



SALA PENAL

Medellín, nueve (09) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

RADICADO	05-001-31-07-001-2016-00873
PROCESADO	RUBÉN DARÍO CHALA CASAS
DELITO	CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO
PROCEDENCIA	JUZGADO 1 PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE MEDELLÍN

MAGISTRADO PONENTE:

DR. OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Proyecto aprobado en Sala del ocho (08) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), mediante Acta Nro. 33

ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por el Dr. Hilton de Jesús Correa Córdoba, Fiscal 98 Especializado, en contra del auto interlocutorio del 10 de agosto de 2016 proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Medellín que decretó la nulidad de lo actuado dentro del proceso adelantado en contra del señor **RUBÉN DARÍO CHALA CASAS**; por el delito de **CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO**.

HECHOS

RUBÉN DARÍO CHALA CASAS en desarrollo del proceso de reincorporación a la vida civil y siendo miembro de las Autodefensas Unidas de Colombia, se entregó y aceptó su participación como miembro de tal organización, fue dejado en libertad y pasado el tiempo se allanó a los cargos por el delito de concierto para delinquir agravado.

RECUENTO PROCESAL

La Presidencia de la República mediante Resolución 091 de junio 15 de 2004, declaró abierto el proceso de diálogo, negociación y firma del acuerdo de paz con

las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) de que trata el artículo 3º de la Ley 782 de 2002. En virtud de lo anterior, a través de la Resolución 158 del 01 de julio de 2005, reconoce -para efectos de la coordinación de desmovilización del Bloque “HÉROES DE GRANADA”- la calidad de miembro representante de las mismas a Daniel Alberto Mejía Ángel y en el mismo sentido de la Resolución 164 de 2005, establece la finca denominada “LA MARIANA”, ubicada en el paraje “PALO NEGRO”, corregimiento de Cristales, municipio de San Roque, Antioquia como la zona de ubicación temporal para los miembros del Bloque que irían a dejar las armas.

A continuación, el 05 de agosto de 2005, el Alto Comisionado para la Paz, remite un listado donde el representante del bloque Daniel Alberto Mejía Ángel, reconoce expresamente como integrante de las AUC, pero con la voluntad de reincorporarse a la vida civil, entre otros, al señor RUBÉN DARÍO CHALA CASAS, identificado con la cédula de ciudadanía 71.223.758, listado que fue aceptado.

Con fundamento en lo anterior, la Fiscalía 13 Especializada de Medellín abrió investigación preliminar el 21 de julio de 2005 y el 24 de julio de 2005 escuchó en versión libre a RUBÉN DARÍO CHALA CASAS, quien aceptó su pertenencia al mencionado bloque y su deseo de abandonar dicha organización para reincorporarse a la vida civil, suscribiendo diligencia de compromiso en los términos del artículo 63 de la ley 418 y artículo 1º de la ley 782 de 2002. Se comprometió a no cometer ningún hecho punible dentro de los 2 años siguientes, advirtiéndole que si dentro de ese término llegare a cometer algún delito la resolución inhibitoria quedaría sin efecto alguno.

Posteriormente, el 4 de agosto de 2005, la Fiscalía General de la Nación, remitió a la Fiscalía 13 especializada de Medellín, encargada de la investigación que se adelanta como consecuencia de la desmovilización de bloque héroes de granada, un listado donde se relaciona la plena identidad de las personas desmovilizadas, donde figura RUBÉN DARÍO CHALA CASAS, identificado con cédula de ciudadanía 71.223.758, anexando la respectiva tarjeta decadactilar y la carta dental. Igualmente se adjunta un listado donde se advierte que el previamente referenciado no reporta antecedentes penales.

Así las cosas, para el 16 de diciembre de 2005 la Fiscal 13 especializada profirió resolución inhibitoria en favor de RUBÉN DARÍO CHALA CASAS, por el cumplimiento de los presupuestos fácticos y jurídicos exigidos en las leyes 418 de

1997 y 782 de 2002, en sus artículos 63 y 1, respectivamente. El 30 de enero de 2012 el jefe de la Unidad Nacional de Fiscalías para desmovilizados asignó a la Fiscalía 26 de esa unidad el conocimiento de las presentes diligencias. El 15 de junio del mismo año abrió investigación penal y ordenó la vinculación del señor CHALAS CASAS por el punible de Concierto para Delinquir Agravado.

La Fiscalía delegada escuchó en indagatoria el sindicado, quien se ratificó en términos generales con lo manifestado en su versión libre, aduciendo que hizo parte del bloque Héroes de Granada donde permaneció por espacio aproximado de seis meses hasta su desmovilización, era patrullero urbano.

Seguidamente, el Fiscal 132 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito Especializados de Medellín resolvió la situación jurídica provisional del indagado, absteniéndose de imponer medida de aseguramiento en su contra por el delito de concierto para delinquir agravado.

De todas maneras, el señor RUBÉN DARÍO manifestó su voluntad de acogerse a sentencia anticipada, por lo que luego de hacer el acta correspondiente el caso fue enviado al juez competente. Luego, la actuación pasó a conocimiento del Juzgado 1º Penal del Circuito Especializado de Medellín, cuya titular emitió la decisión ahora apelada, en la que ANULÓ la actuación realizada por la Fiscalía desde el auto que abrió investigación penal.

La Fiscalía 98 Especializada de justicia Transicional, sede Medellín, apeló la decisión de la Juez, luego de exponer algunos parámetros de la justicia transicional, y dentro de ellas hace especial alusión a la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Reconoce que existe un dilema muy complejo frente a la ponderación de estos derechos y los de la paz que se busca, que exista un justo límite entre la protección de derechos humanos, la prohibición de impunidad y el respeto a las víctimas.

La legislación vigente se hizo conforme a estos parámetros, que es distinta la legislación penal ordinaria. Controvierte que la apertura del auto que inició investigación es "*aparentemente tácita*", pero que su fundamento es la jurisprudencia con radicado 26945 del 11 de Julio de 2007 que hace una distinción entre el delito político y el común, Ello para afirmar que no existe sedición sino concierto para delinquir. Sostiene que el inhibitorio tiene aparentemente firmeza

material, pero en aplicación del bloque de constitucionalidad, se hace posible la revocatoria de la misma, en especial si hay graves violaciones de derechos humanos además por ello no se da tránsito a cosa juzgada material, menos que se vulnere el *non bis in ídem*. Concluye que la Fiscalía cumple con sus deberes constitucionales y es coherente con la sentencia C-936 de 2010.

CONSIDERACIONES

El inciso 3º del artículo 40 de la ley 600 de 2000, por la cual se rige este asunto, establece que, aceptados los cargos por parte del procesado, las diligencias se remitirán al juez competente para que dentro del término allí establecido dicte sentencia anticipada “*de acuerdo a los hechos y circunstancias aceptadas, siempre que no haya habido violación de garantías fundamentales*” (negritas fuera del texto). En honor a la verdad, los criterios que se presentaron a continuación ya fueron expuestos en varias oportunidades, con ponencia del suscrito bajo los radicados 05-001-31-07-004-2012-02921, 05-001-31-07-004-2013-04069 y 05-001-31-07-004-2014-04282, también en el caso donde fue ponente el Dr. SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA, en Sala conformada por el suscrito y por el Dr. RICARDO DE LA PAVA MARULANDA, incluso, con sendas aclaraciones efectuadas en tales casos (ver, por ejemplo, proceso seguido contra Diego Alexander Monsalve Arenas, 05001-31-07-001-2012-02227; y contra Argemiro de Jesús Escobar Rueda, radicado 05001-31-07-001-2012-02919). Al ser idéntico el presente caso a los que allí se resolvieron, se seguirá la misma argumentación, al final se harán unos precisos comentarios relacionados con lo afirmado en concreto por el Juzgado y la Fiscalía. Por lo dicho en aquellos casos la Sala confirmará la decisión recurrida.

El problema fundamental planteado es determinar la consecuencia jurídica para las personas que no fueron seleccionadas como postuladas para el proceso de justicia y paz, pero que, sin embargo, se presentaron e hicieron la manifestación de dejación de las armas, no nos referimos a los jefes de las organizaciones de las autodefensas, sino de los patrulleros rasos que no tienen cargos por delitos graves.

A continuación, la Sala expone y confirma lo dicho por la A quo de varias irregularidades que todas y cada una de las mismas son razón suficiente para declarar la nulidad en este caso. Por ello reconoce el ejercicio de control estricto

de legalidad y de derechos fundamentales realizado por la funcionaria de primera instancia.

1.- NO SE DETERMINÓ LA VIGENCIA DE LA LEGISLACIÓN DE JUSTICIA Y PAZ Y A LA QUE ESTA REMITE.

Cabe recordar que se hizo una entrega colectiva no solo de los que conforman la tropa, sino también de sus líderes en la idea de terminar con uno de los problemas más graves de violencia de nuestra nación. Por la falta de organización o de planeación de todo el problema social, se generó la inquietud respecto de quiénes pertenecen a la tropa. Ellos estaban sujetos a la legislación relacionada con la entrega de delincuentes políticos o guerrilleros rasos, a fin de cuentas la iniciación de este proceso de paz se efectuó con base en la mencionada normatividad, vale recordar la ley 418 de 1997, la 548 de 1999 y la 782 de 2002, luego se emitió una legislación especial la ley 975 de 2005 para aplicar el principio de justicia transicional con las Autodefensas Unidas de Colombia, incluso se expidió la ley 1424 de 2010 en orden a complementar la mencionada regulación.

Resalta la Sala que la ley 418 de 1997 contiene unos derechos que en principio estaban destinados a “organizaciones armadas al margen de la ley que el gobierno les de carácter político” (art. 8), la ley 782 habla simplemente de “grupos armados organizados al margen de la ley”, quitó su contenido político. Ello impuso la posibilidad de hacer justicia transicional con los mal llamados grupos paramilitares y es además lo que justificó desde el punto de vista constitucional la existencia de la ley 975 e incluyó a los grupos de autodefensas para el efecto. En conclusión, existe normatividad suficiente para hacer la paz, bajo la estructura de la justicia transicional, con los mencionados grupos, así no tengan contenido político. Inferimos que tal ley es constitucional y por tanto de obligatoria aplicación conforme lo expuesto por la misma Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2006.

Quedaron de toda la controversia planteada del Gobierno anterior con las Cortes muchas lagunas por resolver, por ejemplo: ¿Tienen tratamiento político aquellas organizaciones criminales comunes que colaboraron en el combate contra las guerrillas?, al menos, ¿deben responder de aquellas actuaciones concretas que tienen contenido político en forma distinta a la comisión de delitos comunes? Lo contrario, ¿Tienen que responder penalmente los grupos de guerrilla por los

delitos comunes cometidos a pesar de que no tienen una finalidad política? También se tiene que enfatizar que, si bien es admisible la justicia transicional, ella debe tener un mínimo de respeto del principio de proporcionalidad, puesto que el tratamiento que se le da a los cabecillas de los mencionados grupos es bastante benévolo, en cambio cuando se refiere a las personas de la “tropa”, como la persona aquí juzgada, no. Al final si se aplica la normatividad vigente, el tratamiento es el ordinario con ciertos elementos más desfavorables. En últimas, y con las interpretaciones del recurrente, resultan respondiendo con más drasticidad los miembros rasos de la organización mientras sus jefes resultan cobijados con sustanciales rebajas de penas bajo el esquema de penas alternativas por la comisión de verdaderos genocidios, ello a la luz del principio de justicia material resulta inaceptable. Si a los líderes de esa organización se les beneficia de tal manera, lo coherente es que a los miembros de la organización que solo pertenecieron a ella sean juzgados con la misma consideración y no aprovechar dizque un vacío jurídico para hacer más gravosa su situación. Creemos incluso que todos los desmovilizados tendrían derecho a ser postulados en el proceso de justicia y paz como a los líderes más representativos de los mencionados grupos.

De todas maneras, esas reglamentaciones contienen una serie de derechos para quienes se someten a las autoridades colombianas legítimamente constituidas. Ahora, si se acogió al proceso de justicia y paz, es claro que se le deben respetar los derechos que les prometieron, obvio que previo el cumplimiento de las condiciones que la misma legislación contiene, dentro de ellas, tienen derecho a la concesión del tratamiento contenido en el artículo 63 de la ley 418 de 1997. Sobre todo, si se tiene en cuenta que esa legislación -al identificar a estas personas como sediciosos- conforme el artículo 71 de la ley 975 de 2005, tuvo para estos hechos aplicación temporal puesto que la Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2006 afirmó:

“6.3. Efecto general inmediato de la presente sentencia. Finalmente, la Corte no concederá efectos retroactivos a estas decisiones, como lo solicitaron los demandantes, según lo resumido en el apartado 3.1.5. de los Antecedentes de esta sentencia. Por lo tanto, se aplican las reglas generales sobre efecto inmediato de las decisiones de la Corte Constitucional, de conformidad con su jurisprudencia.”

La consecuencia es que -en ese entendido- las normas declaradas inexequibles tuvieron una existencia precaria en especial la norma del artículo 71 de la ley de justicia y paz, de la fecha de expedición de la misma que fue el 25 de julio de 2005, hasta el 18 de mayo de 2006.

Nos parece que una primera labor a realizar es la depuración de los derechos que en justicia tienen estas personas y respetando en sumo grado su condición puesto que son dentro de los grupos paramilitares la parte más débil de esa cadena. Por ejemplo, si es o no aplicable lo dispuesto en el artículo 63 de la ley 418 de 1997, aclarando que en varios casos conocidos por la Sala algunos Fiscales delegados de justicia y paz dictaron resoluciones inhibitorias con fundamento en tal norma y en el entendido que dicha legislación tuvo vigencia precaria, sería un acto de clara desigualdad que a unos sí los beneficiara con esa decisión y a otros no, la norma inicial en comentario dice lo siguiente:

Artículo 63. El indulto, la cesación de procedimiento, la preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria quedarán sin efecto alguno si el beneficiario cometiere cualquier delito doloso dentro de los dos (2) años siguientes a su concesión. Esta condición se hará conocer en el acto que contenga la decisión correspondiente. Para el caso del indulto, comprobado el incumplimiento, el Gobierno Nacional procederá a la revocatoria de la resolución que lo haya concedido. Copia de la misma se remitirá al funcionario judicial que conoció del proceso en primera o única instancia, con el fin de que proceda a su ejecución. Para el caso de la cesación de procedimiento, la preclusión de la instrucción y la resolución inhibitoria, el funcionario judicial revocará la providencia y abrirá el proceso. La autoridad judicial que conozca de un nuevo proceso contra las personas favorecidas, lo comunicará en forma inmediata al Ministerio de Justicia y del Derecho.

Nótese que el acta de compromiso suscrita por el señor RUBÉN DARÍO CHALA CASAS comenta esta norma e impone esas obligaciones y, por lo que se tiene entendido, durante el lapso de dos años, tal persona no cometió delito alguno. Es sustentable la afirmación que tal acto es una resolución inhibitoria sobretodo puesto que cita las normas pertinentes para el efecto. Por demás, no tiene presentación que la falta de cumplimiento de los deberes funcionales de la Fiscalía en este momento sea utilizada en contra de los procesados, si existió la resolución inhibitoria es claro que el paso del tiempo, vale decir, los dos años contados a

partir de la fecha en que se suscribió el acta, le otorga al procesado un derecho a no ser juzgado nuevamente por ese hecho, sería una aplicación especial de la figura de la cosa juzgada material. Si no existió la mencionada resolución el primer juicio que se tiene que hacer es el porqué de tal negligencia, el segundo que ésta no puede ser utilizada en contra del aquí vinculado.

Se ve a las claras la falta de compromiso del Estado en orden a la solución de la situación de estas personas. Menos tiene sentido que bajo unas normas se le dé la libertad al versionado y seis años después con una legislación posterior y menos favorable se le siga un proceso que termina con sentencia condenatoria. De todas maneras, como quiera que el señor CHALA CASAS se presentó bajo las condiciones normativas establecidas en ese momento, lo mínimo que debe hacerse es pronunciarse a favor o en contra de ese derecho que pretende con su entrega. La resolución que abre investigación no se pronuncia respecto a los compromisos cumplidos por el señor aquí juzgado.

Enfatizamos que el argumento para abrir investigación no fue la prueba nueva como lo exige el artículo 328 la ley 600 de 2000, sino una interpretación jurisprudencial distinta. Cuando lo conminaron a cumplir unas obligaciones en el acta se habla del compromiso del postulado de no cometer infracción penal alguna dentro de los dos años siguientes, en ese lapso no cometió delito, luego lo pertinente sería el archivo definitivo de esas diligencias. Insistimos que sobre ese punto no existió pronunciamiento alguno, debiendo la Fiscalía -en respeto de los derechos fundamentales del procesado- dictar la Resolución correspondiente.

2. FALTA DE FUNDAMENTO PROBATORIO PARA ABRIR INVESTIGACIÓN EN CONTRA DEL SINDICADO.

Salvo en el caso del delito de concierto para delinquir simple, y por existir una confesión y una comunicación formal por parte del comandante de ese frente de las AUC, en el resto de conductas atribuidas al señor aquí juzgado, no observamos prueba suficiente ni para abrir investigación, ni para dictar medida de aseguramiento, en otras palabras, no existe una gestión seria de verificación de esos hechos. Solo obra, repetimos, la confesión y el reporte del listado del jefe de tal organización que como es de público conocimiento este personaje fue asesinado.

Otra actividad que omitió la Fiscalía es la verificación de si en la zona de influencia del bloque HEROES DE GRANADA y en concreto en el sector donde patrullaba el sindicado, se cometieron conductas punibles distintas al concierto para delinquir, y, además, cuál fue la concreta participación de quien es juzgado en las mismas, es ingenuo pensar que el desmovilizado simplemente “patrullaba” la zona. Por ejemplo, en la sentencia C-936 de 2010 de la Corte Constitucional, se afirmó que dicho frente registra en el sector de influencia 3.730 víctimas.

Afirmamos, que, en estos casos, la única situación posible en orden a reabrir la investigación es el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el desmovilizado. Cosa distinta es si este cometió delitos distintos y graves dentro de su pertenencia a la mencionada organización evento en el cual la Fiscalía en forma independiente tiene el deber de judicializar esta situación.

4- INEXISTENCIA DEL AGRAVANTE DEL CONCIERTO PARA DELINQUIR.

Una de aquellas garantías fundamentales la constituye la plena observancia por parte del funcionario judicial del principio de estricta legalidad, que exige la correspondencia entre el supuesto fáctico y la imagen rectora expresada en el tipo. Como en este caso, cuando el legislador describe cuáles comportamientos han de tenerse como delictivos, ello implica determinar qué tipo de imputación en relación con la persona vinculada al proceso penal deriva en un hecho punible.

Con la finalidad de evitar arbitrariedades judiciales, el juzgador está en el deber de identificar en la acción desplegada por el sujeto, el tipo o figura penal descrito por el legislador, pues en garantía de la libertad individual la justicia no puede admitir elementos que el tipo no contiene. Por medio de este principio de estricta tipicidad se realiza y desarrolla el principio de legalidad, previsto en el artículo 6 del C.P., como definición abstracta e hipotética que concreta de manera exclusiva las conductas dignas de reproche y elevadas a la categoría de delitos.

Pues bien, en el caso en comento, fácilmente se establece que el representante de la Fiscalía inobservó este principio, no precisamente al adecuar la conducta al concierto para delinquir (artículo 340 del código penal), sino al deducir la circunstancia de agravación prevista en el inciso 2º, relativa al pacto ilegal que se realiza para “organizar, promover, armar o financiar grupos al margen de la ley”, pues tal y como expresó al momento de definir la situación jurídica provisional del

procesado; y según se observa en el acta de formulación de cargos, la explicación de esta circunstancia de agravación obedece exclusivamente a su pertenencia a las Autodefensas Unidas de Colombia, AUC Bloque Héroes de Granada.

Sobre el particular, cabe recordar que la ley 599 del 2000, en su artículo 340, conservó en lo esencial la descripción vigente hasta entonces, y en virtud del artículo 474 de tal estatuto penal, derogó expresamente el decreto 100 de 1980, así como las normas que lo modificaban y complementaban en materia de prohibiciones y mandatos penales; de manera que fue retirado del estatuto punitivo el artículo 6º del decreto 2266 de 1991, que adoptó como legislación permanente el artículo 1º del decreto 1194 de 1989, el cual describía y sancionaba la promoción de grupos armados ilegales o de justicia privada y sicariato.

En el artículo 340 original de la actual codificación punitiva, el concierto destinado a organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley subsistió, empero, como concierto muy específico, atendiendo a la finalidad que acompaña a sus autores. Esta disposición fue nuevamente adicionada por el artículo 8º de la ley 733 de 2002, de manera que en el inciso 2º se prevén dos especies distintas de concierto para delinquir, a saber:

1.- El pacto de varias personas con el propósito de cometer los delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos; y,

2.- El acuerdo de voluntades para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley.

Al momento de la comisión de los hechos se encontraba vigente esta disposición, pues con posterioridad devino la ley 1121 de 2006 que introdujo en su artículo 16 una modificación, cuando volvió a tipificar esta última modalidad como tipo especial y simple a través del artículo 345 del código penal a través de la expresión **“o realice cualquier otro acto que promueve, organice, apoye, mantenga, a grupos armados al margen de la ley, o a sus integrantes”**.

Insiste la Sala en otras tres ideas respecto a la existencia del concierto para delinquir simple: La primera es que la legislación vigente para el momento de los hechos era el artículo 8 de la ley 733 de 2002, pero nótese que esta legislación fue modificada por la ley 1121 de 2006 artículo 16 y en ella **SÍ INCLUYE EL AGRAVANTE PARA LOS INTEGRANTES DE LA ORGANIZACIÓN**. En otras palabras, es evidente que, si no estaba expresamente ese aparte en la legislación aplicable para el momento de los hechos, no se debe hacer interpretaciones extensivas en contra de los desmovilizados pues en ese caso se vulnera de manera flagrante el principio de legalidad estricta. Desafortunadamente en estos tiempos existe una corriente que, con fundamento en los derechos humanos y su vulneración, para castigarlos se torna válido vulnerarlos a la vez, más cuando a esa calificación se la da el contenido de delito de lesa humanidad. Si era tan obvia la tesis que al ingresar a las Autodefensas ipso facto también se promueve, financia, arma u organiza al mencionado grupo y por tanto se le impone el agravante, pues no había necesidad de modificar la ley al respecto.

Una sola ojeada al tránsito legislativo, incluso de normas anteriores y posteriores al originario inciso 2º del artículo 340 del código penal, deja en claro que esta norma cobija únicamente a quienes organicen, promuevan armen o financien grupos armados al margen de la ley, no a quienes como simples combatientes fueron enlistados en esos grupos, como en el caso del aquí procesado, quien de acuerdo a lo declarado en la versión libre y la posterior diligencia de indagatoria, que además se tiene junto con el informe del comandante de ese frente de las Autodefensas como los únicos medios de prueba obrantes en la presente actuación, ingresó de manera voluntaria para ejercer la labor de patrullero en diversos sectores de la ciudad durante el lapso que sirvió a esa organización ilegal; y como tal se desmovilizó a mediados del año 2005.

Ninguna evidencia existe en el sentido que RUBÉN DARÍO se hubiera concertado con otras personas para **promover** un grupo armado, como quiera que cuando ingresó al Bloque "*Héroes de Granada*" de las A.U.C., esa organización ya existía; ni siquiera se puede decir que contribuyó con otros a organizarla, armarla o a financiarla, por lo que el representante de la Fiscalía se equivocó abiertamente al deducirle la mentada circunstancia de agravación del tipo básico.

El verbo **promover**, que utiliza la norma, no se adecua de ninguna manera con el supuesto fáctico que se le atribuye al procesado, concretándose éste únicamente

en ingresar y haber permanecido en el grupo armado, y no con **promocionar** la creación del mismo, no siendo otra la intención del legislador que castigar con mayor severidad a quienes impulsaron la creación de grupos privados y de ninguna manera a los combatientes que ingresaron a esos grupos cuando ya habían sido creados u organizados.

Nada más contrario a la hermenéutica que debe regir la interpretación de ese delito el sostener que con el solo hecho de pertenecer a esa organización se promueve la misma. Es entendido que las organizaciones criminales causan un grave daño a la sociedad, por ello no solo se castiga el delito fin, sino también el hecho de la conformación del grupo. Obvio que, como lo mencionamos en párrafos precedentes, no resulta justo, pues vulnera el principio de igualdad en el desarrollo del sub-principio de proporcionalidad, el castigar con igualdad de pena a personas que dentro del grupo desarrollan actividades distintas, unas más importantes que otras. Obvio que la agravante contenida en el segundo inciso del artículo 340 del C.P., penaliza con mayor drasticidad a quien en desarrollo de actividades de liderazgo procura el aumento de la organización, ya sea con la promoción directa de la misma, es decir, haciéndole publicidad a la pluricitada empresa, o quien ejerce funciones de organización es decir funciones de dirección, planeación, gerencia o control dentro de ella, o también con la financiación de la misma es decir aportando recursos económicos para su sostenimiento, menos se puede afirmar que dentro de las funciones realizadas el imputado armó a sus compañeros, el simplemente recibía las armas para su labor de patrullaje, pero nada más.

Ni se diga que el indagado financió a dicha organización, a duras penas percibía una pírrica remuneración por la labor de patrullaje, pero en modo alguno, dadas sus precarias condiciones económicas estaba en la capacidad de financiar a la mencionada organización, más absurdo es sostener que él era un organizador de las Autodefensas, no tenía siquiera mando alguno, él fungió como un simple soldado o patrullero, cuyas funciones era la de cumplir las órdenes de sus superiores.

Al analizar la tesis de asignar a este caso la mencionada agravante vemos que sustancialmente no tiene asidero, y explicamos, con base en las reglas básicas de la organización empresarial, que no es lo mismo ser parte de una empresa que el desarrollar unas actividades específicas; por ejemplo, el **promotor** despliega la

actividad de mercadeo o de publicidad, es decir, procura la acogida de la organización en la comunidad. El que **financia** presta o facilita recursos económicos para la misma, el **armar** es propio de la organización bélica, es su acción más especializada y de mayor daño social y el **organizador** es quien internamente despliega funciones concretas y maneja el personal. No todos los que pertenecen a la mencionada organización armada cumplen estas funciones que tienen vital importancia para la formación de la misma, para su funcionamiento y para su consolidación; es por ello la razón del agravante. Tampoco ellos necesariamente ejercen una función directiva o de jefatura.

Es elemental que se debe demostrar actos o hechos que desarrollen esos verbos rectores para poder consolidar la agravante, e, incluso, se debe establecer a ciencia cierta la plena conciencia por parte de la persona a la cual se le hace el cargo que ello era prohibido en un plus mayor de vulneración al bien jurídico. Nótese además que según la mencionada tesis quienes desarrollan esos verbos rectores, promover, organizar, armar y financiar, no tendrían juicio de reproche mayor a pesar de la gravedad de su actuación.

Además, es el mismo legislador quien acepta la tesis de la existencia del delito de concierto para delinquir simple para “miembros de grupos armados organizados al margen de la ley”, la sola lectura de la ley 1424, artículo 1 de 2010 prevé la comisión de esas personas del delito básico antes aludido. Nos preguntamos, conforme al criterio del mismo legislador, ¿cual sería tal hipótesis? ¿Cuándo un miembro de un grupo armado ilegal comete el delito de concierto para delinquir simple? La respuesta es sencilla cuando es solamente parte de la tropa. Al ser el mismo legislador quien prevé la mencionada hipótesis, sobran las demás interpretaciones judiciales.

Como se puede observar, ninguna de las exigencias de las agravantes se da en nuestro caso, y por tanto mal puede hacerse tal juicio de atribución penal, recabamos que tales agravantes son un plus adicional a la pertenencia al grupo armado, que por obvias razones tales protagonismos agotados en esos verbos rectores atentan con mayor gravedad contra el bien jurídico protegido de la seguridad pública.

Aclaremos además que con el acuerdo de voluntades de ingresar al grupo armado se agota la conducta aludida, pero mal se hace al atribuir en esa acción un doble

reproche, e inferir que por el solo hecho de pertenecer a la organización se promueve la misma, a la larga ese modo de pensar no solo vulnera el principio de legalidad estricta -como lo observamos en su momento- sino también el principio del non bis in ídem, puesto que se le está atribuyendo a una persona un doble reproche por una sola acción. Obsérvese que con la interpretación de la Fiscalía quedaría el delito de concierto para delinquir simple en letra muerta, pues sería de imposible aplicación, ya que todas las conductas se subsumirían en la modalidad agravada.

En esa medida, cuando en la resolución que definió la situación jurídica y en el acta de formulación de cargos el representante de la Fiscalía rebasó el tipo básico del artículo 340 del código penal para imputarle el concierto para la promoción de grupos al margen de la ley, es decir, con la adicionada agravante, vulneró el principio de estricta tipicidad, garantía fundamental del procesado que debe ser protegida mediante la anulación oficiosa de la actuación a partir de la iniciación formal de la investigación, de conformidad con el numeral 2º del artículo 306 de la Ley 600 de 2000, estatuto procesal que rige la presente actuación. Nos aventuramos a sostener que tal agravante se impone para impedir la prescripción del delito de concierto para delinquir simple.

6. AUSENCIA TOTAL DE DEFENSA TÉCNICA.

Como se desprende de todo lo dicho, vemos que existe una total ausencia efectiva de defensa técnica, todas o varias de las glosas observadas por el Tribunal debieron ser alegadas por el abogado de la Defensoría del Pueblo. Lo que se observa es una presencia formal, más no material de su actuación lo que no es admisible puesto que se están comprometiendo derechos fundamentales, es una condena penal y una eventual privación de la libertad. En consecuencia, no solo por su función de profesional del derecho, sino también como miembro de una entidad encargada de la protección de los derechos de seres humanos, debe desplegar un mayor celo para el efecto. En consonancia con lo dicho se oficiará a la Defensoría del Pueblo en orden a que estos yerros no se vuelvan a cometer.

7- DE LA PRESUNTA DESPROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS.

Por último, en varios alegatos de la Fiscalía es muy insistente en afirmar que se obra de esa manera en razón del respeto de las víctimas y en orden a evitar la impunidad que se podría presentar. Es cierto que en nuestro medio se está

utilizando con mucha fuerza el concepto de justicia transicional en orden a solucionar el conflicto armado que padecemos. Sabemos que este mecanismo es extraordinario y pretende facilitar un proceso de adaptación de un grave conflicto hacia la normalidad. Obvio que ello impone el sacrificio de muchos principios penales, uno de ellos la legalidad tanto de los delitos como de las penas, de todas maneras, se tiene que reconocer que por más que no se quiera, existirá cierta impunidad de muchas de las conductas delictivas cometidas, y que será imposible el juzgamiento de todos los miembros de esas organizaciones ni en el grado de participación en todo el conflicto violento.

Por ello el proceso de selección para juzgar a los verdaderos responsables, sus protagonistas, sus líderes. En nuestro caso ellos son condenados con penas irrisorias, mientras que los patrulleros rasos cumplen con toda la pena, eso no es admisible, si existe justicia transicional para unos tiene que existir para todos, lo contrario es discriminar a los más débiles de la misma organización. Cuando se repasa lo ocurrido en los grandes conflictos armados de la historia reciente de la humanidad vemos con total claridad que quienes desempeñan actividades como la del aquí juzgado, la consecuencia ha sido de cierta tolerancia, no va a la cárcel, no es judicializado. Además, porque ello se torna en imposible, ningún sistema judicial es capaz con tanta carga que se extendería a sus colaboradores y auxiliares, no serían unos miles sino cientos de miles de personas. No hay cárceles para todos ellos.

Cosa diferente si además de la simple participación se cometieron delitos graves, caso en el cual debe ser judicializado por ellos. Es el espíritu de varias de las jurisprudencias traídas por el Fiscal recurrente. ¿Pero en el caso concreto la pregunta obvia es si esta persona cometió un delito tan grave que hace imposible la aplicación de la justicia transicional? La verdad es que en el ejercicio de ponderación fue, conforme a lo probado, su participación en esos actos de menor intensidad.

Si bien existe un principio fundamental en estos procesos y es la protección eficiente de las víctimas, este no se ha concretado, es decir, el discurso se torna en muy abstracto y, por tanto, al ser ajeno a realidades, en retórico. Tendría algo de éxito si, por ejemplo, se hubiesen determinado víctimas individualizadas de las mencionadas organizaciones en los barrios de influencia y determinar el vínculo de conexidad entre el daño a la víctima y la actuación de la persona que está

siendo juzgada. Menos sentido tiene debido a la naturaleza del bien jurídico que se pretende proteger que es la seguridad pública, que como sabemos es de peligro abstracto.

8. DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA.

Un argumento que complementa la tesis que sostenemos y que fuera presentado por una de las salas¹ de nuestra corporación es la vulneración del principio de CONFIANZA LEGÍTIMA, es decir, en las relaciones humanas y más cuando interviene el Estado, es exigible que obre de buena fe y con completa rectitud de sus derechos y obligaciones, que cumpla con su palabra, que si planteó unos beneficios y derechos, bajo unas concretas condiciones, si el ciudadano las cumple, no puede luego desconocerlos. Reiteramos, las reglas de juego estaban planteadas desde antes de la desmovilización, estas se tienen que respetar pues se está comprometiendo la honestidad y honorabilidad del mismo Estado, mal puede con una actitud tramposa desconocer esos compromisos.

Además, si el imputado se presentó a un proceso de negociación que inicialmente y como lo hemos expresado se regía por la legislación referida a la entrega de miembros de organizaciones guerrilleras. Las reglas estaban claras y, luego, por las interpretaciones jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional estas se cambiaron, y con base en lo recolectado es que se fundamenta todo el desarrollo del proceso; sin embargo, el cambio de reglas genera cierto engaño por parte del Estado y en contra del imputado. En la ley 906 uno de los derechos consagrados como esenciales es el de defensa, es que el material recopilado dentro del desarrollo de las negociaciones para llegar a una declaratoria de responsabilidad penal que se frustre, no serán tenido en cuenta de conformidad con lo establecido en el artículo 8 numeral "d" de esa legislación, precisamente ello se entiende para evitar los engaños o abusos de autoridad que terminarían recogiendo pruebas para luego fundamentar injustamente una condena. Si se llega a la conclusión que no se puede respetar las reglas de juego iniciales es lógico concluir que tampoco se deberían tener en cuenta esos mismos elementos probatorios. Es un punto que tiene que analizar la Fiscalía.

En gracia a la discusión, si se los va a desconocer, necesariamente en la misma coherencia, y conforme lo sostenido, en respeto por nuestro sistema político, las

¹ Tribunal Superior de Medellín. M.P. Cesar A. Bedoya B. Radicado 2013-4067 del 9 de julio de 2014.

pruebas allegadas al expediente no se deben tener en cuenta, no resulta ético que, mediante el engaño, a la usanza de los más enconados inquisidores, se utilice la prueba obtenida bajo esos parámetros y se les de valor jurídico.

Por último, surge la discusión respecto a la mejor solución para el caso concreto, si por un lado se pueda precluir el caso en razón de que al suprimir la causal de agravación punitiva del concierto para delinquir la acción penal está más que prescrita, en consecuencia, así se debería declarar, o, si, por el contrario, se debe anular para que la Fiscalía cumpla con su deber, es decir, primero dar aplicación a lo establecido en el artículo 63 de la ley 417 de 1997. Si el desmovilizado cumplió con sus obligaciones, la decisión inhibitoria debe permanecer incólume. Hacerlo como lo hizo el ente acusador es vulnerar el principio del *NON BIS IN IDEM*, pues se está reabriendo indebidamente un caso y juzgando a una persona nuevamente por un hecho que ya fue fallado y cobró ejecutoria formal y material, es decir, hizo tránsito a cosa juzgada material. Otra situación distinta es si la Fiscalía demuestra la existencia de otros delitos y más aquellos que son considerados de lesa humanidad, caso en el cual sí está facultada para ejercer la acción penal con toda la intensidad del caso.

De todas maneras, juzga la Sala mucho más respetuosa de derechos fundamentales la alternativa de la nulidad, no solo por lo dicho, sino por cuanto es mucho más respetuoso de derechos fundamentales que la Fiscalía declare que el desmovilizado cumplió o no con sus obligaciones dentro del periodo establecido a que se diga simplemente que se extinguió la acción penal por el paso del tiempo, en este evento subsiste un manto de duda respecto a su conducta.

En conclusión, podemos afirmar que frente a los argumentos expuestos el camino a seguir por la Sala no es otro que el de confirmar la nulidad, no solo de la providencia objeto de alzada, sino además de todo el proceso de enjuiciamiento llevado a cabo en contra de RUBÉN DARÍO CHALA CASAS, toda vez que tal como se advirtió previamente, las irregularidades aquí detectadas no pueden ser subsanadas, en la medida en que constituyen un desconocimiento y violación evidente de garantías fundamentales y principios rectores del procedimiento penal y de justicia transicional colombiano.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal del Honorable Tribunal Superior de Medellín,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR íntegramente la nulidad decretada por la juez de instancia, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, regrese la actuación a la Fiscalía de origen para lo de su cargo. Igualmente se oficiará a la Defensoría del Pueblo conforme lo expresado en líneas anteriores en orden a exigir una mejor estrategia defensiva de estas personas.

TERCERO: Contra esta determinación no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado

GERMÁN DARÍO QUINTERO GÓMEZ
Magistrado

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado