

WREPÚBLICA DE COLOMBIA



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

OHER HADITH HERNÁNDEZ ROA
Magistrada Ponente

Acta N° 042

Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado No. 11-001-22-52000-2020-00157-00
Postulado: Luis Alfredo Upegui Morales
(Frente Ramón Gilberto Barbosa Zambrano
Ejército Popular de Liberación – EPL)

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala resuelve la solicitud de *terminación del proceso especial de Justicia y Paz y exclusión de la lista de postulados* formulada por la Fiscalía 66 Delegada ante Tribunal Superior de la Dirección de Apoyo a la Investigación y Análisis contra la Criminalidad Organizada (DAIACCO), en contra de **LUIS ALFREDO UPEGUI MORALES** ex integrante del *Frente Ramón Gilberto Barbosa Zambrano* del Ejército Popular de Liberación (EPL), al amparo de las causales primera y quinta del artículo 11A de la Ley 975 de 2005 (adicionado por el artículo 5° de la Ley 1592 de 2012).

LA SOLICITUD Y ELEMENTOS PROBATORIOS

Efectuado el reparto mediante acta número 160 del 10 de septiembre de 2020, el despacho ponente dictó el auto del 7 de octubre de 2020 señalando fecha para la realización de la audiencia y dispuso que por el despacho fiscal requirente, se allegaran previamente los elementos materiales de prueba, tanto los que serían fundamento de la causal invocada como aquellos otros que por razón de la materia y las consecuencias jurídicas que derivan de la norma (art. 11A de la Ley 975/2005, adicionado por el artículo 5° de la Ley 1592/2012). se ofrecieran relevantes a efectos de la valoración fáctica, probatoria y jurídica¹.

Lo anterior, para efectos tanto del correspondiente traslado a los sujetos procesales en ejercicio de los derechos de contradicción y de defensa y para la definición del asunto por la Sala de Conocimiento, allegándose los siguientes documentos:

- A.** Con Oficio Radicado No. 20202420028101 signado por la Fiscal 66 Delegada ante Tribunal se anexan unos archivos en Carpeta *One Drive* rotulada “*Documentos. EXCLUSIÓN – POSTULADO LUIS ALFREDO UPEGUI*”, que informan sobre los siguientes aspectos:

1. Plena Identidad

Informe de Lofoscopia No. 503760, en el que se establece que el aquí postulado LUIS ALFREDO UPEGUI MORALES, conocido con los alias de “*Jhonny*” y “*Chupo*”, se identifica con la Cédula de Ciudadanía No. 91.446.153 de Barrancabermeja (Santander), nació el 30 de septiembre de 1976, hijo de José Alfredo Upegui y Cecilia Morales.

¹ Artículo 13 inciso cuarto de la Ley 975b de 2005 (Modificado por el artículo 9° de la Ley 1592 de 2012) en armonía con el artículo 164 del CGP.

2. Desmovilización Individual

Certificación N° 0066-09 expedida por el Comité Operativo para la Dejación de las Armas – CODA, mediante Acta N° 09 del 11 de mayo de 2009, por la cual se reseña que el señor UPEGUI MORALES perteneció a un grupo de guerrilla del cual se desmovilizó, encontrándose satisfechos los requisitos establecidos en el Decreto 1059 de 2008 adicionado y modificado por el Decreto 4874 de 2007, por lo cual se le permitió el ingreso al proceso de reintegración y otorgamiento en su favor de los beneficios jurídicos y socioeconómicos establecidos en el sistema de justicia transicional.

Se acompañó, asimismo, el documento del 02 de mayo de 2008, mediante el cual LUIS ALFREDO UPEGUI MORALES, encontrándose privado de la libertad en Establecimiento Penitenciario de Alta Seguridad de Cómbita (Boyacá), expresó ante el Ministro del Interior y de Justicia, su voluntad de postulación al procedimiento especial.

3. Postulación

El 21 de agosto de 2009 con Oficio OFI09-28337-DJT-0330 del Ministerio del Interior y de Justicia, en conformidad con lo establecido en el artículo 3° del Decreto 4760 de 2005 y los artículos 9° y 11 del Decreto 1059 de 2008, libera una lista de cincuenta (50) postulados al procedimiento de la Ley de Justicia y Paz desmovilizados individualmente de grupos guerrilleros entre los cuales, en el renglón 246 figura el nombre del señor LUIS ALFREDO UPEGUI MORALES de la estructura denominada Ejército Popular de Liberación (EPL), privado de la libertad en la Cárcel de Alta Seguridad de Cómbita (Boyacá).

4. Requisitos de elegibilidad

Detallados en el archivo digital intitulado “Hoja de Vida”, con descripción pormenorizada de los elementos establecidos en el artículo 11 de la Ley 975 de 2005; de acuerdo con datos que se obtuvieron de un Informe de investigador de campo de fecha 14 de marzo de 2017, conforme a la anotación que se observa en el mismo documento.

5. Cartilla Biográfica

Expedida por el Centro Penitenciario de Máxima Seguridad - CPMS Bucaramanga (ERE) – Regional Oriente, destacándose los siguientes datos: “fecha de captura el 08/09/2015; número de ingresos: 26; Información de proceso activo No. 2009-83954; autoridad a cargo: TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA DE JUSTICIA Y PAZ DE BUCARAMANGA medida judicial del 26/02/2018, sindicado por los delitos de Concierto para delinquir y otros; Documentos soporte Bajas – Terminación Proceso por Autoridad”:

- a. Proceso No. 6565347 – Libertad Provisional – Fecha 08/09/2015 – Juzgado 1 Penal del Circuito de Barrancabermeja (Santander).
- b. Proceso No. 125113 – Libertad Condicional – Fecha 03/02/2012 – Juzgado 3 Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja.

6. Información de actuaciones procesales y de investigaciones.

Por medio de la certificación expedida por el Fiscal 46 Delegado ante el Tribunal (DAIACCO) del 24 de agosto de 2017, se informa sobre diversos aspectos que tienen que ver con las fases administrativa y judicial del proceso especial de Justicia y Paz en relación con el postulado LUIS ALFREDO UPEGUI MORALES, destacándose la fecha de su primera versión libre receptionada el 24 de mayo de 2011; su participación desde esa fecha a la de la de expedición de la certificación en otras 26 diligencias de versión libre individual y colectiva; los hechos delictivos que se le atribuyen con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley (GAOML) del cual se desmovilizó; la colaboración que el postulado brindó en materia de denuncia de bienes del GAOML producto de las actividades ilícitas que desarrollaban; las consultas efectuadas por medio de los sistemas de información SIJUF y SPOA; y las gestiones realizadas tendientes a la detección de bienes sujetos a registro e información financiera a nombre del postulado, con resultados negativos.

7. Sentencia por hechos cometidos antes de la desmovilización.

Fallo de condena a la pena principal de 38 años de prisión en contra de LUIS ALFREDO UPEGUI MORALES y Otros dictado por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga el 31 de agosto de 2000, como coautor del delito de Secuestro Extorsivo Agravado en concurso real con el delito de Rebelión y Hurto Calificado y Agravado, siendo víctimas el señor Lucas Ardila Saavedra (socio de la empresa COOPETRAN) y su hijo Mauricio Ardila Arenas, en hechos realmente acaecidos el 13 de mayo de 1998 en la ciudad de Bucaramanga (Santander); confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de ese distrito judicial el 2 de diciembre de 2002.

La condena anterior, sin embargo, fue disminuida a 29 años de prisión aplicada por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas, por favorabilidad, mediante auto del 20 de octubre de 2003.

- Auto que concede la libertad condicional.

El Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad por auto del 30 de diciembre de 2011, concedió a UPEGUI MORALES el subrogado penal de la libertad condicional, con efectos a partir del 3 de enero de 2012.

8. Medidas de aseguramiento en sede de Justicia y Paz.

Documento fechado el 7 de octubre de 2020 con el que, además de ofrecerse una relación de los hechos confesados y de las víctimas, da cuenta pormenorizada de las audiencias de formulación de imputación y medida de aseguramiento realizadas ante el despacho de Control de Garantías de Justicia y Paz con sede en Bucaramanga, vigentes contra el postulado:

- a. Del 14, 15 y 16 de agosto de 2012; cuyos hechos fueron objeto de audiencia concentrada en el año 2018, encontrándose al despacho para proferir sentencia.

- b. Del 8, 9 y 10 de octubre de 2018; hechos por los cuales se radicó escrito de formulación y aceptación de cargos ante la Sala de Justicia y Paz de este Tribunal el 15 de noviembre de 2019, pendiente de realización.
- c. Del 4, 5 y 6 de marzo de 2020; presentándose escrito de audiencia concentrada el 16 de abril de 2020 ante la misma Sala de Justicia y Paz de este tribunal, en idéntica condición procesal a la anterior; y,
- d. Del 29 de julio de 2020, sin más anotación.

9. Consultas en los sistemas SIJUF y SPOA, entre otros:

Radicado No. 680816000136-2017-05178
Fiscalía 1 Especializada - Barrancabermeja
Delito: Desplazamiento Forzado
Fecha de los hechos: 18 de febrero de 2006
Corregimiento San Rafael de Chucurí
Indagación Activo
No versionado

Radicado No. 6808160008828-2014-00699
Fiscalía 01 Unidad Especializada - Barrancabermeja
Delito: Desplazamiento Forzado
Fecha de los hechos: 1º de enero de 2006
Víctima: Ciro Emigdio Romero Cuéllar
La víctima no está registrada en el SIJYP
No versionado

Radicado No. 680816000135-2012-00177
Fiscalía 03 Unidad Seccional – Barrancabermeja
Delito: Hurto calificado. Art. 240 CP
Hechos: 15 de febrero de 2012.

10. Información sobre el nombre de una víctima, sin mayores datos.

- B.** Con Oficio No. 10642 del 9 de octubre de 2020 por medio del Fiscal 91 Especializado de Apoyo a la Fiscalía 66 de la DAIACCO, los siguientes documentos:

11. Acta de audiencia de fecha 29 de septiembre de 2017, Radicado 11001-22-52-000-2017-00402-00 y soporte digital de la misma, que corresponde a la audiencia preliminar presidida por la doctora Teresa Ruiz Núñez, MCG de Justicia y Paz del Tribunal de Bogotá, negando la concesión de la sustitución de la medida de aseguramiento al postulado LUIS ALFREDO UPEGUI MORALES.

12. Acta de audiencia del 25 de julio de 2018, Radicado 11001-22-52-000-2018-00093-00 y su soporte digital de su realización a cargo del doctor José Manuel Bernal Parra, MCG de Justicia y Paz, negando la sustitución de medida de aseguramiento a UPEGUI MORALES.

SINOPSIS FÁCTICA

Basándose en la comisión de delito posterior para aducir sobre el incumplimiento de los compromisos adquiridos por el postulado al tiempo de su desmovilización, la señora Fiscal 66 Delegada ante Tribunal introdujo copia de los siguientes documentos del asunto bajo la Radicación No. 68081-6000-135-2012-00177, seguido por el delito de Hurto Calificado y agravado en concurso con porte ilegal de armas de fuego contra LUIS ALFREDO UPEGUI MORALES.

- a. Acta de la audiencia preliminar de legalización de la captura (realizada el 15 de febrero de 2012 por la Policía Nacional) y de formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barrancabermeja, sin que el imputado se allanara a cargos.

Interpuesto por la defensa el recurso de reposición y subsidiario el de apelación, denegado el primero se concedió el de alzada, empero, no se allegó copia de la decisión en sede de segunda instancia.

- b. Escrito de acusación contra el aquí postulado, con fecha y sello de radicación el 13 de abril de 2012.

Formulación de cargos por los delitos de **Hurto Calificado y Agravado en concurso con el de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones** (artículos 239 y 240 inciso segundo y 241 numeral 10; artículo 365 numeral 5. CP).

- c. Certificación expedida el 7 de octubre de 2020 por el Fiscal Tercero Seccional de Barrancabermeja a solicitud de la Fiscal 66 Delegada ante Tribunal de la DAIACCO, con la cual además de incorporar copia de las antes citadas piezas procesales, informa sobre la referida actuación en los siguientes términos:

“Que en la Fiscalía Tercera Seccional de Barrancabermeja se adelanta la actuación en la Etapa de Juicio, Caso N° **680816000135201200177** por el delito de **HURTO CALIFICADO ART. 240 C.P.** contra el ciudadano **LUIS ALFREDO UPEGUI MORALES**, CC N° 91446153 de Barrancabermeja, siendo denunciante **CAROLINA SAJONERO PEÑUELA**, en su condición de Líder del punto de servicio de la Fundación de la Mujer, ubicado en el barrio Primero de Mayo, (...).

Hechos ocurridos el 15 de febrero de 2012 siendo las 11:10 horas, *entraron tres sujetos con armas de fuego tipo revólver, las víctimas alcanzan a presionar el botón de pánico de sus escritorios, uno de los sujetos encañonó a la denunciante, otro la cajera y el tercero encañonó al auxiliar de la oficina, al entrar otras las empleadas de nombre LIZBETH, la cogieron y le hicieron a un lado, el sujeto que tenía encañonada la cajera pasa una bolsa amarilla pidiéndole que sacaron la plata de la caja, indicando a su compinche que estuviera afuera porque habían oprimido el botón, trancaron la puerta con un directorio, había uno afuera pendiente, en ese momento entró otra empleada de nombre CARMEN y la hicieron hacia un lado, el que tenía encañonado a la cajera le dijo que abriera la bóveda, ella le dijo que se demoraba 20 minutos en abrir, éste le preguntó a su compinche si esperaban para que abriera y éste le dijo que esperarán si llegaba la policía, le piden a la cajera que abriera la bóveda, en ese momento entra otra empleada de nombre ROSAURA quien al ver el directorio trancado en el piso, se agacha a recogerlo sin darse cuenta de lo que estaba sucediendo, en ese momento pasa la policía, los sujetos se meten las armas en la cintura y salen con la bolsa amarilla, en ese momento viene caminando uno de los policías, al verlo, los sujetos emprenden la huida, el policía trata de detenerlos pero ellos comienzan a disparar, se escucharon varios disparos, llega la policía y la denunciante es llevada a la SIJIN a interponer el denuncia. La denunciante reconoce a sujeto que le habían encañonado y al que se encontraba afuera”.* (Destacados corresponden al texto original).

AUDIENCIA PÚBLICA

- **Delegada de la Fiscalía General de la Nación**

La solicitud de terminación anticipada y exclusión de la lista de postulados de LUIS ALFREDO UPEGUI MORALES estuvo a cargo de la Fiscal Sesenta y Seis Delegada ante Tribunal, quien al momento de radicar el escrito invocó la causal 5 del artículo 11A de la Ley 975 de 2005 “*Cuando el postulado haya sido condenado por delitos dolosos cometidos con posterioridad a su desmovilización*” pero durante la intervención en la audiencia se refirió a la causal 1. “*Cuando el postulado incumpla los compromisos propios de la presente ley*”.

Para argumentar, comenzó refiriéndose a los antecedentes y datos bibliográficos del desmovilizado, precisando que su ingreso a la guerrilla del Ejército Popular de Liberación (EPL) ocurre el 16 de marzo de 1993 en la “red urbana”, militando en el *Frente Ramón Gilberto Barbosa Zambrano*, en la ciudad de Barrancabermeja (Santander); pasó luego a señalar que desde su postulación en Justicia y Paz ha rendido más de (26) diligencias de versión libre confesando su participación en varios hechos, señalando la ubicación de fosas y colaborando en la entrega de bienes para la reparación de víctimas, y agregó que “*ha sido atento a los requerimientos de la justicia ..., cuando se ha llamado a las diligencias de versiones libres siempre ha respondido [...]*”.

Respecto de antecedentes, rememoró la sentencia ejecutoriada emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga el 31 de agosto de 2000, por la cual se le declaró responsable junto con otros, de la comisión de los delitos de Secuestro Extorsivo Agravado en concurso con Rebelión; sentencia vigilada por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas donde se le concedió la libertad condicional por auto del 30 de diciembre de 2011, la cual se hizo efectiva hasta el 3 de febrero de 2012.

Prosiguió señalando que el postulado conocía sus obligaciones de contribuir al proceso de paz, una de las cuales era apartarse del actuar delictivo, no obstante, el 15 de febrero de 2012, en la ciudad de Barrancabermeja, cuando tres personas armadas a cara cubierta ingresaron a la Fundación de la Mujer ejerciendo violencia contra varias de sus empleadas, con el fin hurtar dinero, LUIS ALFREDO UPEGUI MORALES fue capturado por las autoridades mientras que los otros dos sujetos huyeron del sitio.

En consecuencia, agregó, ante el Juez Cuarto Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Barrancabermeja, la Fiscalía le imputó los delitos de Hurto Calificado y Agravado en concurso con Tráfico, Fabricación y Porte de Armas de Fuego, legalizó la captura, avaló la imputación e impuso la medida de aseguramiento y es privado de la libertad. Tras ser llamado a juicio en el mes de septiembre de 2015, el Juez Primero Penal del Circuito de la misma ciudad, le concede la libertad por vencimiento de términos.

También manifestó que el postulado solicitó la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva ante el despacho del magistrado con función de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz de este Tribunal, decidida de manera desfavorable el 22 de julio de 2018; anotando asimismo sobre las medidas de aseguramiento que conserva vigentes en Justicia y Paz, el listado de víctimas de los hechos confesados por el postulado, las actuaciones procesales (audiencia concentradas) en Justicia y Paz que se siguen en su contra, comprometiéndose a oficiar al INPEC para que las medidas de aseguramiento se inscriban en la Cartilla Biográfica.

Aclaró que durante su intervención readecuó la causal invocada, solicitando la exclusión del trámite de Justicia y Paz del postulado **LUIS ALFREDO UPEGUI MORALES**, con sustento en la causal primera del artículo 11A de la Ley 975 de 2005, adicionado por artículo 5° de la Ley 1592 de 2012, por cuanto se evidencia el incumplimiento de los compromisos adquiridos en el marco de Justicia y Paz.

- **Representante del Ministerio Público**

Compartió los argumentos de la fiscalía, explicando que el señor LUIS ALFREDO UPEGUI MORALES al incurrir en el delito reseñado, con posterioridad a su desmovilización, ha legitimado su exclusión del proceso especial, como quiera que incumplió las obligaciones que le asistían, aun cuando denunció bienes que ahora son objeto de medidas cautelares con miras a la reparación de las víctimas.

Señaló que el postulado después de haberse desmovilizado prolongó su actuar ilegal, sustrayéndose del debido cumplimiento de las obligaciones que se derivan de sus compromisos en Justicia y Paz. Al respecto, manifestó, al no ocurrir abandono total de cualquier actividad delictiva, se hace inocua la pretensión de vinculación a un proceso de paz bajo el presupuesto de reincorporación a la vida civil.

Agregó que la Fiscalía demostró que el postulado fue capturado en flagrancia días después de obtener su libertad, pese a que ya se encontraba desmovilizado; y ello es indicativo de su falta de deseo de resocializarse o abandonar la actividad delictiva, lo cual repugna a los fines del proceso de paz otorgarle algún beneficio como la “pena alternativa” a quien desee reincidir.

Por último, anotó que se desconoce el motivo por el que en el proceso por hurto agravado y porte ilegal de armas en el que fue capturado en flagrancia en el año 2012, no se haya dictado condena, pero cuenta con imputación, y por ello entiende que la Fiscalía no se hubiere apoyado en la causal quinta pero sí en la primera por no honrarse los compromisos adquiridos de dejar la vida delincencial.

- **Representante de víctimas:**

Manifestó que su posición es consecuente con la exclusión bajo la causal invocada, pues se demostró el incumplimiento de los compromisos. De manera adicional, solicitó a la Fiscalía le remitiera el listado de víctimas reconocidas para verificar si han sido asesoradas.

- **Postulado**

Argumentó el señor UPEGUI MORALES respecto de la causal invocada para su exclusión por parte de la Fiscalía, que la Ley de Justicia y Paz demanda para su configuración sentencia condenatoria. No obstante, a la fecha no se ha demostrado su responsabilidad en esa investigación, ni tampoco su participación, ni su culpabilidad.

Afirmó que fue capturado por encontrarse cerca al lugar de ocurrencia de los hechos, que no portaba armas de fuego como se ha precisado en su contra lo que puede ser corroborado con las pruebas de absorción atómica que le fueron practicadas.

Deprecó que se analizara con rigor su caso por parte de la fiscalía ya que no perpetró el delito objeto de reproche; además, que el proceso en la justicia permanente cursa hace nueve años sin pronunciamiento de fondo que resuelva su situación jurídica. En consecuencia, solicita no ser excluido del procedimiento de justicia y paz hasta tanto no se demuestre su inocencia o su culpabilidad, destacando finalmente que ha ofrecido su colaboración en el proceso de justicia y paz asistiendo a todas las diligencias a las que ha sido llamado y favoreciendo el esclarecimiento de los hechos ocurridos.

- **Defensor**

El abogado que tiene la representación de la defensa técnica del postulado, designado por la Defensoría Pública días previos a la realización de la vista pública, manifestó que su posición es contraria de quienes hasta el momento han intervenido, pues considera que no se ha demostrado en debida forma que se haya desplegado una debida actividad investigativa al punto que el caso endilgado por el hurto no ha sido fallado definitivamente.

Enfatizó en el cumplimiento de los lineamientos reglamentarios dentro de la sistemática de justicia y paz, así como la descripción de

los requisitos de quienes como el señor UPEGUI MORALES se desmovilizaron con el fin de obtener el beneficio de la pena alternativa.

Manifestó que repugna a los fines del proceso de paz que un postulado incurra en delitos con posterioridad a su desmovilización, y concuerda con que el punible es contrario a la paz; no obstante, señaló, en Colombia, para reputar la comisión de un delito a cualquier persona, ésta debe ser previamente vencida en juicio, circunstancia que no se ha acreditado en este caso porque el postulado no se encuentra privado de la libertad por el hecho exhibido por el ente instructor como constitutivo de la falta a sus compromisos y, menos aún, obra una sentencia que ponga de presente la conducta reprochada.

Indicó el defensor que el postulado ha manifestado un sinnúmero de elementos que se deben valorar, especialmente en la motivación de la privación de su libertad por parte de los agentes policiales, basados en que el señor UPEGUI MORALES tenía antecedentes.

En consecuencia, agregó, no se puede reputar como delito lo que no ha sido consagrado judicialmente como tal. Resulta una obligación por el ente acusador, verificar esos elementos que aporta el señor UPEGUI a la lectura de la conducta objeto de reproche, revisando si el referido informe policivo consulta la realidad o tuvo alguna afectación de índole humana, reglamentaria o positiva en general.

El representante del postulado resaltó que no se trata de una condena sino de la vulneración a los compromisos adquiridos en justicia y paz lo que se reprocha de su defendido en este caso, pero, reiteró, no se puede predicar infracción alguna cometida, si no se ha probado que ella existe en sede judicial.

Para corroborar la observancia de los compromisos adquiridos por su defendido, se refirió al cumplimiento de los requisitos de elegibilidad bajo el acervo probatorio aportado por la Fiscalía por medio del Informe de Investigador de Campo del 14 de marzo de 2017 suscrito por Elsa Cristina Reyes, funcionaria de Policía Judicial.

De igual manera, el representante del postulado solicitó, se pondere lo expuesto por la delegada de la Fiscalía con lo aportado y manifestado por el señor UPEGUI MORALES, en función de lo que es un derecho y un deber sagrado como la paz; anotando que, la exposición de un indicio de vulneración a la ley penal no es suficiente para que el postulado sea excluido de justicia y paz y cercenada su expectativa del beneficio de la pena alternativa.

Reiteró el defensor lo dicho por la Fiscalía respecto a que el señor LUIS ALFREDO UPEGUI MORALES efectivamente cumplió, aportó y entregó bienes, esclareció sus participaciones en honor a la verdad, con total respeto por las víctimas; deprecando finalmente, se deniegue la solicitud de la fiscalía.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 11A de la Ley 975 de 2005 (adicionado por el artículo 5° de la Ley 1592 de 2012), corresponde a la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial, resolver mediante decisión motivada, las solicitudes de *terminación anticipada del proceso de justicia y paz y exclusión de la lista de postulados* que en cualquier etapa del proceso formule la fiscalía con fundamento en alguna de las causales previstas en la misma norma, *sin perjuicio de las demás que determine la autoridad judicial competente.*

Con base en ese pronunciamiento judicial, corresponde al Gobierno Nacional separar al desmovilizado de la lista de postulados sin que pueda ser admitido de nuevo².

² CSJ AP7225-2104 (rad. 43212), 20 de noviembre de 2014.

2. Planteamiento del caso y esquemas de solución

En el asunto *sub examine* la delegada de la fiscalía al momento de radicar la solicitud de *terminación del proceso de Justicia y Paz* invocó la causal quinta del artículo 11A de la Ley 975 de 2005 (adicionado por la Ley 1592 de 2012), pero durante su intervención en la audiencia pública realizó la sustentación con fundamento en la causal primera la cual refiere al incumplimiento de los compromisos de ley por cuenta del postulado, argumentada en la comisión de delito posterior a la desmovilización.

Lo anterior, del modo como se representa a continuación:

Fundamento normativo: artículo 11A de la Ley 975 de 2005	
Formato – Código FGN-MP03-F-15: Solicitud de audiencia de exclusión ante la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz ³	Audiencia Pública de Terminación del Proceso de Justicia y Paz y Exclusión de Lista de Postulados ⁴
Causal invocada: Artículo 11A de la Ley 975 de 2005 (Adicionado por el artículo 5° de la Ley 1592 de 2012), numeral 5. “ <i>Haber sido condenado por la comisión de delito doloso con posterioridad a su desmovilización, o ...</i> ”	Causal fundamento de la sustentación: Artículo 11A de la Ley 975 de 2005 (Adicionado por el artículo 5° de la Ley 1592 de 2012), numeral 1. “ <i>Cuando el postulado (...) incumpla los compromisos propios de la presente ley</i> ”
Fundamentación fáctica:	
Actividad ilícita basada en delito doloso posterior a la desmovilización	
Radicado No. 680816000135-2012-00177 Fiscalía 03 Unidad Seccional – Barrancabermeja Delito: Hurto calificado y agravado en concurso con el delito de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, agravado. Procesado: Luis Alfredo Upegui Morales Denunciante: Carolina Sajonero Peñuela – Fundación de la Mujer. Hechos: 15 de febrero de 2012. <ul style="list-style-type: none">• Actuaciones procesales: Legalización de captura e imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva sin excarcelación: audiencia 15-10-2012 Juzgado Cuarto Penal Municipal con función de control de garantías. Escrito de Acusación radicado el 13-04-2012 Libertad provisional por vencimiento de términos: auto del 08-09-2015 proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barrancabermeja.	

³ Escrito fechado el 9 de septiembre de 2020, Código Único del Caso: 110016000253-2009-83954, Fiscalía 66 Delegada ante Tribunal DAICCO. Repartido Despacho Uno con Funciones de Conocimiento de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá mediante Acta No. 160 del 10-09-2020.

⁴ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, audiencia celebrada el 14 de octubre de 2020. Radicado 11-001-22-52000-2020-00157-00. Postulado Luis Alfredo Upegui Morales.

En las anteriores circunstancias, se podría considerar que no resulta pertinente sustentar la exclusión del proceso especial por vía de la causal primera con fundamento en los presupuestos normativos de la causal quinta; pues con ese énfasis, por otra Sala de Conocimiento de este tribunal⁵ con distinto ponente, quedó así expuesto en el asunto bajo el Radicado No. 110012252000201900134 (auto del 11 de febrero de 2021).

Sin embargo, en acatamiento del precedente vertical esta Sala corregirá aquella posición jurídica al paso que examinará las razones por las que no se vulneran principios fundamentales como el de la *presunción de inocencia* y el de *tipicidad estricta*, para luego detenernos en los presupuestos probatorios para la estructuración de la causal y, finalmente, descender al caso concreto.

- **2.1. El compromiso de “terminar toda actividad ilícita” como presupuesto para el reconocimiento y vigencia del beneficio de la alternatividad penal**

2.1.1. Desde los albores de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sede de Justicia y Paz – de contera, antes de la reforma por medio de la Ley 1592 de 2012 –, señalaba el alto tribunal que “los delitos cometidos después de que se ha producido la desmovilización, (...) comportan la salida del postulado del proceso de desmovilización, en cuanto como se ha precisado, la comisión de delitos está indicando que **el postulado ha incumplido las obligaciones para con el proceso** y por tanto no se hace elegible o merecedor de acceder a dichas prerrogativas legales”⁶. (Destacados añadidos).

⁵ Caso distinguir sobre la obligatoriedad del precedente horizontal por ser *auto-vinculante* salvo que al apartarse se cumpla con el requisito de la carga argumentativa exigida, no así para los magistrados que no participaron de la respectiva Sala de Decisión para quienes rige el principio de *autonomía funcional del juez*. (Sentencia C-543 del 1º de octubre de 1992).

⁶ CSJ, Sala de Casación Penal, radicado 39162, auto de segunda instancia 22 de agosto de 2012, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

De cierto, el compromiso de “*cesar toda actividad delictiva*” no solamente se erige como deber principal que adquieren los miembros de los grupos irregulares (de guerrilla o de autodefensas) desde el momento mismo de la desmovilización (colectiva o individual), sino además vital tanto para la reinserción de los ex combatientes como para las garantías de no repetición, y connatural al proceso:

“ART. 2º NATURALEZA. *La Ley 975 de 2005 consagra una política criminal especial de justicia restaurativa para la transición hacia el logro de una paz sostenible, mediante la cual se posibilita la desmovilización y reinserción de los grupos armados organizados al margen de la ley, **el cese de la violencia ocasionada por los mismos y de sus actividades ilícitas**, la no repetición de los hechos y la recuperación de la institucionalidad del Estado de Derecho, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.”*⁷ (Negrillas añadidas).

