

Ficha de relatoría

1. Nombre: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
2. Juez o Tribunal: SALA DE CASACION PENAL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
3. Número del proceso: 47209
4. Fecha: 5 DE OCTUBRE DEL 2016
5. Identificación de las partes:

-Fiscalía Dirección de Justicia transicional

-Postulados: Edilberto de Jesús Cañas Chavarriaga, Néstor Eduardo Cardona Cardona, Juan Fernando Chica Atehortúa, Édgar Alexander Erazo Guzmán, Mauro Alexander Mejía Ocampo, Juan Mauricio Ospina Bolívar y Wander Ley Viasus Torres

6. Magistrado ponente: Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa

EL CONTEXTO DENTRO DEL MARCO DEL PROCESO DE JUSTICIA TRANSICIONAL-Constituye una herramienta orientada a establecer la verdad de lo acontecido que busca determinar la génesis de los delitos cometidos en el marco del conflicto interno, sus autores, sus motivos, las prácticas utilizadas, los métodos de financiación, las colaboraciones recibidas/ EL CONTEXTO DENTRO DEL MARCO DEL PROCESO DE JUSTICIA TRANSICIONAL - Para la construcción del marco de referencia de la estructura al margen de la ley no para imputar cargos a los postulados resulta atinado acudir a lo establecido en otras sentencias que han cobrado ejecutoria para precisar el proceder criminal del grupo ilegal y la forma como se gestó el conflicto en esa zona específica de la geografía nacional o, incluso, consultar las versiones rendidas por los máximos responsables sobre los patrones macro criminales desplegados por el grupo/ EL CONTEXTO DENTRO DEL MARCO DEL PROCESO DE JUSTICIA TRANSICIONAL-No es un escenario ilimitado en el que los funcionarios judiciales puedan declarar la responsabilidad de personas o instituciones no vinculadas debidamente al trámite/ EL CONTEXTO DENTRO DEL MARCO DEL PROCESO DE JUSTICIA TRANSICIONAL-No puede confundirse la construcción del marco de referencia con la actividad de juzgar a instituciones que no han sido parte de la actuación, como ocurrió en este evento donde se condenó al Estado y a la Alcaldía de Medellín por los crímenes del Bloque Cacique Nutibara/EL CONTEXTO DENTRO DEL MARCO DEL PROCESO DE JUSTICIA TRANSICIONAL -En el presente caso la condena al Estado y a la Alcaldía de Medellín como responsables de las graves violaciones de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario cometidas por el Bloque Cacique Nutibara, es ajena a la justicia transicional porque esa determinación sólo puede adoptarse en los procesos donde esas instituciones sean parte y tengan la oportunidad de defenderse

“ La recurrente no individualizó los medios de convicción irregularmente acopiados y valorados ni consideró que el contexto consignado en la sentencia no tuvo soporte exclusivo en ellos porque se elaboró a partir de las versiones de los postulados, de las víctimas y de los máximos responsables de los grupos organizados al margen de la ley que operaron en la ciudad de Medellín.

Tampoco concretó la trascendencia del yerro ni demostró que el contexto incluido en la sentencia se aleja de lo realmente acontecido, pues no rebatió la tesis del Tribunal según la cual el Bloque Cacique Nutibara surgió a finales de los años noventa como consecuencia de una serie de fenómenos históricos de orden nacional y local, entre ellos, la creación de Coosercom y las Convivir, la promoción por diversos sectores públicos y privados de grupos armados al margen de la ley, la presencia y arraigo del narcotráfico, la existencia de bandas y combos en la ciudad y las relaciones entre paramilitarismo, narcotráfico y estructuras delincuenciales.

De esta manera, no demostró que los sucesos y fenómenos económicos, políticos y sociales descritos en la sentencia para explicar el nacimiento y desarrollo del Bloque Cacique Nutibara se alejaron de la realidad establecida procesalmente, de forma que su reparo quedó como un discurso genérico e indemostrado.

Por demás, el marco de referencia plasmado en la sentencia sobre el origen de los grupos de autodefensas, en términos generales, coincide con el establecido en diversas sentencias confirmadas por esta Corporación. Así mismo, el contexto del Bloque Cacique Nutibara, salvo el acápite 6 (párrafos 167 a 181) que será objeto de examen separado, se observa razonado y sustentado en su gran mayoría en las versiones de los postulados en este y otros trámites, conocidas por el Tribunal porque en procesos separados juzga a los máximos responsables de las estructuras delictivas que operaron en Medellín.

Recuérdese que el contexto constituye una herramienta orientada a establecer la verdad de lo acontecido que busca determinar la génesis de los delitos cometidos en el marco del conflicto interno, sus autores, sus motivos, las prácticas utilizadas, los métodos de financiación, las colaboraciones recibidas, a fin de que salga a la luz pública ese acontecer soterrado que debe exponerse a la comunidad para que se implementen los correctivos necesarios en orden a impedir su reiteración (CSJ SP16258-2015).

En consecuencia, para la construcción del marco de referencia de la estructura al margen de la ley —no para imputar cargos a los postulados— resulta atinado acudir a lo establecido en otras sentencias que han cobrado ejecutoria para precisar el proceder criminal del grupo ilegal y la forma como se gestó el conflicto en esa zona específica de la geografía nacional o, incluso, consultar las versiones rendidas por los máximos responsables sobre los patrones macro criminales desplegados por el grupo, porque fueron los encargados de implementarlos e imponerlos a sus tropas. “

(...)

“ La Corte ha decantado que el contexto es un método de análisis orientado a establecer las causas y motivos del conflicto, el accionar del grupo delictivo, identificar su estructura y a los máximos responsables, así como las redes de apoyo y financiación (CSJ SP16258-2015). Sin embargo, también ha aclarado que no es un escenario ilimitado en el que los funcionarios judiciales puedan declarar la responsabilidad de personas o instituciones no vinculadas debidamente al trámite.

Con mayor razón cuando la justicia transicional no es competente para derivar ese tipo de atribuciones, por cuanto su objeto se circunscribe a juzgar a los postulados por el Gobierno Nacional al proceso de Justicia y Paz garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Y aunque al establecer el contexto se deben reseñar los sucesos que rodearon el nacimiento y funcionamiento del grupo ilegal, incluidos los que develen complicidad de los integrantes de las instituciones públicas, no puede confundirse la construcción del marco de referencia con la actividad de juzgar a instituciones que no han sido parte de la actuación, como ocurrió en este evento donde se condenó al Estado y a la Alcaldía de Medellín por los crímenes del Bloque Cacique Nutibara.

La Ley de Justicia y Paz busca facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual y colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación,

propósito en el cual establece un procedimiento para investigar, procesar, sancionar y otorgar beneficios judiciales a los desmovilizados que sean postulados por el Gobierno Nacional, respecto de los delitos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a esas estructuras delictivas.

El compromiso del Estado por actos cometidos por sus agentes o funcionarios debe definirse ante la jurisdicción contencioso administrativa. Lo contrario, esto es, deducir responsabilidad al Estado en proceso transicional implica desconocer el principio del Juez Natural y el carácter excepcional del trámite transicional.

En tal sentido, la Corte ha advertido lo siguiente:

Con independencia de la responsabilidad que pueda corresponder al Estado por el origen y desarrollo del atroz accionar delictivo de las AUC, este proceso, tramitado al amparo de la Ley 975 del 2005, no puede ser el escenario para juzgarlo e imponerle la carga que se pide, primero, porque respecto del Estado debe cumplirse el mismo lineamiento constitucional atinente a que, previo a condenarlo, se impone llamarlo y vencerlo en juicio, permitiéndole defenderse, y ello no sucedió, ni podía suceder, como que no es esta la jurisdicción en donde puede juzgarse al Estado por los errores cometidos por sus agentes.

Segundo, porque si bien en el marco de la justicia transicional el Estado acude a adoptar medidas de atención, asistencia y reparación a favor de las víctimas, ello en modo alguno implica reconocimiento ni presunción de su responsabilidad (artículo 9º de la ley 1448 del 2011), la cual evidentemente debe postularse y demostrarse ante la jurisdicción respectiva. Por lo mismo, cuando al Estado le corresponda acudir en forma subsidiaria a indemnizar, en atención a la imposibilidad del victimario o del grupo armado ilegal, tal actuación no comporta reconocimiento ni puede presumirse como acto de admisión de responsabilidad estatal (artículo 10 ídem). (CSJ 6/06/12, rad. 38508)

En ese orden, la condena al Estado y a la Alcaldía de Medellín como responsables de las graves violaciones de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario cometidas por el Bloque Cacique Nutibara, es ajena a la justicia transicional porque esa determinación sólo puede adoptarse en los procesos donde esas instituciones sean parte y tengan la oportunidad de defenderse.

A nivel interno es la jurisdicción contencioso-administrativa la encargada de pronunciarse sobre la responsabilidad estatal y en el campo internacional le compete a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya competencia aceptó el Estado colombiano por haber suscrito y posteriormente ratificado la Convención Interamericana de Derechos Humanos a través de la Ley 16 de 1972.

NULIDAD DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA- En el presente caso no es procedente la solicitud dado que el magistrado Rubén Darío Pinilla Cogollo no modificó la sentencia sin autorización de sus compañeros de Sala y, menos aún, otorgó la libertad a los postulados que aún estaban privados de la libertad, pues esa orden no estaba incluida en la adición de voto

“ Es cierto que el doctor Rubén Darío Pinilla Cogollo, magistrado ponente de la sentencia impugnada, suscribió una «adición de voto» en la que expresó su inconformidad con el hecho de que sus compañeros de Sala no hubiesen acogido su pretensión de conceder de oficio la libertad por pena cumplida a los postulados EDGAR ALEXANDER ERAZO GUZMÁN, EDILBERTO DE JESÚS CAÑAS CHAVARRIAGA y JUAN MAURICIO OSPINA BOLÍVAR, a quienes no se había sustituido la medida de aseguramiento, porque «no es razonable y no se ajusta a la Constitución, ni a los pactos e instrumentos internacionales de Derechos Humanos mantener indefinidamente la privación de la libertad de quien, al momento de proferir la sentencia, ya cumplió la pena impuesta».

Sin embargo, no corresponde a la realidad que el funcionario hubiese modificado la sentencia sin autorización de sus compañeros de Sala y, menos aún, otorgado la libertad a los postulados que aún estaban privados de la libertad, pues esa orden no está incluida en la «adición de voto». Por tanto, carece de sustento fáctico el cuestionamiento del Ministerio Público y por ello la Corte denegará su pretensión principal y subsidiaria de declarar inexistente o nula la decisión recurrida por la suscripción y contenido del escrito rubricado por el ponente.

El impugnante omitió considerar que la práctica judicial de Colombia permite a los integrantes de los cuerpos colegiados presentar aclaración y/o salvamento de voto, siendo la primera la expresión de la posición particular de quienes acompañan con su voto la totalidad de las decisiones adoptadas, pero discrepan total o parcialmente de su sustento, mientras que la segunda, el salvamento de voto, «permite a los disidentes de la decisión explicar las razones por las cuales estuvieron en desacuerdo con aquélla, según hubiere quedado planteado a partir de su voto negativo. Cabe agregar que resulta posible expresar un salvamento parcial, en aquellos casos en los que exista disenso solo frente a una parte de lo decidido, o simplemente salvamento (que en tal medida se asumiría como total) cuando quiera que no se comparta ninguna de las decisiones incorporadas en la providencia así aprobada» (C.C. T-345-2014).

En este caso, el ponente optó por denominar como «adición de voto» su desacuerdo con la negativa de sus compañeros de Sala de abordar oficiosamente en la sentencia el tema de la libertad por pena cumplida. Sin embargo, esa opinión personal del magistrado no alteró la sentencia ni tuvo las repercusiones que el censor le atribuye y, por ello, no hay lugar a decretar la nulidad solicitada.

LIBERTAD A PRUEBA DENTRO DEL MARCO DEL PROCESO DE JUSTICIA TRANSICIONAL-No se adquiere automáticamente por el simple paso del tiempo, como ocurre en el proceso penal ordinario, porque el trámite transicional involucra el cumplimiento de otras obligaciones, como la contribución a la reparación integral de las víctimas ordenada y la satisfacción de las cargas impuestas en la sentencia. Reiteración de jurisprudencia

“ Ante la inquietud de la defensa sobre la posibilidad de conceder la libertad a prueba en la sentencia, la Sala reitera el criterio esbozado en anterior oportunidad (CSJ SP17444-2015), acorde con el cual ese derecho no se adquiere automáticamente por el simple paso del tiempo, como ocurre en el proceso penal ordinario, porque el trámite transicional involucra el cumplimiento de otras obligaciones, como la contribución a la reparación integral de las víctimas ordenada y la satisfacción de las cargas impuestas en la sentencia.

En ese orden, la competencia para decidir ese aspecto corresponde a los jueces encargados de la vigilancia y ejecución de la sentencia, puesto que no puede hablarse de la libertad a prueba hasta tanto no cobre ejecutoria el fallo que impone la pena alternativa y las obligaciones inherentes al proceso transicional cuya verificación da lugar justamente al mentado beneficio. “

REQUISITOS DE ELEGIBILIDAD- El tribunal se equivocó al afirmar que los requisitos de elegibilidad, colectivos e individuales, deben examinarse respecto de cualquier procesado cuando se avoca la temática de la exclusión, mientras la concesión de la pena alternativa sólo demanda el estudio de los presupuestos de carácter individual/
REQUISITOS DE ELEGIBILIDAD- Cuando el trámite se adelanta hasta su fase final sin que la Fiscalía solicite la expulsión del postulado, el Tribunal tiene la obligación de constatar el cumplimiento de todas las exigencias legales, incluidos los requisitos de elegibilidad colectivos e individuales, a efectos de determinar si quien se desmovilizó de manera colectiva se hace merecedor de la pena alternativa tal como se desprende del contenido del

artículo 29 de la Ley 975 de 2005/ REQUISITOS DE ELEGIBILIDAD-Para ser acreedor a la pena alternativa no basta con el desmantelamiento del grupo, la entrega de bienes y de los menores de edad reclutados, la liberación de los secuestrados o el cese de su interferencia en el ejercicio de los derechos políticos, pues también se debe corroborar el compromiso individual del postulado con el proceso transicional constatando que cesó toda actividad delictiva, suministró versiones completas y veraces y entregó bienes para la reparación de las víctimas, entre otras obligaciones adquiridas al vincularse al trámite transicional/ REQUISITOS DE ELEGIBILIDAD-En el presente caso los postulados juzgados en esta actuación no fueron líderes o máximos responsables de esa estructura delictiva y no tenían la posibilidad de disponer de las condiciones en que se produjo la desactivación del grupo, no es viable derivarles consecuencias negativas por las desviaciones, inconsistencias o irregularidades mencionadas por la primera instancia, la cuales, además, no fueron objeto de debate en este proceso

Los requisitos de elegibilidad colectivos están definidos en artículo 11 de la Ley 975 de 2005:

- 10.1 Que el grupo armado organizado de que se trata se haya desmovilizado y desmantelado en cumplimiento del acuerdo con el Gobierno Nacional.
- 10.2 Que se entreguen los bienes producto de la actividad ilegal.
- 10.3 Que el grupo ponga a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la totalidad de menores de edad reclutados.
- 10.4 Que el grupo cese toda interferencia al libre ejercicio de los derechos políticos y libertades públicas y cualquier otra actividad ilícita.
- 10.5 Que el grupo no se haya organizado para el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito.
- 10.6 Que se liberen a las personas secuestradas, que se hallen en su poder.

Las exigencias de elegibilidad para la dejación de armas individual, según el artículo 11, son las siguientes:

- 11.1 Que entregue información o colabore con el desmantelamiento del grupo al que pertenecía.
- 11.2. Que haya suscrito un acta de compromiso con el Gobierno Nacional.
- 11.3. Que se haya desmovilizado y dejado las armas en los términos establecidos por el Gobierno Nacional para tal efecto.
- 11.4. Que cese toda actividad ilícita.
- 11.5. Que entregue los bienes producto de la actividad ilegal, para que se repare a la víctima.

La dejación de armas y la incorporación al proceso de Justicia y Paz pueden originarse en una decisión colectiva, como la surgida de los acuerdos del Gobierno Nacional con los grupos paramilitares, o en una individual, como la adoptada por integrantes de grupos organizados al margen de la ley que a lo largo de los años se han ido integrando al proceso transicional por la postulación efectuada por el Gobierno Nacional en los eventos en que el grupo al que pertenecieron no pactó con el Estado (por ej. guerrilla), desapareció (por ej. algunos frentes guerrilleros del EPL) o no fue incluido en el listado elaborado por el representante del grupo paramilitar, pero se demostró que perteneció al mismo y contribuyó a su desarticulación.

Acorde con el artículo 72 de la Ley 975 de 2005¹, desmovilizado individual es aquél «cuyo acto de desmovilización sea certificado por el Comité Operativo para la Dejación de las Armas (CODA)» en contraposición con el desmovilizado colectivamente que según el artículo 10 del mismo estatuto es el que «se encuentre en listado que el

Gobierno Nacional remita a la Fiscalía General de la Nación» y reúna las condiciones allí previstas (CSJ SP5198 de 2014).

No sobra precisar que el parágrafo del citado artículo permitió a los miembros del grupo organizado al margen de la ley, privados de la libertad al momento de la desmovilización colectiva, acceder a los beneficios de Justicia y Paz siempre y cuando el representante del grupo certificara su pertenencia a la organización y el interesado manifestara por escrito, bajo la gravedad del juramento al Alto comisionado para la Paz, su pretensión de ingresar al proceso y cumplir con las obligaciones previstas en la ley, hipótesis regulada en el Decreto 4719 de 2008.

Como se dijo, el Tribunal coligió que los requisitos de elegibilidad, colectivos e individuales, deben examinarse respecto de cualquier procesado cuando se avoca la temática de la exclusión, mientras la concesión de la pena alternativa sólo demanda el estudio de los presupuestos de carácter individual.

Esa postura es equivocada porque cuando el trámite se adelanta hasta su fase final sin que la Fiscalía solicite la expulsión del postulado, el Tribunal tiene la obligación de constatar el cumplimiento de todas las exigencias legales, incluidos los requisitos de elegibilidad colectivos e individuales, a efectos de determinar si quien se desmovilizó de manera colectiva se hace merecedor de la pena alternativa tal como se desprende del contenido del artículo 29 de la Ley 975 de 2005.

Para acceder a dicho beneficio punitivo no basta con el desmantelamiento del grupo, la entrega de bienes y de los menores de edad reclutados, la liberación de los secuestrados o el cese de su interferencia en el ejercicio de los derechos políticos, pues también se debe corroborar el compromiso individual del postulado con el proceso transicional constatando que cesó toda actividad delictiva, suministró versiones completas y veraces y entregó bienes para la reparación de las víctimas, entre otras obligaciones adquiridas al vincularse al trámite transicional.

En tal sentido, los aquí postulados manifestaron por escrito al Alto Comisionado para la Paz y/o a la Fiscalía General de la Nación su voluntad de acogerse al procedimiento y beneficios de la Ley de Justicia y Paz y bajo la gravedad del juramento ratificaron el «compromiso de cumplir con los requisitos previstos en los artículos 10 y 11»² de la Ley 975 de 2005.

En consecuencia, la afirmación del Tribunal según la cual sólo se deben revisar los requisitos de elegibilidad de carácter individual para conceder la pena alternativa es equivocada porque desconoce la naturaleza de la desmovilización concretada por los postulados y omite el mandato del artículo 29 del estatuto transicional que impone revisar todas las exigencias allí establecidas.

No resulta admisible entonces que el grupo cumpla con los requisitos de elegibilidad, pero el postulado desmovilizado en forma colectiva continúe delinquirando, se niegue a rendir versiones fidedignas o no entregue bienes para la reparación de las víctimas, si los tuviere. Si procede de esa manera, debe ser excluido del trámite con independencia del tipo de desmovilización concretada, tal como lo señala el artículo 11 A de la Ley 975 de 2005.

Pues bien, aunque el Tribunal consideró innecesario examinar los requisitos de elegibilidad colectivos para conceder la pena alternativa, en la práctica sí los estudió y llegó a la conclusión de que no se reunían, situación que le imponía abstenerse de dictar sentencia y ordenar la devolución del expediente a la Fiscalía. Sin embargo, de manera equívoca, contradictoria e ilógica, dictó el fallo y concedió la pena alternativa en contravía de sus propias conclusiones.

¹ Modificado por el canon 36 de la Ley 1592 de 2012.

² Cfr. Carpetas de requisitos de elegibilidad de cada uno de los postulados.

A pesar de esa ambivalente argumentación, no es procedente decretar la nulidad de la actuación porque la falencia se supera examinando las razones suministradas para señalar la ausencia de dichos requisitos, que fueron consignadas en la decisión del 4 de septiembre de 2013 y ratificadas en la sentencia apelada. “

(...)

“ La Corte encuentra que los postulados sí reúnen las citadas exigencias porque el Bloque Cacique Nutibara el 23 de noviembre de 2003 desmovilizó a 870 integrantes, según lo certificó el Alto Comisionado para la Paz al enviar el listado de integrantes del grupo a la Fiscalía General de la Nación, oportunidad en la que entregó, entre otros, 128 fusiles y dejó a disposición del ICBF a los menores reclutados.

Y aunque el Tribunal adujo que no se desmovilizaron todos sus integrantes porque a los pocos días la mayor parte de ellos pasaron a conformar el Bloque Héroes de Granada creado por Diego Fernando Murillo Bejarano, de ser cierta esa circunstancia, no es atribuible a CAÑAS CHAVARRIAGA, CARDONA CARDONA, CHICA ATEHORTÚA, ERAZO GUZMÁN, MEJÍA OCAMPO, OSPINA BOLÍVAR y VIASUS TORRES porque no eran máximos responsables sino patrulleros encargados de ejecutar las órdenes impartidas por los cabecillas y no tenían el control de la actuación del grupo ni trazaban sus políticas y líneas de acción.

Igual razón cabe frente a la crítica relacionada con que sólo entregaron 128 de los más de 600 fusiles que el Tribunal presume debían tener porque esa afirmación no se apoya en pruebas legalmente aportadas sino en inferencias que no socavan la tesis de la Fiscalía según la cual no todos los miembros de la organización usaban armas.

Los cuestionamientos relativos a que el grupo no restituyó 176 inmuebles de familias desplazadas, continuó interfiriendo en el libre ejercicio de los derechos políticos y libertades públicas a través de la Corporación Democracia y no informó la suerte de los 1663 casos de desaparecidos ocurridos en Medellín en vigencia de la Ley 906 de 2004, que el Tribunal presume fueron cometidos por el Bloque Cacique Nutibara porque controlaba las comunas, no pueden imputarse a los postulados por cuanto no tenían la posibilidad de adoptar esas determinaciones en atención a su rango en la organización.

Dichos reparos, dirigidos a los máximos responsables del Bloque Cacique Nutibara, deben debatirse y demostrarse en el proceso seguido contra Diego Fernando Murillo Bejarano, alias «Don Berna», en su condición de jefe de la estructura delictiva, y en los trámites adelantados contra sus otros dirigentes.

Entonces, como los postulados juzgados en esta actuación no fueron líderes o máximos responsables de esa estructura delictiva y no tenían la posibilidad de disponer de las condiciones en que se produjo la desactivación del grupo, no es viable derivarles consecuencias negativas por las desviaciones, inconsistencias o irregularidades mencionadas por la primera instancia, la cuales, además, no fueron objeto de debate en este proceso.

Obviamente, a los comandantes de los grupos armados al margen de la ley sí les son atribuibles las deficiencias en el proceso de desmovilización colectiva por cuanto eran los encargados de concretar de buena fe los compromisos pactados con el Gobierno Nacional, pues como se afirmó en la exposición de motivos de la Ley 975 de 2005, los líderes sólo pueden acceder a los beneficios transicionales cuando efectivamente desmantelen el grupo y cumplan las exigencias legales porque «la suerte del jefe o líder del grupo criminal depende de que en realidad logre desmantelar o desmovilizar al grupo que ayudó a crear»³.

³ Cfr. Gaceta del Congreso No. 27 del 4 de febrero de 2005.

SALA DE JUSTICIA Y PAZ DEL TRIBUNAL- La condición de delitos cometidos durante y con ocasión del conflicto armado no es suficiente para habilitar la competencia de la jurisdicción transicional para emitir la sentencia ordinaria/SALA DE JUSTICIA Y PAZ DEL TRIBUNAL- No pueden excluir de oficio a los postulados. Reiteración de jurisprudencia/ SALA DE JUSTICIA Y PAZ DEL TRIBUNAL- Excepcionalmente puede excluir de oficio a los postulados en aquellos casos cuando se llegó al final del proceso y la Fiscalía solicitó conceder la pena alternativa, pero objetivamente se estableció la ausencia de las exigencias para otorgar el beneficio punitivo/ En el presente caso la Corte revocará la sentencia ordinaria decretada por el tribunal, para en su lugar excluir del proceso de justicia y paz al postulado/ SALA DE JUSTICIA Y PAZ DEL TRIBUNAL- No es competente para imponer órdenes a los demás órganos del poder público

“ La Corte debe resolver si la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, al concluir la audiencia concentrada, puede emitir sentencia y tasar la pena ordinaria aún si encuentra que el postulado no reúne los requisitos para acceder a la pena alternativa o si, por el contrario, debe excluir al postulado y remitir la actuación a la justicia permanente para que reactive los procesos suspendidos y/o inicie las investigaciones a que haya lugar, según sea el caso.

Lo anterior porque el Tribunal emitió sentencia ordinaria contra MAURO ALEXANDER MEJÍA OCAMPO y le negó la pena alternativa, decisión que el agente del Ministerio Público consideró improcedente.

Pues bien, la determinación del Tribunal desconoce que la jurisdicción transicional está instituida para procesar y juzgar de manera exclusiva a los desmovilizados que voluntariamente ingresaron al trámite regulado por la Ley de Justicia y Paz, que cumplen todas las obligaciones propias de dicho sistema normativo y permanecen firmes hasta el final en su propósito de enmienda. De igual forma omite considerar que cuando los postulados quebrantan su promesa de respetar las obligaciones adquiridas, deben ser expulsados del trámite transicional a efectos de que la justicia ordinaria los investigue y juzgue.

La condición de delitos cometidos durante y con ocasión del conflicto armado no es suficiente para habilitar la competencia de la jurisdicción transicional para emitir la sentencia ordinaria. Si ello fuera así bastaría con el ingreso al trámite de Justicia y Paz para que la Sala de Conocimiento dictara sentencia, con independencia de que el postulado cumpliera o no con las exigencias para acceder a la pena alternativa y, además, no existiría el instituto de exclusión consagrado en el artículo 11A de la Ley 975 de 2005 porque en cualquier evento sería imperativo fallar el caso.

Si de antemano se sabe que el postulado no es acreedor a la pena alternativa, indulgencia en virtud a la cual se sometió a un procedimiento excepcional donde necesariamente será condenado con base en su confesión, resulta desproporcionado y violatorio de sus garantías fundamentales —juez natural, debido proceso, derecho de defensa y de contradicción— continuar con el proceso transicional y condenarlo a la pena ordinaria privándolo de desplegar todas las acciones defensivas propias de la justicia permanente.

(...)

“ En anteriores oportunidades la Sala señaló que los Tribunales no pueden excluir de oficio a los postulados (CSJ AP4085-2014, AP2578-2015, entre otras), criterio que continúa vigente tratándose de la figura contemplada en el artículo 11 A de la Ley 975 de 2005, pero que no aplica para eventos como el examinado, donde se llegó al final del proceso y la Fiscalía solicitó conceder la pena alternativa, pero objetivamente se estableció la ausencia de las exigencias para otorgar el beneficio punitivo.

En este único evento, los Tribunales de Justicia y Paz se encuentran habilitados para excluir del proceso al postulado que incumplió las obligaciones adquiridas con el proceso transicional, solución que evita el desgaste judicial que implicaría ordenar a la Fiscalía adelantar el trámite correspondiente, con mayor razón cuando esa entidad consideró satisfechos los requisitos para emitir el correspondiente fallo.

Así las cosas, pese a la inconsistencia lógica planteada en la sentencia, se materializó la obligación impuesta en los artículos 24 y 29 de la Ley 975 de 2005 a las Salas de Justicia y Paz de los Tribunales de conceder la pena alternativa única y exclusivamente cuando corroboren el cumplimiento de la totalidad de las condiciones previstas en la ley. "

(...)

El Tribunal negó la pena alternativa a MAURO ALEXANDER MEJÍA OCAMPO porque después de su desmovilización faltó a su compromiso con la verdad y continuó delinquiendo.

Lo primero porque se reservó delitos como el homicidio de Alonso Tabares, la amenaza al hijo de una testigo, la utilización de menores de edad para la realización de los delitos y el despojo de las pertenencias de José Alfredo Acevedo Bustamante. Así mismo, por cuanto faltó a la verdad en el caso del atentado contra Luz Mery de Jesús Diosa, su esposo Pedro Luis Restrepo Loaiza y su hijo Mauricio Restrepo Diosa al proclamar que ejecutó el homicidio de este último en legítima defensa putativa, ocultar a los demás partícipes y omitir el intento de despojo de la vivienda y el abuso sexual de Marcela Viviana Abad.

Lo segundo por cuanto MEJÍA OCAMPO luego de su desmovilización continuó identificándose con una cédula de ciudadanía falsa y porque el 19 de marzo de 2010 fue condenado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Medellín, junto con otras personas, por el delito de concierto para delinquir agravado respecto del accionar delictivo de la banda «La Unión» en la Central Mayorista de Itagüí.

Los reproches relativos a la omisión de confesar hechos punibles y a la falta de veracidad de las circunstancias en que cometió algunos delitos no se encuentran acreditados porque sólo recogen la percepción aislada y sin corroboración de algunas víctimas sobre el proceder del postulado, así como las conjeturas del Tribunal sobre la posible comisión de otros delitos que no quiso develar.

Con todo, el reproche relativo al uso de documento público falso por parte de MAURO ALEXANDER MEJÍA OCAMPO con posterioridad a su desmovilización, concretada de manera colectiva el 25 de noviembre de 2003, sí fue constatado en el proceso. En efecto, acorde con el informe 310 del 9 de mayo de 2012 rendido por el investigador de campo designado por la Fiscalía —carpeta No. 417481—, el postulado «laboró con el programa «Manejo del Árbol Urbano...de Itagüí» por medio de contrato de trabajo» en el año 2005 bajo la identidad de Nelson Albeiro Ceballos Galeano, C.C. 98.626.001 y con ese nombre se vinculó al sistema de riesgos profesionales y a la entidad prestadora de salud, documentación que fue aportada al proceso.

Aún más, el mismo postulado ratificó esa situación cuando expresó en la versión libre del 21 de junio de 2011 que «esta falsedad empezó en febrero de 2002, con esa duré como cuatro meses hasta que «Alex cuñado» me manda hacer una cédula con esos mismos datos pero original, me la hace llegar con «Pomponio» y esa la utilicé hasta el día de mi captura». Y su aprehensión se concretó el 20 de marzo de 2006 a efectos de cumplir la pena impuesta en la sentencia del 31 de octubre de 2003 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí, relacionada con el homicidio de Mauricio Restrepo Diosa.

Entonces, aunque en su versión el postulado no faltó, sí infringió la obligación adquirida al momento de su desmovilización de no continuar en la actividad delictiva por cuanto usó una identidad falsa por un lapso superior a dos años después de la dejación de armas, en desmedro del requisito de elegibilidad consagrado en el artículo 11.4 de la Ley 975 de 2005.

Adicionalmente, la sentencia proferida el 19 de marzo de 2010 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Medellín contra el postulado y otras personas más por el delito de concierto para delinquir informa que MEJÍA OCAMPO, como integrante de la banda «La Unión», delinquiró con posterioridad a su desmovilización acaecida el 25 de noviembre de 2003, pues aunque la narración de los hechos allí juzgados no incluye fechas exactas, la investigación se originó en informes de policía de octubre de 2.006 y marzo de 2.007 que describen las actividades delincuenciales desplegadas por el grupo delictivo en la Central Mayorista de Itagüí en los años inmediatamente anteriores.

Siendo ello así, se constató el incumplimiento de ese requisito de elegibilidad, lo cual imposibilita su acceso a la pena alternativa porque devela que la voluntad del postulado no se orientó a respetar la ley, como debía hacerlo.

En consecuencia, la Corte confirmará la decisión del Tribunal de negar a MAURO ALEXANDER MEJÍA OCAMPO la pena alternativa. Sin embargo, por las razones expuestas en el acápite anterior, revocará la sentencia ordinaria impuesta por la primera instancia y, en su lugar, dispondrá la exclusión del postulado del trámite transicional y la ruptura de la unidad procesal para que la Fiscalía continúe o inicie los procesos por los hechos delictivos atribuidos en este trámite. "

(...)

" La reparación integral como derecho esencial de las víctimas comporta la adopción de medidas tendientes a garantizar i) la restitución, entendida como la posibilidad de devolver a la víctima a la situación anterior al daño padecido; ii) la indemnización o pago del valor de los perjuicios morales, materiales y de la vida de relación irrogados; iii) la rehabilitación orientada a recuperar a las víctimas de las secuelas físicas y psicológicas derivadas de los delitos cometidos; iv) la satisfacción o compensación moral dirigida a restaurar la dignidad de la víctima y a divulgar lo acontecido y, v) la garantía de no repetición que incluye la desmovilización, desarme, reinserción, desmonte de las organizaciones delictivas y prohibición, en todas sus formas y expresiones, de la conformación de grupos armados organizados al margen de la ley (CSJ, 27/04/11, rad. 34547).

Las medidas de satisfacción se orientan a restaurar la dignidad de las víctimas y a divulgar los fenómenos que originaron los crímenes padecidos por ellas, como forma de compensación moral. Siendo ello así, la condena contra el Estado y la Alcaldía de Medellín y la orden de que pidan perdón no encajan dentro de las acciones que los Tribunales de Justicia y Paz pueden disponer para reparar moralmente a los afectados y, por ello, la Corte debe revocarlas a efectos de restaurar la legalidad y el debido proceso, tal como se reseñó en el capítulo anterior.

El precedente citado por el Tribunal distinguió entre medidas de satisfacción y de reparación simbólica, según lo dispuesto en los apartados 49.4, 49.6 y 49.8 de la Ley 975 de 2005 y aclaró que las primeras se concretan a través de exhortaciones y las segundas mediante órdenes. Allí mismo precisó que las de carácter simbólico se refieren al «aseguramiento de la memoria histórica, aceptación pública de la comisión de delitos, perdón difundido y restablecimiento de la dignidad de las víctimas, v. gr. la construcción de camposantos, de monumentos o la colocación de placas en sitios especiales» y sólo respecto de ellas sería posible emitir órdenes. Siendo ello así, declarar responsable al Estado y a la Alcaldía de Medellín y ordenar que en ceremonias públicas pidan perdón no constituyen medidas de satisfacción en los términos de la jurisprudencia mencionada.

Además, la normativa en que la Corte fincó esa distinción fue derogada por el artículo 41 de la Ley 1592 del 3 de diciembre de 2012, de manera que no podían utilizarse por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal de Medellín para impartir órdenes a otras ramas del poder público.

Con mayor razón cuando continúa vigente el criterio según el cual la única forma de conciliar el principio democrático de separación de poderes adoptado en la Constitución Política, los derechos de las víctimas y las facultades de las autoridades judiciales dentro del régimen transicional de Justicia y Paz, en los eventos en que la reparación involucra a entidades del Estado del orden nacional, departamental o municipal, es exhortándolas a cumplir las medidas dispuestas por los Tribunales de Justicia y Paz.

La lectura sesgada del precedente, así como la omisión de considerar que los artículos 48 y 49 de la Ley 975 de 2005 no tienen vigencia desde el 3 de diciembre de 2012, llevaron al Tribunal a emitir órdenes y no exhortaciones, con lo cual desbordó su competencia.

Por lo anterior, la Corte modificará los numerales 25 y 29 de la parte resolutive del fallo impugnado en el sentido de que todas aquellas medidas de satisfacción y no repetición por medio de las cuales se imparten órdenes a las diversas autoridades estatales se deben entender como exhortaciones para su cumplimiento, con excepción de la condena al Estado y a la Alcaldía de Medellín y el mandato de pedir perdón, las cuales serán revocadas.

PATRONES DE MACRO CRIMINALIDAD- Los servidores públicos que intervienen en el trámite transicional «dispondrán lo necesario para que se asegure el esclarecimiento de la verdad sobre el patrón de macro criminalidad en el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley y se pueda develar los contextos, las causas y motivos del mismo/ **PATRONES DE MACRO CRIMINALIDAD-Resulta imperativo para la Fiscalía y las Salas de Conocimiento, en aras de materializar las garantías de verdad y no repetición, establecer el contexto, las causas, consecuencias y patrones macro criminales que propiciaron la violación generalizada y masiva de los derechos humanos por parte de los diversos grupos armados que dejaron las armas como consecuencia de los pactos con el Gobierno Nacional**

“ El representante del Ministerio Público pidió anular la sentencia bajo el argumento de que la primera instancia se pronunció sobre hechos delictivos que no fueron perpetrados por los siete postulados involucrados en este proceso, como los acaecidos en la comuna 13 y «La Escombrera», materializados por otros integrantes del Bloque Cacique Nutibara, contra quienes se adelantan los respectivos procesos, escenario donde debe debatirse su configuración y responsabilidad.

