



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS
Magistrado Ponente

AP5123-2022

Radicación n.º 61018

Aprobado acta no. 255.

Bogotá, D. C., dos (02) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

I. VISTOS

1. Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Séptimo de la Dirección de Justicia Transicional, contra el auto del 22 de noviembre de 2021 proferido por una Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, mediante el cual resolvió negar la exclusión de MARLIO MOLINA

MOSQUERA, del proceso transicional de que trata la Ley 975 de 2005¹.

II. ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

2. El 30 de junio de 2021, la Fiscalía Séptima de la Unidad Nacional de Justicia Transicional presentó solicitud de terminación del proceso y exclusión de la lista de postulados de Justicia y Paz, de MARLIO MOLINA MOSQUERA, e invocó la causal prevista en el numeral 1° del artículo 11A de la Ley 975 de 2005, adicionado por el numeral 5° de la Ley 1592 de 2012, «*cuando el postulado sea renuente a comparecer al proceso o incumpla los compromisos propios de la presente ley*».

3. Correspondió conocer del asunto al despacho 004 de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, ante quien se adelantó audiencia con el fin de debatir la petición, el 16 de septiembre de 2021, en esa ocasión:

3.1 El Fiscal recordó que lo pretendido se fundamenta en lo dispuesto en el numeral 1° del artículo

¹ “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.”

11A de la Ley 975 de 2005; esto es, *la renuencia a comparecer al proceso*, bajo el entendido que la no comparecencia del postulado se presenta cuando: *i)* no se logra establecer su paradero a pesar de las actividades realizadas por las autoridades con el fin de ubicarlo; y *ii)* no atiende, sin causa justificada, los emplazamientos públicos publicitados a través de medios de comunicación audiovisuales o escritos, ni las citaciones efectuadas al menos en tres (3) oportunidades para lograr su asistencia.

-. Explicó el delegado del ente acusador que MOLINA MOSQUERA, siendo Sangrento Segundo del Ejército Nacional, fue contactado por Jorge Iván Laverde Zapata, alias «*Iguano*», comandante del grupo frontera de Norte de Santander de las Autodefensas Unidas de Colombia, para que se uniera a la organización criminal; propuesta que aceptó, e ingresó al bloque Capital a mediados de 1999, donde desarrolló labores de inteligencia, logística y adquisición de material de guerra, hasta julio del año 2000.

Como en julio de 2000 fue traslado por el Ejército Nacional a la Brigada 13 ubicada en Bogotá, desde esa época y hasta octubre del mismo año estuvo desvinculado del grupo armado ilegal; pidió una licencia en la Milicia (*en agosto de 2000*) para unirse formalmente a las AUC al mando de alias «*Pedro frontera*», donde permaneció hasta noviembre de 2001.

En enero de 2002, ingresó al Bloque Capital, en el que continuó hasta la fecha de su captura, esto es, el 27 de febrero de 2003, desempeñándose como reclutador y comandante de 50 hombres.

-. Mediante escrito, MARLIO MOLINA MOSQUERA manifestó su voluntad de someterse al proceso de Justicia y Paz, al cual fue postulado por el Gobierno Nacional el 28 de marzo de 2007, según comunicación² dirigida en tal sentido a la Fiscalía General de la Nación; entidad que, mediante resolución 116 del 31 de octubre de 2007, asumió la competencia para adelantar la investigación y el 18 de marzo, 6 y 8 de junio de 2008, fijó los edictos de emplazamiento a las víctimas.

3.2 Con respecto a los motivos que dieron lugar al pedimento de exclusión, indicó³:

-. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en decisión del 23 de agosto de 2011, dejó en claro que, para hacerse acreedor de los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, no bastaba con el sometimiento, sino que se debe reflejar el interés por colaborar de manera concreta y efectiva en cada una de las etapas del diligenciamiento procesal.

² Oficio ODI07-16202-GJP-0301 con destino al Fiscal General de la Nación, anexo en el expediente electrónico en la carpeta de elementos materiales 1 "postulación MARLIO MOLINA".

³ Record 29:37 y ss de la audiencia del 16 de septiembre de 2021.

-. La renuencia o incumplimiento de los compromisos, conlleva a la exclusión del postulado de la lista, así como a la pérdida de todas las prerrogativas o beneficios que le hubieran sido otorgados.

-. En el caso de MARLIO MOLINA MOSQUERA, una vez se surtió su postulación y se culminó con la etapa administrativa del proceso especial de Justicia y Paz, la actuación fue enviada a la Fiscalía General de la Nación, que la recibió a través de la hoy Dirección Seccional de Justicia Transicional para iniciar la llamada etapa judicial; el trámite se asignó inicialmente al despacho de la Fiscalía 5^a Delegada ante el Tribunal de Justicia y Paz.

-. Se intentó dar inicio al ciclo de versiones libres, que es la primera fase del proceso de Justicia y Paz; no obstante, no fue posible la ubicación ni la comparecencia del postulado luego de haber recobrado la libertad; como constancia de la imposibilidad para lograr que MOLINA MOSQUERA acudiera, el fiscal relacionó múltiples oficios e informes de investigador que aportó como pruebas que respaldan la petición.

-. En el 2014, quien era la pareja sentimental de MARLIO MOLINA MOSQUERA (*María Teresa Durán James*), reportó su desaparición en la ciudad de Cúcuta, lo que puede llevar a pensar que es esa la causa de su inasistencia a los llamados que se le han hecho dentro del proceso de justicia y paz; no obstante, no hay una decisión

de fondo por parte de justicia ordinaria que indique que el postulado efectivamente se encuentra desaparecido o que declare su muerte presunta; y el proceso que se sigue ante una fiscalía en Cúcuta por ese hecho aún no ha culminado.

-. Pese a que el postulado en principio solicitó o manifestó su interés en colaborar, desde el 2012 no ha asistido a los llamamientos, no se tiene conocimiento de su paradero y tampoco es viable solicitar la preclusión por muerte; por tanto, a la fiscalía no le queda más, que pedir su exclusión por *“renuencia”*.

3.3 Se corrió traslado de la solicitud a partes e intervinientes, quienes intervinieron así:

-. La representante del Ministerio Público⁴ pidió se accediera a la postulación del fiscal, teniendo en cuenta que la exclusión puede aplicarse desde el mismo momento en que se empiezan a incumplir los compromisos adquiridos; además, atendiendo a que, pese a las múltiples labores adelantadas por la fiscalía, no fue posible establecer si efectivamente el postulado está o no desaparecido, por lo que al ente persecutor no le queda vía diferente a la de solicitar su exclusión por renuencia.

⁴ Record 1:12:01 a 1:14:43 de la audiencia de 16 de septiembre de 2021.

-. El apoderado de las presuntas víctimas se abstuvo de emitir pronunciamiento.

-. En su turno, el defensor público ⁵ puso de presente que si bien, existe duda respecto a si el postulado está o no desaparecido, lo que daría lugar a que no se acoja la solicitud del fiscal, de los elementos de prueba aportados, también se evidencian actos desplegados por la fiscalía tendientes a lograr su comparecencia, previos a la presunta desaparición y que fueron desatendidos por MOLINA MOSQUERA.

Bajo ese entendido, consideró no existen argumentos para ir en contravía de la solicitud de la fiscalía, por lo que dejó a criterio del despacho la resolución del asunto.

III. DECISIÓN IMPUGNADA

4. Mediante providencia aprobada el 22 de noviembre de 2021, a la que se dio lectura en audiencia llevada a cabo el 20 de enero de 2022, una Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal de Bogotá resolvió negar la exclusión por “*renuencia*” planteada por la fiscalía en contra de MARLIO MOLINA MOSQUERA.

⁵ Record 1:15:08 a 1:18:00 de la audiencia del 16 de septiembre de 2021.

A esa conclusión arribó previo análisis del marco normativo, conceptual y jurisprudencial del instituto, en el que concluyó que la exclusión es un proceso sancionatorio; y, como tal, parte del principio de culpabilidad, es decir, que se debe demostrar el querer del agente o su voluntad dirigida hacia el fin normativo específico.

Respecto al caso concreto de MARLIO MOLINA MOSQUERA y los motivos que fundamentaron para la fiscalía el pedimento de exclusión señaló:

- La fiscalía solicitó la exclusión por renuencia pese al conocimiento que tuvo de la presunta desaparición forzada del postulado que fue denunciada desde el 19 de marzo de 2014 por quien era su compañera sentimental.

- Conforme lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 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; y, por lo mismo, el Estado debe comprometerse a establecer responsabilidades penales dentro de un plazo razonable.

Obligación estatal que no depende de la iniciativa procesal de las víctimas o sus familiares, ni de la aducción privada de elementos materiales con vocación de prueba.

-. Los medios aportados por la fiscalía permiten colegir que MARLIO MOLINA MOSQUERA continúa desaparecido, hecho que no ha sido debidamente investigado por el competente.

-. Aun cuando objetivamente la fiscalía demostró que el postulado no ha comparecido al proceso, su presunta falta de interés o colaboración los sustenta en su desaparición; por tanto, lo ocurrido al interior del trámite de Justicia y Paz no encuadra en la causal invocada y mucho menos da lugar a que se imponga una sanción en su contra como lo es la exclusión.

-. En el caso que se estudia, la fiscalía no ha adelantado una investigación seria, idónea, contundente y necesaria para el esclarecimiento de la presunta desaparición de MOLINA MOSQUERA; y, pese a ello, pretende se le sancioné con la exclusión del proceso de Justicia y Paz.

-. Ni expresa ni tácitamente se puede deducir de lo ocurrido, que el postulado dirigió su voluntad hacia la defraudación de los fines del trámite transicional; por el contrario, se cuenta con memoriales en los que de manera directa manifestó su interés en cumplir con las obligaciones que le imponía el trámite.

Por último, la Sala exhortó a la fiscalía a fin de que realizara los actos de investigación necesarios para

localizar a MARLIO MOLINA MOSQUERA, alias «Sargento», con el propósito de esclarecer su desaparición o establecer si efectivamente está voluntariamente incurso en alguna causal de exclusión.

IV. LA IMPUGNACIÓN

5. Notificada la determinación, en audiencia del 31 de enero de 2022, el Fiscal Séptimo Encargado para la Justicia Transicional interpuso recurso de apelación, tras considerar, se equivocó el Tribunal al concluir que la inasistencia al proceso por parte del postulado está justificada en su desaparición forzada, pues:

-. Si bien en el SPOA se reporta una denuncia del 21 de marzo de 2014, interpuesta por la esposa del postulado por su posible desaparición forzada, de las pruebas aportadas por la fiscalía surge evidente que MOLINA MOSQUERA fue renuente desde el 28 de marzo de 2007 hasta el 19 de marzo de 2014, fecha esta última en que presuntamente desapareció.

-. Se desconoció la orden de 3 de mayo de 2012, a través de la que la cual la Fiscalía 22 Delegada ante el Tribunal de Justicia y Paz citó al postulado el 30 de junio de 2012, a fin de que rindiera versión libre, convocatoria a la que no asistió y presentó excusa médica.

-. Con la manera en que el postulado actuó demostró que él y su apoderada de confianza conocían de las citaciones; así mismo, que la fiscalía efectuó las acciones pertinentes para lograr su comparecencia; no obstante, por su propia determinación, la diligencia de versión libre no pudo adelantarse.

-. De lo obrante en el expediente, es posible concluir que «MOLINA MOSQUERA, nunca tuvo la convicción y el deseo de colaborar con el esclarecimiento de los hechos durante su trasegar como integrante de las autodefensas y mucho menos contribuir a la verdad justicia y reparación».

-. Se omitió hacer un análisis de lo contenido en los oficios 00552 del 14 de enero de 2014 y 006897 del 16 de julio de 2014, que dan cuenta de los llamados públicos (*separatas*) efectuados entre otros a MARLIO MOLINA MOSQUERA a los que hizo caso omiso.

-. Antes de la presunta desaparición, se efectuaron varias convocatorias a fin de que el postulado pudiera rendir versión libre y aun así no las atendió; empero, dichas pruebas no fueron valoradas ni tenidas en cuenta para adoptar la decisión que se cuestiona.

-. No fue analizado el informe de investigador del 2 de julio de 2010, que relaciona las labores adelantadas por la fiscalía en aras de localizar a MARLIO MOLINA

MOSQUERA, y que resultaron infructuosas pese a haberse consultado diferentes entidades del orden nacional.

-. Nada se dijo respecto a lo planteado por las abogadas de confianza del postulado, Claudia Mejía (*lo asistió la diligencia de entrevista del postulado del 2008*) y Luz Dari Charri Mayunco, quienes manifestaron desconocer su ubicación, pero se comprometieron a enviarle un correo electrónico y pusieron de presente que, según información brindada por la esposa del procesado, habría salido del país con destino a Francia, quedando en tela de juicio su desaparición forzada.

-. No se estimó el contenido del oficio librado por Migración Colombia, en el que se relacionan las salidas del país del postulado y del que se deduce tuvo voluntad para viajar, pero no para concurrir a los compromisos adquiridos con el sometimiento a la Ley 975 de 2005.

En esos términos, consideró, se equivocó primera instancia al concluir que la inasistencia de MARLIO MOLINA MOSQUERA, estaba justificada en su presunta desaparición, pues antes de dicho evento ya la fiscalía había logrado demostrar su renuencia.

V. INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES

6. La procuradora solicitó mantener la providencia impugnada al considerar, la fiscalía debe hacer mayores esfuerzos por esclarecer si efectivamente el postulado está o no desaparecido o si su inasistencia, ha sido consecuencia de un desinterés en el proceso.

7. El apoderado de las víctimas no intervino.

8. El defensor público, de igual forma, peticionó mantener la negativa de exclusión atendiendo a que las razones en que la fiscalía fundamentó la postulación, no son las adecuadas para comprobar la renuencia, lo anterior teniendo en cuenta que:

-. La causal alegada torna imperioso que se demuestre un requisito subjetivo, como lo es, el ánimo de no colaborar o comparecer sin que medie justificación alguna.

-. No bastaba con enunciar los elementos de prueba que den cuenta de la inasistencia o de la imposibilidad de ubicarlo, pues le correspondía a la fiscalía acreditar que MOLINA MOSQUERA dejó de participar en el trámite por voluntad propia, máxime cuando existe información que pone en duda ese elemento volitivo, ya que presuntamente fue víctima de desaparición forzada.

-. Luego de que se denunció la desaparición del postulado, la fiscalía no adelantó gestiones concretas bien

fuera para sugerir en grado de probabilidad la desaparición o su deseo de no colaborar con el trámite de justicia y paz.

-. Si bien, previo a la denuncia por desaparición se reportan varias citaciones que fueron desatendidas por el postulado, la fiscalía no demostró que su ausencia fuese motivada por la voluntad y deseo de no colaborar o incumplir con los acuerdos de su sometimiento.

-. Las condiciones actuales del trámite en donde está en duda si el procesado es o no víctima de desaparición forzada y en el que por otra parte obran pruebas de la fiscalía de las que se deduce el desinterés, no son suficientes para concluir que existe renuencia; y, en consecuencia, no se debe acceder al pedimento de la fiscalía.

VI. CONSIDERACIONES

9. La Corte es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la providencia proferida por una Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, por cuyo medio se negó la exclusión del postulado MARLIO MOLINA MOSQUERA, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 26 de la Ley 975 de 2005,

27 de la Ley 1592 de 2012,⁶ en concordancia con el artículo 68⁷ *ibídem* y con el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004.

10. Desde la redacción original del artículo 2° de la Ley 975 de 2005⁸, se previó como destinatarias del trámite especial de investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales allí previstos, a las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, que habiendo sido autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia a estos, «(...) *hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decididamente a la reconciliación nacional.*»

En ese contexto, establece la legislación especial como requisito fundamental, que los desmovilizados se obliguen a suspender cualquier actividad ilícita, así como a realizar acciones reales y efectivas encaminadas a enmendar los daños causados y modificar su comportamiento con ocasión de la dejación de armas, exigencias previstas a cambio de que el Estado renuncie a una parte de la pena ordinaria imponible por las

⁶ “La apelación solo procede contra la sentencia y contra los autos que resuelvan asuntos de fondo durante el desarrollo de las audiencias, sin necesidad de interposición previa del recurso de reposición. En estos casos, se procederá de conformidad con lo previsto en los artículos 178 y siguientes de la Ley 906 de 2004 y las normas que los modifiquen, sustituyan y adicione. Para las demás decisiones en el curso del procedimiento especial de la presente ley, solo habrá lugar a interponer el recurso de reposición que se sustentará y resolverá de manera oral e inmediata en la respectiva audiencia.”

⁷ “Los recursos de que trata la presente ley y cuyo trámite corresponde a la Corte Suprema de justicia, tendrán prelación sobre los demás asuntos de competencia de la Corporación y deberán ser resueltos dentro del término de treinta días.”

⁸ Modificado por el artículo 1° de la Ley 1592 de 2012.

conductas punibles cometidas durante y con ocasión de la pertenencia a la agrupación armada ilegal⁹, en consonancia con los requisitos de elegibilidad de los artículos 10 (*requisitos de elegibilidad para desmovilización colectiva*) y 11 (*requisitos de elegibilidad para desmovilización individual*) de la Ley 975 de 2005.

11. Bajo esos presupuestos, cuando se demuestra el incumplimiento de tales cargas, la consecuencia no es otra que la exclusión del inculpatado del proceso transicional, con la consecuente pérdida de los beneficios punitivos y de todo orden allí determinados; y, el inicio o reanudación de las investigaciones pertinentes ante las autoridades judiciales ordinarias.

Así lo dispone el artículo 11A de la Ley 975 de 2005, adicionado por el artículo 5° de la Ley 1592 de 2012, que, entre otras cosas, enlistó las causales de terminación del proceso y la subsecuente exclusión de un postulado que incumple alguna de las obligaciones adquiridas al acogerse a la justicia transicional:

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,*

⁹ Artículo 3° de la Ley 975 de 2005.

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*

A su vez, el párrafo 1° del mismo precepto normativo, delimitó los supuestos en los que se debe entender que el postulado no comparece al proceso: (i) cuando no se logra establecer su paradero a pesar de las labores realizadas por las autoridades para su

localización; (ii) no atiende, sin causa justificada, los emplazamientos públicos efectuados a través de los medios de comunicación, ni las citaciones realizadas al menos en tres oportunidades para lograr su comparecencia a versión libre; (iii) no se presenta, sin causa justificada para adelantar diligencia de versión libre o, (iv) no se presenta, sin causa justificada a las audiencias.

Acerca de esta preceptiva, la Corte ha precisado el ámbito de su aplicación bajo las siguientes premisas:

[2.] Si el postulado llega en forma voluntaria al trámite de que se trata, de manera igualmente voluntaria puede irse del mismo, esto es, desistir del mecanismo, lo cual es factible que sea por una de dos vías: mediante actos positivos y expresos que así lo hagan saber a la justicia, o mediante una deserción silenciosa o tácita, que sucede cuando el desmovilizado se muestre renuente a comparecer al proceso a rendir la versión-confesión, evento en el cual, si bien no hay manifestación expresa de dejación, se deduce tal desistimiento a partir de las actuaciones (mejor, omisiones) dentro del trámite (autos del 31 de marzo y 15 de abril de 2009 y 7 de septiembre de 2011, radicados 31.162, 31.181 y 37.075, en su orden).

(...)

En ese contexto, no puede admitirse que, iniciado un procedimiento de justicia y paz, el mismo permanezca en la indefinición por voluntad del desmovilizado en cuanto en forma injustificada se niegue a asistir a las diversas diligencias programadas por la Fiscalía en aras de que rinda esa versión-

*confesión, omisión que, así, debe ser entendida como un desistimiento tácito, en tanto el ingreso voluntario al trámite exige del acusado un compromiso serio para culminarlo positivamente, lo cual comporta la carga de comparecer a las citaciones de la Fiscalía (autos del 11 de marzo y 15 de abril de 2009, radicados 31.162 y 31.181).*¹⁰

Criterio que fue complementado poco tiempo después, en el entendido que la cesación del procedimiento fundada en la presunción de renuencia del postulado a comparecer a las citaciones «(...) supone que la Fiscalía haya agotado los medios a su alcance con el objeto de lograr la efectiva citación del postulado, de que se encuentra debidamente enterado de la misma, de manera que no exista duda de que el citado desconocía la convocatoria que se le hizo.»¹¹

12. En consecuencia, cuando se demuestra que un postulado deja de atender los compromisos y las obligaciones que se le han impuesto al adquirir esa condición, sin que medie alguna razón que lo justifique y habiéndose verificado que conocía de las citaciones, procederá su desvinculación del trámite, lo que conlleva perder la oportunidad de acceder a los beneficios alternativos que en él se establecen.

Bajo ese entendido, la exclusión tiene un carácter sancionador. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta

¹⁰ CSJ SP, 15 may. 2013, rad. 41217.

¹¹ CSJ SP, 5 jun. 2013, rad. 41262.

Sala y la de la Corte Constitucional entre otras, en la sentencia C-752 de 2013¹², lo que comporta que el procedimiento en el que se pretende su declaratoria se deba regir por el principio de culpabilidad.

Por tanto, tal y como lo puso de presente el *A quo*, para verificar si se configuró o no la causal invocada, es preciso determinar si la Fiscalía realizó las labores suficientes y efectivas tendientes a la localización de MARLIO MOLINA MOSQUERA; y además, se debe analizar

¹² “8.8.5. A este respecto, debe destacarse que, tratándose de la ley de justicia y paz, la garantía de la responsabilidad subjetiva se circunscribe objetivamente a la definición de los presupuestos de la responsabilidad penal, de manera que, por su intermedio, se busca evitar que un postulado sea condenado penalmente, sin que se demuestre previamente que realizó las conductas delictivas que se le imputan con dolo, culpa o preterintención.

8.8.6. Frente al incidente de exclusión del proceso de justicia y paz, al que se refiere la norma acusada, es claro que el mismo no busca determinar los presupuestos de la responsabilidad penal, sino establecer si el beneficio de la pena alternativa en favor de los postulados a dicha ley, se justifica por haberse dado estricto cumplimiento a los compromisos adquiridos con el Estado, orientados a satisfacer a cabalidad los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Desde esa perspectiva, la exclusión de los beneficios de justicia y paz, derivada de la omisión de declarar o denunciar bienes, constituye, en realidad, la pérdida de la disminución punitiva que se otorga a cambio de la voluntad decidida y probada de contribuir al esclarecimiento de la verdad y a la reparación de las víctimas.

8.8.7. 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. Por esta razón, se entiende que tal decisión debe adoptarse con plena observancia de los principios y garantías constitucionales como lo dispone la referida ley, lo cual significa que en dicho trámite, se le debe garantizar al postulado el debido proceso, materializado en la posibilidad de hacer valer los derechos de defensa y contradicción y a presentar las pruebas que expliquen su conducta, es decir, que permitan establecer las razones o motivos por los cuales determinados bienes no fueron denunciados o entregados por aquél en la oportunidad procesal en la que estaba obligado a hacerlo.

8.8.8. Al respecto, no sobra recordar que al proceso de justicia y paz el desmovilizado accede libre y voluntariamente, asumiendo el deber jurídico de contribuir a la reconciliación nacional, lo cual se materializa poniendo en conocimiento de la autoridad judicial la verdad sobre su participación en los hechos delictivos por él perpetrados, y entregando todos los bienes adquiridos en desarrollo de las actividades delictivas, a cambio de la indulgencia de una disminución punitiva. Si ello es así, cuando el desmovilizado no actúa con lealtad y falta a los compromisos adquiridos, lo propio es tramitar su exclusión del proceso de justicia y paz, o, en su defecto, revocar la pena alternativa, pues de lo contrario se estaría afectando en forma desproporcionada el valor de la justicia y el principio de igualdad, ya que no existiría razón jurídica para que, a pesar de su conducta negativa, el desmovilizado permanezca en el proceso de justicia y paz y sea beneficiario del mismo.”

si su inasistencia estuvo justificada o si, por el contrario, obedeció a su libre determinación.

13. Para el caso concreto, se constata dentro del trámite, que el postulado fue enlistado el 28 de marzo de 2007 por el Ministerio del Interior y de Justicia luego de verificar perteneció al Bloque Centauros de las AUC y se desmovilizó.

Con ocasión de dicho diligenciamiento, la Fiscalía 5^a de la Unidad de Justicia y Paz, mediante Resolución 116 del 31 de octubre de 2007, asumió competencia para adelantar la investigación (*radicado 110016000253200782899*), que se abrió en su contra, decisión que le fue notificada a través de la Dirección de la Penitenciaría de La Dorada (*Caldas*), donde para ese momento estaba recluido por cuenta del proceso radicado 403-3 que se siguió en su contra ante la jurisdicción ordinaria por el delito de secuestro extorsivo.

14. Mediante escritos fechados el 29 de agosto y 24 de octubre de 2007, MARLIO MOLINA MOSQUERA solicitó información de su proceso especial de justicia y paz y ratificó su deseo de seguir colaborado con la administración de justicia; lo anterior, con el fin de que se le tomara versión libre para dar inicio formal a la fase jurisdiccional del proceso transicional.

El 16 de junio de 2008 se entrevistó al postulado, quien entregó información sobre su participación en las AUC, personas que conocía colaboraron con la organización y puso de presente la manera en que, al interior de otro trámite, brindó información para la ubicación de una fosa común en la que fueron encontrados los cuerpos de cuatro miembros de una misma familia.¹³

15. El 25 de marzo de 2009, se concedió a MARLIO MOLINA MOSQUERA libertad condicional dentro de la causa por la que se encontraba recluido (*por el delito de secuestro extorsivo seguido en la jurisdicción ordinaria*).

Estando vigente el beneficio, el 10 de febrero de 2010, solicitó mediante escrito se fijara fecha de «*versión libre y confesión dentro de la ley de los postulados de Justicia y Paz*»; petición que fue contestada por la Fiscal Seccional de Apoyo del Despacho Treinta de Justicia y Paz el 15 de marzo del mismo año, donde le informó que, dado que se encontraba en libertad, le correspondía conocer de su proceso a la “*Fiscal 36 Delegada ante el Tribunal Superior*”, a quien en esa fecha remitieron las diligencias¹⁴.

16. Conforme a las pruebas aportadas, entre el 15 de marzo de 2010 y el 30 de julio de 2012, la Fiscalía de Justicia y Paz no adelantó ninguna gestión; en la última

¹³ Archivo 42 de la carpeta 2 de elementos materiales probatorios aportados por la Fiscalía al expediente electrónico anexo.

¹⁴ Archivo 33 de la carpeta 2 de elementos materiales probatorios anexo al expediente electrónico.

fecha anunciada citó formalmente a MARLIO MOLINA MOSQUERA, con el fin de tomar su versión libre y confesión, diligencia que no pudo llevarse a cabo dada la inasistencia del interesado.

No obstante, mediante documento radicado el mismo día de la audiencia (*30 de julio de 2012*), MOLINA MOSQUERA se excusó, aduciendo encontrarse incapacitado, anexó la correspondiente certificación médica y solicitó *«se sirva fijar nueva fecha y hora, para la diligencia suspendida (...) pues es mi deseo colaborar en las diligencias de Justicia y Paz»*.

17. Se aportó el oficio UNJYP000552 del 14 de enero de 2014¹⁵; es decir, casi dos años después de la última actuación, en el que la Profesional Especializada de la Unidad Nacional para la Justicia y la Paz, dio cuenta de la separata mediante la cual se convocó entre otros, al aquí postulado a fin de que rindiera versión libre.

Este último documento, es, a decir del fiscal apelante, el punto de partida que da cuenta de la *«renuencia»* y desinterés de MOLINA MOSQUERA, en el proceso especial, pues con él se pone de presente que, incluso previo a su desaparición, mostró desinterés en el asunto.

¹⁵ Archivo 47 ibidem.

18. Entre las labores investigativas que se desplegaron con el propósito de ubicar al interesado, la Fiscal 30 de apoyo Delegada ante el Tribunal, el 1° de septiembre de 2016, entabló comunicación con las abogadas que en su momento asesoraron al postulado, Dras. Claudia Arenas Mejía y Luz Dary Charry Mallugo¹⁶; la primera, manifestó desconocer el paradero de aquel, mientras que la segunda, recordó que, por información brindada por la esposa del procesado, se enteró que él había salido del país con destino a Francia¹⁷.

En contraste a lo informado por la última apoderada, en documento FPJ11 del 2 de septiembre de 2016, suscrito por un funcionario del CTI, Grupo de Justicia Transicional dirigido a la Fiscal 16 Delegada de la Dirección Nacional Especializada de Justicia Transicional, se le puso de presente que *«con el fin de obtener una posible dirección, se procedió a verificar en el sistema SPOA, si el señor MARLIO MOLINA MOSQUERA (...) está registrado en el mencionado sistema, donde el resultado fue positivo, ya que registra una denuncia con numero (sic) de noticia criminal NUNC 540016000727201400035, por el delito de desaparición forzada, instaurada en Cúcuta- Norte de Santander»*¹⁸.

¹⁶ La primera, quien acompañó al postulado en la entrevista que le fuera tomada el 16 de junio de 2008, y la segunda, quien él mencionó en el memorial donde presentó excusas por la inasistencia a la diligencia del 30 de julio de 2012.

¹⁷ Constancia firmada por la fiscal de apoyo, anexa en el archivo 57 de a capeta 2 de elementos de prueba anexos al expediente electrónico.

¹⁸ Archivo 58 de la carpeta 2 de elementos materiales probatorios anexo al expediente electrónico

Investigación en la que el funcionario del CTI aportó la noticia criminal del 21 de marzo de 2014, en la cual María Teresa Durán James manifestó ser la esposa de MARLIO MOLINA MOSQUERA, denunció la manera en él desapareció sin dejar rastro desde el 19 de marzo de ese mismo año; el investigador consultó en el Sistema de Información Red de Desaparecidos y Cadáveres SIRDEC, donde el postulado reportó inscrito con el número 2014D002485 y se informaba continuaba desaparecido¹⁹.

19. Teniendo en cuenta dichas pruebas, fue que el Tribunal Superior de Justicia y Paz de Bogotá, negó a la fiscalía la exclusión del postulado, en concreto, al considerar, se debe aclarar si efectivamente MARLIO MOLINA MOSQUERA está desaparecido o si, por el contrario, de manera voluntaria ha optado por desatender los llamados de la justicia transicional para ahí si proceder con el pedimento de supresión.

No obstante, para el fiscal recurrente, la Sala Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal de Bogotá, al momento de adoptar la decisión, desconoció que incluso antes de que se reportara la desaparición (*21 de marzo de 2014*), MARLIO MOLINA MOSQUERA ya venía desatendiendo los llamados de la justicia, lo que daría lugar a tenerlo como renuente.

¹⁹ Archivo número 58 anexo a la carpeta 2 de elementos materiales probatorios, anexos al expediente electrónico.

En otras palabras, a decir del delegado del ente fiscal, entre el 28 de marzo de 2007 (*fecha en que fue postulado*) y el 19 de marzo de 2014 (*fecha en que presuntamente desapareció*) fue reacio, de donde infiere se comprobó el elemento subjetivo necesario para la procedencia de la causal 1ª del artículo 11A de la Ley 975 de 2005.

20. Lo primero que encuentra esta Sala de la Corte, es que, contrario a lo sostenido por el fiscal impugnante, no se observa que el Tribunal haya omitido valorar algunos de los elementos de prueba aportados como soporte de la exclusión. Lo que en realidad ocurrió, fue que la primera instancia centró la decisión en un hecho que, a su sentir, pone en duda el elemento volitivo necesario para declarar la renuencia; y, bajo ese contexto, estimó innecesario estudiar si había existido o no objetivamente desinterés en el trámite de justicia transicional, pues ese hecho (*desaparición*) impide la comprobación del elemento subjetivo necesario para acreditar la causal propuesta.

Fue por ello, entonces, que el motivo central de la negación tuvo su origen en la posible desaparición forzada de que habría sido víctima el postulado.

Bajo ese entendido, para la Sala de Conocimiento del Tribunal de Bogotá, la fiscalía no demostró la configuración de la causal invocada; pues, para ello, en primera medida debió descartar la desaparición, para ahí sí comprobar la renuencia como motivo de expulsión del

proceso especial por incumplimiento de las obligaciones, argumento que comparte esta Corporación.

21. En segundo lugar, cabe reiterar que la exclusión no es más que la respuesta sancionatoria ante el incumplimiento de las obligaciones que el postulado adquiere al someterse voluntariamente al proceso especial de justicia y paz; por ende, solo hay lugar a aplicar dicho «castigo», cuando los motivos que lo fundamentan tienen origen en la intención o voluntad del agente en causarlo, finalidad que puede ser exteriorizada expresa o tácitamente por el interesado.

Para el caso concreto de MARLIO MOLINA MOSQUERA, no existe dentro del trámite una expresión de su voluntad directa encaminada a abandonar del proceso transicional; por el contrario, entre las pruebas aportadas por la Fiscalía obran tres documentos en los que de manera concreta reiteró su interés en el trámite y su disposición en colaborar con la consecución de la paz nacional.

Es por lo anterior que, la pretensión de la fiscalía se sitúa en la declaratoria de renuencia o expulsión del procesado, trámite para el que se requiere por parte del ente persecutor, la comprobación de que, habiendo agotado los medios necesarios para lograr la comparecencia del postulado, este de manera voluntaria

ha hecho caso omiso a los mandatos, sin que medie causa que lo justifique.

22. Se tiene entonces conocimiento de que, desde el 19 de marzo de 2014, MARLIO MOLINA MOSQUERA está presuntamente desaparecido. Bajo ese supuesto, lo que propone el fiscal es que, se haga caso omiso a ello y se remonte el análisis del asunto a lo ocurrido entre el 2007 y el 19 de marzo de 2014, para, con fundamento en lo acaecido en dicho interregno, sancionar al postulado por no haber colaborado con el proceso de Justicia y Paz.

23. Esa manera en que la Fiscalía plantea y fundamenta el pedimento desconoce los derechos del procesado y las obligaciones que nacional e internacionalmente vinculan al Estado Colombiano respecto del delito de desaparición forzada, que van incluso a autorizar se investigue de oficio, sin dilaciones y de manera imparcial y efectiva los hechos de esta naturaleza.

En el informe de investigador de campo FPJ 11 del 17 de noviembre de 2020, el servidor de Policía Judicial del CTI puso de presente que consultado el SPOA, *«la Dirección Seccional de Norte de Santander– Fiscalía 12 Especializada adelanta la investigación No 540016000727201400035, donde figura como víctima el señor MARLIO MOLINA MOSQUERA C.C. 83.088.791, por el del delito de DESAPARICION FORZADA.»*

No obstante, no se verificó ni realizó diligencia de inspección a dicho expediente con el ánimo de obtener conocimiento acerca del estado del mismo y el fiscal se conformó con saber, que se trata de una actuación que está en indagación.

Bajo ese entendido, con la información y la investigación que respecto a la presunta desaparición forzada del postulado adelantó el Fiscal de Justicia y Paz, solo se sabe que desde el 2014, data en que se desconoció el paradero de MOLINA MOSQUERA, a la fecha, no se han adelantado actuaciones tendientes a establecer o aclarar los hechos bajo los que supuestamente fue retenido en contra de su voluntad; sin embargo, la misma fiscalía pretende se ignore su insuficiente gestión y se sancione al procesado, partiendo de que su inasistencia es una expresión tácita de su desinterés en proseguir con el trámite transicional.

24. No se puede dejar de lado que, en materia de desaparición forzada, han sido reiterados los pronunciamientos de organismos internacionales en los que se fijan lineamientos a los Estados, encaminados a que se garanticen los derechos de las víctimas.

El tema se consideró desde el *«Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969»*, en 1992, en la resolución 47/133 de ese

año, donde la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la «*Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las desapariciones forzadas*», así como en la «*Convención Interamericana sobre desaparición forzada*», suscrita el 9 de junio de 1994 en Belém do Pará.

Instrumentos que, como respuesta a las múltiples denuncias de personas desaparecidas, fijaron lineamientos para evitar y erradicar la ocurrencia de hechos de tal magnitud; así como, a fijar directrices a los Estados con el ánimo de que se investiguen de manera eficiente los hechos constitutivos de desaparición.

A manera de ejemplo, los Estados se obligan a garantizar «*El derecho a un recurso judicial rápido y eficaz, como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud o de individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva, es necesario para prevenir las desapariciones forzadas en toda circunstancia(...).*»²⁰

25. Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que de conformidad con los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, los Estados están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de aquellas prerrogativas; asimismo, ha destacado que al amparo del

²⁰ Artículo 9° de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las desapariciones forzadas

derecho de acceso a la justicia se debe asegurar, en tiempo razonable a las presuntas víctimas o sus familiares que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y sancionar a los eventuales responsables.

En consecuencia, la obligación de investigar es de medio y no de resultado, debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios.²¹

26. En ese contexto, mal haría la Corte si aceptara los postulados propuestos por el ente fiscal al pretender, se haga caso omiso a la ausencia de investigación integral de la desaparición forzada del postulado, para por demás, castigarlo con la exclusión con base en suposiciones, imponiéndole cargas que no le corresponden.

Por otra parte, si para la fiscalía resultaba claro que MARLIO MOLINA MOSQUERA estaba siendo renuente, era ahí justo en el momento en que se acreditó presuntamente la causal donde debió gestionar el trámite tendiente a su

²¹ Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010; Corte IDH. Caso Jineth Bedoya Lima Vs. Colombia, Informe No 150/18. 7 diciembre de 2018.

exclusión y no esperar a que transcurrieran más de 10 años desde que se tuvo conocimiento de acciones que daban lugar siquiera a inferir su desinterés en el proceso.

27. Es más, con los elementos aportados lo que se verifica no es el desinterés del procesado, sino el retardo de la fiscalía, ya que, entre el 16 de junio de 2008 (*fecha en que se tomó entrevista al postulado*) y el 3 de mayo de 2012 (*fecha en que se lo citó para versión libre*), no ejecutó ninguna acción, pese a los reiterados llamamientos de MOLINA MOSQUERA porque su trámite avanzara.

Luego, y pese a que el postulado presentó excusa médica como motivo para no haber asistido a la diligencia del 3 de mayo de 2012 y pidió se señalara prontamente fecha para tomar su versión, solo hasta el 14 de enero de 2014 y mediante aviso público (*separata*), fue nuevamente requerido; es decir, dos años después de la última actuación, sin resultados efectivos.

Se le citó de nuevo a través de llamamiento público reportado mediante oficio 006897 del 16 de julio de 2014, invitación que tampoco atendió; no obstante, para esa fecha, ya estaba reportado como desaparecido (*19 de marzo de 2014*).

Bajo ese entendido, las posteriores citaciones ninguna relevancia tienen, pues así sea por duda, están signadas por la posibilidad de que MARLIO MOLINA

MOSQUERA haya desatendido el llamado en razón al delito del que presuntamente sigue siendo víctima hasta la actualidad.

28. Hecha esta salvedad, lo cierto es que, existe un proceso penal en etapa de indagación, en el que se averigua la posible desaparición forzada de MARLIO MOLINA MOSQUERA, situación que no ha podido desvirtuar el fiscal cognoscente a través de las labores investigativas que ha adelantado desde el 2014, tendientes a ubicar y lograr su comparecencia al proceso de Justicia y Paz.

En consecuencia, contrario a lo requerido por el Fiscal 7° Encargado de Justicia y Paz, la causal invocada no ha sido comprobada; pues, tal y como lo determinó primera instancia, mal podría concluirse que el postulado es renuente a atender los compromisos que la Ley de Justicia y Paz le impone, si en contra de su voluntad le ha sido imposible acudir a los llamados; en otras palabras, no puede sancionársele cuando, no se sabe si es por razones extrañas a su interés, que no ha podido cumplir sus obligaciones.

Además, como es deber de la fiscalía adelantar de manera eficiente y eficaz las investigaciones a su cargo, la falta de progreso en el proceso 540016000727201400035 (*proceso por desaparición forzada*) que se sigue por la conducta de la que presuntamente el procesado es víctima, de

ninguna manera puede representar una carga adicional para el agraviado ni sus familiares; por tanto, es el Estado a través de sus órganos el llamado a esclarecer el asunto previo a considerar la posibilidad de excluirlo del proceso transicional.

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

VII. RESUELVE

1. CONFIRMAR, en cuanto fue objeto de impugnación, la providencia de 22 de noviembre de 2021 proferida la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual se negó la terminación del proceso de Justicia y Paz de MARLIO MOLINA MOSQUERA.

2. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.




FABIO OSPITIA GARZÓN
Presidente



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Sala Casación



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

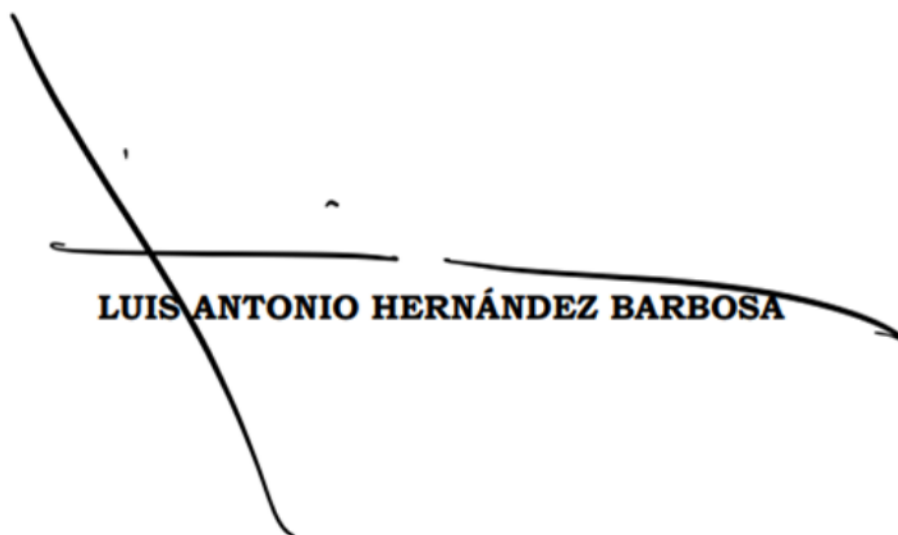


GERSON CHAVERRA CASTRO



2022

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

CUI. 11001225200020210011300
Segunda Instancia Justicia y Paz
Número Interno 61018
Marlio Molina Mosquera


HUGO QUINTERO BERNATE

Sala Casación Penal @ 2022
NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria