

M. PONENTE : **LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ**
ACTA DE APROBACIÓN : **22/2017**
RADICADO : **05001 31 07 003 2016 00704**
CLASE DE ACTUACIÓN : **APELACIÓN**
TIPO DE PROVIDENCIA : **AUTO INTERLOCUTORIO (NULIDAD)**
FECHA : **07 DE MARZO DE 2017**
DECISIÓN : **CONFIRMA**
DELITOS : **CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO**

PROVIDENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA DE DECISION PENAL

Medellín, siete (07) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Radicado Nro. 05001-31-07-003-2016-00704

Proyecto aprobado según acta Nro. 22

Con el propósito de terminar el proceso por el mecanismo jurídico de la sentencia anticipada, ante la Fiscalía General de la Nación, Fiscalía Nacional Especializada de Justicia Transicional, se aceptó por parte del señor **JHON FREDY GONZALEZ ARAQUE** el cargo que por concierto para delinquir agravado, previsto en el Art. 340 inciso 2° del C. Penal, modificado por el Art. 8 de la Ley 733 de 2002, le formulara la Fiscalía Ciento Treinta y Dos Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito

Especializados. La emisión del fallo correspondió al Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín, que el 20 de septiembre último decidió declarar la nulidad de la actuación, a partir del auto del 10 de julio de 2012, a través de la cual se revocó la decisión inhibitoria y se decretó la apertura de la instrucción, inclusive.

ANTECEDENTES PROCESALES:

La Presidencia de la Republica en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, legales y es especial de las que le confiere la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la ley 548 de 1999 y por la Ley 782 de 2002, expidió la Resolución 091 del 15 de junio de 2004, mediante la cual declaró abierto el proceso de diálogo, negociación y firma de acuerdos con las Autodefensas Unidas de Colombia AUC, de que trata el artículo 3 de la Ley 782 de 2002. La citada resolución rigió a partir de la fecha de su expedición.

Así, el Gobierno Nacional, con base en el artículo 22 de la Constitución Nacional, el cual señala que la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento, y que las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) has manifestado su voluntad y compromiso de realizar todos los actos tendientes a la desmovilización de los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley que operan bajo su mando, emitió la Resolución nro. 158 del 1 de julio de 2005, donde para efectos de coordinar la dejación de armas del Bloque Héroes de Granada, reconoció la calidad de miembro representante a Daniel Alberto Mejía Ángel.

El 5 de julio de 2005, mediante la resolución 164, se creó una zona de ubicación temporal, con el propósito de concentrar y desmovilizar a los integrantes del Bloque Héroes de Granada en la finca “La Mariana” del corregimiento de Cristales del municipio de San Roque, Departamento de Antioquia, desmovilizaciones que empezarían a hacerse efectivas desde el 22 de julio de ese mismo año.

El 22 de julio de 2005, JHON FREDY GONZALEZ ARAQUE, suscribió acta ante la Fiscalía, manifestando su deseo de reincorporarse a la vida civil, y dejar su pertenencia al Bloque Héroes de Granada. Lo anterior de forma voluntaria y colectiva con otras personas, de conformidad con lo dispuesto en la ley 782 de 2002 y el Decreto 3360 de 2003. Acto seguido rubricó diligencia de compromiso en la misma fecha.

El 1° de agosto de 2005, Daniel Alberto Mejía Ángel, como representante del Bloque Héroes de Granada, con base en el decreto 3360 del 24 de noviembre de 2003 y la resolución 164 de 2005, elaboró y suscribió la lista de integrantes de dicho grupo, donde manifestaron su voluntad de reincorporarse a la vida civil, y donde aparece Jhon Fredy González Araque.

Posteriormente, mediante resolución del 16 de diciembre de 2005, la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados, profirió en favor del señor Jhon Fredy González Araque auto inhibitorio por el delito de concierto para delinquir, con fundamento en los artículos 50 y 60 de la Ley 418 de 1997, modificada por los artículos 19 y 24 de la Ley 782 de 2003.

El 24 de noviembre de 2006, la Fiscalía General de la Nación, en aplicación de lo normado en el artículo 15, inciso 2 de la Ley 600 de 2000, adecuando la conducta endilgada al procesado y variándola al punible de Sedición.

El 10 de julio de 2012, la Fiscalía 24 Especializada de Medellín, revocó la resolución inhibitoria y decretó la apertura de instrucción en contra del mencionado ciudadano, por el punible de concierto para delinquir agravado, recibíendosele indagatoria al procesado el día 20 de enero de 2016, donde corroboró su pertenencia al Bloque de las AUC “*Héroes de Granada*” y las funciones que le fueron asignadas. En dicha diligencia el Ente Fiscal le imputó el cargo de autor de la conducta punible de Concierto para Delinquir Agravado, previsto en el Art. 340 inciso 2° del C. Penal, modificado por el Art. 8° de la Ley 733 de 2002, el cual fue aceptado, y de paso hizo la manifestación expresa de acogerse a sentencia anticipada, cuya diligencia de formulación de cargos se verificó el día 1° de febrero de 2016, en la que nuevamente aceptó el cargo referido.

Se remitieron las diligencias a los Jueces Penales del Circuito Especializados de esta ciudad, correspondiéndole al Tercero, quien el 19 de mayo de 2016, asumió el conocimiento de la actuación y el día 20 de septiembre del mismo año, decretó la nulidad de lo actuado a partir de la decisión de la Fiscalía que revocó el auto inhibitorio y ordenó apertura a la instrucción, teniendo en cuenta que con dicha decisión se vulneró el debido proceso, el principio de favorabilidad y de confianza legítima, conforme con el numeral 2° del artículo 306 de la ley 600 de 2000, al abrirse

una nueva investigación por situaciones que se consolidaron en el tiempo, decisión contra la cual se interpuso el recurso de apelación por parte del ente acusador.

LA APELACIÓN

El doctor Hilton de Jesús Correa Córdoba, Fiscal 98 Especializado, interpuso y sustentó recurso de apelación en contra de la aludida decisión, argumentando que la ley 418 de 1997 con sus prórrogas y reformas, así como la ley 975 de 2005, regulan procedimientos que tienen como fin facilitar los procesos de paz y la reincorporación a la vida civil de los miembros de los grupos armados al margen de la Ley; sin embargo, ambas tienen diferencias sustanciales, pues mientras la primera contempla beneficios jurídicos como el indulto, la resolución inhibitoria, la preclusión de la investigación o la cesación de procedimiento por hechos constitutivos de delitos políticos (artículos 50 y 60, modificados por los artículos 11 y 17 de la ley 1421 de 2010); la segunda consagra una pena alternativa a la cual pueden acceder los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley que se hayan desmovilizado en virtud de un acuerdo con el Gobierno Nacional y sean postulados como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante dicho proceso.

La cesación del procedimiento, la resolución de preclusión o la resolución inhibitoria dependen del procedimiento que rige la actuación, esto es el previsto en la ley 600 de 2000 o en la ley 906 de 2004.

Al miembro del grupo armado que se le atribuye únicamente un delito político se le aplicará la ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por las leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006 y 1421 de 2010, pero si se le imputan delitos no susceptibles de los beneficios de la ley 782 de 2002, podrá ser postulado al procedimiento y beneficios consagrados en la ley 975 de 2005 (artículo 10 y 11 del decreto 1059 de 2008). La misma Corte Suprema de Justicia ha establecido que es notoria la diferencia entre ambos regímenes.

Se refiere el inconforme a apartes de la sentencia 29472 de la Corte Suprema de Justicia donde habla del concierto para delinquir como un delito de lesa humanidad y la C-004 de 2003 de la Corte Constitucional, que trata sobre los derechos de las víctimas, dejando claro que frente a los casos de impunidad por violación de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, la búsqueda de un orden justo, desplazan la protección de la seguridad jurídica y la garantía del non bis in ídem.

Subraya el hecho de que no existía marco de justicia transicional adecuado para las A.U.C. que exigiere mayor ductilidad hermenéutica por parte del operador judicial, frente a los instrumentos ordinarios de derecho aplicables.

Advierte que su decisión fue acertada en cuanto a la revocatoria de los autos inhibitorios que había decretado y motivado por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia radicado 26945 del 11 de julio de 2007, donde se establece la imposibilidad de cobijar con beneficios a autores rebeldes o sediciosos a los paramilitares. Considera que no es cierto que se esté violentando el debido proceso o garantías fundamentales, todo lo contrario, la decisión que se revoca es abiertamente inconstitucional, atenta contra los más elevados intereses jurídicos y las obligaciones constitucionales de la jurisdicción; no se puede equiparar el concierto para delinquir con la sedición.

Aduce que en los procesos tramitados en el marco jurídico de justicia transicional, donde la normativa es más flexible que la ordinaria, sin que se llegue a desconocer los derechos constitucionales y legales, es posible la revocatoria de providencias que tuviesen aparentemente firmeza material, porque si bien se profirieron en acatamiento a normas vigentes para la fecha en que aparecen expedidas, como el caso del inhibitorio en cuestión, este, en aplicación del bloque de constitucionalidad, de acuerdo al artículo 93 superior sí puede ser revisado.

Reitera que el inhibitorio sí podía revocarse y continuar con la investigación, en la forma que se adelantó, hasta la suscripción del acta para sentencia anticipada.

Solicita que se revoque la providencia de septiembre 20 del 2016, mediante la cual se anula la actuación desde la apertura de instrucción, para lo cual acude a lo regulado por el artículo 250 de la Constitución Política nuestra, donde se le impone la obligatoriedad de investigar todas las conductas que tengan la caracterización de delito y que le hayan llegado por algún medio a su conocimiento y sin poder renunciar al ejercicio de la acción penal, razón para dar continuidad a la investigación en este expediente en contra del desmovilizado Jhon Fredy González Araque, máxime que dentro de la actuación se encuentra con la confesión del implicado de haber incurrido en el delito por el cual se le procesa.

Finalmente, advierte que teniendo en cuenta que la ley 1424 de 2010 es uno de los instrumentos que integran el modelo nacional de justicia transicional del que hace parte la Ley 975 del 2005 (Ley de Justicia y Paz), la Ley 1421 de 2010 (Ley de Orden Publico) y la Ley 1448 de 2011 (Ley de Victimas), considera que el juez natural para dilucidar este conflicto no serían los Magistrados de Distrito de la justicia ordinaria, sino que la competencia radica ante los Magistrados de Distrito de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz con sede en Medellín; en ese sentido solicitó las diligencias sean enviadas allá.

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. Con pleno ajuste a la delimitación temática trazada por el artículo 20 transitorio de la Ley 600 de 2000, que señala que a los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior les corresponde conocer en segunda instancia, de los recursos de apelación en los procesos que conocen en primera instancia los Jueces Penales de Circuito Especializados, la Sala abordará la revisión del auto que decretó la nulidad de la actuación surtida en el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín.

2. De acuerdo con lo probado en la actuación, este trámite se originó en la Justicia Transicional, como consecuencia del diálogo entre el Gobierno Nacional y Representantes de las AUC en busca del sometimiento de estos últimos amparados en la Ley 418 de 1997 y teniendo en cuenta que la conducta reconocida para los desmovilizados se adecuaba a lo preceptuado en el Art. 468 del C.P., adicionado por el artículo 71 de la Ley 975 de 2005, que en el inciso segundo incluía como sediciosos a los miembros de los grupos de autodefensas. En este caso particular al señor González Araque se le recibió versión libre el 22 de julio de 2005, donde afirmó pertenecer al “*Bloque Héroes de Granada de las Autodefensas*” luego de lo cual signó diligencia de compromiso en los términos del Art. 63 de la Ley 418 de 1997, profiriéndose posteriormente resolución inhibitoria, en aplicación a lo dispuestos en el Art. 24 de la Ley 782 de 2002, que modificó el Art. 60 de la Ley 418 de 1997, que señala que:

*“Se podrán conceder también, según proceda, de acuerdo con el estado del respectivo proceso penal, la cesación de procedimiento, la resolución de preclusión de la instrucción o **la resolución inhibitoria**, a quienes confiesen y hayan sido o fueren denunciados o procesados por hechos constitutivos de los delitos a que se refiere este título y no hayan sido aún condenados mediante sentencia ejecutoriada.”*

La Sala coincide con los argumentos expuestos por la juez A quo, al considerar irregular la actuación reseñada, pues es evidente que al momento de la reinserción y la decisión en que se otorgaron los beneficios al desmovilizado González Araque, consagrados en la Ley 418 de 1997, modificada y prorrogada por la Ley 782 de 2002, en concordancia con el Art. 468 del C.P. que fue modificado por el artículo 71 de la Ley 795 de 2005, las disposiciones gozaban de plena vigencia y si bien esta última norma, en la sentencia C-360 de 2006, fue declarada inexecutable por vicios de procedimiento en su formación, el fallo produce efectos posteriores a su emisión.

Para corroborar lo anterior y con el propósito de resolver la inconformidad planteada por el señor representante de la Fiscalía, se aviene conveniente referir a una discusión en la que otra Sala de Decisión de esta Corporación¹ en la cual este ponente funge como revisor, emitió el pronunciamiento al respecto y se abordó el tema en términos que se comparten plenamente y que por resultar, *mutatis mutandis*, aplicables al presente asunto, se transcriben *in extenso* como sigue:

“El caso que ahora nos ocupa surgió como consecuencia de la presentación voluntaria ante las autoridades por parte del señor... dentro de un proceso de diálogo para la desmovilización de los grupos armados organizados al margen de la ley, siendo reconocido por el representante del Bloque Héroes de Granada de las Autodefensas Unidas de Colombia e incluido dentro del listado de los integrantes de la organización que dejaron las armas dentro del proceso de paz.

Para la época en que lo precedente ocurrió, se encontraba vigente la Ley 418 de 1997 (para la búsqueda de la convivencia y la eficacia de la justicia), su Decreto Reglamentario 128 de 2003 y la Ley 782 de 2002 que prorrogó y modificó la anterior (para la reconciliación y la convivencia a través del diálogo y la suscripción de acuerdos con grupos armados al margen de la ley).

El artículo 60 de la Ley 418 de 1997 (modificado por el artículo 19 de la Ley 782 de 2002), establece que se podrá conceder la cesación de procedimiento, la preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria a quienes confiesen y hayan sido o fueren denunciados o procesados por hechos constitutivos de los delitos a que se refiere el título correspondiente y no hayan sido aún condenados mediante sentencia ejecutoriada.

Respecto a los ilícitos objeto de este último beneficio, se condicionó su operancia para las conductas constitutivas de delito político - las definiciones consagradas en los artículos 467 (rebelión), 468 (sedición), 469 (asonada), 471 (conspiración) y 472 (seducción, usurpación y retención ilegal de mando), de la Ley 600 de 2000-, salvo actos atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión, según la preceptiva del artículo 50 de la Ley 418 de 1997, modificada por la Ley 782 de 2002.

Estas normas para la fecha, atendiendo al conflicto armado existente, se constituían en los instrumentos para la búsqueda de la convivencia pacífica en el país, dentro de los cuales se concebía el diálogo y la solución negociada, opciones estas que responden a la filosofía humanista y al amplio despliegue normativo en torno a la paz que la Constitución Política propugna, e igualmente a los principios del derecho internacional que defienden la solución

¹Auto del 6 de mayo de 2015, Sala Presidida por el Dr. César Augusto Rengifo Cuello.

pacífica de los conflictos externos y señalan el deber de todo Estado de no recurrir en primera instancia a la amenaza o al uso de la fuerza.

Confiando en este marco normativo y con la especial finalidad de obtener los beneficios consagrados en dicha legislación, desmovilizados como el aquí implicado, confesaron su pertenencia a la organización armada ilegal, las actividades que desarrollaban en su interior, el tiempo durante el cual habían militado, entre otros aspectos. Igualmente, realizaron todo el trámite allí dispuesto que en este caso incluyó la confesión y que culminó con la respectiva resolución inhibitoria.

En este interregno ocurrido entre la entrega voluntaria del procesado y la suscripción de compromisos -25 de julio de 2005- con el proferimiento de la resolución inhibitoria -4 de enero de 2007-, fueron introducidos dos cambios importantes:

1.- Ley 975 del 25 de julio 2005 mediante la cual se dictaron disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional, dispuso que las personas que se desmovilizaran dentro del marco de la Ley 782 de 2002 y que fueran certificadas por el Gobierno Nacional, podrían ser beneficiarias de resolución inhibitoria, preclusión de la instrucción o cesación de procedimiento, según el caso, por los delitos de concierto para delinquir, utilización ilegal de uniformes e insignias, instigación a delinquir así como fabricación, tráfico y porte de armas y municiones.

Así mismo, el artículo 71 de esta ley que adicionó el artículo 468 del Código Penal dispuso que también incurrirá en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal. En este caso, la pena será la misma prevista para el delito de rebelión.

2.- La Corte Constitucional, mediante sentencia C-370 del 18 de mayo 2006, declaró la inexecutable del último artículo mencionado. Tal declaración no afectó las situaciones consolidadas bajo su vigencia.

...

A partir de allí, recolecta el ente instructor prueba documental de la cual se desprende respecto del investigado la carencia de antecedentes penales², la propiedad del 50% de un bien inmueble³ y la ausencia de vinculación con grupos ilegalmente armados⁴. También obra la diligencia de indagatoria rendida por el desmovilizado en la que respecto a su pertenencia al bloque Héroes de Granada, precisó únicamente que ingresó en el año 2003 o 2004; permaneció aproximadamente un año; fue patrullero en la parte urbana, barrios Aranjuez, Manrique y comuna nororiental; recibía un pago de \$100.000 mensuales; para su labor portaba un revólver 38 y su munición; y, el máximo comandante era alias Don Berna. Deja constancia de que es su deseo aceptar los cargos imputados⁵.

Con base en estos elementos, la Fiscalía decide abstenerse de imponer medida de aseguramiento contra el implicado y declarar prescritos los delitos de utilización ilegal de uniformes e insignias y utilización ilícita de equipos transmisores o receptores⁶. Seguidamente, allega a la actuación como material probatorio la estructura de mando del bloque Héroes de Granada⁷.

Finalmente, como acto relevante, encontramos el acta de formulación de cargos para proferir sentencia anticipada por el delito de concierto para delinquir agravado⁸.

Frente a este panorama encuentra la Sala que es acertada la posición de la Fiscalía cuando afirma que existe un deber del Estado de garantizar los derechos humanos y

² Oficio 407953/SIJIN-GRIAC-29 del 14 de octubre de 2012, fl. 64

³ Certificado de la Subsecretaría de Catastro, fl. 66, Certificado de Libertad y Tradición fl. 69.

⁴ Oficio 1100/SIJIN-GRIAC-29 del 30 de octubre de 2012, fl. 72

⁵ Rendida el 9 de enero de 2013, fls. 78 a 82

⁶ Resolución del 23 de enero de 2013, fls. 84 a 101

⁷ Ver fls. 106 a 113.

⁸ Ver. Fl. 161

consecuentemente de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, todo lo cual se deriva no solo de los preceptos constitucionales sino de las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, concretamente de los artículos 1.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2.1 y 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e igualmente de los reconocimientos expresos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Pese a ello, nuestra Constitución Política y las demás reglas y normas que conforman el bloque de constitucionalidad, también admiten la posibilidad de que el legislador adopte instituciones de justicia transicional útiles y conducentes en la búsqueda y creación de condiciones que hagan posible, o al menos faciliten, el logro de la concordia y la paz política y social, propósito que trasciende el ámbito nacional.

En este sentido, cuando se emplean mecanismos de justicia transicional es apenas obvio que se generen constantes colisiones entre las obligaciones adquiridas por el Estado, frente a la necesidad de lograr una paz estable y duradera que se traduce en la terminación de un conflicto interno por medio de la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley.

Para equilibrar esta tensión, el legislador no solo cuenta con un amplio margen de configuración sino con autorizaciones constitucionales expresas para adoptar mecanismos judiciales y no judiciales para lograr la realización de principios como la justicia, la construcción de la verdad y la paz⁹. Dentro de tales herramientas se destacan las siguientes:

- i) Todas aquellas normas de carácter penal, tanto sustanciales como procesales, que implican un tratamiento punitivo más benigno que el ordinario, sea mediante la imposición de penas comparativamente más bajas, la adopción de medidas que sin eximir al reo de su responsabilidad penal y civil, hacen posible su libertad condicional, o al menos el más rápido descuento de las penas impuestas. Dentro de esta opción también se ha considerado la limitación de la culpabilidad de los autores de delitos menos graves para apoyar su reforma y reinserción.*
- ii) Las figuras tradicionales y permitidas por la Constitución Política como el indulto y la amnistía¹⁰, normalmente reservadas para los denominados delitos políticos, a través de las cuales se extinguen, respectivamente, las penas que se hubieren decretado e incluso la acción penal.*
- iii) Las estrategias a través de las cuales se busca privilegiar la búsqueda de la verdad, especialmente en su dimensión colectiva, en algunos casos a cambio de la aceptación de menores niveles de justicia y reparación para las víctimas. Entre esas figuras pueden mencionarse: las comisiones de la verdad, los programas de reparación, la justicia de género y los actos de conmemoración¹¹.*

Dentro de la opción dirigida a limitar la culpabilidad, tal como lo ha precisado la Corte Constitucional, el tratamiento diferencial frente a los menores responsables, o llamados integrantes rasos de las organizaciones criminales desmovilizadas, no implica que los delitos de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra cometidos de manera sistemática y que son delitos imprescriptibles, no se juzguen como lo argumenta el Fiscal en este asunto, y por ende que el Estado esté renunciando a sus obligaciones, lo que ocurre es que estos se imputarán y sancionarán en cabeza de sus máximos responsables, procesos que obviamente están encaminados al logro efectivo de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, y que tienen un procedimiento propio que inicia con su postulación por parte del gobierno Nacional.

En este contexto, debe considerarse que dentro del sistema de justicia transicional desde la Ley 418 de 1997 y sus respectivas prórrogas, pasando por la Ley 975 de 2005, la Ley 1424 de 2010 y la Ley 1448 de 2011 –Ley de Víctimas–, Colombia ha desarrollado una serie de instrumentos de justicia transicional para responder a diferentes coyunturas de violencia y

⁹ Ver sentencia C-579 de 2013

¹⁰ Constitución Política de 1991 Numeral 17 del Art. 150.

¹¹ Ver sentencia C-771 de 2011 Corte Constitucional

para cumplir con las finalidades de facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y que garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación.

...

Ahora, sin que sea del caso discutir asuntos relacionados con el principio de favorabilidad en virtud del cambio de legislaciones que ha operado desde el año 1997, de los pronunciamientos de inexecutableidad de la Corte Constitucional y jurisprudenciales por parte de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que para el mes de julio del año 2005, el implicado acreditó reunir todos los requisitos contemplados en el artículo 60 de la Ley 418 de 1997 y aunque en un principio el ilícito por el que aparentemente fue investigado no permitía verse beneficiado por una resolución inhibitoria, lo cierto es que con la entrada en vigencia de la Ley 975 de 2005, dicha posibilidad lo cobijó en razón de lo dispuesto en el artículo 71 que permitió enmarcar la conducta de los grupos de autodefensas dentro del delito de sedición.

No obstante que con posterioridad la Corte Constitucional declaró la inexecutableidad de este último artículo, la Fiscalía en este caso, al momento de inhibirse de continuar la investigación, contemplando esta posibilidad y con un criterio que bien puede o no compartir esta Sala, decidió mantener la aplicación de la norma inexecutable en favor del implicado en razón del principio de legalidad, pues los hechos ocurrieron con anterioridad al proferimiento de la sentencia en mención.

Esta decisión cobró entonces plena ejecutoria al no haber sido recurrida, sin que sea procedente ahora darle trascendencia a la adecuación típica que la Fiscalía consideró en ese momento, pues ello no es imputable al procesado. Con esta resolución entonces surgieron una serie de expectativas legítimas radicadas en cabeza del beneficiado, quien finalmente cumplió con los compromisos adquiridos y confió que a cambio de ello, el Estado mantendría su compromiso.

Pese a ello, la Fiscalía General de la Nación ignoró todo este procedimiento previo, pues años después, sin mediar siquiera una decisión de fondo que revoque la resolución inhibitoria, decidió aperturar una investigación contra el desmovilizado en la que no solo tipificó el ilícito previamente confesado de la forma más gravosa, sino que tuvo como fundamento normas y pronunciamientos jurisprudenciales que ni siquiera se conocían para el momento de los hechos ilícitos ni de la misma desmovilización. Incluso posteriormente y sin mediar prueba alguna, en el momento de resolver sobre la medida de aseguramiento, se aventuró a declarar la prescripción de otros delitos que no habían sido mencionados en esta actuación, ni confesados por el procesado.

Pues bien, tal como lo consideró la a-quo, este tratamiento por parte de la Fiscalía resulta totalmente desproporcionado e inaceptable; con el no solo se asaltó la buena fe y la confianza legítima del desmovilizado, sino que se desconoció en últimas el derecho al debido proceso en sus diferentes aristas.

Al respecto, bastante pertinente resulta traer a colación lo precisado por la Corte Constitucional en sentencia T- 399 de 2008:

“Pues bien, estima la Sala de Revisión que en materia de beneficios no ya económicos (vgr. salud, empleo, etc) sino jurídicos para los desmovilizados, se debe cumplir de buena fe con todas y cada una de las etapas que la correspondiente ley dispone para ser reconocido como desmovilizado y disfrutar, consecutivamente, de los correspondientes beneficios judiciales. Actuar de manera distinta no sólo configura una flagrante violación al debido proceso sino que termina por erosionar la confianza en las instituciones estatales de quienes deseen voluntariamente abandonar un grupo armado ilegal y reincorporarse a la vida civil. En otros términos, mediante tales actos, se deslegitima una de las más importantes políticas públicas existentes en materia de paz en Colombia, como lo es aquella de la desmovilización individual o colectiva de los actores armados.

En tal sentido, vulnera el derecho al debido proceso engañar a una persona que, mediante actos concretos, está manifestando ante las autoridades públicas su voluntad de abandonar un grupo armado ilegal, para luego adelantarle un proceso penal en el curso del cual tampoco las correspondientes autoridades investigativas y jurisdiccionales han tomado las medidas necesarias para reparar tal irregularidad. En otras palabras, se viola el artículo 29 Superior cuando, en vez de darle el correspondiente trámite a un acto de desmovilización individual se decide abrirle y continuar un proceso penal a una persona por un delito político, en los términos de la Ley 782 de 2002, es decir, se frustra un proceso real de abandono de las armas...”

Así las cosas, toda vez que en su oportunidad, la Fiscalía consideró, atendiendo al régimen vigente, que el señor GIOVANNI ARLEY ZAPATA en su calidad de desmovilizado podía ser merecedor del beneficio jurídico de la resolución inhibitoria, y éste a su vez se cumplió con el único compromiso que le fue impuesto: no cometer delito doloso dentro de los dos años siguientes; lo lógico es que surja en él la confianza legítima de que no va a ser juzgado nuevamente por los mismos hechos y menos bajo condiciones aún más gravosas.

Respetar las condiciones pactadas, en modo alguno puede ser entendido como un acto de perdón u olvido del delito, mucho menos como un incumplimiento por parte del Estado de las obligaciones internacionales, se trata de mantener un beneficio jurídico que surgió de una estrategia normativa inserta dentro de la política criminal del Estado para enfrentar el conflicto armado interno.

Aunado a ello, no sobra precisar que los compromisos internacionales para la efectiva persecución y sanción de ciertos delitos especialmente graves, recogidos en los instrumentos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de Derecho Internacional Humanitario y de Derecho Penal Internacional suscritos por Colombia, se centran en ilícitos de lesa humanidad –genocidio, desaparición forzada, desplazamiento forzado y tortura-, los cuales si bien han sido atribuidos a miembros de las autodefensas que en virtud de acuerdos con el Gobierno Nacional se han desmovilizado, tal situación no se ajusta a este caso donde lo endilgado al procesado no sobrepasa la mera pertenencia al bloque denominado Héroes de Granada, sin que se aluda a la comisión de otros actos de barbarie o se dé cuenta de delitos específicos de gravedad cometidos contra víctimas determinadas.

Asimilar entonces el caso del señor GIOVANNI ARLEY ZAPATA con el que se sigue contra los cabecillas de estos grupos como lo pretende el impugnante, conduciría a paradojas insalvables, como aquella de impedir que los miembros rasos de grupos armados ilegales no puedan ser objeto de una serie de beneficios y en cambio deba condenárseles por delitos más graves que aquellos por los que fueron investigados inicialmente con la consecuente e inminente privación de su libertad, mientras que a los cabecillas de estos grupos, tan solo se les puede imponer como pena máxima 8 años por el delito de concierto para delinquir y otros delitos de lesa humanidad, pena que a la fecha muchos de ellos ya han cumplido.

Tratamiento este que resulta totalmente desproporcionado e inaceptable, pues ante la ausencia de postulación por parte del Gobierno Nacional de los integrantes rasos de estos grupos paramilitares, lo procedente era que el mismo estado, representado en este caso por la Fiscalía General de la Nación, respetara las condiciones ofrecidas a estos desmovilizados y no procediera a suplir los vacíos legislativos con interpretaciones jurisprudenciales posteriores que solo hicieron más gravosa su situación.

Es más, siguiendo el hilo conductor del apelante, aunque se aceptara la posibilidad de que la Fiscalía en ejercicio del mandato dispuesto en el artículo 250 de la Constitución Nacional y de tratados Internacionales, deba desarchivar los procesos contra los desmovilizados, revocar los autos inhibitorios e iniciar las respectivas investigaciones, dicha decisión que obviamente desconoce el proceso de desmovilización y los compromisos adquiridos en razón de él por el Estado, implicaría inevitablemente la exclusión de todas las actuaciones surtidas con anterioridad al auto inhibitorio, es decir que no podría tener en cuenta el ente instructor el acto de desmovilización y la confesión que de allí surgió, únicas pruebas que soportan la acusación de la Fiscalía, pues por tratarse de elementos obtenidos bajo falsas promesas que llevaron a la propia autoincriminación, se tornan en pruebas ilegales. No puede desconocerse que en estos procesos, lo único que allega dicho ente investigador como prueba que permite inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad, es la voluntad del desmovilizado, de modo que sin esta, no habría lugar para atribuir conducta alguna.

Todo el análisis aquí realizado le permite a la Magistratura concluir que el desmovilizado GIOVANNI ARLEY ZAPATA al haber resultado favorecido con una resolución inhibitoria plenamente válida y ajustada a la normatividad vigente para el momento, y después de haber cumplido a cabalidad los compromisos y obligaciones derivadas del artículo 63 de la Ley 418 de 1997, adquirió el derecho a no ser juzgado nuevamente por la misma conducta, menos aun invocando interpretaciones extensivas, posteriores y abiertamente desfavorables y con la consecuente vulneración de sus garantías fundamentales, por lo que la Sala debe avalar todas las consideraciones expuestas por la a-quo.

Además, quiere resaltar la Sala que con esta clase de decisiones no se pretende ignorar los derechos de las víctimas de los grupos de autodefensas; sin embargo, tampoco puede pretermitirse que el concierto para delinquir es un delito de peligro que atenta contra la seguridad pública, independiente y distinto de los delitos específicos que comete la organización; sumado a ello, en este caso las víctimas concretas del actuar del procesado no se determinaron, y las muchas que han decidido hacer valer sus derechos como afectadas por las actuaciones del bloque Héroes de Granada, han acudido a la jurisdicción a través del proceso de Justicia y Paz, donde plenamente se pueden realizar los derechos que les asisten a la verdad, a la justicia y a la reparación.

Por otro lado, llama la atención como el Fiscal en su impugnación, con el ánimo de resaltar la flexibilidad de la justicia transicional para justificar la investigación iniciada nuevamente en este caso y hasta la transgresión del non bis in ídem, termina mezclándola con la justicia ordinaria al pretender que un proceso que inició bajo un marco transicional con unas reglas claras, ahora culmine como uno ordinario.

Finalmente, es importante resaltar la impertinencia de apoyar la revocatoria del inhibitorio en lo dispuesto por la sentencia C – 936 de 2010, no solo por su notoria posterioridad sino porque la misma no contiene una orden específica al respecto, ni su ratio decidendi puede considerarse que se ocupe concretamente del asunto en cuestión, ya que sus consideraciones están encaminadas, además de detectar una omisión legislativa, a estimar inconstitucional el artículo 2° de la ley 1312 de 2009 en cuanto estableció una nueva causal para la procedencia del principio de oportunidad, dirigida a solucionar el problema de la tropa paramilitar, en tanto con ella se violaba el “principio de legalidad, debido a que no establece de forma taxativa e inequívoca todos y cada uno de los elementos constitutivos de la causal, ni contempla criterios objetivos que orienten el margen de discrecionalidad que se reconoce al fiscal en esta materia”, lo cual estimó la Corte Constitucional impediría “que el juez de control de garantías pueda ejercer un efectivo control sobre la decisión del fiscal de dar aplicación al principio de oportunidad en situaciones concretas”.

De lo expuesto se colige que ello no topa con la situación sub júdice, así como la invocación de normas posteriores gravosas no podrían cobijar una regulación pasada sin violar el principio de favorabilidad”.

El caso que ocupa nuestra ahora nuestra atención es evidentemente similar, pues se emitió una resolución inhibitoria en los términos previstos en el Art. 24 de la Ley 782 de 2002, que modificó el Art. 60 de la Ley 418 de 1997, siendo claro que la fiscalía no tenía la facultad de iniciar una nueva investigación penal por los mismos hechos con una variación jurídica de la conducta punible, y al hacerlo vulneró principios como el *non bis in ídem*, favorabilidad, seguridad jurídica y confianza legítima.

La Colegiatura no puede desconocer que está en presencia de un caso que corresponde a la denominada justicia transicional, pues el señor Jhon Fredy González Araque hizo parte de un grupo de desmovilizados de las Autodefensas Unidas de Colombia, concretamente del Bloque Héroes de Granada, quien celebró el acuerdo de paz con el Gobierno Nacional, sin embargo, por asuntos que únicamente se pueden

atribuir al mismo Estado, la investigación no se ha regido por dichas reglas, como fue lo que se les prometió en aquella negociación, vulnerando así sus derechos y obviamente generándole falsas expectativas e inmensos perjuicios, porque el acto de desmovilización se dio por los beneficios jurídicos que el mismo conllevaba y que se han incumplido, y a pesar que González Araque Álvarez cabalmente acató el compromiso que adquirió en el acta que suscribió el 24 de julio de 2005, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 63 de la Ley 418 de 1997, prorrogada por el artículo 1° de la Ley 782 de 2002, motivo por el cual fue favorecido con una resolución inhibitoria, la Fiscalía mediante auto del 10 de julio de 2012, decidió decretar la apertura de la investigación penal en su contra por el delito de concierto para delinquir, siguiendo el desarrollo jurisprudencial sobre el asunto y variando palmaria y desfavorablemente las condiciones de su sometimiento al proceso.

Razón entonces le asiste a la funcionaria de primera instancia, pues se desconocieron las condiciones ofrecidas por el Estado para la desmovilización al señor González Araque, quien fue asaltado en su buena fe, vulnerando su derecho fundamental del debido proceso y con este los principios de confianza legítima y *non bis in ídem*, razones que llevan a la Sala a refrendar la decisión objeto de apelación.

Por causa de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** el auto interlocutorio de fecha, contenido y procedencia indicados, que por vía de apelación se revisa.

Regrese la actuación al Juzgado de origen, para que proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO