

REPÚBLICA DE COLOMBIA



DEPARTAMENTO DE ARAUCA

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA**

Magistrado Ponente: MATILDE LEMOS SANMARTÍN

Aprobado mediante acta No. 377

Arauca, diciembre diez (10) de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIA: PROCESO PENAL LEY 600
RADICADO: 81-001-31-07-001-2017-00015-01
PROCESADO: JUAN CARLOS GIRALDO GUTIÉRREZ
DELITO: CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Decide este Tribunal el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, contra la sentencia de primera instancia proferida el 29 de mayo de 2018 por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Arauca¹, mediante la cual condenó a JUAN CARLOS GIRALDO GUTIÉRREZ a la pena de prisión SETENTA Y DOS (72) meses y multa de DOS MIL (2.000) S.M.L.M.V. como autor responsable del punible de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO.

ANTECEDENTES

Los hechos que dieron origen a la investigación tienen que ver con la pertenencia de JUAN CARLOS GIRALDO GUTIÉRREZ al Bloque Vencederos de las Autodefensa Unidas de Colombia hasta su desmovilización colectiva el 23 de diciembre de 2005. Dicha situación se

¹ Alfonso Verdugo Ballesteros

dio a conocer a través de la lista de desmovilizados que MIGUEL ÁNGEL MELCHOR MEJÍA MUNERA presentó ante el entonces Comisionado para la Paz, LUIS CARLOS RESTREPO RAMÍREZ, durante el transcurso del año en mención.

Con fundamento en lo anterior y después de adelantadas algunas actividades de investigación preliminar, la Fiscalía Once de la Unidad Nacional para los Desmovilizados declaró la apertura de la instrucción en contra de GIRALDO GUTIÉRREZ por el reato de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, de conformidad con el inciso 2º del art. 340 del Código Penal, el día 17 de octubre de 2013, por lo que ordenó vincularlo mediante diligencia de indagatoria.

Asimismo, en fecha del 18 de mayo de 2015, la Fiscalía Ciento Dos delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados ordenó la captura del investigado para garantizar su comparecencia en los términos del artículo 355 de la ley 600 de 2000.

Posteriormente, el 10 de diciembre de 2015, aduciendo que había agotado los medios posibles para conseguir su comparecencia, declaró a GIRALDO GUTIÉRREZ persona ausente, le designó defensor público, reiteró la orden de captura librada en su contra y ordenó practicar algunas pruebas. Luego, mediante providencia del 21 de junio de 2016 la Fiscalía resolvió la situación jurídica de GIRALDO GUTIÉRREZ imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva.

Una vez clausurada la investigación², el 24 de noviembre de 2016 la fiscalía profirió resolución de acusación contra GIRALDO GUTIÉRREZ³, a través de la cual lo acusó como autor responsable del delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, en los términos del artículo art. 340 inciso 2º del C.P.

² Fl. 284 cdno único de la Fiscalía

³ Fls. 292 a 302 cdno único de la Fiscalía

Ejecutoriada la decisión acusatoria, se dispuso el envío de las diligencias al Juzgado Penal del Circuito Especializado de Arauca, Despacho que avocó conocimiento y ordenó el traslado de que trata el artículo 400 de la ley 600 de 2000, término durante el cual las partes e intervinientes no plantearon solicitudes probatorias ni causales de nulidad. Seguidamente, se celebró audiencia preparatoria el 31 de octubre de 2017, en la que el juez desestimó la necesidad de decretar pruebas de oficio.

Luego, el 6 de febrero de 2018 se llevó a cabo la audiencia pública de juzgamiento, durante la cual se dio traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión. En ese sentido, la Fiscalía solicitó sentencia condenatoria contra el acusado al tiempo que la defensa se abstuvo de hacerlo.

El 29 de mayo de 2018, el Juez Penal del Circuito Especializado de Arauca halló responsable al acusado de haber cometido el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO al pertenecer al Bloque Vencederos de las Autodefensa Unidas de Colombia, condenándolo a las penas antes reseñadas.

LA SENTENCIA IMPUGNADA⁴

El Juez Penal del Circuito Especializado de Arauca, después de hacer un recuento de los hechos materia de debate y de los elementos estructurales del tipo penal indicado por la Fiscalía, señaló, en primer lugar, que la tipicidad de la conducta de CONCIERTO PARA DELINQUIR se configuró, pues en el departamento de Arauca operó el Bloque Vencedores de las Autodefensas Unidas de Colombia cuyo objetivo era combatir y exterminar a los miembros de las FARC y el ELN, a través de la comisión de delitos indeterminados, entre los que figuraban el homicidio, la extorsión y el secuestro, lo que sin lugar a dudas afectó la seguridad pública.

⁴ Fls. 54 a 76 cdno único del Juzgado

En segundo lugar, el juzgador de instancia determinó, que la responsabilidad penal de GIRALDO GUTIERREZ afloraba al comprobarse que fue incluido en el listado entregado por MIGUEL ÁNGEL MELCHOR MEJÍA MUNERA e hizo parte de la reinserción colectiva del 23 de diciembre de ese mismo año, sin que importe que no haya ingresado a la *"ruta de reintegración de la vida civil"*.

Paras fundar tal aserto, el operador judicial explicó que la exclusión de MIGUEL ÁNGEL MELCHOR MEJÍA MUNERA del proceso de justicia transicional, no significaba que el listado entregado *"al momento de la desmovilización colectiva"* carezca de valor probatorio para acreditar que las personas allí enlistadas pertenecieron a las AUC.

En ese sentido, expuso, que en virtud del principio de libertad probatoria la responsabilidad del acusado podía demostrarse a través de cualquier medio de convicción, *"siempre que su apreciación resulte razonable"* a partir de su valoración conjunta con los demás medios de prueba.

Por último, consideró que la defensa tuvo la oportunidad para advertir que la acusación de la Fiscalía no tenía sustento en la realidad y aportar las pruebas necesarias para ello, sin que hubiese hecho manifestación alguna a lo largo del proceso. En consecuencia, concluyó, que emerge sin ningún asomo de duda la responsabilidad penal del acusado por el delito de CONCIERTO AGRAVADO PARA DELINQUIR.

El juez procedió, luego, a individualizar la pena, y teniendo en cuenta el *quantum* punitivo del inciso segundo del artículo 340 *ibídem* y el correspondiente cuarto mínimo, fijó como sanción SETENTA Y DOS (72) meses de prisión y multa de DOS MIL (2.000) S.M.L.M.V. En dicho momento también le negó la suspensión condicional de la pena por incumplimiento de los requisitos señalados en la ley 1424 de 2010 y debido a que la impuesta excedía el término máximo de 3 años, señalado por el artículo 63 del Código Penal.

RECURSO DE APELACIÓN

El Ministerio Público inconforme con la decisión el 31 de mayo de 2018 la apeló. Como punto esencial del recurso de alzada, sostuvo, que el juez de primera instancia desconoció la presunción de inocencia al dar por demostrada la pertenencia del acusado al bloque vencedores de las AUC por su sola inclusión en la lista "*de desmovilizados*"; aun cuando la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha advertido que fue elaborada de forma antojadiza por el narcotraficante MIGUEL ÁNGEL MELCHOR MEJÍA MÚNERA, quien se hizo pasar por comandante de dicho grupo paramilitar para acceder a los beneficios judiciales de la Ley de justicia y paz.

Agregó sobre ello, que era un hecho notorio que tales listados incluyeron "*el doble del número real de miembros efectivos*", por lo que resulta inadmisibles que el juzgador de instancia trasladara de forma abstracta todas las acciones que se saben cometieron las AUC para fundamentar la tipicidad de la conducta y responsabilizar a GIRALDO GUTIÉRREZ sin la concurrencia de elementos de convicción que acreditaran con certeza su pertenencia, pues, explicó, el acusado nunca manifestó de manera libre y consciente que efectivamente hizo parte de dicho grupo paramilitar, y la Fiscalía no realizó actividad investigativa encaminada a recopilar evidencia demostrativa de tal condición, para esclarecer, por lo menos, qué rol desempeñaba.

De esa manera, dijo el apelante, no existe una máxima de la experiencia o una regla lógica que permita concluir, indefectiblemente y sin más pruebas, que toda persona que aparece en un listado de presuntos desmovilizados haya sido miembro del grupo subversivo en cuestión, sobre todo si se tiene en cuenta que tal listado fue elaborado irregularmente.

En esa misma línea, replicó, que no haber adelantado y culminado el proceso administrativo de reinserción sólo puede llegar a significar la pérdida de los beneficios, pero de ninguna manera que el acusado realmente haya pertenecido a las AUC, pues no pasa de ser una circunstancia contingente.

Por las razones antes planteadas, el apelante solicitó a este Tribunal revocar la sentencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Arauca y en su lugar absolver al procesado.

PRONUNCIAMIENTO DE LOS NO RECURRENTES.

Durante el traslado del recurso de apelación, las partes y demás intervinientes no se pronunciaron.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero advertir que esta Colegiatura es competente para conocer de la presente actuación en virtud de lo normado en el artículo 76-1 de la Codificación Procesal Penal de 2000 y, precisar, que se decidirá el recurso de apelación conforme lo dispone en artículo 204 *ibídem*, es decir, limitando el examen al análisis de los argumentos expuestos por los apelantes y extendiéndolo únicamente a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación.

El núcleo de discusión consiste en determinar si existen elementos de convicción que acrediten en el umbral de prueba requerido, que GIRALDO GUTIÉRREZ cometió el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO al pertenecer al Bloque Vencedores de las Auto Defensas Unidas de Colombia, o si, como lo planteó el Ministerio Público, existen dudas razonables que ameritan su absolución.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS PREVIAS

1.1. La demostración de los elementos estructurales del delito y la

responsabilidad penal en vigencia de la ley 600 de 2000.

En virtud de la presunción de inocencia que le asiste a todas las personas, le corresponde al Estado demostrar en el grado de certeza exigido que una conducta que ha tenido ocurrencia en el pasado se compasa con los elementos descritos en el tipo penal, esto es, que se ha consumado un delito o por lo menos un intento, y que la persona inculpada lo ejecutó, indujo a otra a realizarlo, o colaboró de cierta manera en su comisión. En otras palabras, para proferir sentencia condenatoria en contra de una persona determinada es indispensable, primero demostrar la materialidad de la conducta delictiva, y segundo, la responsabilidad penal de la persona a quien se le imputa su comisión.

Para lograr su pretensión punitiva, la Fiscalía cuenta con la potestad de probar los hechos jurídicamente relevantes con cualquier medio de prueba siempre que no vulnere derechos y garantías fundamentales y la ley no exija uno en especial, como lo contempla el artículo 237 de la ley 600 de 2000. Sobre este tópico, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en auto del 18 de abril de 2017, radicación 48965, con ponencia del Magistrado José Francisco Acuña Vizcaya, expuso lo siguiente:

"El derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra tiene como correlato necesario la libertad probatoria, pues el procesado o los intervinientes pueden establecer sus hipótesis por cualquiera de los medios previstos en la legislación procesal penal, siempre y cuando no se violen los derechos fundamentales, pues en el Estado Social de Derecho no es admisible la obtención de la verdad a cualquier precio."

De esa manera, no puede exigírsele a la Fiscalía un determinado medio de prueba ni una cantidad singular los mismos, por ejemplo, un número determinado de testigos para acreditar los elementos estructurales del delito, ni requerimientos de estirpe similar, pues no existe un sistema de valoración legal que le imponga al juez declarar probados ciertos hechos o la presencia formal de cierto elemento de convicción. Por el contrario, debe el operador jurídico analizar el mérito de cada medio de prueba en su real dimensión, a partir de las reglas de la sana crítica, como lo ordena el artículo 238 de la ley 600 de 2000.

Lo importante, en principio, no es la cantidad de elementos de los que se disponga sino la fuerza probatoria que cada uno posea realmente para esclarecer los hechos materia de debate, a partir de criterios como la fiabilidad, credibilidad y el carácter fidedigno que deberá dilucidarse respecto de cada uno de ellos. De todos modos, la existencia de plurales pruebas en torno a un mismo aspecto fáctico no es ni mucho menos despreciable, pues eventualmente podrían servir como elementos de corroboración, prestándole al juzgador un mayor grado de convicción.

No obstante, la cantidad no es un criterio *per se* significativo ni constituye un estándar requerido para tener certeza de un hecho, amén que tal exigencia podría llevar a absurdos tales como el establecimiento de facto de un sistema de tarifa legal contrario a los principios axiomáticos que rigen el proceso penal regido por la ley 600 de 2000, o a tener que dar por probado un hecho cuando realmente los elementos de convicción, por numerosos que sean, no gozan de credibilidad suficiente.

En ese orden de ideas, el juez sólo puede condenar cuando las pruebas lo lleven al conocimiento de los hechos constitutivos de la conducta punible y de la responsabilidad penal del acusado, en un grado de certeza racional. Ahora bien, en aplicación del principio de permanencia, los elementos de convicción recaudados durante la instrucción que sirvieron para fundar la acusación, mantienen su condición de prueba en el juicio, de no ser excluidas por vicios que afecten su licitud o legalidad. En alusión a este principio, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2010, radicado, 32777, con ponencia del Magistrado Sigifredo Espinosa Pérez, expresó sobre el particular:

"En primer lugar, ha de tomarse en consideración que el sistema regido por la Ley 600 de 2000, normatividad aplicable al caso concreto, contempla un indiscutible principio de permanencia de la prueba –por contraposición a la sistemática diseñada en la Ley 906 de 2004, que considera prueba únicamente la practicada o aportada en curso de la audiencia de juicio oral-, por virtud del cual, los elementos suasorios aportados de manera legal, regular y oportuna en la investigación previa, la instrucción o el juicio, tienen plena capacidad probatoria y, por consecuencia, dado el principio de libertad probatoria que con el anterior entronca, perfectamente pueden servir para soportar una decisión de condena.

De esta forma, si sucede que la prueba de incriminación sustancial se aportó en un solo momento procesal, dígase la investigación previa o la instrucción, nada importa que en las subsecuentes se dejen de allegar otras o el proceso discurra sin mayores aportes en la materia, pues, si esos elementos comportan el criterio de certeza que para condenar consagra la ley, nada distinto a impartir la correspondiente sentencia debe hacer el juez».

Así, bajo el régimen procesal de la Ley 600 de 2000, todas las pruebas recaudadas en las fases de indagación e instrucción y durante el juzgamiento deben valorarse por el juez de conocimiento al momento de dictar sentencia, salvo que se evidencie su ilegalidad o ilicitud.

En suma, para llegar al conocimiento racional de los hechos constitutivos de la conducta punible y de la responsabilidad penal del acusado, el operador debe analizar el contenido real de los medios de prueba, sin importar la fase procesal de su recaudación siempre que no sean ilegales o ilícitos, y precisar su correspondiente credibilidad, a través de un ejercicio valorativo a la luz de las reglas que gobiernan la sana crítica y las máximas de la experiencia. En ese análisis, cada medio de prueba relevante debe estudiarse a partir de criterios objetivos provenientes de los procesos lógicos, epistemológicos, semánticos y hermenéuticos del razonamiento.

Entre esos criterios de utilidad para desentrañar la verdad procesal, resulta indudable que la Fiscalía cuenta con la posibilidad de acudir al razonamiento indiciario para demostrar los elementos estructurales de cualquier tipo penal, y tal razonamiento puede partir de un solo dato o hecho indicador, o valerse de la concurrencia y correlación de varios datos. Sin embargo, en la realización de ese ejercicio mental de reflexión el *"Juez no puede apartarse de los postulados de la lógica, de las máximas de la experiencia, ni, por supuesto, de las reglas de las ciencias."*⁵

Con todo, no puede dejarse de lado, que en virtud del principio de investigación integral la Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar con igual celo y solicitud tanto lo perjudicial como aquello que resulte beneficioso a los intereses del procesado, lo que

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 24 de enero de 2007, rad. 26618, Magistrado Ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

significa que debe recaudar y practicar las pruebas relevantes, sin importar si son incriminatorias o exculpatorias, pues su tarea en la instrucción es acercarse en lo posible a la verdad de lo sucedido. Así lo contemplan los artículos 20 y 234 de la legislación procesal penal de 2000, señalando que corresponde al funcionario judicial buscar la "*verdad real*"; para lo cual debe averiguar con igual diligencia tanto "*las circunstancias que demuestren la existencia de la conducta punible, las que agraven, atenúen o exoneren de responsabilidad al procesado y las que tiendan a demostrar su inocencia*".

1.2. La situación que plantea el caso concreto.

Esbozados con suficiencia los presupuestos probatorios para la demostración de la ocurrencia de la conducta punible y la responsabilidad de las personas incriminadas, corresponde a este Tribunal estudiar si las evidencias recaudadas por la Fiscalía Ciento Dos delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados demuestran con certeza razonable que GIRALDO GUTIÉRREZ cometió el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO al pertenecer al Bloque Vencedores de las Auto Defensas Unidas de Colombia, o si, como lo planteó el Ministerio Público, existen dudas razonables que ameriten una absolución.

En ese sentido, resulta necesario precisar que el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR, sancionado por el inciso primero del artículo 340 del Código Penal con una pena de tres (3) a seis (6) años⁶, se configura por la celebración, por dos o más personas, de un convenio o pacto dirigido a la comisión permanente y coordinada de delitos indeterminados, con la distribución entre sus miembros de funciones y responsabilidades en procura de alcanzar un fin común ilícito.

Se trata, entonces, de una organización criminal conformada por dos o más personas que en adelante asumen la actividad criminal como su negocio, sin que sea necesario un acuerdo previo sobre los delitos específicos que cometerán, el lugar, las personas o bienes que se afectarán. Simplemente, existe un consenso sobre lo que será su plan a seguir en adelante: delinquir. En palabras de Giuseppe Maggiore, consiste en "*un encuentro de*

⁶ Pena vigente al momento de la desmovilización colectiva el 23 de diciembre de 2005.

voluntades para la realización de un programa delictuoso de carácter permanente y acompañado de la disposición previa de los medios, de la distribución de tareas entre los asociados y de un fin común”, que afecta la tranquilidad colectiva y atenta contra la seguridad pública.

Debido a ello es un delito de mero peligro que se consuma con el simple acuerdo de voluntades de quienes conforman la empresa criminal, por lo que sus miembros son castigados por el solo hecho de participar en ella, y es autónomo ya que no requiere para su configuración la realización previa, concomitante o posterior de otros delitos para que se entienda materializado el concierto, debido a que la seguridad pública se entiende afectada con la simple conformación de la organización delictiva, pues la naturaleza eminentemente dañina de los actos que pretenden cometer de manera permanente y coordinada justifica que el Estado busque su represión de manera anticipada a la comisión de esas conductas⁸.

Así, dicha conducta criminal requiere para su configuración tres elementos esenciales⁹: (i) la confluencia de un número plural de personas; (ii) un acuerdo de voluntades que tenga por finalidad la comisión de delitos indeterminados de manera permanente y en procura de un mismo fin, esto es, que los miembros, que no deben reunir condición o calidad alguna, estén unidos de manera voluntaria para alcanzar el objetivo criminal planteado, y; (iii) que la potencial realización de las actividades que se proponen ejecutar los miembros de la organización criminal tenga la virtualidad de poner en peligro o alterar la seguridad pública.

Sobre el primer y segundo elemento, no sobra decir que el delito se configura por la mera participación de la persona en la organización criminal, sin importar si su incorporación tuvo lugar desde la génesis de la empresa delictiva o de manera posterior, ni el rol o las funciones que haya realizado en cumplimiento de los designios criminales que unen las voluntades de

⁷ Maggiore Giuseppe, Derecho Penal Parte Especial, Edit. Temis, Bogotá 1989.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Única Instancia del 15 de julio de 2008, Rad. 28362.

⁹ Consúltense las siguientes sentencias de la Corte Suprema de Justicia: Única instancia, 17089, 25 de junio de 2002; Casación 19712, septiembre 23 de 2003; extradición 22626, junio 22 de 2005; Casación 28362, julio 15 de 2008.

los distintos miembros. Y aunque parezca de perogrullo, debe subrayarse que la responsabilidad penal del procesado estriba en que se demuestre su pertenencia efectiva a la empresa criminal de que se trate, esto es, su contribución a los objetivos de ésta a través del desarrollo de ciertas funciones.

En lo que atañe al tercero, basta que la organización tenga como propósito la comisión de delitos indeterminados, sin que sea relevante para la configuración del tipo penal básico, descrito en el inciso primero del artículo 340 del C.P., que se realice para cometer un delito específico de manera permanente y coordinada, o que la organización delictiva ejecute varios tipos de punibles, como se desprende del concepto genérico "*cometer delitos*" utilizada por la disposición en mención.

Por otra parte, cuando la concertación criminal se lleva a cabo para la comisión de, entre otros, los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento, homicidio, terrorismo, la pena a imponer será de seis (6) a doce (12) años¹⁰.

Bajo esas premisas¹¹, resulta apenas evidente que en el conflicto armado colombiano participaron grupos paramilitares organizados como Autodefensas Unidas de Colombia - AUC. -, creados por agricultores, empresarios y narcotraficantes para contrarrestar el accionar guerrillero en aquellas zonas donde la institucionalidad era precaria. A mediados de la década de los noventa, dichos grupos paramilitares consolidaron su presencia en las regiones del país y se estructuraron de forma jerárquica y con un marcado corte castrense, aumentando su capacidad bélica y distribuyéndose el dominio territorial por regiones.

En ese proceso de expansión, para el año 2000, varios comandantes de las AUC decidieron desplegar su accionar paramilitar en el departamento de Arauca, por lo que de consuno les encomendaron a los hermanos Víctor Manuel y Miguel Ángel Munera la conformación,

¹⁰ Pena vigente al momento de la desmovilización colectiva el 23 de diciembre de 2005.

¹¹ La siguiente reseña encuentra su soporte en las siguientes sentencias de justicia y paz: Sala de Justicia y Paz, Tribunal Superior de Bogotá, sentencia de primera instancia del 16 de abril de 2012, Radicado 110016000253200883280, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Castellanos Roso; Sala de Justicia y Paz, Tribunal Superior de Bogotá, sentencia de primera instancia del 01 de diciembre de 2011, Radicado 1100160002532008-83194; 1100160002532007-83070, Magistrada Ponente Dra. Léster María González Romero

organización, incursión y posicionamiento del Bloque Vencedores en esta región. Para su funcionamiento el Bloque contó con tres compañías, cada una integrada a su vez por tres unidades de contraguerrilla de 30 hombres cada una. Cada unidad, asimismo, estaba conformada internamente por cuatro escuadras.

Se ha logrado documentar que el Bloque Vencedores de Arauca cometió de manera sistemática masacres, homicidios selectivos y en personas protegidas, actos de terrorismo, lesiones personales, desapariciones forzadas, desplazamientos forzados, secuestros, amenazas y accesos carnales violentos, entre otros delitos, en contra de los pobladores de la región Araucana¹².

En ese orden de ideas, quienes en términos generales hicieron parte del Bloque Vencedores de las Autodefensas Unidas de Colombia, incurrieron en el delito de concierto para delinquir agravado según los incisos 1º y 2º del artículo 340 *ibidem*, desde el momento en que de manera voluntaria decidieron vincularse hasta el día en que decidieron desertar o en su defecto hasta que se desmovilizaron de forma colectiva, pues conscientemente accedieron a ser miembros de una empresa criminal que realizó incursiones armadas en los municipios del departamento de Arauca, esto es, de un grupo que deliberadamente se conformó para la comisión de delitos indeterminados de forma permanente.

Así lo ha conceptuado la Corte Suprema de Justicia desde el auto interlocutorio del 11 de julio de 2017, radicado 26945, con ponencia del Magistrado Julio Enrique Socha Salamanca, en el que se determinó que los desmovilizados de grupos de autodefensas debían responder ante la justicia ordinaria por el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO y no por el delito de sedición *"por cuanto (...) no sólo equivale a suponer que los mismos actuaron con fines altruistas y en busca del bienestar colectivo sino, y también, burlar el derecho de las víctimas y de la sociedad a que se haga justicia y que se conozca la verdad, pues finalmente los hechos podrían quedar cobijados con la impunidad absoluta"*.

¹² Sala de Justicia y Paz, Tribunal Superior de Bogotá, sentencia de primera instancia del 24 de febrero de 2015, Radicado 1 110016000253200883612-00, Magistrada Ponente Dr. Uldi Teresa Jiménez López.

2. DECISIÓN A ADOPTAR

2.1. Abordaje del problema jurídico.

Como se dijo al plantear el problema jurídico a resolver, la cuestión debatida gira en torno a determinar si existe la certeza necesaria sobre la pertenencia de GIRALDO GUTIÉRREZ al Bloque Vencedores de las AUC, lo que significaría sin asomo de dudas que cometió el delito por el que se le acusó, o si, como lo planteó el Ministerio Público, su mera inclusión en la lista de desmovilizados entregada al Gobierno Nacional para el año 2005 y su posterior comportamiento durante el proceso de reincorporación no tienen la virtualidad de derruir su inocencia, en la medida que no existen otros elementos probatorios que corroboren que efectivamente perteneció a tales autodefensas y descarten la posibilidad de que haya sido parte de un intento de "falsa desmovilización".

Sobre tal asunto, debe recordarse que la Fiscalía y el Juez de instancia concluyeron que se había demostrado la pertenencia de GIRALDO GUTIÉRREZ a las AUC y, por consiguiente, su responsabilidad penal a partir de su inclusión en la lista de desmovilizados que MIGUEL ÁNGEL MELCHOR MEJÍA MÚNERA entregó al entonces Alto Comisionado para la Paz, LUIS CARLOS RESTREPO RAMÍREZ, pues al tenor literal del artículo primero del decreto 3360, *"la calidad de miembro del grupo armado organizado al margen de la ley de que se trate, **se acreditará mediante una lista de desmovilizados suscrita por los voceros o miembros representantes de dicho grupo, en la que se reconozca expresamente tal calidad**"*.

Así, en la resolución de acusación el ente instructor consideró que el acusado había cometido el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO aduciendo que, de forma voluntaria se concertó para organizar y promocionar grupos armados ilegales al pertenecer al Bloque Vencedores de las Autodefensas Unidas de Colombia hasta la desmovilización colectiva ocurrida el 23 de diciembre de 2005. En esa oportunidad la Fiscalía expresó, que la pertenencia del GIRALDO GUTIÉRREZ se demostró a partir de la lista de desmovilizados que MIGUEL ÁNGEL MELCHOR MEJÍA MÚNERA entregó al Gobierno Nacional.

Asimismo, de manera previa, había dicho, al definir la situación jurídica del procesado, que su conducta se adecuaba, entre otras, a la descrita en el tipo penal de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, limitándose a esgrimir que había pertenecido al Bloque Vencedores de Arauca por haber sido enlistado como desmovilizado por MIGUEL ÁNGEL MEJÍA MUNERA.

Por su parte, el juez de primer grado consideró que la pertenencia de GIRALDO GUTIÉRREZ al grupo paramilitar antedicho se acreditó con la certeza requerida, pues: (i) se desmovilizó el 27 de agosto de 2005; (ii) está incluido en la lista que el Alto Comisionado LUIS CARLOS RESTREPO RAMÍREZ ratificó, e; (iii) hizo parte de la reincorporación colectiva del 23 de diciembre de ese mismo año.

Para respaldar tal aserto, descartó que la lista de desmovilizados careciera de valor probatorio para acreditar la pertenencia al Bloque Vencedores de las personas allí mencionadas pues, explicó, que si bien MIGUEL ÁNGEL MELCHOR MÚNERA fue excluido del proceso de justicia y paz, resulta indudable que *"financió de manera amplia y profunda a las autodefensas y estuvo al frente, así fuese nominalmente, de un bloque cuyas acciones criminales cubrieron de luto y zozobra a la población"*¹³.

Frente a tales razones, el Ministerio Público adujo, que no existe una máxima de la experiencia o una regla lógica que permita concluir, indefectiblemente y sin más pruebas, que toda persona que aparece en un listado de presuntos desmovilizados haya sido miembro del grupo subversivo en cuestión, sobre todo porque era notorio que tales listados incluyeron *"el doble del número real de miembros efectivos"*.

Asimismo, expuso, que el no haber iniciado el proceso administrativo de reinserción sólo puede llegar a significar para GIRALDO GUTIÉRREZ la pérdida de los beneficios, pero de ninguna manera que el procesado realmente haya pertenecido a las AUC, pues no pasa de ser un hecho circunstancial.

