

Myriam Ávila Roldán

Magistrada Ponente

AP337-2024

Radicado n° 64509

CUI: 08001221900220210001002

Aprobado acta n° 008

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por Hernán Giraldo Serna y su defensora, contra el auto del 2 de agosto de 2023, mediante el cual la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla resolvió la terminación del proceso de justicia y paz, y su exclusión de la lista de postulados.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

1.- Hernán Giraldo Serna conocido con el alias de «el taladro», «el patrón», «el tigre» y/o «el viejo», consolidó durante varios años un conglomerado de actividades delictivas en la región del Magdalena, en las que se destacó el tráfico de estupefacientes, la limpieza social y la extorsión, ante la llegada de grupos subversivos a la región, que amenazaban sus actividades delictivas.

2.- En 1982 conformó el grupo armado organizado al margen de la ley que se conoció con el

nombre de «Autodefensas Campesinas del Mamey», hasta el año 1995 cuando pasó a conformar las «Autodefensas Campesinas del Magdalena y Guajira» -ACMG-. Para el año 2002 creó el «Frente Resistencia Tayrona», hasta el 2005, año en el que pasó a ser el «Bloque Resistencia Tayrona», hasta la desmovilización colectiva del grupo armado ocurrida el 3 de febrero de 2006.

3.- Tras su sometimiento a la Ley de Justicia y Paz, en decisión CSJ CP, 18 jul. 2007, rad. 27019 la Sala de Casación Penal emitió concepto favorable a la solicitud de extradición formulada por el gobierno de Estados Unidos de América, la cual se materializó el 13 de mayo de 2008.

4.- El 18 de diciembre de 2018 la Sala de Conocimiento del Tribunal de Justicia y Paz de Barranquilla, condenó a Hernán Giraldo Serna a la pena alternativa de 8 años de prisión, por los delitos de desaparición forzada; homicidio en persona protegida; tortura en persona protegida; secuestro simple; secuestro extorsivo; deportaciones, expulsión, traslado y desplazamiento forzado de población civil; destrucción y apropiación de bienes protegidos; actos de terrorismo; actos de barbarie; amenazas; tratos inhumanos y degradantes en persona protegida; toma de rehenes; despojo en campo de batalla; exacciones o contribuciones arbitrarias; trata de personas; irrespeto a cadáveres; hurto; daño en bien ajeno; simulación de investidura o cargo; reclutamiento ilícito; acceso carnal con incapaz de resistir; acceso carnal violento en persona protegida; actos sexuales violentos en persona protegida; acceso carnal abusivo con menor de 14 años; Prostitución forzada o esclavitud sexual; estímulo a la prostitución de menores; aborto sin consentimiento; tráfico, fabricación o porte de estupefacientes; tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos; conservación o financiación de plantaciones; entrenamiento para actividades ilícitas y concierto para delinquir.

5.- En el mes de enero del 2021, Hernán Giraldo Serna regresó a Colombia por haber sido deportado por los Estados Unidos de América, luego de cumplir la pena impuesta

en su contra por el delito de tráfico de narcóticos, por lo que en la actualidad se encuentra recluido en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario «La Paz» de Itagüí.

6.- El 2 de agosto de 2021¹¹ la Fiscalía 10 Delegada de la Dirección Nacional de Justicia Transicional de Barranquilla, presentó solicitud de exclusión de la lista de postulados de Hernán Giraldo Serna.

III. LA PETICIÓN Y LAS INTERVENCIONES

3.1.- La fiscalía

7.- La fiscal 10 Delegada de la Dirección Nacional de Justicia Transicional de Barranquilla, solicitó la exclusión de Hernán Giraldo Serna por incumplimiento de los compromisos establecidos en la Ley de Justicia y Paz, de acuerdo con lo previsto en el numeral 1º del artículo 11A de la Ley 975 de 2005, adicionado por el canon 5º de la Ley 1592 de 2012².

8.- Aclaró que la solicitud no tiene como fundamento la comisión de delitos cometidos por el postulado con posterioridad a la desmovilización, por lo que de ninguna manera se pretende derrumbar la presunción de inocencia en cabeza de Giraldo Serna, bajo ese entendido, referenció que, con la presente petición pretende demostrar que cuenta con los elementos materiales probatorios que se requieren para terminar el proceso y excluirlo de la lista de postulados, por incumplimiento de la obligación de «no repetición» y a la vez de «no revictimización».

9.- Manifestó que las averiguaciones surgieron cuando tuvo conocimiento de la denuncia publicada el 1 de febrero de 2021¹³ en un medio de comunicación nacional impreso y a través de un noticiero de televisión donde se presentó un especial denominado «LA VERDAD DETRÁS DE LA BURKA»⁴, donde se señaló que Hernán Giraldo Serna, después de la desmovilización, reincidió en comportamientos revictimizantes al haber tenido contacto con menores de edad, quienes acudieron al establecimiento en el que se

encontraba recluido para tener relaciones sexuales con aquél.

10.- En esas noticias se destacó que varias de esas menores ya habían sido víctimas de delitos sexuales cuando el postulado ostentaba la condición de comandante de las Autodefensas Unidas de Colombia, hechos respecto de los cuales fue condenado en sede de Justicia y Paz bajo el patrón de criminalidad de violencia basada en género.

11.- Anunció que, para corroborar tales hechos, libró misión de trabajo al Cuerpo Técnico de Investigación [CTI], obteniendo como resultado la existencia de varias investigaciones [radicados 790016000193201600864, 470016001019201600355 y 47001606605520150099350] donde las víctimas [menores de edad] manifiestan que sostuvieron relaciones sexuales con el postulado después de la desmovilización y hasta cuando fue extraditado a los Estados Unidos de América.

12.- Allegó constancias de las cárceles de la Ceja y «La Paz» de Itagüí y «La Modelo» de Barranquilla, en las que se indica que Giraldo Serna pidió autorizar el ingreso de varias personas de sexo femenino y de sus respectivas entradas, entre las que se encuentran varias de las menores denunciadas.

13.- Conforme con lo anterior, consideró que existe prueba sumaria que demuestra que el postulado incumplió los compromisos propios de la Ley 975 de 2005, en especial, lo referente a la garantía de no repetición, es decir a que no se repitan los patrones de conducta o modus operandi en contra de las víctimas.

3.2.- El Ministerio Público y las víctimas

14.- La procuradora 353 Judicial II Penal de Barranquilla y los representantes de las víctimas, coinciden al indicar que se encuentra acreditado que, Hernán Giraldo Serna incumplió la garantía de no repetición de conductas victimizantes, porque dentro del presente incidente la fiscalía demostró que, el postulado, durante su permanencia en las

Autodefensas Unidas de Colombia, cometió conductas de violencia sexual, las cuales continuaron después de la desmovilización. No obstante, exteriorizaron su preocupación por los derechos de las víctimas con el accionar criminal de Giraldo Serna y la organización de la cual hizo parte.

15.- El abogado Óscar Jiménez, en representación de las víctimas, se opuso a la pretensión de la fiscalía, al considerar que el material probatorio aportado no ha sido sometido a contradicción. Resaltó la participación y compromiso que el postulado ha tenido con los pilares de verdad, justicia y reparación, por lo que la terminación del proceso sería más dañina que su permanencia en el proceso de justicia transicional.

3.3.- La defensa y el postulado

16.- Hernán Giraldo Serna expuso una serie de inconvenientes que se vienen presentando al interior del centro penitenciario donde se encuentra recluso, en especial, en el servicio de salud que se le viene brindando, ya que a su juicio «hay un dedo invisible» que ordena que le sea restringido tal servicio, por lo que exige respeto de sus derechos, máxime cuando ha colaborado con el proceso de Justicia y Paz.

17.- En cuanto a la solicitud de exclusión manifestó que existe más interés de los funcionarios judiciales en expulsarlo del proceso transicional que en proteger y garantizar los derechos de las víctimas. Resaltó que se trata de una causa que se ha venido desarrollando durante 14 años [contando el tiempo en que estuvo extraditado], lapso en el que ha entregado información que era totalmente desconocida por la fiscalía.

18.- Afirmó que la expulsión del proceso de Justicia y Paz ha sido un tratamiento sistemático que han venido recibiendo comandantes de las Autodefensas Unidas de Colombia, y a pesar de ser consciente de ello y de que le propusieron quedarse en Estados Unidos de América, prefirió retornar al país por el respeto y compromiso que tiene con las víctimas.

19.- El defensor se opuso a los planteamientos de la fiscalía. Realizó un recuento histórico de la participación de Hernán Giraldo Serna en el conflicto armado, destacando que hizo parte de una organización «social, política, cívica» conformada por un grupo de campesinos e indígenas que debieron agruparse y crear un «frente de resistencia campesina», para defenderse de la presencia guerrillera en la región, distinta a cualquier estructura dedicada a actividades delictivas como secuestros, narcotráfico o actuaciones ajenas al buen propósito de la protección de los campesinos en la Sierra Nevada de Santa Marta, tanto así que en esa región el postulado lideró actividades cívicas, como puentes, puestos de salud y construcción de escuelas.

20.- Cuando Hernán Giraldo Serna entregó las tierras de la Sierra Nevada de Santa Marta, el Alto Comisionado para la Paz certificó que en las mismas no había rastros de cultivos ilícitos. Preciso que las comunidades indígenas que pudieron verse afectadas por el conflicto armado, recibieron la permanente protección del postulado, y aunque en alguna oportunidad se trató de adecuar al tipo penal de desplazamiento forzado de esas comunidades, ello correspondió, según circunstancias verificables, a la «invitación de don Hernán Giraldo Serna a que los indígenas se ubicaran en un lugar donde no participaran del conflicto».

21.- A pesar de que Hernán Giraldo Serna propuso una desmovilización individual, como consecuencia de la presión de la denominada Casta Castaño, se plantea la desmovilización como «jefe político e ideólogo» dentro del Bloque Resistencia Tayrona y no de estructuras de carácter armada, sino bajo la convicción de las labores cívicas adelantadas sobre la población de campesinos.

22.- Las entrevistas e informes de policía, adujo la defensa, son criterios orientadores que no tienen la calidad de pruebas, de conformidad con lo previsto en el artículo 314 de la Ley 600 de 2000. Así mismo, cuestionó el contenido y poder suasorio de los registros de audio y video expuestos por la fiscalía, toda vez que cada una de las entrevistas no contó con criterios de contradicción, participación o aquiescencia de la defensa en la

construcción de los medios de la prueba.

23.- La fiscalía no aportó la prueba necesaria para acreditar que Hernán Giraldo Serna incumplió los compromisos adquiridos al momento de someterse a la Ley de Justicia y Paz, pues si bien se habla de prueba sumaria, lo cierto es que al presente incidente solo se anexó las constancias de unos procesos que apenas se encuentran en etapa de investigación, sin que con ello se le pueda atribuir responsabilidad penal alguna.

24.- La petición de exclusión es extemporánea, si se tiene en cuenta que cuando Giraldo Serna rindió versión libre, ya militaban las circunstancias fácticas alegadas por la representante de la fiscalía, toda vez que, las entrevistas se desarrollaron antes de dicha versión, por lo que considera que la fiscalía se encuentra adelantando una investigación de manera soterrada, burlándose de la buena voluntad de su prohijado, quien venía acudiendo voluntariamente al proceso de Justicia y Paz.

26.- La aplicación de manera retroactiva de la Ley 1592 de 2012 vulnera el principio de legalidad previsto en el artículo 6º de la Ley 906 de 2004, pues se trata de una norma posterior a los hechos que fundan la solicitud de exclusión.

27.- La Sala de Casación Penal en decisión de agosto de 2011 [no se indica radicado ni fecha de la providencia], señaló en un asunto similar al de Hernán Giraldo Serna, que no es dable que con posterioridad a que se adelanten las etapas del proceso de Justicia y Paz, se proceda a conocer una petición de exclusión que se debió estudiar antes de verificar los requisitos de elegibilidad.

28.- La Corte en proveído emitido dentro del radicado 29472 indicó que mientras no exista una sentencia condenatoria no resulta procedente la exclusión del postulado. Como en el presente caso, no existe fallo contra Hernán Giraldo Serna, resulta improcedente la pretensión de la fiscalía.

29.- La solicitud se presentó luego de haberse emitido una sentencia parcial contra Giraldo Serna en sede de Justicia y Paz, por lo que se debe propiciar la reconciliación y no continuar una división incesante y sin ninguna lógica y coherencia. La exclusión del postulado generaría una afectación mayor en las víctimas y al proceso transicional, toda vez que su presencia en el proceso resulta de vital importancia, en especial, frente al tema relativo a la verdad.

30.- La exclusión de Hernán Giraldo Serna, quien ha estado privado de la libertad por más de 8 años, superando con suficiencia el termino máximo de la pena alternativa, estaría dando un mal mensaje, tanto a la comunidad como a los demás miembros del grupo armado ilegal que se han sometido al proceso de justicia transicional, en el sentido que no obstante que su participación haya sido efectiva al interior del proceso, cualquier persona puede formular una denuncia, e indistintamente que el denunciante sea menor o mayor de edad, con las solas entrevistas y por la existencia de la investigación, se puedan tirar por la borda más de 15 años de privación de la libertad, de sometimiento a la justicia y participación de colaboración eficaz.

31.- Solicitó negar la petición de exclusión, ya que no está acreditada ninguna causal de exclusión en contra de Giraldo Serna y, por el contrario, de la valoración conjunta de cada uno de estos elementos de prueba se puede establecer que, efectivamente, ha cumplido con los propósitos procesales de sometimiento a la Ley de Justicia y Paz.

IV. LA DECISIÓN RECURRIDA

32.- La Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla declaró la terminación del proceso de justicia y paz y la exclusión de la lista de postulados de Hernán Giraldo Serna con fundamento en lo siguiente:

33.- Contrario a lo señalado por la defensa, no se está vulnerando el principio de irretroactividad de la norma penal desfavorable, pues la Ley 1952 de 2012 introdujo un

catálogo en el que confluyen la mayoría de eventos que califican para declarar indigno del proceso de Justicia y Paz al aspirante, lo que en la práctica implica la consagración legal de unas causales que ya estaban contempladas como exigencias en la Ley 975 de 2005, según la cual, la indulgencia punitiva solo es procedente cuando existen muestras inequívocas de su voluntad de vincularse al trámite y su compromiso con la verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición.

34.- Desde que el postulado se desmoviliza queda cobijado con la obligación permanente de satisfacer tanto los requisitos de elegibilidad, como las obligaciones inherentes a la Ley 975 de 2005 y aquellas que se le impongan en la sentencia que se profiera en su contra. De tal manera que, de comprobarse el incumplimiento de las mismas, la consecuencia será la expulsión del proceso, precisamente por no ser elegible para obtener o continuar disfrutando los beneficios que consagra esa normatividad.

35.- En este caso, el postulado Hernán Giraldo Serna realizó actos de revictimización, cuando con posterioridad a la desmovilización, se contactó con menores de edad para que acudieran a los centros penitenciarios donde se encontraba recluso para sostener relaciones sexuales con él. Varias de las menores ya habían sido víctimas de delitos sexuales cuando Giraldo Serna ostentaba el cargo de comandante de las Autodefensas Unidas de Colombia, y respecto de los cuales resultó condenado en sede de Justicia y Paz bajo el patrón de macro criminalidad de violencia basada en género.

36.- La fiscalía no solo acreditó la causal invocada con las declaraciones de las víctimas y el reporte de las denuncias presentadas por ellas, sino que allegó constancias donde Hernán Giraldo Serna con su rúbrica a puño y letra, solicitó autorización para que aquellas ingresaran al lugar donde se encontraba privado de la libertad.

37.- Tal aspecto no fue desvirtuado por el postulado ni por su defensor, pues sus argumentos estuvieron encaminados a señalar que esos elementos no podían ser tenidos

en cuenta como pruebas sumarias debido a que los testimonios rendidos por las víctimas no fueron objeto de contradictorio. Sin embargo, tal afirmación desconoce lo señalado en el artículo 35 del Decreto 3011 de 2013, según el cual, a la fiscalía le corresponde acreditar mediante prueba sumaria la causal de exclusión invocada, cuando en casos como el presente, se alegue el incumplimiento de las obligaciones adquiridas en el proceso de Justicia y Paz.

38.- El hecho de que la fiscalía se haya demorado en solicitar la exclusión no es un aspecto relevante que desnaturalice o torne inexistente el hecho o los hechos que dieron lugar a la estructuración de la causal, pues las víctimas no pueden padecer las consecuencias de la mora, ya que se trata de unos sucesos que no pueden quedar en la impunidad y, en caso de que ello suceda, se presentaría un acto de revictimización.

39.- Aunque la defensa considera que la exclusión enviaría un mal mensaje a los demás postulados, «nefasto» sería para la sociedad y, en especial, para las víctimas, que se llegue a desconocer el relato de ellas y las demás pruebas aportadas, con las que se constata que Hernán Giraldo Serna incumplió los compromisos adquiridos al momento de someterse a la Ley de Justicia y Paz y continuó ejecutando actos por los que fue condenado por la justicia transicional.

40.- Entre otras determinaciones, el tribunal ordenó:

[...] a la Dirección Nacional de Fiscalías y a la Dirección de Articulación de Fiscalías Nacionales Especializadas, y demás autoridades competentes, para que se realicen y se reactiven las investigaciones que correspondan por hechos que resulten presuntamente atribuibles al postulado HERNAN GIRALDO SERNA.

2. Se insta a la Fiscalía para que dé cumplimiento a lo establecido en el parágrafo 2° del artículo 2.2.5.1.2.3.1., del Decreto Reglamentario 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, para que informe “a las víctimas de los

delitos presuntamente cometidos por el postulado para que, de ser posible, puedan participar en el incidente de Reparación Integral causada en el proceso que se adelante en contra de un máximo responsable del patrón de macrocriminalidad del cual fueron víctimas. En todo caso, las víctimas del postulado tendrán acceso a los programas de reparación administrativa individual de la Ley 1448 de 2011, según lo dispuesto en el artículo 2.2.5.1.3.2., del presente decreto”.

4. De conformidad con lo indicado en la parte motiva, compúlsense las copias respectivas a fin de que la Fiscalía General de la Nación adelante las investigaciones pertinentes con el propósito de lograr la identidad del abogado a quien se señaló en declaraciones como “Alex” y su posible incursión en el tipo penal de falsedad y fraude procesal.

5. De conformidad con lo indicado en la parte motiva, compúlsense las copias respectivas a fin de que la Fiscalía General de la Nación adelante las investigaciones pertinentes con el propósito de determinar la posible responsabilidad penal en la que pudieron haber incurrido los funcionarios instructores por la mora en las investigaciones respectivas, relacionadas con la denuncia por la posible comisión de delitos de género por parte del postulado con posterioridad a su desmovilización.

6. Con fundamento en los testimonios de las víctimas, compúlsense las copias respectivas a fin de que la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación, adelanten las investigaciones y actuaciones pertinentes orientadas a determinar la posible responsabilidad penal y disciplinaria en la que pudieron haber incurrido los funcionarios del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- (directivos y guardias para aquel entonces) por presuntamente facilitar la comisión de delitos de género al interior de los establecimientos carcelarios y penitenciarios, y las demás conductas antijurídicas que de estos hechos se puedan desprender⁵.

V. LOS RECURSOS

5.1.- Los recurrentes

41.- La defensora⁶ impugnó el auto del Tribunal al considerar que las razones por las que se ordenó la exclusión de Hernán Giraldo Serna no se ajustan a las causales previstas en el artículo 11A de la Ley 975 de 2005, adicionado por la Ley 1592 de 2012, toda vez que las pruebas allegadas por la fiscalía no logran demostrar el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el postulado, habida cuenta que se trata de unas investigaciones penales que apenas están en fase de investigación, es decir, que hasta ahora no se ha emitido sentencia condenatoria en su contra.

42.- Aseguró que, si bien se admite la presentación de pruebas sumarias dentro del presente incidente, las mismas no se pueden tornar en arbitrarias, y para que ello no suceda, las pruebas deben ser legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación, tal como lo prevé el artículo 232 de la Ley 600 de 2000. Consideró que esas características son las que se echan de menos en este caso, donde se allegaron las denuncias de unas menores de edad, cuyas versiones no han podido ser controvertidas por Giraldo Serna ni sus defensores, es por ello que considera que se vulneró el derecho fundamental al debido proceso, generando una actuación viciada de nulidad, tal como lo reconoció la Corte en el caso del postulado «Iván Roberto Duque Gaviria» alias «don Berna» -sic- [sin aportar datos de la providencia].

43.- Aseguró que los supuestos fácticos no se adecúan a las causales previstas en el artículo 11A de la Ley 975 de 2005, adicionado por la Ley 1592 de 2012, debido a que los hechos sobre los cuales se sustenta el presunto incumplimiento de las obligaciones suscritas al momento de someterse a la Ley de Justicia y Paz, sucedieron antes de que se promulgara esa normatividad.

44.- Con fundamento en lo anterior, solicitó decretar la nulidad o, en su defecto, revocar la decisión de primera instancia.

45.- Por su parte, Hernán Giraldo Serna⁷, manifestó que el Tribunal está dando por cierto los hechos objeto de denuncia, sin constatar la ejecución de los mismos. Resaltó que todo se trata de un tema político, una «retaliación» para excluirlo de los beneficios que contempla la Ley de Justicia y Paz.

5.2.- No recurrentes

46.- La fiscal⁸ pidió confirmar la decisión recurrida al compartir en su integridad los argumentos ahí consignados. Aseguró que, mediante prueba sumaria, demostró que, luego de la desmovilización, Giraldo Serna, ingresó y sostuvo relaciones sexuales con 4 menores de edad, lo que se traduce en el incumplimiento a los compromisos con Justicia y Paz, como lo es la garantía de la no repetición.

47.- La representante del ministerio público⁹ también solicitó ratificar el proveído al estimar que está acreditada la configuración de la causal invocada por la fiscalía y el incumplimiento de los compromisos adquiridos al momento de someterse a la justicia transicional.

48.- Los representantes de las víctimas¹⁰ solicitaron mantener la providencia de primer grado, tras advertirse el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el postulado, en especial, la que hace referencia a la no repetición de las conductas ejecutadas cuando era comandante de las Autodefensas Unidas de Colombia.

VI. CONSIDERACIONES

6.1.- La competencia

49.- La Corte Suprema de Justicia es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la decisión proferida por la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, al tenor de lo dispuesto en el artículo

26 de la Ley 975 de 2005.

6.2.- Problema jurídico

50.- El recurso de apelación objeto de examen se circunscribe a determinar (i) si es procedente decretar la nulidad de lo actuado, reclamada por la defensora de Hernán Giraldo Serna por la supuesta lesión de garantías fundamentales en el marco del presente incidente y, en el evento de no acceder a esa pretensión, (ii) si el Tribunal se equivocó o no, al terminar el proceso de justicia y paz y excluirlo de la lista de postulados, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 11A de la Ley 975 de 2005.

51.- Para resolver el primer problema jurídico, la Sala se referirá al estado de la jurisprudencia frente a las peticiones de nulidad y, al abordar el caso concreto examinará: (i) la aplicación de las causales de exclusión contempladas en la Ley 1952 de 2012 frente a hechos acaecidos con anterioridad a la promulgación de esa norma y; (ii) las pruebas que se deben allegar para demostrar el incumplimiento de los compromisos adquiridos luego de la desmovilización.

6.3.- Nulidades en el proceso de Justicia y Paz

52.- El desconocimiento del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales da lugar a la declaratoria de nulidad de lo actuado, conforme lo prevé el artículo 457 de la Ley 906 de 2004¹¹. Acreditar una nulidad requiere la comprobación de yerros insalvables que afecten la estructura del proceso o rompan con las garantías de las partes e intervinientes.

53.- Quien tenga interés deberá: i) identificar la irregularidad sustancial que vicie la actuación; ii) concretar la forma en que ésta afectó el debido proceso o el derecho a la defensa; iii) precisar la fase en que se produjo; iv) demostrar la concurrencia de los principios que rigen las nulidades en el caso concreto; y v) señalar el momento a partir del

cual debe reponerse la actuación¹².

54.- La Sala ha precisado que los motivos de invalidez no son de postulación libre, sino que se encuentran sometidos al cumplimiento de precisos principios concurrentes, sin los cuales no pueden operar, así:

[...] En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que solamente es posible alegar las nulidades expresamente previstas en la ley -principio de taxatividad-; no puede invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidante -principio de protección-; aunque se configure la irregularidad, puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales, salvo los casos de ausencia de defensa técnica o falta de competencia cuando esta no es prorrogable, -principio de convalidación-; quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación o el juzgamiento -principio de trascendencia-; no se anulará un acto cuando cumpla la finalidad para la que estaba destinado, pues lo importante no es que se ajuste estrictamente a las formalidades preestablecidas en la ley para su producción, dado que las formas no son un fin en sí mismas, siempre que no haya transgresión de alguna garantía fundamental de los intervinientes en el proceso -principio de instrumentalidad de las formas- y; sólo tiene lugar la anulación cuando no existe manera de subsanar el yerro procesal -residualidad-¹³. [Negrillas fuera del texto original].

55.- Entonces, la declaratoria de nulidad es una medida de carácter excepcional, un remedio extremo para rehacer la actuación ante la ocurrencia de una irregularidad insaneable. Quien la solicita deberá demostrar que no hay una vía procesal distinta para restablecer el derecho afectado, sino que tuvo una injerencia perjudicial y decisiva en la decisión apelada. Lo anterior, implica que la petición de nulidad no puede fundarse en especulaciones, conjeturas, afirmaciones carentes de demostración, o en nimias

irregularidades¹⁴.

6.4.- Vigencia de las causales de exclusión del proceso de justicia y paz, contenidas en el artículo 11A de la Ley 1592 de 2012

56.- Para la defensa, la actuación se debe anular en virtud a que, a Hernán Giraldo Serna le vulneraron sus derechos fundamentales al aplicar retroactivamente las causales de terminación del proceso de justicia transicional, por cuanto la Ley 975 de 2005 no establecía tal posibilidad, por tanto, su creación, a partir de la Ley 1592 de 2012, sólo cobija situaciones ocurridas a partir de su vigencia.

57.- En este caso, Giraldo Serna, en condición de comandante del «Bloque Resistencia Tayrona» de las Autodefensas Unidas de Colombia, se desmovilizó en forma colectiva el 3 de febrero de 2006, esto es, estando vigente la Ley 975 de 2005, la cual estableció un trámite judicial para las personas que hubieren decidido desmovilizarse, individual o colectivamente, y su actuar desbordara el accionar delictual meramente político. Dicha norma reguló lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales, autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos.

58.- El artículo 10 de la Ley 975 incluye los requisitos de elegibilidad para los desmovilizados colectivamente, como es el caso de Hernán Giraldo Serna, así:

[...] Requisitos de elegibilidad para la desmovilización colectiva. Podrán acceder a los beneficios que establece la presente ley los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley que hayan sido o puedan ser imputados, acusados o condenados como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, cuando no puedan ser beneficiarios de algunos de los mecanismos establecidos en la Ley 782 de 2002, siempre que se encuentren en el listado que el Gobierno Nacional remita a la Fiscalía General de la Nación y reúnan, además, las siguientes

condiciones:

10.1 Que el grupo armado organizado de que se trata se haya desmovilizado y desmantelado en cumplimiento de acuerdo con el Gobierno Nacional.

10.2 Que se entreguen los bienes producto de la actividad ilegal.

10.3 Que el grupo ponga a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la totalidad de menores de edad reclutados.

10.4 Que el grupo cese toda interferencia al libre ejercicio de los derechos políticos y libertades públicas y cualquiera otra actividad ilícita.

10.5 Que el grupo no se haya organizado para el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito.

10.6 Que se liberen las personas secuestradas, que se hallen en su poder.

59.- Bajo ese entendido, resulta claro que el trámite, desde su inicio, le impuso a quienes se sometieran al proceso de transicional, un procedimiento, unos beneficios y al mismo tiempo unos deberes, entre los que se encuentran, garantizar los derechos de las víctimas, lo cual comprende una serie de acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y la no repetición de los hechos victimizantes [artículo 8 de la Ley 975 de 2005].

60.- En consecuencia, contrario a lo que entiende la parte recurrente, no fue a partir de la Ley 1592 de 2012 cuando el legislador previó la exclusión del postulado de este trámite especial, ya que desde que se produjo la desmovilización, se sometió a las reglas previstas en la Ley de Justicia y Paz. Al respecto, esta corporación en decisiones CSJ AP-4592-2015, 11 ag. 2015, rad. 46490 y CSJ AP5816-2016, 31 ag. 2016, rad. 48603, precisó:

[N]o fue solo a partir del 3 de diciembre del año 2012 cuando nació a la vida jurídica tal posibilidad, por tanto, tampoco es acertado sostener, como lo hace el recurrente, que [...] se encuentra sometido únicamente a los fundamentos de la Ley 975 de 2005 porque fue en su vigencia que ocurrió su desmovilización y postulación.

En efecto, antes de entrar en vigencia la Ley 1592 de 2012, ya la 975 de 2005 contemplaba la exclusión del proceso de justicia y paz ante el incumplimiento de alguno de los requisitos de elegibilidad, de tal manera que no es, como parece entenderlo el defensor, que se pretenda imponer a [...] unas prohibiciones que ingresaron al tránsito legislativo en el año 2012 y que por tanto éste no tuvo oportunidad de conocer y decidir si se comprometía o no a su acatamiento, sino que se trata de aplicar la sanción que desde el año 2005 la ley previó para esas circunstancias.

61.- De tal forma que la Ley 1592 de 2012 no fijó un nuevo y autónomo procedimiento al margen del ya establecido por la Ley 975 de 2005, sino que desarrolló los trámites con miras a satisfacer fines superiores como la reconciliación nacional y los derechos de las víctimas de las estructuras armadas ilegales, de cara a asegurar el cumplimiento de los compromisos de verdad, justicia, reparación, garantía de no repetición y fijación de la memoria histórica, ya previstos en el estatuto primigenio.

62.- Entender que el acto de desmovilización sólo genera derechos, sin que a cambio el Estado exija un mínimo de compromiso para que el integrante de una organización armada ilegal pueda acceder al beneficio de una pena alternativa significativamente inferior a la que le correspondería en la justicia ordinaria, o que el trámite de la justicia transicional acoge irrestrictamente a todos los desmovilizados, sin que haya posibilidad de excluirlos del proceso, riñe con los propósitos que guían el proceso de justicia y paz. [CS] AP5816-2016, 31 ag. 2016, rad. 48603].

63.- Así las cosas, resulta irrazonable concebir que desde el 3 de febrero de 2006 cuando

Hernán Giraldo Serna se desmovilizó, hasta el 3 de diciembre de 2012, cuando entró a regir la Ley 1592 de 2012, Giraldo Serna contara con una especie de salvoconducto o inmunidad que le permitiera realizar actos contrarios al proceso transicional, amparado justamente en la Ley de justicia y paz, sin que ello le generara ninguna consecuencia adversa.

64.- De hecho, antes de la incorporación del artículo 11A, al cuerpo de la Ley de Justicia y Paz, también se excluía a los postulados que incumplían sus obligaciones. Para ello se acudía al principio de complementariedad en virtud del cual se aplicaban figuras procesales del ordenamiento jurídico nacional que permitían depurar el proceso de quienes habían desistido, expresa o tácitamente, de continuar cumpliendo las obligaciones adquiridas con la desmovilización, como el archivo, la preclusión, el desistimiento y la exclusión como «mecanismo por medio del cual la Sala con Funciones de Conocimiento de Justicia y Paz, decide expulsar del trámite previsto en la Ley 975 de 2005 al postulado —procesado o condenado—, por incumplimiento de uno de los requisitos de elegibilidad, o por faltar a las obligaciones impuestas, bien por la ley, ora en la sentencia condenatoria» [CSJ AP, 23 ag. 2011, rad. 34423].

65.- Por tanto, si el postulado pretende ser beneficiado de las ventajas punitivas previstas en la normatividad en comento (Ley 975 de 2005), debe cumplir durante el trámite del proceso, al imponer la pena alternativa y mientras se vigila el cumplimiento de esta, los deberes que adquirió al hacer dejación voluntaria de las armas (CSJ AP, 10 abr. 2008, rad. 29472).

66.- En síntesis, el artículo 11A que fue adicionado por la Ley 1592 de 2012 a la Ley 975 de 2005, es solo la positivización del procedimiento a seguir para la exclusión de un postulado cuando éste incumple alguna de las obligaciones adquiridas al momento de la desmovilización, compromisos estos que no encuentran límites temporales en el proceso transicional. Por tal motivo, ninguna irregularidad se presentó cuando la fiscalía solicitó la

desmovilización conforme con lo previsto en el numeral 1º del artículo 11A de la referida ley, esto es, cuando el postulado incumpla los compromisos propios de la Ley de Justicia y Paz.

6.5.- Sobre las pruebas que debe presentar la fiscalía para solicitar la exclusión del postulado

67.- En este caso, la defensa de Hernán Giraldo Serna considera que, al postulado le vulneraron sus garantías fundamentales al debido proceso y a la defensa, al adelantar el presente trámite incidental con pruebas sumarias que no fueron legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación, habida cuenta que las mismas no pudieron ser objeto de contradicción.

68.- Al respecto conviene recordar que, conforme con lo señalado en el artículo 35 del Decreto 3011 de 2013, para acreditar la causal de exclusión, a la fiscalía le corresponde aportar «prueba sumaria de su configuración ante la Sala de Conocimiento». La Corte Constitucional en sentencia CC C-523-2009 definió la prueba sumaria como aquella que le «suministra al juez la certeza del hecho que se quiere establecer en idénticas condiciones que lo hace la plena prueba, con la diferencia que la prueba sumaria no ha sido sometida a contradicción, ni conocimiento o confrontación por la parte contra quien se quiere hacer valer».

69.- Conforme con lo anterior, la Sala considera que, contrario a lo señalado por la recurrente, dentro del incidente no se cometió ninguna irregularidad cuando la Sala de Conocimiento del Tribunal de Justicia y Paz de Barranquilla aceptó como pruebas las declaraciones rendidas dentro de varias investigaciones que se adelantan contra Giraldo Serna, pues las mismas cuentan con las características de prueba sumaria exigida por la norma.

70.- Y es que si bien esas pruebas no han sido objeto de controversia dentro de dichas investigaciones, su contenido no puede ser catalogado como ilegal, pues el Decreto 3011

de 2013 es claro al indicar que la causal se puede acreditar con prueba sumaria, cuya característica principal es precisamente la ausencia de confrontación de ese medio de prueba. Lo anterior sin ignorar que en el trámite incidental la defensa y Hernán Giraldo Serna, tuvieron la oportunidad de presentar sus respectivos elementos de convicción y demostrar que el contenido de las pruebas allegadas por la fiscalía es contrario a la verdad.

71.- Como quiera que no se presentó ninguna irregularidad en el trámite incidental, no se accederá a la nulidad invocada por la parte recurrente. En consecuencia, se pasará a determinar si el tribunal se equivocó o no, al poner fin al proceso y excluir de la lista de postulados a Giraldo Serna por incumplimiento de los compromisos adquiridos al momento de someterse a la Ley de Justicia y Paz, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 11A de la Ley 975 de 2005.

72.- Con ese propósito, se hará un breve recuento jurisprudencial sobre la exclusión del candidato al proceso de justicia y paz y las normas que rigen la materia, en especial, la causal aquí invocada por la fiscalía.

6.6.- De la exclusión y terminación anticipada del proceso de justicia y paz

73.- Esta Sala de forma pacífica ha señalado que la exclusión del candidato a ser beneficiado con la pena alternativa en el marco del proceso de justicia y paz se causa por: el incumplimiento de los requisitos de elegibilidad, faltar a las obligaciones impuestas por la ley, o transgredir los compromisos definidos en la sentencia condenatoria.

74.- Para ser acreedor a los beneficios previstos en la Ley 975 de 2005, es necesario no sólo expresar, sino materializar la decisión de dejar atrás el accionar violento, aspecto que ha sido definido por el artículo 10 de la Ley 975 de 2005, como presupuesto de elegibilidad para la selección de los beneficiarios de las ventajas punitivas previstas en la ley citada.

75.- Ahora, el desmovilizado debe cumplir con las obligaciones contenidas en la ley y las

relacionadas con la satisfacción de la verdad, la justicia, la reparación de sus víctimas, y el cumplimiento de las garantías de no repetición, pues sólo así será acreedor al beneficio de la pena alternativa. Sin embargo, de comprobarse el incumplimiento de alguno de los requisitos en cita, ha de concluirse que el desmovilizado no es apto para trasegar el camino de la transición y de la alternatividad [CSJ AP3105-2021, 28 jul. 2021, Rad. 59106].

76.- Por lo anterior, el legislador estableció ciertas causales para excluir al postulado y dar por terminado el proceso de justicia y paz. Es así como el artículo 11A de la Ley 975 de 2005, adicionado por el artículo 5º de la Ley 1592 de 2012 prevé las causales de terminación del proceso y exclusión de la lista de postulados, así:

[...] ARTÍCULO 11A. CAUSALES DE TERMINACIÓN DEL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ Y EXCLUSIÓN DE LA LISTA DE POSTULADOS. <Artículo adicionado por el artículo 5 de la Ley 1592 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Los desmovilizados de grupos armados organizados al margen de la ley que hayan sido postulados por el Gobierno nacional para acceder a los beneficios previstos en la presente ley serán excluidos de la lista de postulados previa decisión motivada, proferida en audiencia pública por la correspondiente Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial, en cualquiera de los siguientes casos, sin perjuicio de las demás que determine la autoridad judicial competente:

1. Cuando el postulado sea renuente a comparecer al proceso o incumpla los compromisos propios de la presente ley.
2. Cuando se verifique que el postulado ha incumplido alguno de los requisitos de elegibilidad establecidos en la presente ley.
3. Cuando se verifique que el postulado no haya entregado, ofrecido o denunciado bienes adquiridos por él o por el grupo armado organizado al margen de la ley durante y con ocasión de su pertenencia al mismo, de forma directa o por interpuesta persona.

4. Cuando ninguno de los hechos confesados por el postulado haya sido cometido durante y con ocasión de su pertenencia a un grupo armado organizado al margen de la ley.

5. Cuando el postulado haya sido condenado por delitos dolosos cometidos con posterioridad a su desmovilización, o cuando habiendo sido postulado estando privado de la libertad, se compruebe que ha delinquido desde el centro de reclusión.

6. Cuando el postulado incumpla las condiciones impuestas en la audiencia de sustitución de la medida de aseguramiento de que trata el artículo 18A de la presente ley [Resaltado de la Sala].

77.- En este caso, la causal invocada por la fiscalía para la terminación del proceso de justicia y paz y la exclusión, fue la contemplada en el numeral 1º del artículo 11A de la Ley 975 de 2005, adicionado por el 5 de la Ley 1592 de 2012, según el cual:

[...] CAUSALES DE TERMINACIÓN DEL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ Y EXCLUSIÓN DE LA LISTA DE POSTULADOS. Los desmovilizados de grupos armados organizados al margen de la ley que hayan sido postulados por el Gobierno nacional para acceder a los beneficios previstos en la presente ley serán excluidos de la lista de postulados previa decisión motivada, proferida en audiencia pública por la correspondiente Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial, en cualquiera de los siguientes casos, sin perjuicio de las demás que determine la autoridad judicial competente:

1. Cuando el postulado sea renuente a comparecer al proceso o incumpla los compromisos propios de la presente ley

78.- Sobre esa causal, la Sala de Casación Penal en providencia CSJ AP, 23 Ag. 2011, rad. 34423, indicó:

[...] El artículo 2º de la Ley de Justicia y Paz al precisar el ámbito de su aplicación determina

que sus destinatarios son aquellos que perteneciendo a grupos armados al margen de la ley “hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decididamente a la reconciliación nacional”; lo que supone que tal determinación comporta una serie de decisiones y actitudes encaminadas a dejar atrás su quehacer delictivo para ingresar a la civilidad, decisiones y actitudes que implicaban el cumplimiento de una serie de exigencias vinculadas con el ayer delictual y el inicio de un futuro en la búsqueda de la reconciliación, la paz y la convivencia propios del nuevo rumbo.

79.- Por tanto, no amerita mayor esfuerzo entender que quien ha militado por varios años dentro de un grupo al margen de la ley, y se le atribuyen innumerables y variados crímenes, cuando se acoge a una negociación política, tendrá como consecuencia la emisión de una sentencia condenatoria cuya pena no será de la magnitud punitiva prevista en un trámite ordinario para tan grave criminalidad.

80.-Para adquirir ese beneficio, el postulado debe ser consciente que desde que se adscribe a tal trámite empezará a cumplir varios compromisos, entre los que se encuentra, el de garantizar los derechos de las víctimas, lo cual comprende una serie de acciones encaminadas a la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y la no repetición de los hechos victimizantes [artículo 8 de la Ley 975 de 2005]. En caso de no cumplir con tales obligaciones, no queda otra alternativa diferente a la de separarlo del proceso de justicia transicional.

6.7. Caso concreto

81.- En el presente asunto, está acreditado que Hernán Giraldo Serna conocido con el alias de «el taladro», «el patrón», «el tigre» y/o «el viejo», ostentó la condición de Comandante del bloque «Resistencia Tayrona» de las Autodefensas Unidas de Colombia [AUC], hasta que se desmovilizó el 3 de febrero de 2006.

82.- La fiscalía señaló que procedió a verificar si Hernán Giraldo Serna incumplió los

compromisos adquiridos al momento de su desmovilización, debido a que en algunos medios de comunicación, uno impreso y otro de televisión, presentaron un especial denominado «LA VERDAD DETRÁS DE LA BURKA», en el que se indicaba que Giraldo Serna reincidió en comportamientos revictimizantes, cuando se contactó con menores de edad para que se desplazaran hasta la penitenciaría donde se encontraba recluido con el fin de tener relaciones sexuales con aquél. En virtud de lo anterior, libró misión de trabajo al Cuerpo Técnico de Investigación [CTI], obteniendo como resultado la existencia de varias investigaciones a saber:

83. Caso n.º 1. [rad. 790016000193201600864]15. Denuncia presentada por E.P.M.A. donde manifestó que a finales del año 2007 e inicios de 2008, a la edad de 15 años trabajó como empleada doméstica en la ciudad de Santa Marta al servicio de Noralba Vasco, quien era la persona de confianza del postulado. La denunciante indicó que dentro de sus labores se encontraba la de cuidar dos hermanas de 10 [en condición de discapacidad] y 12 años de edad. A la última de ellas, esto es a Y.V.A., la conoció como «la mujer» de Hernán Giraldo Serna y era llevada todos los domingos a la cárcel «La Modelo» de Barranquilla para que sostuviera relaciones sexuales con Giraldo Serna.

84.- Resaltó que, a comienzos de 2008, fue llevada a la fuerza por Noralba Vasco para que asistiera a ese centro de reclusión, lugar en el que el postulado la obligó a tener sexo y perdió la virginidad. Aseguró que tales actos se repitieron en 2 oportunidades más, incluso en uno de esos encuentros, tenía el periodo menstrual, ante lo cual Hernán Giraldo Serna le contestó «no importa hacemos rellena» y procedió a accederla carnalmente.

85.- Caso n.º 2 [indagación SIJYP n.º 576 – carpeta 536579]16. Denuncia presentada por L.J.A. quien señaló que en el año 2004 conoció a Giraldo Serna cuando era comandante de las Autodefensas Unidas de Colombia. Adujo que, al año siguiente, cuando tenía 13 años, el postulado la accedió carnalmente contra su voluntad. Afirmó que tales actos continuaron incluso después de la desmovilización, pues fue llevada a las cárceles de la Ceja [Antioquia]

y «La Modelo» de Barranquilla, para tener relaciones sexuales con aquél.

86.- Caso n.º 3. Se trata de Y.V.A. [persona en condición de discapacidad], quien fue reconocida como víctima en la sentencia transicional proferida el 9 de diciembre de 2017 por la Sala de Conocimiento del Tribunal de Justicia y Paz de Barranquilla [rad. 080012252002201380003], contra el postulado por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, por hechos ocurridos el 1 de junio de 2005 cuando ella tenía 11 años de edad. En ese fallo se indicó:

[...] En el mes de junio del año 2005, cuando la menor Y.V.A., contaba con tan solo 12 años de edad, el postulado HERNAN GIRALDO SERNA, valiéndose de la intimidación y el temor que su posición de líder de un grupo armado al margen de la ley le otorgaba, y aprovechando que la menor se encontraba viviendo en la finca ubicada en la vereda “Casa e Tabla” de su propiedad, procedió a accederla carnalmente, al tiempo que la obligó a asumir el rol de pareja, no obstante que ésta, se reitera, tan solo contaba con 12 años de edad.

[...]

Por los anteriores hechos la representante del ente instructor formuló cargos en contra del postulado HERNAN GIRALDO SERNA por los delitos de Acceso carnal violento en persona protegida previsto en el artículo 138 de la Ley 599 de 2000, agravado por los numerales 2 y 4 del artículo 211 de la misma normatividad, esto es por tener el responsable una posición de autoridad sobre la víctima y ser esta menor de 14 años, a título de autor material en concurso homogéneo sucesivo, en concurso heterogéneo con Prostitución forzada o esclavitud sexual de que trata el artículo 142 ibídem.

En efecto tal y como lo afirma la víctima directa en su relato, fueron los hombres bajo su mando, quienes iban a buscarla y le advertían que debía obedecer e ir a donde GIRALDO SERNA se encontraba, y que era de público conocimiento, el numeroso grupo de mujeres y niñas, que repetían esa rutina y que algunas, recibían a manera de compensación sumas

dinerarias.

Finalmente se destaca además que en esta oportunidad el postulado bajó aún más el rango de edad de las niñas objeto de su deseo sexual, pues en este caso la menor Y.V.A., tenía solo 11 años cuando HERNAN GIRALDO SERNA comenzó a acosarla sexualmente, y alcanzó los 12 años cuando finalmente este la accedió carnalmente, lo que hace aún más aberrante y repudiable su tendencia al abuso sexual de niñas¹⁷.

87.-Según la denuncia presentada por Y.V.A. tales actos se mantuvieron en el tiempo, después de la desmovilización y hasta el momento en que se materializó la extradición. Además, manifestó que fue abordada por los familiares de Hernán Giraldo Serna para que guardara silencio sobre tales hechos, en especial, para que no mencionara ninguna de las circunstancias acaecidas luego de la desmovilización, lo cual ocasionó que se formulara denuncia por el delito de amenazas a testigo [investigación n.º 470016001019201600355].

88.- La fiscalía aportó el informe de policía judicial n.º FPJ-11 del 25 de marzo de 2021¹⁸, mediante el cual allegan un documento con fecha del 6 de abril de 2008, donde Giraldo Serna le solicitó al director de la cárcel de La Ceja [Antioquia], autorización para que la menor Y.V.A. ingresara a ese centro de reclusión en calidad de «amiga».

89.- Caso n.º 4. La fiscalía indicó que se encuentra pendiente por formular, en sede de Justicia y Paz, imputación contra Hernán Giraldo Serna por el caso de la menor P.A.P.L., en virtud de la versión rendida por aquél el 14 de octubre de 2014, donde reconoció que en el año 2005 y hasta la desmovilización, sostuvo relaciones sexuales con la menor P.A.P.L. cuando ella tenía la edad de 13 años y producto de esa relación la víctima quedó en embarazo, el cual fue interrumpido de manera forzada. También, admitió que, con posterioridad, la menor volvió a quedar en embarazo y producto de ello, nació un niño que para el 2014 tenía la edad de 7 años.

90.- Para la fiscalía, aunque Hernán Giraldo Serna admitió tener relaciones con P.A.P.L. y haberla embarazado, limita su actuar a hechos anteriores a la desmovilización, pero, si para la fecha de la confesión la cual tuvo ocurrencia en el año 2014, el niño tenía 7 años, el embarazo tuvo lugar en el año 2007 y no en 2005 como lo pretende señalar el postulado.

91.- Aseguró que, si bien el postulado reconoce tales hechos y que los mismos se ejecutaron antes de la desmovilización, lo cierto es que la menor presentó denuncia [rad. 47001606605520150099350] en la que señaló que tales actos continuaron cuando aquél ya se había sometido a la Ley de Justicia y Paz. La fiscalía presentó el informe de policía judicial n.º FPJ-11 del 25 de marzo de 2021¹⁹, con el que se aportan constancias de ingreso los días 28 de octubre y 5 de noviembre de 2006 de la menor P.A.P.L., a la penitenciaría de La Ceja [Antioquia], para visitar al postulado en condición de «amiga» y/o «ahijada».

92.- Además de lo anterior, la fiscalía encontró que contra Noralba Vasco, persona de confianza del postulado y quien de acuerdo con lo señalado en las denuncias y los informes del Cuerpo Técnico de Investigación [CTI]²⁰, era la persona encargada de llevar a las víctimas al centro de reclusión donde se encontraba el postulado, se adelanta la investigación 4700160660552015009950 por la posible comisión de los delitos de trata de personas, explotación sexual e inducción a la prostitución, donde la Fiscalía 50 Especializada contra las violaciones a los Derechos Humanos, luego de escucharla en indagatoria, mediante resolución del 27 de marzo de 2021, le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva con los siguientes fundamentos:

[...] la razón por la cual Noralba Vasco, se ganó la confianza del padre de las menores [Y.V.A.], logrando obtener poder y custodia de las menores no fue otra que mantenerlas a disposición de Hernán Giraldo Serna, en poder de las niñas las trasladó por los diferentes sitios cercanos al lugar de turno de reclusión de Hernán Giraldo y este en contra prestación le pagaba un salario, le procuraba, vivienda, comida, estabilidad a ella como a quienes la acompañaran, le daba dinero, entonces no resulta aislado el hecho de que esta siempre le

arreglara la cama, le preparara el escenario, le colocara sabanas “siempre blancas” para cohonestar con el hecho criminal, además es esta misma mujer quien controlaba que estas no quedaran en embarazo, las mandaba a inyectar, las embellecía para el patrón, se prestaba para el ingreso a los diferentes centros de reclusión, mentía aduciendo era esposa de Giraldo Serna y las menores eran sus hijas, prueba de esto no solo es el dicho de las víctimas, son los mismos registros de los establecimientos de reclusión que dan cuenta el ingreso de las menores en compañía de Noralba Vasco.

Falta a la verdad en su diligencia de indagatoria, cuando indica que [Y.V.A.] era su ahijada de Giraldo Serna, que un hombre llamado Oscar fue quien llevo a las dos menores a la cárcel y que tan solo ella las encontró en la puerta, ya que ella vivía con las menores, igualmente cuando afirma que los domingos entraba todo el mundo a la vista de la cárcel, no resulta admisible tan siquiera pensar que se hubiera permitido el ingreso de dos infantes sin la compañía de una persona mayor de edad.

Destaquemos igualmente que Noralba, fue empleada de Hernán Giraldo Serna, fue su mujer de confianza, depositaria de su ilegal dinero, cuidadora de sus mujeres, su testaferra, cómplice y por demás autora de Trata de Mujeres e inducción a la prostitución, labor que además no desarrollo de manera gratuita como que le era cancelado un salario por sus servicios, se le entregaba un dinero para el cuido de las niñas, se apodero de las joyas que Giraldo Serna les daba a las menores, recibía dinero para comprarles ropa y en general alistarlas para el cruel traslado a la intimidad, este provecho económico le dio sustento diario a ella y a sus hijos, le permitió comprar una casa, remodelarla, poner a funcionar un negocio, muy a pesar de que posteriormente sus bienes de violenta manera le fueran arrebatados²¹.

RADICADOS

RÉGIMEN

PROCESAL

DELITOS

VÍCTIMAS

ETAPA

PROCESAL

1

470016066055201500099350

470016001019201600355

21113

Ley

600 de 2000

Acceso

canal violento Acceso carnal abusivo con menor de 14 años

Trata

de personas

L.Y.A.

Y.V.A.

P.A.P.

Instrucción.

2

470016066055201500099350

470016001019201600355

21113

Ley 906 de 2004

Acceso canal violento Acceso carnal abusivo con menor de 14 años

L.Y.A.

Y.V.A.

P.A.P.

Indagación

94.- Conforme con lo anterior, para la Sala queda claro que Giraldo Serna incumplió los compromisos propios del proceso de Justicia y Paz, en especial la garantía de no repetición, esto es, que no se repliquen los patrones de conducta o modus operandi contra las víctimas. Ello por cuanto, con posterioridad a su desmovilización [efectuado el 3 de febrero de 2006] se contactó con menores de edad para que asistieran hasta la cárcel donde se encontraba detenido con el propósito de sostener relaciones sexuales con ellas.

95.- Al a quo le asistió razón cuando señaló que, con aquellos actos Hernán Giraldo Serna se apartó ostensiblemente de las obligaciones adquiridas, configurándose de esta manera la causal de exclusión prevista en el numeral 1º del artículo 11A de la Ley 975 de 2005, adicionado por el artículo 5º de la Ley 1592 de 2012, esto es cuando, el postulado incumple «los compromisos propios de la presente ley».

96.- Sobre ese aspecto resulta necesario señalar que el artículo 8º de la Ley de Justicia y Paz establece que el derecho de las víctimas comprende entre otros, una serie de acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición de las conductas. En este caso, la fiscalía demostró que el postulado incurrió en actos revictimizantes cuando citó a menores de edad, varias de ellas víctimas de agresiones sexuales en el pasado, para que lo visitaran a la cárcel a sostener relaciones sexuales.

97.- Aceptar el planteamiento de la defensa, encaminado a señalar que las entradas de las menores fueron con propósitos diferentes a los de carácter sexual, sería desconocer el relato efectuado por ellas, quienes aseguran que acudieron por miedo.

98.- Al respecto, Y.V.A. señala que los hombres bajo el mando de Hernán Giraldo Serna, iban hasta su vivienda y le advertían que tenía que acudir a los llamados de éste, de lo contrario debía asumir las consecuencias. Se trató de una práctica recurrente del postulado, quien como se manifestó en la sentencia parcial, al ostentar la condición de jefe de un grupo armado organizado al margen de la ley, en claras manifestaciones de poder, se creyó con el derecho de decidir sobre el destino de las niñas de la región y a punta de amenazas, procedió a abusar sexualmente de ellas con el fin de satisfacer sus deseos libidinosos.

99.- Por tanto, al A quo le asistió razón cuando indicó que insinuar que las víctimas entraron a la cárcel de manera voluntaria, es una manifestación que no es de recibo, pues se trata de otra forma de revictimizar a las menores de edad, ya que sus versiones son enfáticas y coincidentes en afirmar que acudieron ante el postulado por el temor que le tenían.

100.- Aunque la defensa cuestiona la falta de contradicción que tuvieron esas declaraciones, tal como se referenció en el acápite 6.5. el artículo 35 del Decreto 3011 de 2013, prevé que, la causal de exclusión se debe acreditar con prueba sumaria. En este

caso, la fiscalía presentó una serie de testimonios y documentos que resultan pertinentes y conducentes para demostrar que Hernán Giraldo Serna incumplió los compromisos adquiridos cuando se acogió a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, entre los que se encuentran escritos en los que el postulado, con su puño y letra, solicitó autorización para el ingreso de las menores de edad a la cárcel donde se encontraba recluido después de su desmovilización. Aspecto que no fue desvirtuado por aquél o su defensor, quienes solo se limitaron a señalar que las pruebas sumarias habían sido obtenidas de manera ilícita, sin explicar los motivos o fundamentos de tal afirmación.

101.- De otro lado, el hecho de que la fiscalía se haya demorado en solicitar la exclusión de Hernán Giraldo Serna, no tiene la virtualidad de desnaturalizar la pretensión o tornar inexistente el hecho o los hechos que dieron lugar a la estructuración de la causal. Al respecto, la Sala de Casación Penal en auto CSJ AP, 8 ag. 2018, rad. 53190, indicó:

[...] si bien es cierto la Fiscalía solicitó la exclusión [...] varios años después de conocer que contra él se dictó una sentencia en la justicia ordinaria por un delito doloso cometido después de su desmovilización, esta tardanza no tiene la capacidad de modificar la configuración de la causal...

No es cierto, entonces, como lo aduce el tribunal, que a pesar de que la ley no prevé un término específico para que la Fiscalía presente la solicitud de exclusión del proceso de Justicia y Paz, si no lo hace rápidamente (a partir del momento en que conoce de la existencia de la situación que origina la causal) es de suponer que nada entorpece el flujo normal de la actuación y por ende no es necesario terminar su proceso...

Por el contrario, la Corte admitió que la judicatura oficiosamente excluyera de Justicia y Paz a un postulado, cuando el proceso se encontraba para dictar sentencia y en ejercicio de verificación de los requisitos de elegibilidad:

“Si de manera razonada y fundada el Tribunal colige que un postulado deshonró su palabra,

puede y debe ordenar su expulsión, porque quien por acción u omisión exterioriza su voluntad de sustraerse al cumplimiento de las obligaciones propias de la justicia transicional, evidencia menosprecio y deslealtad hacia sus fines y hacia los derechos de las víctimas y, por tanto, no puede acceder a los beneficios establecidos en ella". (CSJ SP14206-2016. 5oc. 2016, rad. 47209)

Tampoco puede la Sala acoger el criterio de la primera instancia, que, otorgándole la razón a la defensa del postulado, entiende que la terminación del proceso en Justicia y Paz para ADAN ROJAS MENDOZA, revierte en la afectación de los derechos de las víctimas, racionamiento que de ser admitido vaciaría de contenido el artículo 11 A de la Ley 975 de 2005 y los requisitos de elegibilidad, para dar paso a una especie de eterna indulgencia, comprensión o salvoconducto de todas las actividades ilícitas desplegadas por los desmovilizados, amparándose en los derechos de las víctimas

Reitera la Sala, que la decisión de terminar un proceso de justicia transicional a un postulado, no implica la pérdida de los derechos de las víctimas, puesto que es una obligación del Estado salvaguardar en cualquier proceso penal, sin importar si este cursa bajo las normas de Justicia y Paz o por el trámite de la justicia ordinaria. [Negrillas fuera del texto original].

102.- Por tanto, a pesar de que los hechos por los que se solicita la exclusión de Hernán Giraldo Serna sucedieron hace más de 15 años²², tal circunstancia no le impide a la jurisdicción de Justicia y Paz, verificar si se acredita o no la causal invocada por la fiscalía, pues de no hacerlo se estaría dando un beneficio adicional que no se encuentra estipulado en la ley y se desconocería que cuando el postulado se desmoviliza acepta «voluntariamente contribuir con la reconciliación nacional conforme lo precisa el artículo segundo de la Ley 975 de 2005 modificado por la Ley 1592 de 2012, esta finalidad supone una serie de decisiones y actitudes encaminadas a dejar a tras su quehacer delictivo para ingresar a la civilidad, decisiones y actitudes que implicaban el cumplimiento de una serie

de exigencias vinculadas con el ayer delictual y el inicio de un futuro en la búsqueda de la reconciliación, la paz y la convivencia propias del nuevo rumbo» [Cfr. CSJ AP, 23 ag. 2011, rad. 34423].

103.- En este caso, el comportamiento y la actitud desplegada por Hernán Giraldo Serna va en contravía de los compromisos adquiridos cuando se sometió al proceso de justicia transicional. Lo anterior, por cuanto a pesar de haberse desmovilizado del grupo armado, Giraldo Serna ignoró las obligaciones y condiciones que se le impusieron, para continuar dando órdenes a quienes estuvieron bajo su mando y así lograr que ingresaran menores de edad a los sitios en los que se encontraba recluido, comportamiento similar al ejecutado cuando fungía como comandante del Bloque Resistencia Tayrona de las AUC.

104.- Por tanto, no son de recibo los argumentos expuestos por la defensa encaminados a que el postulado ha estado atento a los llamados de la justicia, pues para acceder a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, resulta necesario el cumplimiento total de los compromisos adquiridos al momento de la desmovilización, entre los que se encuentra, garantizar los derechos de las víctimas, lo cual comprende una serie de acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y la no repetición de los hechos victimizantes [artículo 8 de la Ley 975 de 2005].

105.- De allí que, ha de insistirse, que el cumplimiento de los objetivos del proceso transicional debe tomarse en serio, por lo que la inobservancia de los compromisos aceptados constituye una causal ineludible para apartar al postulado de la Ley de Justicia y Paz.

6.8.- Conclusión

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

VII. RESUELVE

Primero. Confirmar la providencia del 2 de agosto de 2023, mediante el cual la Sala de Justicia y Paz del Tribunal de Barranquilla declaró la terminación del proceso de Justicia y Paz y exclusión de la lista de postulados de Hernán Giraldo Serna.

Segundo. Contra esta determinación no procede recurso alguno.

Comuníquese y cúmplase

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Presidente

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

GERARDO BARBOSA CASTILLO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

HUGO QUINTERO BERNATE

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

2 Aunque en principio la fiscalía invocó la causal 2º de esa normatividad, lo cierto es que en audiencia del 11 de noviembre de 2021 precisó que se trataba de la causal prevista en la causal 1ª.

3

<https://www.elespectador.com/judicial/una-denuncia-inedita-contrahernan-giraldo-por-abuso-sexual-cuando-ya-estaba-preso-article/>

4 <https://www.youtube.com/watch?v=RhdjqgNS2Ak>

5 Cfr. Archivo digital: 108DecisiónExclusiónPostulado.pdf.

6 Cfr. Archivo digital: 08001221900220210001000_20230808_06.mp3. Minuto: 00:01 a 23:54.

7 Cfr. Archivo digital: 08001221900220210001000_20230808_06.mp3. Minuto: 24:07 a 29:22.

8 Cfr. Archivo digital: 08001221900220210001000_20230808_06.mp3. Minuto: 29:27 a 37:55.

9 Cfr. Archivo digital: 08001221900220210001000_20230808_06.mp3. Minuto: 38:03 a 43:55.

10 Cfr. Archivo digital: 08001221900220210001000_20230808_06.mp3. Minuto: 44:03 a 57:30.

11 Aplicado por remisión normativa, tal como lo establece el artículo 62 de la Ley 975 de 2005, según el cual: «Para todo lo no dispuesto en la presente ley se aplicará [...] el Código de Procedimiento Penal.

- 12 CSJ, SP3203, 26 ago. 2020, rad. 54124; CSJ, AP, 28 sep. 2011, rad. 37043; CSJ, AP, 28 jul. 2008, rad. 29.695
- 14 CSJ, SP 4701, 6 oct. 2021, rad. 54750; CSJ AP, 17 oct. 2012, rad. 39741
- 15 Cfr. Archivo digital: CARPETA #1 EMP.
- 16 Cfr. Archivo digital: CARPETA #2 EMP.
- 17 Cfr. Archivo digital: 108DecisiónExclusiónPostulado.pdf.
- 18 Cfr. Archivo digital: 4 INFORME DE POLICIA JUDICIAL DE FECHA 25 03 2021.pdf.
- 19 Cfr. Archivo digital: 4 INFORME DE POLICIA JUDICIAL DE FECHA 25 03 2021.pdf.
- 20 Ibídem. En ese informe se encuentran registradas más de 20 entradas de Noralba Vasco a la cárcel de la Ceja [Antioquia].
- 21 Cfr. Archivo digital: SITUACION JURIDICA NORALBA VASCO.doc.
- 22 Si en cuenta se tiene que el postulado se desmovilizó el 3 de febrero de 2006 y la extradición a los Estados Unidos de América se hizo efectiva el 13 de mayo de 2008.