Consideraciones de la Sala:

En el capítulo correspondiente a los patrones de criminalidad del Bloque Cacique Nutibara, el Tribunal develó que esa estructura criminal, de manera sistemática y generalizada, utilizó la desaparición forzada como forma de aterrorizar a la población y ejercer dominio sobre ella sin aumentar los índices de homicidios de la ciudad — párrafos 189 a 196 del fallo —, en apoyo de lo cual describió lo ocurrido en el sitio denominado «La Escombrera» de la siguiente manera:

192. De acuerdo a la evidencia, el Bloque Cacique Nutibara tuvo por lo menos 3 bases estratégicas en la comuna 13 ubicadas en el Alto de Bellavista “El Cebolla”, el Alto de la 43 o el sector del Morro, desde donde controlaban los barrios Las Margaritas, Vallejuelos y Juan 23, La Escombrera y La Arenera, en las cuales, conforme a la evidencia de que dispone la Sala, se encuentran los cuerpos de unos 300 jóvenes desaparecidos por el Bloque Cacique Nutibara.

La ESA Escombros Sólidos Adecuados Ltda, antes Agregados San Javier, inició su explotación en el año 2.000 y tenía por

objeto la industrialización y comercialización de materiales pétreos. Las Empresas Varias de Medellín también utilizaron los sectores de La Arenera y La Escombrera para depositar escombros. El Bloque Cacique Nutibara se instaló en dicho lugar y no sólo lo utilizaron como base, sino que allí enterraron a sus víctimas y están sepultadas bajo cantidades de escombros. Sólo recientemente, y a raíz de la decisión de esta Sala del 4 de septiembre de 2.013, las autoridades competentes han tomado medidas para ponerle fin a esa condición, pero antes hubo una indiferencia que constituye una afrenta a los derechos de las víctimas a la reparación, más si el Estado y las autoridades de la ciudad de Medellín son responsables de esa situación por acción u omisión.

Posteriormente, en el acápite de las medidas de satisfacción (párrafos 843 a 846), ordenó a las autoridades competentes suspender el vertimiento de escombros y desechos en el citado lugar, realizar las tareas necesarias para encontrar los cuerpos inhumados ilegalmente y construir un memorial para rescatar y honrar la memoria de las víctimas de desaparición forzada de la comuna 13 de Medellín.

Es cierto entonces que la primera instancia se refirió a diversos hechos delictivos que no fueron cometidos directamente por CAÑAS CHAVARRIAGA, CARDONA CARDONA, CHICA ATEHORTÚA, ERAZO GUZMÁN, MEJÍA OCAMPO, OSPINA BOLÍVAR y VIASUS TORRES sino por la estructura delictiva a la cual pertenecieron. Sin embargo, esa mención se hizo dentro del acápite de los patrones macro criminales desplegados por el Bloque Cacique Nutibara, por manera que el Tribunal no los atribuyó a los postulados sino que los utilizó para contextualizar la organización ilícita a la que pertenecieron, su proceder y modus operandi, como lo exige la normatividad transicional vigente.

El artículo 15 de la Ley 975 de 2005 establece que los servidores públicos que intervienen en el trámite transicional «dispondrán lo necesario para que se asegure el esclarecimiento de la verdad sobre el patrón de macro criminalidad en el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley y se pueda develar los contextos, las causas y motivos del mismo», lo cual significa que en el trámite transicional no es viable investigar y juzgar los delitos de forma individual y aislada, como si no tuviesen ninguna concatenación. Por el contrario, resulta imperativo para la Fiscalía y las Salas de Conocimiento, en aras de materializar las garantías de verdad y no repetición, establecer el contexto, las causas, consecuencias y patrones macro criminales que propiciaron la violación generalizada y masiva de los derechos humanos por parte de los diversos grupos armados que dejaron las armas como consecuencia de los pactos con el Gobierno Nacional.

En ese orden, ninguna irregularidad configura el contextualizar el accionar del Bloque Cacique Nutibara y reseñar los patrones macro criminales desplegados porque es claro que ese proceder se ajusta al mandato legal transcrito y propende por develar lo realmente acontecido.

Y aunque los aquí postulados no fueron máximos responsables del Bloque Cacique Nutibara, sí formaron parte de él y resulta necesario saber cómo funcionaba esa estructura ilegal para comprender que los crímenes imputados no obedecieron a motivaciones individuales o impulsos particulares sino a la existencia de una organización jerarquizada que tenía políticas y objetivos precisos.

Analizar de manera aislada los delitos que cada postulado confesó, como lo propone el Ministerio Público, conlleva desconocer la naturaleza del trámite transicional, sus objetivos y propósitos e impide conocer la verdad de lo ocurrido en el marco del conflicto armado. También soslaya el deber de establecer el grado de responsabilidad de los integrantes del grupo armado organizado al margen de la ley, de sus colaboradores y financiadores.

Las medidas orientadas a que no se arrojen más desechos a «La Escombrera», buscar a los allí inhumados y construir un

monumento para honrar su memoria, no son irregulares en tanto el Bloque Cacique Nutibara es responsable de múltiples desapariciones y el Tribunal puede y debe adoptar las medidas que redunden en la búsqueda de los cuerpos con independencia de que los aquí postulados no hubiesen sido los autores de esos delitos, aunque sí la estructura delictiva a la que pertenecieron. “

LAS CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA, HOY LLAMADAS DE MAYOR PUNIBILIDAD, ESPECÍFICAS O GENÉRICAS, DEBEN APARECER IMPUTADAS FÁCTICA Y JURÍDICAMENTE EN LA ACUSACIÓN PARA SER ATENDIDAS EN EL FALLO AL MOMENTO DE DOSIFICAR LA PENA CORRESPONDIENTE, COMO GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA-Reiteración de jurisprudencia

“ La Fiscalía, el Ministerio Público y la Defensa cuestionaron la determinación del Tribunal de incluir oficiosamente en la tasación punitiva varias circunstancias de mayor punibilidad que no fueron atribuidas a los postulados en la formulación de cargos por cuanto afectó el principio de congruencia y el derecho de defensa. En razón a ello, los dos primeros recurrentes solicitaron decretar la nulidad parcial del fallo y el tercero pidió fijar la pena nuevamente excluyendo dichas circunstancias. “

(...)

“ Con fundamento en dichos razonamiento tasó la pena ordinaria respecto de cada postulado a partir de los cuartos medios, considerando las citadas circunstancias de mayor punibilidad y las de menor punibilidad relacionadas con la carencia de antecedentes al momento de cometer el delito, la presentación voluntaria a las autoridades y el deseo de reparar los daños causados.

Obviamente, según las reglas del artículo 61 de la Ley 599 de 2000, si hubiese atendido la formulación de cargos, que no incluía circunstancias de mayor o menor punibilidad, habría tenido que fijar la pena dentro del primer cuarto de movilidad punitiva.

Pues bien, la Corte ha señalado pacífica e insistentemente desde la sentencia proferida por la Sala el 23 de septiembre de 2003, radicado 16.320, que las circunstancias de agravación punitiva, hoy llamadas de mayor punibilidad, específicas o genéricas, deben aparecer imputadas fáctica y jurídicamente en la acusación para ser atendidas en el fallo al momento de dosificar la pena correspondiente, como garantía del principio de congruencia.

En efecto, de acuerdo con la normatividad sustancial y procesal aplicable al caso, debe existir congruencia entre la acusación o su equivalente y la sentencia en los aspectos personal, fáctico —hechos y circunstancias— y jurídico, porque si uno de ellos no guarda identidad, se quebrantan las bases fundamentales del proceso y se vulnera el derecho de defensa, en tanto el procesado no puede ser sorprendido con imputaciones que no fueron incluidas en la acusación ni se le pueden desconocer aquellas condiciones favorables que redunden en la determinación de la pena.

Y aunque el Tribunal citó el precedente fundacional de la línea argumentativa expuesta, lo interpretó sin considerar que en él se enfatiza que no basta cualquier mención de un hecho susceptible de encajar en una situación de mayor punibilidad, pues se requiere que la imputación jurídica esté inequívocamente incluida en la acusación.

Al revisar la formulación de acusación realizada por la Fiscalía frente a cada postulado, la Corte constató que no incluyó ningún evento de mayor punibilidad, ni en la descripción fáctica, ni en la imputación jurídica ni contiene referencias específicas al tema. Aún más, el Tribunal reconoció esa situación cuando afirmó que «la Fiscalía no imputó circunstancias de mayor punibilidad en ninguno de los delitos».

Sin embargo, en contravía de esa evidencia dedujo oficiosamente, sin estar facultado para ello, circunstancias no atribuidas por la Fiscalía, con lo cual vulneró el debido proceso, el principio de congruencia y el derecho de defensa de los procesados. “

(...)

“ Es cierto que en el trámite transicional, de acuerdo a los precedentes de esta Corporación — Rad. 33301 del 11/03/10— y de la Corte Constitucional — C-370 de 2006—, «la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, no puede limitarse a la de simple avalista de los cargos presentados por la fiscalía y aceptados por el postulado» y por ello puede modificarlos para ajustarlos a la verdad de lo acontecido. Sin embargo, acorde con esos pronunciamientos, ello es posible cuando se ha discutido el tema en la audiencia de formulación de acusación y se ha habilitado un espacio para que el postulado manifieste, con asistencia letrada, su aceptación voluntaria, libre, espontánea de los cargos corregidos, condiciones que en este evento no se cumplieron e impiden avalar la modificación unilateral efectuada por la primera instancia.

Con mayor razón cuando el control material no faculta a la Sala de Conocimiento para atribuir otros hechos punibles no imputados por el ente acusador porque «la titularidad de la acción penal en el modelo de justicia transicional implementado por la Ley 975 de 2005, radica exclusivamente en la Fiscalía General de la Nación. De ahí que no puedan la judicatura ni las demás partes o intervinientes, formular o agregar cargos y delitos a su amañó» (CSJ 7/11/12, rad. 39472; 18/04/12, rad. 38526; 17/10/12, rad. 39269).

Entonces, la Sala de Justicia y Paz agregó circunstancias de mayor punibilidad no imputadas expresamente a cada postulado, lo cual comportó que se ubicara en los cuartos medios de movilidad para establecer los límites mínimos y máximos de la pena correspondiente. Esa situación vulnera las garantías procesales de los postulados porque al realizar el proceso de individualización de la sanción el Tribunal desbordó el marco de la imputación jurídica contenido en la formulación de acusación al fijar una sanción superior a la que en derecho correspondía.

Para remediar esa irregularidad no es necesario anular la actuación como demandan la Fiscalía y el Ministerio Público porque la falencia se supera realizando una nueva tasación punitiva que excluya las circunstancias deducidas de forma oficiosa. Esta solución es menos gravosa para la actuación, que data de hace más de 8 años, y salvaguarda los derechos de la sociedad y de las víctimas a la verdad, justicia y reparación.

No sobra precisar que la variación de la tipificación de los hechos atribuidos a los postulados de delitos comunes a delitos contra bienes y personas protegidos por el Derecho Internacional Humanitario no obedece a la posibilidad de la Sala de Conocimiento de modificar a su arbitrio los cargos formulados sino al cumplimiento del precedente jurisprudencial consolidado, según el cual «las graves conductas cometidas por los paramilitares deben enmarcarse, primordialmente, dentro del contexto de crímenes de lesa humanidad, pues el ataque perpetrado contra la población civil adquirió tales dimensiones de generalidad y sistematicidad, que alteró de manera significativa el orden mínimo de civilidad, implicando el desconocimiento de principios fundantes del orden social imperante» (CSJ 21/09/09, rad. 32022).

En este caso el cambio en la denominación del tipo penal efectuado por el Tribunal —de homicidio agravado a homicidio en persona protegida, de secuestro a detención ilegal y privación del debido proceso, de hurto a destrucción y apropiación de bienes protegidos o despojo en el campo de batalla— no tuvo efectos en la dosificación punitiva porque la sentencia tuvo en cuenta la pena vigente al momento de la comisión de la conducta delictiva en atención al principio de favorabilidad.

Antes de rehacer la cuantificación punitiva, conviene precisar a la defensa, dada su solicitud orientada a que la sanción ordinaria se tase reconociendo las rebajas por confesión y aceptación de cargos ante la eventualidad de que la pena alternativa pueda revocarse, que el proceso transicional no contempla la posibilidad de conceder esas figuras jurídicas, dada su disímil naturaleza respecto del procedimiento ordinario.

En tal sentido, la Corte se ha referido al tema de la siguiente manera (CSJ, 27/04/11, rad. 34547):

De modo, pues, que la referencia en la Ley 975 de 2005 a los criterios establecidos en la ley penal para tasar la sanción y la consagración en la primera de esas disposiciones del principio de complementariedad no implica, per se, que el postulado tenga derecho a obtener rebaja por razón de mecanismos posdelictuales previstos en la legislación ordinaria.

En ese sentido, se advierte cómo la aceptación de cargos, la confesión y la colaboración con la justicia regulados en la Ley de Justicia y Paz se estructuran sobre bases distintas a las establecidas en la Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004.

Sobre el particular, es necesario tener en cuenta que el acceso a la justicia transicional reviste carácter voluntario, en el sentido de que a sus trámites solamente ingresan quienes, haciendo parte de grupos armados al margen de la ley, así lo manifiestan. Pero una vez allí, su permanencia depende de que confiesen integralmente sus delitos, colaboren eficazmente con la justicia y acepten los cargos. Si no lo hacen saldrán de inmediato de dicho marco y serán procesados por la justicia ordinaria. (...)

Como se observa, la confesión, aceptación de cargos y colaboración con la justicia son de la esencia del esquema diseñado en la Ley 975 de 2005, de manera que sin su presencia no habrá lugar a la aplicación de sus trámites. En cambio, en los procedimientos penales ordinarios tales mecanismos son eventuales, en forma que de su concurrencia no depende la continuación del trámite.

Si lo anterior es así, resulta improcedente que dentro de la determinación de la pena ordinaria que se impone en el marco de la Ley 975 de 2000, se pretenda la aplicación de beneficios propios de las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004. Para que esto ocurra, será necesario que el procesado haya sido investigado y juzgado conforme a los trámites regulados en dichas codificaciones. Como esa situación no acontece en el presente caso, la solicitud en tal sentido de los defensores debe despacharse negativamente.

La inclusión oficiosa del Tribunal de las circunstancias de mayor punibilidad 2 —motivo abyecto o fútil—, 5 —abuso de superioridad o inferioridad—, 8 —aumentar el sufrimiento víctimas— y 10 —coparticipación criminal— del artículo 58 de la Ley 599 de 2000 se presentó respecto de algunos delitos y sólo frente a ellos la Corte modificará el monto de la sanción.

La pena prevista en los artículos 103 y 104 de la Ley 599 de 2000 para el homicidio agravado es de 25 a 40 años de prisión. Como la Fiscalía no imputó circunstancias de mayor o menor punibilidad, acorde con el artículo 61, la sanción debe fijarse dentro del primer cuarto —de 300 a 345 meses—. En ese ámbito la Corte seleccionará el máximo en atención a la gravedad de la conducta y el daño real causado a las familias de las víctimas que debieron soportar un dolor superlativo, máxime cuando las muertes se causaron a personas de la población civil, no involucradas en el conflicto armado. En consecuencia, la pena por este delito se fija en 345 meses de prisión.

Lo anterior, además, respetando los criterios fijados por el Tribunal que sobre el tema estableció que «debe tenerse en cuenta algunos elementos, como el tipo de violencia utilizada, la gravedad de la conducta, el daño causado a la víctima, a su familia y a la comunidad en general, según se desprende de la narración de los hechos. Todo lo anterior implica la necesidad

de ubicar la pena en el máximo de los cuartos medios, es decir de 435 meses de prisión».

COSA JUZGADA-Implica que a quien se le haya definido situación jurídica por sentencia ejecutoriada o providencia con la misma fuerza vinculante, no se le puede someter nuevamente a juicio por la misma conducta, aun cuando se le dé una denominación jurídica diferente/ COSA JUZGADA-Constituye una garantía del debido proceso/ COSA JUZGADA-No es de carácter absoluto porque puede ser limitado para defender intereses de supremo valor para la sociedad como los derechos de los procesados o de las víctimas de violaciones a los derechos humanos o graves infracciones al derecho internacional Humanitario/ COSA JUZGADA- La mera confesión de un postulado no es suficiente en el ámbito de la justicia transicional para deruir la cosa juzgada. Reiteración de jurisprudencia/ COSA JUZGADA-En el presente caso la Sala de Justicia y Paz no podía emitir nueva sentencia por el homicidio de Luis Fernando Herrera Saldarriaga por cuanto se encuentra vigente el fallo emitido respecto del mismo hecho punible por el Juzgado 22 Penal del Circuito de Medellín, frente al cual no se ha promovido la correspondiente acción de revisión

“ El principio de la cosa juzgada implica que a quien se le haya definido situación jurídica por sentencia ejecutoriada o providencia con la misma fuerza vinculante, no se le puede someter nuevamente a juicio por la misma conducta, aun cuando se le dé una denominación jurídica diferente. Esta garantía integrante del debido proceso, se correlaciona con el postulado non bis in ídem consagrado en el inciso cuarto del artículo 29 de la Constitución Política y en los artículos 8º del Código Penal, 19 de la Ley 600 de 2000 y 21 de la Ley 906 de 2004.

Dicho principio no es de carácter absoluto porque puede ser limitado para defender intereses de supremo valor para la sociedad como los derechos de los procesados o de las víctimas de violaciones a los derechos humanos o graves infracciones al derecho internacional Humanitario, como ha decantado la jurisprudencia constitucional (C-4 de 2003; C-871 de 2003).

Por ello, el mecanismo establecido por el ordenamiento jurídico nacional para compaginar esa garantía con la justicia material es la acción de revisión que permite remover la cosa juzgada para hacer cesar la injusticia contenida en una decisión en la cual la verdad procesal es diametralmente opuesta a la verdad histórica del acontecer objeto de investigación o juzgamiento, previa demostración de alguna de las causales previstas en la ley.

El principio de la cosa juzgada no es ajeno al proceso que se surte bajo los lineamientos de la Ley de Justicia y Paz porque el compendio normativo transicional no lo excluye y, por el contrario, se nutre de las garantías generales del ordenamiento jurídico nacional dentro del cual ocupa lugar preponderante la prohibición de doble juzgamiento.

Incluso, considerando la especial protección de los derechos de las víctimas otorgada en la Ley de Justicia y Paz, no es posible desconocer, sin más, los efectos de la cosa juzgada, dados lo nocivos efectos que ello comportaría para la coherencia y legitimidad del sistema jurídico al propiciar la coexistencia de fallos de carácter contradictorio frente a un mismo supuesto fáctico.

Ello, además, porque la confesión de hechos punibles juzgados con anterioridad puede obedecer a disímiles propósitos, desde contar la verdad hasta encubrir a los verdaderos autores, por manera que debe ser examinada con detenimiento en el trámite establecido para esos propósitos.

De otra parte, la imputación del homicidio de Luis Fernando Herrera Saldarriaga obedeció a la necesidad de materializar el derecho a la verdad y configurar la memoria histórica del

conflicto y no tuvo como finalidad obtener una sentencia de condena, pretensión imposible mientras no se remuevan los efectos de la cosa juzgada que acompañan a la sentencia absolutoria porque no pueden coexistir frente a un mismo hecho delictivo dos decisiones opuestas: la sentencia absolutoria proferida el 7 de noviembre de 2000 por el Juzgado 22 Penal del Circuito de Medellín y el fallo de condena emitido el 24 de septiembre de 2015 por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de esa ciudad.

Con mayor razón cuando la Corte ya ha definido el asunto en los siguientes términos (CSJ, 07/11/22, rad. 39665; 26/09/12, rad. 39261):

De manera que la inquietud que plantean algunos sujetos procesales acerca de si la mera confesión de un postulado puede resultar suficiente en el ámbito de la justicia transicional para derruir la cosa juzgada, debe ser respondida negativamente y de manera tajante. Y la respuesta no puede ser otra, dado que ello avocaría a la administración de justicia a la anarquía jurídica, al caos judicial, en tanto sentencias con autoridad de cosa juzgada se verían derruidas con la sola manifestación de un sujeto procesal.

Piénsese tan solo en los problemas de competencia, de jerarquía, insoslayables dentro de un sistema de estructura piramidal, pues de no ser así las decisiones de los más altos tribunales podrían ser revocadas o desconocidas por funcionarios de inferior categoría, como ocurriría en el caso que nos ocupa, en donde fue la cabeza máxima de la justicia ordinaria la que profirió la decisión que se pretende revocar. Inadmisible se torna entonces, que la simple manifestación de un postulado tenga poder suficiente para desconocer la presunción de acierto y legalidad que ampara una sentencia o una decisión con el mismo efecto definitorio y la cual ha hecho tránsito a cosa juzgada.

Pero considérense igualmente otros inconvenientes, v. gr. el que tan sólo uno de dos o treinta procesados que han sido beneficiados por una decisión en firme, decida renunciar a la misma, con lo cual surge el interrogante, bastaría tal manifestación de tan sólo uno de ellos para dar al traste con esa decisión preclusoria o absolutoria, y cuál sería entonces la situación de aquellos procesados que se mantienen apegados a dicha decisión y a la fuerza de la cosa juzgada.

Se argumenta por la Fiscalía que nos encontramos frente a un proceso transicional que privilegia las víctimas, lo cual, en muchos aspectos tiene sentido y así ha sido reconocido, pero tampoco puede pretermitirse que la cosa juzgada y el non bis in idem, corresponden a derechos de igual jerarquía a aquellos que se invocan a favor de víctimas, y se encuentran igualmente consagrados a nivel de tratados (Convención americana de derechos humanos (art. 8.4), Pacto internacional de derechos civiles y políticos (art. 14).

El proceso transicional devela una situación coyuntural diferente, históricamente distinta y trascendental para la paz del país. Pero no necesariamente de lo que ese proceso significa intrínsecamente y de lo que propugna por su feliz culminación, puede entenderse que todo el procedimiento ordinario debe rendirse a esos fines y propósitos. Admitirlo comportaría instaurar excesivos privilegios que conducirían al despotismo jurídico en aras de la paz y otros fines que persigue el proceso transicional y la paz así lograda, por encima de la juridicidad, genera más injusticia, más guerra."

4- Qué debe hacerse, entonces, si un postulado, a quien se le imputa una conducta punible cometida con ocasión de su vinculación a grupos al margen de la ley, que hayan declarado su intención de acogerse a la Ley 975, confiesa un hecho por el que fue absuelto en otro proceso. El procedimiento a seguir, como lo sugiere la Magistrada de Control de Garantías y lo admiten todos los sujetos procesales, no puede ser otro que el de la acción de revisión, a fin de que a través de ella, se deje sin valor ni efecto esa decisión preclusoria o absolutoria. (...).

Adviértase, contra el argumento de la morosidad de la acción de revisión, que la finalidad que se persigue, se logra tan solo con el hipotético o eventual fallo de revisión, sin que sea menester reiniciar otro juicio, dado que aquel procedimiento cuya revisión se demandó pasaría a integrarse al proceso de justicia y paz, es decir, emitida la orden de revisión, esto es, derruida la cosa juzgada, ese proceso se integraría al proceso transicional, para los efectos de quienes han sido postulados y se rompería la unidad procesal, siguiendo su curso en la justicia ordinaria, para quienes no se han sometido a la ley de transición.

Siendo ello así, la Sala de Justicia y Paz no podía emitir nueva sentencia por el homicidio de Luis Fernando Herrera Saldarriaga por cuanto se encuentra vigente el fallo emitido respecto del mismo hecho punible por el Juzgado 22 Penal del Circuito de Medellín, frente al cual no se ha promovido la correspondiente acción de revisión.

En igual situación se encuentra la sanción impuesta al postulado EDGAR ALEXANDER ERAZO GUZMÁN por el homicidio de Mónica Patricia Agudelo Mejía porque el Juzgado 27 Penal del Circuito de Medellín el 18 de octubre de 2012 lo condenó a 280 meses de prisión por ese mismo crimen, según se observa en la documentación aportada por la Fiscalía en la audiencia de legalización de cargos. "

LA REITERACIÓN DEL MANDATO DE EXPEDIR COPIAS PARA INVESTIGAR A LOS MISMOS FUNCIONARIOS QUE YA HABÍAN SIDO OBJETO DE LA COMPULSA RESULTA REPETITIVA E INNECESARIA POR EL DESGASTE DE RECURSOS QUE COMPORTA PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

" El Ministerio Público pidió revocar la orden de reiterar la expedición de copias para investigar a funcionarios en apariencia ajenos a las conductas delictivas desplegadas por los siete postulados juzgados en este proceso, máxime cuando ya habían sido expedidas y esa decisión no fue afectada con la nulidad decretada con antelación. Además, la mayoría de investigaciones disciplinarias surgidas de ese mandato ya fueron archivadas y la nueva compulsa afectaría el principio del non bis in idem.

Consideraciones de la Sala:

En decisión del 4 de septiembre de 2013 la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín excluyó oficiosamente del proceso transicional a los postulados, determinación impugnada por las partes e intervinientes y anulada por esta Corporación mediante proveído del 23 de julio de 2014.

En la misma determinación la primera instancia dispuso emitir copias para investigar penal y disciplinariamente a numerosos servidores públicos, orden que no fue materia de pronunciamiento por esta Sala por tratarse de un mandato de cumplimiento inmediato. En razón a ello, el Tribunal la materializó a través de oficios fechados el 15 y 17 de octubre de 2013 dirigidos a la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes y al Fiscal General de la Nación, como se observa a folios 259 a 263 y 276 a 278 del cuaderno No. 4 de la audiencia concentrada. Incluso, según informa el impugnante, muchas de esas investigaciones ya fueron tramitadas y decididas judicial y administrativamente.

Siendo ello así, la reiteración del mandato de expedir copias para investigar a los mismos funcionarios que ya habían sido objeto de la compulsa resulta repetitiva e innecesaria por el desgaste de recursos que comporta para la administración de justicia, pues promueve la duplicación de actuaciones y somete a los afectados a un doble ejercicio de defensa dentro del cual deben informar y demostrar la existencia de la investigación anterior.

Con mayor razón cuando la Corte ha dicho que las órdenes de jueces y fiscales de compulsar copias para investigar penal o disciplinariamente la posible comisión de conductas punibles diferentes a las que investiga o juzga, constituyen el ejercicio

de un deber legal que no es susceptible de recursos «no sólo por constituir un aspecto colateral, sino porque cualquier controversia sobre la viabilidad de iniciar o no la acción a que hubiere lugar, corresponde dirimirla al funcionario competente y no al que, en cumplimiento de su deber legal, se limita simplemente a informarlo». (CSJ, 6/09/00, rad. 16725; 28/04/92, rad. 3525; 11/05/94, rad. 8989; 17/08/00, rad. 15862; 20/11/13, rad. 42576, entre otras).

La actuación iniciada a partir de las copias expedidas es el escenario idóneo para controvertir la configuración de los hechos informados, la participación de las personas mencionadas, así como la existencia de cosa juzgada o afectación del principio del non bis in idem, entre otros múltiples aspectos.

En consecuencia, por innecesaria y repetitiva, la Corte revocará la orden impartida en el numeral 28 de la parte resolutive de la sentencia. “

PLAZO OTORGADO A LA UNIDAD PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL DE VÍCTIMAS PARA CUMPLIR LAS ÓRDENES DE REPARACIÓN PECUNIARIA IMPARTIDAS EN LA SENTENCIA- Es el mismo del que disponen las entidades públicas para efectuar los pagos de dicha naturaleza, según lo prescribe el artículo 299 de la Ley 1437 de 2011, de manera que no le corresponde al fallador fijarlo. Reiteración de jurisprudencia

“ El representante del Ministerio Público solicitó revocar el plazo otorgado a la Unidad para la Atención y Reparación Integral de Víctimas para cumplir las órdenes de reparación pecuniaria impartidas en la sentencia porque resulta injustificado, dado el prolongado tiempo de espera de las víctimas para obtener el resarcimiento de sus derechos. “

(...)

Pues bien, acorde con el compendio normativo de Justicia y Paz, una vez proferido y ejecutoriado el fallo, el pago de las indemnizaciones económicas a las víctimas le corresponde al Fondo para la Reparación a las Víctimas, entidad que administra los bienes entregados por los postulados y los demás recursos previstos en la ley para esos efectos.

Respecto del plazo con que cuenta el Fondo para sufragar las condenas, la Sala ha establecido que es el mismo del que disponen las entidades públicas para efectuar los pagos de dicha naturaleza, según lo prescribe el artículo 299 de la Ley 1437 de 2011, de manera que no le corresponde al fallador fijarlo (CSJ 27/0411, rad. 34547; 24/10/12, rad. 39957; SP12969-2015). Dice la norma:

«Artículo 299. De la ejecución en materia de contratos y de condenas a entidades públicas. (...)

Las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en la liquidación o pago de una suma de dinero serán ejecutadas ante esta misma jurisdicción según las reglas de competencia contenidas en este Código, si dentro de los diez (10) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia la entidad obligada no le ha dado cumplimiento».

Adicionalmente, la Corte ha considerado que la determinación judicial del plazo para el pago podría menoscabar los derechos de víctimas de otros procesos al ser desplazadas del turno que les corresponda en los eventos en que han sido reconocidas con anterioridad. Por ello, lo más conveniente es que el Fondo para la Reparación de las Víctimas cumpla con la obligación en el menor tiempo posible, acorde con la reglamentación existente sobre la materia.

En consecuencia, la Corte revocará el numeral 21 de la parte resolutive de la sentencia que establece el plazo y el plan de pagos de las indemnizaciones reconocidas y liquidadas en ella. “

PROCESO DE JUSTICIA TRANSICIONAL-No es viable que concurren el lucro cesante y la pensión de sobrevivientes respecto de los favorecidos con las dos prerrogativas

“ Evidentemente el homicidio del agente de la Policía Nacional Jhon Torres Bueno, ejecutado cuando borraba un grafiti pintado por integrantes del Bloque Cacique Nutibara en la fachada de su residencia, ocasionó a su familia perjuicios de todo orden que deben ser indemnizados por los postulados condenados en este proceso.

Sin embargo, en este particular evento el lucro cesante, entendido como la pérdida de cualquier utilidad, ganancia o beneficio a consecuencia de la conducta dañosa, fue compensado por la obtención de la pensión de sobrevivientes desde la fecha del fallecimiento en la medida que la esposa e hija continuaron recibiendo el ingreso que habitualmente obtenían, pues no se acreditó que la víctima obtuviera otro tipo de emolumentos.

Con independencia de la solución brindada en otros ámbitos del derecho, en justicia transicional la respuesta más compatible con la finalidad del trámite impone negar la posibilidad de que concurren el lucro cesante y la pensión de sobrevivientes respecto de los favorecidos con las dos prerrogativas, por cuanto su confluencia propiciaría su enriquecimiento injustificado, dado que se trata de beneficios resarcitorios que cumplen con el objetivo de restituir a la víctima los ingresos que dejó de recibir como consecuencia del hecho dañoso.

Lo anterior no releva a los postulados de sufragar la indemnización por los daños que causaron por cuanto la sentencia incluye la obligación de pagar el daño emergente y el perjuicio moral acreditado en el proceso, no así el lucro cesante que fue cubierto por la prestación social reconocida en favor de los familiares de Torres Bueno. “

LUCRO CESANTE POR LA MUERTE DE MENORES DE EDAD-No hay lugar a reconocer el lucro cesante por unos hipotéticos ingresos del menor, dado que estos son eventuales, a menos que se acredite con grado de certeza la obtención futura de estos ingresos y también que en estos casos están sometidos a la doble eventualidad de que el menor hubiera podido llegar a percibir ingresos y que los destinara a ayudar a sus padres

“ La defensa solicitó revocar la anterior decisión porque a pesar de la minoría de edad de las víctimas directas —todos tenían 17 años y estudiaban bachillerato—, Jair Alberto Calle era artista y ayudaba a su abuelo en una ferretería, Víctor Hugo López adelantaba estudios para reparar computadores y Nelson Arias aspiraba a ingresar a la universidad, por manera que estaban preparándose para un mejor futuro y muy seguramente ayudarían a sus familias.

Sobre el reconocimiento del lucro cesante por la muerte de menores de edad, el Consejo de Estado tiene establecido:

[L]a jurisprudencia ha sido pacífica en sostener que en tratándose de la muerte de un menor de edad no hay lugar a reconocer el lucro cesante por unos hipotéticos ingresos del menor, dado que estos son eventuales, a menos que se acredite con grado de certeza la obtención futura de estos ingresos y también que en estos casos están sometidos a la doble eventualidad de que el menor hubiera podido llegar a percibir ingresos y que los destinara a ayudar a sus padres.

(...).

Aunque le asiste razón al impugnante al afirmar que el a quo no analizó las circunstancias particulares del caso, y por lo tanto no le dio valor a la situación de pobreza en la que vivían los padres del menor, circunstancia que aumenta la posibilidad de que éste los ayudaría posteriormente, encuentra la Sala que dicho análisis lejos de contribuir a modificar la decisión, reafirma las razones de la negativa, por cuanto, en el sub iudice, el solo hecho de que el menor apenas contaba con tres

años y nueve meses y no había ni siquiera iniciado su formación educativa y la maduración de su carácter o personalidad, sitúa la existencia del daño en un grado de probabilidad, que implica para el juez entrar en el terreno de las conjeturas, a efectos de cumplir con el deber legal de reparar todo el daño y nada más que el daño.

En efecto, lo relevante a la hora de reconocer la indemnización de un daño bajo el concepto de lucro cesante futuro, es justamente la certeza sobre su existencia o su posterior materialización, es decir que ello no puede quedar en el campo de las probabilidades o depender de la realización de otros acontecimientos contingentes y extraños, ya que no en vano se afirma por la doctrina que sólo del daño que es cierto, no importa si es actual o futuro, se pueden derivar consecuencias jurídicas y por ende ordenar su indemnización. (CE. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. 5/07/12, rad. 05001-23-31-000-1997-01942-01).

Es cierto que los jóvenes asesinados eran menores de edad porque al proceso se allegaron los registros civiles que corroboran esa situación, pero también es cierto que por su condición de estudiantes ninguno laboraba para el momento de su deceso ni percibía ingresos que destinaran al sostenimiento de su familia porque así lo reconoce el recurrente.

Y aunque los adolescentes cursaban la educación media y en su tiempo libre adelantaban cursos complementarios o actividades artísticas, ese sólo hecho no permite adquirir certeza de que al llegar a la mayoría de edad empezarían a laborar y a devengar, por lo menos, un salario mínimo legal y, menos aún, que lo destinarían al sostenimiento de sus padres.

“

DAÑO MORAL-Concepto/ DAÑO MORAL- los criterios para cuantificarlo son la naturaleza de la conducta y la magnitud del perjuicio/ DAÑO MORAL- La indemnización no es reparatoria ni reparadora sino compensatoria

“ La reparación integral exige que una vez demostrado el perjuicio causado, se establezca su equivalencia con la indemnización a efectos de restablecer el equilibrio quebrantado sin que la cuantía resarcitoria exceda el valor del daño.

Tratándose del daño moral entendido como el dolor, aflicción, desesperación, desasosiego, temor y zozobra padecidos por la víctima como consecuencia del hecho dañoso, los criterios tradicionalmente utilizados por los jueces para cuantificarlo se relacionan con la naturaleza de la conducta y la magnitud del perjuicio, mediados por la sensatez y la ponderación de las diversas aristas de la situación analizada.

Con todo, conviene precisar, la indemnización por el daño moral no es reparatoria ni reparadora sino compensatoria porque la pérdida de la vida de un ser querido o el sufrimiento padecido por la afectación de otro bien jurídico no se elimina con el suministro de una suma de dinero.

Siendo ello así, la insuficiencia de recursos del penalmente responsable no constituye criterio válido para fijar la indemnización por los daños ocasionados con el proceder delincinencial, pues su cuantía sólo debe obedecer al valor del daño realmente causado, en el caso de los perjuicios materiales, y a la compensación razonada de los inmateriales, acorde con los criterios ampliamente decantados por la jurisprudencia nacional.

En ese orden, resulta desacertada la postura del Tribunal de limitar la tasación de los perjuicios inmateriales por la escasez de recursos del Fondo para la Reparación de Víctimas porque introduce un elemento ajeno al derecho de daños —la capacidad económica del obligado— y, además, favorece a los sentenciados al aligerar injustificadamente su responsabilidad pecuniaria. “