¹³ Fl. 15 del Cdno único del Juzgado de conocimiento.

Así pues, resulta necesario precisar, primero, cómo estaba regulado el tema de las desmovilizaciones colectivas e individuales para la época en que se produjo la entrega del Bloque Vencedores de las AUC, con el fin de determinar la función de la lista de desmovilizado y poder evaluar de mejor manera su valor y alcance probatorio. Con ese cometido, se establecerá si el artículo primero del Decreto 3360 establece una presunción legal, con efectos jurídicos penales sobre la condición de miembros de grupos armados tratándose de supuestos de desmovilización colectiva, pues para la Fiscalía tal norma era el fundamento de su razonamiento probatorio.

En segundo término, tendrá que estimarse el valor demostrativo que merece la lista de desmovilizados que MIGUEL ÁNGEL MELCHOR MEJÍA MÚNERA entregó al entonces Comisionado para la Paz. Ello, porque, como se ha visto, uno de los indicios que fundó la sentencia de primera instancia y que se censuró en el recurso de alzada fue la inclusión de GIRALDO GUTIÉRREZ en ese documento.

Por último, la Sala valorará la corrección y validez del razonamiento indiciario que desplegó el juez de conocimiento para tener por acreditada la responsabilidad del acusado de cara a la posible confluencia de hipótesis adversas.

2.2. La función normativa de la "lista de desmovilizados" en el Decreto 3360 de 2003.

Por expreso mandato constitucional¹⁴ la paz es una política de Estado que corresponde dirigir al Presidente de la República, quien tiene como función mantener el orden público y ser el supremo director de la Fuerza Pública. En procura de ese cometido de orden superior, a lo largo de la historia del Estado Colombiano, se han adoptado diversos instrumentos transicionales para asegurar *"la satisfacción del derecho a la paz –a través de la superación de la violencia generalizada–, la realización de los derechos de las víctimas, el fortalecimiento del Estado de derecho y el logro de la reconciliación."*¹⁵

¹⁴ (art. 189, numerales 3° y 4°).

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-007 del 1 de marzo de 2018.

Entre ese cúmulo de instrumentos, para el año 1997 se expidió la Ley 418, con la que se pretendió facilitar el diálogo y la suscripción de acuerdos con organizaciones armadas al margen de la ley. Asimismo, con el objetivo llevar a buen término tales conversaciones, a través del artículo 8º de la ley la Ley 434 de 1998, se establecieron como funciones presidenciales delegables las de *"(i) Realizar actos tendientes a entablar los diálogos a que se refiere este capítulo; (ii) Adelantar diálogos con los voceros o representantes de los grupos guerrilleros, tendientes a buscar la reinserción de sus integrantes a la vida civil; (iii) Firmar acuerdos con los voceros o representantes de los grupos guerrilleros, dirigidos a obtener la desmovilización y reincorporación a la vida civil de sus integrantes. Los acuerdos y su contenido serán los que a juicio del Gobierno sean necesarios para adelantar y culminar el proceso de paz"*¹⁶.

De esta manera, se creó la Oficina del Alto Comisionado para la Paz con el artículo 35 de la mentada ley, cuyas funciones eran¹⁷, entre otras: *(i) verificar la voluntad real de paz y reinserción a la vida civil de los alzados en armas, con el fin de determinar la formalización de diálogos y celebración de acuerdos de paz, y; (ii) dirigir los diálogos y firmar acuerdos con los voceros y representantes de los grupos alzados en armas, tendientes a buscar la reinserción de sus integrantes a la vida civil.*

Ahora bien, las desmovilizaciones pueden ser individuales o colectiva. Aquellas se presenta cuando la persona por decisión individual abandona de manera voluntaria sus actividades como miembro de organizaciones armadas al margen de la ley; mientras estas son producto de un *"acuerdo entre el Alto Comisionado para la Paz y el miembro que la organización armada ilegal designe como tal para esos efectos, reconocido como tal por el Gobierno Nacional"*¹⁸.

Debido a que en el último de los casos la reinserción es multitudinaria era necesario fijar reglas para para precisar quiénes ostentaban la condición de desmovilizados. Así, el artículo

¹⁶ literales a), b) y c) del artículo 14 de la Ley 104 de 1993.

¹⁷ artículo 1º del Decreto Presidencial No. 2107 de 1994.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 12 de diciembre de 2012, radicado 39923, Magistrado Ponente Gustavo Enrique Malo Fernández.

21 de la misma normatividad estableció las reglas en ese sentido. Sin embargo, dicha norma fue expresamente modificada por el Decreto 3360 de 2003, que determinó *"que la calidad de miembro del grupo armado organizado al margen de la ley de que se trate, se acreditará mediante una lista de desmovilizados suscrita por los voceros o miembros representantes de dicho grupo, en la que se reconozca expresamente tal calidad"*, categoría que habilita a la persona para acceder a los correspondientes programas de reinserción socioeconómica, en la medida que su situación jurídica lo permita y previo cumplimiento de los requisitos establecidos.

En síntesis: (i) las desmovilizaciones colectivas eran dirigidas por el Alto Comisionado para la Paz, quien actuaba por instrucciones del Presidente de la República en virtud de las funciones delegadas, y eran el resultado de un acuerdo entre aquella autoridad estatal y el miembro que la organización armada ilegal designado como tal para esos efectos y reconocido por el Gobierno Nacional; (ii) la calidad de miembro de la organización armada ilegal, esto es, de *"desmovilizado"*, se acredita mediante el listado que presenta el vocero o representante de dicho grupo, quien expresamente manifiesta reconocer su pertenencia al mismo, y que permite que las personas ingresen al proceso de reincorporación y a los diferentes programas socioeconómicos, y; (iii) la *"lista de desmovilizados"*, entonces, tiene como función la de establecer un criterio objetivo que permite discriminar a los sujetos que pueden acceder al proceso de reincorporación y, por lo tanto, sus efectos son puramente administrativos.

De otra parte, la Ley 1424 de 2010 adoptó una serie de medidas de justicia transicional para garantizar la verdad, la justicia y la reparación a las víctimas de grupos armados al margen de la ley, aplicable a los desmovilizados de dichos grupos que hubieran incurrido, únicamente, en el delito de concierto para delinquir simple o agravado, entre otros. Así, los objetivos de la ley precitada son garantizar la reintegración de los desmovilizados a la sociedad y la promoción de garantías de no repetición, a través de tres procedimientos, dos de ellos de naturaleza administrativa y uno judicial. Los procedimientos de carácter administrativo están a cargo de la Agencia Colombiana para la Reintegración y del Centro Nacional de Memoria Histórica, mientras que el enfoque judicial corresponde a la Fiscalía General de la Nación.

Los tres procedimientos comienzan con la suscripción por parte del desmovilizado del Formato Único para la verificación previa de requisitos, en virtud del cual se compromete a participar en el proceso de reintegración y con la contribución a la verdad, la memoria histórica y la reparación. Suscrito tal documento, la Agencia Colombiana para la Reincorporación debe comprobar que la persona ostenta la calidad de desmovilizado, verificando para ello su inclusión en la lista entregada al Gobierno Nacional por el vocero del grupo en cuestión, su participación efectiva en el proceso de reintegración, y que no registre en su contra antecedentes vigentes o investigaciones penales en curso por delitos distintos a los enunciados en el artículo 1º de la Ley 1424 de 2010 o por conductas delictivas cometidas con posterioridad a su desmovilización.

Corroboradas las condiciones señaladas, la Agencia Colombiana para la Reincorporación suscribe con el desmovilizado el acuerdo de contribución a la verdad, la memoria histórica y la reparación, mediante el cual este se compromete a colaborar con las finalidades de la Ley 1424 de 2010, específicamente a consolidar el proceso de reconciliación nacional y a contribuir en la satisfacción de los derechos de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. Por su parte, la Fiscalía General de la Nación está en la obligación imperativa de adelantar el proceso penal ordinario en contra de los desmovilizados, conforme a las normas aplicables en el momento de la comisión de los delitos enunciados en el artículo 1º de la Ley 1424¹⁹, entre los que se encuentra el "*de concierto para delinquir simple o agravado*".

De lo hasta aquí dicho se desprenden varias consecuencias de importancia para el devenir del asunto sometido a estudio de este Tribunal. En primer lugar, es apenas patente que la condición de "*desmovilizado*" hace alusión a una situación política y administrativa que cobija a las personas que de forma individual o colectiva dicen haber pertenecido a un grupo al margen de la ley y deciden dejar las armas a través del procedimiento descrito líneas atrás, lo que habilita el acceso a una serie de beneficios de carácter administrativo y judicial como insumo para su reincorporación a la vida en sociedad bajo la condición de un

¹⁹ En extenso se trata de los delitos de concierto para delinquir simple o agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias, utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, y porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de defensa personal, como consecuencia de su pertenencia a dichos grupos.

aporte significativo a la materialización de los derechos de las víctimas, en especial a través del Acuerdo de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación.

En segundo lugar, durante la desmovilización colectiva, debido a que se supone la presencia de un colectivo significativo de personas, la "*calidad de miembro del grupo armado organizado al margen de la ley*" se acredita con la inclusión del nombre del sujeto en la lista de la que hace entrega el vocero del grupo en cuestión al Alto Comisionado de la Paz, lo que presupone un acto de buena fe en la medida que no existe en principio un acto de corroboración material que confirme si todas las personas realmente pertenecieron, tanto así que no es necesario acreditar probatoriamente tal aspecto.

En tercer lugar, la aceptación por parte del Alto Comisionado para la Paz no configura más que un acto gubernamental que habilita el ingreso al proceso de reincorporación, sin que pueda sostenerse que ello confirma la efectiva pertenencia de las personas relacionadas o que tiene la naturaleza de una admisión de responsabilidad penal, pues como se explicó en párrafos precedentes, cada uno de los sujetos que ostentan la calidad de desmovilizados debe ser investigado y judicializado en virtud de los delitos precisados en el artículo 1º de la Ley 1424 de 2010 por parte de la Fiscalía General de la Nación.

Además, darle tal alcance es inadmisibles por tres razones íntimamente dependientes. En primer lugar, se desdibujaría la función que se le otorgó a tal documento, a saber, discriminar los sujetos que pueden acceder al proceso de reincorporación y los programas socioeconómicos. En otras palabras, si bien tal documento tiene la virtualidad de acreditar la condición de miembro del grupo armado, tal aptitud es apenas predicable en tratándose de definir los sujetos que podrán acceder a los beneficios económicos y judiciales previstos en la ley 1424, lo que no tiene la vocación de acreditar, por sí sola, que ese sujeto militó de manera real en dicho grupo armado, pues es una exigencia apenas formal o nominal que se realiza tiempo después de la posible ocurrencia de la conducta.

En segundo lugar, tal asimilación equivaldría a desconocer los principios de no auto incriminación y presunción de inocencia, en tanto la inclusión en el mentado listado constituye un requisito para acceder en general al sistema transicional diseñado por la ley 1424 de 2010, que no implica una renuncia expresa y consciente de los más preciados

derechos fundamentales. De otra forma, el ofrecimiento que en procura de la paz se le brinda a los desmovilizados que cumplan las condiciones señaladas en el artículo 1° de la antedicha normatividad, mudaría en ardid para inducir a que se auto-inculpen, lo que desconoce el contenido de esos principios constitucionales.

Recuérdese que La Corte Constitucional ha puntualizado que la inmunidad contenida en el artículo 33 de la Constitución, aplicable a todos los asuntos donde esté inmersa la potestad sancionatoria del Estado, conlleva que *"toda actuación de las autoridades tendiente a obtener su confesión involuntaria se encuentra prohibida, sin que esta prohibición pueda entenderse como una excusa para incumplir el deber de colaborar con la administración de justicia"*²⁰.

En tercer lugar, presumir que todas las personas que ostenten la condición de desmovilizados pertenecieron al grupo armado en cuestión y, por ende, son responsables del delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, configuraría de facto una inversión de la carga de la prueba inadmisibles en un derecho penal moderno.

En efecto, si debido a la condición de *"desmovilizado"* que ostenta la persona se da por hecho dentro de la causa penal que perteneció al grupo armado en armas de que se trate, el procesado estaría en la obligación de realizar un esfuerzo probatorio dirigido a demostrar que no hizo parte realmente, con miras a no ser sancionado. En otras palabras, la persona sería de entrada responsable del delito de concierto para delinquir, lo que entra en franca contradicción con la presunción de inocencia.

En ese orden de ideas, debe precisarse, que en materia penal la sola inclusión en la lista de la que trata el Decreto 3360 de 2003 no basta para predicar la responsabilidad penal por el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO en los términos del inciso segundo del artículo 340 del C.P., pues ello equivaldría a dar cabida a una presunción incompatible con las más preciadas garantías procesales vigentes en un estado social de

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-422 de 2002.

derecho, en la medida que significaría tanto como admitir que *a priori* el sujeto ha militado en el grupo al margen de la ley sin pruebas que corroboren fenomenológicamente tal afirmación.

Recuérdese que la pertenencia efectiva en un grupo al margen de la ley, en este caso del Bloque Vencedores, es una cuestión enteramente ontológica que se configura por el desempeño de unas funciones, sin que importe su índole o trascendencia, dentro de una estructura criminal, en tanto la condición de desmovilizado es un tópico apenas formal, pues se ostenta por la mera inclusión en un documento que tiene efectos enteramente administrativos, como se ha dejado dicho. De suerte que existe un largo trecho entre detentar el estatus legal de desmovilizado y haber desarrollado funciones dentro de la estructura criminal, esto es, haber pertenecido realmente al grupo al margen de la ley, condición esta última de la que pende la responsabilidad penal de la persona.

Efectivamente, si bien el concepto de desmovilizado cobija a los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley que de manera colectiva o individual han decidido reintegrarse y convivir pacíficamente al interior de la sociedad, lo cierto es que tal estatus corresponde a una situación enteramente administrativa – normativa– dirigida a definir quiénes pueden acceder a los programas de reinserción socioeconómica y demás beneficios, entre ellos de índole penal, sin que sea posible concluir que por sí sola es suficiente para refutar la presunción de inocencia que le asiste a la persona dentro de un proceso criminal, pues la inclusión de su nombre no se equipara a renunciar a sus derecho fundamentales y las garantías penales mínimas.

Ello porque si bien en la decisión antes citada²¹, la Corte Suprema de Justicia concluyó que el delito por el que deben ser judicializados los desmovilizados de grupos paramilitares es el CONCIERTO PARA DELINQUIR, no estableció que la responsabilidad penal de los procesados se acredite con la mera inclusión en la lista a la que se refiere el decreto 3360 de 2003 o que el órgano investigador esté librado de la carga probatoria correspondiente, pues la finalidad de la mentada norma es facilitar el proceso de desmovilización colectiva al

²¹ Auto Interlocutorio del 11 de julio de 2017, Radicado 26945, con ponencia del Magistrado Julio Enrique Socha Salamanca.

permitir que *"los voceros o miembros representantes de dicho grupo"* reconozcan expresamente a sus miembros y no establecer un medio de prueba basado en un símil de tarifa legal.

Dicho de otro modo, la previsión de una lista contentiva de los supuestos miembros no tuvo por objeto instituir un medio demostrativo de la responsabilidad penal de cada uno, sino facilitar la delimitación en el universo de sujetos a quienes la ley 1424 de 2010 se aplicará, esto es, el grupo de personas que podrán invocar y en cuyo favor habrán de concederse los beneficios jurídicos desarrollados por los restantes artículos de la misma. De tal manera, que así como no pueden otorgarse dichos beneficios a los individuos cuya situación no encuadre en los supuestos del artículo 1º, entre ellos, quienes habiéndose concertado para delinquir en la misma facción hubieren cometido crímenes de lesa humanidad, no resulta viable condenar a las personas cuya responsabilidad no ha sido demostrada en el grado de certeza exigido, por más que sus nombres se encuentren incluidos en la lista entregada por el vocero del grupo al Gobierno Nacional.

Como se ve, el estatus de desmovilizado es en estricto sentido una condición administrativa que permite el acceso a una serie de beneficios de tipo económico e incluso de carácter judicial, especialmente de subrogados penales. No obstante, lo que apenas demuestra tal condición, en términos epistemológicos, es que otra persona distinta a la implicada dice que esta última perteneció a un grupo subversivo o paraestatal, de suerte que, al margen de la situación administrativa, el Estado no está exentó de investigar y demostrar que realmente el sujeto se concertó para la comisión de delitos con vocación de permanencia.

De ahí, que aunque se trata de un sistema de transición para la consecución de los *"principios de verdad, justicia y reparación"*, el Estado no está excusado de adelantar la investigación correspondiente para la recopilación de las evidencias necesarias que demuestren la ocurrencia de la conducta punible y la responsabilidad penal del procesado, pues a unísono con la jurisprudencia interamericana²², la presunción de inocencia hace parte de las garantías mínimas a que hace referencia el artículo 8º de la Convención

²² Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 176.

Americana de Derechos Humanos, que en palabras de la Corte Constitucional:

"(..) Significa que cualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad".

Por eso el artículo 14 de la ley 1592 de 2012 establece que *"la versión rendida por el desmovilizado y las demás actuaciones adelantadas en el proceso de desmovilización, se pondrán en forma inmediata a disposición de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz con el fin de que el fiscal delegado y la Policía Judicial asignados al caso, de conformidad con los criterios de priorización establecidos por el Fiscal General de la Nación, elaboren y desarrollen el programa metodológico para iniciar la investigación, comprobar la veracidad de la información suministrada y esclarecer los patrones y contextos de criminalidad y victimización"*, pues si bien se supone que quienes hacen parte del proceso de desmovilización pertenecieron al grupo en cuestión y, por lo tanto, cometieron el delito CONCIERTO PARA DELINQUIR, sin perjuicio de otra serie de crímenes, lo cierto es que esa condición no puede fungir como un sucedáneo de la obligación de investigar de manera integral y demostrar la responsabilidad de las personas, sin perjuicio de que los sujetos puedan admitir su responsabilidad de manera libre, consciente y voluntaria con el fin de colaborar con la justicia.

En ese sentido, la presunción de inocencia constituye el principio cardinal que determina la carga de la prueba en el proceso penal en la medida que corresponde a la Fiscalía demostrar la responsabilidad penal del procesado, siempre con plena observancia de las exigencias legales para la producción de las pruebas, en el grado de certeza exigido y acorde a las reglas de la experiencia y la sana crítica. En contrapartida, al acusado no le es exigible desplegar ninguna actividad a fin de demostrar su inocencia, ya que lo contrario acarrearía una conversión de las obligaciones probatorias dentro del proceso penal.

2.3. El valor probatorio de la *"lista de desmovilizados"* del Bloque Vencedores.

Con todo, debe determinarse el valor y el alcance probatorio que concretamente tiene la lista de desmovilizados que MIGUEL ÁNGEL MELCHOR MEJÍA MÚNERA entregó al entonces

Comisionado para la Paz, LUIS CARLOS RESTREPO RAMÍREZ, el 23 de diciembre de 2005, toda vez que allí figura el nombre de GIRALDO GUTIÉRREZ. Así, MEJÍA MÚNERA ostentaba en ese entonces la condición de miembro representante de las Autodefensas Unidas de Colombia en virtud de la resolución 331 del 14 de diciembre de 2005, expedida por la Presidencia de la República²³, por lo que resulta apenas ostensible que se cumplió con los requisitos exigidos por el decreto 3360 de 2003, en la medida que el listado también fue aceptado por el entonces Alto Comisionado para la Paz el 29 de diciembre de 2005.

Sin embargo, no puede soslayarse que MIGUEL ÁNGEL MEJÍA MÚNERA, en palabras de la Corte Suprema de Justicia²⁴: (i) pagó a VICENTE CASTAÑO dos millones de dólares para adjudicarse el Bloque Vencedores de Arauca; (ii) antes y después de ello fue un conocido narcotraficante; (iii) pese a haber ingresado a las AUC, siguió siendo traficante de drogas; (iv) si bien se presentaba como su máximo líder, no ejerció una genuina comandancia del bloque; (v) estuvo prácticamente ausente de Arauca, zona de influencia del bloque, para instalarse de manera permanente en el Urabá, y; (vi) ejerció la función "paramilitar" de recolectar cocaína en toda Colombia para ponerla a disposición de su hermano, quien la exportaba.

Así pues, tales circunstancias no pueden generar más que dudas sobre la fiabilidad probatoria del listado pluricitado en la medida que el sujeto que lo elaboró o que por lo menos lo suscribió, como se ha visto, ejercía una comandancia apenas nominal y aparente del Bloque Vencedores de Arauca, pues realmente no tenía contacto directo con los diferentes miembros rasos que lo conformaban, tanto así que no estuvo presente en la zona de injerencia la mayor parte de su tiempo, y las personas que ejercitaron la dirección y control del bloque fueron JOSÉ RUBÉN PEÑA TOBÓN (alias SARGENTO) y JORGE YESID BAENA TORO (alias MARTÍN)²⁵.

Por ello, difícilmente puede dársele el alcance probatorio que estimaron el ente instructor y el operador judicial de primera instancia, esto es, que demostraba que cada una de las

²³ Fl. 2 y 3.

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Auto Penal del 30 de agosto de 2017, radicado 49.342, Magistrada Ponente Dra. Patricia Salazar Cuéllar.

²⁵ *Ídem*.

personas enlistadas perteneció realmente a la Autodefensas Unidas de Colombia y en esa medida se concertaron para delinquir.

Como se ha dicho, no existe certeza que MIGUEL ÁNGEL MEJÍA MÚNERA haya tenido conocimiento medianamente directo de los hombres que integraban el bloque de las AUC, por cuyos derechos pagó una cuantiosa suma de dinero a VICENTE CASTAÑO a mediados del año 2000, ya que exigüamente estuvo presente en el departamento de Arauca, de suerte que parece bastante riesgoso asumir que efectivamente todas aquellas personas enlistadas se unieron deliberadamente a tal grupo paramilitar tiempo antes de la desmovilización colectiva.

Lo anterior porque, además, el documento es una enunciación de los supuestos miembros del Bloque Vencedores, sin detalles o narraciones que permitan corroborar siquiera las funciones que cada uno desarrollaba al interior de la organización paraestatal, entre ellas, las que supuestamente desempeñó GIRALDO GUTIÉRREZ. Adicionalmente, no pasa desapercibido para esta Sala que se trató de una ingente cantidad de personas, lo que impide tener seguridad de que MEJÍA MÚNERA conociera a ciencia cierta que cada una de ellas perteneció realmente a su Bloque, sobre todo porque su comandancia, como se ha venido diciendo, era apenas nominal o aparente.

Igualmente, la aceptación de *"la lista de desmovilizados"* por parte del Alto Comisionado para la Paz, LUIS CARLOS RESTREPO RAMÍREZ, no pasa de ser una revisión apenas formal en la medida que no se intentó comprobar la veracidad de su contenido, esto es, que todas aquellas personas pertenecían al Bloque Vencedores realmente, sino que se trató más bien de un acto tendiente a habilitar el proceso de reincorporación.

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, evidente resulta que la lista es una declaración en la que el vocero reconocido por el Gobierno expresa que ciertas personas pertenecen a un grupo armado determinado. Dicha relación es aceptada por el Alto Comisionado de la Paz luego de una revisión apenas formal, pues para ese momento no existen elementos de convicción que permitan ratificar o descartar tal condición más allá de la que ostentan ciertos miembros por su repercusión mediática, y porque normalmente se trata de una estructura criminal amplia en la que los distintos integrantes pueden llegar

a desempeñar funciones bastantes disímiles, amén que tampoco la norma en cuestión exige una revisión de tales dimensiones. De ahí que la aceptación no está condicionada a un deber de motivación o a un respaldo probatorio previo. Dicho de otro modo, sobre la lista entregada en virtud de la desmovilización colectiva ninguna clase de control material se realiza que permita asegurar que todas las personas incluidas hicieron parte efectiva del grupo al margen de la ley de que se trate.

En ese orden de ideas, a lo sumo tal documento permite evidenciar, que en diciembre de 2005 quinientos cuarenta y ocho (548) hombres se desmovilizaron como presuntos miembros del Bloque Vencedores de las Autodefensas Unidas de Colombia, y entre ellos se encontraba GIRALDO GUTIÉRREZ. De ahí, que para establecer que esas personas realmente pertenecieron al citado grupo paramilitar deben aportarse otras pruebas demostrativas de tal hecho, como serían las declaraciones de los mismos sujetos que fungieron como compañeros o superiores, de las víctimas de los distintos delitos que perpetraron, entre otras que han fundado la responsabilidad penal de cientos de los militantes de dicho grupo ante los distintos operadores judiciales competentes, tanto de los postulados del sistema de Justicia y Paz, como de aquellos juzgados con ocasión de la ley 1424 de 2010.

En suma, la condición de desmovilizado no convierte automáticamente a la persona en miembro de las autodefensas, pues son condiciones que se antojan diversas. De acuerdo con ello, es desacertado considerar, como lo sugiere la Fiscalía, que por el solo hecho de la desmovilización el procesado debe ser considerado como miembro de un bloque de autodefensas, y por consiguiente responsable del delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR, razón por la cual el caso amerita por parte de este Tribunal un análisis ponderado de todos y cada uno de los restantes datos probatorios que emergen del plenario.

2.4. El razonamiento indiciario del juzgador de instancia. Decisión a adoptar.

Recapitulando, el dato probatorio que puede inferirse con acierto es la condición de "desmovilizado" de GIRALDO GUTIÉRREZ, tanto al ser incluido en la lista entregada por MIGUEL ÁNGEL MEJÍA MÚNERA, como al figurar en el Sistema de Información para la

Reintegración – SIR, pero ello no significa *per se* que haya participado en la estructura criminal adquirida por los hermanos MEJÍA MÚNERA. Se trata apenas de un hecho indicativo –indicio– que, en sentir tanto de la fiscalía como del juez de primera instancia, demuestra su responsabilidad penal. Para evaluar la corrección de razonamiento inferencial que fundó la condena de primera instancia, esta Sala procede a estimar la fuerza demostrativa de tal dato en conjunto con los demás que emergen del plexo probatorio.

Para efectos del razonamiento a efectuar, necesario resulta señalar, que no cabe ninguna duda que los elementos estructurales de cualquier tipo penal pueden demostrarse a través de la denominada "*prueba indiciaria*", que es un tipo de razonamiento que se caracteriza porque partiendo de un conjunto de datos se llega a un hecho distinto, a través de un enlace causal lógico o de mera normalidad existente entre ambos, integrado por las máximas de la experiencia y/o las reglas de la lógica.

Así, como elementos del razonamiento inferencial²⁶ tenemos en primer lugar los hechos base, que son un conjunto de proposiciones introducidos y acreditadas a través de las distintas pruebas practicadas y que constituyen el punto de partida de tal raciocinio. Debe tenerse en cuenta que esta clase de inferencias pueden realizarse con base en un solo dato o hecho indicador, o pueden estar fundamentadas en la concurrencia y concordancia de varios datos, así estos, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, "*individualmente considerados, no tengan la entidad suficiente para servir de soporte suficiente a la conclusión*"²⁷; con relación a este elemento debe prestarse atención a su aceptable corroboración, toda vez que de no comprobarse su veracidad el razonamiento inferencial quedará sin fundamento fáctico que lo soporte.

El segundo elemento es el hecho consecuencia, que se deriva a partir de los hechos base pero es distinto a estos en tanto es un suceso nuevo, y que para efectos procesales constituirá el hecho jurídicamente relevante o uno intermedio para inferir aquél. Al revisar

²⁶ Estrampes Miranda, Manuel. Prueba indiciaria y estándar de prueba en el proceso penal, Aequitas.

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sentencia Penal del 18 de enero de 2017, Radicado 40.120, Magistrada Ponente Dra. Patricia Salazar Cuéllar.

este elemento debe valorarse si la conclusión es veraz o falsa, si hay otros indicios para creer que el caso es una excepción a la regla general o si el razonamiento lleva a una conclusión distinta.

Por último, tenemos el enlace o nexo causal que permite inferir el hecho consecuencia a partir de los hechos base, y que debe corresponder a una máxima de la experiencia común, a una regla de la lógica y/o a conocimientos científicos afianzados. Lo importante al tratar este tópico será determinar si el enunciado utilizado como nexo causal tiene la estructura de alguna de las reglas antes esbozadas, si es un fenómeno observable, si se trata de un enunciado de mera probabilidad, en cuyo caso será imperativo establecer, si tal grado resulta acorde al estándar de prueba en materia penal, o si se trata de un enunciado de necesidad en el que ocurrido el hecho base invariablemente tendrá lugar el hecho consecuencia o viceversa.

Por otra parte, debe subrayarse que los indicios pueden ser contingentes o necesarios. Los primeros, son aquellos que pueden ocurrir debido a muchas causas o ser causa de muchos efectos. Por el contrario, los necesarios son los que conducen inevitablemente al hecho desconocido. Esta distinción es de importancia a la hora de evaluar el grado de conclusividad de la inferencia construida por el operador judicial.

En ese orden de ideas, el razonamiento del *a quo* estuvo integrado de la siguiente manera: (i) como hechos base planteó la condición de "desmovilizado" de GIRALDO GUTIÉRREZ y su posterior conducta al haberse rehusado de iniciar el proceso de reintegración; (ii) como hecho consecuencia infirió su efectiva pertenencia al Bloque Vencedores de las Autodefensas Unidas de Colombia, y; (iii) y como nexo o enlace causal adujo, que no resultaba entendible que una persona que nada hubiese tenido que ver con las actividades criminales perpetradas por las AUC se hubiera desmovilizado en dos ocasiones, a sabiendas de la posibilidad de verse sancionado penalmente, por lo que resultaba lógico concluir que se trata de un miembro más.

Pues bien, que GIRALDO GUTIÉRREZ esté incluido en “la lista de desmovilizados” que MIGUEL ÁNGEL MEJÍA MÚNERA entregó a LUIS CARLOS RESTREPO RAMÍREZ, no tiene la virtualidad de demostrar más allá de toda duda que hizo parte del Bloque Vencedores de Arauca y, por consiguiente, que se concertó para delinquir con los otros miembros de ese grupo paramilitar.

Ello, porque no es posible descartar que la persona que ostenta tal estatus legal realmente haya sido incluida en la pluricitada lista simplemente para acrecentar el número de desmovilizados con el fin de dotar de legitimidad al proceso o aprovechar los variados beneficios económicos otorgados, es decir, producto de una “falsa desmovilización”, razón por la cual es necesaria la concurrencia de otras evidencias que otorguen certeza a la hipótesis criminal.

En otras palabras, lo que no es posible asumir es que exista una máxima de la experiencia que enseñe que toda persona que goza de la condición de desmovilizado haya pertenecido realmente al grupo armado en cuestión, pues es posible que tal estatus haya sido obtenido atendiendo a otros intereses o móviles, esto es, que el mismo fenómeno – la condición de desmovilizado –, se haya generado por diferentes causas.

No puede pasar inadvertido que un error común en el razonamiento indiciario es que se tomen como máximas de la experiencia enunciados generales y abstractos que no gozan de esa aptitud, porque, entre otras razones, los mismos transcurran de forma diferente o irregular, lo que impide extraer una ley o máxima uniforme²⁸ aplicable al razonamiento inductivo, o que se le dé un valor predictivo a un indicio que además reconduce a otras hipótesis con el mismo o similar grado de probabilidad.

Al respecto, no puede hacerse *tabula rasa* de las experiencias que demuestran que no todas las personas que ostentan la condición de desmovilizados verdaderamente militaron en los grupos paramilitares a los que supuestamente pertenecieron. Basta recordar que el Centro

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 12 de octubre de 2016, Radicado 37175, Magistrado Ponente Patricia Salazar Cuellar.

Nacional de Memoria Histórica ha puesto de presente presuntas irregularidades en los procesos de desmovilización, debido a la inclusión de personas que no pertenecieron realmente al grupo armado en cuestión²⁹. Sobre esto se ha dicho que se incluyeron a personas "a manera de retribución por colaboración con información de inteligencia"³⁰, quienes a pesar de las entrevistas y el procedimiento del CODA lograrían acceder burlando los requisitos de ley.", personas provenientes de "cárceles"³¹; "desempleados, campesinos y mendigos"³² " que se hicieron pasar por supuestos excombatientes, y; "civiles desempleados, drogadictos e indigentes que nunca se habían alzado en armas"³³, y a quienes otorgaron pagos a modo de contraprestación.

Posibilidades que han sido replicadas por la Corte Suprema de Justicia cuando anotó "que la práctica judicial ha evidenciado, ante las presuntas falsas o simuladas desmovilizaciones individuales o colectivas, que una cosa es la condición de desmovilizado y, otra, distinta, la de paramilitar en ejercicio"³⁴. En ese entendido no puede obviarse que lo que realmente enseña la experiencia es que la condición de "desmovilizado" no convierte a la persona en miembro de las autodefensas, pues es posible que su inclusión en el listado correspondiente obedezca a diversas finalidades y motivaciones, como se ha dejado planteado.

Idénticas razones son extensibles a la situación planteada por el Juez de instancia, al señalar que la responsabilidad de GIRALDO GUTIÉRREZ era palpable al recordar que también se desmovilizó el 27 de agosto de 2005, ya que de tal situación únicamente es posible inferir que detenta la condición de "desmovilizado", pero no que era miembro del grupo criminal en cuestión, si se piensa que es necesario determinar al menos que le hayan sido encomendadas labores de cualquier naturaleza, tales como "financiamiento, ideológicas, planeación, reclutamiento, publicidad, relaciones internacionales, instrucción, adoctrinamiento, comunicaciones, inteligencia, infiltración, suministros, asistencia médica, o cualquier otra actividad que no se relacione directamente con el uso de las armas, pero

²⁹ Centro Nacional de Memoria Histórica, DESMOVILIZACIÓN Y REINTEGRACIÓN PARAMILITAR. Panorama posacuerdos con las AUC, noviembre de 2015.

³⁰ *Ibidem*, pág. 144

³¹ *Ibidem*, pág. 149

³² *Ibidem*, pág. 150

³³ *Ibidem*, pág. 154

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de única instancia, radicación 28528, 26 de septiembre de 2012.

que se constituyan en instrumento idóneo para el mantenimiento, fortalecimiento o funcionamiento del grupo subversivo.³⁵

Tampoco parece prudente sostener que GIRALDO GUTIÉRREZ sea responsable del delito endilgado bajo el prurito de que alguien que nada hubiese tenido que ver con las actividades criminales perpetradas por las AUC, no se sometería a tal proceso a sabiendas de la posibilidad de verse sancionado penalmente, sólo para recibir una serie de beneficios económicos, pues tal creencia se ve rebatida al recordar que aunque figura nominalmente el procesado nunca cumplió la ruta de reintegración ni se vinculó a los programas previstos, es decir, no tenía la intención de acogerse a las políticas públicas ofrecidas por el Gobierno Nacional.

Por otro lado, olvidó el juez de conocimiento que se trata de un hecho posterior a la conducta que no se explica necesariamente por la pertenencia efectiva al grupo armado, pues, además, es posible que se tratase de un sujeto que se haya hecho pasar por un excombatiente en razón a las distintas circunstancias arriba descritas, como sería una promesa de remuneración económica, y que al comprender las profundas implicaciones del proceso, haya decidido ausentarse, lo que no parece inverosímil de entrada.

De todos modos, tal argumento no pasa de ser apenas una suposición, pues llevaría al absurdo de sostener que las personas que iniciaron el proceso de reintegración a la vida civil o desistieron posteriormente no fueron miembros del grupo paramilitar en cuestión, siendo que tal inferencia es del todo errada, pues muchas personas que formaban parte de tal empresa criminal decidieron abandonar la actividad delincuencia y se reintegraron a la vida civil, o, como se dejó anotado, algunas otras culminaron el proceso de reinserción sin haber pertenecido al grupo alzado en armas, lo que enseña que dichas situaciones son apenas circunstanciales y contingentes, como acertadamente lo planteó el Ministerio Público, y en esa medida no aportan un grado de conocimiento significativo que corrobore

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sentencia Penal del 26 de enero de 2006, radicado 23893, Magistrado Ponente Mauro Solarte Portilla

alguna hipótesis y descarte las contrarias.

2.5. Otras pruebas que obran en el plenario

En esta actuación se declaró persona ausente al procesado³⁶ al no haber sido posible su ubicación, y en las consultas hechas en la Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en armas, se evidenció que el estado del señor GIRALDO GUTIÉRREZ en el proceso de integración es: "*desmovilizado sin registro de ingreso*"³⁷, lo que significa que "*no ha hecho parte del proceso de reintegración que lidera la ACR*"³⁸, tal como se expuso por esa entidad en oficio OFI14-024420/JMSC 5202023 del 13/nov/2014.

De igual manera, se constató,³⁹ que JUAN CARLOS GIRALDO GUTIÉRREZ fue condenado el 12 de septiembre de 2006 por el Juzgado 1º Penal Municipal de Dos Quebradas -Risaralda- a la pena de 48 meses de prisión, dentro del Radicado No. 2006-02334 por el delito de tentativa de extorsión (*en auto del 01/dic/2009 se declaró la extinción de la condena*), y por el Juzgado Superior (sic) de Pereira -Risaralda- a 40 meses de prisión por homicidio. (*no se precisó fecha del fallo ni radicado*).

Ahora, cuando de la sentencia proferida por el delito de extorsión se trata, tenemos, que fue producto de un preacuerdo y, según la situación fáctica que se plasmó en el fallo, se derivó de la captura realizada al señor GIRALDO GUTIÉRREZ el 28 de julio de 2006 por agentes del Gaucho de la Policía, cuando se encontraba recibiendo en la entrada de un supermercado un paquete que simulaba contener dinero, como consecuencia de una extorsión que hizo a la víctima, a quien le había hecho varias llamadas al celular exigiendo

³⁶ Cdno de la fiscalía, fls. 232 a 237.

³⁷ Cdno de la fiscalía, fls. 106, 185, 195, 245, 248, 265. Cdno del Juzgado, fls. 11 y 12, y 32 y 33.

³⁸ Cdno de la fiscalía, fls. 194 y 195.

³⁹ Cdno de la fiscalía, fls. 59, 66, 110, 164.

dinero, además que en compañía con otros sujetos lo visitó en su lugar de trabajo *"indicándole que eran miembros del frente 47 de las FARC"*⁴⁰.

De lo hechos anteriormente descritos y que motivaron la captura del Procesado en el Radicado No. 2006-02334, se extrae, que no obra material probatorio que dé cuenta realmente de la pertenencia de JUAN CARLOS GIRALDO GUTIÉRREZ al Bloque Vencedores de Arauca de las Autodefensas Unidas de Colombia AUC, como se adujo por el señor MIGUEL ÁNGEL MELCHOR MEJÍA en la lista suministrada el 23 de diciembre de 2005, y donde está incluido el aquí encartado, pues no es lógico que para diciembre del 2005 fuese miembro de las AUC y en julio de 2006 lo fuera de las FARC.

2.6. Conclusión

En ese entendido, que GIRALDO GUTIÉRREZ haya sido incluido en la lista de desmovilizados y se negara a participar del proceso de reintegración no puede tenerse como un hecho indicativo de que perteneció realmente al Bloque Vencedores de las AUC, pues emergen con igual grado de probabilidad diversas explicaciones factibles y en principio verosímiles, como se ha dejado dicho líneas atrás. Lo única consecuencia que puede generarse a raíz de tal acontecimiento es de tipo normativo, a saber, la pérdida de los beneficios judiciales previstos por la ley 1424 de 2010.

Así pues, los indicios que el juez de primera instancia esbozó para proferir sentencia condenatoria, no tienen la fuerza suficiente para que esta instancia concluya sin asomo de dudas que el acusado perteneció al Bloque Vencedores de las Autodefensas Unidas de Colombia, pues lo cierto es que su inclusión en el listado precitado y la posterior inobservancia del programa de reincorporación no descartan que se trate de una persona que haya fingido ser un excombatiente, o que su nombre haya sido registrado sin autorización propia, como la experiencia de sobra lo enseña, pues en palabras de la Corte Suprema de Justicia *"la práctica judicial ha evidenciado, ante las presuntas falsas o*

⁴⁰ Cdno de la fiscalía, fls. 165 a 172.

simuladas desmovilizaciones individuales o colectivas, que una cosa es la condición de desmovilizado y, otra, distinta, la de paramilitar en ejercicio”⁴¹.

Dicha hipótesis alterna, esto es, que se trate de una desmovilización simulada, se ofrece bastante verosímil, por lo menos en el mismo grado de probabilidad de la hipótesis inculpativa, si se tiene en cuenta que ninguno de los 34 miembros del Bloque Vencedores de Arauca postulados al sistema de Justicia y Paz han mencionado al procesado en las respectivas versiones libres que han rendido y la Unidad Nacional para la Justicia y Paz no le ha compulsado copias para que se investigue su participación en un hecho delictivo relacionado con tal grupo paraestatal⁴², lo que genera extrañeza porque es presumible que aquellas personas que tienen conocimiento de la ocurrencia de los delitos que de forma sistemática perpetraron las autodefensas en esta región del país, puedan identificar a quienes estaban bajo sus órdenes, aun mínimamente, o en palabras de la Corte Suprema de Justicia *"por lo general, los líderes y comandantes de las autodefensas o los individuos que se ubicaron en otros niveles más bajos, conocen quiénes formaban parte de las estructuras"*⁴³.

Lo cierto es que a la Fiscalía tales resultados negativos no le generaron ninguna sospecha ni le llevaron a plantearse la posibilidad de que GIRALDO GUTIÉRREZ no hubiera pertenecido realmente al Bloque Vencedores, ya que durante la etapa de indagación preliminar y luego en desarrollo de la instrucción, las actividades investigativas ordenadas se encaminaron a recopilar los antecedentes judiciales y los documentos que acreditaban que se trataba *"sin registro de ingreso"*, sin desarrollar pesquisas dirigidas a identificar medios de prueba como, por ejemplo, los testimonios de sus compañeros de escuadra y o del superior que dirigía la unidad a la que supuestamente perteneció, asumiendo desde un principio que indefectiblemente había militado en tal grupo paraestatal.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de única instancia, Radicado 28528, 26 de septiembre de 2012.

⁴² Fls. 109 y 110 del cdno de instrucción de la Fiscalía.

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de única instancia, Radicado 28528, 26 de septiembre de 2012.

Tampoco existen elementos de convicción que acrediten la comisión de un crimen cuyas circunstancias permitan inferir que el acusado perteneció al Bloque Centauros, como, *verbi gracia*, su participación en masacres, actos de terrorismo, desapariciones forzadas, desplazamientos forzados, entre otros; ni datos probatorios que acrediten que el procesado cumplía ciertas tareas que de acuerdo al funcionamiento que es usual en tales estructuras criminales pudieran haber sido desempeñadas por uno de sus miembros.

Como se ha dicho insistentemente, la desmovilización colectiva del Bloque Vencedores no aligera, ni mucho menos releva a la fiscalía de cumplir con la carga procesal de demostrar la responsabilidad penal de las distintas personas incluidas en la "*lista de desmovilizados*". Por supuesto que en virtud de los diferentes alicientes previstos en el régimen de justicia transicional de la ley 1424 de 2010, con frecuencia las personas sindicadas colaboran con la administración de justicia a través de distintos medios, lo que sin lugar a dudas morigera la labor investigativa. Pero ello no puede servir de asidero para declarar responsable a toda persona señalada como miembros de tal colectivo criminal, cuando no existen elementos demostrativos ni indicios con el suficiente grado de fuerza probatoria para acreditar su efectiva pertenencia más allá de la inclusión de su nombre en un documento elaborado sin mayores controles.

No puede olvidarse que la responsabilidad penal de GIRALDO GUTIÉRREZ es una cuestión que gira en torno a la comprobación efectiva de su pertenencia al Bloque Vencedores, esto es, un tópico enteramente fáctico, pues sin asomo de duda se sabe que los miembros de tal estructura paramilitar cometieron, entre otros, el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO.

Sin embargo, una condena en tal sentido no puede fundarse exclusivamente en la inclusión de su nombre en la "*lista de desmovilizados*" o en el Sistema de Información para la Reintegración – SIR –, ni en el comportamiento que asumió en relación con el posterior proceso de reintegración, pues ello no descarta la hipótesis de inocencia propuesta por el Ministerio Público, a saber, que haya figurado como "*desmovilizado*" sin haber pertenecido al grupo alzado en armas, sobre todo cuando existen otros datos probatorios que despiertan

incertidumbre, como que no haya sido nombrado por los miembros más representativos, y deficiencias probatorias debido a que no se recopilaron otros medios de prueba que, sin perjuicio del principio de libertad probatoria, posiblemente hubiesen despejado la incertidumbre que reina al interior del expediente.

En este orden de ideas, como acertadamente lo planteó el Ministerio Público, las inferencias probatorias que planteó el juez de primer grado no son acertadas, ya que la regla causal esgrimida no tiene la categoría de máxima de la experiencia y el grado de probabilidad es apenas aparente en la medida que existen otras explicaciones igualmente plausibles. Aunado a tal eventualidad, existen datos probatorios de carácter negativo y deficiencias en la investigación que generan dudas sobre la pertenencia de GIRALDO GUTIÉRREZ al bloque paramilitar y no permiten descartar que se trate de un "desmovilizado" que realmente nunca se alzara en armas.

En síntesis, la valoración objetiva, individual y en conjunto de los medios probatorios no permite obtener conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la responsabilidad de GIRALDO GUTIÉRREZ en el delito por el que fue condenado, pues, por un lado, el enunciado general que el juez de primer grado utilizó para fundar su pronunciamiento no reviste la condición de máxima de la experiencia toda vez que los hechos pueden suceder de manera diferente, como se vio; y por otro, porque de ningún modo las deficiencias investigativas predicables de la Fiscalía suplen o sustentan la hipótesis delictiva planteada en el escrito que dio inicio al juzgamiento.

Por consiguiente, resulta imperativo absolver al acusado del delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, tipificado en el inciso segundo del artículo 340 del Código Penal, intimado por la Fiscalía en la resolución de acusación del 24 de noviembre de 2016, y en ese entendido revocar la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Arauca el 29 de mayo de 2018.

Sin necesidad de más consideraciones, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca, Sala Única de Decisión, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR íntegramente la sentencia del 29 de mayo de 2018, proferida por el Juez Penal del Circuito Especializado de Arauca, conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: ABSOLVER a JUAN CARLOS GIRALDO GUTIÉRREZ del cargo formulado en su contra. CANCELESE la orden de captura correspondiente.

TERCERO: En firme este fallo LÍBRENSE las comunicaciones de rigor a las autoridades competentes con el fin de cancelar las anotaciones originadas con ocasión de este proceso.

CUARTO: De ser necesario LÍBRENSE los Despachos Comisorios a que haya lugar para efectos de la notificación a los sujetos procesales.

QUINTO: Contra la presente decisión procede el recurso de casación que podrá interponerse dentro del término legal.

SEXTO: De no ser impugnado el fallo, regresen las diligencias al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada ponente



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada



LEONARDO CORREDOR AVENDAÑO
Magistrado