



## Sentencia 248 de 2018 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero Ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Bogotá D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Rad. No.: 11001032400020080024800

Demandante: CARLOS JOSÉ MANSILLA JAUREGUI

Demandado: GOBIERNO NACIONAL -MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA (Hoy MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO)

ACCIÓN DE NULIDAD SIMPLE

Asunto: Se decide en única instancia la acción de nulidad interpuesta contra el Decreto 1364 de 25 de abril de 2008 *“por medio del cual se adiciona el artículo 3º del decreto reglamentario 4760 del 30 de diciembre de 2005”*

Tema: Naturaleza Jurídica de la decisión consistente en excluir o retirar a los postulados para acceder a los beneficios del proceso de Justicia y Paz. Falta de competencia del Ejecutivo para decidir la exclusión a los postulados para acceder a los beneficios del proceso de Justicia y Paz

La Sala decide en única instancia la demanda que, en ejercicio de la acción de nulidad simple, presentó el ciudadano Carlos José Mansilla Jáuregui contra el Gobierno Nacional -Ministerio del Interior y de Justicia (hoy Ministerio de Justicia y del Derecho -en adelante el Ministerio), con el fin de que se declare la nulidad del Decreto 1364 de 25 de abril de 2008<sup>1</sup>, *“por medio del cual se adiciona el artículo 3º del Decreto Reglamentario 4760 del 30 de diciembre de 2005”*, expedido por el Gobierno Nacional -Ministerio del Interior y de Justicia.

La presente providencia tiene las siguientes partes: i) antecedentes; ii) consideraciones, y iii) resuelve; las cuales se desarrollan a continuación.

### I.- ANTECEDENTES

#### 1.- La demanda

El ciudadano Carlos José Mansilla Jáuregui, obrando en nombre propio, presentó demanda<sup>2</sup>, en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, CCA<sup>3</sup>, con el fin de solicitar la nulidad del Decreto 1364 de 25 de abril de 2008 *“por medio del cual se adiciona el artículo 3º del Decreto Reglamentario 4760 del 30 de diciembre de 2005”*, expedido por el Gobierno Nacional -Ministerio del Interior y de Justicia.

#### 1.1. La norma acusada

Es el Decreto 1364 de 25 de abril de 2008 *“por medio del cual se adiciona el artículo 3º del Decreto Reglamentario 4760 del 30 de diciembre de 2005”*, expedido por el Gobierno Nacional -Ministerio del Interior y de Justicia, cuyo contenido en el siguiente:

“[...] DECRETO 1364 DE 2008

(Abril 25)

Por medio del cual se adiciona el artículo 3º del Decreto Reglamentario 4760 del 30 de diciembre de 2005

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las conferidas por el artículo 189 - 11 de la Carta Política; los artículos 1º, 8º y 10 de la Ley 418 de 1997, modificada y prorrogada por las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002 y 1106 de 2006; el artículo 10 de la Ley 975

de 2005, y

DECRETA:

ARTÍCULO 1°. Adicionase el artículo 3º del Decreto 4760 del 30 de diciembre de 2005 con el siguiente párrafo:

"PARÁGRAFO 4°. Así mismo, el Gobierno Nacional, a través del Ministerio del Interior y de Justicia, podrá retirar la postulación que haya remitido a la Fiscalía General de la Nación, de acuerdo con el presente artículo, cuando considere que el desmovilizado ha incumplido con los compromisos de no incurrir en nuevas conductas delictivas. En cuyo caso, el Fiscal General de la Nación ordenará cesar de inmediato toda actuación que se tramite en el marco de la Ley 975 de 2005 con relación a esa persona, e informará a las demás autoridades judiciales para los efectos legales correspondientes".

ARTÍCULO 2°. El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición y deroga las disposiciones que le sean contrarias [...]”<sup>4</sup>.

### 1.2. Presupuestos fácticos

El actor sostiene que el Congreso de la República, mediante la Ley 975 de 25 de julio de 2005<sup>5</sup>, dictó “[...] disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios [...]”.

Indica que, la Ley 975 definió, entre otras materias, la competencia que tendrían las diferentes autoridades relacionadas con el proceso de reincorporación de miembros de grupos armados al margen de la ley, que se ha denominado legamente, proceso de justicia y paz.

En ese sentido, pone de presente que el artículo 16 de la Ley 975 dispuso “[...] Competencia. Recibido por la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, el, o los nombres de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley dispuestos a contribuir de manera efectiva a la consecución de la paz nacional, el fiscal delegado que corresponda, asumirá de manera inmediata la competencia para: 16.1 Conocer de las investigaciones de los hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley. 16.2 Conocer de las investigaciones que cursen en contra de sus miembros. 16.3 Conocer de las investigaciones que deban iniciarse y de las que se tenga conocimiento en el momento o con posterioridad a la desmovilización [...]”. Resaltado fuera de texto)

Por lo anterior, manifiesta que la competencia de la Fiscalía General de la Nación, Unidad Nacional de Fiscales para la Justicia y la Paz para tomar las decisiones correspondientes dentro de la etapa de investigación, surge a partir del momento en el que recibe el nombre o el listado de nombres de los postulados que le remite el Gobierno Nacional, decisiones que son de carácter judicial y, por tanto, de competencia de las autoridades judiciales.

### 1.3. Normas violadas y concepto de la violación

El demandante sostiene que el Decreto acusado vulnera los artículos 113, 116, 150 (numeral 1º), 228 y 250 de la Constitución Política y el artículo 16 de la Ley 975.

Como fundamento de lo anterior, expone el siguiente concepto de violación:

Estima que, el Decreto 1364 de 2008 vulnera el inciso 3º del artículo 116 de la Constitución Política, toda vez que la norma constitucional es clara al establecer que la investigación y juzgamiento de los delitos son funciones reservadas para los órganos de la rama judicial del poder público sin actuación alguna por parte de las entidades administrativas; de ahí a que, la decisión consistente en retirar la postulación que, el Gobierno Nacional previamente le ha entregado a la Fiscalía General de la Nación en el marco de la Ley 975, ostenta naturaleza estrictamente jurisdiccional y no administrativa.

Afirma que, la decisión del Gobierno Nacional consistente en retirar una postulación que previamente ha sido entregada a la Fiscalía General de la Nación, afecta el derecho del procesado a ser investigado y juzgado conforme a un procedimiento previamente establecido y por el funcionario competente o juez natural, todas estas garantías fundamentales amparadas por el derecho de acceso a la justicia.

Sostiene que, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que las funciones de investigación y acusación se ejercen de manera progresiva y ostentan naturaleza jurisdiccional. En el procedimiento especial de justicia y paz establecido en la Ley 975, comienza con la diligencia de versión libre y culmina con una acusación formulada ante la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial. En suma, todos los actos que surgen en la etapa de investigación, la cual comienza cuando la Unidad Nacional para la Justicia y la Paz de la Fiscalía General de la Nación recibe la lista de postulados que el Gobierno Nacional le envía previamente, ostentan el carácter de decisiones jurisdiccionales. De manera que, la decisión por medio de la cual se retira a un postulado, en cualquier etapa de la investigación o del juzgamiento, previsto en la Ley 975, es un acto jurisdiccional.

Por lo tanto, estima que el Gobierno Nacional, a través del Ministerio, no es un ente judicial ni puede desempeñar funciones jurisdiccionales. La función consistente en retirar la postulación de un desmovilizado, previa formulación de la Fiscalía General de la Nación, está relacionada directamente con las funciones de investigación y juzgamiento de hechos punibles. Así las cosas, es evidente que el Ministerio, ente encargado de retirar la postulación remitida a la Fiscalía General de la Nación, siempre que considere que el postulado ha incumplido el compromiso de no incurrir en nuevas conductas delictivas de conformidad con el Decreto 1368 de 2008, no puede ser dotado de la facultad de proferir actos

jurisdiccionales.

Manifiesta que, de conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política, únicamente mediante una ley de la República se podrá atribuir a entidades administrativas el ejercicio de funciones jurisdiccionales. En ese orden de ideas, estima que la norma demandada resulta inconstitucional por dos razones: en primer lugar, porque el Gobierno Nacional carece de competencia para atribuirse funciones estrictamente jurisdiccionales mediante la expedición de un decreto y; en segundo lugar, porque el artículo 116 constitucional es claro en establecer que deberá tramitarse y aprobarse un proyecto de ley que así lo disponga.

Indica que, la norma demanda vulnera lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 975, toda vez que esta dispone que una vez el Gobierno Nacional entrega la lista de postulados a la Fiscalía General de la Nación, esta asumirá la competencia sobre los desmovilizados referidos de manera inmediata. Así las cosas, una vez el Gobierno Nacional integre la lista de postulados de conformidad con los artículos 10 y 11 de la Ley 975, la entregará a la Fiscalía General de la Nación quien de inmediato asume competencia plena y absoluta para conocer de las investigaciones que: i) cursen en contra de los miembros de los Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley (GAOML), ii) cursen en contra de sus miembros; y iii) deban iniciarse y de las que se tenga conocimiento en el momento o con posterioridad a la desmovilización.

Pone de presente que estas normas establecen de manera expresa que, a partir de la entrega de la lista de postulados a la Unidad Nacional para la Justicia y la Paz de la Fiscalía General de la Nación, asumirá de manera completa la competencia, entre otros aspectos, para adelantar las investigaciones de las que se tengan conocimiento con posterioridad a la desmovilización. En ese sentido y, en tratándose de la decisión consistente en excluir a un desmovilizado del trámite y de los beneficios de la Ley 975, teniendo en cuenta la estrecha relación que guarda tal decisión con el derecho fundamental al debido proceso, en especial con la garantía del juez natural y el acceso a la administración de justicia, resulta inconstitucional que sea asumida por el Gobierno Nacional y no por la autoridad jurisdiccional respectiva.

Agrega que, la simple consideración del Gobierno Nacional de retirar a una persona desmovilizada, la cual fue postulada ante la Fiscalía General de la Nación para ser beneficiaria de la Ley de Justicia y Paz, sin ningún respaldo investigativo y probatorio, afecta las garantías fundamentales del investigado. El único órgano encargado constitucionalmente de investigar la comisión de delitos es la Fiscalía General de la Nación conforme lo dispone el artículo 250 de la Constitución Política, por lo tanto, el Gobierno Nacional no es competente para proferir actos jurisdiccionales en la investigación o en el juzgamiento de delitos.

Finalmente, sostiene que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia precisó que teniendo en cuenta el grado de afectación que representa al derecho fundamental al debido proceso la decisión de retirar a un postulado del trámite y los beneficios de la Ley 975, esta sería competencia exclusiva de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial; además sostuvo que una decisión en tal sentido requiere de un respaldo investigativo y probatorio suficientemente robusto recaudado por la Fiscalía General de la Nación, ente encargado constitucionalmente de llevar a cabo las investigaciones penales, y no constituye, tal como lo sugiere el decreto demandado, una manifestación de la discrecionalidad administrativa del Gobierno Nacional.

## 2. Trámite de la demanda

La Sección, mediante auto de 10 de diciembre de 2008<sup>6</sup>, admitió la acción de simple nulidad, negó la suspensión provisional de la norma demandada y dispuso notificar al Gobierno Nacional, a través del Ministro, conforme a lo dispuesto en el artículo 150 del Código Contencioso Administrativo, para que procediera a su contestación, propusiera excepciones, solicitara pruebas y allegara los documentos que pretendiera hacer valer como pruebas. La notificación del auto admisorio de la demanda se surtió por aviso<sup>7</sup> el 6 de octubre de 2009.

De igual modo, solicitó que se allegaran los antecedentes administrativos del Decreto acusado.

El proceso se fijó en lista<sup>8</sup> el 16 de octubre de 2009.

### 2.1. Contestación de la demanda

El Ministerio no contestó la demanda.

### 2.2. Alegatos de conclusión

El Despacho sustanciador, mediante auto<sup>9</sup> proferido el 4 de agosto de 2014, corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que en el término de diez (10) días presentaran sus alegatos de conclusión.

#### 2.2.1. Las partes

i) La parte demandante no presentó alegatos de conclusión

ii) El Ministerio solicita al Consejo de Estado se declare inhibido para proferir decisión de fondo, por ineficacia absoluta del acto administrativo, dado que el Decreto 1364 de 2008 fue derogado expresamente por el artículo 99 del Decreto 3011 de 2013, reglamentario de las Leyes 975, 1448 de 10 de junio de 2011<sup>10</sup> y 1592 de 3 de diciembre de 2012<sup>11</sup>. Adicional a lo anterior, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 12 de febrero de 2009, inaplicó por inconstitucional la norma demandada.

De manera que, resulta válido sostener que el acto administrativo demandado, al no haber producido efectos jurídicos, más que una pérdida de

ejecutoriedad o decaimiento del mismo, ha sufrido una ineficacia absoluta, razón por la cual daría lugar a una decisión inhibitoria.

### 2.2.2. El concepto del Ministerio Público

El Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa, notificado en la oportunidad procesal correspondiente, solicita se declare la nulidad del Decreto 1364 de 2008 expedido por el Gobierno Nacional, por considerar que se desvirtúa la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo acusado.

El Agente del Ministerio Público comienza por advertir que la Ley 975 tuvo por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley (artículo 1°). Esta ley se encargó de regular lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertinencia a esos grupos, que hubieren decidido desmovilizarse (artículo 2°).

Refiere a que la investigación y juzgamiento se encuentra previsto en los artículos 16 a 28 de la Ley 975 y conforme el artículo 16, que se denuncia violado, se establece que: recibido por la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz, el, o los nombres de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley dispuestos a contribuir de manera efectiva a la consecución de la paz nacional, el fiscal delegado que corresponda, asumirá de manera inmediata la competencia para: i) conocer de las investigaciones de los hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley; ii) conocer de las investigaciones que cursen en contra de sus miembros; y iii) conocer de las investigaciones que deban iniciarse y de las que se tenga conocimiento en el momento o con posterioridad a la desmovilización.

Manifiesta que el Decreto 4760 de 2005, adicionado por la disposición acusada, en relación con la lista de postulados para acceder al procedimiento de la Ley 975, dispuso que las listas de postulados podrán integrarse con los nombres e identidades de los miembros de los grupos armados al margen de la ley que se hayan desmovilizado colectivamente o a quienes se hayan desmovilizado voluntariamente de manera individual, siempre que contribuyan a la consecución de la paz nacional y hayan entregado información o colaborado para el desmantelamiento del grupo al que pertenecían y suscrito un acta de compromiso con el Gobierno Nacional. Estas listas serán enviadas al Ministerio por el Alto Comisionado para la Paz y por el Ministro de Defensa y, dicho Ministerio las remitirá formalmente a la Fiscalía General de la Nación.

Señala que, conforme lo expresa la Corte Constitucional (Sentencia C-752 de 2013), el procedimiento penal especial, previsto en la Ley 975, está integrado por dos fases: una administrativa y otra judicial. La segunda de ellas a cargo de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz y de los Tribunales de Justicia y Paz, a quienes les corresponde, una vez han recibido la lista correspondiente de postulados, llevar a cabo la investigación, juzgamiento, imposición de la sanción y aplicación de los beneficios judiciales.

Puso de presente que, la etapa judicial del procedimiento especial de justicia y paz principia con la recepción, por parte de los funcionarios competentes de la Fiscalía General de la Nación, de la lista de postulados, razón por la que cualquier decisión que se profiera en dicha etapa corresponde adoptarla a la (sic) autoridades judiciales correspondientes, y entre tales decisiones se encuentra la atinente a la exclusión de quienes aspiraban a ser beneficiarios de la Ley de justicia y paz.

Adicional a lo anterior, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, aplicó la excepción de inconstitucionalidad en relación con la norma que aquí es demandada, argumentando que “[...] el Decreto 1364 de 2008, no solo asoma ilegal, porque lejos de reglamentar el trámite de la Ley de Justicia y Paz, lo desnaturaliza completamente, al punto de contradecir abiertamente la misma norma que busca complementar, sino que se erige en claramente violatorio de la Constitución Nacional, específicamente de los artículos 29, consagradorio del debido proceso y el derecho de defensa, y 228, 229 y 230, en cuanto verifican la independencia de la Administración de Justicia y el libre acceso a la misma [...]”<sup>12</sup>.

Siguiendo esta misma postura, la Corte Constitucional en la citada sentencia (C-752 de 2013), al referirse al mecanismo de exclusión, que dicho sea de paso solo fue regulado con la entrada en vigencia de la Ley 1592 de 2012, indicó: “[...] Con respecto al procedimiento a seguir, habrá de destacarse inicialmente, que la decisión de excluir a un postulado del proceso de justicia y paz debe ser adoptada en audiencia pública por la correspondiente Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial, a solicitud del fiscal del caso, y debe estar motivada fáctica, probatoria y jurídicamente (Ley 975, art. 11A y 13). Ciertamente, si el postulado incumple los requisitos de elegibilidad o alguna obligación legal o judicial, no obstante que el Gobierno lo haya incluido en lista, es obligación del fiscal delegado acudir ante la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, a fin de obtener la desvinculación de la persona en audiencia a través del mecanismo de la exclusión [...]”.

Concluye que, los anteriores argumentos permiten manifestar que la norma demandada, lesiona gravemente la separación de poderes y la independencia judicial (artículos 113 y 228 de la Carta Política), así como el debido proceso de las personas postulados, en atención a que, como lo indicó la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la norma ni siquiera establece cómo debe acreditar el Gobierno Nacional que el desmovilizado ha incumplido con la obligación de no incurrir en nuevas actividades delictivas.

## II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer del presente asunto, en los términos del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, en adelante C.C.A., aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 308 de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011<sup>13</sup>.

La Sala abordará el estudio de las consideraciones en las siguientes partes: i) cuestión previa, ii) el problema jurídico; iii) el decaimiento del acto administrativo demandado, iv) el marco normativo y jurisprudencial sobre el proceso de Justicia y Paz, v) la naturaleza jurídica de la exclusión de los postulados a los beneficios de la Justicia y Paz, y finalmente, vi) resolverá el problema jurídico planteado en el caso concreto.

## 2. Cuestión previa

2.1. La separación del H. Consejero de Estado, doctor Roberto Augusto Serrato Valdés, de la decisión del presente proceso, por habersele aceptado la manifestación de impedimento<sup>14</sup>, mediante proveído de 9 de abril de 2018.

El Consejero sustanciador, mediante providencia<sup>15</sup> de 12 de marzo de 2018, separó al H. Consejero de Estado, doctor Roberto Augusto Serrato Valdés del conocimiento de este proceso, por configurarse la causal de impedimento prevista en el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión expresa del artículo 160 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto en el expediente consta que en su condición de Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa, intervino en el proceso durante el traslado para alegar de conclusión y rindió concepto<sup>16</sup> el 4 de septiembre de 2014, en el cual solicitó negar las súplicas de la demanda, por considerar que no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto acusado.

## 3. Problema Jurídico

El problema jurídico que la Sala debe resolver se contrae a determinar si, el Gobierno Nacional, a través del Ministerio, al expedir el Decreto 1364 de 25 de abril de 2008, por el cual se adiciona el artículo 3 del Decreto Reglamentario 4760 de 30 de diciembre de 2005, contravino los artículos 113, 116, 150 (numeral 1º), 228 y 250 de la Constitución Política y 16 de la Ley 975, dado que, a juicio del demandante, el Gobierno Nacional carece de competencia para retirar la postulación de los beneficiarios de la Ley de Justicia y Paz, una vez entregue la lista con los nombres respectivos a la Fiscalía General de la Nación, toda vez que a partir de ese momento, se inicia un procedimiento de investigación y juzgamiento por parte de las autoridades respectivas y, todas las decisiones que estas profieran en esa etapa, son de naturaleza jurisdiccional y no administrativas.

A fin de resolver el problema jurídico planteado, resulta pertinente pronunciarse de manera previa sobre: i) el decaimiento del decreto demandado en virtud de su derogatoria, ii) el marco normativo y jurisprudencial sobre el proceso de Justicia y Paz, iii) la naturaleza jurídica de la decisión consistente en excluir o retirar de los postulados a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, y iv) el análisis del caso concreto.

### i) El decaimiento del decreto demandado

Previo a iniciar el estudio de fondo del presente caso, es necesario hacer referencia al argumento planteado por el Ministerio, relacionado con el decaimiento del acto demandado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 99 del Decreto 3011 de 26 de diciembre de 2013<sup>17</sup>, el cual derogó el acto acusado, es decir, el Decreto 1364 de 2008.

En efecto, tal como lo afirmó el Ministerio, el Decreto 3011 de 2013 dejó sin fundamento el decreto demandado y produjo sin duda su decaimiento y la pérdida de su fuerza ejecutoria.

Esta Sección ha precisado en varias oportunidades<sup>18</sup> que, si bien la derogatoria de un acto administrativo produce su decaimiento, en nada impide que el juez contencioso administrativo realice un pronunciamiento de fondo, toda vez que el mismo tuvo su vigencia desde que se expidió hasta cuando fue derogado por uno nuevo, es decir que durante ese lapso bien pudo producir efectos jurídicos. Así lo precisó la Sección:

"[...] La Sala reitera el criterio jurisprudencial consignado, entre otras, en la sentencia de 16 de febrero de 2001 (C.P. doctora Olga Inés Navarrete Barrero) que prohijó la tesis sobre la sustracción de materia que consignó la Sala Plena en sentencia de 14 de enero de 1991, (C.P. doctor Gustavo Arrieta Padilla, Expediente S-157). En la citada providencia, se lee: '...Pero si bien es cierto, como lo ha sostenido esta Corporación, que la declaración de pérdida de fuerza ejecutoria de un acto administrativo no puede solicitarse al juez de lo contencioso administrativo, pues no existe una acción autónoma que lo permita, no lo es menos que nada impide que con respecto a los actos administrativos respecto de los cuales se ha producido el fenómeno del DECAIMIENTO, se produzca un fallo de nulidad, pues en este evento se ataca la configuración de los elementos del acto administrativo al momento de su nacimiento, y su concordancia con el régimen jurídico que debió respetar tanto en su jerarquía normativa, como en el procedimiento para su expedición, mientras que, el fenómeno producido por la desaparición del fundamento de derecho de un acto administrativo, tiene efectos hacia el futuro sin afectar la validez del acto por todo el tiempo de su existencia jurídica.

En efecto, en la práctica bien pudo haberse producido la expedición de actos administrativos creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas con base en aquel del que se predica el fenómeno del DECAIMIENTO, por declaratoria de inexecutable de la ley o por declaratoria de nulidad de la norma sustento de derecho y, como quiera que tal fenómeno en nada afecta la validez del acto administrativo, no se afecta el principio de la presunción de legalidad del acto administrativo, ya que el juzgamiento de la legalidad de un acto administrativo debe hacerse con relación a las circunstancias vigentes al momento de su expedición.

No hay, por lo tanto, razón alguna que imposibilite proferir fallo de fondo con respecto a la legalidad de un acto respecto del cual se ha producido el fenómeno del DECAIMIENTO, entendiendo que dicho fallo abarcará el lapso durante el cual dicho acto administrativo estuvo vigente, lapso durante el cual el acto administrativo gozó de presunción de legalidad.

Lo anterior, por cuanto para que se produzca un fallo de mérito respecto de un acto administrativo, no se requiere que el mismo se encuentre produciendo efectos, tal como se sostuvo por esta Sección en providencia de fecha junio 15 de 1992, pues sólo el fallo de nulidad, al producir efectos *ex tunc*, desvirtúa la presunción de legalidad que acompañó al acto administrativo mientras éste produjo sus efectos.

La nulidad que se ha solicitado, concierne a la validez del acto administrativo y en el evento de prosperar, se remonta hasta el momento de su expedición, mientras que la causal de decaimiento que acaeció estando en trámite este proceso, atañe a circunstancias posteriores al nacimiento del acto administrativo y no atacan la validez del mismo. Pudiera decirse que cuando se produce el fenómeno del decaimiento, el acto administrativo sobrevive en el mundo jurídico, porque no existe fallo de nulidad que lo saque del mismo, pero ha perdido uno de sus caracteres principales, cual es el de ser ejecutorio, lo que implica que la administración no puede hacerlo cumplir [...]”<sup>19</sup>.

Conforme a lo anterior, la Sala procede a analizar de fondo los cargos formulados por la parte demandante contra el decreto cuestionado dado que, el decaimiento de los actos administrativos no constituye una causal que vicie de nulidad a los mismos y no impide el enjuiciamiento de su legalidad, pues los actos administrativos siguen amparados por la presunción de legalidad y su enjuiciamiento debe efectuarse con base en los fundamentos de hecho y de derecho existentes en el momento de su expedición; máxime si se considera que sólo el fallo de nulidad, al producir efectos *ex tunc*, desvirtúa la presunción de legalidad que los acompañó mientras produjeron efectos.

## ii) El marco normativo y jurisprudencial sobre el proceso de Justicia y Paz

El artículo 1º de la Ley 975 establece que el objeto del proceso de justicia y paz consiste en: “[...] *facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o 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* [...]”.

A su vez, el artículo 2º *ibídem* regula lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional.

En ese sentido, el artículo 10 *ídem* dispone que los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley que hayan sido o puedan ser imputados, acusados o condenados como autores o partícipes de hechos delictivos, cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, podrán acceder a los beneficios que establece la Ley de Justicia y Paz, siempre que se encuentren en el listado que el Gobierno Nacional remita a la Fiscalía General de la Nación.

De conformidad con lo previsto en el artículo 16 de la Ley de Justicia y Paz, una vez el Gobierno Nacional remita a la Unidad Nacional de Fiscalía el listado de los nombres de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, dispuestos a contribuir de manera efectiva a la consecución de la paz nacional, el fiscal delegado que corresponda, asumirá de manera inmediata la competencia para: i) conocer de las investigaciones de los hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley, ii) conocer de las investigaciones que cursen en contra de sus miembros, y iii) conocer de las investigaciones que deban iniciarse y de las que se tenga conocimiento en el momento o con posterioridad a la desmovilización.

Esa misma norma señala que, el Tribunal Superior de Distrito Judicial correspondiente será competente para conocer del juzgamiento de las conductas punibles a que se refiere esta ley.

Con relación a la lista de postulados de las personas que quieran acceder a los beneficios que establece la Ley de Justicia y Paz, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4760 de 30 de diciembre de 2005<sup>20</sup>, norma que fue adicionada posteriormente por el acto acusado en el caso presente, la cual dispuso lo siguiente en el artículo 3º:

“[...] Artículo 3.- Listas de postulados. Las listas de postulados para acceder al procedimiento de que trata la Ley 975 de 2005 que remita el Gobierno Nacional a consideración de la Fiscalía General de la Nación podrán integrarse con los nombres e identidades de los miembros de los grupos armados al margen de la ley que se hayan desmovilizado colectivamente de conformidad con la Ley 782 de 2002. Tratándose de lo dispuesto en el párrafo del artículo 10 de la Ley 975 de 2005, una vez surtida la desmovilización del grupo armado al margen de la ley, el miembro representante informará por escrito al Alto Comisionado sobre la pertenencia al mismo de quienes se encuentren privados de la libertad, la cual en su oportunidad será determinada en la respectiva providencia judicial.

También podrá incluir en las listas a quienes se hayan desmovilizado voluntariamente de manera individual de conformidad con la Ley 782 de 2002, siempre que contribuyan a la consecución de la paz nacional y hayan entregado información o colaborado para el desmantelamiento del grupo al que pertenecían y suscrito un acta de compromiso con el Gobierno Nacional.

En todo caso será necesario que los desmovilizados hayan manifestado previamente y por escrito ante el Alto Comisionado para la Paz o al Ministro de Defensa, según se trate de desmovilizados colectiva o individualmente, su voluntad de ser postulados para acogerse al procedimiento y beneficios previstos por la Ley 975 de 2005 y declaren bajo la gravedad del juramento su compromiso de cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 10 y 11 de esta, según corresponda.

Las listas de postulados serán enviadas al Ministro del Interior y Justicia por el Alto Comisionado para la Paz, y por el Ministro de Defensa, según sea el caso. El Ministerio del Interior y Justicia las remitirá formalmente a la Fiscalía General de la Nación.

En ningún caso la postulación realizada por el Gobierno Nacional implica la concesión automática de los beneficios previstos en la Ley 975 de

2005 ni el aval sobre el cumplimiento de los requisitos allí contemplados.

La 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 de 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.

Parágrafo 1°. Si durante la desmovilización colectiva o individual, los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley realizan actos de cumplimiento de los requisitos previstos en los numerales 10.2, 10.3 o 10.6 del artículo 10 y 11.5 del artículo 11 de la citada ley, se levantará un acta suscrita por quien certifica la desmovilización.

Tratándose de entrega de bienes, tal situación se pondrá en conocimiento inmediato de la Fiscalía General de la Nación con el fin de que se adopten las medidas cautelares del caso y se dejen a disposición del Fondo para la Reparación de las Víctimas, de conformidad con lo dispuesto en el presente decreto.

El acta, junto con los demás medios probatorios establecidos en la ley, servirá para verificar el cumplimiento de tales requisitos.

Parágrafo 2°. Para efectos de apoyar los procesos de identificación e individualización, que deban adelantar las autoridades competentes, de los miembros de los grupos organizados al margen de la ley que se incluyan en la lista de que trata el presente artículo, la Registraduría Nacional del Estado Civil realizará su identificación con ocasión de la desmovilización surtida de conformidad con la Ley 782 de 2002, o si es del caso con posterioridad a ella. Las autoridades administrativas prestarán la colaboración del caso [...].

Para efectos de complementar el marco normativo y jurisprudencial del proceso de Justicia y Paz, cabe poner de presente que, posteriormente a la expedición del acto acusado, el artículo 5 de Ley 1592 de 3 de diciembre de 2012<sup>21</sup> adicionó el artículo 11A de la Ley 975, el cual estableció las causales de terminación del proceso de Justicia y Paz y exclusión de la lista de postulados.

En efecto, el artículo 5 de Ley 1592 dispuso lo siguiente:

"[...] Los desmovilizados de grupos armados organizados al margen de la ley que hayan sido postulados por el Gobierno nacional para acceder a los beneficios previstos en la presente ley serán excluidos de la lista de postulados previa decisión motivada, proferida en audiencia pública por la correspondiente Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial, en cualquiera de los siguientes casos, sin perjuicio de las demás que determine la autoridad judicial competente:

1. Cuando el postulado sea renuente a comparecer al proceso o incumpla los compromisos propios de la presente ley.
2. Cuando se verifique que el postulado ha incumplido alguno de los requisitos de elegibilidad establecidos en la presente ley.
3. Cuando se verifique que el postulado no haya entregado, ofrecido o denunciado bienes adquiridos por él o por el grupo armado organizado al margen de la ley durante y con ocasión de su pertenencia al mismo, de forma directa o por interpuesta persona.
4. Cuando ninguno de los hechos confesados por el postulado haya sido cometido durante y con ocasión de su pertenencia a un grupo armado organizado al margen de la ley.
5. Cuando el postulado haya sido condenado por delitos dolosos cometidos con posterioridad a su desmovilización, o cuando habiendo sido postulado estando privado de la libertad, se compruebe que ha delinquido desde el centro de reclusión.
6. Cuando el postulado incumpla las condiciones impuestas en la audiencia de sustitución de la medida de aseguramiento de que trata el artículo 18A de la presente ley [...]. (Resaltado fuera de texto)

En ese orden de ideas, los miembros de los grupos armados al margen de la ley que se hayan desmovilizado y quieran acceder a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, deben estar incluidos por el Gobierno Nacional en un listado el cual debe remitirse a la Fiscalía General de la Nación para dar inicio a la etapa de investigación y, posteriormente, el Tribunal Superior de Distrito Judicial correspondiente realizará el respectivo juzgamiento de las conductas punibles a que se refiere esta ley.

Cabe advertir que, como lo dispone la norma, la postulación realizada por el Gobierno Nacional en modo alguno implica la concesión automática de los beneficios previstos en la Ley de Justicia y Paz, ni el aval sobre el cumplimiento de los requisitos allí establecidos. La verificación del cumplimiento de los requisitos de elegibilidad corresponde a las autoridades judiciales, quienes contarán con la colaboración que deberán prestar los demás organismos del Estado, dentro del ámbito de sus funciones.

En ese sentido, la Corte Constitucional, al decidir la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 8 y 37 de la Ley 1592, mediante sentencia C-752 de 2013<sup>22</sup>, precisó que el procedimiento penal especial, fijado en la Ley 975, está integrado por dos fases, a saber: i) la primera es la fase administrativa, la cual está a cargo del Gobierno Nacional, en tanto le corresponde elaborar la lista con los nombres de los miembros de grupos armados al margen de la ley que aspiren a obtener los beneficios reconocidos en esta ley; y ii) la segunda corresponde a la fase judicial, la cual está a cargo de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz y de los Tribunales de Justicia y Paz, a quienes les

corresponde, una vez reciben la lista de postulados, llevar a cabo la correspondiente investigación, juzgamiento, imposición de la sanción y aplicación de los beneficios judiciales.

En esa oportunidad, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

[...] 7.1. Dentro de marco jurídico descrito, el procedimiento penal especial fijado en la Ley 975 de 2005 para justicia y paz, está integrado básicamente por dos fases: una administrativa y otra judicial. La primera corre por cuenta del Gobierno Nacional, en cuanto que a él le corresponde elaborar la lista con los nombres de los miembros de grupos armados al margen de la ley que aspiren a obtener los beneficios reconocidos. La segunda, la judicial, se encuentra a cargo de la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz y de los Tribunales de Justicia y Paz, a quienes corresponde, una vez recibida la lista correspondiente de postulados, llevar a cabo lo concerniente a la investigación, juzgamiento, imposición de la sanción y aplicación de los beneficios judiciales.

7.2. En lo que hace a la etapa judicial, la citada ley prevé su desarrollo de la siguiente manera. Una vez recibida la lista de postulados remitida por el Gobierno Nacional, le corresponde al fiscal delegado, de acuerdo con los criterios de priorización que establezca el Fiscal General de la Nación, asumir de manera inmediata la competencia para conocer: (i) de las investigaciones de los hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley; (ii) de las investigaciones que cursen en contra de sus miembros; y (iii) de las investigaciones que deban iniciarse y de las que se tenga conocimiento en el momento o con posterioridad a la desmovilización (art. 16). En esta instancia, la fiscalía lleva a cabo una *investigación preliminar* con el fin de establecer la verdad material, determinar las conductas punibles, sus autores, *identificar bienes*, fuentes de financiación, entre otros elementos.

7.3. Después de asumida la competencia para investigar, el fiscal delegado recibe la declaración de *versión libre y confesión* del postulado, en la cual lo interroga acerca de los hechos de que tenga conocimiento. Dicha diligencia se desarrolla en presencia del apoderado del postulado y éste tiene la obligación de confesar de manera completa y veraz los hechos delictivos en los que participó y de que tenga conocimiento, así como de indicar los bienes que entregará, ofrecerá o denunciará para contribuir a la reparación integral de las víctimas, que sean de su titularidad real o aparente o del grupo armado organizado al margen de la ley al que pertenecieron, entre otros elementos (artículo 17). Con base en la *versión libre*, el Fiscal elabora un *programa metodológico* para iniciar la investigación, comprobar la veracidad de la información suministrada y esclarecer los patrones y contextos de criminalidad y victimización. En esta fase es posible solicitar medidas cautelares sobre los bienes destinados a la reparación de las víctimas (art. 17).

7.4. Teniendo en cuenta el alcance reconocido a la diligencia de versión libre y confesión, la misma constituye el momento procesal en el cual el postulado materializa y hace manifiesta su voluntad expresa de acogerse al procedimiento y beneficios de la ley, pues en ella se obliga a declarar la verdad, en particular, a declarar todos los bienes adquiridos ilícitamente, con los cuales se compromete a contribuir a la reparación integral de las víctimas. En ese sentido, es también el primer referente procesal con que cuenta la fiscalía para verificar si el postulado honra su compromiso, es decir, si actúa con la intención real de hacer entrega de bienes e indemnizar a sus víctimas, o si lo hace como una manera de dilatar el proceso penal, pues el ofrecimiento de los bienes es indicativo de que tan cierto es el propósito que tiene de reconciliación. En este escenario, es importante resaltar que la fiscalía, según surge de la propia ley y la jurisprudencia, es el ente encargado de verificar el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad y la voluntad constante del postulado de ser beneficiario de la pena alternativa.

7.5. Tal y como lo ha destacado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el *“rol de la fiscalía en el contexto de la versión libre no es pasivo. Tiene el deber institucional de interrogar al desmovilizado para lograr el esclarecimiento de la verdad, que constituye un presupuesto de la investigación y de la labor de verificación que debe agotar con miras a consolidar una formulación de cargos. Sin embargo, antes de iniciar el cuestionario deberá inquirirlo sobre si es su voluntad expresa de acogerse al procedimiento y beneficios de la Ley, como requisito para adelantar las demás etapas del proceso judicial. El desmovilizado, por su parte, “está obligado a efectuar una confesión completa y veraz de los hechos delictivos en los que participó y de todos aquellos que tenga conocimiento durante y con ocasión de su pertenencia al grupo organizado al margen de la ley, así como informar las causas y circunstancias de tiempo, modo y lugar de su participación en los mismos o de los que le conste, para asegurar el derecho a la verdad. Adicionalmente, deberá indicar la fecha de ingreso al respectivo frente o bloque y enumerar todos los bienes de origen ilícito que deberán ser entregados para efectos de reparar a las víctimas”.*

7.6. Cumplida la declaración de *versión libre y confesión*, se da paso a la audiencia de *formulación de imputación* ante el magistrado que ejerce la función de control de garantías (artículo 18). Esta audiencia tiene como finalidad la iniciación formal de la investigación penal, y en ella el fiscal hace la imputación fáctica de los cargos investigados y confesados y solicita al magistrado disponer la detención preventiva del imputado en el centro de reclusión que corresponda. Igualmente, puede solicitar la adopción de las medidas cautelares sobre los bienes para efectos de la contribución a la reparación integral de las víctimas.

7.7. A partir de la audiencia de *formulación de imputación*, y dentro de los 60 días siguientes, la Fiscalía General de la Nación, con el apoyo de la policía judicial, adelanta las labores de investigación y verificación de los hechos admitidos por el imputado, y todos aquellos de los cuales tenga conocimiento dentro del ámbito de su competencia (art. 18). Finalizado dicho término de investigación, el fiscal del caso solicita a la sala de conocimiento la programación de una audiencia concentrada de *formulación y aceptación de cargos*. En ella, el postulado podrá aceptar los cargos que le fueron imputados por la Fiscalía General de la Nación. No obstante, la aceptación de cargos solo tendrá validez si se hizo de manera libre, voluntaria y espontánea, y siempre que el postulado haya estado asistido por su defensor (art. 19).

7.8. Aceptada la formulación de cargos por parte del imputado, se convocará a la audiencia de *verificación de la aceptación de cargos*, con el fin de examinar si la aceptación se efectuó de manera libre, voluntaria, espontánea y asistida por el defensor del imputado. Dicha audiencia se realiza ante los Magistrados con Funciones de Conocimiento de Justicia y Paz, quienes deben controlar la legalidad de la aceptación de cargos en lo relativo a la calificación jurídica de los hechos, en el sentido que aquella debe efectivamente corresponder a los que obran en el expediente (art. 19). Cabe destacar que, en la misma audiencia en la que se declara la legalidad de la aceptación total o parcial de los cargos formulados, se



da inicio de manera oficiosa al incidente para la identificación de las afectaciones causadas a las víctimas con la conducta criminal.

7.9. Finalmente, concluido el incidente de identificación de afectaciones, se procede a dictar sentencia, en donde se verificará el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad contenidos en los artículos 10 y 11 de la Ley 975 de 2005, entre otros aspectos, y, de encontrarse cumplidos, se suspenderá la ejecución de la pena que se imponga de acuerdo con el Código Penal y habrá lugar al beneficio de la pena alternativa. Una vez se cumpla la pena alternativa, se concede la libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, en donde el condenado tiene la obligación de no reincidir en los delitos por los cuales fue penado, de presentarse periódicamente a la autoridad que corresponda y de informar el cambio de residencia de llegar a ocurrir, cumplido lo anterior, se declarará que se extinguió la pena ordinaria haciendo tránsito a cosa juzgada (art. 24). En todo caso, en el evento en que el condenado incumpla alguno de los compromisos u obligaciones determinados en la sentencia se le revocará el beneficio de la pena alternativa y, en consecuencia, deberá cumplir la sanción principal y las accesorias que le fueron impuestas. Cabe señalar que contra los autos interlocutorios y sentencias, procede el recurso de apelación cuya competencia está en cabeza de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (art. 26) [...]”.

Finalmente, la Corte Constitucional, en la sentencia referenciada, precisó que el proceso de Justicia y Paz debe llevarse a cabo con pleno acatamiento a las normas constitucionales y a los tratados internacionales ratificados por Colombia, así como también, respetando el derecho al debido proceso, el derecho de defensa y las garantías judiciales de los procesados.

iii) La naturaleza jurídica de la exclusión de los postulados a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz

La figura jurídica de la exclusión de los postulados a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz no fue definido por la ley sino por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, como el mecanismo por medio del cual la autoridad judicial de conocimiento del proceso de justicia y paz expulsa al postulado de dicho trámite, previa solicitud que presenta la Fiscalía General de la Nación.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia<sup>23</sup> ha precisado al respecto lo siguiente:

*“[...] la exclusión del postulado de los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, opera cuando éste no cumple con los requisitos generales y objetivos establecidos en la Ley 975 de 2005 para su vinculación al trámite especial, o cuando en curso del proceso o dentro de la ejecución de la pena alternativa dispuesta por la justicia, incumple con las obligaciones propias de su condición [...]”.*

A su vez, la misma la Sala de la Corte Suprema de Justicia, mediante providencia de 12 de febrero de 2009<sup>24</sup>, sostuvo que la exclusión de la lista de postulados se tiene que hacer mediante decisiones de carácter judicial que conciernen privativamente a los Magistrados de la Salas de Justicia y Paz de los Tribunales Superiores y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en primera y segunda instancia, respectivamente. En esa oportunidad, la Corte Suprema de Justicia dijo:

*“[...] 10. A partir del momento en que una persona hace parte de la lista de postulados en manos de la Fiscalía, compete a la jurisdicción, en forma exclusiva y excluyente, otorgar beneficios a los postulados que reúnan los requisitos consagrados en las normas o excluirlos de los mismos. En otros términos: la inclusión de una persona en lista de postulados a los beneficios que pueda recibir en los términos de la especialísima legislación o la exclusión de ellos, se tiene que hacer mediante decisiones de carácter judicial que conciernen privativamente a los Magistrados de la Salas de Justicia y Paz de los Tribunales Superiores y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en primera y segunda instancia, respectivamente [...]”*

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional, al decidir la demanda de inconstitucionalidad de algunos artículos de la Ley 1592, norma que modificó la Ley 975, en sentencia C-752 de 2013, puso de presente que: *“[...] la Ley 975 no estableció formalmente la figura de la exclusión, esto es, no elevó a la categoría de norma especial la posibilidad de excluir a los postulados del proceso de justicia y paz, cuando éstos no cumplen los requisitos de elegibilidad o cualquier otra obligación legal o judicial tanto en el curso del proceso como en la ejecución de la sentencia. No obstante, ante la necesidad inaplazable de definir el futuro de quienes no honraran sus compromisos, dicho vacío legal fue entonces cubierto por vía de interpretación por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, con base en el parágrafo 1° del artículo 19 y el artículo 21 de la citada Ley 975, que regulan las figuras de la aceptación de cargos y la ruptura de la unidad procesal [...]”.*

En la misma sentencia, la Corte Constitucional sostuvo que la aplicación de la exclusión por vía jurisprudencial, se extendió hasta la expedición de la Ley 1592 de 3 de diciembre de 2012<sup>25</sup>, que la reguló expresamente en el artículo 5°, al incluir un nuevo artículo 11A a la Ley 975, titulado *“Causales de terminación del Proceso de Justicia y Paz y exclusión de la lista de postulados”*. En dicha norma se establecen las causales de exclusión y se señala el procedimiento que se debe seguir para su aplicación, el cual se ve complementado con otras disposiciones de la ley que le resultan a su vez plenamente aplicables.

Se evidencia entonces que, de conformidad con lo previsto en la Ley 975 y la jurisprudencia anteriormente transcrita, la decisión atinente a la exclusión o retiro de las listas de quienes aspiran a ser beneficiarios de la Ley de Justicia y Paz es una decisión jurisdiccional que está a cargo de la Sala del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Justicia y Paz, entidad que debe verificar el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad para ser beneficiario de este proceso especial.

iv) La resolución del problema jurídico planteado en el caso concreto

La parte demandante pretende la nulidad del Decreto 1364 de 25 de abril de 2008<sup>26</sup>, *“por medio del cual se adiciona el artículo 3° del Decreto Reglamentario 4760 del 30 de diciembre de 2005”*, expedido por el Ministerio del Interior y de Justicia, porque a su juicio, el Gobierno Nacional carece de competencia para retirar la postulación de los beneficiarios de la Ley de Justicia y Paz, una vez entregue la lista con los nombres

respectivos a la Fiscalía General de la Nación, toda vez que a partir de ese momento, se inicia un procedimiento de investigación y juzgamiento por parte de las autoridades respectivas y, todas las decisiones que estas profieran en esa etapa, son de naturaleza jurisdiccional y no administrativas.

En efecto, el acto demandado dispone que el Gobierno Nacional, a través del Ministerio del Interior y de Justicia, podrá retirar la postulación que haya remitido la Fiscalía General de la Nación, cuando considere que el desmovilizado ha incumplido con los compromisos de no incurrir en nuevas conductas delictivas.

Llama la atención de la Sala que la Corte Suprema de Justicia<sup>27</sup>, Sala de Casación Penal, aplicó la excepción de inconstitucionalidad en relación con la norma que en el presente asunto se demandada, esto es, el Decreto 1364 de 2008, por considerar que: “[...] *lejos de reglamentar las normas constitucionales y legales, en particular lo contemplado en la Ley 975 de 2005, que consagran el trámite de justicia y paz, pasa por encima de su teleología y regulación procedimental concreta, introduciendo un factor desestabilizador de la lógica y coherencia del proceso, incluso contraviniendo el mismo artículo 3° del Decreto 4760 de 2005, que dice querer complementar [...]*”.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia en esa misma providencia, precisó que “[...] *es claro que desde el mismo momento en el cual el desmovilizado ha sido postulado a los beneficios de Justicia y Paz, incluyéndose en la lista enviada a la Fiscalía, ha adquirido el derecho a que los jueces analicen su caso, verifiquen el cumplimiento de las condiciones establecidas para acceder a esos beneficios [...]*” (Resaltado fuera de texto).

En esa oportunidad, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sostuvo lo siguiente:

“[...] De entrada, la Corte advierte de la ilegalidad del artículo en cuestión, pues, de un lado, lejos de reglamentar las normas constitucionales y legales, en particular lo contemplado en la Ley 975 de 2005, que consagran el trámite de justicia y paz, pasa por encima de su teleología y regulación procedimental concreta, introduciendo un factor desestabilizador de la lógica y coherencia del proceso, incluso contraviniendo el mismo artículo 3° del Decreto 4760 de 2005, que dice querer complementar.

Si, como se dijo ampliamente, en el procedimiento de justicia y paz se distinguen claramente una fase administrativa, a cargo del Gobierno Nacional y concretamente dirigida a favorecer la desmovilización, para luego elaborar las listas de integrantes de los grupos ilegales postulados para recibir los beneficios de justicia y paz; y otra judicial, que comienza con la recepción de la lista de postulados en manos de la Fiscalía General de la Nación, mal puede el Gobierno Nacional, motu proprio, “ordenar” al fiscal General de la Nación que cese de inmediato toda actuación, como si de verdad el trámite judicial, gobernado por la independencia y autonomía de los funcionarios que lo adelantan, pudiera ser interferido sin miramientos.

Es claro que desde el mismo momento en el cual el desmovilizado ha sido postulado a los beneficios de Justicia y Paz, incluyéndose en la lista enviada a la Fiscalía, ha adquirido el derecho a que los jueces analicen su caso, verifiquen el cumplimiento de las condiciones establecidas para acceder a esos beneficios y, de no cumplirse ellos, se pronuncie expresamente acerca de las razones que motivan la exclusión.

Ello, en cumplimiento de elementales principios de respeto a derechos tales como los del debido proceso y defensa.

Porque, huelga decirlo, esa especie de orden sumarásimas de que cese todo procedimiento, de ninguna manera respeta los mínimos estándares de defensa, cuando ni siquiera la norma establece cómo debe comprobar el Gobierno Nacional que el desmovilizado ha incumplido con la obligación de no incurrir en nuevas actividades delictivas.

Junto con lo anotado, si se tiene completamente claro que el procedimiento adoptado por la Ley de Justicia y Paz se nutre de las normas generales instituidas en la Ley 906 de 2004, cuando menos en lo que corresponde a la postulación que hace la Fiscalía y el poder dispositivo de los Magistrados, resulta un verdadero exabrupto jurídico que, para poner apenas un ejemplo ilustrativo del caso, luego de adelantar las distintas fases del trámite legal, ad portas ya de que se emita el correspondiente fallo de segunda instancia, baste con que el Gobierno Nacional, a su leal saber y entender, ordene al Fiscal General de la Nación “cesar de inmediato toda actuación”, para que éste a su vez así lo disponga, ocasionando la automática paralización del proceso, sin que en ello tengan ninguna injerencia los Magistrados de Conocimiento, ni mucho menos las demás partes que intervienen en el asunto.

De esta manera, la justicia termina desempeñando un rol de simple notario, en tanto, de lo decidido administrativamente apenas se le informa “para los efectos legales correspondientes”. Efectos legales que, por lo demás, se cuida mucho el decreto de precisar.

En suma, el Decreto 1364 de 2008, no solo asoma ilegal, porque lejos de reglamentar el trámite de la Ley de Justicia y Paz, lo desnaturaliza completamente, al punto de contradecir abiertamente la misma norma que busca complementar, sino que se erige en claramente violatorio de la Constitución Nacional, específicamente de los artículos 29, consagrador del debido proceso y el derecho de defensa, y 228, 229 y 230, en cuanto verifican la independencia de la Administración de Justicia y el libre acceso a la misma.

Por esa razón, en los asuntos que tengan que ver con la misma materia, deberá la Corte hacer uso del mecanismo de excepción de inconstitucionalidad, en guarda de la legalidad del trámite procesal y del respeto a los derechos fundamentales, no sólo del postulado sino, primordialmente, de las víctimas. [...]

En ese sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-752 de 2013, anteriormente referenciada, precisó que la decisión de excluir a un postulado del proceso de justicia y paz debe ser adoptada en audiencia pública por la correspondiente Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial, a solicitud del fiscal del caso, y debe estar motivada fáctica, probatoria y jurídicamente, tal como lo dispone

la Ley 975. Dijo la Corte Constitucional:

“[...] Con respecto al procedimiento a seguir, habrá de destacarse inicialmente, que la decisión de excluir a un postulado del proceso de justicia y paz debe ser adoptada en audiencia pública por la correspondiente Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial, a solicitud del fiscal del caso, y debe estar motivada fáctica, probatoria y jurídicamente (Ley 975, art. 11A y 13). Ciertamente, si el postulado incumple los requisitos de elegibilidad o alguna obligación legal o judicial, no obstante que el Gobierno lo haya incluido en lista, es obligación del fiscal delegado acudir ante la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, a fin de obtener la desvinculación de la persona en audiencia a través del mecanismo de la exclusión. La decisión de exclusión del proceso de justicia y paz, por no cumplir con los requisitos de elegibilidad, puede tener lugar en cualquier momento de la actuación, esto es, tanto en el curso del proceso (investigación y juzgamiento) como en la etapa de ejecución de la sentencia, una vez se ponga en evidencia la situación de incumplimiento (Ley 975, art. 11A). Como se mencionó, tal decisión le corresponde adoptarla a la Sala de Justicia y Paz con Funciones de Conocimiento de los Tribunales Superiores, lo cual se explica en el hecho de que dicha determinación privaría al postulado de gozar del derecho a la pena alternativa, esto es, de ser parte de los beneficios de la Ley 975 de 2005. En caso que el incumplimiento de los requisitos de elegibilidad se verifique antes de proferirse sentencia, se dispondrá la exclusión del postulado del proceso de justicia y paz y se remitirá la actuación al funcionario competente para llevar el proceso conforme con la ley vigente al momento de la comisión de las conductas investigadas, en donde no tendrá valor la confesión del justiciable realizada en el expediente transicional (Ley 975 de 2005, art. 11A). Si el incumplimiento se verifica luego de proferido el respectivo fallo, la Sala de Conocimiento, de oficio o por solicitud del fiscal, deberá proceder a revocar la pena alternativa o el periodo de libertad a prueba y se harán efectivas las penas principales y accesorias ordinarias determinadas en la sentencia (Ley 975 de 2005, arts. 24, 25 y 26). Finalmente, contra la decisión de exclusión, adoptada en audiencia pública mediante auto, procede el recurso de apelación ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (Ley 975 de 2005, art. 26). Una vez en firme la decisión, el desmovilizado no podrá ser nuevamente postulado para acceder a un futuro trámite y a los beneficios establecidos en la ley de justicia y paz (Ley 975, art. 11A). Ello es así, pues el desconocimiento de los presupuestos establecidos desconoce los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación y una decisión diferente conduciría a un trato desigual respecto de los postulados y generaría incertidumbre, desconfianza e inseguridad jurídica en el marco de la justicia transicional [...]”.

Según lo expuesto, la decisión consistente en excluir o retirar de la lista de postulados a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz es eminentemente jurisdiccional, dado que la Ley 975 dispone expresamente que a la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial le corresponde decidir la exclusión o retiro, por no cumplir con los requisitos de elegibilidad.

La misma Ley 975 establece que, al Gobierno Nacional le corresponde elaborar la lista con los nombres de los miembros de grupos armados al margen de la ley que aspiren a obtener los beneficios reconocidos en el proceso, la cual debe remitirla formalmente a la Fiscalía General de la Nación para lo correspondiente.

Siguiendo lo anteriormente expuesto, resulta evidente que el Decreto 1364 de 2008, resulta ser contrario tanto a la Constitución Política como a la Ley 975, en tanto que el Gobierno Nacional no puede invadir competencias que no le corresponden. Reitera la Sala que la decisión consistente en retirar o excluir de la lista de postulados a los beneficios de Justicia y Paz a un miembro de un grupo armado al margen de la ley es una decisión eminentemente jurisdiccional y no administrativa, por lo tanto, cuando la norma demandada le atribuye esta función al Gobierno Nacional, está invadiendo las competencias propias de la rama judicial.

Cabe advertir que, tal como lo precisó la Corte Suprema de Justicia, la norma demandada no solo es ilegal por vulnerar lo previsto en la Ley 975 sino que también viola el derecho al debido proceso y el derecho de defensa de quienes quieren beneficiarse con el proceso de Justicia y Paz, la autonomía e independencia de la Administración de Justicia y el libre acceso a la misma.

#### Conclusión

La Sala concluye que, el Decreto 1364 de 2008 vulnera los artículos 29, 113 y 228 de la Constitución Política y la Ley 975, porque el Gobierno Nacional, a través del Ministerio del Interior y de Justicia, carece de competencia para decidir la exclusión o el retiro de la lista de postulados a los beneficios de Justicia y Paz a un miembro de un grupo armado al margen de la ley.

Como quedó visto, la naturaleza jurídica de la decisión consistente en excluir o retirar de la lista de postulados a los beneficios de Justicia y Paz a un miembro de un grupo armado al margen de la ley es jurisdiccional y, como tal, debe ser proferida por el juez natural.

Por las razones anteriormente expuestas, la Sala declarará la nulidad del acto acusado, esto es, el Decreto 1364 de 2008, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### FALLA

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del Decreto 1364 de 25 de abril de 2008<sup>28</sup>, “por medio del cual se adiciona el artículo 3º del Decreto Reglamentario 4760 del 30 de diciembre de 2005”, expedido por el Ministerio del Interior y de Justicia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: RECONOCER personería para actuar en nombre y representación del Ministerio de Justicia y del Derecho, al doctor Fernando Arévalo Carrascal con c.c. nro. 88.138.161 y con T.P. nro. 69.381 del Consejo Superior de la Judicatura, en los términos y para los efectos de la

Resolución nro. 0641 de 4 de octubre de 2012<sup>29</sup>.

TERCERO: En firme esta providencia, ARCHÍVESE el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del 10 de mayo de 2018.

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Publicado en el Diario Oficial 46.971 de 25 de abril de 2008

2 Presentada el 27 de junio de 2008, esto es, antes de la entrada en vigencia del Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo-CPACA (Ley 1437 de 18 de enero de 2011), la cual empezó a regir el 2 de julio de 2012, conforme lo dispuso el artículo 308 de la Ley 1437.

3 Decreto 01 de 2 de enero de 1984

4 Folio 19

5 Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.

6 Folio 41-44

7 Folio 52

8 Folio 54

9 Folio 61

10 Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.

11 Por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005 “por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios” y se dictan otras disposiciones.

12 Sentencia de 12 de febrero de 2009, Expediente Nro. 30998, M.P. Sigifredo Espinoza Pérez

13 “[...] Artículo 308. Régimen de Transición y Vigencia.

*El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.*

*Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia. Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior [...]”.*

14 Folio 87

15 Folios 88-89

<sup>16</sup> Folios 76-85

17 Por el cual se reglamentan las Leyes 975 de 2005, 1448 de 2011 y 1592 de 2012.

“[...] Artículo 99. Vigencia y derogatorias. El presente Decreto rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en particular los Decretos 4760 de 2005, 3391 de 2006, 2898 de 2006, 4417 de 2006, 3460 de 2007, 423 de 2007, 551 de 2007, 176 de 2008, 880 de 2008, 1364 de 2008, 614 de 2009 y 299 de 2010 [...]”.

18 Sentencia de 27 de marzo de 2003, Expediente: 0171 (7095), M.P. Camilo Arciniegas Andrade; sentencia de 10 de marzo de 2010, Expediente: 11001032400020040038001, M.P. María Claudia Rojas Lasso; sentencia de 22 de noviembre de 2012, Expediente: 11001032400020080010000, M.P. María Elizabeth García González, entre otras.

19 Sentencia de 22 de noviembre de 2012, Expediente: 11001032400020080010000, M.P. María Elizabeth García González

20 Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 975 de 2005.

21 Por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005 “por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios” y se dictan otras disposiciones.

22 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

23 Sentencia de 31 de julio de 2009, proceso: 31539, M.P: Augusto J. Ibáñez Guzmán.

24 Radicado: 30998, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

25 Por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005 “por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios” y se dictan otras disposiciones.

26 Publicado en el Diario Oficial 46.971 de 25 de abril de 2008

27 Auto de 12 de febrero de 2009, Radicado: 30998, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

28 Publicado en el Diario Oficial 46.971 de 25 de abril de 2008

29 Folio 71

---

Fecha y hora de creación: 2025-01-02 22:09:11