

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

AP3604-2014

Radicación nº 43188

(Aprobado Acta No.202)

Bogotá D.C., dos (2) de julio de dos mil catorce (2014)

I. VISTOS

Resuelve la Corte el recurso de apelación interpuesto por el defensor del postulado DAGOBERTO DUQUE RODRÍGUEZ, contra la decisión del 4 de Febrero de 2014, por cuyo medio la Magistrada de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá le denegó la sustitución de la medida de aseguramiento privativa de la libertad.

II. ANTECEDENTES

DAGOBERTO DUQUE RODRÍGUEZ perteneció al ELN, Frente Domingo Laín Sanz que hizo presencia en los municipios de Arauca y Arauquita. Dejó las armas y se entregó en el Batallón Caldas de Bucaramanga el 1º de abril de 2001, siendo recluido en establecimiento penitenciario desde el 14 de mayo de ese año por cuenta

de la justicia ordinaria.

El 23 de diciembre de 2002 fue certificado por el Comité Operativo para la Dejación de las Armas -CODA- y postulado por el Gobierno Nacional a la Ley de Justicia y Paz el 7 de noviembre de 2007.

El 17 de enero de 2014 DUQUE RODRÍGUEZ le solicitó a la Magistrada de Control de Garantías de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, le sustituyera la medida de aseguramiento privativa de la libertad, bajo el supuesto de que cumplía el requisito objetivo del tiempo, pues su desmovilización fue voluntaria mientras se encontraba en libertad.

El defensor coadyuvó la petición y agregó que en este caso se debe sustituir la medida con base en el numeral 2º del artículo 38 del Decreto 3011 de 2013, ya que la dejación individual de las armas la realizó antes del 25 de julio de 2005, específicamente el 23 de diciembre de 2002 e ingresó a un establecimiento de reclusión sujeto a control penitenciario, por tanto, el término de los 8 años se debe contar a partir del momento en que entró en vigencia la Ley 975 de 2005, caso en el cual descontó los 8 años el 25 de julio de 2013, verificándose el requisito para que se le conceda la sustitución de la medida de aseguramiento.

III. DECISIÓN IMPUGNADA

La Magistratura de Control de Garantías de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, en audiencia preliminar denegó la petición impetrada bajo el supuesto de que el postulado incumplía los requisitos exigidos en la Ley.

Encontró que la situación de DUQUE RODRÍGUEZ está inmersa en el numeral 5º del artículo 38 del Decreto 3011 de 2013, es decir, que se desmovilizó individualmente estando privado de la libertad, por tanto, la contabilización del tiempo de

reclusión para efectos de la sustitución tiene lugar a partir de la postulación por parte del Gobierno Nacional, que para el caso, ocurrió el 7 de noviembre de 2007, en consecuencia, no ha transcurrido los 8 años exigidos por la ley.

Advirtió el a quo, que en atención a que no se configuraba el presupuesto objetivo, se sustraía de estudiar los demás requisitos contenidos en el artículo 18A de la Ley 975 de 2005 exigidos para otorgar la sustitución pretendida.

Recurrido el auto, confirmó la decisión y concedió la alzada ante la Sala Penal de esta Corporación.

IV. LA IMPUGNACIÓN

DAGOBERTO DUQUE RODRÍGUEZ solicitó se le reconozca la voluntad que tuvo de entregar las armas, pues no es su culpa que cuando se desmovilizó no existiera la Ley de Justicia y Paz y que el Comité Operativo para la Dejación de las Armas (CODA) y el gobierno se hubieran demorado para certificarlo.

El defensor consideró que la decisión del a quo debe revocarse y, en su lugar, sustituir la medida de aseguramiento privativa de la libertad, por cuanto es el numeral 2º el que debe aplicarse en vez del 5º del artículo 38 del Decreto 3011 de 2013, ya que su desmovilización ocurrió estando en libertad y no privado de ella como afirma el Tribunal.

Señaló que su prohijado de forma voluntaria se presentó ante las autoridades militares de Bucaramanga el 1º de abril de 2001, no obstante fue certificado por el CODA hasta el 23 diciembre del 2002, momento en que de suyo ya se encontraba detenido, sin que por ese hecho pueda afirmarse que su desmovilización ocurrió en estado de detención como lo pregonan la Magistratura, para de esta forma negar la sustitución con base en el numeral 5º de la norma citada.

Afirmó que se violaría el derecho a la igualdad si DAGOBERTO DUQUE, quien dejó las armas voluntariamente y sin esperar beneficios, debe pagar más de 15 años de cárcel, mientras que los capturados o los que se desmovilizaron atendiendo a las prerrogativa de la ley, tan solo deben pagar 8 años.

V. INTERVENCIÓN NO RECURRENTES

1. La Fiscalía señaló que el tiempo que se tomó el CODA para expedir la certificación no admite cuestionamientos, pues fue el indispensable para verificar los elementos exigidos por la Ley con tal fin.

Comparte lo expresado por el a quo en el sentido que el momento a partir del cual se cuenta el termino de 8 años de privación de la libertad con efectos de sustitución es con la postulación, luego de haber expresado de forma voluntaria su deseo de acogerse al proceso transicional.

2. El Representante de Víctimas resaltó que el acto de dejación de las armas es solo uno, pero los efectos que produce son diferentes dependiendo de la finalidad de esa desmovilización.

DUQUE RODRÍGUEZ se desmovilizó dentro del marco de una ley diferente a la 975 del 2005, en consecuencia no puede beneficiarse de ella si no cumple los requisitos allí fijados como el de postulación, momento a partir del cual se cuenta el término de los 8 años para hacerse acreedor a la sustitución de la medida de aseguramiento.

3. El Ministerio Público comparte los argumentos de la Magistratura al considerar que la situación del postulado, por haberse desmovilizado privado de la libertad, se encuadra en el numeral 5º del artículo 38 del Decreto de 3011 de

2013, no cumpliendo con los requisitos de ley.

VI. CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el párrafo 1º del artículo 26 de la Ley 975 de 2005, modificado por el canon 27 de la Ley 1592 de 2012, en concordancia con el artículo 68 ibídem y con el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, esta Colegiatura es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la providencia proferida por la Magistrada de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, por cuyo medio denegó la sustitución de la medida de aseguramiento, solicitada por DAGOBERTO DUQUE RODRÍGUEZ.

2. El tema a dilucidar consiste en establecer a partir de qué momento los miembros de los grupos organizados al margen de la ley que se hayan desmovilizado individualmente antes de la expedición de la Ley 975 de 2005, se les empieza a contar el término de los 8 años para acceder a la sustitución de la medida de aseguramiento, contemplada en el artículo 38 del Decreto 3011 de 2013.

La desmovilización, según el artículo 9º de la Ley 975 de 2005, es el acto individual o colectivo de dejar las armas y abandonar el grupo armado organizado al margen de la ley, sea autodefensas o guerrilla, realizado ante autoridad competente.

En el caso de la desmovilización individual de quienes han hecho abandono voluntario del grupo armado organizado al margen de la ley, y se presenten ante las autoridades civiles, judiciales o militares, éstas, conforme el párrafo del artículo 53 de la Ley 418 de 1997 modificado por la Ley 1421 de 2010, deberán enviar la documentación pertinente al Comité Operativo para la Dejación de las Armas (CODA), el que luego de verificar las circunstancias en que se produjo la deserción, expide el respectivo certificado y lo envía al Ministerio de Defensa Nacional, entidad ante la cual el desmovilizado debe

manifestar su voluntad de ser postulado al procedimiento de Justicia y Paz y declarar bajo la gravedad del juramento su compromiso de cumplir con la Ley 975 de 2005 (inciso 2º artículo 10 Decreto 3011 de 2013).

Verificado lo anterior, el Ministerio de Defensa remite tal actuación al Ministerio de Justicia y del Derecho, quien elabora la lista de postulados y la envía formalmente en nombre del Gobierno a la Fiscalía General de la Nación.

En este orden de ideas es claro que en las desmovilizaciones individuales, el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Justicia y del Derecho, presenta ante la Fiscalía la postulación del desmovilizado, previa certificación del CODA y compromiso de quien dejó las armas de cumplir con las exigencias trazadas por la Ley de Justicia y Paz para hacerse acreedor a los beneficios por ella otorgados.

Definido lo anterior, el cumplimiento de los 8 años de cárcel como requisito para acceder a la sustitución de la medida de aseguramiento para el caso de los desmovilizados individuales se cuenta a partir de la postulación, pues sólo desde entonces adquiere la expectativa razonable de obtener el beneficio de la pena alternativa.

Sobre el tema, la Corte Constitucional en sentencia C-015/14, dijo:

4.5.7. En el caso sub examine se cuestiona de manera específica el hito temporal a partir del cual se debe contar los ocho años de reclusión en el establecimiento carcelario. Se argumenta en la demanda que para este cálculo debe tenerse en cuenta todo el tiempo que la persona haya pasado recluida en un establecimiento carcelario. Este argumento es inadmisibles en tanto y en cuanto pasa por alto uno de los elementos comunes anotados, el de haber sido miembro de un grupo armado al margen de la ley que se ha desmovilizado. Y es que si no hay desmovilización, no existe fundamento fáctico para aplicar la Ley 975 de 2005 y, por ende, para solicitar la audiencia prevista en el artículo 18 A de esta ley, agregado por el artículo 19 de la Ley 1592 de 2012. El tiempo que una persona haya pasado

recluida en un establecimiento carcelario antes de la desmovilización, es irrelevante para efectos de la Ley 975 de 2005. Y lo es, porque obedecía a la aplicación de la ley ordinaria y no implicaba nada distinto a lo que las demás personas, fuesen o no miembros de tales grupos, experimentaban. En ningún evento es posible, pues, que el hito temporal en comento sea anterior a la fecha de la desmovilización.

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 recluido 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 recluidas 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 (subrayas propias).

En desarrollo del anterior criterio, la Corte en decisión CSJ AP, 30 abr. 2014, rad. 43383 señaló:

“En consecuencia, la hermenéutica del numeral 2 del artículo 38 ibídem que se ajusta al contenido del artículo 18A de la Ley 975 de 2005 y a la interpretación de la Corte Constitucional, implica que el decreto reglamentario no establece nuevas hipótesis fácticas sobre la forma como debe contarse el término de 8 años para la sustitución de la medida de aseguramiento: simplemente dilucida cómo debe determinarse el tiempo de reclusión en una de las hipótesis fácticas de la desmovilización colectiva. Por ende, no se refiere a la dejación de armas de carácter individual, la cual está regulada en el inciso 5 de la citada preceptiva.

En efecto, se repite, el numeral 2 no está dirigido a los eventos de desmovilización individual sino exclusivamente a la desmovilización colectiva llevada a cabo antes del 25 de julio de 2005. Ello porque muchos bloques y frentes de grupos organizados al margen de la ley, como consecuencia de los diálogos con el Gobierno Nacional, dejaron las armas con antelación a la expedición de la ley y sus integrantes quedaron en libertad hasta que

la autoridad judicial competente dispuso su reclusión en centros penitenciarios sometidos a las reglas del INPEC, también antes de la promulgación de dicha normatividad y, por ello, se precisa que en ningún caso el término puede ser anterior a la expedición de la ley.

Lo anterior, además, porque con amplitud la Corporación ha explicado (CSJ AP 24 febrero 2009, Rad. 30999; 6 marzo 2013, Rad. 40603) cómo la dejación de armas realizada al amparo de la Ley 782 de 2002 difiere de la realizada a la luz de la Ley 975 de 2005, de forma que la desmovilización individual al amparo de ese estatuto no permite acceder en forma automática a la ley de Justicia y Paz, siendo indispensable la postulación del Gobierno Nacional como condición sine qua non.

Aún más, cuando el grupo ilegal permanece alzado en armas sólo puede hablarse de desmovilización individual y, acorde con las reglas previstas en el compendio normativo de la justicia transicional, los ocho años se contabilizan a partir de la postulación, pues sólo entonces se adquiere la expectativa de acceder a los beneficios de la justicia transicional.

En el anterior contexto, la Sala reafirma cómo la interpretación sistemática del artículo 18 A de la Ley 975 de 2005, reglamentada en el canon 38 del Decreto 3011 de 2013, implica que para acceder a la sustitución de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, el postulado debe haber estado detenido mínimo 8 años en centro de reclusión sujeto a las reglas de control penitenciario, así:

En los casos de desmovilización colectiva, desde el inicio de la privación de la libertad en centro de reclusión sujeto a las reglas de control penitenciario, cuando el postulado se hallaba libre al momento de la dejación de armas de la estructura armada a la que perteneció, fecha que en todo caso deberá ser concomitante o posterior a la expedición de

la Ley 975 de 2005.

Y a partir de la postulación por el Gobierno Nacional en todos los eventos de desmovilización individual, sea que el grupo al que perteneció el desmovilizado haya desaparecido, haya abandonado las armas o permanezca en el uso ilegal de las mismas, con independencia de que se hubiese entregado con antelación al amparo de otros ordenamientos jurídicos como el contenido en la Ley 782 de 2002.”(subrayas propias).

Del caso concreto

Según se infiere de las intervenciones de las partes en la audiencia respectiva, DAGOBERTO DUQUE RODRÍGUEZ,

i) Se desmovilizó individualmente el 1º de abril de 2001 a fin de obtener los beneficios de la Ley 418 de 1997, siendo recluido en establecimiento penitenciario desde el 14 de mayo del mismo año.

ii) Fue certificado por el Comité Operativo para la Dejación de las Armas -CODA- el 23 de diciembre del 2002.

iii) El Gobierno Nacional lo postuló el 7 de noviembre de 2007, para que entrara al proceso previsto en la Ley 975 de 2005.

El anterior recuento fáctico y jurídico permite evidenciar que si bien DUQUE RODRÍGUEZ se desmovilizó de forma individual estando en libertad, ello fue bajo las expectativas de la Ley 418 de 1997, antes de la expedición de la Ley de Justicia y Paz.

En vigencia de la Ley 975 de 2005, cuando manifestó su intención de acogerse a los

beneficios de esta, ya se encontraba detenido, por ello le asiste razón al a quo, cuando señaló que la situación del postulado está contemplada en el numeral 5º del artículo 38 del Decreto 3011 de 2013, es decir, que se desmovilizó individualmente estando privado de la libertad, en consecuencia, solo con su postulación el 7 de noviembre de 2007, adquirió la expectativa de obtener los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, momento a partir del cual debe contarse el término de los 8 años para la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva, según la normativa que dice:

“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 parágrafo del artículo 18A, será contado así:

1...2...3....4...

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.”

Bajo este parámetro, DUQUE RODRÍGUEZ aún no ha cumplido el término exigido de privación de la libertad para que se le otorgue la sustitución de la medida.

Y es que el hecho de estar detenido previo a la expedición de la Ley 975 de 2005, no indica que per se deba entenderse como postulado a los beneficios que con posterioridad otorgó dicha Ley, por cuanto de por medio está la voluntad expresa del desmovilizado de hacer parte de este proceso y cumplir con las exigencias

en él previstas, conforme el parágrafo del artículo 53 de la Ley 418 de 1997 modificado por la Ley 1421 de 2010, y hasta que esto no se cumpla, el Gobierno Nacional no lo puede postular, a pesar de que exista la certificación del CODA.

En consecuencia, el peticionario no satisface la exigencia contenida en dicha preceptiva para obtener la sustitución de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, motivo por el cual se confirmará la decisión recurrida.

RESUELVE:

1. CONFIRMAR la decisión del 4 de febrero de 2014 emitida por la Magistrada de Control de Garantías de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, conforme a los argumentos expuestos.

2. DEVOLVER la actuación al Tribunal de origen.

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

MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Radicado No. 43188

Con el respeto que profeso por las opiniones y el criterio de la mayoría, procedo a consignar las razones que me llevaron a salvar parcialmente mi voto en el auto de segunda instancia emitido el 2 de julio de 2014 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a través del cual dispuso confirmar la decisión proferida el 4 de febrero del mismo año por la Magistrada de Control de Garantías de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, por cuyo medio denegó la sustitución de la medida de aseguramiento solicitada por DAGOBERTO DUQUE RODRÍGUEZ.

1. La decisión adoptada por la Sala, acogió el criterio según el cual “el cumplimiento de los 8 años de cárcel, como requisito para acceder a la sustitución de la medida de aseguramiento para el caso de los desmovilizados individuales se cuenta a partir de la postulación, pues sólo desde entonces adquiere la expectativa razonable de obtener el beneficio de la pena alternativa”. (Resaltado fuera de texto).
2. Pues bien, el punto de disenso con la Corte se centra en la forma de contabilizar el lapso de los ocho años, por cuanto, como viene de verse, dispuso que el inicio del término

coincide con el momento de la postulación cuando se trate de desmovilizaciones individuales; criterio, en mi opinión, injustificadamente diferente a lo expresamente señalado en la Ley 975 de 2005 (artículo 18 A, adicionado por el 19 de la Ley 1592 de 2012).

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

Sin embargo, como pasados los ocho años de vigencia de dicha normativa, por diferentes razones no se logró que todos los desmovilizados estuvieran condenados por los delitos que confesaron, se hizo necesario prever la sustitución de la medida de aseguramiento, para cuya concesión el Legislador fijó varios requisitos, entre los cuales se cuenta el haber estado ocho años privado de la libertad en un centro de reclusión sujeto a las normas jurídicas sobre control disciplinario.

El artículo 18 A de la Ley 975 de 2005, que regula el caso, para iniciar el cómputo del término en cuestión, establece como criterio la comprobación de si el postulado realizó su desmovilización estando en libertad o privado de ella, no el de haberlo hecho en forma individual o colectiva.

Así, el numeral primero de dicho canon, al ocuparse de la determinación del lapso de los ocho años de quien dejó las armas estando en libertad, dispone que el mismo será contado a partir de la reclusión en un establecimiento sujeto integralmente a las normas jurídicas sobre control disciplinario. Dice el artículo 18A:

“El postulado que se haya desmovilizado estando en libertad podrá solicitar (...) una audiencia de sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario por una medida de aseguramiento no privativa de la libertad

(...). El magistrado con funciones de control de garantías podrá conceder la sustitución de la medida de aseguramiento (...) cuando el postulado haya cumplido con los siguientes requisitos:

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

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

4. Hay que reconocer que en la aplicación inicial de esta disposición, se observó que quienes se desmovilizaban estando privados de la libertad, eran miembros de grupos subversivos capturados, o que se entregaron voluntariamente mucho antes del año 2005; y en todo caso, su voluntad de dejar su accionar armado fue expresada después de expedida la Ley 975 de 2005, cuando ya estaban privados de la libertad por otro motivo, y lo hacían de manera individual, por lo que se asumió, como regla, el supuesto según el cual, cuando la desmovilización era individual y no colectiva, el tiempo de los ocho años necesarios para la sustitución de la medida de aseguramiento, se computaría desde el momento de la postulación; lo cual entonces fue respetuoso de la norma.

No obstante, con el paso del tiempo, se advirtió que dicha regla era inapropiada, por cuanto se presentaron desmovilizaciones individuales de personas que gozaban de

libertad; es decir, tal parámetro fue superado por la realidad.

5. Ciertamente, la regla impuesta por la Corte, de la cual disiento, supone que los desmovilizados individuales merecen un trato diferente a los colectivos, porque, según la providencia de la que me aparto parcialmente, el acto de postulación constituye condición esencial para ingresar a la justicia transicional. Sin embargo, esta consideración es contraria a la ley, por cuanto los desmovilizados colectivamente, solo después que agoten el trámite previsto en el artículo 3º del Decreto 4760 de 2005, podrían ser postulados. De hecho, a la Sala han llegado múltiples providencias en cuyos hechos se tiene claro que sólo después de la desmovilización colectiva es que se produce la postulación de aquéllos. Para sólo citar unos ejemplos:

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

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

* De igual forma, 209 personas del llamado “Bloque Pacífico” de “los Héroes del Chocó” se desmovilizaron el 25 de agosto de 2005 y fueron postuladas sólo hasta el 15 de agosto de

2006, según se lee en AP501-2014 Radicado 42686 de 12 de febrero de 2014, con ponencia del doctor Gustavo Enrique Malo Fernández.

Como se puede observar, no es cierto que los desmovilizados colectivamente, aspirantes a la indulgencia punitiva que ofrece la Ley de justicia y paz, se hallen postulados desde su dejación de armas y sometimiento a la justicia, sino que deben esperar el acto formal de postulación que le compete al Gobierno Nacional.

También la interpretación objeto de mi disenso, supone que si se presenta una desmovilización colectiva de personas recluidas en un centro carcelario, habría que contarles el tiempo para acceder a la sustitución de la medida de aseguramiento privativa de la libertad por una diferente, desde su ingreso al centro de reclusión; lo cual igualmente quebranta lo expresamente dispuesto en el artículo 18 A de la Ley 975 de 2005.

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

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

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

ocho (8) años será contado a partir de su ingreso a dicho establecimiento.

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

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

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

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

6. En la decisión proferida por esta Corporación, AP 1836-2014, radicación 43178 del 9

de abril del presente año, al explicarse el alcance de cada uno de dichos numerales, se indicó:

“El primer numeral del artículo 38 del Decreto 3011 de 2013, está orientado a regular la situación de quienes dejaron las armas estando en libertad, bajo la expectativa del cumplimiento de la Ley 975 de 2005, mientras que los numerales segundo y tercero, se ocupan de aquellas personas que se desmovilizaron en cumplimiento de las conversaciones que se adelantaban en Santafé de Ralito, sin que aún se hubiera expedido la ley que para entonces ya se discutía.

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

No obstante este pronunciamiento fue desconocido en el asunto de la referencia, volviendo a reiterar el parámetro del cual me aparto, el que, además de advertirse contrario a la Ley 975 de 2005 en los específicos términos del artículo 18A, constituye un obstáculo a la política pública orientada a la reincorporación de miembros de grupos armados organizados ilegales, particularmente de quienes estando en libertad deciden dejar las armas, pues pese a su voluntad de desmovilizarse y estar dispuestos a satisfacer todas las exigencias legales, se verían compelidos a permanecer privados de la libertad por un tiempo indefinido, que al margen de cuánto sea, no contará para acumular el máximo de 8 años de encarcelamiento -periodo al cual aspiran no exceder legítimamente, con base en la ley-. Esta inseguridad jurídica causada por la Corte, estimula al individuo a no acogerse al llamado a desmovilizarse,

emitido por el Gobierno Nacional a través de todos los medios masivos de comunicación.

7. De otra parte, conviene precisar que la Corte Constitucional, en sentencia C-015 de 2014, se ocupó exclusivamente de analizar la constitucionalidad del párrafo del artículo 18 A de la Ley 975 de 2005, y concluyó que el trato diferenciado allí contenido - consistente en contar el término de los ocho años de detención desde la postulación para quienes se desmovilizaron estando privados de la libertad, es decir, de manera distinta de la dispuesta para quienes lo hicieron estando en libertad-, respeta la Carta Política.

Adicionalmente, en el fallo atrás mencionado, la Corte Constitucional no hizo condicionamientos interpretativos de ninguna naturaleza con fundamento en los cuales se pudiera justificar la discriminación que realiza la Sala en la decisión de la cual me aparto parcialmente, ni consignó algún argumento que haya modificado la significación objetiva y razonable contenida en el numeral primero del artículo 18 A de la Ley 975 de 2005.

8. Como se puede ver, la distinción de si la desmovilización fue individual o colectiva para efectos de determinar la forma de computar el tiempo de los ocho años para que el postulado tenga derecho a la sustitución de la medida de aseguramiento, es artificial y repudia el orden normativo.

En este sentido, si bien estoy de acuerdo con la determinación de la Sala consistente en confirmar la denegación de la sustitución de la medida de aseguramiento en este caso, ello obedece a que, ciertamente, el tiempo de encarcelamiento de DUQUE RODRÍGUEZ debe contarse a partir de su postulación -7 de noviembre de 2007-, de acuerdo con el párrafo del artículo 18 A de la Ley 975 de 2005 y el numeral 5º del artículo 38 del Decreto 3011 de 2013, los cuales le son aplicables, no por tratarse de un

desmovilizado individual, sino por haberse acogido a la Ley 975 de 2005 estando privado de la libertad desde el 14 de mayo de 2001.

Con toda atención,

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Magistrado