

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE JUSTICIA Y PAZ**

Magistrado Ponente : IGNACIO HUMBERTO ALFONSO BELTRÁN
Radicado : 110012252000202100230
Postulado : Gilmar Mena Cabrera
Asunto : Solicitud de Terminación del proceso y
Exclusión de lista
Decisión : Negar la solicitud
Aprobado Acta No. : 005/2022

Bogotá D. C., veinticinco (25) de mayo de dos mil veintidós (2022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Resuelve la Sala lo concerniente a la solicitud de terminación del proceso y la exclusión de lista presentada por el Fiscal 54 Delegado ante la Dirección de Justicia Transicional en relación con el postulado GILMAR MENA CABRERA alias “Balsudito”, exintegrante del Bloque Catatumbo de las Autodefensas Unidas de Colombia – AUC.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 22 de noviembre de 2021, fue repartida a este Despacho la solicitud de terminación del proceso y la exclusión de lista del postulado GILMAR MENA CABRERA, alias “Balsudito”, radicada en la secretaría de la Sala por el Fiscal 54 de la Dirección de Justicia Transicional.

2. Recibidas las diligencias en este Estrado Judicial, se fijó el 19 de enero del presente año, con la finalidad de adelantar la audiencia de terminación del proceso y la exclusión de lista solicitada por la Fiscalía.

3. En desarrollo de la referida diligencia, el Fiscal delegado por la Dirección de Justicia Transicional, sustentó la petición y así mismo se corrió traslado a las demás partes intervinientes.

III.SOLICITUD Y TRASLADOS

1. La Fiscalía 54 de la Dirección de Justicia Transicional¹ solicitó la terminación del proceso y exclusión de lista con base en el numeral 1º del artículo 11A de la Ley 975 de 2005, adicionado por el artículo 5º de la Ley 1592 de 2012, según el cual, el proceso de Justicia y Paz terminará «cuando el postulado sea renuente a comparecer al proceso o incumpla los compromisos propios de la presente ley».

Fundamentó su petición con los siguientes argumentos:

- 1.1 El postulado GILMAR MENA CABRERA, alias “Balsudito”, identificado con la cédula de ciudadanía número 11.807.487 de Quibdó, Chocó, nació el 28 de febrero de 1977 en este mismo lugar.
- 1.2 Ingresó en febrero de 1996 al extinto Bloque Elmer Cárdenas y a principios del año 2000, arribó al municipio de Turbo, Antioquia, donde fue privado de la libertad durante casi diez meses, por el delito de Porte Ilegal de Armas. En noviembre de ese mismo año, recobró la libertad y es trasladado al departamento de Norte de Santander, vinculándose al Bloque Catatumbo, exactamente en el municipio de El Zulia, donde permaneció por el término de seis meses, de los cuales, tres estuvo detenido también por el delito de Porte Ilegal de Armas.

A mediados de 2001, obtiene la libertad y se dirige al municipio de Tibú, Norte de Santander, donde se encuentra con su cuñado Julio César Arce Graciano, alias “El Alacrán”, quien lo contactó con el comandante del Frente Tibú, José Bernardo Lozada Artuz, alias “Mauro”, integrándose a su esquema de seguridad y luego de manifestarle su inconformismo de ser escolta, fue enviado al

¹ Sesión de audiencia del 19 de enero de 2021

Grupo Urbano de las Autodefensas, en el Casco Urbano de Tibú, bajo las órdenes de Richard Pitalúa Martínez, alias “Chamba”, allí se convierte en uno de los más experimentados sicarios, ejecutando acciones criminales contra la población civil, hasta el día de la desmovilización colectiva del Bloque Catatumbo, llevada a cabo el 10 de diciembre de 2004², con el objetivo de acceder a los beneficios contenidos en la Ley 975 de 2005.

- 1.3 Con oficio 09-GJP-0301 de enero 28 de 2008³, suscrito por el Ministro del Interior y de Justicia, se postuló a GILMAR MENA CABRERA quien fue reconocido por el miembro representante del Bloque Catatumbo de las AUC, como integrante de dicha organización al margen de la ley, y manifestó acogerse a los beneficios jurídicos de la Ley de Justicia y Paz⁴.
- 1.4 Efectuados los trámites administrativos de postulación, las diligencias fueron asignadas a la Dirección de Justicia Transicional de la Fiscalía General de la Nación, que dictó las respectivas órdenes de apertura, con el correspondiente emplazamiento. Con posterioridad, el postulado rindió versión libre en la que expuso las condiciones de tiempo, modo y lugar y se dio su participación, en confesiones de 92 hechos cometidos, cuando formó parte del Bloque Catatumbo de las Autodefensas Unidas de Colombia, que ameritaron la imposición de 87 medidas de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, decretadas por un Magistrado con Función de Control de Garantías de la ciudad de Medellín, Antioquia.
- 1.5 Con base en lo anterior, y en virtud del artículo 16 de la Ley 975 de 2005, la Fiscalía 54 de la Dirección de Justicia Transicional, asumió la competencia para adelantar la correspondiente investigación en contra de GILMAR MENA CABRERA, para

² En la Finca “Brisas de Sardinata” del corregimiento Campo Dos, municipio de Tibú, departamento de Norte de Santander, acorde con el listado que el postulado Salvatore Mancuso remitiera al Alto Gobierno el 21 de enero de 2005, con fundamento en lo dispuesto en el Decreto 3360 de 2003.

³ Archivo postulación Gilmar Mena Cabrera. No. listado oficial 514.

⁴ Fiscalía General de la Nación. Requisitos de Elegibilidad -Trámite postulación folios 1-8

conocer los hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a la organización armada en mención. Le correspondió el radicado 110016000253200883230.

- 1.6 Señaló que, en cuanto a la causal esgrimida, es la prevista en el numeral 1º del artículo 11 A de la Ley 975 de 2005, introducida por el artículo 5 de la Ley 1592 del 2012, indicando que en ese mismo sentido el Decreto 3011 de 2013 establece que, para dar aplicación a estas causales, se debe tener en cuenta que su verificación está bajo dirección del Fiscal Delegado, quien sólo deberá acreditar prueba sumaria ante esta Sala.
- 1.7 Refiere que la renuencia e incumplimiento de los compromisos por parte del postulado GILMAR MENA CABRERA, se suscitó cuando en diligencia del 17 de marzo del año 2016, el Magistrado con Función de Control de Garantías de Medellín, le sustituyó la medida de aseguramiento y que, a partir de ese momento, no volvió a comparecer a ninguna diligencia judicial a pesar de haber firmado el compromiso de tal beneficio, mediante acta No. 050.
- 1.8 Continúo su argumentación citando el párrafo 1º del artículo 11A de la Ley 1592 de 2012, para señalar que la causal se presume para GILMAR MENA CABRERA por no haber atendido, sin causa justificada, los emplazamientos públicos con el fin de lograr su comparecencia a las diferentes versiones libres y otras diligencias de que trata la Ley, al no establecer su paradero a pesar de las labores investigativas realizadas.
- 1.9 Ante la no comparecencia del postulado, el Fiscal delegado inició sus primeros impulsos mediante edictos emplazatorios, éstos al menos en tres oportunidades (los días 11, 24 y 30 de noviembre de 2020), sin resultados positivos, indicando que los mismos fueron publicados en una emisora comunitaria denominada Necloclí Stereo FM 104.4 y en Periódicos y Publicaciones SAS de Bucaramanga, Santander.
- 1.10 Agregó, que se emitieron órdenes a Policía Judicial con el propósito de ubicar al postulado, señalando los informes del

investigador de campo de fechas 3 de agosto de 2020 y 16 marzo de 2021, que ha sido imposible dar con el paradero, pues en la dirección aportada, el inmueble se encuentra desocupado.

- 1.11 De otra parte, el investigador se dirigió a otra dirección aportada por la ARN, pero también con resultados negativos, porque el inmueble se encuentra deshabitado y el desmovilizado no fue conocido en el sector.
- 1.12 Consultado el sistema SPOA figuran 22 registros, entre ellos, la noticia criminal No. 050016000720201800079, siendo víctima GILMAR MENA CABRERA de desaparición forzada, instaurada por la madre del postulado. En la misma data se consultó el registro SIRDEC donde el desmovilizado aparece inscrito como desaparecido mediante radicado No. 2018D009545. Así mismo, se ofició al Director Regional Oriente de Migración Colombia, para conocer los movimientos migratorios del postulado, donde la Coordinadora de Extranjería Regional Oriente, manifiesta: “Consultada la base de datos, el citado ciudadano NO registra movimientos migratorios”.
- 1.13 Finalmente, el mismo 15 de julio de 2020 fue consultado el sistema – FOSYGA, Régimen Nacional de Seguridad Social-afiliaciones, y el postulado figura como afiliado activo desde el 30 de octubre de 2017, en la EPS SAVIA SALUD de la ciudad de Medellín, quien, según la entidad, se presentó a cita médica y/o urgencia, el 27 de julio de 2020, sin más datos, porque hacen alusión al artículo 13 de la resolución 1995 de 1999, sobre la confidencialidad de la información.

Sustentó las referidas afirmaciones en los siguientes elementos materiales probatorios:

- a. Con acta No. 050 del 17 de marzo de 2016, donde se le sustituyó la medida de aseguramiento por una no privativa de la libertad al postulado GILMAR MENA CABRERA, beneficio que según información de la Fiscalía 48 de Justicia y Paz de Medellín, Antioquia, se hizo efectiva el 4 de julio de 2017.

- b. Informe de la Secretaría de la Sala de Justicia y Paz de Medellín, donde la ARN informó que el postulado fue visto el 17 de noviembre de 2018 y desde entonces, no volvió a responder el teléfono. Igualmente, la madre del postulado comunicó que instauró denuncia el 18 de noviembre de 2018 ante la Fiscalía de Medellín, por la desaparición de su hijo.
- c. Registro sistema SPOA, de fecha 18 de noviembre de 2018 se hallaron 22 investigaciones, entre ellos, una noticia con radicado 050016000720201800079 siendo víctima GILMAR MENA CABRERA por el delito de desaparición forzada.
- d. Registro sistema SIRDEC, del 15 de julio de 2020, donde figura la investigación del postulado como desaparecido al interior del radicado 2018D009545.
- e. Registro ADRES – FOSYGA Sistema Nacional de Seguridad Social-afiliaciones, donde GILMAR MENA CABRERA se encuentra como afiliado activo desde el 30 de octubre de 2017, en la EPS SAVIA SALUD de la ciudad de Medellín y que consta fue atendido el 27 de julio de 2020, sin más datos.
- f. Comunicación al Director Regional Oriente de Migración Colombia, con relación al señor GILMAR MENA CABRERA, quien mediante oficio 20207090346421 del 30 de julio de 2020, manifestó: “Consultada la base de datos, el citado ciudadano NO registra movimientos migratorios”.
- g. Informe de investigador de campo y orden de trabajo 20695-21 de las actuaciones tendientes a la búsqueda y ubicación del postulado GILMAR MENA CABRERA, con resultados negativos.
- h. Informe de Policía Judicial No. 5459484 del 11 de diciembre del 2018 donde GILMAR MENA CABRERA, aparece como desaparecido y se hace referencia a recabar en la búsqueda por el Registro Único de Afiliados - RUAF de la Registraduría Nacional de Estado Civil.

- i. Oficio S-2021-061899ESDOC SU PAJ1-10 del 15-03-2021 donde se solicitó apoyo a la Policía Nacional de la Estación “La Aurora” de Medellín, para dar con el lugar de ubicación del postulado Mena Cabrera, también con resultados negativos.
- j. Informe de Policía Judicial No. 9366649 del 3 de agosto de 2020, donde se hace una relación de todas las actividades desplegadas para ubicar al postulado sin resultados positivos.
- k. Certificación de la Agencia de Reintegración y Normalización – ARN quien informó que el postulado GILMAR MENA CABRERA, se encontraba desaparecido, por cuanto no volvió a cumplir con sus compromisos.

Igualmente, señaló que GILMAR MENA CABRERA, figuraba desaparecido forzosamente, sin embargo, no hay decisión de fondo en la justicia ordinaria en ese sentido, no obstante, reitera su petición de la exclusión de lista con fundamento en lo dispuesto en el artículo 11A de la 975 de 2005, bajo la causal de la renuencia, al no comparecer a los llamados de la Fiscalía a versión libre y otras diligencias, negando el derecho a la verdad, justicia, reparación y no repetición.

Por último, afirmó que no existe riesgo alguno de afectación de los derechos de las víctimas para conocer la verdad y de acceder a la reparación que tendrían derecho, pues las satisfacciones de tales garantías estarían en cabeza de los comandantes del Bloque Catatumbo, esto es, de Salvatore Mancuso Gómez, Jorge Iván Laverde Zapata y el comandante del Frente Tibú, José Bernardo Lozada Artuz, al que pertenecía el aquí ex integrante GILMAR MENA CABRERA.

- 2. **La delegada de la Procuraduría General de la Nación** indicó, que se reúnen las condiciones normativas para excluir al postulado, ya que se acreditó la situación objetiva de la renuencia, esto es, que él voluntariamente se sustrajo de su obligación a acudir al trámite de Justicia y Paz de acuerdo a la Ley 975 de 2005, por lo tanto, se le debe revocar el beneficio contemplado en la mencionada ley.

3. **La representante de víctimas**, no se opuso a la solicitud de exclusión de lista, debido a que el postulado incumplió los requisitos previstos en la Ley 975 de 2005.
4. **La defensa técnica de GILMAR MENA CABRERA**, señaló que no existe impedimento alguno, para que se estudie la solicitud elevada por el ente Fiscal, por lo que coadyuvó la petición, sin embargo, refirió que acatará la decisión adoptada por la Sala.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con el artículo 11A de la Ley 975 de 2005, adicionado por el artículo 5º de la Ley 1592 de 2012, esta Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, es competente para decidir la petición de exclusión de lista presentada por la Fiscalía General de la Nación.

2. Problema jurídico y estructura de la providencia

2.1 La Fiscalía General de la Nación, solicitó la terminación del proceso y la exclusión de lista del postulado GILMAR MENA CABRERA con base en la causal 1º, debido a que éste ha sido renuente a comparecer al proceso de Justicia y Paz, pese a las diferentes citaciones enviadas y a las labores de Policía Judicial para lograr su presencia.

Debido a esto, el **problema jurídico** se contrae a establecer si debe excluirse del proceso de Justicia y Paz a postulados que eventualmente son víctimas de desaparición forzada, máxime cuando no se ha demostrado su voluntad determinada hacia el fin específico de la norma, esto es, ser renuente, y no hay una investigación de fondo sobre el particular.

2.2 Para resolverlo, **(i)** brevemente se abordará la renuencia como causal de exclusión del trámite transicional y se hará alusión a algunas decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que han examinado

la temática. Asimismo, (ii) se analizará si la exclusión es una sanción y si por eso debe acreditarse la voluntad de ser renuente. Finalmente, (iii) se estudiará el caso concreto para determinar si es aplicable o no la consecuencia jurídica pretendida por el ente fiscal.

3. Causal 1º de exclusión por renuencia

3.1 El artículo 11A de la Ley 975 de 2005 establece que los desmovilizados de Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley (GAOML), postulados a los beneficios de Justicia y Paz, serán excluidos cuando se verifique alguna de las hipótesis allí contenidas; entre ellas, la causal 1º, que hace relación a ser renuente a comparecer al proceso, entre otros supuestos de hecho⁵.

De acuerdo con el párrafo 1º del señalado artículo 11A, se entiende que el postulado no comparece al proceso especial cuando:

«1. No se logre establecer su paradero a pesar de las actividades realizadas por las autoridades con el fin de ubicarlo.

2. No atienda, **sin causa justificada**, los emplazamientos públicos realizados a través de medios de comunicación audiovisuales o escritos, ni las citaciones efectuadas al menos en tres (3) oportunidades para lograr su comparecencia a la diligencia de versión libre de que trata la presente ley.

3. No se presente, **sin causa justificada**, para reanudar su intervención en la diligencia de versión libre o en las audiencias ante la magistratura, si estas se hubieren suspendido» (negrita y subrayas, fuera del texto original).

Del párrafo se colige, que la omisión de comparecer es libre y voluntaria, en tanto debe ser **injustificada** (si es excusable, se está frente a factores impositivos que, incluso, pueden ser absolutos⁶), como expresamente lo indican los numerales 2 y 3. Luego, si se justifica, no es imponible la consecuencia jurídica.

Cabe resaltar, que la literalidad del término subrayado no es trascendente en el supuesto de hecho del numeral 1º, habida cuenta que el procesado, particularmente el de Justicia y Paz, debe informar cualquier cambio de domicilio o residencia y tener actualizados sus datos de contacto, ya que esto se erige en requisito indispensable para el trato benevolente por parte del

⁵ Incumplimiento a los compromisos propios de la Ley 975 de 2005.

⁶ Por ejemplo, la muerte.

Estado frente a las graves conductas cometidas. En ese orden, si no lo hace, la desatención se comprende como expresión de su voluntad.

3.2 Continuando con el análisis y para un mejor entendimiento del supuesto de hecho examinado como causal de exclusión, resulta importante buscar apoyo en la Real Academia Española, que en la primera acepción define **renuente** de la siguiente manera: «*Reacio, remiso*»⁷; y **renuencia** como: «*Resistencia que se muestra a hacer algo*»⁸, que para el caso de la norma en cita, se concibe como la **resistencia** a acudir al trámite de Justicia y Paz, pese a ser convocado en debida forma por el titular de la acción penal, obstinación⁹ que de manera palmaria comporta un acto voluntario.

En relación con lo anterior, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de tiempo atrás tiene establecido que:

«no tiene sentido que después de haberse iniciado la fase judicial de los procesos de justicia y paz, los mismos permanezcan en la indefinición porque el desmovilizado, a pesar de las reiteradas citaciones, **injustificadamente** es reticente a los llamados de la fiscalía para que rinda la versión libre y confesión, por lo que su omisión bien puede entenderse como un desistimiento tácito a continuar con el procedimiento de la Ley 975 de 2005» (destaca la Sala)¹⁰.

Lo anterior, por cuanto el trámite transicional «comporta un **compromiso** serio de parte de quienes, desmovilizados, han sido postulados por el Gobierno Nacional para acceder y culminar dicho trámite, sin que resulten posibles los cambios sucesivos de criterio, generando incertidumbre, desconfianza e inseguridad jurídica en la comunidad respecto de todo el proceso» (destaca la Sala)¹¹. **Compromiso** (o cambio de criterio) que, vale aclarar, es posterior a los actos de desmovilización y postulación, y evidentemente es consciente y voluntario, como lo es el desistimiento, ya expreso ora tácito.

3.3 De otra parte, es cierto que la causal 1º exige que el órgano investigador agote todos los medios disponibles para conseguir la efectiva citación del desmovilizado, «*de manera que **no exista duda de que el citado desconocía***

⁷ <https://dle.rae.es/renuente?m=form>

⁸ <https://dle.rae.es/renuencia?m=form>

⁹ **Resistencia.**

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 11 de marzo de 2009, radicado 31.162.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 27 de agosto de 2007, radicado 27.873.

la convocatoria que se le hizo»¹². No obstante, esta citación no puede ser un requisito simplemente formal, sobre todo cuanto el ente fiscal, por excelencia, cuenta con una sofisticada estructura institucional para cumplir a cabalidad dicha función. Es esto así, porque a partir del conocimiento o **desconocimiento** de la citación por parte del postulado, se puede colegir sin ambages si voluntariamente desistió del juzgamiento transicional y con libertad aceptó sus consecuencias.

Lo expuesto en precedencia adquiere mayor relevancia cuando se tiene en cuenta que la causal de exclusión, cualquiera que sea, debe estar suficientemente probada¹³; precisión que exige la superación de inferencias débiles o meras suposiciones¹⁴ y demanda de la Fiscalía una investigación objetiva, seria, contundente, imparcial y exhaustiva, como forma de garantizar los derechos fundamentales de las partes e intervinientes, obtener la verdad y aprestigiar la administración de justicia.

Esto se cumple cuando, por ejemplo, realiza ingentes esfuerzos para localizar a los postulados, profundiza en las versiones, declaraciones, denuncias y evidencias recopiladas desde los albores del proceso transicional y hasta hoy; máxime cuando de tiempo atrás la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia viene exigiendo la depuración de este particular y especial proceso¹⁵.

4. La exclusión es una sanción propia del proceso de Justicia y Paz

Precisa la Sala, que la regla del artículo 11A de la Ley 975 de 2005 contiene los supuestos de hecho (prohibición), cuya infracción por parte de los postulados impone la consecuencia jurídica explícitamente prevista en la misma norma y que no es otra que la exclusión de lista.

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 5 de junio de 2013, radicado 41.262.

¹³ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 3 de julio de 2013, radicado 41.507. Igualmente, la misma Corporación en auto del 20 de mayo de 2015, radicado 45.455, señaló que «la Fiscalía debe estar atenta a efecto de que una vez surja la causal, se realice la solicitud de exclusión, si cuenta con la prueba suficiente de la ocurrencia del hecho que da lugar a la expulsión».

¹⁴ *Ibídem*.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 20 de mayo de 2015, radicado 45.455.

Es evidente, que la exclusión del trámite transicional es una sanción prevista por el legislador cuando el destinatario: es renuente o no acata los compromisos propios de la referida Ley (causal 1); incumple alguno de los requisitos de elegibilidad (causal 2); no entrega, ofrece o denuncia los bienes del GAOML (causal 3); cuando ninguno de los hechos que confiesa fue cometido durante y con ocasión de su pertenencia a la organización (causal 4); cuando es condenado por un delito doloso posterior a la desmovilización o se comprueba que ha delinquirido desde el centro de reclusión (causal 5); y no cumple las condiciones impuestas en la audiencia de sustitución de la medida de aseguramiento (causal 6)¹⁶.

Tan es así, que la máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria en providencia de 20 de mayo de 2015, radicado 45.455, expresamente señaló: «**Todo proceso sancionatorio, y la solicitud de exclusión lo es**, debe estar regido por el principio de culpabilidad, lo cual conlleva al operador a constatar que el sujeto ha obrado con culpabilidad al incurrir en el comportamiento que le ha de originar la sanción»¹⁷ (destaca el Despacho).

Esta postura también ha sido sostenida por esta Sala de Justicia y Paz. En efecto, en decisión de 6 de septiembre de 2019, radicado 2019-00026, luego de hacer un análisis jurisprudencial frente a la gravedad de la conducta punible en punto de la causal 5¹⁸, determinó que la exclusión es una sanción¹⁹.

Más reciente, en providencia de 11 de febrero de 2021²⁰, sustentó:

«...y, sobre todo, cuando se tiene en cuenta que la exclusión es una sanción o consecuencia jurídica que se impone tras comprobarse una situación fáctica antecedente o supuesto de hecho claro, cierto, previo y expreso (encuadramiento de lo fáctico en la norma)».

Con todo, si existen dudas frente a esta posición jurídica, téngase en cuenta que la Corte Constitucional en la sentencia C-752 de 2013 sostuvo:

¹⁶ Causales previstas en el artículo 11A de la Ley 975 de 2005.

¹⁷ En este auto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió el problema jurídico que giraba en torno a la causal 1, no acatamiento de los compromisos de la Ley de Justicia y Paz.

¹⁸ Comisión de un delito doloso posterior a la desmovilización.

¹⁹ Se plasmó en la providencia: «Tal consideración explica la línea jurisprudencial elaborada por el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, en punto de ponderar la gravedad caso a caso, previo a determinar **la sanción extrema o exclusión** amparada en la objetividad del cometer un delito posterior a la desmovilización» (negrita y subrayado fuera de texto original).

²⁰ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala de Justicia y Paz. Rad. 201900234

«No obstante, si bien la posibilidad de exclusión no se inscribe en el campo de la punibilidad, por no corresponder a una sanción penal propiamente dicha, considera la Corte que **la misma tiene en todo caso un carácter sancionatorio**, dado que implica una afectación sustancial a la posición jurídica del postulado, cual es la de ser titular de los beneficios penales que ofrece la ley de justicia y paz, a cambio del cumplimiento de los compromisos adquiridos» (destaca el Despacho).

Esto sirve para comprender la razón por la que el párrafo 1º del artículo 11A alude a la falta de justificación del incumplimiento por parte del postulado para excluirlo del trámite transicional, a saber: el principio de culpabilidad, cuyo pilar fundamental es **la voluntad**²¹ del aparente infractor de la norma o verificador del supuesto de hecho, y que emerge indispensable para imponer la **consecuencia jurídica o sanción**.

En tal sentido también se pronunció esta Sala de Justicia y Paz en providencia de 19 de diciembre de 2019, radicado 2019-00134. En esa oportunidad dijo:

«La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el radicado 45.455 de 20 de mayo de 2015, en tratándose de la terminación del trámite de Justicia y Paz con base en el artículo 11A de la Ley 975 de 2005, de manera general refirió que:

«La exclusión supone expulsar del proceso transicional a quien de una forma u otra **ha exteriorizado su voluntad** de no someterse al mismo, bien por hacerlo de manera expresa y clara o bien por cuanto de su comportamiento se deriva un menosprecio hacia los fines del proceso, deslealtad hacia el mismo, desprecio por las víctimas, generalidades que se traducen de manera concreta en cada una de las causales consagradas en la norma transcrita».

De lo que se deduce, que los postulados pueden desistir o renunciar expresa o tácitamente al procedimiento especial. En el primero de los casos, **la manifestación es directa** y no deja lugar a dudas sobre **la intención** de renunciar o apartarse del diligenciamiento transicional. En el segundo, la afirmación no es directa, pero sí deducible del **comportamiento desinteresado, desprendido o contumaz**²².

De acuerdo con este razonamiento, en el desistimiento tácito se está frente a un **«fundamento subjetivo»**²³ de lo acontecido en el proceso, particularmente **comportamental del postulado**, que implica verificación de la Judicatura en cuanto a si objetivamente se configuró **la actitud omisiva, reticente, renuente, evasiva e injustificada**.

Por consiguiente, frente al supuesto de hecho de un desistimiento tácito, impera en la Administración de Justicia, previa solicitud de la Fiscalía, aplicar la consecuencia jurídica de expulsión del proceso de Justicia y Paz, por cuanto **la actitud** por sí misma es reprochable y defraudadora de la confianza e indulgencia del Estado, la sociedad y las víctimas que creyeron en la superación de la guerra y asintieron en el proceso de desmovilización y los beneficios ofrecidos por las normas especiales» (negrita y subrayado fuera de texto original).

²¹ Elemento volitivo (querer), que junto con el elemento cognoscitivo (conocimiento) estructuran la culpabilidad en la teoría del delito.

²² Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 11 de marzo de 2009, radicado 31.162 y auto del 15 de abril de 2009, radicado 31.181.

²³ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 11 de marzo de 2009, radicado 31.162, auto del 15 de abril de 2009, radicado 31.181, auto del 23 de agosto de 2011, radicado 34.423 y 7 de septiembre de 2011, radicado 37.075.

En consecuencia, es diáfano que la exclusión es un proceso sancionatorio regido por el principio de culpabilidad, por lo que emerge fundamental la demostración del querer del agente o voluntad dirigida hacia el fin normativo específico, en este asunto, la renuencia o resistencia a comparecer al proceso de Justicia y Paz.

5. Caso concreto

5.1 Con respecto a este postulado afirmó la Fiscalía que, objetivamente está verificada la causal primera (1ª) de exclusión, es decir, la renuencia a comparecer al proceso de Justicia y Paz. Pese a conocer de manera directa la denuncia sobre la aparente desaparición forzada de GILMAR MENA CABRERA²⁴ (aproximadamente hace 3 años y 6 meses).

5.1.2 Por este motivo, es preciso señalar, que constitucionalmente la Fiscalía General de la Nación, tiene la obligación de investigar y esclarecer todos los comportamientos que revisten las características de una conducta punible (art. 250²⁵) sin distingo de ningún tipo en lo que respecta al sujeto pasivo del proceso penal, en este asunto, en condición de desmovilizado del Bloque Catatumbo de las AUC y postulado al proceso de Justicia y Paz, como expresa y elocuentemente lo enseña el artículo 13 de la Carta Política²⁶.

²⁴ Denuncia del 18 de noviembre de 2018 interpuesta por la señora madre del postulado y que en el sistema SPOA aparece con Radicado No. 050016000720201800079 aportado por la Fiscalía General de la Nación.

²⁵ «La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

(...)).».

²⁶ «Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan».

Tan es así, que en tratándose de derechos fundamentales de gran peso, como sin duda lo son la vida y libertad personal, el Estado colombiano no solo tiene deberes en el ámbito interno, sino obligaciones de carácter internacional. Muestra de ello son justamente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante Ley 74 de 1968; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada a través de la Ley 16 de 1972; y para la temática que concentra la atención de la Sala, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada con la Ley 707 de 2001.

En efecto, en este último instrumento se estableció en el artículo I que:

«Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a:

- a) No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales;
- b) Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo;
- c) Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y
- d) Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención».

Acorde con esto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene instituido que la investigación y esclarecimiento de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada forman parte del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, lo mismo que el establecimiento de las responsabilidades penales en un plazo razonable²⁷.

Corolario y bajo el mismo criterio, en la sentencia de 14 de octubre de 2014, Caso Rocha Hernández y otros vs. El Salvador, señaló que:

«(...) los órganos estatales encargados de la investigación relacionada con la desaparición forzada de personas, cuyos objetivos son la determinación de su paradero y el esclarecimiento de lo sucedido, la identificación de los responsables y su posible sanción, deben llevar a cabo su tarea de manera diligente y exhaustiva».

En esa medida, «(e)l actuar omisivo y negligente de los órganos estatales no resulta compatible con las obligaciones emanadas de la Convención Americana, con mayor razón si están en juego bienes esenciales de las personas»²⁸.

²⁷ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador, sentencia de 14 de octubre de 2014.

²⁸ Ver también, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tiu Tojin vs. Guatemala, sentencia de 26 de noviembre de 2008; y Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú, sentencia de 26 de noviembre de 2013.

Nótese, entonces, que el deber de investigar del Estado persiste en tanto se mantenga la incógnita sobre la suerte o paradero de la persona desaparecida²⁹. Precisando que, no basta cualquier indagación o simulación, ya que:

«se deben utilizar todos los medios necesarios para realizar con prontitud aquellas actuaciones y averiguaciones esenciales y oportunas para esclarecer la suerte de las víctimas e identificar a los responsables de su desaparición forzada»³⁰.

Tanto así, que esta obligación no depende de la iniciativa procesal de las víctimas ni de sus familiares, tampoco de la aducción privada y particular de elementos materiales con vocación de prueba³¹.

5.1.3 En ese orden de ideas, los medios de conocimiento aportados por la Fiscalía General de la Nación permiten colegir que, GILMAR MENA CABRERA continúa desaparecido y el órgano constitucional con la función y deber de investigar de oficio, de forma idónea y contundente los acontecimientos, poco o nada ha hecho para esclarecer lo sucedido y determinar responsabilidades, pues a la fecha cuenta que existe investigación con la denuncia formulada por la madre del postulado en una Fiscalía de Medellín, sin reportar avance alguno de ese asunto.

Así, aunque objetivamente estuviera claro que GILMAR MENA CABRERA hubiere sido renuente a comparecer al proceso de Justicia y Paz, su inasistencia está justificada en la ausencia de voluntad, merced a su desaparición forzada e indefinición de su caso por desidia investigativa, lo que, como viene de verse, no encuadra en el parágrafo 1º del artículo 11A de la Ley 975 de 2005, ni permite la imposición de la respectiva sanción o exclusión del trámite transicional.

5.1.3.1 Obsérvese que el ente acusador supo de la desaparición forzada del postulado, porque su progenitora instauró una denuncia por la presunta

²⁹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988; Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2000; y Caso García y familiares vs. Guatemala, sentencia de 29 de noviembre de 2012.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia vs. Colombia, sentencia de 14 de noviembre de 2014. Ver también, Caso Anzualdo Castro vs. Perú, sentencia de 22 de septiembre de 2009; y Caso Gudiel Álvarez y otros («*Diario Militar*») vs. Guatemala, sentencia de 20 de noviembre de 2012.

³¹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso García y familiares vs. Guatemala, sentencia de 29 de noviembre de 2012.

comisión del delito de desaparición forzada, sin embargo, tampoco consta avances positivos en el Formato Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas (Sistema de Información Red de Desaparecidos y Cadáveres –SIRDEC–)³².

5.1.3.2 Igualmente, se deja claramente establecido que la Dirección de Justicia Transicional de la Fiscalía General de la Nación, también conoció de la desaparición forzada de este desmovilizado, tiempo atrás, tan cierto es que la EPS SAVIA SALUD informó que GILMAR MENA CABRERA se presentó a cita médica el día 27 de julio de 2020 y al respecto no se hizo ninguna averiguación que permitiera lograr su presencia.

5.1.4 Con lo anterior se nota que el órgano acusador del Estado, no ha cumplido con sus obligaciones de cara a la investigación seria, idónea, contundente y necesaria para esclarecer y dar con los responsables de la desaparición forzada del postulado GILMAR MENA CABRERA.

De otra parte, pese a la grave omisión, paradójicamente deprecó en contra de sus derechos la imposición de la sanción de exclusión del proceso de Justicia y Paz por supuesta renuencia a comparecer, cuando justamente se encuentra bajo la exceptiva o justificación de inasistencia por ausencia volitiva³³, conforme el parágrafo 1º del artículo 11A de la Ley 975, ya que ni expresa ni tácitamente exteriorizó o dirigió su voluntad hacia la defraudación de los fines del trámite transicional.

5.1.5 Es así que, el ente acusador con ocasión de la desaparición forzada de éste, no hizo una investigación idónea que permitiera lograr el mejor conocimiento posible de lo que realmente le ocurrió al postulado, por el contrario, decidió pedir su expulsión del proceso, lo que, de suyo, va en detrimento de una de las finalidades del proceso especial, esto es, la depuración; obligación natural y legal del ente investigativo.

De cara a este propósito, este Tribunal en decisión de 19 de diciembre de 2019, radicado 2019-00134, afirmó:

³² Folio 14 Informe de investigador de campo 9-417877 – FPJ-11 Policía Judicial. Anexo del Fiscal 54 Delegado.

³³ Incapacidad absoluta.

“Consistentes con esta hermenéutica, la Sala ratifica que el ejercicio de esta prerrogativa exige total seriedad, compromiso y responsabilidad por parte de la autoridad que cuenta con la mencionada atribución legal. Por tanto, la titular de la acción penal debe prestar suficiente atención a la configuración de las causales de exclusión, sentar las bases probatorias (basta para ello prueba sumaria) y presentarlas a la Magistratura de Conocimiento tan pronto se generen, pues la teleología de este mandato gira en torno a la pronta resolución de la situación jurídica de los postulados y la depuración del proceso transicional”.

En efecto, cuando se presentó el proyecto de modificación de la Ley 975 de 2005 para adicionar las causales de expulsión, tal como se conocen y plasmaron en la Ley 1592 de 2012, en el Congreso de la República se expuso:

«La depuración del universo de postulados debe traer como consecuencia una mayor fluidez en las actuaciones, 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»³⁴.

En este sentido, es reprochable el transcurso del tiempo y la inactividad del ente acusador desde que tuvo conocimiento de la configuración de la causal, cuando correspondía a la mayor brevedad documentarla sumaria y razonablemente para invocar la expulsión del proceso.

5.1.6 En consecuencia, con base en el análisis precedente, esta Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, negará la petición de la Fiscalía de excluir del trámite transicional al postulado GILMAR MENA CABRERA.

Por tanto, **exhortará** al ente acusador para que realice los actos de investigación necesarios, para dilucidar este fundamental aspecto. Esto, sin perjuicio de que posterior y eventualmente pueda presentar una nueva solicitud de exclusión de lista.

6. Exhortos

6.1 La Sala **exhortará** al ente acusador para que realice los actos de investigación necesarios para localizar a GILMAR MENA CABRERA, alias «Balsudito», en las direcciones registradas en los informes aportados en audiencia, con el fin de esclarecer su aparente desaparición forzada y/o si está voluntariamente incurso en alguna causal de exclusión.

³⁴ Gaceta 690 de 2011 del Congreso, proyecto de ley Senado 193 de 2011.

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

RESUELVE:

PRIMERO: NO EXCLUIR del proceso de Justicia y Paz a **GILMAR MENA CABRERA**, alias «Balsudito», por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: EXHORTAR al Fiscal General de la Nación y a la Dirección de Justicia Transicional con el fin de que:

- Realicen los actos de investigación necesarios para localizar a **GILMAR MENA CABRERA**, alias «Balsudito», en las direcciones registradas en los informes de Policía Judicial incorporados en la audiencia, con el fin de esclarecer su aparente desaparición forzada y/o si está voluntariamente incurso en alguna causal de exclusión.

Contra esta decisión proceden los recursos de reposición y apelación.

Notifíquese y cúmplase,



IGNACIO HUMBERTO ALFONSO BELTRÁN
Magistrado



ALEXANDRA VALENCIA MOLINA
Magistrada

(Firma electrónica)
OHHER HADITH HERNÁNDEZ ROA
Magistrada

Firmado Por:

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

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

Código de verificación: **bb9bfd9343b391526418f969b77b2e6698c24c21cb032bf033188c499f461ff0**

Documento generado en 21/06/2022 07:37:55 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>