

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

AP2325-2014

Radicación n° 43251

(Aprobado Acta No. 123)

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

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Sala resuelve los recursos de apelación presentados por Luis Eduardo Ortíz Hernández y por su defensor, contra la decisión del 14 de febrero del presente año, adoptada por la Magistrada de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, concerniente a negarle al primero, la sustitución de la medida de aseguramiento.

ANTECEDENTES

Según la exposición que realizó el Fiscal 59 de la Unidad para la Justicia y la Paz, en la audiencia en donde se adoptó la decisión que se revisa, Luis Eduardo Ortíz Hernández, “a” Orlando García, ingresó a la guerrilla de las Farc el 5 de octubre de 1992, siendo asignado al Frente 56, donde llegó a ser el tercero en la línea de mando y se le encomendó el manejo de las finanzas. El 9 de septiembre de 2002, se desincorporó de

ese colectivo al margen de la ley, fecha en la que también se entregó en el Grupo de Caballería Mecanizado Guías del Casanare.

El Comité Operativo para la Dejación de las Armas, Coda, lo certificó el 15 de octubre de 2002 y, por lo tanto, desde ese momento adquirió la condición de desvinculado de la subversión. Mientras tanto, el Ministro del Interior, con oficio 32404, signado el 7 de noviembre de 2007 que le dirigió al Fiscal General de la Nación, lo postuló al procedimiento de la Ley 975 de 2005, como desmovilizado individual, de conformidad con la Ley 782 de 2002.

FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD

Luis Eduardo Ortiz Hernández¹, solicitó la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva por otra no privativa de la libertad, amparado en el artículo 18A que incorporó a la Ley 975 de 2005, el canon 19 de la Ley 1592 de 2012; igualmente, con apego a los preceptos 37, 38.2 y 39 del Decreto 3011 de 2013, puesto que cumple con las exigencias allí contenidas.

Por su parte, el defensor² añadió que el postulado se desmovilizó en el mes de septiembre de 2002, de manera que ya suma más de 8 años privado de la libertad por delitos cometidos con ocasión de su pertenencia al grupo armado ilegal, y sus sitios de reclusión han estado bajo la supervisión del Instituto Penitenciario y Carcelario, lo cual conduce a la aplicación del artículo 38.2 del Decreto 3011 de 2013 y contabilizarse el término de la restricción del derecho de locomoción desde el 25 de julio de 2005.

Argumentó, en cuanto a la conducta de su asistido, que en el centro carcelario se la certificaron en el grado de buena y, de parte del Inpec y del Sena, recibió diplomas de las actividades de resocialización que adelantó, básicamente módulos y cursos.

También, que Ortiz Hernández ha contribuido al esclarecimiento de la

verdad, siendo su aporte el de señalar fosas y suministrar información idónea, ya que, a partir de la misma, prosperaron las investigaciones por diferentes crímenes, aparte de que fue posible desarticular un grupo subversivo. No entregó bienes debido a que carece de ellos, tal y como se puede constatar con el Instituto Agustín Codazzi, quien alegó para abstenerse de otorgarle la respectiva certificación, que esos datos están restringidos a particulares.

En cuanto al requisito referente a que el postulado no haya cometido delitos dolosos luego de la desmovilización, indicó que debe hacerlo constar el ente acusador.

Finalmente, recordó que su protegido fue objeto de formulación de imputación e imposición de medida detentiva de carácter intramural y merece que ésta le sea sustituida por una que no comprometa su derecho a la libertad.

OPOSICIONES

1. Fiscalía³.

El representante de dicho ente indica con apego a pronunciamientos de esta Corte,⁴ que las leyes 782 de 2002 y 975 de 2005, aunque son herramientas jurídicas para superar el conflicto que se vive en el país y se complementan, realmente obedecen a estatutos diferentes en sus instituciones.

Igualmente, reproduce otros estimativos plasmados en los mismos proveídos y en la sentencia C-015 de 2014 de la Corte Constitucional, en que se deja sentado que la fecha de la postulación del desmovilizado, es la que determina el inicio de los 8 años de privación de la libertad, para el levantamiento de la medida de aseguramiento.

Concluye, que a Ortíz Hernández se le debe contabilizar ese término a partir del 7 de noviembre de 2007, por cuanto esa es la fecha de su postulación, mismo que no estaría concluido aún y ello hace improcedente la sustitución reclamada.

1. Representante de víctimas⁵.

Se muestra totalmente de acuerdo con las reflexiones del acusador y enfatiza que para reemplazarle a Luis Eduardo Ortíz Hernández la detención preventiva en centro de reclusión por otra que no comporte aflicción corporal, debe tenerse en cuenta el momento de la postulación que le hizo el Gobierno Nacional y, a partir de ahí, contar 8 años, pero como aún no han transcurrido, surge impróspera su aspiración.

1. El Procurador⁶.

A juicio suyo, la resolución del caso debe concentrar las leyes 975 de 2005 y 1592 de 2012; lo mismo que el Decreto 3011 de 2013 y, en vista de que el artículo 18A de la primera normatividad exige que se tomen en cuenta los 8 años de privación de la libertad para acceder a la medida de aseguramiento no privativa de la libertad, a partir de la postulación del desmovilizado, no procede el sustituto petitionado.

Además, sugiere que se tomen en cuenta los argumentos del fiscal y la jurisprudencia que trajo a colación, y que, otro tanto se haga con las reflexiones de la apoderada de las víctimas, a fin de no acceder a la sustitución deprecada por el sometido a la justicia.

DECISION IMPUGNADA

La Magistrada⁷ de primera instancia, antes que todo, sienta la base normativa, a partir de la cual resolverá el problema, como es el artículo 19 de la Ley 1592 de 2012, y las jurisprudenciales⁸ que reproduce parcialmente en la diligencia, y, ahí mismo, revela que la incógnita es si el punto lo dilucida el numeral 2 o el 5 del artículo 38 del Decreto 3011 de 2013.

Precisa que la imputación y la medida de aseguramiento de que fue objeto Ortiz Hernández le permiten tramitar la sustitución de ésta, mas como se desmovilizó individualmente, estando privado de la libertad, es imperioso aplicar la preceptiva 38.5 del mentado Decreto, y en vista de que su postulación a la Ley de Justicia y Paz, cuenta desde el 7 de noviembre de 2007, solo tendrá derecho a ella en el año 2015.

Defiende que se acojan, para resolver la cuestión bajo estudio, los criterios jurisprudenciales de que se valió, porque no hay duda que están referidos a la materia, mientras que los numerales 4 y 5 que contempla el artículo 38 del Decreto 3011 de 2013, simplemente desarrollan el parágrafo del canon 18 A de la ley transicional, en cuanto a las desmovilizaciones individuales o colectivas, para brindarles claridad y precisión

Bajo esas reflexiones no sustituyó la medida de aseguramiento y dio paso a la interposición de los recursos.

FUNDAMENTOS DE LAS APELACIONES

1. El Postulado⁹.

Mantiene su postura de aplicar el artículo 18A de la Ley 1592 de 2012 y el 38.2 del Decreto 3011 de 2013, porque cuando se desmovilizó, lo cual hizo individualmente, se

encontraba en libertad, panorama muy diferente a los que lo hicieron desde un centro de reclusión, a quienes el lapso exigido de restricción del derecho de locomoción, no se les puede contar sino desde la fecha de la postulación, razón por la cual sí les es aplicable el canon 38.5 al que aludió la Magistrada de Control de Garantías.

Proyecta, entonces, la definición de su situación y, para ello indica, que debe admitirse que el término de 8 años de privación de la libertad se cuenta a partir de su desmovilización y de su reclusión en un establecimiento sujeto a las normas jurídicas sobre control penitenciario.

No obstante, reflexiona sobre la necesidad de que su caso se enmarque en el canon 38.2 ya referido y se tome en cuenta, en pos de la sustitución que persigue, la fecha del 25 de julio de 2005 y controlar a partir de ahí, el cumplimiento de los 8 años de aflicción corporal, exigencia que ya satisfizo.

1. El Defensor10.

Crítica que la primera instancia adopte, como soporte de su decisión, interpretaciones de esta Corte y de la Constitucional que antecedieron al Decreto 3011 de 2013 y, que, por lo tanto, no se refieren a sus disposiciones; advirtiéndolo, igualmente, que el criterio dispensado por las mismas Corporaciones, carecen de fuerza vinculante por obedecer precisamente, a un criterio auxiliar, atendible siempre que no exista norma aplicable, lo cual no acontece en el presente evento, pues se dispone de la Ley 975 de 2005 y del Decreto que mencionó, normatividad que no está restringida a los guerrilleros que han hecho dejación de las armas.

En definitiva, clama porque se brinde solución al evento por la vía que ofrece el mencionado Decreto en su canon 38.2, que es el que recoge la situación de su prohijado,

dado que se desmovilizó encontrándose en libertad, en el 2002 y desde esa época, empezó la restricción del mentado derecho, lo que conduce a que los 8 años de detención intramural sean reconocidos a partir del 25 de julio de 2005 y, de esa manera, el requisito temporal ya estaría cumplido.

En ese orden, debe revocarse el auto impugnado y, en su lugar, asignarle a su defendido una medida de aseguramiento no privativa de la libertad.

TRÁMITE DE LOS RECURSOS

1. Fiscalía¹¹.

Su representante se remite a la exposición que presentó cuando manifestó su desacuerdo con la solicitud de cambio de la medida de aseguramiento y, de otro lado, subestima los planteamientos de los apelantes al concebirlas insustanciales. Propende así, por la confirmación de la decisión atacada.

1. Representante de víctimas¹².

Sigue consintiendo en que el término para la sustitución de la medida de aseguramiento rige a partir de la postulación, de donde concluye la necesidad de convalidar el proveído censurado.

1. Ministerio Público¹³.

Nuevamente, adhiere tanto al fiscal delegado como a la abogada de las víctimas.

CONSIDERACIONES

La Corte es competente para resolver este asunto, según lo dispuesto por el artículo 26 de la Ley 975 de 2005 y su norma modificatoria –canon 27- de la Ley 1592 de 2012, al igual que por lo prescrito en el precepto 32.3 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

Entrando en materia, se destaca que el presente caso lo caracteriza la pretensión de Luis Eduardo Ortíz Hernández consistente en que se le sustituya la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, impuesta por un Magistrado de Control de Garantías de Justicia y Paz, por otra que no le afecte el derecho de locomoción.

La Ley transicional, en su contenido original, no consagró que las medidas de aseguramiento que afectan el derecho a la libertad, única viable dentro de ese trámite especial, pudiesen ser reemplazadas por otras que lo mantuvieran incólume. Por esa razón, en circunstancias excepcionales, surgía imperioso recurrir al Código de Procedimiento Penal, donde sí fue plasmado dicho mecanismo, con el fin de someter a éste, situaciones reguladas por la mencionada normatividad.

Empero, el legislador quiso dotar el proceso transicional de ese instrumento, al advertir que en el mes de diciembre de 2014, una parte de los postulados a la Ley 975 de 2005, cumplirá en detención preventiva, la pena alternativa que señaló ese estatuto en su artículo 29, sin que hubiese culminado con sentencia, el trámite judicial diseñado para ellos. De darse esa situación, se deslegitimaría el encierro que superara ese lapso y que, claro está, se hubiera dado en total observancia de los principios y exigencias que gobiernan todo el trámite administrativo y judicial y, que, además, atan al

desmovilizado.

Por ello, desechó la solución cimentada en que mientras a los desmovilizados no se les condene dentro justicia y paz, deben seguir purgando las sanciones ordinarias y como éstas no son inferiores a 40 años de prisión, ninguna relevancia comportaría estar ad portas de que se surtiera el lapso de los 8 años relativo al singular castigo y aún se eche de menos el respectivo fallo condenatorio.

Ante esas circunstancias, el legislativo entronizó a través de la Ley 1592 de 2012, el mentado sustituto.

De hecho, la justificación anunciada por los ponentes de la iniciativa normativa, se compadece con lo acabado de explicar, obsérvese:

7 años después de la entrada en vigencia de la Ley de Justicia y Paz solo se ha proferido sentencia contra 13 postulados. De ahí que haya 1.900 postulados que se encuentran privados de la libertad, a la espera de ser condenados. La demora en los procesos y la existencia de mejores garantías en el sistema ordinario ha generado que más de 1.600 postulados renuncien a los procesos de Justicia y Paz.

De los 1.900 privados de la libertad, por lo menos 51 cumplirán 8 años de privación de la libertad (lo equivalente a la pena alternativa máxima) en diciembre de 2014, y se estima que a partir de entonces cerca de 60 postulados cumplirán 8 años de privación de la libertad cada año, según la fecha de su ingreso al centro de reclusión del INPEC.

Si bien podría argumentarse que los desmovilizados pueden permanecer privados de la libertad hasta el tiempo máximo de la pena principal (entre 40 y 60 años), no es menos cierto que la expectativa con base en la cual estas personas confiaron en el Estado y en el proceso, y a partir de la cual decidieron confesar los hechos en los que participaron, está fundada en una pena privativa de la libertad de máximo 8 años...14.

Así, de esa manera, en la Ley 975 de 2005, surgió para los desmovilizados, la alternativa representada en la sustitución de la medida de aseguramiento con miras a abandonar la reclusión antes de que se consolidara la pena alternativa que les corresponde purgar y de acuerdo al artículo 18A de dicha normatividad, introducido por el 19 de la Ley 1592 de 2012, se encuentra planteada en los siguientes términos:

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

1. Haber permanecido como mínimo ocho (8) años en un establecimiento de reclusión con posterioridad a su desmovilización, por delitos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley. Este término será contado a partir de la reclusión en un establecimiento sujeto integralmente a las normas jurídicas sobre control penitenciario;
2. Haber participado en las actividades de resocialización disponibles, si estas fueren ofrecidas por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) y haber obtenido certificado de buena conducta;
3. Haber participado y contribuido al esclarecimiento de la verdad en las diligencias judiciales del proceso de Justicia y Paz;

4. Haber entregado los bienes para contribuir a la reparación integral de las víctimas, si a ello hubiere lugar de conformidad con lo dispuesto en la presente ley;
5. No haber cometido delitos dolosos, con posterioridad a la desmovilización.

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

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

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

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

No está de más, porque concierne a la materia que aquí se debate, traer a tema los argumentos de que se valió la Corte Constitucional, para afirmar la exequibilidad del párrafo que precede.

4.5.8. De manera deliberada se omitió en su momento aludir a un tercer elemento común de los supuestos de hecho comparados, que es determinante para este caso. En las primeras líneas del primer inciso del artículo 19 de la Ley 1592 de 2012, se precisa que para poder solicitar la sustitución de la aludida medida de aseguramiento, es menester que la persona, además de haberse desmovilizado, haya sido postulada para acceder a los beneficios de la Ley 975 de 2005. Este es el sentido unívoco de la norma al decir: “El postulado que se haya desmovilizado estando en libertad (...)”. Con esta precisión normativa, es evidente que en ningún caso los ocho años de permanencia en un establecimiento carcelario pueden contarse antes de que la persona haya sido postulada para acceder a los beneficios de la Ley 975 de 2005. En el caso de las personas postuladas que se desmovilicen estando en libertad, este término se cuenta a partir de su posterior reclusión en establecimiento carcelario. En el caso de las personas postuladas cuyo grupo se desmovilice, y estén en ese momento privadas de su libertad, este término se cuenta a partir de su postulación. No es, pues, la mera circunstancia de estar recluso en un establecimiento carcelario la determinante para fijar el hito temporal, sino que, por el contrario, lo verdaderamente relevante es la confluencia de esta circunstancia con las de la postulación y la desmovilización.

4.5.9. El que en el caso de las personas que se encontraban libres el término comience a partir de su reclusión en el establecimiento carcelario, previa su postulación y desmovilización, es apenas una consecuencia lógica de su anterior estado de libertad, pues no sería posible contar ningún tiempo anterior por sustracción de materia. En el caso de las personas que estaban reclusas en el establecimiento carcelario, sin haber sido postuladas y sin haberse desmovilizado el grupo al que pertenecían, no habría ningún fundamento para aplicarles la Ley 975 de 2005, de la cual hace parte la norma demandada, hasta que tanto no sean postuladas y se desmovilice dicho grupo. La secuencia lógica en el primer evento es: postulación y desmovilización previas, reclusión posterior, mientras que en el segundo evento es: reclusión previa, postulación y desmovilización

posterior. Y es que en el primer evento la reclusión es posterior en el tiempo, en tanto resulta ser una consecuencia de la postulación y de la desmovilización, porque la persona se somete a la justicia estando libre; mientras que en el segundo evento la reclusión es anterior en el tiempo, en tanto resulta ser una consecuencia de la acción de la justicia, que obró a pesar de la voluntad de la persona e incluso en contra de ella y que, en realidad, la sometió.

4.5. Conclusión.

Al analizar el párrafo del artículo 19 de la Ley 1592 de 2012, que agrega el artículo 18 A a la Ley 975 de 2005, a la luz de los presupuestos del juicio integrado de igualdad, se pudo constatar que en ambos supuestos de hecho el hito temporal para empezar a contar o calcular el lapso de ocho (8) años necesario para solicitar la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva depende de los mismos factores: postulación, desmovilización y permanencia en establecimiento penitenciario. Así, pues, se hace evidente que no existe en realidad ninguna diferencia de trato y que, por lo tanto, no existe la discriminación que se señala en la demanda.(CC C-015/14).

Varias conclusiones surgen del apartado jurisprudencial acabado de reproducir, siendo la de mayor prevalencia, para los efectos que aquí se persiguen, la concretada en que no es autorizado deslindar en pro de la sustitución de la medida detentiva, los actos referentes a la desmovilización y postulación ante la Ley 975 de 2005, frente al de la reclusión y dentro de ese contexto alegar simplemente la primera junto a la última en aras de tener acceso al mecanismo, si se quiere, liberatorio.

Dentro de esa serie de requisitos que debe cumplir y, en lo posible, demostrar el postulado, se encuentra el que hace referencia a la satisfacción de la pena alternativa, que, como ya quedó indicado, fue lo que precipitó la implantación del sustituto al proceso especial transicional.

Debido a que dicho artículo se ocupa solo de dos situaciones en las que se pueden ver inmersos los interesados con miras a saber el momento a partir del cual rige ese quantum cronológico, siendo ellas las de quienes disponían o no de su derecho de locomoción para la fecha en que el grupo armado ilegal al que pertenecieron se desmovilizó, en tanto que las restantes había que deducirlas a partir de una labor hermenéutica, el Gobierno Nacional, con ocasión de la expedición del Decreto 3011 de 2013, reglamentario de las leyes 975 de 2005, 1448 de 2011 y 1592 de 2012, dio cabida a otras, intentando que las demás circunstancias que eventualmente cobijaran a los desmovilizados para contabilizarles la fase de reclusión intramural exigida, quedasen, más que concretadas, explicadas normativamente.

Lo hizo, entonces, de la manera como se detalla a continuación:

Artículo 38. Términos para la sustitución de la medida de aseguramiento. El magistrado con funciones de control de garantías podrá conceder la sustitución de la medida de aseguramiento, una vez solicitada por el postulado, cuando éste haya cumplido todos los requisitos a los que se refiere el artículo 18A de la Ley 975 de 2005. El término de ocho (8) años al que se refiere el numeral 1 y párrafo del artículo 18A, será contado así:

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

penitenciario, por delitos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley, el término de ocho (8) años será contado a partir del 25 de julio de 2005.

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

4. Para los postulados que al momento de la desmovilización colectiva del grupo armado al margen de la ley al que pertenecían, se encontraban privados de la libertad en un establecimiento de reclusión sujeto integralmente a las normas jurídicas sobre control penitenciario, tanto aquellos que fueron incluidos en listas de desmovilizaciones colectivas como los que no, el término de ocho (8) años será contado a partir de su postulación.

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

Conviene resaltar, que esa disposición, en manera alguna hace nugatoria la preservación del criterio de esta Sala¹⁵, en relación con la fecha o el fenómeno jurídico, a partir de los cuales empieza a tomarse en cuenta la privación de la libertad para efectos del cambio de la medida de aseguramiento, toda vez que es el resultado de profusos análisis de la Ley de Justicia y Paz; especialmente, frente a aspectos relativos a la

fecha de su expedición, el momento en que se declara al interesado apto para recorrer el camino de la alternatividad, los efectos de las desmovilizaciones al amparo de la Ley 418 de 1997 y las normas que modificaron y extendieron la vigencia de ésta, en relación con la dejación de las armas por parte de los integrantes de los grupos al margen de la ley; incluso, con uno de suma importancia como lo es el de la postulación.

No en vano, se observa identidad en los proveídos dispensados por esta Corporación, los cuales fueron reproducidos a su vez por el a quo y los adoptó como soporte de su decisión, con el transcrito canon del Decreto 3011 de 2013, en lo que a los presupuestos a tener en cuenta para controlar los 8 años de privación de la libertad en pos de la aplicación del sustituto, respecta.

En el caso concreto, el postulado y su defensor invocan la aplicación del numeral 2º ya reproducido, bajo el argumento de que aquel se desmovilizó, cuando aún no enfrentaba cárcel. Rechazan, por lo tanto, que la primera instancia hubiese decidido bajo la orientación del canon 38.5 que igualmente, aquí fue plasmado.

Cuando en el numeral 2 arriba copiado, se hace referencia a los integrantes de grupos armados organizados al margen de la ley que se desmovilizaron previamente al 25 de julio de 2005 y antes de esa fecha fueron reclusos en un establecimiento carcelario sujeto integralmente a las normas jurídicas sobre control penitenciario, por delitos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a dicho colectivo, incuestionablemente que está cobijando a los excombatientes que plenos de libertad para el preciso momento en que su grupo sostenía conversaciones dentro del marco de los acuerdos de paz con el Gobierno Nacional, hicieron dejación de las armas y asumieron unos compromisos, entre los que obra la cesación de las hostilidades; como también, no volver a delinquir; y ya luego, se produjo la concentración y su posterior internamiento en centro carcelario, según registraran o les fuese impuesta, después, alguna medida de aseguramiento o pena privativa de la libertad.

Lo anterior, se comprende de mejor manera, con la siguiente reflexión de la Sala:

Como se sabe, el acuerdo de paz con las Autodefensa Unidas de Colombia se inició desde el 29 de noviembre de 2002 cuando en carta que hicieron pública los representantes de la organización armada ilegal, declararon un cese de hostilidades con alcance nacional a partir del 1º de diciembre de ese año, y luego de los diálogos y conversaciones se culminó con la suscripción del acuerdo de paz de Ralito el 15 de julio de 2003, ratificado el día 13 de mayo de 2004 con la firma del acuerdo de Fátima.

En cumplimiento de lo pactado las Autodefensas Unidas de Colombia se comprometieron a “desmovilizar a la totalidad de sus miembros” antes del 31 de diciembre de 2005, en un proceso gradual que comenzó el 25 de noviembre de 2003 con la desmovilización del Bloque Cacique Nutibara en la ciudad de Medellín.

A través del comunicado del 12 de agosto de 2004 y la declaración del 7 de octubre denominada “Acto de fe por la paz”, las Autodefensas Unidas de Colombia reiteraron su voluntad de desmovilización, abriendo paso a una serie de actos colectivos de desmovilización y desarme que se iniciaron el 25 de noviembre de ese año en Turbo, Antioquia, con la entrega de armas del Bloque Bananero. El 10 de diciembre de 2004 se desmovilizó SALVATORE MANCUSO en el corregimiento Campo Dos del municipio de Tibú, Norte de Santander, con el Bloque Catatumbo y se extendió hasta el 11 de abril de 2006¹⁶.

Lo anterior significa que bajo unas mismas condiciones se llevaron a cabo las negociaciones con todos los Bloques y Frentes de las Autodefensas Unidas de Colombia, y es por ello que el proceso de Justicia y Paz a que están sometidos es uno mismo y el beneficio de la alternatividad penal que se ofreció es también similar para

todos.

(...)

A modo de simple aclaración la Sala indica que no fue sólo el Bloque Bananero el que se desmovilizó antes de la vigencia de la Ley 975 de 2005, lo hicieron 12 Frentes o Bloques de dicha organización armada ilegal y un total de 23 frentes hasta el 31 de diciembre de 2005 atendieron el compromiso de desmovilizarse, conforme a los acuerdos suscritos con el Gobierno. (CSJ AP, 5 Mar. 2014, Rad. 43024).

Así que, contrario a lo expuesto por los recurrentes, debe advertirse con total acierto, que antes de la vigencia de la Ley 975 de 2005, sí se materializaron desmovilizaciones colectivas y que quienes procedieron a ello, no es que estuvieren sufriendo confinamiento alguno; por el contrario, se encontraban en total goce de su derecho de locomoción.

Ese criterio, contribuye, además, a convencer a cerca de que el numeral 2 del artículo 38 del Decreto 3011 de 2013, se aplica a quienes se desmovilizaron en grupo y dieron ese paso desde la libertad o como se dijo recientemente "...aquellas personas que se desmovilizaron en cumplimiento de las conversaciones que se adelantaban en Santafé de Ralito, sin que aún se hubiera expedido la ley que para entonces ya se discutía" (CSJ AP, 9 Abr 2014, Rad.43178); nunca a los ex integrantes de colectivos armados, organizados al margen de la ley, que teniendo restringido ese derecho, se acogieron a los beneficios de la normatividad transicional, sin que la facción ilegal a la que estaban adscritos, se hubiese desmantelado.

Ambas perspectivas se compaginan con lo delineado sobre tal materia, por la jurisprudencia de esta Corporación:

En otras palabras, la lectura integral del artículo 18 A de la Ley 975 impone concluir

que para efectos de esa preceptiva, se encontraba en libertad el postulado cuya entrega se produjo en el acto público de dejación de armas del grupo armado al margen de la ley al que perteneció o cuando, con posterioridad a ese evento, individual y voluntariamente se entregó para hacer parte del proceso de Justicia y Paz.

Por el contrario, para las mismas finalidades, si al momento de la dejación de armas del grupo ilegal al que perteneció, el postulado se encontraba detenido, cualquiera fuera la causa, no es posible afirmar que su desmovilización se produjo en condiciones de libertad física, ni siquiera considerando una entrega voluntaria efectuada a la luz de anteriores ordenamientos como el contenido en la Ley 782 de 2002... (CSJ AP , 6 Mar. 2013, Rad. 40603).

Sería equivocado cobijar la situación de Luis Eduardo Ortiz Hernández con ese supuesto legal, contenido en el canon 38.2 del Decreto en análisis, cuando, como ya se indicó, se apartó de la guerrilla de las Farc, grupo por fuera de la ley que no ha depuesto las armas ni se ha desmantelado, de donde emerge que la dejación de las armas que propició el 9 de septiembre de 2002, bajo la egida de la Ley 782 de 2002, antes que ser colectiva, obedece a una de talante eminentemente individual.

Adicionalmente, porque cuando aspiró a las prerrogativas de la ley transicional, sufría los rigores del encarcelamiento, de donde se desprende que no fue en pleno ejercicio de su derecho de libertad.

Hay que agregar, que el postulado ostenta la condición de recluso de un penal, desde el 21 de noviembre de 2002 y su postulación data del 7 de noviembre de 2007, lo cual contradice prima facie, su manifestación que supone la adscripción a la Ley de Justicia y Paz en pleno goce de su derecho de locomoción.

Desde ese prisma, se sugiere inequívoco sostener que en vista de que Ortiz Hernández aspiró a los beneficios de la normatividad transicional desde un

establecimiento de reclusión, su suerte encaja en la hipótesis del artículo 38.5 del Decreto 3011 de 2013, lo que de suyo implica tomar los 8 años de privación de la libertad exigidos para la sustitución de la medida de aseguramiento, a partir de la fecha en que el Gobierno Nacional lo postuló, cual es, el 7 de noviembre de 2007, lapso no colmado aún.

Se concluye así, que la decisión de primer nivel fue acertada y, en razón de ello, se confirmará.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

Confirmar la decisión del 14 de febrero del presente año, proferida por la Magistrada de Control de Garantías, de Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, 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

1 Record: 33:07.

2 Record: 38:10.

3 Record: 49:27.

4 40603 del 6 de marzo y 41215 del 30 de mayo de 2013.

5 Record: 1:03:47.

6 Record: 1:06:25.

7 Record: 1:09:58.

8 Rdos. 40603, 41215, 41442 de fechas 6 de marzo; 15 y 19 de junio, de 2013, proferidas por esta Sala y C-015 del 23 de enero de 2014, de la Corte Constitucional.

9 Record: 1:28:24.

10 Record: 1:40:50.

11 Record: 1:49:01.

12 Record: 1:49:48.

13 Record: 1:50:42.

14 Exposición de motivos de las modificaciones introducidas por los ponentes el 8 de octubre de 2012 en el segundo debate en el Senado al proyecto de Ley 193 de 2011; Gaceta del Congreso de la República No. 681 de 2012. Es de aclarar, que lo anterior, hace parte del trámite de la Ley 1592 de 2012.

15 Se alude a los radicados 40603, 41215 y 41442 del 6 de marzo, 15 y 19 de junio, de 2013.

16 Tomado del documento “presentación general del proceso de paz con las Autodefensas” del Alto Comisionado para la Paz.