Al efecto, recuérdese que la Ley de Justicia y Paz atiende finalidades y objetivos propios de una justicia de transición pretendida en el alcance y logro de una paz nacional estable, duradera y sostenible, mediante la desmovilización y reincorporación de quienes conformaron estructuras de poder irregularmente armadas y se concertaron para cometer delitos, contribuyendo bajo estándares de verdad, justicia, reparación integral y garantías de no repetición, a la consecución de la reconciliación y la restauración del tejido social.

El principal de los beneficios es el de la *alternatividad penal* que consiste⁸ en la suspensión de la ejecución de la pena ordinaria fijada en la respectiva sentencia, reemplazándola por una alternativa que puede oscilar entre los límites mínimo y máximo de cinco (5) y ocho (8) años de prisión, a cambio de la contribución del beneficiario a los objetivos y finalidades del proceso de Justicia y Paz.

⁷ Decreto 3391 de 2006, por el cual se reglamentó parcialmente la Ley 975 de 2005.

⁸ De acuerdo con los artículos 3º y 29 de la Ley 975 de 2005.

En consecuencia, la renuncia del Estado a la ejecución de la sanción ordinaria alternándola por una pena de menor duración no obstante las graves violaciones a los Derechos Humanos y la perpetración de delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, no puede implicar más que la *prohibición de la comisión de delitos dolosos* y/o el *deber de cesar toda actividad ilícita*, cuyo cumplimiento asumen como compromiso los miembros de dichos grupos irregulares al tiempo de la desmovilización y durante el proceso judicial incluyendo la etapa de la ejecución de la sentencia, como modo de resguardar la vigencia de la pena alternativa y demás beneficios de carácter político, social y económico, incrustados en el sistema de justicia transicional.

2.1.2. En efecto, al recorrer el andamiaje jurídico del procedimiento de Justicia y Paz de acuerdo con los lineamientos trazados en la Ley 975 de 2005 reformada por la Ley 1592 de 2012, bien se puede observar que el deber consistente en *abandonar toda actividad delictiva*, está positivizado no solamente para referir a la causal quinta de expulsión del proceso especial sino también unas veces expresa y otras de manera implícita para regular diversas situaciones procesales, transitando desde la fase administrativa prosiguiendo a la fase judicial y extendiéndose incluso durante el período de la libertad a prueba; veamos:

- **Requisito de elegibilidad para la desmovilización**

<p>ART. 10. Requisitos de elegibilidad para la desmovilización colectiva. Podrán acceder a los beneficios que establece la presente ley los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley (...), siempre que se encuentren en el listado que el Gobierno Nacional remita a la Fiscalía General de la Nación y reúnan, además, las siguientes condiciones: (...) 10.4. <u>Que el grupo cese toda interferencia al libre ejercicio de los derechos políticos y libertades públicas y cualquier otra actividad ilícita.</u> (...)"</p>	<p>ART. 11. Requisitos de elegibilidad para la desmovilización individual. Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley que se hayan desmovilizado individualmente y que contribuyan a la consecución de la paz nacional, podrán acceder a los beneficios que establece la presente ley, siempre que reúnan los siguientes requisitos: (...) 11.4. <u>Que cese toda actividad ilícita.</u> (...)"</p>
---	--

- **Sustitución de la medida de aseguramiento**

Art. 18A -Adicionado Ley 1592 de 2012, art. 19.- Sustitución de la medida de aseguramiento y deber de los postulados de continuar en el proceso. El postulado que se haya desmovilizado estando en libertad podrá solicitar ante el magistrado de control de garantías una audiencia de sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario por una medida de aseguramiento no privativa de la libertad, sujeta al cumplimiento de los establecido en el presente artículo y a las demás condiciones que establezca la autoridad judicial competente para garantizar su comparecencia al proceso del que trata la presente ley. El magistrado con funciones de control de garantías podrá conceder la sustitución de la medida (...), cuando el postulado haya cumplido con los siguientes requisitos:
(...)
5. No haber cometido delitos dolosos con posterioridad a la desmovilización.
(...)”

La desmovilización y por ende, la fecha en la que se cristaliza el acto político, sigue siendo primer referente *temporal*⁹ “*para establecer a partir de qué momento el integrante de la organización ilegal adquiere precisos compromisos para atender el benevolente tratamiento punitivo propio de la justicia transicional*”¹⁰ (Subrayado añadido).

- **Terminación del proceso especial y exclusión de lista**

Art. 11A -Adicionado Ley 1592 de 2012, art. 5°.- Causales de terminación del proceso de Justicia y paz y exclusión de la lista de postulados. Los desmovilizados de grupos armados organizados al margen de la ley que hayan sido postulados por el Gobierno nacional para acceder a los beneficios previstos en la presente ley serán excluidos de la lista de postulados previa decisión motivada, proferida en audiencia pública por la correspondiente Sala de Conocimiento de Justicia y paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial, en cualquiera de los siguientes casos, sin perjuicio de las demás que determine la autoridad judicial competente:
1. Cuando el postulado sea renuente a comparecer al proceso o incumpla los compromisos propios de la presente ley.
2. Cuando se verifique que el postulado ha incumplido alguno de los requisitos de elegibilidad establecidos en la presente ley.
(...)
5. Cuando el postulado haya sido condenado por delitos dolosos cometidos con posterioridad a su desmovilización, o cuando habiendo sido postulado estando privado de la libertad se compruebe que ha delinquido desde el centro de reclusión.
6. Cuando el postulado incumpla las condiciones impuestas en la audiencia de sustitución de la medida de aseguramiento de que trata el artículo 18A de la presente ley.
(...)

⁹ CSJ, AP7225-2014, rad. 43212; AP5807-2014, rad. 44101; AP1635-2014, 2 abr. 2014, rad. 43288; AP338-2017, rad. 49026; AP7649-2017, Rad. 50399.

¹⁰ CSJ AP4537-2018 (rad. 52480), 17 de octubre de 2018.

- **La Pena alternativa y la libertad a prueba**

ARTÍCULO 29. Pena alternativa. La Sala competente del Tribunal Superior de Distrito judicial determinará la pena que corresponda por los delitos cometidos, de acuerdo con las reglas del Código Penal.
(...)
Para tener derecho a la pena alternativa se requerirá que el beneficiario se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo estudio o enseñanza durante el tiempo que permanezca privado de la libertad y a promover actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado organizado al margen de la ley al cual perteneció.
Cumplida la pena alternativa y las condiciones impuestas en la sentencia se le concederá la libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, período durante el cual el beneficiario se compromete a no reincidir en delitos (...).
Cumplidas estas obligaciones y transcurrido el período de prueba se declarará extinguida la pena principal. En caso contrario se revocará la libertad a prueba y se deberá cumplir la pena inicialmente determinada, sin perjuicio de los subrogados previstos en el Código Penal que correspondan, PAR.– (...)”

(Todas las negrillas y subrayados, no pertenecen al texto original).

El inciso cuarto del artículo 29 de la Ley 975 de 2005 en su redacción original señalaba “... se le concederá la libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, período durante el cual el beneficiario se compromete a no reincidir en los delitos por los cuales fue condenado en el marco de la presente ley ...”; sin embargo, las expresiones subrayadas fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-370-2006, al considerar que tal forma de redacción “*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 cuales fue condenado. (...) Los propósitos de resocialización y de reinserción que animan estos beneficios se tornan inocuos con una expresión como la que se cuestiona...*”.

2.1.3. En consecuencia, puede la Sala afirmar con fundamento en la ley y la Jurisprudencia, que el incumplimiento de la obligación de “*terminar toda actividad delictiva*” como compromiso que el postulado asume desde el momento de la desmovilización, no es asunto que el legislador haya patentado a una causal única de expulsión del proceso judicial ni excluye su consideración frente a otras formas procesales de aplicación en el trámite especial; no pudiendo ser de otro modo si se

tiene en cuenta que el beneficio de la pena alternativa al cual aspira el postulado el cual se concreta en el correspondiente fallo de condena transicional, solo se posibilita sobre la base de la verificación del cumplimiento de todos los requisitos de elegibilidad como condición para merecer el benigno tratamiento punitivo.

De hecho, la *praxis* judicial evidencia casos procesales en los que aludiendo a la *comisión de delito posterior a la desmovilización* se reclama la exclusión del proceso de justicia y paz, argumentada no propiamente con fundamento en la causal quinta sino por vía de cualquiera de las causales bajo las hipótesis desarrolladas en los numerales primero, segundo e incluso sexto del artículo 11A de la Ley 975 de 2005, en aquellos eventos donde la responsabilidad penal por el nuevo delito no ha sido declarada en una sentencia de condena.

Así se obtiene, por ejemplo, del siguiente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en sede de Justicia y Paz AP4690-2019 (rad. 56290, oct. 30, M.P. Dr. Eugenio Fernández Carlier), confirmatoria de la decisión¹¹ de terminación del proceso de justicia y paz y exclusión de lista por vía de la causal sexta del artículo 11A de la Ley 975/2005 (*incumplimiento de las condiciones impuestas al sustituirse la medida de aseguramiento*, para ese caso, consistente en *no portar armas de fuego*); cuya revocatoria instó la defensa reclamando la existencia de una sentencia de condena por el porte ilegal (escopeta, calibre 12) demostrativa de la comisión de la conducta, en su defecto, debiendo prevalecer la presunción de inocencia de su defendido.

Para mayor fidelidad del precedente, veamos en extenso, lo que el alto tribunal de Casación penal expuso:

“3.8. Bien se ve, entonces, que estando *acreditados los supuestos de hecho* exigidos por la norma (*art. 11 A num. 6° de la Ley 975 de 2005*) es *incuestionable la corrección de la*

¹¹ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Radicado 2019-82940, sept. 9 de 2019, M.P. Cecilia Lenor Olivella Araújo.

consecuencia jurídica aplicada por el Tribunal, a saber, la exclusión del postulado del proceso especial de justicia y paz, con la consecuente pérdida de beneficios punitivos y la reactivación de los procedimientos ante la jurisdicción penal ordinaria.

3.9. Y esa determinación no puede verse alterada en el presente caso porque no se ha emitido sentencia condenatoria contra XXX en la justicia ordinaria por el delito previsto en el artículo 365 del Código Penal, pues, del contenido normativo previsto en la causal invocada por la Fiscalía, no se desprende tal presupuesto, es más, el artículo 2.2.5.1.2.3.1 numeral 1º del Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho¹², se establece tan solo que, para la verificación de las causales solo se deberá acreditar prueba sumaria de su configuración, lo que en el presente caso, como quedara consignado en párrafos anteriores, se encuentra determinado.

(...)

Es más, frente al particular, la Sala ha señalado que la exigencia de una sentencia en firme, de acuerdo con el parágrafo 1º del artículo 2.2.5.1.2.3.1 del Decreto N° 1069 de 2015 del Ministerio de Justicia y del Derecho, **únicamente es oponible al Gobierno nacional a la hora de ordenar mediante acto administrativo la exclusión definitiva de la lista de postulados**, como consecuencia de la terminación del proceso penal especial de justicia y paz. Agregando que:

[...] tal reglamentación es del todo compatible con la garantía constitucional a la presunción de inocencia (art. 29 inc. 4º Const. Pol.). De un lado, por cuanto, para los fines judiciales del trámite de exclusión del proceso de justicia y paz, el postulado no se reputa culpable con la simple afirmación que la Fiscalía haga como sujeto procesal, sino con base en una declaración judicial de responsabilidad penal, dictada por un juez o tribunal competente; de otro, en la medida en que la reglamentación pertinente atiende adecuadamente lo previsto en el art. 248 de la Constitución. Pues la irrevocable expulsión de la lista de postulados por parte del Gobierno sólo procede hasta tanto la sentencia cobre ejecutoria. Tanto así que, como lo clarifica el parágrafo 1º del art. 2.2.5.1.2.3.1 del Decreto 1069 de 2015, si se llegare a proferir **sentencia absolutoria** de segunda instancia a favor del postulado, el fiscal debe solicitar a la Sala de Conocimiento la reactivación del proceso penal especial de justicia y paz en la fase en la que se encontrare al momento de su terminación. (CSJ AP4090-2017, Rad. 50130).

¹² Decreto N° 1069 de 2015 del Ministerio de Justicia y del Derecho.

Ahora, que la Fiscalía haya traído a colación el proceso penal que se adelanta en la justicia ordinaria contra el postulado para sustentar su pretensión, no significa que, como al parecer lo entienden los recurrentes, que la exclusión del proceso transicional es consecuencia de dicha ilicitud y por lo tanto la misma debe encontrarse acreditada, pues simplemente se hizo alusión a ésta para demostrar que no obstante XXX haberse comprometido a observar buena conducta individual y social, no portar, tener, ni almacenar armas de fuego de defensa personal ni de uso privativo de las Fuerzas Armadas y no realizar conductas delictivas dolosas, (...), fue capturado portando un arma de fuego – escopeta marca Hatsan Arms, calibre 12-, situación que incluso conllevó a que su derecho a la libertad fuera nuevamente afectado. (Negrillas y subrayados añadidos).

Las demás consideraciones tienen que ver con los compromisos que los postulados adquieren desde el momento de su desmovilización, los cuales, reitera, deben cumplir irrestrictamente pues de lo contrario procede la expulsión, toda vez que, si no honran “*sus compromisos, no pueden permanecer al interior del proceso a la espera de unos beneficios diseñados sólo para quienes se involucran verdaderamente y cumplen sinceramente los deberes que prometieron realizar*”.

Uno de esos compromisos es el de cesar toda actividad ilícita sucedáneamente el de *no cometer delitos dolosos*; por consiguiente, quedando suficientemente dilucidado que frente a esos eventos, independientemente de la existencia de condena ordinaria de responsabilidad penal por la nueva conducta punible, el ente acusador puede optar por una cualquiera de las causales en las que cabe argumentar que se ha faltado a los requisitos de elegibilidad o a los compromisos u obligaciones estatuidas por ministerio de la propia ley o determinadas en la correspondiente sentencia.

2.2. Presupuestos probatorios para la configuración de la causal

De acuerdo con las normas reglamentarias, el siguiente artículo del Decreto 1069 de 2015 establece:

Artículo 2.2.5.1.2.3.1. Aplicación de las causales de terminación del proceso penal especial de justicia y paz. Para efectos de la aplicación de las causales de terminación del proceso especial de justicia y paz contempladas en el artículo 11A de la Ley 975 de 2005 introducido por el artículo 5º de la Ley 1592 de 2012, se tendrán en cuenta las siguientes disposiciones;

1. La verificación de las causales estará en cabeza del fiscal delegado, quien solo deberá acreditar prueba sumaria de su configuración ante la Sala de Conocimiento.
2. Para la exclusión por una condena por delitos dolosos cometidos con posterioridad a la desmovilización, bastará con una sentencia condenatoria de primera instancia.
3. Para la exclusión por delinquir desde el centro de reclusión habiendo sido postulado estando privado de la libertad, bastará con una sentencia condenatoria de primera instancia.

Parágrafo 1º. La exclusión definitiva de la lista de postulados a la ley de justicia y paz que lleve a cabo el Gobierno nacional como consecuencia de la terminación del proceso penal especial de justicia y paz, solo procederá cuando las providencias condenatorias, proferidas por las autoridades judiciales ordinarias por hechos dolosos cometidos con posterioridad a la desmovilización, se encuentren en firme. En el evento en que se profiera sentencia de segunda instancia absolutoria del postulado, el fiscal delegado solicitará ante la Sala de Conocimiento la reactivación del proceso penal especial de justicia y paz en la fase en la que se encontrare al momento de la terminación del proceso.

(...)” (Decreto 3011 de 2013, artículo 35)

Significa entonces, en conformidad con la ley y la jurisprudencia, que en cualquiera de los eventos en los que como causal para la terminación del proceso subyace como referente fáctico el incumplimiento del deber de *cesar de toda actividad ilícita* (equiparable con la prohibición de *cometer delitos dolosos con posterioridad a la desmovilización*¹³), requiere “*prueba sumaria*” de su configuración ante la Sala de Conocimiento; expresión cuyo alcance y significado se puede descubrir del siguiente pronunciamiento:

“Aunque la legislación colombiana no define lo que debe entenderse por prueba sumaria, su noción ha sido precisada por la doctrina y la jurisprudencia nacionales. Así, para Antonio Rocha Alvira, la prueba sumaria es aquella que aún no ha sido controvertida por aquel a quien puede perjudicar, y de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la prueba sumaria es plena prueba, lo que quiere decir que debe reunir las

¹³ Nótese que “...ni siquiera para la aplicación de la causal de exclusión consagrada en el art. 11 A num. 5º de la Ley 975 de 2005 -que el postulado haya sido condenado por delitos dolosos cometidos con posterioridad a su desmovilización- es exigible una sentencia ejecutoriada (cfr., entre otras, CSJ AP 04.03.2015, ad. 44.692; AP 31.08.2016, rad. 48.603 y AP 5 oct. 2016, rad. 48.749)” Ibid.

*mismas condiciones de fondo de cualquier prueba, que sea pertinente o conducente, esto es, que sea la adecuada para demostrar un hecho o un acto jurídico concretos. En ese sentido la doctrina ha sido uniforme en señalar que la prueba sumaria suministra al juez la certeza del hecho que se quiere establecer en idénticas condiciones que lo hace la plena prueba, con la diferencia que la prueba sumaria no ha sido sometida a contradicción, ni conocimiento o confrontación por la parte contra quien se quiere hacer valer. (...)*¹⁴

Es decir, el carácter de “prueba sumaria” en tanto “plena prueba” en casos o situaciones como el que concita la atención de la Sala, aun cuando distinta de la sentencia de condena demostrativa del delito y la responsabilidad del acusado (aunque no se encontrare en firme), tendría en todo caso que tener la fuerza e idoneidad suficiente para arrojar convicción acerca de que el postulado incurrió en nuevas conductas delictivas sin que se evidenciare duda acerca de la autoría o participación o sobre alguno de los elementos de la culpabilidad, como quiera que en nuestro ordenamiento jurídico rige el derecho penal de acto, estando proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

Y ello, sobre bases probatorias y el rigorismo jurídico que decisiones sustanciales¹⁵ como la terminación del proceso especial y exclusión de lista de postulados exige; es decir, sobre pruebas legal y efectivamente aducidas¹⁶ en la actuación procesal de origen aun cuando, por cualquier circunstancia, se hubiese impedido la obtención de una sentencia de carácter condenatorio definitiva de la responsabilidad penal del postulado en la justicia ordinaria.

¹⁴ Corte Constitucional C-523 de 2009.

¹⁵ Artículo 13 de la Ley 975 de 2005 (Modificado por el artículo 9º de la Ley 1592 de 2012), inciso cuarto a cuyo tenor se lee “Las decisiones que resuelvan asuntos sustanciales y las sentencias deberán fundamentarse fáctica, probatoria y jurídicamente e indicar los motivos de estimación o desestimación de las pretensiones de las partes”. (Subraya añadida). Véase también artículo 232 inciso primero de la

¹⁶ Código General del Proceso: “Artículo 164. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho”.

En efecto, no se vería razón jurídica atendible si por circunstancias procesales externas al proceso transicional y a pesar de la evidencia probatoria, se soslayara o resultara indiferente la vulneración de las garantías de no repetición, manteniendo vigente la aplicación del procedimiento y postulación al beneficio de la pena alternativa para quien no ha dado muestras de resocialización, *“como quiera que para mantenerse en el proceso de justicia transicional, /hay/ obligaciones concurrentes, que desde la Ley 975 de 2005, se señalaban como parte de los presupuestos de elegibilidad”*¹⁷.

Todo lo cual, claro está, analizando *“en cada caso la trascendencia del delito cometido y las circunstancias del mismo, a la luz de los propósitos de la Ley 975/05, con el fin de determinar si se ha violado el derecho de las víctimas a la no repetición”*¹⁸. Ponderación que no procedería respecto de aquellas conductas de grave o importante afectación– por oposición a las de poca significación como las denominadas *bagatelas judiciales* –, como ha sido ya dilucidado por la Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sede de Justicia y Paz¹⁹.

2.3. Caso concreto.

Repasando con fundamento en los elementos probatorios presentados por la Fiscalía a efectos de la sustentación de su solicitud, se tiene acreditado que LUIS ALFREDO UPEGUI MORALES se desmovilizó en forma individual estando privado de la libertad en la Cárcel de Cómbita (Boyacá), y fue postulado por el Gobierno Nacional a los beneficios de Justicia y Paz el 21 de agosto de 2009 (Oficio OFI09-

¹⁷ CSJ AP3712-2017 (rad. 49341, jun.7, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero).

¹⁸ Corte Constitucional Sentencia C-370-2006.

¹⁹ CSJ AP522-2019 (rad. 53.516, 20 de febrero, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa); AP1900-2019 (rad. 52.233, 22 de mayo, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya; AP-2640-2019 (rad. 53.534, 3 de julio, M.P. Jaime Humberto Moreno Acero); AP1287-2020 (rad. 55557, 1º de julio, M.P. Fabio Ospitia Garzón); entre otras.

28337-DJT-0330) una vez obtenida la Certificación del Comité Operativo para la Dejeción de las Armas CODA (expedida mediante Acta No. 09 de mayo de 2009) y verificados los demás requisitos exigidos en el Decreto 1059 de 2008, entre otras normas concordantes vigentes para la época.

También se demostró que el señor UPEGUI MORALES disfrutaba desde el 3 de enero de 2012 de la libertad condicional cumplidos los presupuestos para otorgarla en virtud de la condena por los delitos de secuestro extorsivo, hurto calificado y rebelión según hechos del 13 de mayo de 1998 por los que fue capturado en flagrancia. Sin embargo, de nuevo privado de su libertad el 15 de febrero de ese año (2012) por los delitos de hurto calificado y agravado en concurso con porte ilegal de armas, legalizándose su captura y dictándose en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva, y el 13 de abril de esa anualidad habiéndose radicado escrito de acusación ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Barrancabermeja; todo lo cual, de acuerdo con los anexos allegados junto con la certificación expedida el 7 de octubre de 2020 por el Fiscal Tercero Seccional de Barrancabermeja, a solicitud de la Fiscal 66 Delegada ante Tribunal.

Finalmente, que en el proceso anteriormente referenciado (radicación número 680816000135201200177) obtuvo la libertad provisional por vencimiento de términos la cual le concedió el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barrancabermeja el 8 de septiembre de 2015 y desde entonces está a disposición en el CPMS de Bucaramanga ERE – Regional Oriente a órdenes del Tribunal Superior de Distrito Judicial Sala de Justicia y Paz de Bucaramanga; autoridad judicial que ha proferido cuatro medidas de aseguramiento de detención preventiva (14, 15 y 16 de agosto de 2012; 8, 9 y 10 de octubre de 2018; 4, 5 y 6 de marzo de 2020, y 29 de julio de 2020) por cuyos hechos - con excepción de los que corresponden a la última medida cautelariva – fueron radicados sendos escritos de formulación y aceptación de cargos, encontrándose pendiente de proferir sentencia en uno de esos casos y en los otros de señalar fecha para la audiencia concentrada.

En términos generales siendo ese el panorama procesal, el objeto de debate en desarrollo de la audiencia de exclusión centra el análisis en los hechos que revisten características de delito contra la propiedad privada (hurto calificado y agravado) y la seguridad pública (porte o tenencia de armas de fuego) que derivaron en la captura (al parecer en situación de cuasiflagrancia²⁰, el 15 de febrero de 2012) e imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva.

Contando con que estos hechos se enrostran al postulado como acaecidos con posterioridad a la desmovilización²¹, se discutió bajo el acopio probatorio allegado que UPEGUI MORALES habría faltado a los compromisos de la Ley de Justicia y Paz por incumplimiento de uno de los requisitos de elegibilidad para gozar del beneficio de la alternatividad penal, sin embargo, sin sustento en la prueba sumaria que la ley y la jurisprudencia exigen para acreditar acerca de la exclusión de la lista de postulados.

Lo anterior, porque para fundamentar la solicitud se trajeron copias de actuaciones procesales y una certificación del fiscal del caso ante la justicia ordinaria, insuficiente ante la ausencia de sentencia de condena así no estuviere en firme y/o de afirmación de responsabilidad en una sentencia anticipada o de aceptación de cargos; tornándose de mayor exigencia la prueba de acreditación de la causal de exclusión para alcanzar la connotación de “prueba sumaria” como exige la norma.

²⁰ Sobre las situaciones que distinguen la captura en flagrancia se ha dicho por la Jurisprudencia: “(...) En ese sentido se ha dicho que habrá flagrancia en tres supuestos diferentes: el primero, al que se le ha denominado “flagrancia en sentido estricto”, cuando la persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer el delito; el segundo supuesto, el de la “cuasiflagrancia” cuando la persona es sorprendida o individualizada al momento de cometer el delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho; por último la “flagrancia inferida” hipótesis en la que la persona no ha sido observada en el momento de cometer el delito, ni tampoco ha sido perseguida después de realizarlo, sino que es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas de los cuales aparece o se infiere fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en él” Corte Constitucional, Sentencia C-239 de 2012.

²¹ Desde entonces, asistiéndole la obligación de sujetarse a las exigencias de ley y entre ellas la de cesar toda actividad ilícita sin lo cual “Ningún sentido tendría la desmovilización encaminada a la reincorporación a la vida civil de los miembros de los grupos armados ilegales en aras de una paz sostenible” CSJ AP091-2014 (rad. 43024), marzo 5 de 2014, M.P. Dr. Luis Guillermo Salazar Otero.

Y es que en el asunto *sub judice*, en la audiencia de formulación de imputación e imposición de medida contra UPEGUI MORALES por los delitos de hurto y porte ilegal de armas, no solamente no aceptó cargos sino además en su intervención en la vista pública en el presente asunto, fue constante en negar su responsabilidad e injusticia de su captura aduciendo incluso que la prueba de balística forense que le fue practicada no dio apta para disparo de arma de fuego.

Al respecto, se ha explicado por el alto tribunal de justicia penal:

“... la Corte ha expuesto que, en atención a las profundas consecuencias aparejadas por la decisión de exclusión, que no sólo abarcan los intereses del postulado, sino las legítimas expectativas de las víctimas, a la determinación final de desvinculación del postulado debe llegarse sólo cuando la causal ha sido suficientemente demostrada, de manera que no caben simples inferencias o especulaciones para soportarla (CSJ AP, Ago. 2007, rad. 27873).

(...)

Igualmente, la Corte ha señalado que todo proceso sancionatorio, como lo es la solicitud de exclusión, debe estar regido por el principio de culpabilidad, lo cual conlleva al operador a constatar que el sujeto ha obrado con culpabilidad al incurrir en el comportamiento que le ha de originar la sanción (CSJ AP2578, 20 May. 2015, rad. 45455)”²². (Subrayas añadidas).

Considera entonces la Sala, que contar únicamente con las piezas procesales incorporadas de la actuación penal de origen para tener por acreditada la causal, resquebrajaría el equilibrio entre partes, si de otro lado no se allegó un solo elemento material de prueba o evidencia física o cualquier otro medio probatorio persuasivo de convicción sobre la captura en cuasiflagrancia o de donde se pueda evidenciar acerca de la autoría o participación de UPEGUI MORALES; pues tampoco se informó qué actuación procesal ha seguido después que se radicó el escrito de acusación (si hubo descubrimiento probatorio, audiencia

²² CSJ AP3131-2021 (rad. 59802, 28 de julio, M.P. Patricia Salazar Cuéllar).

preparatoria, juicio oral, etc.) ni cuáles han sido las circunstancias por las que no se hubiere avanzado en la actuación procesal y qué se ha hecho para superar la dilación.

Explicaciones todas que permiten a la Sala despachar desfavorablemente la solicitud de exclusión planteada por la Fiscalía (invocando la causal 5ª al momento de radicar la solicitud pero readecuando y sustentando en curso de la audiencia con base en la causal 1ª del artículo 11A de la Ley 975 de 2005), por no haberse demostrado probatoriamente la procedencia de la terminación del proceso y exclusión de lista por incumplimiento de los compromisos propios de la ley de Justicia y paz como fuera el de *terminar toda actividad ilícita* sucedáneamente *no cometer delitos dolosos después de la desmovilización* como garantías de no repetición.

Se definirá así en la parte resolutive no sin antes llamar la atención sobre la necesidad de que la Fiscalía realice las labores de investigación en referencia a los asuntos que arrojan los sistemas de consulta SIJUF y SPOA sobre hechos acaecidos en el año 2006 probablemente atribuibles al postulado sobre los cuales al parecer no fue o no ha sido versionado, además de verificar sobre la cartilla biográfica ante el INPEC su real conformación y registro respecto de la fecha inicial de ingreso y permanencia en establecimientos carcelarios como las demás medidas de aseguramiento de detención preventiva en sede de Justicia y Paz, aspectos todos que también deben ser del interés de la defensa técnica y material.

Lo anterior si se tiene en cuenta que existen varios asuntos que se tramitan en distintas Salas de Conocimiento de Justicia y Paz de este Tribunal en contra del mismo postulado, a efectos de dilucidar a la hora de verificar sobre requisitos de elegibilidad para el eventual otorgamiento de la pena alternativa.

En mérito de lo expuesto la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

RESUELVE

PRIMERO: Negar la terminación del procedimiento de Justicia y Paz y exclusión de lista del postulado **LUIS ALFREDO UPEGUI MORALES**, de conformidad con los motivos expuestos en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: Contra esta determinación procede el recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 975 de 2005 (Modificado por el artículo 27 de la Ley 1592 de 2012).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(FIRMA ELECTRÓNICA)
OHER HADITH HERNÁNDEZ ROA
Magistrada

OLGA PATRICIA URIBE PRIETO
Magistrada

ÁLVARO FERNANDO MONCAYO GUZMÁN
Magistrado

Firmado Por:

**Oher Hadith Hernandez Roa
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Justicia Y Paz
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ea5d135664ced3d1cb7f4171729e8f1ba5c3a7753615cd2c4838c8fd65760e37**

Documento generado en 21/09/2021 07:32:00 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>