



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO
Magistrado Ponente

AP1581-2024
Radicado N° 63401
Acta 064

Bogotá, D. C., veinte (20) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

I. VISTOS

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía Cuarta de la Dirección Nacional de Justicia Transicional -DNJT- contra el auto del 2 de marzo de 2023, proferido por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín, mediante el cual resolvió *no excluir* del proceso de Justicia y Paz al postulado **JHONATAN GUTIÉRREZ GALLEGO**.

II. HECHOS

1. Según se desprende de la solicitud de terminación del proceso y exclusión de la lista de postulados de Justicia y Paz, JHONATAN GUTIÉRREZ GALLEGU, alias “El Paisa” o “La Chinga”, perteneció a los *Bloques Cacique Nutibara y Mineros* de las Autodefensas Unidas de Colombia y, el 20 de enero de 2006, se desmovilizó con el último.

Seguido a ello, el 15 de agosto de 2006, el Gobierno Nacional lo postuló al proceso de Justicia y Paz, relacionándolo con el número 249.

2. El 26 de marzo de 2007, se dispuso la iniciación formal del procedimiento especial de la Ley 975 de 2005, la identificación plena del postulado y el emplazamiento a las víctimas para comparecer a la actuación con la finalidad de hacer valer sus derechos.

3. En el mes de abril de 2008, el postulado rindió entrevista y asistió a la diligencia de versión libre.

4. El 3 de diciembre de 2012, se realizó la audiencia preliminar de formulación de imputación parcial y solicitud de imposición de medida de aseguramiento ante el Tribunal de Justicia y Paz de Medellín.

5. El 7 de julio de 2015, se le sustituyó la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento

carcelario y se suspendió la ejecución de las sentencias proferidas por la jurisdicción ordinaria.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

1. La Fiscalía Cuarta de la Dirección Nacional de Justicia Transicional -DNJT- presentó solicitud de terminación del proceso y exclusión de la lista de postulados de Justicia y Paz de JHONATAN GUTIÉRREZ GALLEGO, de conformidad con lo previsto en las causales 5 y 6 del artículo 11A de la Ley 975 de 2005, modificado por el artículo 5° de la Ley 1592 de 2012.

2. El 2 de marzo de 2023, en la audiencia adelantada con el fin de debatir la petición, el Fiscal argumentó que el postulado fue condenado por delitos dolosos cometidos después de la desmovilización e incumplió las obligaciones asumidas en la sustitución de la medida de aseguramiento.

Para fundamentarlo, adujo lo siguiente:

i) Por hechos ocurridos el 3 de mayo de 2017, esto es, después de que se le sustituyó la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario por una no privativa de la libertad, el 25 de octubre de 2021, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Soacha, Cundinamarca, lo condenó a la pena principal de 12 meses de prisión, tras hallarlo responsable del delito de *fabricación*,

tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, en calidad de cómplice (rad.: 2575461008002201780630); y

ii) Con esto, como en esa actuación fue incautada, entre otras, un arma de fuego tipo pistola con un proveedor con 12 cartuchos, apta para disparar, el postulado incumplió los compromisos establecidos en el acta suscrita ante un magistrado con funciones de control de garantías de Justicia y Paz del Tribunal de Medellín, de no volver a delinquir.

Por lo tanto, hizo las siguientes solicitudes:

“- La exclusión del postulado JHONATAN GUTIERREZ [sic] GALLEGO, a la lista de elegibles a la Ley de Justicia y Paz.

- Se revoque el beneficio de la libertad concedido en audiencia [de] sustitución de medida de aseguramiento concedido al postulado en audiencia del 7 de julio del 2015, por el Magistrado con Funciones de Control de Garantías de Medellín, sala de Justicia y Paz”.

3. La representante de la Procuraduría General de la Nación requirió que *“se analice la posibilidad de no exclusión, porque si bien existe una sentencia ejecutoriada, no está clara su voluntad de continuar su vida al margen de la ley y por tanto ser excluido del proceso de Justicia y Paz”¹*, lo cual fue coadyuvado por la defensa.

La representación de las víctimas, en cambio, afirmó no tener objeción respecto a la solicitud, por considerar acreditada la causal de exclusión.

¹ Página 5 del auto apelado.

4. El 2 de marzo de 2023, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín resolvió lo siguiente:

“NO EXCLUIR DEL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ, al postulado JHONATAN GUTIÉRREZ GALLEGO, de datos conocidos en el proceso”.

La Fiscalía Cuarta de la Dirección Nacional de Justicia Transicional -DNJT- interpuso el recurso de apelación.

La representación de víctimas optó por no pronunciarse en calidad de no recurrente, mientras que la Procuraduría y la defensa del postulado se mostraron conformes con lo decidido.

En consecuencia, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín concedió la alzada en el efecto suspensivo y ordenó remitir la actuación a esta Corporación.

IV. EL AUTO APELADO

La Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín inició reconociendo que, desde el punto de vista *objetivo*, JHONATAN GUTIÉRREZ GALLEGO cumple con los requisitos del numeral 5 del artículo 11A de la Ley 975 de 2005, pues:

“[E]n su contra obra una sentencia condenatoria ejecutoriada, que tiene fuerza de cosa juzgada y goza de doble presunción de acierto y legalidad”².

Sin embargo, encontró que:

“[E]l arma no fue encontrada en su poder y pudo ser de cualquiera de los capturados e incluso de terceras personas que frecuentaban la residencia [...] y se le vinculó al proceso penal por encontrarse con otras personas en la residencia donde se halló oculta en un montículo de arena un arma de fuego tipo pistola”³.

Con esto, consideró que la conducta por la que fue sentenciado el postulado no reviste la *gravedad* suficiente y, en este sentido, no hay evidencia para “*hacer un análisis desfavorable de la trascendencia de la conducta respecto del proceso de Justicia y Paz*”⁴, por lo que no se hace necesario excluirlo.

V. LA APELACIÓN

La Fiscalía consideró que, contrario a lo decidido por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín, la conducta por la que fue condenado JHONATAN GUTIÉRREZ GALLEGO sí tiene la *gravedad* para excluirlo del proceso de Justicia y Paz, pues, si bien le fue atribuida en calidad de cómplice, ello se debe a que celebró un preacuerdo en el que se degradó su participación, pero, en realidad, sí incurrió en el delito de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones* como autor.

² Página 8 del auto apelado.

³ Página 9 del auto apelado.

⁴ Página 14 del auto apelado.

Así, la variación solamente fue para *“efectos de disminución de pena y no [...] excluye su participación dentro del hecho punible”*⁵.

Además, refirió que *“el tipo de complicidad es un delito trascendente, es un grave delito en consideración de la Fiscalía y fue precisamente a través de las armas, del temor que éstas infundieron, del temor hacia miles de víctimas en una sociedad”*⁶.

Seguido a ello, criticó que el hecho de que fuera cómplice, en todo caso, *“no lo desliga de su responsabilidad y de los compromisos asumidos en el proceso de Justicia y Paz, su compromiso de dejar las armas y que estas armas [...] victimizaran a toda una población”*⁷, sin mencionar que *“se le prohibió expresamente en el acta de compromiso la tenencia y porte de armas”*⁸.

Por lo anterior, solicita que se revoque el auto apelado y, en consecuencia, se excluya al postulado JHONATAN GUTIÉRREZ GALLEGO de la lista de elegibles para el proceso de Justicia y Paz, además de que se revoque:

“El beneficio de la libertad concedida en audiencia de sustitución de medida de aseguramiento del 7 de julio de 2015, se libre la respectiva orden de captura y se revoque la suspensión de la

⁵ Audio de la audiencia del 2 de marzo de 2023. Archivo: 11001600025320068024801_L050012219002CSJdownloa_03_20230302_133600_V.mp4. Minuto: 00:36:56.

⁶ Audio de la audiencia del 2 de marzo de 2023. Archivo: 11001600025320068024801_L050012219002CSJdownloa_03_20230302_133600_V.mp4. Minuto: 00:43:04.

⁷ Audio de la audiencia del 2 de marzo de 2023. Archivo: 11001600025320068024801_L050012219002CSJdownloa_03_20230302_133600_V.mp4. Minuto: 00:45:52.

⁸ Audio de la audiencia del 2 de marzo de 2023. Archivo: 11001600025320068024801_L050012219002CSJdownloa_03_20230302_133600_V.mp4. Minuto: 00:48:13.

*sentencia condenatoria que fue acumulada por parte del Juzgado de Ejecución de Penas de la ciudad de Medellín*⁹.

VI. ALEGATOS DE LOS NO RECURRENTE

1. El Ministerio Público solicitó que se *“confirme la decisión tomada hoy por la Sala de Justicia y Paz de Medellín”*¹⁰, ya que, en su criterio, *“el recurso de alzada carece en este momento de los elementos necesarios para contrarrestar o derruir esa presunción de acierto y legalidad que tiene la decisión”*¹¹.

2. Luis Ignacio Orrego Delgado, actuando como vocero de las víctimas, señaló que *“no nos pronunciaremos al respecto sobre [...] el recurso que interpuso la Fiscalía”*¹².

3. La defensora de JHONATAN GUTIERREZ GALLEGO coadyuvó la decisión de la Sala, indicando, en primer lugar, que él fue reclutado por las Autodefensas Unidas de Colombia cuando todavía era menor de edad y que, en todo caso, ha visto su esfuerzo por resocializarse¹³.

⁹ Audio de la audiencia del 2 de marzo de 2023. Archivo: 11001600025320068024801_L050012219002CSJdownloa_03_20230302_133600_V.mp4. Minuto: 00:34:47.

¹⁰ Audio de la audiencia del 2 de marzo de 2023. Archivo: 11001600025320068024801_L050012219002CSJdownloa_03_20230302_133600_V.mp4. Minuto: 00:52:49.

¹¹ Audio de la audiencia del 2 de marzo de 2023. Archivo: 11001600025320068024801_L050012219002CSJdownloa_03_20230302_133600_V.mp4. Minuto: 00:53:13.

¹² Audio de la audiencia del 2 de marzo de 2023. Archivo: 11001600025320068024801_L050012219002CSJdownloa_03_20230302_133600_V.mp4. Minuto: 01:00:46.

¹³ Audio de la audiencia del 2 de marzo de 2023. Archivo: 11001600025320068024801_L050012219002CSJdownloa_03_20230302_133600_V.mp4. Minuto: 01:05:15.

VII. CONSIDERACIONES

1. Corresponde a la Corte, de conformidad con los artículos 26 y 68 de la Ley 975 de 2005 y 32 de la Ley 906 de 2004, decidir el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía Cuarta de la Dirección Nacional de Justicia Transicional -DNJT- contra el auto del 2 de marzo de 2023, por haber sido proferido por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín.

2. El propósito del recurso de apelación es permitir a la parte perjudicada con una decisión controvertir ante el superior jerárquico los fundamentos fácticos, probatorios y jurídicos que la soportan, a efectos de demostrar su incorrección y, consecuentemente, suscitar su revocatoria.

En tal virtud, corresponde al interesado exponer las razones del disenso mediante la confrontación concreta de los soportes de la decisión recurrida, de modo que el funcionario competente para decidir la alzada pueda contrastarlos con las alegaciones de quien recurre y llegar a una conclusión sobre su acierto o desacierto.

3. En el presente asunto, en estricta observancia del principio de limitación propio de la alzada, el estudio se concretará en los puntos de inconformidad planteados por el recurrente, sin perjuicio de que pueda extenderse a temas vinculados directamente al objeto de censura.

4. En el caso concreto, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín resolvió *no excluir* del proceso de la Ley 975 de 2005 al postulado **JHONATAN GUTIÉRREZ GALLEGO**.

Lo anterior, pues concluyó que, pese a que la situación de GUTIÉRREZ GALLEGO encaja *objetivamente* en la causal 5ª del artículo 11A *idem*, ya que el postulado incurrió en una conducta delictiva dolosa con posterioridad a su desmovilización -y se emitió una sentencia condenatoria en su contra que ya cobró ejecutoria-, ésta no tiene la entidad suficiente para fundar su exclusión del proceso de Justicia y Paz.

El delegado del ente acusador, por su parte, insiste en que la conducta por la cual fue condenado sí es *grave* y sí tiene la entidad suficiente para fomentar la exclusión solicitada, pues se trató de porte de armas.

Lo anterior, porque una de las obligaciones adquiridas por los aspirantes a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, acorde con el artículo 11-4 de la Ley 975 de 2005, consiste en «*cesar toda actividad ilícita*», de manera que, si se profiere una sentencia de condena por hechos cometidos después de la desmovilización, se verifica *objetivamente* el incumplimiento del compromiso adquirido.

Con esto en mente, de entrada, se advierte que, contrario a lo reclamado por la Procuraduría en su intervención como no recurrente, el ente acusador sí controvirtió el fundamento de la decisión de primera instancia, esto es, la *gravedad* de la conducta delincriminal cometida como elemento *subjetivo* para la procedencia de la causal de exclusión elegida, con lo que no se decretará desierto el recurso propuesto.

Corresponde a esta Sala, entonces, determinar si procede -o no- la terminación del proceso y la exclusión de la lista de postulados de Justicia y Paz de JHONATAN GUTIÉRREZ GALLEGU, de conformidad con lo previsto en las causales 5 y 6 del artículo 11A de la Ley 975 de 2005, modificado por el artículo 5° de la Ley 1592 de 2012.

Planteado así el problema jurídico, para su resolución, la Sala examinará: i) la aplicación de las causales contempladas en la Ley 1592 de 2012 para la exclusión y terminación anticipada del proceso de Justicia y Paz; y ii) la acreditación, en el caso concreto, del incumplimiento de los compromisos adquiridos luego de la desmovilización.

5. De la exclusión y terminación anticipada del proceso de Justicia y Paz.

5.1 Esta Sala, de forma pacífica, ha señalado que la exclusión del candidato a ser beneficiado con la pena alternativa en el marco del proceso de Justicia y Paz se causa

por: i) el incumplimiento de los requisitos de elegibilidad; ii) faltar a las obligaciones impuestas por la ley; o iii) transgredir los compromisos definidos en la sentencia condenatoria.

Además, para ser acreedor a los beneficios previstos en la Ley 975 de 2005, es necesario, no sólo expresar, sino materializar la decisión de dejar atrás el accionar violento, aspecto que ha sido definido por el artículo 10 *ídem*.

Ahora, el desmovilizado debe cumplir con las obligaciones contenidas en la ley y las relacionadas con la satisfacción de la *verdad*, la *justicia*, la *reparación* de sus víctimas y el cumplimiento de las garantías de *no repetición*, pues sólo así será acreedor al beneficio de la pena alternativa.

Sin embargo, de comprobarse el incumplimiento de alguno de los requisitos en cita, ha de concluirse que el desmovilizado no es apto para trasegar el camino de la transición y de la alternatividad¹⁴.

Por lo anterior, el legislador estableció ciertas causales para excluir al postulado y dar por terminado el proceso de Justicia y Paz.

Es así como el artículo 11A de la Ley 975 de 2005 - adicionado por el artículo 5° de la Ley 1592 de 2012- prevé las

¹⁴ CSJ AP3105-2021, 28 jul. 2021, Rad. 59106.

causales de terminación del proceso y la exclusión de la lista de postulados, de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 11A. CAUSALES DE TERMINACIÓN DEL PROCESO DE JUSTICIA Y PAZ Y EXCLUSIÓN DE LA LISTA DE POSTULADOS. *Los desmovilizados de grupos armados organizados al margen de la ley que hayan sido postulados por el Gobierno nacional para acceder a los beneficios previstos en la presente ley serán excluidos de la lista de postulados previa decisión motivada, proferida en audiencia pública por la correspondiente Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial, en cualquiera de los siguientes casos, sin perjuicio de las demás que determine la autoridad judicial competente:*

[...]

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.*

5.2 En este caso, las causales invocadas por la Fiscalía para la terminación del proceso de Justicia y Paz y su consecuente exclusión son las contempladas en los numerales 5 y 6 del artículo 11A de la Ley 975 de 2005, adicionado por el 5° de la Ley 1592 de 2012.

Sobre la causal 5, la Sala de Casación Penal ha establecido que:

*“El criterio de la Sala en torno a la causal contenida en el numeral 5° del artículo 11A de la Ley 975 de 2005 ha sido uniforme en el sentido de indicar que **se trata de una causal objetiva en virtud de la cual, cualquier infracción penal cometida después de la dejación de armas configura el motivo de***

exclusión examinado, siempre que se haya emitido sentencia de condena.

Lo anterior porque la justicia transicional se dirige a los integrantes de los grupos armados organizados al margen de la ley que deciden desmovilizarse y contribuir a la reconciliación nacional — Art. 2 Ley 975 de 2005—, lo cual supone el compromiso de respetar y acatar las obligaciones adquiridas de forma libre y voluntaria a cambio de obtener un tratamiento punitivo alternativo benigno en comparación a las penas de la justicia ordinaria.

El instituto de la terminación del proceso y la exclusión se funda, entonces, en la necesidad de depurar el trámite de Justicia y Paz de aquellos postulados que accedieron al proceso sin ostentar los requisitos de elegibilidad y de quienes con el paso del tiempo declinaron su interés y voluntad de permanecer en él.

*La autonomía y libertad condujeron a los desmovilizados a dejar las armas y solicitar su postulación. Pero si en algún momento abandonan el cumplimiento de las obligaciones adquiridas, si se tornan renuentes a comparecer a las diligencias, a contar la verdad y, en general, a cumplir sus compromisos, **no pueden permanecer al interior del proceso** a la espera de unos beneficios diseñados sólo para quienes se involucran verdaderamente y ejecutan los deberes que prometieron realizar en procura de la reconciliación nacional.*

6. Sin embargo, **la Sala no puede obviar la existencia de casos en los que la exclusión se torna desproporcionada ante el escaso impacto del accionar ilegal del postulado frente a los fines del proceso de Justicia y Paz**, orientados a «facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual y colectiva a la vida civil de miembros de los grupos organizados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación», según establece el artículo 1º de la Ley 975 de 2005.

*En estos eventos, la condena por el hecho punible cometido con posterioridad a la desmovilización, no ostenta la entidad suficiente para fundar la expulsión del proceso transicional de un postulado que, como en este evento, ha cumplido con las restantes obligaciones adquiridas al someterse al Estado y **ha contribuido al esclarecimiento de los hechos ocurridos en desarrollo del conflicto armado.***

La colaboración eficaz con la reconstrucción de la verdad, como forma de satisfacer el derecho a la verdad que asiste a las víctimas y a la sociedad, por tanto, **constituye un parámetro a considerar al momento de evaluar la exclusión del postulado**, en particular en el inusual suceso que se analiza.

Recuérdese que la exclusión, introducida al ordenamiento transicional a través de la Ley 1592 de 2012, tiene como propósito «conseguir que las actuaciones judiciales tengan una mayor fluidez en la medida en que el esfuerzo de los diferentes equipos de trabajo de fiscales y magistrados de justicia y paz se podrá concentrar en aquellos casos en que los postulados realmente estén colaborando eficazmente con la reconstrucción de la verdad, a favor de la reparación de tantas víctimas que esperan, por fin, saber lo ocurrido con sus seres queridos».

Se sigue de lo anterior que **en algunos eventos excepcionales**, a pesar del cumplimiento objetivo de las hipótesis contenidas en el numeral 5° del artículo 11 A de la Ley 975 de 2005, **puede resultar improcedente la exclusión del postulado porque las circunstancias específicas de la conducta delictiva indican su escasa trascendencia frente a los fines de la Ley de Justicia y Paz**.

Este nuevo enfoque, recoge la postura establecida con anterioridad por la Sala en las determinaciones AP3413-2018, AP3302-2018, AP3116-2018, AP8389-2017, AP8063-2017, AP649-2017, AP5167-2017, AP4090-2017, AP3712-2017, AP2823-2017, AP1212-2017, entre otras.

Por regla general, entonces, cuando se pruebe que el postulado fue condenado con posterioridad a su desmovilización por un delito doloso, procederá la expulsión del trámite transicional. Excepcionalmente, **cuando la entidad del hecho punible sea mínima, deberá ponderarse esa situación frente a los derechos de las víctimas y de la sociedad a conocer lo sucedido, siempre que el postulado esté cumpliendo con los restantes deberes adquiridos y haya colaborado eficazmente con la reconstrucción de la verdad**¹⁵.

¹⁵ CSJ AP522, 20 feb. 2019, Rad.: 53516.

Con esto en mente, el numeral 5° del artículo 11A de la Ley de Justicia y Paz tiene, en principio, una naturaleza *objetiva*, pero, excepcionalmente, cuando la «*lesividad de la conducta desplegada por el postulado sea mínima frente a los fines del proceso de Justicia y Paz*» y el candidato haya satisfecho el resto de las obligaciones adquiridas, se debe ponderar si la exclusión es viable o no¹⁶.

6. Del caso concreto.

6.1 En el presente asunto, está acreditado lo siguiente:

i) JHONATAN GUTIÉRREZ GALLEGO, alias “*El Paisa*” o “*La Chinga*”, perteneció a los *Bloques Cacique Nutibara y Mineros* de las Autodefensas Unidas de Colombia y, el 20 de enero de 2006, se desmovilizó con el último;

ii) El 3 de mayo de 2017, estando en libertad, aunque sometido al proceso de Justicia y Paz, JHONATAN GUTIÉRREZ GALLEGO volvió a delinquir. Los hechos fueron los siguientes:

“Según informe Ejecutivo FPJ-3 de mayo 3 del 2017, suscrito por el IT. Jorge Eduardo Silva Ossa, PJ SIJIN, y en desarrollo de actos urgentes previos a allanamiento y registro, según fuente humana en el inmueble No 41-15 barrio El Oasis de Cazuca [sic], habitaban varias [personas] conocidas como “LOS PAISAS”, dedicada [sic] a la actividad en los barrios La Isla, El Progreso y Bellavista; entre otras el porte de armas de fuego y el negocio ilícito de estupefacientes. (Guardan bazuco en cápsulas y marihuana en

¹⁶ CSJ AP2186, 26 jul. 2023, Rad.: 63397.

cigarrillos). Todas las personas que allí residen tienen conocimiento de estas actividades criminales.

En las labores de verificación se determinó además, que cuando los moradores, se encontraban bajo los efectos del alcohol, comienzan y se observan gran influencia de consumidores; dicho inmueble también era utilizado como refugio de personas que habían cometido delitos; aprovechando de [sic] las exigencias específicas legales para el ingreso a las casas, por parte de la policía, soportando los motivos razonablemente fundados, se solicitó, allanamiento y registro; en la misma fecha fue expedida la Orden de Allanamiento y Registro por el señor Fiscal de E.D.A.

Hacia las 12:45 de mayo 3 de 2017, se inicia la diligencia de allanamiento y registro, previo los protocolos se niegan abrir escuchando una voz que no atiende el llamado, haciéndose necesario usar la fuerza y se observan a varias personas en la terraza tratando de huir; reteniéndose a las 4 personas: **JHONATAN GUTIERREZ** [sic] **GALLEGO**, DAVID ALEJANDRO LEON [sic] GARCIA [sic], JAVIER ALBERTO LAVERDE VILLADA Y EDUAR ANDRES [sic] MUÑOZ VALENCIA, quien dijo llamarse LUIS FERNANDO TAPIAS OSORNO.

Al obtener información respecto de LUIS FERNANDO TAPIAS OSORNO, aparece orden de captura No 13 por Homicidio Agravado, Porte ilegal de Armas, Tráfico de Estupefacientes y Concierto para Delinquir. La cual se hace efectiva.

La persona que se identificó como DAVID ALEJANDRO LEON [sic] GARCIA [sic], al realizar el cotejo dactiloscópico no fue encontrada uniprocedencia, no estableciéndose su plena identidad; al momento de reseñársele, de manera voluntaria dice que su verdadera identidad es JHON ALEXANDER GUZMAN [sic] MUÑO [sic] con CC. No 71'220.284; verificada esta identidad y al ser consultada [la] base [de datos] de capturas, le aparece vigente LA 622 de mayo 19 del 2015 por Tráfico de Estupefacientes, emitida por el un [sic] Juzgado de Ejecución de penas de Medellín.

En el registro en un montón de arena se encuentra **un arma de fuego, pistola niquelada con un proveedor con 12 cartuchos 9mm**. Y en el primer piso en la segunda habitación en un bolso color negro **una caja de munición calibre 38**, en su interior una caja con divisiones, forrados en cinta transparente, **25 cartuchos Indumil 38 Special**.

Al ser sometidos a experticio técnico balístico, se determinó que los 25 cartuchos son para arma tipo revolver INDUMIL 38 Special, país de fabricación Colombia. Aptos para ser utilizadas en armas del mismo calibre.

Del arma de fuego de defensa personal pistola 9x9 mm, semiautomática, cañón 116.11 mm, país de origen Estados Unidos, marca Broowing. Apta para el fenómeno de disparo.

A los capturados, se les incautan los siguientes teléfonos celulares: Hawey [sic] color negro modelo Y 330, IMEI 866732024871650, Samsung color negro con respectiva batería sin plaqueta de identificación; Samsung Galaxi [sic] S5 color negro, IMEI 352959060770303; Sony modelo M4 color blanco, con su respectiva simcard”¹⁷.

iii) Por los anteriores hechos, el 25 de octubre de 2021, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Soacha, Cundinamarca, tras impartirle legalidad a un preacuerdo celebrado entre las partes, condenó a JHONATAN GUTIÉRREZ GALLEGO a la pena principal de 12 meses de prisión, tras hallarlo responsable del delito de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*, en calidad de cómplice (rad.: 2575461008002-2017-80630). Dicha condena no fue recurrida.

6.2 Conforme con lo anterior, si bien no era objeto de discusión en la apelación, para la Sala queda claro que JHONATAN GUTIÉRREZ GALLEGO, con posterioridad a su desmovilización (20 de enero de 2006), transgredió el ordenamiento penal, lesionando la seguridad pública, con lo que incurrió, de manera *objetiva*, en el contenido de la causal

¹⁷ Página 57 del archivo titulado “Primera Instancia_Cuadernos EMP_Cuaderno_2023033600399”.

de exclusión prevista en el numeral 5° del artículo 11A de la Ley 975 de 2005.

6.3 Ahora bien, el *a quo* señaló que, como la condena se dio en virtud de un preacuerdo, esto es, una forma de cooperación con la justicia y, además, JHONATAN GUTIÉRREZ GALLEGO solamente fue cómplice del delito, la conducta es de escasa entidad y, con esto, se podía morigerar la exigencia normativa.

La Fiscalía, en cambio, critica que sí es de alta *gravedad*, pues JHONATAN GUTIÉRREZ GALLEGO, al pertenecer a las Autodefensas Unidas de Colombia, portó armas y, en este sentido, infringió los fines del proceso de Justicia y Paz, pues está *repitiendo* los mismos hechos con los que se vulneró a la población civil antes de su desmovilización.

Con esto, como ya se había anticipado, el debate se circunscribe exclusivamente a la trascendencia de las circunstancias específicas de la conducta delictiva frente a los fines de la Ley de Justicia y Paz, esto es, frente a la garantía de *no repetición*.

El problema es que, en cualquier caso, la *gravedad* de la conducta en cuestión depende, realmente, de la impresión que le causó al juez, al fiscal o a la generalidad, pero cada punto de vista es válido y puede ser razonable, puesto que

es apenas lógico que no todos los humanos somos igual de impresionables¹⁸.

Con esto, si bien esta Corporación ha admitido morigerar la situación, es innegable que, en casos como el presente, la excepción riñe con un concepto de *derecho penal de acto*, ya que no se está excluyendo al postulado por la existencia de una conducta jurídicamente relevante sino por lo que “*parece ser*” un comportamiento reprochable ante los ojos de los intervinientes procesales, quienes no coinciden en sus apreciaciones.

Y es que, en últimas, tanto la Sala *a quo* como el delegado del ente acusador trazaron correctamente una relación entre la acción y el ataque al bien jurídico, pero llegaron a conclusiones distintas, sin que se pueda decir cuál es la acertada -correcta- o la desacertada -incorrecta-, pues ello supondría la necesidad de volver a la figura del “*ciudadano medio objetivo*”, la cual, nuevamente, falla, en cuanto a que incluso aquel puede experimentar diversas sensaciones frente a un mismo hecho, ya sea por factores individuales o circunstanciales¹⁹.

Por ende, para determinar si una conducta delictiva desplegada con posterioridad a la desmovilización es de escasa entidad, en aras de verificar los requisitos para

¹⁸ René Bloy, *Contenido de ilícito y punibilidad de la tentativa burdamente insensata*, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, Ministerio de Justicia, Tomo LVIII, Madrid, 2006, págs. 368, 369 y 397.

¹⁹ Elena Farré Trepat, “*La tentativa de delito*”, Madrid: Edisofer, ed. 2, 2011, p. 27.

aplicar la excepción de carácter jurisprudencial, es necesario, siempre, verificar si el postulado ha contribuido al esclarecimiento de los hechos ocurridos en desarrollo del conflicto armado²⁰.

Lo anterior, ya que confesar y relatar los sucesos punibles que cometieron directa o indirectamente, así como los que conocieron por su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley, tanto en las versiones libres al interior del proceso transicional, como en las declaraciones que brinden ante las autoridades que los requieran, se trata de una obligación ineludible a cargo de los postulados a los beneficios penales de la Ley 975 de 2005²¹.

Adicionalmente, el artículo 2.2.5.1.1.1, inciso 2º, del Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho señala, expresamente, que la colaboración con la justicia y el esclarecimiento de la *verdad*, a partir de la confesión plena y veraz de los hechos punibles cometidos durante y con ocasión de la pertenencia al grupo, constituyen el fundamento del acceso a la pena alternativa.

Así las cosas, como el propósito del esclarecimiento de la *verdad* es transversal al sistema de justicia transicional, es claro que, quien pretenda ser acreedor de los beneficios del proceso de Justicia y Paz, debe colaborar con la justicia en

²⁰ CSJ AP2186, 22 jul. 2023, Rad.: 63397.

²¹ CSJ AP2673, 14 oct. 2020, Rad.: 57834.

todo momento y con absoluta lealtad, lo cual supone suministrar información completa y veraz sobre los hechos delictivos propios, así como los que hubiese conocido en razón de la militancia en el grupo armado ilegal.

De lo contrario, no se satisfacen las expectativas de conocimiento de la *verdad* en cabeza de las víctimas o de reconstruir adecuadamente la memoria colectiva, a partir del entendimiento de los contextos en que operaron los grupos armados ilegales²².

En suma, la falta a la *verdad* del desmovilizado impide que se esclarezca la situación de violencia generada por las actividades ilícitas de los integrantes de los grupos armados organizados al margen de la ley y, además, transgrede los fines del proceso de Justicia y Paz.

Así, más allá de que la conducta por la que fue condenado JHONATAN GUTIÉRREZ GALLEGO sea *grave* a los ojos del uno o del otro, como en el asunto no se está controvirtiendo que el postulado está cumpliendo con los restantes deberes adquiridos, no hay razones para considerar que el *a quo* se equivocó cuando concluyó que el delito por el que fue condenado -y las circunstancias en las que sucedieron los hechos- son de escasa entidad, porque con aquella conducta no se desconoce el imperativo de *verdad* que orienta la justicia transicional.

²² CSJ, AP2673-2020, 14 oct. 2020, Rad. 57834.

Esto, en pocas palabras, supone que se trata de una transgresión *intrascendente* frente a los fines del proceso de Justicia y Paz.

Finalmente, aunque el recurrente aduce que el postulado sí ha incumplido con los fines citados, criticando que no se están brindando las garantías de *no repetición*, dicho argumento no confronta realmente el fundamento planteado en el auto apelado, donde se dijo, en lo sustancial, que, pese a que exista una condena por el delito previsto en el artículo 365 de la Ley 599 de 2000, JHONATAN GUTIÉRREZ GALLEGO no portaba armas y, de todas formas, “no incurrió en ninguna conducta violatoria de los derechos humanos ni del derecho internacional humanitario, ni atentó nuevamente contra alguna víctima del conflicto armado interno”²³.

Por el contrario, simplemente expone que, en su criterio, sí resulta *trascendente* porque el porte de armas fue el medio de atacar de manera sistemática a la población civil, pero eso se trata de un asunto que no fue planteado en la solicitud de exclusión y que, por tanto, no pudo ser cotejado por la primera instancia.

De todas formas, aunque se superara hipotéticamente dicha falencia, es necesario reiterar que la argumentación del recurrente no permite concluir, en ningún sentido, que la conducta de JHONATAN GUTIÉRREZ GALLEGO hubiese afectado de alguna manera el propósito del esclarecimiento

²³ Página 11 del auto apelado.

de la *verdad* como componente transversal al sistema de justicia transicional, mucho menos de una manera realmente *trascendente* frente a las garantías que le asisten a las víctimas y a la sociedad.

7. Si bien la Fiscalía, en su solicitud de exclusión, también invocó la causal prevista en el numeral 6 del artículo 11A de la Ley 975 de 2005, señalando que JHONATAN GUTIÉRREZ GALLEGO incumplió con las obligaciones consagradas en los numerales 8 y 9 del acta de compromiso que suscribió ante el magistrado de control de garantías, estas son, las obligaciones de abstenerse de cometer nuevos delitos y observar buena conducta, en el auto apelado no se hizo referencia explícita a dicha causal.

No obstante, tal omisión no fue controvertida ni reclamada en la apelación, por lo que se entiende *convalidada*.

Ahora, es cierto que, en la alzada, el recurrente criticó que JHONATAN GUTIÉRREZ GALLEGO violó “su compromiso de dejar las armas”²⁴ y que “se le prohibió expresamente en el acta de compromiso la tenencia y porte de armas”²⁵, pero tales afirmaciones fueron esgrimidas para sustentar y solidificar su reproche contra la improcedencia de la causal 5, esto es, para esbozar

²⁴ Audio de la audiencia del 2 de marzo de 2023. Archivo: 11001600025320068024801_L050012219002CSJdownloa_03_20230302_133600_V.mp4. Minuto: 00:45:52.

²⁵ Audio de la audiencia del 2 de marzo de 2023. Archivo: 11001600025320068024801_L050012219002CSJdownloa_03_20230302_133600_V.mp4. Minuto: 00:48:13.

la *gravedad* de la conducta por la que fue condenado el postulado.

Igualmente, aunque se superara dicha falencia, se tratan, en todo caso, de argumentos novedosos, diversos a los que se elevaron en la solicitud inicial, siendo que la apelación no consiste en una oportunidad nueva para subsanar las falencias previas.

8. Por lo anterior, se hace necesario confirmar el auto apelado.

En mérito de lo expuesto, la **SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,**

VIII. RESUELVE

1. CONFIRMAR el auto del 2 de marzo de 2023, proferido por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín, mediante el cual resolvió *no excluir* del proceso de Justicia y Paz al postulado **JHONATAN GUTIÉRREZ GALLEGO.**

2. DEVOLVER la actuación en forma inmediata al Tribunal de origen.

3. Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



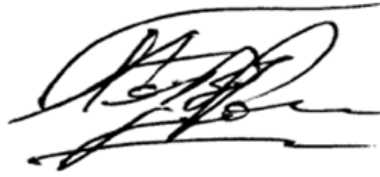
MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

2024

Sala Casaca



GERARDO BARBOSA CASTILLO



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



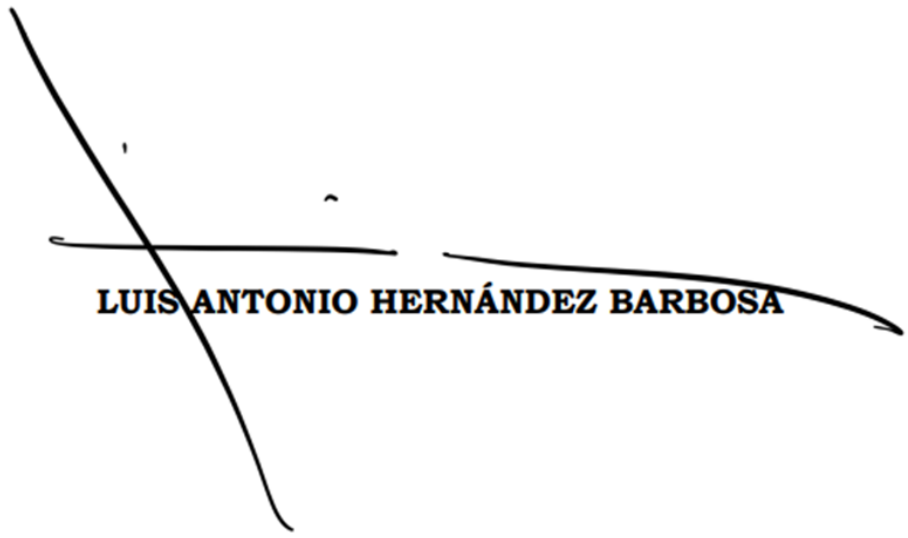
GERSON CHAVERRA CASTRO



SSa

nal@ 2024

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



HUGO QUINTERO BERNATE

@ 2024

cala ca



CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria