

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

**Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá
Sala de Justicia y Paz**

ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrado

ÁLVARO FERNANDO MONCAYO GUZMÁN

Por medio del presente, con el respeto acostumbrado ante los criterios diferentes plasmados en el auto en referencia, y obrando como Magistrado integrante de Sala de Decisión, por medio del presente, me permito sustentar la Aclaración de Voto, conforme lo dejé expuesto en la pasada Sala de Deliberación y tal y como quedó consignado en línea inferior a mi rúbrica en el auto que remití el pasado 14 de diciembre de 2021, mediante el cual se resuelve negativamente la solicitud de reactivación de los beneficios jurídicos contemplados en la Ley de Justicia y Paz para el ex postulado **Orlando Villa Zapata.**

Si bien es cierto comparto lo decidido en el auto objeto de análisis, al igual que los argumentos esenciales abordados, así como los elementos de convicción en que se sustenta la decisión adoptada, en el sentido de negar la reactivación del proceso y, por ende los beneficios que conlleva la Ley de Justicia y Paz, en favor del entonces postulado Orlando Villa Zapata, no obstante, difiero en lo concerniente al problema jurídico planteado y el orden o prioridad de los argumentos centrales que son considerados para la

adopción de la citada determinación, además de resultar necesario realizar énfasis en la naturaleza diferenciada de la Jurisdicción Transicional que orienta la Ley 975 de 2005, e igualmente considerar un tema relativo al aprestigiamiento de la administración de justicia en las decisiones que se adopten.

Antes de referirnos al tema concreto resulta necesario realizar un breve recuento de lo actuado, según se dejó consignado en los propios autos:

- (i) El 10 de octubre de 2019 —leída el 30 de ese mes—, esta Sala de Conocimiento de Justicia y Paz resolvió decretar la terminación del proceso especial de Justicia y Paz y exclusión de lista de postulados a **Orlando Villa Zapata** con fundamento en el artículo 11 A numeral 5° de la Ley 975 de 2005, adicionado por el artículo 5° de la Ley 1592 de 2012. Contra esta decisión, el defensor del postulado interpuso el recurso de apelación.
- (ii) Mediante auto de segunda instancia (CSJ SP2542-2020, 15 jul. 2020, rad. 56560) la Corte resolvió confirmar la citada decisión, señalando entre otros argumentos: *«El hecho que VILLA ZAPATA haya contribuido a la verdad al rendir múltiples versiones, se le haya condenado en la justicia transicional por delitos en extremo graves y y (sic) ofreciera bienes para la reparación de las víctimas, no lo habilita para recibir, sin más consideración, lo beneficios contenidos en el proceso transicional, pues el incumplimiento del compromiso adquirido por éste de cesar las actividades ilícitas impide mantenerlo en el procedimiento especial»*.
- (iii) Volvió el expediente al Tribunal, en virtud a que la Fiscalía 7 Delegada ante Tribunal de la Dirección de Justicia Transicional,

radicó reactivación del procedimiento para **Orlando Villa Zapata** por considerar la existencia de nuevas circunstancias procesales de la jurisdicción permanente, relacionadas con el fallo emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, que confirmó la sentencia emitida por el Juzgado 2 Penal del Circuito Especializado de esa ciudad.

- (iv) Esta última determinación le fue interpuesta el recurso extraordinario de casación, resolviendo declarar la nulidad parcial del fallo en razón a que operó el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal por el delito de Concierto para delinquir agravado, y, decretó la cesación de procedimiento en virtud a la prescripción de la acción penal, respecto del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, agravado.

Ante el pronunciamiento último anterior, la Fiscalía, si consideraciones fundamentales, como lo sería el haber verificado el cumplimiento de requisitos de elegibilidad, consideró que dejó sin sustento jurídico la causal que invocó en pretérita oportunidad —art. 11 A numeral 5 de la Ley 975 de 2005—. En síntesis, para la Fiscalía, el señor **Orlando Villa Zapata** debe ser reactivado dentro de esta jurisdicción de Justicia y Paz, por cuanto la sentencia base sobre la cual se fundó la expulsión del proceso especial, con el nuevo pronunciamiento de la Corte en sede de Casación le permitieron concluir que Villa Zapata debe ser reintegrado y recibir los beneficios del proceso especial de justicia y paz.

En punto al problema del incumplimiento de los requisitos de elegibilidad por parte del postulado Villa Zapata, si bien es cierto el auto examinado lo aborda, sin embargo, tal temática no figura como el eje central de discusión sino más bien como un tema complementario, lo cual a juicio

del suscrito, resta importancia al tema que debió ser tratado como problema jurídico fundamental.

Bajo las anteriores premisas pasamos a plantear el problema o problemas jurídicos y sugerir la solución a los mismos con base en las consideraciones subsiguientes:

El problema jurídico que se propone, resulta de mayor omnicomprensión al que se propone en el auto objeto de análisis, al plantear precisamente la causa y el efecto que dicha causa produce o debe producir en el proceso transicional, esto es, ante un incumplimiento de obligaciones del entonces postulado, sobre quien obró con antelación incidente de terminación anticipada y la consecuente exclusión de lista en su contra, resulta o no procedente la reactivación del proceso ante justicia y paz por la declaratoria de prescripción de la acción penal referente a los ilícitos que habrían sido cometidos con posterioridad a su desmovilización. Precisamente este escenario procesal queda inmerso y puede apreciarse a través de la siguiente pregunta, que concreta el problema jurídico sugerido.

¿Resulta procedente o no el reactivar un proceso transicional de justicia y paz de un postulado que ha quebrantado los compromisos pactados y especialmente ha incumplido los requisitos de elegibilidad?
Problema jurídico que se complementa con el siguiente: **¿Está legitimada la Fiscalía para solicitar la reactivación de un proceso transicional, sin antes haber realizado un exhaustivo análisis del cumplimiento por parte del expostulado de los requisitos de elegibilidad?**

Las respuestas que resultan obvias a los problemas planteados son eminentemente negativas, es decir, no resulta procedente su reactivación.

Así como que la Fiscalía no estaría tampoco legitimada para solicitar la reactivación sin antes realizar un pormenorizado análisis del cumplimiento de los requisitos de elegibilidad por parte del postulado Villa Zapata y, que en el evento de hacerlo, su obligación sería explicar por qué razón pese a su continuidad con su actuar delictivo, considera que aún cumple con los requisitos de elegibilidad y que, por tanto se haría merecedor a los beneficios de la pena alternativa.

Sea lo primero recordar, que para abordar el tema de análisis, no puede realizarse bajo la visión limitada de la jurisdicción penal ordinaria, pues se trata de una jurisdicción especial de justicia transicional, que cumple unas finalidades diferentes, con instituciones jurídicas diversas y que por tanto requiere una visión conglobante del fenómeno transicional, para tal efecto no se puede perder de vista que la denominada Ley de Justicia y Paz, constituye una manifestación político-jurídica para poner fin a un periodo de grandes y sistemáticas violaciones de derechos fundamentales, que por tanto y producto de diálogos interpartes, se llegó a expedir la Ley 975 de 2005.

La citada Ley está constituida por normas y principios especiales, que difieren tanto en su contenido como en las finalidades perseguidas de las que rigen la jurisdicción penal ordinaria, por ello en aquella se aceptan figuras que en momento alguno podrían considerarse en la ordinaria, como la flexibilización del principio de tipicidad estricta, la pena alternativa que no podría corresponder a una sanción de naturaleza mayormente retributiva como en la ordinaria, pero igualmente no se trata en estricto sentido de un proceso adversarial sino por el contrario la denominada Ley de Justicia y Paz nace y se justifica en el cumplimiento y sujeción a lo pactado, al cumplimiento estricto de los postulados con sus compromisos con la

jurisdicción, que ante cualquier falta trascendente o quebrantamiento de esos compromisos provoca el retiro de los beneficios, en tanto se estaría en contravía de la finalidad máxima de esta jurisdicción, como lo es la consecución de una paz estable y duradera.

A manera de ejemplo y como referente a los beneficios que las partes involucradas logran al interior de la justicia transicional, recordemos lo dispuesto por el Alto Tribunal:

*«Así que la normatividad transicional supone que sus beneficiarios son tanto el Estado como las víctimas, pero también los ofensores: el Estado por cuanto se consolida como Estado de Derecho y asume el monopolio de la fuerza y se aproxima a la concreción de una paz sostenible; las víctimas por conocer la verdad de la causa de su dolor y por ser reparadas integralmente; **y los victimarios ya que en su favor, el Estado renuncia a una parte de la pena ordinaria, a cambio de que los postulados se comprometan con aquello que es exigido como requisito de elegibilidad, esto es, que suspendan su accionar armado y en general que cambien su actitud en el futuro inmediato, a partir de su desmovilización (...)**»¹. (Negrillas fuera del texto).*

Ahora bien, referente al principio de lealtad, confianza y el compromiso de honrarlos, en especial por parte de los postulados para ser merecedores de la pena alternativa, la Corte Suprema de Justicia ha sido insistente en señalar: **«El proceso de Justicia y Paz se funda en una confianza recíproca, en el principio de lealtad, en el compromiso del desmovilizado de contribuir a la reconciliación nacional, todo ello**

¹ CSJ AP, 23 ago. 2011, rad. 34423.

sometido a verificación en el proceso de justicia y paz —art.2° Ley 975 de 2005—² (Negrillas fuera del texto).

Con fundamento en lo anterior y en virtud a la naturaleza jurídica del proceso de justicia y paz, son numerosos los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional que se han referido al tema, pero para el presente ejercicio basta con citar lo expuesto en sentencia SP15924 de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Patricia Salazar Cuéllar, en el siguiente sentido: «...*Para arribar a esa conclusión, no se debe perder de vista que **la naturaleza del proceso de Justicia y Paz no es estrictamente adversarial, su especial naturaleza se determina por la necesidad de satisfacer fines superiores como la reconciliación nacional y los derechos de la víctimas de las estructuras armadas ilegales, así como el de asegurar el cumplimiento de los compromisos de verdad, justicia, reparación, garantía de no repetición y fijación de la memoria histórica...***». (Negrilla del suscrito).

Por su parte la H. Corte Constitucional en su sentencia hito de control Constitucional sobre la ley de Justicia y Paz —Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006—, ha expuesto en referencia al tema tratado los siguientes puntos:

*«En cuanto al artículo 29, observa la Corte que tal como está redactado el inciso 4°, el compromiso que adquiere el beneficiario de la pena alternativa durante el período de libertad a prueba consiste en **“no reincidir en los delitos por los cuales fue condenado en el marco de la presente ley”**. Esta expresión comporta una desproporcionada afectación del valor justicia y del derecho de las víctimas a la no repetición, por cuanto permite la coexistencia del beneficio de reducción de pena con fenómenos de reincidencia en relación con delitos distintos a aquellos por los*

² CSJ, 13 dic. 2010, rad. 34571.

cuales fue condenado. Ningún aporte a la paz o a la justicia puede hacer una medida permisiva de esta naturaleza. Los beneficios otorgados deben estar vinculados al férreo compromiso del sentenciado de no incurrir intencionalmente en conductas delictivas, cualquiera que sea su naturaleza, y a la efectiva contribución del beneficiario a la consecución de la paz...» (Resaltado fuera del texto).

«Advierte la Corte que el inciso quinto del artículo 29, orientado a regular los supuestos de revocatoria de la libertad a prueba y del beneficio de alternatividad penal, emplea una expresión demasiado amplia, v.gr., “cumplidas estas obligaciones”. Tales obligaciones pueden ser las del inciso inmediatamente anterior, lo cual dejaría completamente desprotegido el derecho de las víctimas a la verdad. En cambio, el inciso segundo de dicho artículo alude a “las condiciones previstas en esta ley”, lo cual comprende múltiples requisitos, sin especificar cuáles. Esto es especialmente importante en lo que respecta al derecho a la verdad, **que sería burlado si el condenado pudiera mantener el beneficio de la pena alternativa a pesar de que se descubra, algún delito cometido con ocasión de su pertenencia al grupo armado específico, imputable al beneficiario y que éste hubiere ocultado** en su versión libre. Según esta interpretación, el beneficiario de la alternatividad continuaría gozando de la pena alternativa a pesar de haber ocultado, no cualquier delito, sino uno en el cual hubiere participado como miembro del bloque o frente al cual pertenecía. Cuando dicho delito ocultado estuviere, además, relacionado directamente con su pertenencia al grupo específico desmovilizado, o del cual individualmente decidió separarse para desmovilizarse, admitir que el condenado conserve el beneficio resulta manifiestamente desproporcionado. En efecto, esta interpretación tornaría la alternatividad inoperante e ineficiente frente a los fines de la justicia, y afectaría en exceso el derecho a la verdad. Por estas razones la Corte declarará exequible el inciso 5° del artículo 29 en el entendido de que

también se revocará el beneficio de alternatividad cuando el beneficiario haya ocultado en la versión libre su participación como miembro del grupo en la comisión de un delito relacionado directamente con su pertenencia al grupo».

De esa forma, si la H. Corte Constitucional ha decantado que es inaceptable que un postulado oculte un ilícito cometido por el grupo armado ilegal en su periodo de pertenencia a la organización armada, dicho apotegma es mayormente vigente cuando se trate de hechos posteriores y de una connotación superlativa como lo fueron la pertenencia a una organización ilegal después de su desmovilización y además el haber cometido nuevos delitos por los cuales fuere condenado y que pese a que fuere decretada la prescripción de la acción penal, no obra en favor del postulado sentencia absolutoria.

De otro lado, en el informe de desmovilización en Colombia, elaborado por la Secretaria General de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos referente a la CIDH, el periodo 2004-2006 planteó lo siguiente:

*«...114. Los esfuerzos de pacificación y desmovilización de grupos armados deben fortalecerse sobre la base de la legitimidad y la participación, de modo de brindar a los beneficiarios una verdadera oportunidad de reinserción en la sociedad y garantías de protección frente a posibles represalias violentas. **Esta legitimidad debe nutrirse en el verdadero compromiso frente a los acuerdos alcanzados a la luz de los parámetros internacionales**, el cese del empleo de la violencia y la intimidación contra la población civil, la sujeción a la ley, y la reparación de las víctimas. El desarrollo de una cultura de paz, de tolerancia, de respeto a la ley y de rechazo a la impunidad requiere de la participación de todos los colombianos y en particular de quienes han padecido las consecuencias del conflicto en forma directa. Se trata de un*

empeño que debe consolidarse sobre la base de la verdad, la justicia y la reparación»³. (Negrilla fuera del texto original).

En el presente tópic, se resalta y reitera la legitimidad del proceso transicional bajo el cumplimiento estricto de los compromisos contraídos, pudiéndose recurrir a los parámetros o directrices internacionales, lo que nos lleva precisamente a la obligatoriedad de aplicación del denominado Bloque de Constitucionalidad, en lo referente a los tratados internacionales suscritos por Colombia se refiere, por ello la importancia tanto en su aplicación directa o como mecanismo interpretativo las recomendaciones realizadas en este evento por la CIDH.

Adicionalmente, sobre este tema tratado la H. Corte Constitucional en Sentencia C-067/03 ha sostenido: «...*Dado el rango constitucional que les confiere la carta, las disposiciones que integran el bloque superior cumplen la cuádruple finalidad que les asigna Bobbio, a saber, servir de i) regla de interpretación respecto de la dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas*». Sobre estos puntos vale la pena enfatizar en las finalidades como regla de interpretación pero de igual manera la de orientar las funciones del operador jurídico, y es por ello que bajo dichos presupuestos cobran vital importancia las recomendaciones que ha venido realizando la CIDH⁴.

«... 76. La CIDH **reitera la necesidad de que la Fiscalía y el Tribunal de Justicia y Paz hagan cumplir de manera rigurosa los requisitos de elegibilidad establecidos en la**

³ <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/COLOMBIA.2004.RE.ESP.pdf>. Pág. 43; http://www.cidh.org/countryrep/colombia2007sp/col07.iii.vi.sp.htm#_ftn78).

⁴ <http://www.cidh.org/countryrep/colombia2007sp/Col07.III.VI.sp.htm>

Ley de Justicia y Paz que condicionan el acceso de los postulados a los beneficios de pena atenuada y su preservación, y eliminar cualquier sospecha sobre su vinculación con el narcotráfico antes de decidir si califican para acceder a los beneficios penales que establece la Ley ⁵ [78]. *Esto contribuirá al desarrollo de una investigación diligente y exhaustiva de los crímenes perpetrados*⁶ [79]. *Asimismo, las instituciones del Estado deben agotar los medios de investigación a fin de determinar el proceso histórico de conformación de los grupos armados al margen de la ley.»*

Este punto que a manera de recomendación aborda la CIDH, impone no solo la necesidad de examinar los requisitos de elegibilidad en todo momento respecto a los postulados sometidos a la jurisdicción, sino que la misma debe realizarse de manera rigurosa, y que además en el mismo análisis debe eliminarse “**cualquier sospecha sobre vinculación con el narcotráfico antes de decidir si califican para acceder a los beneficios penales...**”

La intervención de la Corte Interamericana no puede ser más clara que lo expuesto, y de la misma manera tales consideraciones se subsumen en un todo en el caso objeto de revisión, por lo cual no puede obviarse al momento de verificar esos requisitos de elegibilidad por parte del postulado en el caso analizado.

Recordemos que los requisitos de elegibilidad, acompañan a todo postulado, desde el momento mismo de su postulación, especialmente en la

⁵ [78] Ver “Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia.” OEA/Ser/L/V/II. 125 Doc. 15, 1º de agosto de 2006, párrafo 30.

⁶ [79] Ver “Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la Ley de Justicia y Paz en la República de Colombia.” OEA/Ser/L/V/II. 125 Doc. 15, 1º de agosto de 2006.

fase judicial, pues para efectos de ser aceptado como postulado a los beneficios de justicia y paz, el ente investigador deber acreditar el cumplimiento de unos mínimos presupuestos, como lo establecía el artículo 3 del Decreto 4670 de 2005, que consistía en que los candidatos a la postulación: “...declaren bajo la gravedad del juramento su compromiso de cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 10 y 11...” en referencia a la Ley 975 de 2005, igual ocurre al presentar el escrito de acusación e iniciar la audiencia concentrada, cuando la Fiscalía presenta la hoja de vida del postulado acompañada con la afirmación expresa del cumplimiento por parte de este de los requisitos de elegibilidad, y más aún ocurre cuando se profiere sentencia, donde debe analizarse y aceptarse que se cumplen de manera completa los requisitos de elegibilidad, pero igual análisis debe realizarse al momento de verificarse lo relacionado con la libertad a prueba y se extiende hasta que quede en firme la última sentencia por el ultimo hecho del que resulte responsable cada uno de los postulados, entratándose precisamente de imputaciones y sentencias parciales.

Finalmente, la última temática propuesta y que considero que no es ajena a las decisiones que se adopten en la justicia transicional es del denominado el prestigio de la Administración de Justicia en todas sus decisiones, pero obrando con mayor cautela al momento de asumir temáticas controversiales y en las cuales esté de por medio la legitimación de la jurisdicción en especial con el apego y cumplimiento de aquellos presupuestos que como principios y fines de la Jurisdicción Transicional, debe reflejarse en cada decisión, no de otra manera podría construirse una jurisdicción que soporte cualquier examen y con capacidad de generar confianza en los destinatarios de la impartición de justicia, pero de igual manera en la sociedad en general. El profesor Carlos Gustavo Nino ha reiterado que el funcionario judicial “...Además de conocer los marcos

*normativos debe estar revestido de una educación deontológica consolidada en valores y principios éticos*⁷, donde el aprestigio de la Administración de Justicia debe ser un criterio que no puede desconocerse en la adopción de decisiones.

El aprestigio de la Administración de Justicia no es un tema que únicamente comprenda los preacuerdos y negociaciones a que hace referencia el artículo 348 y siguientes de la Ley 906 de 2004, sino que debe ser un referente en la adopción de decisiones que suscite controversia y en las cuales se encuentren en contienda diferentes bienes jurídicos en especial los derechos de la sociedad y de las víctimas.

Es sobre estos supuestos que cabe la pregunta, si realmente contribuye al aprestigiamiento de la Administración de Justicia el adoptar una decisión en la cual se reactive un proceso en favor de un postulado que fuere previamente excluido por delitos posteriores a su desmovilización y que por tanto ha defraudado los compromisos asumidos al momento de su acogimiento a la jurisdicción y, que en últimas pudiere resultar con beneficios punitivos como la pena alternativa, en proceso sobre el cual operó el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, pero que en momento alguno se ha proferido fallo de segunda instancia absolutorio.

Por lo expuesto, a manera de conclusión, reitero conformidad con lo decidido en el sentido de no admitir la reactivación del proceso de justicia transicional en favor del señor expostulado **Orlando Villa Zapata**.

⁷ Nino, Carlos Gustavo. (1989). *El constructivismo ético*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

De la anterior manera dejo planteado la aclaración de voto, destacando que comparto en todo los demás argumentos que se traen en el auto objeto de análisis.

Fecha ut supra,



ÁLVARO FERNANDO MONCAYO GUZMÁN

Magistrado