

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

**JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
Magistrado Ponente**

AP2226-2014
Radicación N° 43.237
Aprobado acta N° 123

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil catorce (2014).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Mediante sentencia del 6 de diciembre de 2013, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá declaró a **Armando Madriaga Picón**, alias “*María Bonita*” o “*Wilson*”, y a **Jesús Noraldo Basto León**, alias “*Parabólico*” o “*Móvil 15*”, desmovilizados del Frente Héctor Julio Peinado Becerra de las denominadas Autodefensas Unidas de Colombia, AUC, penalmente responsables de un concurso de

conductas punibles, cometidas con ocasión y durante su permanencia en esa organización armada ilegal.

Les impuso 480 meses de prisión, 144 y 216 de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y 36.172 y 27.812 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa, en su orden.

En aplicación de los lineamientos de la Ley 975 del 2005 les suspendió la ejecución de aquellas sanciones, les impuso la pena alternativa de 8 años de prisión, les ordenó ofrecer disculpas públicas y pedir perdón a las víctimas de sus delitos, asumir el compromiso de participar en actos simbólicos de resarcimiento y resignificación de estas y de no volver a incurrir en hechos similares.

Se abstuvo de declarar la excepción de inconstitucionalidad de los artículos 23, 24, 25 y 40 de la Ley 1592 del 2012, según le fuera solicitado.

Exhortó a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas a realizar las gestiones pertinentes, encaminadas al pago de la reparación integral y a coordinar actividades con diferentes entidades para brindar tratamiento médico y psicológico a las

víctimas, su acceso gratuito a la educación básica, secundaria, técnica y profesional y a planes de vivienda.

El delegado de la Fiscalía, el defensor del señor **Basto León** y varios abogados, representantes de algunas de las víctimas, apelaron el fallo.

La Sala se pronuncia sobre tales impugnaciones.

ANTECEDENTES

1. El 4 de marzo de 2006 de manera colectiva se desmovilizó el denominado “*Frente Héctor Julio Peinado Becerra*” de las Autodefensas Unidas de Colombia, AUC; entre los integrantes del grupo se encontraban **Jesús Noraldo Basto León** y **Armando Madriaga Picón**.

2. El 15 de agosto de 2006 el Gobierno Nacional postuló a **Basto León** y **Madriaga Picón** para acceder a los beneficios de la Ley 975 del 2005, quienes ratificaron su voluntad de someterse a ese procedimiento.

3. La Fiscalía de Justicia y Paz realizó los trámites pertinentes, que incluyeron la citación y emplazamiento de

las posibles víctimas y escuchar a los postulados en versión libre. En estas diligencias, los postulados admitieron haber militado en las AUC y participado en múltiples actos delictivos.

4. El 16 de junio y 4 de noviembre de 2009 un Magistrado de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal de Barranquilla realizó audiencia, en desarrollo de la cual la Fiscalía imputó a **Madriaga Picón** varias actividades delictivas. El 18 de febrero de 2009 y el 8 de junio de 2010 sucedió otro tanto con **Basto León**.

5. El 17 de septiembre de 2012 se instaló la audiencia, que se realizó en varias sesiones, en cuyo desarrollo la Fiscalía formuló cargos a **Madriaga Picón** por 35 hechos constitutivos de las conductas punibles de concierto para delinquir agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias, homicidio en persona protegida, secuestro, actos de terrorismo, tortura, secuestro simple, desplazamiento forzado, destrucción y apropiación de bienes protegidos, amenazas.

A **Basto León** le imputó 35 hechos por los delitos de concierto para delinquir agravado, desaparición forzada,

homicidio en persona protegida, falsedad material en documento público, fraude procesal, hurto calificado agravado, exacción o contribuciones arbitrarias, desplazamiento forzado, utilización ilícita de transmisores o receptores.

6. El 11 de junio de 2013 se dio inicio a la audiencia de incidente de identificación de víctimas y de las afectaciones causadas, de conformidad con el artículo 23 de la Ley 1592 del 2012, modificatorio del artículo 23 de la Ley 975 del 2005, la cual se desarrolló en siete sesiones.

7. Luego se profirió la sentencia impugnada.

LOS RECURSOS Y LAS CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De conformidad con los artículos 26, inciso 2°, de la Ley 975 del 2005 y 32, numeral 3°, de la Ley 906 del 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia por medio de la cual la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá

condenó a los señores **Armando Madriaga Picón** y **Jesús Noraldo Basto León**, lo cual hará en el entendido de que su competencia es funcional, esto es, se limitará a los aspectos objeto de inconformidad y a los que resulten inescindiblemente ligados a los mismos.

Por cuestiones metodológicas, la Corte atenderá inicialmente las pretensiones del señor defensor, como que, de prosperar, podrían incidir en la situación de las demás partes e intervinientes, cuyos requerimientos serán analizados luego de los de aquel.

I. La defensa del señor Basto León:

1. La condena por el hecho 2 (homicidio en persona protegida y desaparición forzada) surge errada frente a la prueba aportada por la Fiscalía, pues se sustentó exclusivamente en la versión del postulado, de la cual en modo alguno surge que hubiese dado la orden de matar a Carlos Andrés Carreño, en tanto solo dijo que se lo retuviera, se le aplicara el reglamento y lo mantuvieran allí.

De tal forma que el Tribunal suplió la falta de prueba con su particular entendimiento. Por tanto, no puede emitirse condena por homicidio y desaparición forzada en este caso, debiéndose absolver.

La Corte considera:

En la audiencia en la cual la Fiscalía formuló cargos y pidió su legalización, se generó un amplio debate, incluso con la activa participación de la magistrada ponente, respecto de si resultaba imputable o no al acusado, a título de coautor como enfatizó la acusación, la muerte de “*Caliche*”, quien a voces de la Fiscalía respondía al nombre de Carlos Andrés Carreño.

Por ello extraña que el Tribunal no hiciera una referencia, siquiera tácita, a la inquietud propuesta por la defensa, y en la que insiste en la apelación, sobre la inexistencia de prueba que lleve a condenar a **Basto León** como coautor de esas conductas punibles.

La Fiscalía fue enfática en referir que respecto del hecho de que se trata no se tenía siquiera un leve

conocimiento y que del mismo se supo exclusivamente por los señalamientos del postulado en su versión, de donde surge un tanto contradictorio que sus explicaciones no resulten recibidas en su real dimensión, o cuando menos que en forma razonable se hubiesen suministrado fundamentos para admitirlas en parte y rechazarlas en otro contexto.

En la versión del acusado, unida a las múltiples explicaciones que le fueron solicitadas en la audiencia, única prueba sobre la existencia del hecho y su responsabilidad, el postulado refirió los actos de indisciplina de “*Caliche*”, lo cual generó que, a modo de castigo, se le cambiaran sus funciones, con su disgusto en tanto lo despojaron de las armas, dándose a reiterar su mal comportamiento y a lanzar amenazas de contar hechos de la organización, entonces “*me llamó El Gato (me dijo) que ese man estaba en desorden y que qué hacía y yo le dije aplíquele los estatutos y téngalo castigado allá*”.

Luego de formular el cargo (ha debido hacerlo antes), la Fiscalía explicó que la mención “*aplicar los estatutos*” comportaba quitar la vida porque “*Caliche*” era un “*sapo*”, lo cual, de una parte, además de que parecería sugerir una especie de determinación, no de coautoría, parece que se

ubica en el campo de la interpretación de la Fiscalía, sin que apareciese debidamente acreditado.

De otra, la construcción de la inferencia no parece soportarse, cuando menos respecto de la ausencia de duda razonable, porque de lo expuesto parece derivar, no que el posterior occiso estuviese “*sapeando*” a la organización, sino que simplemente amenazaba con hacerlo ante la degradación sufrida, desde donde, con el mismo razonamiento propuesto por el acusador, parecería descartarse la pena de muerte porque aún no se era “*sapo*”.

Además, las propias palabras del procesado dejan en claro que para este (cuya versión es la única prueba existente) aplicar el estatuto no comportaba quitar la vida, o cuando menos no en el caso analizado, como que lo dicho fue que le aplicaran los estatutos “*teniéndolo castigado*”, expresión última que de necesidad comporta que lo mantuvieran con vida, porque mal podría ordenarse que tuvieran castigado un cadáver.

Lo último se ratifica cuando el postulado agrega que, tras alejarse del lugar unos días, al regresar “*pregunté por Carlos y me dijeron que lo había matado El Gato*”.

Si, como refiere la Fiscalía y en forma tácita admite el Tribunal (que no ofreció argumento alguno al respecto), la alusión a que a la víctima “*le fueran aplicados los estatutos*” no significaba nada diferente a que se le diera muerte, resulta contradictorio que con posterioridad el autor de ese mandato hubiese preguntado por su paradero, cuando, al decir de la acusación, tendría certeza de que había dispuesto su muerte.

En la audiencia de legalización de cargos la situación generó aún más incertidumbre, pues si bien el sindicato acabó reiterando que aceptaba los cargos y su responsabilidad, se infiere que ello fue producto de las intervenciones de la Fiscalía y de la magistrada ponente respecto de que, de no suceder tal cosa, sería investigado por la justicia ordinaria.

Lo cierto es que **Basto León** fue insistente en que jamás dio la orden de matar a “*Caliche*”, que es enemigo de ese procedimiento, que los castigos aplicados por él se referían a realizar más tareas, que la víctima era de su

confianza y con parentesco familiar, por lo cual no tenía el propósito de matarla, que sus instrucciones fueron mal interpretadas por sus destinatarios y que estos le quitaron la vida a “*Caliche*” porque le tenían envidia por ser de confianza del postulado.

Incluso advirtió que no tenía autoridad sobre “*El Gato*”, luego mal podía haberle ordenado matar a “*Caliche*”, pues para que aquel pudiera disponer de la vida de un compañero del grupo tenía que consultar al comandante de la región, que no era **Basto León**.

En modo alguno puede proferirse sentencia de condena, así se trate del proceso especial de justicia transicional previsto en la denominada Ley de Justicia y Paz, sin que exista prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y la responsabilidad del procesado.

No admite discusión que la versión del postulado estructura un medio de prueba, que debe ser verificado por las labores de investigación de la Fiscalía.

Y sucede que en el caso estudiado el único medio de prueba radica en las explicaciones del acusado y, según la

reseña que acaba de hacerse, si bien el elemento probatorio permite colegir en la estructuración de las conductas punibles, lo cierto es que deja serias dudas respecto de si la muerte de que dio cuenta puede imputarse a **Basto León**, cuando quiera que sus explicaciones (única prueba existente al respecto) solamente ofrecen incertidumbre sobre si sus palabras de mantener retenido al posterior occiso y aplicarle los estatutos comportaban necesariamente que estaba ordenando que lo mataran, o si el último acto fue decisión autónoma de los ejecutores materiales.

Cabe hacer un llamado de atención a la Fiscalía y al Tribunal atinente a que no se trata de proferir condenas a cualquier precio a partir de la simple aceptación del cargo por el postulado, cuando su versión (en el evento de ser prueba única) resulta contradictoria o rechaza la responsabilidad.

Admitir tal postura habilitaría el nefasto expediente de permitir el fraude a la ley, en tanto, por ese camino, puede presentarse la situación de que un acusado se preste para admitir delitos ajenos, en el entendido de que su sola postura será admitida sin cuestionamientos y finalmente el

número de muertos aceptados no variará la sanción máxima alternativa.

La incertidumbre puesta de presente, normalmente, dada la fase procesal en que se encuentran las diligencias, llamaría a absolver en aplicación del principio que reza que toda duda insalvable debe ser resuelta a favor del sujeto pasivo de la acción penal.

No obstante, el proceso de justicia transicional de la ley de justicia y paz está marcado por unos derroteros que establecen diferencias conceptuales que imponen una solución diferente. Por vía de ejemplo, y en lo que interesa a este asunto, quien se vincule al trámite es porque voluntariamente así lo pide, en el entendido necesario de que deberá confesar sus delitos y será condenado por ellos, en aras de hacerse a una sanción alternativa.

En ese contexto y por cuanto el sindicato debe contribuir a la reconciliación nacional y a garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación integral y no repetición, se le impone la carga ineludible de contribuir al esclarecimiento de los hechos de que tenga noticia.

Bajo tales lineamientos, en el caso concreto la solución que mejor atiende tales presupuestos es la declaratoria de nulidad a partir inclusive de la audiencia de formulación de cargos, en aras de que la Fiscalía replantee la situación, escuche a **Basto León** con el fin de dilucidar, con apoyo en otras pruebas (versiones de otros integrantes del grupo armado, por ejemplo), si este dio la orden de matar a “*Caliche*” o si tal acto se realizó de manera autónoma según las razones suministradas por el postulado.

Esclarecido tal hecho, será del resorte de la Fiscalía dilucidar si insiste en el cargo, con la consiguiente formulación y condena, lo cual generará la acumulación jurídica de penas, o si lo retira, o si lo propone respecto de otros sindicados.

Esta determinación torna inoficioso que la Corte se pronuncie sobre si hay lugar o no a reconocer víctimas indirectas (la madre del occiso), como lo reclaman la Fiscalía y uno de los apoderados de las víctimas, en tanto ello será tema a tratar y a resolver en primera instancia dentro del trámite que se siga.

La invalidación cobijará exclusivamente lo relativo al cargo de homicidio. No así lo atinente a la desaparición

forzada, porque si bien la Fiscalía no tuvo claridad conceptual en su exposición, como que pareció explicar que primero se causó la muerte y luego la desaparición, de lo que derivaría que esta se habría producido sobre un cadáver, lo cierto es que el Tribunal puso las cosas en su sitio y dilucidó que por algunos días se retuvo a la víctima, lo cual tipificó la desaparición forzada, que culminó el día en que se le dio muerte, sucesión de eventos que habilita la imputación de la concurrencia de las dos conductas, como se hizo.

Además de que la defensa recurrente no brindó argumentos respecto de por qué no había lugar a condenar por la desaparición forzada, no existe duda alguna del compromiso real del acusado respecto de la misma, pues según admitió en forma amplia expresamente manifestó que retuvieran a la víctima, la mantuvieran allí y precisamente de ese acto de retención se hace derivar la tipicidad y responsabilidad.

La decisión adoptada comporta que deba redosificarse tanto la pena principal, como la alternativa, lo cual se hará más adelante.

2. El Tribunal se equivocó cuando no legalizó el cargo del hecho 22 (utilización ilícita de equipos transmisores y

receptores), porque el mismo fue formulado por la Fiscalía y aceptado por el acusado. El yerro estriba en que la Corporación confundió este cargo con el del hecho 23, del que sí resultaba válida su no legalización en cuanto fue objeto de sentencia anticipada por la justicia común.

La Corte considera:

En la página 207 de su fallo, el Tribunal señala como hecho 23 que el 11 de septiembre de 2001 el postulado instaló una repetidora G-300 en el municipio de Belén de Los Andaquíes (Caquetá) con la finalidad de facilitar el accionar del grupo ilegal. Concluyó (página 210) que tal hecho sería legalizado “*como utilización ilícita de equipos transmisores o receptores de acuerdo a lo previsto por el artículo 197 de la Ley 599 del 2000*”.

En la hoja 208 se fija como hecho 22 la instalación en el año 2001 de una repetidora en el cerro La Jabonera del municipio de Ocamonte (Santander). Se agrega que en la audiencia la Fiscalía informó que el 14 de marzo de 2011 el Juzgado 3° Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga profirió sentencia anticipada por esta conducta contra el postulado, por lo cual “*el mencionado*

hecho no será legalizado y se tendrá en cuenta para la consiguiente acumulación jurídica de penas”.

En el ordinal cuarto de la parte resolutive del fallo se legalizó el hecho 23 y en el quinto se dispuso no hacerlo sobre el hecho 22, consecuencia de lo cual fue que en el ordinal séptimo **Basto León** fue condenado por el suceso 23.

En la audiencia del 25 de septiembre de 2012, la Fiscalía, al argumentar el cargo por concierto para delinquir, hizo referencia expresa a la sentencia anticipada proferida por el Juzgado 3° Penal del Circuito de Bucaramanga, en la cual el acusado fue condenado por el delito de utilización ilegal de transmisores y receptores, consistiendo el hecho en la instalación, entre febrero y marzo del 2001, de una repetidora en Ocamonte.

Finalmente, en el fallo del 14 de marzo de 2011, se lee que el Juzgado 3° Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga condenó a **Basto León** por el delito de utilización ilícita de equipos transmisores y receptores y fijó como hechos que en el año 2001 el acusado instaló una

antena repetidora en el cerro La Jabonera de Ocamonte (Santander).

La reseña previa demuestra que la equivocación la comete el señor defensor, no el Tribunal, en tanto el que se ha señalado como hecho 22, es decir, la instalación de una repetidora en el año 2001 en Ocamonte (Santander), fue el cobijado por la sentencia anticipada, resultando acertada la decisión judicial de no legalizarlo y considerarlo solo para acumular las sanciones, como que el aludido fallo abreviado no hace referencia al hecho 23 (la repetidora de Belén de Los Andaquíes).

Lo resuelto por el Tribunal en este sentido, será avalado.

3. La condena como cómplice del delito de exacción o contribuciones arbitrarias, siendo víctima María Antonia Castellanos Villamizar (hecho 32), es injusta, en tanto se sustenta, no en pruebas, sino en una hipótesis: que de las exigencias hechas a la población salían los recursos para pagar los honorarios del acusado. Por ese camino, cualquier integrante del grupo armado tendría que responder por la totalidad de actividades de la organización, así no hubiese

participado directa o indirectamente en ellas, en tanto su participación se deduciría simplemente por ser integrante del grupo.

La Corte considera:

La decisión será ratificada por cuanto no asiste razón al apelante, en tanto el sustento de la condena no fue el propuesto por el defensor.

Según se lee en la hoja 211 de la sentencia, la deducción de responsabilidad no obedeció al genérico argumento propuesto, sino a que el procesado “*se encontraba en la casa de la señora María Antonia Castellanos cuando fue capturado en compañía de otra persona, acusados de cometer el delito de extorsión. Como consecuencia del hecho salió desplazada la señora María Antonia Castellanos. El postulado aceptó su responsabilidad puesto que la instalación de las repetidoras repercutió en la extorsión*”.

Nótese que las razones aludidas por la defensa no aparecen plasmadas y, por el contrario, se indica que la condena surge de la aprehensión en flagrancia, cuando, con

otra persona, se dedicaba a hacer exigencias ilegales y que a estas contribuía la instalación de los aparatos, todo lo cual fue admitido por el postulado, de donde surgen suficientes elementos de juicio para deducir el delito y la responsabilidad.

Y de los documentos leídos por la Fiscalía deriva que esas exigencias ilegales, así como posteriores amenazas por haberse denunciado el hecho, generaron que la víctima se desplazara de la región de su domicilio hacia el extranjero.

4. La pena alternativa se muestra injusta, porque se fijó la máxima legal prevista, 8 años, cuando procedía una menor, en atención a los fines que debe cumplir la sanción, además de que la misma debe ser tasada siguiendo los lineamientos legales, esto es, de conformidad con la gravedad de los delitos y la colaboración efectiva del esclarecimiento de los hechos, que en el presente caso fue trascendente, de donde se imponía dar cabida a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

La Corte considera:

Si bien los argumentos del Tribunal no ofrecen la profundidad y extensión que hubiera deseado la defensa, lo cierto es que, así no los señale de manera expresa, ponderan los criterios por él propuestos, respecto del monto en que estableció la sanción alternativa.

Así, dijo que el beneficio debía relacionarse con la calidad, cantidad de delitos cometidos y las penas señaladas para ellos, contexto dentro del cual razonó que las sanciones legales correspondientes incluso pudieron ser mayores, tanto que la concurrencia de conductas hubo de ser limitada por el máximo permitido por el legislador, lo cual imponía que el castigo alternativo se tasara en virtud del mismo parámetro, esto es, el tope superior legal.

A ese razonamiento del Tribunal en forma válida pueden oponerse otros igualmente fundados, situación que en sí misma no muestra que aquel fuese arbitrario y, por ende, constitutivo de error judicial que deba ser enmendado por la segunda instancia, resultando acertada la tesis de la primera instancia respecto de que la colaboración ofrecida por el acusado para esclarecer los hechos imputados no puede constituir motivo suficiente para fijar el límite menor, como que esa es una premisa que necesariamente se debe

cumplir cuando en forma voluntaria el integrante del grupo armado ilegal se acoge a los postulados de la ley de justicia y paz.

Por el motivo propuesto en la impugnación, la sentencia será avalada, no obstante lo cual las penas principal y alternativa serán modificadas más adelante, en atención a que la condena no cobijará todas las conductas imputadas, según se ha reseñado.

5 y 6. El ordinal trigésimo séptimo de la parte resolutive del fallo, que exhortó a la Fiscalía para que formule al postulado cargos por utilización ilegal de uniformes e insignias, debe revocarse, en cuanto es claro que, dadas sus funciones dentro del grupo (manejaba las comunicaciones), **Basto León** nunca utilizó ese tipo de prendas.

Lo propio sucede con el ordinal trigésimo noveno respecto de la exhortación a la Fiscalía para que reciba nueva versión al acusado para imputarle los delitos en donde se demuestre que los sistemas de comunicación instalados por él facilitaron o contribuyeron a su consumación.

La Corte considera:

Con independencia de la razón que pueda asistir a los argumentos defensivos, lo cierto es que esas decisiones judiciales estructuran autos de sustanciación u órdenes y, por ende, no son recurribles por vía de apelación, como que la simple petición de que se investigue, o no, un presunto delito, no comporta condena alguna para el destinatario de esa averiguación, como que el titular de la acción penal bien puede considerar que no hay lugar a iniciar la misma o, en el supuesto de que lo haga, esta puede resultar favorable al sujeto pasivo.

Una exhortación comporta una advertencia, un aviso, un ruego, con el cual se intenta persuadir al destinatario de la misma para que haga o deje de hacer una cosa, de donde deriva que el Tribunal no dio orden a la Fiscalía al respecto (y mal podía hacerlo, en tanto esta es la titular, de manera exclusiva y excluyente, de la acción penal), sino que la invitó a que procediera de tal forma, de donde deriva que el ente acusador bien puede acoger o rechazar tal postura.

La Corte, por tanto, se abstendrá de conocer esos asuntos.

II. El delegado de la Fiscalía.

1. **Basto León** debió ser condenado como coautor de las exacciones perpetradas en Málaga y no en condición de cómplice, según hizo el Tribunal, en la medida en que hizo parte de la estructura del grupo ilegal y, por su especialidad, le era asignada la tarea de reparar radios y llegó a ser el “*comandante de las comunicaciones*”, luego no se trataba de un simple técnico electricista, sino que instalaba antenas y articulaba centros de acopio, teniendo un grupo de hombres bajo su mando para esas actividades.

La tecnología y las comunicaciones son importantes para las actividades de los grupos armados ilegales, pues ofrecen ventajas militares para sus objetivos de guerra y esos instrumentos fueron utilizados para transmitir las políticas de exterminio a fin de someter a la población civil.

El acusado detentaba posición de mando al punto que ordenó la ejecución de un subalterno (Carlos Andrés Carreño, “*Caliche*”), compartía la ideología del grupo y su labor contribuía a la materialización de sus actividades,

luego se puede predicar su responsabilidad en la comisión de los diversos delitos, incluido el de exacción derivado de las exigencias hechas a María Antonia Castellanos Villamizar, porque las finanzas del grupo eran vitales para poder operar y de allí salían los recursos para cancelar sus honorarios.

Así, la actividad del acusado no era insignificante, sino relevante para lograr los fines del grupo y por detentar posición de mando no puede limitarse su responsabilidad solo a los hechos conocidos de manera directa, pues todos los comandantes conocían las órdenes previas, luego el postulado tenía dominio del suceso, debiéndose deducir que fue un autor mediato (a través de aparatos organizados de poder) o un coautor.

La Corte considera:

La deducción de responsabilidad se modificará en los términos pretendidos por la acusación, esto es, que la imputación por la exacción cometida sobre señora María Antonia Castellanos Villamizar deberá deducirse a título de coautoría, que no de complicidad como hizo el Tribunal.

Pero ello se hará, no por las razones propuestas por la Fiscalía (el argumento de que hubiese ordenado ejecutar un homicidio no resulta de buen recibo, dada la decisión que la Corte adoptará al respecto), sino por las presentadas en respuesta a una de las impugnaciones de la defensa.

A voces de la hoja 211 de la sentencia del Tribunal, la deducción de responsabilidad obedeció a que el procesado *“se encontraba en la casa de la señora María Antonia Castellanos cuando fue capturado en compañía de otra persona, acusados de cometer el delito de extorsión. Como consecuencia del hecho salió desplazada la señora María Antonia Castellanos. El postulado aceptó su responsabilidad puesto que la instalación de las repetidoras repercutió en la extorsión”*.

Nótese cómo se indica que la condena surge de la aprehensión del procesado en flagrancia, cuando, con otras personas, se dedicaba a hacer exigencias ilegales y que a estas contribuía la instalación de los aparatos, todo lo cual fue admitido por el postulado, de donde surgen suficientes elementos de juicio para deducir el delito y su responsabilidad como coautor.

En la audiencia de legalización de cargos la Fiscalía dio lectura a piezas procesales del expediente ordinario seguido por este hecho y enfatizó que las contribuciones ilegales se venían reclamando desde meses atrás y se prolongaron incluso para la época en que se produjo la captura del sindicato en compañía de otras personas, siendo asociado a la comisión de esas exigencias.

El procesado, por su parte, admitió que si bien los hechos se iniciaron antes de su presencia en Málaga, estimó que está vinculado con la, por entonces, extorsión, dado que los dineros recibidos se destinaban para que él instalara la repetidora o antena.

Los elementos de juicio así presentados permiten inferir razonablemente que el postulado, junto con otros miembros del grupo, realizó las conductas imputadas, a modo de una división funcional de tareas, desde donde surge que los hechos fueron cometidos por esa agrupación y debe cargarse a esta, sin importar que individualmente cada uno de sus integrantes no hubiese recorrido todos los elementos del tipo penal. Cada uno de ellos, y por tanto el sindicato, será coautor de ese comportamiento. Así se modificará el fallo del Tribunal.

2. La señora Dora María Carreño, madre de Carlos Andrés Carreño, “*Caliche*”, no debe ser excluida como víctima indirecta con el solo argumento de que el parágrafo 2° del artículo 3° de la Ley 1448 del 2011 señale que los miembros de los grupos ilegales no serán considerados como víctimas.

La disposición debe ser valorada en armonía con el concepto de víctima de que tratan las Leyes 975 del 2005, 1448 del 2011, 1592 del 2012 y el Decreto 315 del 2007, resultando más garantista y aplicable el artículo 2° de la Ley 1592 del 2012, en la medida de no consagrar restricciones para que las víctimas del conflicto armado sean tenidas en cuenta, sin que pueda dejarse de lado que el proceso de justicia y paz tiene como su centro a las víctimas, cuya protección propicia el marco normativo internacional.

Por tanto, el artículo 3° de la Ley 1448 del 2011 marca una desigualdad no entendible desde el mismo concepto de víctima, desde donde se impone el principio *pro homine*, imponiéndose el deber de indemnizar a la señora.

Señala como desacertada la adecuación típica del Tribunal que cambió la propuesta por la Fiscalía, Homicidio en persona protegida (artículo 135.6 penal), por la de homicidio agravado, porque se trataba de un combatiente que depuso las armas.

La Corte considera:

Respecto de la adecuación típica dada al homicidio de “*Caliche*”, la Sala no se pronunciará, por cuanto ya indicó las razones por las cuales se impone anular lo actuado al respecto.

La decisión del Tribunal será ratificada porque, en efecto, el parágrafo 2° del artículo 3° de la Ley 1448 del 2011 expresamente señala que “*Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley no serán considerados víctimas, salvo en los casos en los que los niños, niñas o adolescentes hubieren sido desvinculados del grupo armado organizado al margen de la ley siendo menores de edad*”.

La Fiscalía parece ser del criterio de que ese mandato legal comporta que la afectada por la muerte de su hijo queda excluida de la posibilidad de que sus derechos a la verdad, justicia y reparación sean restablecidos, lo cual no consulta la realidad, en tanto los dos primeros se garantizan dentro del marco del denominado proceso de justicia y paz.

Y en lo relativo a la reparación integral por los daños y perjuicios causados, en modo alguno la disposición consagra que no tenga derecho a obtener y lograr su restablecimiento. No. Lo que hace la norma es delimitar parámetros respecto de quiénes pueden acceder a ejercer sus potestades en desarrollo del procedimiento previsto en la ley de justicia y paz.

Pero en modo alguno está señalando, como no podía hacerlo, que por no enmarcarse dentro de las exigencias específicas de esa ley, no esté facultada para acudir a los mecanismos ordinarios para reclamar la reparación.

La legislación de que se trata no varió ni restringió el concepto de víctima. Lo que hizo fue especificar quiénes, dentro de ese universo de víctimas, pueden acceder a los instrumentos de la justicia transicional, de donde surge que

las restantes, las que no estén incluidas dentro de esos concretos lineamientos, no es que pierdan su condición de afectadas, de perjudicadas, sino que deben acudir a los instrumentos normales, ordinarios, comunes, en aras de lograr su reparación.

Que la norma cuestionada hubiese fijado unos criterios de diferenciación, no infringe el postulado de la igualdad, sino que, dentro de la libertad de configuración que le es permitida, el legislador estableció parámetros para fijar razonables diferencias entre iguales, conforme con los cuales quien en forma voluntaria integre un grupo al margen de la ley y en desarrollo de su actividad ilegal reciba un perjuicio, no puede pretender acceder a unos procedimientos expeditos de reparación en idénticas condiciones de quien, actuando dentro de la legitimidad es perjudicado en sus derechos.

En los dos supuestos existen perjudicados, lo cual les genera derechos de reclamar y acceder a la reparación, desde donde existe igualdad de protección estatal, pero sucede que esa situación en la cual voluntariamente se puso el integrante del grupo armado ilegal comporta que este deba reclamar sus derechos a través de las vías

comunes, en tanto que quien se ajustó a la legalidad se encuentra habilitado para acudir a la reparación de que se trata en este asunto, contexto dentro del cual no se presenta discriminación alguna, sino un válido parámetro de diferenciación que deriva como consecuencia exclusiva del actuar libre del integrante de la organización armada ilegal.

En la sentencia C-253 A del 29 de marzo de 2012, la Corte Constitucional, al declarar con fuerza de cosa juzgada material la exequibilidad de la norma cuestionada, razonó a espacio sobre el tema con los siguientes argumentos que la Sala prohíja en su integridad:

«Como se ha dicho, el propósito de la Ley 1448 de 2011 y en particular de lo dispuesto en su artículo 3º, no es el de definir o modificar el concepto de víctima, en la medida en la que esa condición responde a una realidad objetiva, cuyos contornos han sido delineados de manera general en la ley, en instrumentos internacionales y en la jurisprudencia constitucional. Lo que se hace en la ley es identificar, dentro del universo de las víctimas, entendidas éstas, en el contexto de la ley, como toda persona que haya sufrido menoscabo en su integridad o en sus bienes como resultado de una conducta antijurídica, a aquellas que serán destinatarias de las medidas especiales de protección que se adoptan en ella. Para eso la ley acude a una especie de definición operativa, a través de la expresión “[s]e consideran víctimas, para los efectos de esta ley (...)”, giro que implica que se reconoce la existencia de víctimas distintas de aquellas que se consideran tales para los efectos de esta ley en particular, o, en sentido inverso, que, a partir del conjunto total de las víctimas, se

identifican algunas que serán las destinatarias de las medidas especiales contenidas en la ley.

Así, para delimitar su ámbito de acción, la ley acude a varios criterios, en primer lugar, el temporal, conforme al cual los hechos de los que se deriva el daño deben haber ocurrido a partir del 1º de enero de 1985; en segundo lugar, el relativo a la naturaleza de las conductas dañosas, que deben consistir en infracciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH) o violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos (DIDH), y, en tercer lugar, uno de contexto, de acuerdo con el cual tales hechos deben haber ocurrido con ocasión del conflicto armado interno. Adicionalmente, en la ley se contemplan ciertas exclusiones de ese concepto operativo de víctimas.

Es claro que de la anterior delimitación operativa que se hace en la ley no se desprende que quienes no encajen en los criterios allí señalados dejen de ser reconocidos como víctimas. Así, por ejemplo, quien haya sufrido un daño como resultado de actos de delincuencia común, es una víctima conforme a los estándares generales del concepto, y lo que ocurre es que no accede a las medidas especiales de protección previstas en la ley. Lo mismo sucede con personas que hayan sufrido un daño con anterioridad a 1985 o con quienes se vean de manera expresa excluidas del ámbito de aplicación de la ley por factores distintos.

De lo precedentemente expuesto se desprende entonces, que por virtud de lo previsto en el artículo 3 de la Ley 1448, quienes hayan sufrido un daño como consecuencia de infracciones al DIH o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos en condiciones distintas de las allí contempladas, no pierden su reconocimiento como víctimas, ni quedan privados de la posibilidad de acudir a los mecanismos ordinarios que se han establecido en la legislación ordinaria para que se investiguen y persigan los delitos, se establezca la verdad, se sancione a los responsables y se repare de manera integral a las víctimas, y que el sentido de la disposición es el de que, en razón de los límites o exclusiones que ella contiene, esas personas no tienen acceso a las medidas especiales de protección que se han adoptado en la ley, en el marco de un proceso de justicia transicional.

De este modo, pierden sustento las acusaciones contra la ley que parten de la consideración conforme a la cual las disposiciones demandadas desconocen el carácter de víctimas que tienen las personas que se encuentren en supuestos distintos de los que en ella se contemplan...

La primera observación que cabe hacer es que la ley, considerada en su conjunto, no restringe, sino que, por el contrario, amplía, los derechos de las víctimas del conflicto en un escenario de justicia transicional. Esto es, no desconoce ni recorta los derechos que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente para el momento de su expedición, tenían las víctimas para acceder a mecanismos de verdad, justicia y reparación, sino que establece medidas adicionales de protección que buscan brindar un amparo integral a las víctimas y hacer frente a una realidad objetiva que ponía en evidencia la dificultad que éstas tenían para hacer efectivas sus garantías.

Pese a que el texto del párrafo acusado se modificó durante el trámite del proyecto en el Congreso y la redacción final no circunscribe de manera expresa el ámbito de la exclusión al cometido propio de la ley, es claro que, a partir del contexto de la ley y del mismo artículo en el que se inserta la expresión, así como de los antecedentes legislativos, se puede concluir que no se niega la posibilidad de que los integrantes de grupos armados organizados al margen de la ley puedan, a su vez, en ciertas circunstancias, ser víctimas, y que el sentido del párrafo demandado es el de contribuir a delimitar el universo de los destinatarios de las medidas especiales de protección contenidas en la ley, en los términos del primer inciso de su artículo 3°...

Es claro entonces, que en los términos del Código de Procedimiento Penal, el cual no ha sido derogado, ni modificado por la disposición acusada, la acción penal del Estado debe emprenderse y proseguirse siempre que exista un delito, independientemente de la calidad del sujeto pasivo o víctima del mismo. En ese contexto, todas las personas que hayan sido víctimas de un delito tienen acceso a mecanismos de verdad, justicia y reparación, sin perjuicio de que, cuando a ello haya lugar, puedan acudir a otra instancias del Estado en procura de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que se les hayan ocasionado.

De este modo, la expresión demandada no excluye la posibilidad de que los integrantes de los grupos armados ilegales organizados al margen de la ley sean considerados como víctimas cuando hayan sufrido las consecuencias de un delito, ni la restricción del universo de quienes pueden acudir a las medidas especiales de protección previstas en la ley, impide que esas personas accedan, en calidad de víctimas, a los mecanismos ordinarios previstos en la ley para obtener la verdad, la justicia y la reparación...

Por otro lado, es claro también que, por efectos de la disposición acusada, no se sustrae a los integrantes de los grupos armados organizados al margen de la ley, del ámbito de protección de los instrumentos internacionales sobre DIH o del DIDH. Al efecto es preciso tener en cuenta que, independientemente de la posibilidad de referirse directamente al derecho internacional para invocar, cuando ello sea procedente, la aplicación de las normas de DIH y de DIDH que hacen parte del bloque de constitucionalidad, de manera expresa, en el Código Penal, entre las personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario, se encuentran los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga y “[c]ualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse”.

Así, ni la disposición acusada, ni ley de la que hace parte, desconocen, ni contienen previsión alguna que implique que hacia el futuro quepa negar la protección de los Convenios de Ginebra de 1949, ni de sus protocolos adicionales, a los intervinientes o a las víctimas del conflicto armado interno que sean, a su vez, integrantes de grupos armados organizados al margen de la ley. Tampoco cabe señalar que, a partir de las previsiones acusadas, el Estado pueda sustraerse de su deber de investigar, juzgar, sancionar y reparar los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio cometidos en el curso de conflictos armados internos, o que, por virtud de las mismas, quepa que hacia el futuro, en el marco del conflicto armado interno, las autoridades del Estado obren con desconocimiento del “principio de trato humanitario” que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, goza del rango de ius cogens, y en desarrollo del cual, las personas civiles y las personas fuera de combate

deberán ser tratadas con humanidad, y del que se deriva una serie de garantías fundamentales y salvaguardas humanitarias que son inherentes a la persona y deben ser respetadas en todo caso.

De lo anterior se desprende que, por un lado, en Colombia, toda persona que haya sido víctima de un delito, y en particular, aquellas que hayan sufrido un daño como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno, puede acudir a los mecanismos ordinarios que el ordenamiento jurídico ha previsto para garantizar los derechos a la verdad la justicia y la reparación, y, por otro, que conservan plena vigencia las prescripciones de DIH y de DIDH que buscan prevenir las violaciones de derechos y que brindan protección a todas las personas en el marco de los conflictos armados internos.

Pierden, por consiguiente, sustento los cargos que parten de la consideración de que por virtud de las expresiones demandadas, se niega el reconocimiento como víctimas de los integrantes de grupos armados al margen de la ley que hayan sufrido daño como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno y se los sustrae de los mecanismos de protección del derecho internacional y del acceso a medidas orientadas a probar el daño, obtener la verdad, la justicia y la reparación.

Para la Corte la condición de integrante de un grupo armado organizado al margen de la ley, sí es relevante para determinar la aplicación o no del conjunto de beneficios especiales previstos en la ley, y, en cuanto que el criterio fijado por el legislador no excluye a dichas personas de la posibilidad de acceder a los mecanismos ordinarios de verdad, justicia y reparación, ni los sustrae del ámbito de protección contemplado en instrumentos internacionales vinculantes para Colombia, no se opone, per se, a la Constitución, ni al bloque de constitucionalidad.

Por la naturaleza de las medidas previstas en la ley, que tienen carácter complementario y de apoyo en relación con las que de manera general se contemplan en el ordenamiento jurídico para la protección de las víctimas y la garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, no encuentra la Corte que, en general, la restricción impuesta por el legislador parezca irrazonable o desproporcionada...

Insiste la Corte en que es preciso tener en cuenta que las medidas adoptadas en la ley no sustituyen los procesos ordinarios a los que debe acudir cualquier persona que se considere víctima de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de graves violaciones de las normas internacionales de Derechos Humanos, en orden a obtener la verdad y la justicia, y que las medidas de reparación administrativa, tampoco sustituyen per se, las vías ordinarias para acceder al resarcimiento de los daños, al punto que quien acceda a ella, podría perseguir, también, la reparación en esas instancias, a las que solo renunciarían si así deciden hacerlo de manera expresa en un contexto transaccional.

Así, sin perjuicio de que quien integre un movimiento al margen de la ley pueda acudir a los mecanismos ordinarios para obtener la verdad, la justicia y la reparación que le correspondan si ha sido víctima de violaciones de sus derechos, no está en la misma situación frente a las medidas de protección especial y que, en buena medida, se orientan a la protección de quien ha sido injustamente afectado, no obstante encontrarse en el ámbito de la legalidad. Quienes están en los movimientos al margen de la ley se ponen deliberadamente en situación de riesgo y no es, por ejemplo, indiferente la identificación del victimario. El Estado asume la reparación, sin necesidad de acreditar quien es el victimario y aunque no se haya establecido la imputabilidad del mismo a una acción u omisión de su parte. No es la misma la situación de quien, por decisión propia y de manera antijurídica provoca situaciones dentro de las cuales pueda resultar afectado como víctima. Así, por ejemplo, la persona que, en ejecución de sus designios antijurídicos, se ve afectada por minas anti-persona, por la acción de francotiradores o por retención indebida, no puede alentar la pretensión de que se le brinde los

mismos medios expeditos y sumarios que el ordenamiento pone a disposición de quien se encuentra en el marco de la legalidad y es, en muchos caso, por completo ajeno al conflicto....

De este modo concluye la Corte que el parágrafo 2º del artículo 3 de la Ley 1448 de 2011, en cuanto dispone que no serán considerados víctimas los integrantes de los grupos armados organizados al margen de la ley, no es contrario a la Constitución, en la medida en que (i) no implica negar, de manera general, la condición de víctimas que pueden tener los integrantes de esos grupos como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de graves violaciones de las normas internacionales de Derechos Humanos en el marco del conflicto armado interno; por consiguiente, (ii) no los priva de la posibilidad de acceder, con la plenitud de las garantías, a las instancias ordinarias que el ordenamiento jurídico ha previsto para garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación; ni, (iii) los sustrae del marco de protección previsto en el DIH y el DIDH y (iv) comporta, únicamente, su exclusión de un conjunto especial de medidas de protección, complementarias y de apoyo, que se han previsto en la ley en beneficio que quienes, encontrándose dentro de la legalidad han sido víctimas de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de graves violaciones de las normas internacionales de Derechos Humanos en el marco del conflicto armado interno”.

III. Sobre la excepción de inconstitucionalidad:

Los apoderados de las víctimas se pronunciaron por la necesidad de que, ante la negativa del Tribunal, la Corte invoque la excepción de inconstitucionalidad respecto de los artículos 23 a 25 de la Ley 1592 del 2012, por cuanto

lesionan los derechos de las víctimas (siendo estas la razón de ser del proceso de justicia y paz), en tanto se les niega la posibilidad de cuantificar sus daños, lo cual comporta un retroceso.

Cuando se comete un delito, la consecuencia natural es que quien causa el daño deba repararlo y solamente de manera subsidiaria el Estado entre a suplir esa carga, lo cual se desnaturaliza con las disposiciones citadas, en cuanto impiden que el responsable del delito sea condenado a indemnizar los perjuicios.

La reparación de las víctimas, que resulta ser un derecho cierto, no puede supeditarse a la disponibilidad presupuestal, que se muestra válida para una distribución equitativa, pero no para dejar de reconocer judicialmente el derecho adquirido.

La vía adoptada por el Tribunal, en acatamiento a lo ordenado por la nueva ley, vulnera el derecho a la igualdad de varias víctimas, en tanto en fallos anteriores a un número significativo de ellas se les fijó el monto de los daños causados, por oposición a otras que no corrieron con igual suerte. A su vez, al aplicarse la Ley 1448 y el Decreto 4800 del 2011 se dejó por fuera del concepto de víctima a

los hermanos del occiso, cuando la legislación previa los habilitaba.

El argumento del Tribunal alusivo a que, por tratarse de normas procesales, se imponía su aplicación inmediata, no es admisible, como que ellas regulan derechos de las víctimas y, por tanto, se constituyen en disposiciones sustanciales.

Uno de los apoderados solicita se exija al Tribunal explique las razones por las cuales algunas de las víctimas no fueron incluidas en su fallo, con lo cual el trámite se ha convertido en un asunto casi notarial de enlistar personas para que pasen a otro proceso tortuoso por la vía administrativa.

La Corte considera:

(a) La Sala se abstendrá de pronunciarse sobre el pedido de que se aplique la excepción de inconstitucionalidad de las disposiciones de la Ley 1592 del 2012 que negaban al Tribunal de Justicia y Paz la posibilidad de cuantificar los perjuicios causados a las víctimas.

Lo anterior por cuanto mediante comunicado de prensa numero 10 del 27 de marzo de 2014, la Corte Constitucional anunció que, en fallo C-180 de esa fecha, resolvió:

*«Declarar **INEXEQUIBLES** las expresiones “las cuales en ningún caso serán tasadas”, del inciso cuarto del artículo 23 de la Ley 1592 de 2012 y el apartado “y remitirá el expediente a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas y/o a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas para la inclusión de las víctimas en los registros correspondientes para acceder de manera preferente a los programas de reparación integral y de restitución de tierras de que trata la Ley 1448 de 2011 a los que haya lugar” del inciso quinto del artículo 23, como también, el inciso segundo del artículo 24 de la Ley 1592 de 2012».*

La decisión se apoyó en argumentos que coinciden con los de los recurrentes, esto es, que en respeto del principio de juez natural es propio de la función del juez penal (en este caso el Tribunal de Justicia y Paz) que se pronuncie sobre los perjuicios causados a las víctimas, lo cual incluye su tasación.

De ese comunicado de prensa derivan dos cuestiones por dilucidar: (I) si el mismo, obliga, a pesar de la inexistencia de sentencia física y, (II) su incidencia dentro del trámite adelantado.

I. Por lo primero, la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto de que las decisiones de exequibilidad rigen desde el día siguiente al momento en que se dan a conocer en el comunicado de prensa, el cual coincide con la fecha de su adopción.

En la sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006 esa Corporación, al responder una inquietud de un demandante respecto de que la emisión de un comunicado de prensa comportaba que la sentencia como tal era inexistente y, por tanto, no obligaba, razonó así:

“Mediante escrito... el ciudadano... afirma que las demandas no debieron admitirse, por existir pleito pendiente, porque al proferirse el auto admisorio el 16 de Diciembre de 2005 no se conocía la sentencia inhibitoria dictada el 7 de Diciembre de 2005 en el proceso de constitucionalidad adelantado contra el mismo Art. 122 del Código Penal por la misma ciudadana... y que, por no existir ni haberse notificado una sentencia, dicho proceso no había terminado. Señala que en dicha fecha sólo se conocía un comunicado de prensa sobre la adopción de la decisión, que no puede sustituir a la sentencia...”

Por esta razón, no es procedente la consideración de la supuesta existencia de pleito pendiente como motivo de nulidad de este proceso.

Adicionalmente, si ello fuera procedente, no existiría fundamento para declarar la nulidad planteada, ya que es ostensible que al dictarse el auto admisorio de las demandas acumuladas, el 16 de Diciembre de 2005, esta corporación ya había proferido las sentencias inhibitorias C-1299 de 2005 y C- 1300 de 2005, el 7 de Diciembre de ese año, en los procesos de constitucionalidad a que se refieren los citados intervinientes, lo que significa que su afirmación no corresponde a la realidad.

En el mismo sentido, esta corporación ha expuesto en forma reiterada que cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexecuibilidad, y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o de su notificación o ejecutoria¹”.

II. En cuanto a la incidencia de la decisión constitucional sobre el trámite, debe decirse que mientras el Tribunal no hubiese modulado los efectos de la inexecuibilidad, recobran vigencia las normas derogadas (CSJ, auto del 29 de septiembre de 2003, radicado 20.153). Así, además, se lee expresamente en el comunicado de prensa en donde la Corte Constitucional aludió a la necesidad de que el Tribunal adelante en su totalidad el incidente de reparación integral previsto en la Ley 975 del 2005, esto es, que las disposiciones sobre la materia vuelven a tener aplicabilidad.

La vigencia de las normas derogadas debe cumplirse hacia el futuro, esto es, desde cuando surte efectos la sentencia de que se trata. En el evento analizado ello sucedió antes de que el fallo impugnado cobrase vigencia, lo cual, en principio, llamaría a la declaratoria de nulidad para

¹ Sobre el tema pueden consultarse las Sentencias C-973 de 2004, T-832 de 2003, C-327 de 2003 y C-551 de 2003, entre otras.

que se adelantase el incidente de reparación y, cuantificados los perjuicios de las víctimas reconocidas, se emitiera la sentencia que integrara lo allí decidido.

No obstante, debe decirse que lo actuado con antelación a la decisión adoptada por la Corte Constitucional no puede considerarse como violatorio del debido proceso, en cuanto la no cuantificación de los daños causados obedeció a la aplicación de la ley que por entonces se presumía conforme con los mandatos superiores y estaba en vigor, razones por las cuales no parece contar con soporte una invalidación del trámite.

Agréguese que la nulidad como sanción extrema solamente tiene cabida cuando el ordenamiento jurídico no brinde otra forma menos perjudicial para reparar el agravio.

Y sucede que, en virtud del principio de integración, el Código de Procedimiento Penal de la Ley 906 del 2004 ofrece una solución que resulta aplicable en este caso. En efecto, el estatuto procesal habilita que, encontrándose en firme la sentencia que declara la responsabilidad penal, se adelante el incidente de reparación integral.

De tal manera que en casos como el presente, en los cuales se agotó el procedimiento y se emitió el fallo sin cuantificar los daños de las víctimas reconocidas, antes del proferimiento de la sentencia constitucional, el Tribunal puede acudir a aplicar las reglas de la Ley 906 del 2004 relacionadas con el incidente de reparación integral y la decisión con que culmine será integrada al fallo penal.

En los eventos en donde no hubiere finalizado el incidente de identificación de víctimas y de las afectaciones causadas y/o no se hubiere proferido sentencia, el Tribunal habrá de adecuar el procedimiento según los lineamientos del fallo C-180 del 27 de marzo, esto es, dar cabida a las normas originales de la Ley 975 del 2005 sobre el incidente de reparación integral.

(b) Un apoderado recurrente censura que dentro de los cargos legalizados respecto del procesado **Armando Madriaga Picón**, en el caso número 4, donde la víctima directa es Eutor Emilio Bonilla Canónigo, sin explicación alguna fueron excluidas como víctimas Luz Dary Bonilla Chogo, Héctor Bonilla Chogo y Méldinson Chogo.

Le asiste razón al señor abogado, en tanto en la carpeta señalada como “*hecho 4*” postuló incidente de reparación de daños. Allí señaló que las tres últimas personas citadas tenían la condición de víctimas por ser hijos del fallecido y anexó documentos para acreditar el nexo y los perjuicios causados, de tal forma que se imponía al juez de primera instancia el deber de pronunciarse, en uno u otro sentido, sobre la petición hecha, con la consiguiente oportunidad, de resultar negativa su determinación, de permitir la impugnación.

La omisión no puede ser enmendada en sede de segunda instancia, en tanto se pretermitirían las reglas básicas de un proceso como es debido, porque el superior funcional está habilitado para enmendar los yerros del a quo, pero bajo el presupuesto necesario de que este se haya pronunciado en uno u otro sentido.

La Corte, como juez de segunda instancia, no puede reemplazar lo inexistente, esto es, mal puede adicionar, corregir o revocar lo que no se decidió. Por tanto, la competencia de la Corte solo surge después de que el juez de primer grado adopte una determinación que pueda ser

cuestionada por las partes, para que, así, enfrentados los dos criterios, pueda resolver lo que en derecho corresponda.

Por tanto, surge evidente que el Tribunal faltó a las formas del debido proceso al omitir pronunciarse sobre las pretensiones de quienes se anunciaron como víctimas y postularon les fueran reconocidos sus derechos.

La afectación de los derechos de estas víctimas es manifiesta y, por ende, exclusivamente respecto de ellas se declarará la nulidad de lo actuado, a partir, inclusive, de la última sesión del incidente de reparación integral, a efectos de que, previo a emitir el fallo respectivo, el Tribunal proceda en los términos reseñados arriba. En el evento de emitir sentencia, la misma deberá tenerse como integrada a la hoy revisada, en el entendido de que las penas principal y alternativa deben ser las ya impuestas.

La Corte no puede suplir la falta y reconocer los derechos reclamados, en tanto tal mecanismo vulneraría el principio y derecho fundamental constitucional de la doble instancia, porque lo censurado no es una decisión en uno u otro sentido, sino precisamente la ausencia de pronunciamiento.

Por la misma situación que impone idénticas razones y decisión, se invalidará lo relacionado con las siguientes víctimas:

1. Yazmín María, Mábel y Yony Delgado Angarita, quienes (dentro del hecho 8) reclamaron reconocimiento como hermanos del occiso Yesid Delgado Angarita.
2. Deycy María López Jiménez, quien en el caso 11 pidió ser reconocida como esposa del fallecido Eliobardo Hernando Salcedo.
3. José Trinidad Herrera acudió (caso 20) como hermano del occiso Eulogio Antonio Herrera Rincón.
4. Edwin Mauricio Enríquez Vera, quien pidió ser reconocido como hijastro del fallecido Nelson Gutiérrez Bonilla (caso 24).
5. Víctor Julio, Elifredo José, Sandra Patricia y Laritza Estela Pérez Martínez, quienes en el caso 29 solicitaron reconocimiento como hermanos del occiso Ebert Yesid Martínez.
6. Elías Obregón Sánchez, quien acudió como hermano del occiso Arsenio Obregón Sánchez (hecho 32).

(c) Por idénticas razones de hecho y de derecho a las plasmadas en el apartado anterior, la Corte concluye que le asiste razón al segundo apoderado de víctimas y, por ende, se impone la misma solución de nulidad, pues, de nuevo, el Tribunal faltó a las formas propias del debido proceso en tanto no hizo pronunciamiento alguno en relación con las solicitudes hechas por las siguientes personas a efectos de que fueran reconocidas como víctimas (cargos imputados a **Armando Madriaga Picón**):

1. Saides Barbosa, quien en el hecho 5 solicitó ser reconocido como familiar del occiso Luis Daniel Palacios Barbosa.
2. Viani García Sierra, quien acudió a reclamar dentro del hecho 7 (aunque la carpeta señala el número 7-2), donde figuran como fallecidos Ludis García Sierra y Wilson Solís Sierra.
3. Isnardo Torres Sánchez, Rosa Helena Herrera, Mayerly Herrera Gallardo, José del Carmen Herrera, Carmen Helena Gallardo, Gabriel Ángel Torres Navarro, Gabriel Ángel Torres Sánchez y Jamer Orlando Torres Sánchez, quienes solicitaron reconocimiento como familiares de

José Raúl Torres Sánchez y Diego Herrera gallardo, occisos en el hecho 9.

4. Reinalda Ríos de Parada, Judith Ríos Pérez y Olfar Ríos Pérez, quienes solicitaron reconocimiento dentro del hecho 10, homicidio de Nelson Ríos Pérez.
5. Ana Lucia, Argénida y Londi María Duarte Castro, quienes hicieron solicitudes dentro del hecho 17, por la muerte de María del Carmen Duarte Castro.
6. Astrid Sofia Botello, quien reclama como familiar de la occisa Myriam Botello de Acosta (hecho 26).

Sobre el caso 8, homicidio de Ludis García Sierra, la Corte ratificará lo resuelto por el Tribunal, pues, revisado el cuadro de folios 263 y 264 del fallo de primera instancia, se observa que fueron reconocidas todas las personas que hicieron postulación, según se observa en los documentos de la respectiva carpeta.

IV. La aclaración solicitada por la Unidad para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas.

La Corte atenderá positivamente la postulación de la entidad, en el sentido de aclarar que las exhortaciones que la sentencia de primera instancia le hizo deben ser entendidas como labores de mediación, de solicitud, de intermediación en aquellos eventos en los cuales no tenga poder de decisión ni disponibilidad presupuestal ni de ejecución.

La secretaría de primera instancia atenderá la solicitud de que se remita a esa Unidad la información de que trata el artículo 29 del Decreto 3011 del 2013.

V. La pena a cumplir por Basto León.

En razón de la nulidad a decretarse en razón del delito de homicidio, surge la necesidad de redosificar las penas principal y alternativa impuestas, por cuanto debe excluirse el monto relacionado con esa conducta, lo cual se hará con respeto a los lineamientos del Tribunal.

El Tribunal partió del delito más grave (precisamente el homicidio que se descarta), cuya pena va de 25 a 40 años de prisión, se ubicó en el cuarto máximo de movilidad (de 435 a 480 meses), para fijar 440. Por los delitos

concurrentes adicionó 40 meses, que equivalen al 9% del monto base.

Descartada esa conducta, surge como la más grave la de desaparición forzada cuya pena legal va de 20 a 30 años de prisión y de 1000 a 3000 salarios de multa, habiendo el Tribunal señalado 340 meses y 2600 sueldos.

El 9% de 340 meses (el nuevo monto base) equivale a 30,6 meses, que adicionados a esa cifra arrojan 370,6, pero se deben restar 5,6 meses, que surgen proporcionados en razón del delito de homicidio que se descarta del concurso, para que la pena de prisión quede en 365 meses. La de multa no sufre variación pues la conducta que se elimina del concurso no tiene fijado ese castigo.

El mismo criterio de razonabilidad, acatando los lineamientos del Tribunal, comporta que la pena alternativa deba quedar en 7,5 años.

En mérito de lo expuesto, **la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **Declarar la nulidad parcial** de lo actuado a partir, inclusive, de la audiencia de formulación de cargos, ***exclusivamente*** en lo relacionado con el cargo de homicidio en la persona de Carlos Andrés Carreño, alias “*Caliche*”, formulado a **Jesús Noraldo Basto León** en el hecho número 2.

2. **Declarar la nulidad parcial** de lo actuado a partir, inclusive, de la última sesión de la audiencia del incidente de identificación de las afectaciones causadas, ***exclusivamente*** respecto de las víctimas relacionadas en la parte motiva dentro de los hechos imputados al procesado **Armando Madriaga Picón**.

3. **Modificar** la sentencia recurrida, ***exclusivamente*** para deducir que **Jesús Noraldo Basto León** es coautor (no cómplice) del delito exacciones o contribuciones arbitrarias, imputado en el hecho 32.

4. **Modificar exclusivamente** las penas, principal y alternativa de prisión, impuestas a **Basto León**, para dejarlas en 365 meses y 7,5 años, respectivamente.

5. **Aclarar** la sentencia del Tribunal en el sentido de que las exhortaciones hechas a la Unidad para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas deben ser entendidas como labores de mediación, de solicitud, de intermediación, en aquellos eventos en los cuales no tenga poder de decisión ni disponibilidad presupuestal ni de ejecución.

6. **Abstenerse** de pronunciarse sobre las exhortaciones hechas por el Tribunal a la Fiscalía General de la Nación para que reciba nuevas versiones o realice otras imputaciones al señor **Basto León**.

7. En virtud de la sentencia C-180 del 27 de marzo de 2014 de la Corte Constitucional, el Tribunal deberá adecuar el procedimiento en los términos aludidos en la motivación, a fin de adelantar el incidente de reparación integral respecto de las víctimas reconocidas.

8. En lo restante, que no fue objeto de impugnación, el fallo de primera instancia permanece vigente.

Contra esta decisión no procede 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

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria