo anterior se considera junto a la falta de calificación de conducta por los nueve periodos identificados en precedencia, la conclusión no puede ser razonablemente distinta a la no acreditación de la exigencia en comento.

Y en lo que tiene que ver con la realización de actividades de resocialización, esta Corporación no puede desconocer que en verdad constan en la actuación numerosos certificados de los cursos de capacitación realizados por el postulado durante su reclusión.

No obstante, lo anterior no es suficiente para dar por satisfecha la exigencia, pues además de la sola afirmación del defensor, en el sentido de que no todos los establecimientos en los que su asistido ha estado privado de la libertad ofrecen oportunidades de capacitación -o bien el conocimiento personal en igual sentido que alega la fiscalía- no aparece acreditado de manera fehaciente que en realidad las actividades de resocialización no estuvieron disponibles para el desmovilizado todo el tiempo en todos los establecimientos, o que el Inpec no las ofreciera. Dichas afirmaciones requieren un elemento de juicio que las corrobore.

En conclusión, no se cumple con las exigencias reseñadas en el numeral 2° del artículo 18A de la Ley 975 de 2005.

En conclusión, como así lo anticipara, la Sala confirmará la providencia recurrida.

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

R E S U E L V E

CONFIRMAR la decisión impugnada del 26 de agosto del año en curso, por medio de la cual la Magistrada con función de control de garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá le negó a **Gustavo Morales León** la sustitución de la medida de aseguramiento que pesa en su contra.

Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

Cúmplase y devuélvase al Despacho de origen.



LEGIS móvil

La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
Presidente

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ



LEGIS móvil

La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicado No. 44509

Con el respeto que profeso por las opiniones y el criterio de la mayoría, procedo a consignar las razones que me llevaron a aclarar mi voto en el auto de segunda instancia emitido el 28 de octubre de 2014 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a través del cual dispuso confirmar la decisión proferida el 26 de agosto del mismo año por la Magistrada de Control de Garantías de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, por cuyo medio denegó la sustitución de la medida de aseguramiento solicitada por **GUSTAVO MORALES LEÓN**.

1. Si bien estoy de acuerdo con la decisión adoptada por la Sala, por cuanto el postulado no cumplió con la exigencia consistente en que *los delitos por los que se encuentra privado de la libertad hayan sido “cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley”* (numeral 1° del artículo 18A de la Ley 975 de 2005), la providencia acogió, entre otros, el criterio según el cual, *para la sustitución de la medida de aseguramiento de la persona postulada a los beneficios de la Ley 975 de 2005, el termino de los 8 años de reclusión señalado en el artículo precitado, se cuenta a partir de su postulación, al margen de si éste se desmovilizó estando en libertad o privado de ella.*

2. Pues bien, el punto de disenso con la Corte se centra en la forma de contabilizar el lapso de los ocho años, por cuanto, como viene de verse, dispuso que el inicio del término coincide con el momento de la postulación cuando se trate de *desmovilizaciones de personas estando en libertad*; criterio, en mi opinión, injustificadamente diferente a lo expresamente señalado en la Ley 975 de 2005 (artículo 18A, adicionado por el 19 de la Ley 1592 de 2012).

3. Al respecto cabe precisar, que la ley precitada en su versión inicial no consagró la posibilidad de que el desmovilizado sometido a su trámite obtuviera la libertad, sino por el otorgamiento de la pena alternativa o el cumplimiento de la pena principal.

Sin embargo, como pasados los ocho años de vigencia de dicha normativa, por diferentes razones no se logró que todos los desmovilizados estuvieran condenados por los delitos que confesaron, se hizo necesario prever la *sustitución de la medida de aseguramiento*, para cuya concesión el Legislador fijó varios requisitos, entre los cuales se cuenta el haber *estado ocho años*

privado de la libertad en un centro de reclusión sujeto a las normas jurídicas sobre control disciplinario.

El artículo 18A de la Ley 975 de 2005, que regula el caso, para iniciar el cómputo del término en cuestión, *establece como criterio* la comprobación de si el postulado realizó su desmovilización *estando en libertad o privado de ella*, pues de otra manera no se explica por qué, el numeral primero de dicho canon, al ocuparse de la determinación del lapso de los ocho años de quien dejó las armas **estando en libertad**, dispone que el mismo será contado a partir de la reclusión en un establecimiento sujeto integralmente a las normas jurídicas sobre control disciplinario, mientras que respecto de aquellos que lo hicieron **estando privados de la misma**, el plazo se cuenta desde la postulación. Dice el artículo 18A:

*“El postulado que se haya desmovilizado **estando en libertad** podrá solicitar (...) una audiencia de sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario por una medida de aseguramiento no privativa de la libertad (...). El magistrado con funciones de control de garantías podrá conceder la sustitución de la medida de aseguramiento (...) cuando el postulado haya cumplido con los siguientes requisitos:*

*“1. Haber permanecido como mínimo ocho (8) años en un establecimiento de reclusión con posterioridad a su **desmovilización**, por delitos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley. **Este término será contado a partir de la reclusión en un establecimiento** sujeto integralmente a las normas jurídicas sobre control penitenciario. (Resaltado fuera de texto).*

Por su parte, el párrafo del mismo artículo establece que en los casos en los que el postulado *“**haya estado privado de la libertad al momento de la desmovilización del grupo al que perteneció, el término previsto como requisito en el numeral 1 del inciso primero del presente artículo será contado a partir de su postulación** a los beneficios que establece la presente ley”*. (Resaltado fuera de texto).

4. Adicionalmente, para fijar el alcance del texto legal precitado, frente a las diferentes situaciones que se pueden presentar - vinculadas con su aplicación-, el ejecutivo, en ejercicio de su poder reglamentario expidió el Decreto 3011 de 2013, en cuyo artículo 38 dispuso:

*“**Términos para la sustitución de la medida de aseguramiento. El magistrado con funciones de control de garantías podrá conceder la sustitución de la medida de aseguramiento, una vez solicitada por el postulado, cuando éste haya cumplido todos los requisitos a los que se***

refiere el artículo 18 A de la Ley 975 de 2005. El término de ocho (8) años al que se refiere el numeral 1 y parágrafo del artículo 18 A, será contado así:

1. Para quienes se **desmovilizaron** después del 25 de julio de 2005, e ingresaron con posterioridad a un establecimiento de reclusión sujeto integralmente a las normas jurídicas sobre control penitenciario, por delitos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley, **el término de ocho (8) años será contado a partir de su ingreso a dicho establecimiento.**

2. Para quienes se desmovilizaron antes del 25 de julio de 2005, y hayan ingresado con posterioridad a su desmovilización pero con anterioridad a esta fecha a un establecimiento de reclusión sujeto integralmente a las normas jurídicas sobre control penitenciario, por delitos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo organizado al margen de la ley, **el término de ocho (8) años será contado a partir del 25 de julio de 2005.**

3. Para quienes se desmovilizaron antes del 25 de julio de 2005, y hayan ingresado con posterioridad a esta fecha a un establecimiento de reclusión sujeto íntegramente a las normas jurídicas sobre control penitenciario, por delitos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley, **el término de ocho (8) años será contado a partir de su ingreso a dicho establecimiento.**

4. Para los postulados que al momento de la desmovilización colectiva del grupo armado al margen de la ley al que pertenecían, **se encontraban privados de la libertad** en un establecimiento de reclusión sujeto

*integralmente a las normas jurídicas sobre control penitenciario, tanto aquellos que fueron incluidos en listas de desmovilizaciones colectivas como los que no, el término de ocho (8) años será contado **a partir de su postulación.***

*5. Para los postulados que se desmovilizaron individualmente estando **privados de la libertad** en un establecimiento de reclusión sujeto integralmente a las normas jurídicas sobre control penitenciario, por delitos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley, el término de ocho (8) años de reclusión será contado **a partir de su postulación.**” (Resaltado y subrayado fuera de texto).*

Lo expuesto permite observar que el decreto precitado, respetó plenamente el artículo legal reglamentado, pues, ciertamente, este sí contiene la diferenciación sobre el momento a partir del cual se debe contar el término de los 8 años de quienes se desmovilizaron estando en libertad o privados de la misma.

Más aún, en la decisión proferida por esta Corporación, AP 1836-2014, radicación 43178 del 9 de abril del presente año, al explicarse el alcance de cada uno de dichos numerales, se indicó:

“El primer numeral del artículo 38 del Decreto 3011 de 2013, está orientado a regular la situación de quienes dejaron las armas estando en libertad, bajo la expectativa del cumplimiento de la Ley 975 de 2005,

mientras que los numerales segundo y tercero, se ocupan de aquellas personas que se desmovilizaron en cumplimiento de las conversaciones que se adelantaban en Santafé de Ralito, sin que aún se hubiera expedido la ley que para entonces ya se discutía.

Por su parte, los numerales 4° y 5°, regulan la forma de contabilizar el tiempo de reclusión necesario para acceder a la sustitución de la medida de aseguramiento privativa de la libertad por otra diferente, de aquellos que se desmovilizaron estando privados de ella; sin que la norma diferencie que la causa de su reclusión lo fuera una dejación de armas producida al amparo de la Ley 418 de 1997 -o las leyes que prorrogaron sus efectos-, o la aprehensión en cumplimiento de las labores de investigación y juzgamiento propios de los órganos competentes.”

No obstante este pronunciamiento es desconocido en el asunto de la referencia, imponiendo el parámetro del cual disiento, el que, además de advertirse en contradicción con el texto y espíritu de la Ley 975 de 2005 en los específicos términos del artículo 18A, puede erigirse en un obstáculo a la política pública orientada a la reincorporación de miembros de grupos armados organizados ilegales, particularmente de quienes estando en libertad deciden dejar las armas, pues pese a su voluntad de desmovilizarse y estar dispuestos a satisfacer todas las exigencias legales, se verían compelidos a permanecer privados de la libertad por un tiempo indefinido, que al margen de cuánto

sea, no contará para acumular el máximo de 8 años de encarcelamiento -periodo al cual aspiran no exceder legítimamente, con base en la ley-. Esta inseguridad jurídica causada por la interpretación de la Corte, estimula al individuo a no acogerse al llamado a desmovilizarse, emitido por el Gobierno nacional a través de todos los medios masivos de comunicación.

5. De otra parte, la mayoría para imponer su criterio, inaplicó el artículo 38 del Decreto 3011 de 2013, no obstante haber sido válidamente expedido por el Gobierno nacional en ejercicio de su potestad reglamentaria, sin haber primero demostrado su inconstitucionalidad, sino acudiendo acríticamente a la sentencia C-015 de 2014, cuya estructura argumentativa se puede ver en el siguiente cuadro.

SENTENCIA C-015 DE 2014
Formalización de la cadena argumentativa de la Corte Constitucional
"PROBLEMA JURÍDICO CONSTITUCIONAL"
<i>"Corresponde establecer si el parágrafo del artículo 19 de la Ley 1592 de 2012, que agrega el artículo 18A a la Ley 975 de 2005, al regular el cálculo de ocho años de permanencia en un establecimiento de reclusión, para las personas que ya estaban privadas de su libertad al momento de desmovilizarse el grupo al cual pertenecían, a partir de su postulación ¿vulnera el derecho a la igualdad, previsto en el artículo 13 de la Constitución, al no tener en cuenta el tiempo de reclusión</i>

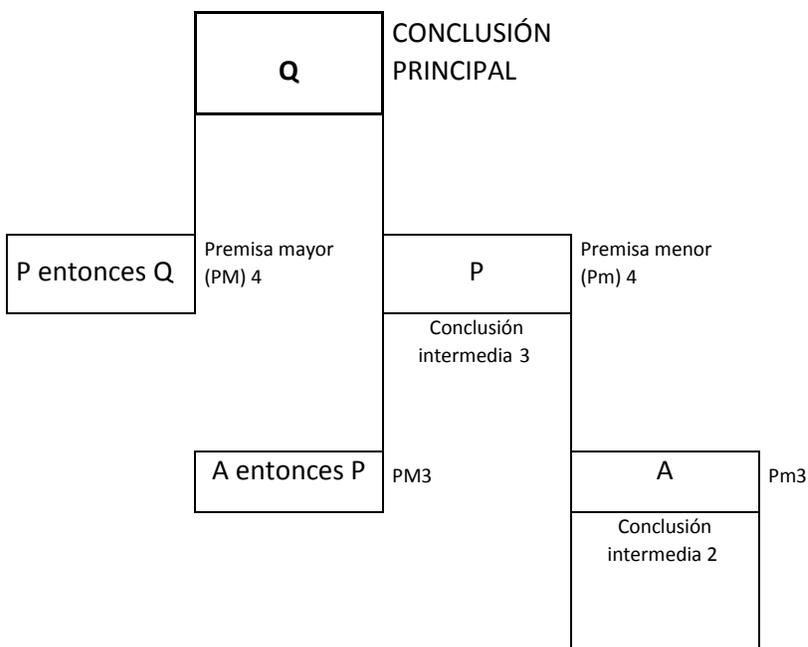
anterior a su postulación, cuando para los demás miembros del grupo sí se tiene en cuenta todo el tiempo de su permanencia en un establecimiento de reclusión con posterioridad a su desmovilización?"

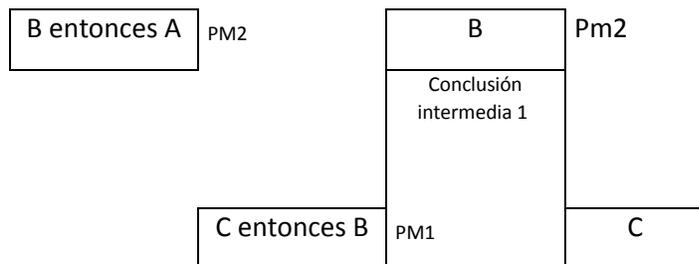
SÍMBOLOS

PROPOSICIONES

Q	<p>El párrafo del artículo 18A adicionado por el artículo 19 de la Ley 1592 de 2012, (el cual señala que <i>"en los casos en los que el postulado haya estado privado de la libertad al momento de la desmovilización del grupo al que perteneció, el término previsto como requisito en el numeral 1 del inciso primero del presente artículo será contado a partir de su postulación a los beneficios que establece la presente ley"</i>), no quebranta el derecho a la igualdad ante la ley (Art. 13 de la Constitución Política).</p>
P	<p><u>"[D]icho párrafo no incurre en la discriminación que se señala en la demanda"</u> (según la cual, el término para la sustitución de la medida de aseguramiento, para quienes se desmovilizaron estando privados de la libertad, se cuenta a partir de la postulación, mientras que para quienes se desmovilizan estando en libertad, se cuenta <i>"a partir de la reclusión en un establecimiento sujeto integralmente a las normas jurídicas sobre control penitenciario"</i>).</p>
A	<p><i>"[E]n ningún caso los ocho años de permanencia en un establecimiento carcelario pueden contarse antes de que la persona haya sido postulada para acceder a los beneficios de la Ley 975 de 2005"</i>.</p>

<p>B</p>	<p>Si bien a los postulados que se desmovilizan estando en libertad, el término se cuenta a partir de su reclusión, esto tiene lugar después de su postulación. (Expresamente dijo la Corte Constitucional, la secuencia lógica es "postulación y desmovilización previas, reclusión posterior"; En el caso de las personas postuladas que se desmovilicen estando en libertad, este término se cuenta a partir de su posterior reclusión en establecimiento carcelario"; "[e] que en el caso de las personas que se encontraban libres el término comience <u>a partir de su reclusión en el establecimiento carcelario, previa su postulación y desmovilización, es apenas una consecuencia lógica de su anterior estado de libertad, pues no sería posible contar ningún tiempo anterior por sustracción de materia</u>").</p>
<p>C</p>	<p>"Este es el sentido unívoco de la norma (sic) al decir: 'El postulado que se haya desmovilizado estando en libertad (...)'</p>





Como se observa, la Corte Constitucional en la providencia mencionada, se ocupó exclusivamente de analizar la constitucionalidad del párrafo del artículo 18A de la Ley 975 de 2005, y concluyó que el trato diferenciado allí contenido - consistente en contar el término de los ocho años de detención desde la postulación para quienes se desmovilizaron estando privados de la libertad, es decir, de manera distinta de la dispuesta para quienes lo hicieron estando libres-, respeta la Carta Política **(Q)**.

Ahora, si bien a esa conclusión arribó bajo la creencia de que la reclusión de quienes se desmovilizan estando en libertad, tiene lugar después de su postulación, en tanto fue reiterativa al señalar: (i) que *“en el caso de las personas postuladas que se desmovilicen estando en libertad, este término se cuenta a partir de su posterior reclusión en establecimiento carcelario”*; (ii) *“el que en el caso de las personas que se encontraban libres el término comience a partir de su reclusión en el establecimiento carcelario, previa su postulación y desmovilización, es apenas una consecuencia lógica de su anterior estado de libertad, pues no sería posible contar ningún tiempo anterior por sustracción de materia”*; y (iii) la secuencia lógica es *“postulación y desmovilización previas, reclusión posterior”* **(B)**; esto no significa de ninguna manera, que la Corte

Constitucional hubiese sentado la tesis según la cual: la reclusión previa a la postulación de quien se desmoviliza estando en libertad para acceder a los beneficios de justicia y paz, no debe ser considerada, por cuanto ni siquiera contempló esta hipótesis: que la privación de la libertad realmente no es posterior sino anterior.

De otra parte, si bien la Corte Constitucional indicó que “*en ningún caso los ocho años de permanencia en un establecimiento carcelario pueden contarse antes de que la persona haya sido postulada para acceder a los beneficios de la Ley 975 de 2005*” (**A**), no se puede perder de vista que esta (conclusión intermedia 2) la infirió, precisamente, por considerar que el primer acto de cara a que una persona acceda a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz es el de la *postulación* y la reclusión ulterior (**B**) (Pm 2). En este sentido, de haber advertido que el primer acto es realmente el de la *desmovilización*, *la reclusión el segundo y la postulación el último*, como ocurrió en el presente caso, su disertación bajo el mismo razonamiento, seguramente hubiese sido otro: que “*en ningún caso los ocho años de permanencia en un establecimiento carcelario pueden contarse antes de que la persona haya sido –desmovilizada- (...)*”.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia no puede omitir, por ejemplo, que incluso los desmovilizados colectivamente, solo

después que agoten el trámite previsto en el artículo 3° del Decreto 4760 de 2005, podrían ser postulados. De hecho, a la Sala han llegado múltiples providencias en cuyos hechos se tiene claro que sólo después de la desmovilización colectiva es que se produce la postulación de aquéllos. Para sólo citar unos ejemplos:

-Del “Grupo Bananero” de las AUC se desmovilizaron 447 personas el 25 de noviembre de 2004 y su postulación sólo se concretó el 15 de julio de 2009, según se relata en AP 1091-2014 Radicado 43024 de 5 de marzo de 2014, con ponencia del doctor Luis Guillermo Salazar Otero.

-Así mismo, el “Bloque Córdoba” se desmovilizó el 18 de enero de 2005 y sus integrantes sólo fueron postulados por el Gobierno Nacional el 17 de octubre de 2007, tal como se indica en AP 758-2014 Radicado 41137 de 19 de febrero de 2014, con ponencia del doctor Eyder Patiño Cabrera.

-De igual forma, 209 personas del llamado “Bloque Pacífico” de “los Héroe del Chocó” se desmovilizaron el 25 de agosto de 2005 y fueron postuladas sólo hasta el 15 de agosto de 2006, según se lee en AP501-2014 Radicado 42686 de 12 de

febrero de 2014, con ponencia del doctor Gustavo Enrique Malo Fernández.

Mírese como, ni siquiera los desmovilizados colectivamente, aspirantes a la indulgencia punitiva que ofrece la Ley de justicia y paz, se hallan postulados desde su dejación de armas y sometimiento a la justicia, sino que deben esperar el acto formal de postulación que le compete al Gobierno nacional, acto que la Corte Constitucional cree, equivocadamente, tener ocurrencia antes de la reclusión de quienes se desmovilizan estando en libertad.

Adicionalmente, en el fallo atrás mencionado, la corporación precitada no hizo condicionamientos interpretativos de ninguna naturaleza, con fundamento en el cual la Sala de Casación Penal pudiera justificar el dar un trato igual a dos situaciones claramente diferentes establecidas en la ley. Pues evidentemente no es lo mismo que una persona se desmovilice después de que el Estado lo somete a reclusión por la acción efectiva tanto de sus autoridades administrativas como de las judiciales, a que lo haga estando en libertad, precisamente por el llamado del Gobierno nacional, con la promesa de una pena máxima alternativa de 8 años.

Si al desmovilizado se le cuenta el término para la sustitución de la medida de aseguramiento a partir de su postulación, en el primer caso se respeta el Ordenamiento, pues, además de que así lo prevé específicamente la ley, el tiempo que hubiese permanecido privado de la libertad anteriormente, no es sino la consecuencia de haber sido sometido por la justicia ordinaria. Mientras que en el segundo evento, en mi opinión, se desatiende la inteligencia de la norma, por cuanto, además de que el texto legal dice otra cosa, -que el término de los 8 años, “*será contado a partir de la **reclusión** en un establecimiento*” -no desde la postulación-, la detención de la persona no es consecuencia de la efectividad de los órganos represivos del Estado, sino de su voluntaria desmovilización motivada, se reitera, por el llamado del Gobierno, con el ofrecimiento de una pena alternativa máxima de 8 años; promesa que genera en el desmovilizado, la expectativa legítima de acceder a la misma, con el cumplimiento de las exigencias legales, particularmente las relacionadas con la clarificación de la verdad y la reparación de las víctimas.

En este sentido, la Sala, en la decisión de la cual me aparto, no consignó ningún argumento que realmente justifique modificar – restrictivamente- la significación objetiva y razonable contenida en el numeral primero del artículo 18 A de la Ley 975 de 2005,

consistente en que el descuento de los 8 años de privación de libertad del postulado que se desmovilizó estando libre, se cuentan a partir de su reclusión en un establecimiento sujeto integralmente a las normas jurídicas sobre control penitenciario.

6. Finalmente, cabe precisar que, ciertamente, *para acceder a la jurisdicción de justicia y paz o sus beneficios, el desmovilizado debe tener la calidad de postulado, y si bien a partir de esta afirmación se infiere que la sustitución de la medida de aseguramiento sólo es procedente respecto de personas postuladas, de aquella proposición, en mi sentir, no se sigue que el término de los 8 años debe contarse a partir de la postulación para quienes se desmovilizaron estando en libertad, (al hacerlo la Sala, incurrió en la falacia de atinencia denominado “ignoratio elenchī”¹); máxime cuando, como quedó explicado, respecto de quienes se desmovilizaron hallándose libres:*

a). La ley exige algo diferente para acceder a la sustitución de la medida de aseguramiento: *“haber permanecido como mínimo ocho (8)*

¹ “[S]e comete cuando un argumento (para acceder a los beneficios de justicia y paz el desmovilizado debe tener la calidad de postulado) que permite establecer una conclusión en particular (que la sustitución de la medida de aseguramiento sólo es procedente respecto de personas postuladas), se dirige a probar una conclusión diferente (el término de los 8 años de reclusión debe contarse a partir de la postulación para quienes se desmovilizaron estando en libertad)”. COPI, Inrving M., Y COHEN, Carl; Introducción a la Lógica Jurídica; Limusa, Noriega Editores; México; 2007; página 141.

años en un establecimiento de reclusión con posterioridad a su **desmovilización**” –no de su postulación-;

b). La ley señala que el término de los 8 años, “*será contado a partir de la **reclusión** en un establecimiento*” –no a partir de la postulación- y;

c). La Sala no demostró que estas reglas fueran inconstitucionales.

Con toda atención,

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Magistrado

Fecha ut supra.