

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN

SALA DE JUSTICIA Y PAZ

Medellín, nueve de junio de dos mil catorce

Rdo. 11-001-6000253-2006-80011

Delito: Concierto para delinquir y otros

Postulado: Diego Fernando Murillo Bejarano

Los suscritos magistrados de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal de Medellín, una vez escuchada la recusación formulada por el Fiscal 45 Delegado de la Unidad Nacional de Fiscalías de Justicia y Paz en el proceso adelantado al postulado Diego Fernando Murillo Bejarano, con fundamento en el artículo 56 numerales 4 y 14 de la ley 906 de 2.004, y oídas las demás partes, pasamos a pronunciarnos sobre los fundamentos y el mérito de la aludida recusación, con base en las siguientes

Consideraciones

1. Los suscritos Magistrados ya habíamos examinado si, eventualmente, estábamos impedidos para conocer de esta actuación y habíamos llegado a la conclusión de que no concurría impedimento alguno. Las razones son las mismas que le sirven de fundamento a esta decisión.

2. El artículo 56 numeral 14 de la ley 906 de 2.004, que es la primera causal que invoca el Fiscal, establece como motivo de impedimento que el Juez o Magistrado “haya conocido de la solicitud de preclusión formulada por la Fiscalía General de la Nación y la haya negado”. La norma, como

surge evidente de su sola lectura, consagra como causal de impedimento que el Juez haya **negado** la solicitud de preclusión de un indiciado o imputado presentada por la Fiscalía, caso en el cual queda impedido para conocer del juicio de ese imputado. Dicha norma no es aplicable a este caso porque la Fiscalía en ningún momento ha solicitado la preclusión o exclusión de Diego Fernando Murillo Bejarano y, por supuesto, la Sala no ha negado una solicitud que ni siquiera se ha presentado.

Incluso la jurisprudencia de la Corte ha reconocido que no siempre que se **niega** una preclusión se compromete la imparcialidad del funcionario y no hay lugar a impedimento alguno. Así, por ejemplo, ha dicho que el juez no está impedido, a pesar de haber negado la solicitud de preclusión, “cuando no se examina la responsabilidad o el compromiso del acusado con los hechos imputados”. La Sala, por supuesto, no ha examinado en éste, ni en ningún otro caso, la responsabilidad individual de Diego Fernando Murillo Bejarano.

3. El artículo 56 numeral 6 de la ley 906 de 2.004, que también invoca el Fiscal, establece como causal de impedimento que “el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado en el proceso”. Esa norma tampoco es aplicable, primero porque los suscritos magistrados no vamos a resolver una apelación de una providencia dictada por nosotros mismos y, segundo, porque la participación del juez en el proceso se refiere a su intervención en una calidad distinta a la de juez, bien como demandante, o demandado, o bien como fiscal o apoderado del acusado o auxiliar de la justicia, etc., lo cual le impide luego pronunciarse imparcialmente sobre un caso en el que él participó como parte en sentido amplio.

4. Pero debemos examinar más detenidamente la causal consagrada en el artículo 56 numeral 4 de la ley 906 de 2.004, que constituye el centro de la recusación del Fiscal y que se refiere a que el juez o magistrado “haya dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso”.

4.1 La jurisprudencia de la Corte ha sido uniforme y consistente en que el consejo u opinión que genera el impedimento del juez o magistrado para conocer de un proceso es aquella que da extrajudicialmente, o por fuera del proceso, no la opinión que emite en ejercicio de sus funciones y que son una manifestación de su potestad jurisdiccional, esto es, de esa facultad para interpretar y aplicar la ley, dirimir los conflictos y asignar el derecho. Las citas traídas a colación por el Fiscal Delegado que formuló la recusación así lo confirman, pero en apoyo de dicha afirmación podrían también citarse otras decisiones de la Corte.

“No toda opinión o concepto sobre el objeto del proceso origina causal impediende -dijo en otra ocasión-, pues la que adquiere relevancia jurídica en esta materia es la emitida por fuera del proceso y de tal entidad y naturaleza que vincule al funcionario sobre el aspecto que ha de ser objeto de decisión...”¹

La Sala, extrajudicialmente o por fuera de un proceso judicial, no ha emitido opinión sobre el caso y la situación jurídica de Diego Fernando Murillo Bejarano y no está impedida con arreglo a este criterio.

4.2 La jurisprudencia de la Corte, sin embargo, no ha sido estable y uniforme cuando se trata de conceptos u opiniones emitidas por el juez en ejercicio de sus funciones, pero en un proceso diferente a aquel que debe resolver, como cuando el Juez conoció de unos hechos en virtud de una acción de tutela o de un proceso o juicio ordinario contra otro de los partícipes en el delito.

En múltiples casos ha dicho que el concepto expresado en un proceso no le impide conocer de otro sobre los mismos o similares hechos porque dicho concepto u opinión los emitió en ejercicio de sus funciones.

“La afinidad -se ha dicho- de la opinión emitida por el juez con el tema o la materia sometida a su consideración no compromete la imparcialidad

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de diciembre 19 de 2000, radicado 1.7844. Cfr., además Auto del 13 de enero de 2010, radicado 33275. Ponente: H. Magistrado Yesid Ramírez Bastidas.

ni amerita la separación de proceso, así provenga como en el caso sometido a consideración del conocimiento previo de un juicio del cual se derivó éste pero sin que se debatiera la responsabilidad penal de la que no se encontraba vinculada a él...”

“En efecto el juzgamiento de ambos compañeros por los mismos hechos en procesos separados pone de presente la ineficacia del motivo para excusarlo de conocer el asunto, pues no sólo la opinión se produjo dentro de la órbita de sus funciones judiciales sino que en la adopción de la decisión correspondiente no se discutió ni se debatió la responsabilidad de C...L...”²

Si se aplica esa jurisprudencia la Sala no está impedida porque la decisión en que se funda la recusación la adoptó en ejercicio de sus funciones y en ella no se debatió, ni se examinó, ni se decidió la responsabilidad de Diego Fernando Murillo Bejarano.

4.3 En algunos casos, sin embargo, la Corte ha aceptado que en dicha situación sí se presenta un impedimento, pero con la condición de que se trate de una opinión ajena o por fuera de la competencia del Juez, o que constituya una extralimitación en el ejercicio de sus funciones y siempre que dicha opinión sea sustancial, vinculante y un acto de prejuzgamiento del acto que debe conocer.

*“Lo que obliga a aceptar las circunstancias de inhibición es que el funcionario haya incurrido con ocasión de sus funciones, en pronunciamientos anticipados acerca de **aspectos sustanciales que no estén vinculados con lo que es objeto de su conocimiento**, y que, por tanto, constituyen auténticos actos de prejuzgamiento, que implican compromiso indiscutible de su criterio y pretenden su imparcialidad para resolver el asunto futuro”³ (resaltado y negrilla de la Sala).*

² Corte Suprema de Justicia. Auto del 18 de octubre de 2005, radicado No. 24.346. Cfr., además, Auto del 13 de julio de 2005, radicado No. 23.840.

³ Corte Suprema de Justicia. Auto del 12 de abril de 2011, radicado No. 36.146. Ponente: H. Magistrado Julio Enrique Socha Salamanca. Cfr., igualmente, Auto del 29 de noviembre de 2000, radicado No. 17.843, radicado 22.121 del 21 de abril de 2004 y radicado 26.853 del 7 de marzo de 2007.

Conforme a dicha jurisprudencia, la mayoría de la Sala tampoco está impedida porque no se extralimitó en el ejercicio de sus funciones, ni actuó por fuera de sus atribuciones al excluir a 7 postulados del Bloque Cacique Nutibara. La Sala obró en ejercicio de su competencia para verificar y evaluar el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad previstos en los artículos 10 y 11 de la ley 975 de 2.005.

En efecto, los artículos 24 inciso 2 y 29 de la ley 975 de 2.005 de manera expresa establecían que la Sala de Conocimiento se ocuparía de “evaluar el cumplimiento de los requisitos previstos en esta ley para acceder a la pena alternativa” y que el postulado tendría derecho a ella siempre que “haya cumplido las condiciones previstas en esta ley”. El artículo 25 de la ley 1592 de 2.012 reprodujo textualmente la primera de tales disposiciones.

En armonía con dichas normas, el artículo 3 inciso 6 del decreto 4760 de 2.005 previó que “[l]a **verificación del cumplimiento de los requisitos de elegibilidad corresponderá a las autoridades judiciales**, quienes contarán con la colaboración que deberán prestar los demás organismos del Estado, dentro del ámbito de sus funciones. En todo caso, la Sala del Tribunal Superior del Distrito Judicial de que trata la ley 975 de 2005 es la instancia competente para conceder los beneficios consagrados en la citada ley, exclusivamente a quienes cumplan las exigencias previstas en los artículos 1°, 3°, 10, 11, 24, 29, 42 y 44 y demás contempladas en la misma” (resaltado y negrilla de la Sala)⁴ y el artículo 8 del mismo decreto establecía que el juicio debía estar precedido de la formulación de cargos, pero una vez verificado “el estricto cumplimiento de los requisitos de elegibilidad previstos en los artículos 10 y 11 de la citada ley”. En caso contrario, no habría lugar a la pena alternativa, pues ésta sólo podía otorgarse si se demostraba “el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley 975 de 2.005, incluyendo los previstos en los artículos 10 y 11 de la misma”, es decir, los requisitos de elegibilidad. Sólo que el Fiscal incumplió el deber fijado en esa normas y debió hacerlo la Sala, que es la

⁴ Los artículos 10 y 11 citados en dicha norma hacen referencia precisamente a los requisitos de elegibilidad.

competente para definir si un postulado tiene derecho a la pena alternativa y para ello debe verificar y evaluar el cumplimiento de tales requisitos.

Por eso el artículo 5 inciso 2 del decreto 3391 de 2.006, al establecer la evaluación de los requisitos de elegibilidad, dispuso que “**los magistrados competentes**, en su caso, podrán solicitar a la autoridad competente ante la cual se haya surtido la desmovilización, que certifique sobre los actos materiales de cumplimiento de los requisitos contemplados en los mencionados artículo 10 y 11”y “a las demás instituciones estatales la información de que dispongan, de acuerdo con sus funciones, que resulte relevante para la **evaluación del cumplimiento de los requisitos de elegibilidad**” (negrillas de la Sala). Como si fuera poco, el artículo 7 del decreto 423 de 2.007 dispuso que “[e]n los eventos que las entidades estatales encargadas de certificar o informar sobre el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad tuvieran pruebas legales que desvirtúen lo afirmado bajo la gravedad de juramento por las personas postuladas sobre el cumplimiento de los mismos, deberán acompañarlas para que sean valoradas por los Fiscales Delegados de la Unidad de Justicia y Paz **y las autoridades judiciales respectivas**, sin perjuicio de que estas puedan solicitar los informes adicionales y la colaboración de todas las autoridades públicas para estos fines” (resaltado y negrillas de la Sala). Y el artículo 7 del decreto 3011 de 2.013, reglamentario de la ley 1592 de 2.012, le otorgó idéntica facultad a la Sala de Conocimiento.

Si la Sala tiene la facultad de pedir esa información es para verificar, evaluar y decidir sobre el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad.

Por ello, la jurisprudencia de la Corte estableció de manera uniforme que, después de postulados por el Gobierno Nacional y una vez ratificaban en la versión libre su voluntad de continuar en el proceso de justicia y paz, la Sala de Conocimiento era la competente para verificar el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad y excluir a los postulados si no los cumplían.

Los principios y reglas de procedimiento ante la Sala de Conocimiento, que fueron fijados por todos los magistrados que la componen y no sólo por los dos magistrados recusados por el Fiscal, establecían también que para efectos de decretar la legalidad de los cargos aceptados por los postulados, la Sala examinaría, entre otros aspectos, “si se cumple el presupuesto de verdad en la revelación de los hechos, [y] **si se satisfacen los requisitos de elegibilidad**”. Y eso lo dijo con fundamento en la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 31 de julio de 2.009, Rdo. 31.539, con ponencia del H. Magistrado Augusto Ibañez Guzmán y citándola textualmente.

Ese reglamento, insistimos, fue aprobado por los tres magistrados que integran la Sala, no sólo por los dos recusados y fue aplicado por los tres en el caso del Bloque Elmer Cárdenas, dos días antes de la decisión en la que se pretende fincar la recusación.

Por eso, la mayoría de la Sala en el caso de los postulados del bloque Cacique Nutibara, que es la decisión en la que se funda la recusación, concluyó que debía verificar aún de oficio el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad y excluir a los postulados oficiosamente si no los cumplían. Esa conclusión se fundamentó en las normas antes citadas, en la reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, una de las cuales se citó textualmente, como los autos del 11 de marzo y 31 de julio de 2.009 y 14 de abril de 2.010, radicados 31.162, 31.539 y 33.494, con ponencia de los H. Magistrados Julio Enrique Socha Salamanca, Augusto Ibañez Guzmán y Javier Zapata Ortiz, en su orden y en las reglas fijadas de antemano por los tres magistrados que componen la Sala. Si uno de ellos se separó después de ese criterio en el caso de los postulados del bloque Cacique Nutibara es otra cosa.

Ese amplio recorrido demuestra que esa competencia de la Sala estaba consagrada en la ley, los decretos reglamentarios, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y en las reglas fijadas por los tres Magistrados de la Sala de Conocimiento. La mayoría de la Sala no hizo otra cosa que

cumplir su deber y sus funciones de manera estricta y el hacerlo no puede ser causal de impedimento, conforme a la jurisprudencia que se ha citado. Ese recorrido también demuestra que la Sala mayoritaria no se extralimitó en sus funciones y su decisión no puede servir de causal de impedimento o recusación

En consecuencia, tachar esa decisión de irregular, en el sentido de lo ilegal, como lo hace el Fiscal, revela un flagrante desconocimiento de la ley y la jurisprudencia y toca los límites del respeto a una decisión judicial porque esa afirmación carece de fundamento.

5. En un caso reciente, sin embargo, la Corte modificó su jurisprudencia y admitió el impedimento sobre la base de que el juez tuvo un amplio acceso a la información y evidencia sobre el problema central que debía resolver y su intervención tuvo la entidad suficiente para comprometer su criterio e imparcialidad o, en otros términos, siempre que la situación sea idéntica y se discutan los mismos hechos y la misma cuestión jurídica.

“si -dijo- constituye causal de impedimento para el funcionario judicial la manifestación pública de su opinión sobre el asunto materia del proceso, a fortiori lo debe ser la expresión de su concepto en una providencia judicial con fuerza vinculante en un caso, respecto de otro en donde se discutan los mismos hechos e idéntico problema jurídico, pues indudablemente compromete el equilibrio del juicio que debe emitir al sentirse atado por su postura inicial, que naturalmente tiende a reiterarse, lo que va en contra del derecho que le asiste a la parte interesada de ser escuchada sin precepto alguno. Con mayor razón si entre los dos casos existe comunidad de prueba, o si el funcionario [que] se siente impedido actúa en última instancia o definiendo un recurso extraordinario”⁵.

6. Si se aplicara esa jurisprudencia las consecuencias serían indeseables e inaceptables.

⁵Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 2 de marzo de 2.012, radicado 37.915.

El principio de igualdad, tan caro al Estado Constitucional, significa que las situaciones iguales deben recibir el mismo tratamiento de la ley. Por eso lo que los ciudadanos esperan es que ante circunstancias de hecho idénticas los jueces tomen decisiones iguales, no decisiones distintas. Los recursos y la existencia de las Altas Cortes persiguen ese objetivo, el de unificar la aplicación de la ley y asegurar que ante situaciones semejantes los jueces adopten las mismas soluciones. Nada impide entonces que una misma circunstancia de hecho se someta a un mismo juez porque lo lógico en dicho caso y lo que esperaría la ciudadanía es que la decisión sea igual. Si se aplicara la jurisprudencia citada, en cambio, se pondría en peligro el principio de igualdad porque una situación de hecho estaría sometida al juicio de dos jueces diferentes, que podrían adoptar decisiones distintas ante la misma situación.

Si se aplicara esa jurisprudencia, la Sala de Casación Penal de la Corte en pleno, después de la primera condena por concierto para delinquir a raíz del Pacto de Santa Fe de Ralito, debió declararse impedida para conocer de los demás procesos surgidos de dicho pacto contra los parlamentarios y los demás funcionarios públicos que participaron de él porque ya se había pronunciado sobre los mismos hechos. De hacerlo, cada proceso surgido del citado pacto debió ser fallado no por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sino por conjueces y por conjueces distintos en cada caso porque todo aquél que emitiera una opinión quedaba impedido para conocer del siguiente.

Y la Sala de Conocimiento, una vez realizara el juicio de un postulado, no podría juzgar a los demás que participaron en los mismos hechos porque ya habría tenido un amplio acceso a la evidencia, emitido una opinión y adoptada una decisión vinculante sobre el caso. En ese evento, los demás postulados que participaron en esos hechos deberían ser juzgados por conjueces porque todos los magistrados de la Sala de Conocimiento, que son sólo tres, quedarían impedidos.

Y una vez la Sala se pronunciara sobre la genesis y el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad de un bloque o frente, o los delitos atribuidos a su comandante, no podría juzgar a los otros postulados del mismo bloque o estructura porque ya habría emitido una opinión y fijado una posición sobre esos hechos y se trataría de las mismas circunstancias de hecho y la misma cuestión jurídica. Y otro tanto pasaría con las Salas de Bogotá y Barranquilla. En esos casos, los demás postulados y el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad deberían ser juzgados por distintos conjuces y sus decisiones podrían ser contradictorias o diferentes. Y no sólo estaría impedida la Sala, si no todos los funcionarios públicos que emitieron una opinión sobre el caso: el Fiscal, el Procurador Judicial, los investigadores del CTI, etc. Eso sería lo que pasaría en el caso de los demás postulados del bloque Cacique Nutibara.

Y una vez la Sala de Casación Penal de la Corte se pronunciara sobre esos temas también debería declararse impedida para conocer de los procesos de los otros postulados y separarse de ellos porque ya habría emitido una opinión sobre el asunto y tendrían que designarse conjuces.

Todo ello es irracional e ilógico y no ha sucedido ni lo ha prohiado la Corte y pone en evidencia las consecuencias inaceptables de esa jurisprudencia. Los procesos de justicia y paz terminarían siendo juzgados por conjuces y por diferentes conjuces para asegurar que no hayan emitido una opinión previa en ejercicio de sus funciones, ni por fuera de ellas.

7. Por eso, la Corte desechó esa jurisprudencia de manera expresa apenas 19 días después. En efecto, ante un impedimento manifestado por el H. Magistrado Fernando Alberto Castro Caballero con fundamento en dicha jurisprudencia, en decisión del 21 de marzo de 2.012, con ponencia del H. Magistrado Sigifredo Espinosa Pérez, la Corte criticó esa decisión anterior suya y concluyó que no estaba impedido. Dijo entonces que

“...No toda opinión o concepto sobre el objeto del proceso origina causal impidente, pues la que adquiere relevancia jurídica en esta materia es la

emitida por fuera del proceso y de tal entidad o naturaleza que vincule al funcionario sobre el aspecto que ha de ser objeto de decisión. No es aquella opinión expresada por el juez en ejercicio de sus funciones, exceptuado el evento de ‘haber dictado la providencia cuya revisión se trata’, porque ello entrañaría el absurdo de que la facultad que la ley otorga al juez para cumplir su actividad judicial a la vez lo inhabilita para intervenir en otros asuntos de su competencia, procedimiento que ni la ley autoriza ni la lógica justifica. . .

“De allí se sigue, entonces, que de ninguna manera se halla incurso en la causal expresa y estricta de impedimento citada, que, como arriba se anotó, comporta una naturaleza y efectos completamente diferentes a los que expone”⁶.

Para demostrar lo incorrecto de la tesis sostenida en la decisión del 2 de marzo que antes habíamos citado y sus consecuencias inaceptables, la Corte acudió a varios ejemplos como los citados por esta Sala.

“Véase cómo –dijo–, para advertir de ejemplos con completa identidad fáctica respecto de lo aducido por el H. Magistrado Fernando Alberto Castro, en el trámite que corresponde a la Corte en segunda instancia de los asuntos comprendidos en la Ley de Justicia y Paz, ocurre que ya se fijó criterio jurisprudencial atinente a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, no solo del ilícito de desaparición forzada.

“Entonces, ello conduce a que siempre que se deban resolver esos temas, hayan de declararse impedidos los Magistrados. Mucho más, cuando es común que a esta sede arriben, aunque en trámites separados, asuntos que corresponden a los mismos hechos o ejecutados por miembros del mismo grupo de autodefensas. . . [y la Corte no se ha declarado impedida en ninguno de esos casos]

“Y, para ser más exhaustivos, véase también lo ocurrido con el llamado Pacto de Ralito, que a pesar de referirse a unos mismos hechos, demandó de varias investigaciones y también plurales juicios independientes, que siempre asumieron las mismas tesis jurídicas –entre otras, la referida al delito de concierto para delinquir agravado que allí se materializa- e incluso

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 21 de marzo de 2.012, radicado 38.331, Ponente: H. Magistrado Sigifredo Espinosa Pérez

perfeccionaron la contundencia probatoria de la sola firma plasmada en el documento en mención.

“En suma, de aceptarse la propuesta de impedimento que ahora formula el H. Magistrado Castro Caballero, habría que significar que en todos los casos arriba reseñados, la Corte actuó sin imparcialidad, o cuando menos, que los magistrados de la Sala debieron declararse impedidos.

“Precisamente, el deber funcional del juez o magistrado pasa por elegir una posición clara y de él se espera, sobra anotar, que en los asuntos similares sometidos a su consideración, siga esa posición, sin que haya ocurrido, ni pueda ocurrir, que se le exija apartarse del conocimiento del asunto porque de antemano se sabe su criterio”⁷.

Y criticando la tesis sostenida en la decisión del 2 de marzo de 2012, que es la misma en que se funda el Fiscal para recusar a la Sala, dijo la Corte:

“(ii) Es claro, eso sí, que la opinión consignada en el auto del 2 de marzo del presente año, no sólo contradice los mismos fundamentos jurisprudenciales que allí se citan como soporte de la decisión, sino la, esa sí, pacífica y reiterada jurisprudencia que sobre el tema ha establecido la Sala.

“En efecto, si ampliamente se citaron decisiones anteriores de la Corte en las cuales, genéricamente, se sostiene que los conceptos (no sólo probatorios, sino jurídicos), emitidos en otro proceso, incluso refiriéndose a los mismos hechos, representan precisamente la labor obligada de realizar por el juez y de ninguna manera inciden en la imparcialidad judicial, no es posible. . . afirmar más adelante que debe reexaminarse el tópico en los casos en que se estudian los mismos hechos y se trate de conceptos jurídicos anteriores”.

8. Pero, no son las únicas razones para rechazar la recusación.

8.1 En la decisión por medio de la cual excluyó a 7 postulados del bloque Cacique Nutibara la mayoría de la Sala no hizo un análisis del caso y la situación jurídica del postulado Diego Fernando Murillo, ni realizó un

⁷Ídem

pronunciamiento de carácter sustancial y vinculante sobre él. Tampoco examinó los hechos que se le imputan porque los desconocía.

8.2 La Sala tampoco se extralimitó en ese caso porque se trataba de una desmovilización colectiva y debía valorar los requisitos de elegibilidad del bloque Cacique Nutibara, cuyo comandante era Diego Fernando Murillo. Pero, si bien era inevitable hacer referencia a él como comandante de dicho bloque, no fue su situación jurídica la que examinó la Sala, ni sobre ella se pronunció la mayoría, ni lo excluyó anticipadamente como deduce el Fiscal infundadamente porque no evaluó su versión, entre otras cosas porque no la conocía, ni su contribución al proceso de justicia y paz, ni los otros aspectos de su situación jurídica.

Y si ordenó expedir copias lo hizo en ejercicio de su función de solicitar y evaluar la información de los requisitos de elegibilidad y para no repetirla.

8.3 Diego Fernando Murillo Bejarano, además, no se desmovilizó con el bloque Cacique Nutibara, sino con el bloque Héroes de Tolová en junio de 2.005, un año y medio después y fue también comandante del bloque Héroes de Granada. Por tanto, su situación jurídica no depende entonces, exclusiva y necesariamente, de los requisitos de elegibilidad del bloque Cacique Nutibara y podría o debería incluir y evaluar los de los otros bloques que dirigió, sobre los cuales no se ha pronunciado la Sala.

9. La opinión que ocasiona el impedimento del juez o magistrado es la que se pronuncia sobre los hechos y sus consecuencias jurídicas de tal modo que compromete y anticipa el criterio del juez sobre un caso, sea a favor o en contra del procesado. No es sólo la opinión desfavorable a éste, sino también aquella que lo favorece o beneficia porque en el proceso deben garantizarse no sólo sus derechos, sino los de las demás partes, entre ellos las víctimas, pues en el proceso hay intereses diferentes o encontrados y lo que genera el impedimento es la opinión a favor o en contra de una u otra de las partes porque de lo que se trata es de un juicio justo para todas éstas.

Una opinión favorable al postulado podría lesionar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Éstos no sólo pueden verse afectados por la imposibilidad de acceder a la indemnización, si no cuando no se aseguran la verdad, la satisfacción y la garantía de no repetición. Los requisitos de elegibilidad están establecidos precisamente para asegurar esas garantías.

El Magistrado Juan Guillermo Cárdenas Gómez, quien salvó el voto, emitió también una opinión, sólo que en sentido contrario. De hecho, en el salvamento de voto dijo que “este bloque –refiriéndose al bloque Héroes de Granada- también se desmovilizó supuestamente por orden de Diego Fernando Murillo Bejarano, alias ‘Don Berna’, quien igual era comandante del Bloque Cacique Nutibara, lo que establece o determina por ende -si se quiere- una nueva desmovilización que interpretada en conjunto en pro del proceso de reconciliación nacional, debería permitir la no exclusión de los procesados”.

“Estos postulados –agregó- no tenían el rango ni la capacidad ‘militar’ para ordenar la forma de desmovilizarse, de actuar y decidir qué personas permanecían en el grupo ilegal y quiénes se entregaban o qué menores igualmente debían ponerse a disposición del ICBF; en síntesis, no podían decidir absolutamente nada, solo obedecer; de allí, que estos reparos de los que se ocupa el interlocutorio, deben esperar en lo que respecta a comandantes”. Y éste era Diego Fernando Murillo Bejarano.

Y por todo ello llegó a preguntarse “. . .por qué el ente acusador no ha solicitado la exclusión de Diego Fernando Murillo Bejarano, alias don Berna?”.

La causal de haber emitido opinión o haber participado en el proceso también cobijaría al Fiscal, a sus asesores o miembros del CTI, a la Fiscal de apoyo y al Agente del Ministerio Público, de conformidad con el artículo 63 de la Ley 906 de 2.004, con mayor razón a éstos si ya participaron

como partes en el caso del bloque Cacique Nutibara y fijaron su posición, como lo hizo la Sala.

Así lo destacaron los representantes de víctimas y de allí que el apoderado de una de éstas lo recusó porque su opinión no garantizaba los derechos de la víctima que representaba a la verdad y a la justicia. Se refería, por supuesto, a la opinión manifestada por el Fiscal en el proceso de los postulados del bloque Cacique Nutibara.

Por lo tanto, si el impedimento se aplicara como sostiene el Fiscal, todos ellos también debieron declararse impedidos.

10. La Sala inquirió expresamente al Fiscal si la recusación también cobijaba al Magistrado Juan Guillermo Cárdenas Gómez, quien salvó el voto en el caso del bloque Cacique Nutibara y había emitido también una opinión y el Fiscal expresamente manifestó que no lo incluía.

A juicio de la Sala, la recusación en esos términos tiene un propósito doloso o fraudulento. No porque se haya recusado a la Sala, ni por las causales y fundamentos invocados, sino porque se dirigió sólo contra dos de los Magistrados de la Sala. La recusación no se funda entonces en su deber de objetividad, sino que es manifiesto su interés de separar sólo a los dos suscritos magistrados porque su decisión fue contraria a su propia opinión y sus intereses personales, y a los del postulado Diego Fernando Murillo Bejarano, a pesar de que se le puso de presente que la causal tal como él la formulaba cobijaba a otro, quien también emitió una opinión.

Es, pues, una recusación sesgada, parcializada y subjetiva, que no busca la objetividad, ni un juicio justo, sino separar a los magistrados que estima contrarios a los intereses del postulado y a sus propios intereses.

En dicha recusación hubo entonces temeridad y mala fe, la cual, conforme a los artículos 140 numerales 1 y 2 y 141 numeral 3 de la Ley 906 de 2.004, se presenta “cuando se utilice cualquier actuación procesal para

finés claramente ilegales, dolosos o fraudulentos”. Asimismo lo consagra el artículo 79 numeral 3 de la Ley 1564 de 2.012 (Código General del Proceso).

11. Pero, a pesar de ello, la Sala quiere creer que esa no es una política de la Fiscalía, como ha sucedido en los casos de Hebert Veloza García, alias HH, Iván Roberto Duque Gaviria, conocido como Ernesto Báez, Rodrigo Pérez Alzate, alias Julián Bolívar, Arnubio Triana Mahecha, alias Botalón, y Salvatore Mancuso, sobre todos los cuales tenía competencia esta Sala y todos fueron sustraídos de ella y presentados ante la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá.

12. Entre otros deberes, La Sala tiene el de evitar el fraude a la Ley. Por ende, antes de darle trámite a la recusación, se pondrá en conocimiento del Magistrado Juan Guillermo Cárdenas el trámite y las actuaciones en este caso para que las conozca y manifieste si está impedido o no porque éste no ha asistido a las audiencias, pues estaba desempeñando otras funciones propias de su cargo y no ha conocido, ni ha tenido oportunidad de conocer este trámite, ni pronunciarse sobre sus circunstancias. Pero, además, porque la causal, conforme a la ley, cobija a todos los magistrados y el trámite debe hacerse de manera conjunta y, por supuesto, para evitar el fraude a la Ley.

12. De conformidad con el artículo 54 de la Ley 270 de 1.996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), cuando el número de magistrados que deba decidir un asunto se reduzca a menos de la mayoría de la respectiva Sala fijada en el inciso primero de dicho artículo, para completar la Sala “se acudirá a la designación de conjueces”. Como la recusación en su caso, debe resolverla un solo magistrado que no es suficiente para conformar la mayoría de la Sala, pues ésta está compuesta por tres magistrados, debe procederse a la elección de conjueces.

En consecuencia, **los suscritos Magistrados de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín,**

Resuelven

1. No aceptar la recusación formulada por el Fiscal 45 Delegado de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia Transicional.
2. Antes de darle trámite a la recusación, poner en conocimiento del Magistrado Juan Guillermo Cárdenas Gómez el trámite y las actuaciones de este proceso para que manifieste si se considera impedido para conocer de él. De estimarse impedido, el trámite de la recusación y el impedimento se hará conjuntamente.
3. Hecha la manifestación de dicho Magistrado, procédase a la designación de conjueces para decidir la recusación y del impedimento, en su caso, en los términos de los artículos 33 y 34 del Acuerdo 108 de 1.997, por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales superiores de distrito judicial.

Cúmplase

RUBÉN DARÍO PINILLA COGOLLO

MARÍA CONSUELO RINCÓN JARAMILLO