

REPÚBLICA DE COLOMBIA**TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE JUSTICIA Y PAZ****Magistrada Ponente:
BEATRIZ EUGENIA ARIAS PUERTA****AUDIENCIA ORAL**

Medellín, dos (2) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Radicación	110016000253200680248
Postulado	JHONATAN GUTIÉRREZ GALLEGO
Solicitante	Fiscalía cuarta Delegado ante Tribunal Superior de Distrito. Dirección de Justicia Transicional
Decisión	No se accede a la solicitud de exclusión del postulado.

ASUNTO

Resolver la solicitud de *exclusión de lista de postulados* presentada y sustentada en audiencia por el doctor ALBEIRO CHAVARRO, Fiscal cuarto Delegado de la Dirección de Justicia Transicional con sede en la ciudad de Medellín, en relación con el postulado **JHONATAN GUTIÉRREZ GALLEGO**, con cédula número 98.709.981 de Bello (Antioquia) alias "**El Paisa o La Chinga**" desmovilizado del Bloque Mineros de las AUC.

INTERVENCIÓN DE LA FISCALÍA

El señor Fiscal solicita la exclusión del proceso de justicia y paz del señor **JHONATAN GUTIERREZ GALLEGO**, con base en las causales 5 y 6 del artículo 11A numeral 5° de la ley 975 de 2005, introducido por el artículo 5° de la ley 1592 de 2012 relacionadas con que el postulado haya sido condenado por delitos dolosos cometidos después de la desmovilización y haya incumplido las obligaciones asumidas en la sustitución de la medida de aseguramiento.

Añade que el postulado está debidamente individualizado, nació el 15-06-1984 en Medellín, alias El Paisa o La Chinga, su último lugar de residencia fue la ciudad de Bogotá, y relaciona varias sentencias emitidas por la jurisdicción ordinaria por conductas punibles cometidas mientras perteneció al grupo al margen de la ley, pues actuó con los bloques Cacique Nutibara y Mineros y se desmovilizó con el último.

Luego refiere el trámite de desmovilización y los hechos que se le han imputado en Justicia y Paz, siete en total, uno de ellos para efectos de verdad, y agrega que en 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.

Posteriormente relaciona los hechos por los cuales solicita la exclusión, pues **JHONATAN GUTIÉRREZ** fue vinculado a un proceso penal donde le imputaron el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego y municiones,

porque según una fuente humana en una casa del barrio Oasis de Cazucá ubicada en el municipio de Soacha (Cundinamarca), habitaban varias personas dedicadas al negocio de estupefacientes y porte de armas, debido a lo cual fue expedida orden de allanamiento y registro por la Fiscalía para dicha residencia, y una vez las autoridades ingresaron al lugar encontraron a varias personas entre ellas **JHONATAN GUTIÉRREZ**. Revisada la morada hallaron en un montículo de arena un arma de fuego pistola 9 mm, con 12 municiones en el proveedor, y en una de las habitaciones veinticinco cartuchos para revolver 38 Special, además de decomisar los teléfonos celulares de los capturados quienes fueron dejados a disposición del Juez de control de garantías donde se les formuló imputación por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego y municiones y se le impuso al mencionado **GUTIERREZ GALLEGO** medida de aseguramiento de detención domiciliaria. La Fiscalía del caso adelantó el trámite del proceso penal y al inicio del juicio oral presentó un preacuerdo realizado con el procesado, consistente en que este aceptaba su responsabilidad como cómplice de la conducta de porte de arma y a cambio se le reconocería la circunstancia de marginalidad del artículo 56 del Código Penal, el cual fue aceptado por el Juez de conocimiento que lo condenó mediante sentencia del 25-10-2021 a la pena principal de 12 meses de prisión, y posteriormente el Juzgado de ejecución de penas de Fusagasugá declaró cumplida la condena.

Añade el señor Fiscal de Justicia y Paz que al portar esa arma de fuego, el postulado incumplió el principio de no repetición, pues ese tipo de conductas era de las que él desarrollaba

cuando perteneció las autodefensas, y la condena recibida constituye una causal objetiva que debe dar lugar a su exclusión de este proceso transicional, porque además incumplió con las obligaciones consagradas en los numerales 8 y 9 del acta de compromiso que suscribió ante el magistrado de control de garantías, al cometer nuevos delitos y no observar buena conducta, y si bien la pena impuesta ya se encuentra cumplida, el hecho como tal se presentó y por tanto el mencionado **GUTIÉRREZ** debe ser excluido de la lista de elegibles a la Ley de Justicia y Paz, y esa es su solicitud además de que se revoque la libertad de que ha venido gozando, se ordene su captura y se ponga a disposición del juzgado de ejecución de penas correspondiente.

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Expuso la funcionaria que la Fiscalía informó todo lo relacionado con la participación del postulado en la comisión de un delito posterior a su desmovilización, e incluso aportó copia de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado de Soacha, y se pregunta ¿cómo se afectaría el proceso de Justicia y Paz con la exclusión del postulado?, porque solo se le imputaron siete hechos, algunos sin víctimas reconocidas, y además existen otros comandantes que podrían responder a las pretensiones de las víctimas, y se debe tener en cuenta si existen bienes del grupo armado que permitan resarcirlas.

Sigue exponiendo que la reincorporación a la vida civil del postulado se afectó en el año 2017, cuando cometió un nuevo delito e incumplió con sus obligaciones, lo cual lo lleva a

perder los privilegios de que gozaba al momento del sometimiento a la ley de Justicia y Paz.

Seguidamente se refiere a decisiones de la Corte Suprema de Justicia en el sentido que no obstante la causal esgrimida por el Fiscal ser de carácter objetivo, debe ponderarse si el hecho en realidad afectó los presupuestos materiales de Justicia y Paz, si la intención del postulado fue atentar contra el proceso de paz con su comportamiento que afectó un bien jurídico colectivo como lo es la Seguridad Pública. Se pregunta entonces ¿si la condena que se le impuso en la sentencia anticipada puede llevar a alguna consideración por parte de Justicia y Paz? Porque la Fiscalía habló de un grado de participación de complicidad y por lo tanto se debe analizar si esta forma de participación si afectó la voluntad del postulado de mantenerse al margen de los delitos, y continuar una vida alejada de los mismos. Y debe mirarse de manera benévola la situación de este señor, al tomarse la decisión, aunque el mismo no adujo ningún elemento ni se presentó al estrado a argumentar en su favor.

Solicita se analice su caso bajo el principio de ponderación señalado por la Carta, pues existe un presupuesto como fue la actitud del postulado en el proceso que se le adelantó, toda vez que el mismo terminó con una sentencia anticipada y su grado de participación fue el de complicidad. Pide por tanto 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.

INTERVENCIÓN DE LA REPRESENTANTE DE LAS VÍCTIMAS

La Doctora **LUCIA GÓMEZ** intervino en representación de las víctimas, y expuso que la solicitud de exclusión de la Fiscalía es objetiva porque si los postulados se acogieron a la ley de Justicia y Paz se comprometieron a dejar atrás el accionar delictivo. Cita la normatividad aplicable en estos casos y agrega que para la exclusión se requiere solo de una condena, pero el señor **JHONATAN GUTIÉRREZ** cuenta con tres sentencias condenatorias, lo que indica que violó sus obligaciones y está de acuerdo con que se le excluya porque las víctimas no se afectarán con esta decisión.

Antes de darle el uso de la palabra a la defensa, la suscrita ponente la solicitó al Fiscal que aclarara cuántas sentencias condenatorias tenía el postulado por delitos cometidos después de la desmovilización, y respondió que solo una, porque las demás a las que hizo referencia tenían relación con conductas punibles realizadas durante su permanencia en el grupo al margen de la ley.

ALEGACIONES DE LA DEFENSA

La señora abogada defensora del postulado coadyuva la intervención de la agente del Ministerio Público, porque además de todos los esfuerzos que se han hecho en el proceso de Justicia y Paz se deben tener en cuenta a las víctimas, y no obstante los comandantes van a responder, con la extradición de algunos de ellos se complicó el cumplimiento de la ley,

amén de que el Estado abandonó a los postulados pues les quitó el auxilio económico.

Agrega que su asistido desde que se desmovilizó se comportó correctamente, no se pasó a la guerrilla como otros, y estaba cumpliendo con sus obligaciones con el Estado, porque era muy ceñido a la ley. No entiende que le pasó, no pudo volver a ubicarlo y en el proceso penal por el que se le pretende excluir lo asistió otra abogada, entonces como **JHONATAN** llevaba mucho tiempo en la cárcel se desesperó y se sometió a la sentencia anticipada, pero no previó las consecuencias de su actuar.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con lo establecido en el artículo 11ª de la ley 975 de 2005 y el artículo 2.2.5.1.2.3.1 del decreto 1069 de 2015, la competencia para decidir sobre la exclusión de un postulado al proceso de Justicia y Paz radica en las Salas de conocimiento, y la presente actuación correspondió por reparto a la suscrita magistrada.

El problema jurídico en este caso consiste en resolver ¿si la causal de terminación del proceso de justicia y paz y exclusión de lista postulados consagrada en el artículo 11ª numeral 5º de la ley 975 de 2005, es de carácter meramente objetivo o admite otro tipo de análisis que pueda ser favorable al postulado?

Dicha norma consagra como causal de exclusión: "Que el postulado haya sido condenado por delitos dolosos cometidos después de la desmovilización...", y en el presente asunto de acuerdo a los elementos probatorios aportados por la Fiscalía la desmovilización del señor **JONATHAN GUTIÉRREZ GALLEGO** ocurrió el 20 de enero de 2006 con el Bloque Mineros de las Autodefensas, y tal como también lo acreditó el señor Fiscal este postulado fue condenado el 25-10-2021 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Soacha (Cundinamarca) a una pena de 12 meses de prisión, luego de aprobar un preacuerdo con la Fiscalía en el que se le llamó a responder como cómplice de la conducta de Fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego y municiones de que trata el artículo 365 del Código Penal y se le reconoció el haber obrado en circunstancia de marginalidad de que trata el artículo 56 del Código Penal, por hechos ocurridos el 3 de mayo de 2017, o sea con posterioridad a su desmovilización, lo que significa que objetivamente violó la prohibición de cometer nuevos delitos después de la misma.

Ahora bien, no obstante haber cometido esa conducta delictiva, y que en su contra obra una sentencia condenatoria ejecutoriada, que tiene fuerza de cosa juzgada y goza de doble presunción de acierto y legalidad, no puede dejar de lado la Sala las circunstancias tan especiales en que se dio la captura del postulado **GUTIÉRREZ GALLEGO**, pues ocurrió luego de una diligencia de allanamiento y registro que se originó, según el informe de policía judicial que precedió dicha diligencia, en informaciones de fuente humana en el sentido que en una residencia ubicada en la urbanización Oasis de Cazucá, del municipio de Soacha (Cundinamarca), se reunían

algunas personas para actividades tan variadas como la conservación, expendio y consumo de estupefacientes, además del porte de armas, e incluso se escondían allí sindicados de delitos, y cuando se hizo el registro en la casa los policiales encontraron un arma de fuego oculta en un montículo de arena, pero ninguno de los residentes o visitantes del lugar la estaba portando, y a lo sumo ahí se podría hablar de una tenencia, sin embargo, se les imputó a todos los capturados el porte del arma de fuego, conducta que en criterio del señor Fiscal reviste especial gravedad porque es similar a la que desplegabá el postulado cuando perteneció al grupo al margen de la ley, y de esa manera violó el principio de no repetición.

Cree la Sala para dar respuesta al problema jurídico planteado, que la causal de exclusión referida a que el postulado sea condenado por delito doloso cometido después de la desmovilización, no es de carácter eminentemente objetiva como lo considera el señor Fiscal, porque se debe analizar cada conducta en particular y las circunstancias que la rodean, pues si bien **JHONATAN** fue condenado por un delito relacionado con el tráfico, porte o tenencia de arma de fuego y sus municiones, se debe recordar que el bien jurídico que se protege en esos casos es el de la Seguridad Pública, de carácter general y abstracto, que el arma no fue encontrada en su poder y pudo ser de cualquiera de los capturados e incluso de terceras personas que frecuentaban la residencia, que se le llamó a responder en juicio como cómplice de dicha conducta, y que fue al parecer porque llevaba mucho tiempo en detención domiciliaria por lo que el postulado llegó a un preacuerdo con la Fiscalía para finalizar rápido la actuación,

sin prever las consecuencias que una sentencia condenatoria podía tener en su participación dentro del proceso de Justicia y Paz.

La Sala acoge plenamente los argumentos del Ministerio Público en el sentido que la conducta por la que fue sentenciado el postulado no reviste la gravedad suficiente para ser excluido de Justicia y Paz, y se agrega que si bien cometió un error al encontrarse en un lugar poco apropiado según se concluye del informe presentado por la Fiscalía, pues el mismo era frecuentado por personas de dudosa reputación, en ningún momento fue sorprendido portando el arma de fuego incautada, pues la misma como lo expuso el señor Fiscal fue hallada en un montículo de arena en la residencia allanada, y como no se le pudo imputar a ninguno de los capturados, a todos se les llamó a responder como cómplices de porte, cuando en realidad se trataba de la tenencia de un arma de fuego sin su respectivo salvoconducto.

Y en cuanto a la violación al principio de no repetición que según el señor Fiscal ocurrió porque el postulado incurrió en el delito de porte de armas, una de las que desdoblaba cuando era miembro del grupo al margen de la ley, se reitera que al momento de su captura **GUTIERREZ GALLEGO** no realizaba dicha conducta pues no portaba artefacto alguno, 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.

Tal vez el señor Fiscal quiso referirse a la garantía de no repetición que recoge en forma amplia varios compromisos del

Estado y los postulados con las víctimas del conflicto armado, y así se lee claramente en la definición que hace de este término la Unidad de Reparación a las Víctimas, en su página de internet, garantía que tampoco se observa vulnerada con la actuación del mencionado **GUTIERREZ GALLEGO**, pues 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:

"Garantías de no repetición"

¿Qué son?

Las Garantías de No Repetición son consideradas tanto una de las formas de reparación a las víctimas como uno de los principios generales de responsabilidad internacional de los Estados. Dichas garantías a diferencia de las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción se encuentran dirigidas a la sociedad con el propósito que no se repitan la vulneración de los derechos de las víctimas, así como eliminar y superarlas causas estructurales de la violación masiva a los derechos humanos y/o al derecho internacional humanitario al interior de la sociedad. Las garantías de no repetición comprenden dos dimensiones: una preventiva y otra reparadora.

La dimensión preventiva surge de la obligación internacional que tienen los Estados de prevenir las violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, y cobra especial importancia en procesos transicionales donde el riesgo persiste y no basta con reparar los daños ya infligidos sino prevenir los futuros. Por ejemplo, el desminado y la prevención de reclutamiento.

La dimensión reparadora se refiere a acciones que correspondan a mitigar los daños infringidos a las víctimas en violación a sus derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, teniendo en cuenta acciones de carácter institucional, político, económico y social que beneficien a la sociedad en general. Por ejemplo, la socialización de la verdad judicial, pedagogía social en derechos humanos, eliminación de patrones culturales, entre otras.

La implementación efectiva de las garantías de no repetición aseguran el logro de la paz y el fortalecimiento de la democracia, teniendo en cuenta que las garantías de no repetición deben responder a los contextos, características y necesidades territoriales. Asimismo, la Unidad para las Víctimas ha basado su desarrollo y aplicación sobre el desarrollo de un enfoque de reconciliación que tienda a restablecer la confianza, la

democracia, los derechos de las víctimas, y el territorio entre el Estado, las comunidades y los antagonistas.”¹

Si bien la abogada defensora no fue muy prolija en argumentos en favor de su representado, si dejó entrever que este siempre ha sido cumplido con los compromisos adquiridos ante esta Justicia Transicional, que, aunque perdió hace algún tiempo contacto con él nunca tuvo queja de su comportamiento, y si bien no adujo ningún elemento material probatorio para acreditarlo, en la actuación no se encuentran pruebas que desdigan lo argumentado por la defensa. Es que además en ese preacuerdo se le reconoció a **GUTIÉRREZ GALLEGO**, la circunstancia de marginalidad de que trata el artículo 56 del Código Penal, lo que indica que la conducta no fue considerada de especial gravedad por el Fiscal del caso.

En el auto AP 2673 de 2020, radicado 57834, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia expuso lo siguiente sobre esta causal de exclusión de un postulado a la Ley de Justicia y Paz:

5. Para la Corte, el numeral 5º del artículo 11A de la Ley 975 de 2005 es 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 fundan, entonces, en la necesidad de depurar el trámite de Justicia y Paz de aquellos postulados que accedieron al proceso sin

¹ www.unidadvictimas.gov.co

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. Esta postura fue modulada por la Sala a partir de la decisión AP-522 del 20 de febrero de 2019, en la que se estableció que existen casos excepcionales 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 esos eventos, la condena por el hecho punible cometido con posterioridad a la desmovilización, no ostenta la trascendencia suficiente para fundar la expulsión del proceso transicional si, además, el postulado 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, pues 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, constituye un parámetro a considerar al momento de evaluar la exclusión del desmovilizado. De manera que en algunos eventos excepcionales, a pesar del cumplimiento objetivo de las hipótesis contenidas en el numeral 5º 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.

En consecuencia, se estableció que, por regla general, cuando se pruebe que el postulado fue condenado con posterioridad a su desmovilización por un delito doloso, procederá la expulsión del trámite transicional y sólo

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 desmovilizado esté cumpliendo con los restantes deberes adquiridos y haya colaborado eficazmente con la reconstrucción de la verdad...

Desde esta arista el análisis principialístico que orienta el estudio de ésta Sala y determina la trascendencia de la actuación criminal del postulado, le es favorable, como quiera que si bien se trató de una condena por delito doloso como lo argumentó la Fiscalía, su participación lo fue en calidad de cómplice y además se le reconoció el haber obrado en circunstancia de marginalidad, lo que implica que **GUTIÉRREZ GALLEGO** no fue quien recorrió con su conducta el tipo penal, sino que prestó una ayuda previa, concomitante o posterior, cuestión que no fue determinada claramente dentro de la sentencia condenatoria, donde mucho menos se estableció el momento del concierto con los autores para desplegar la conducta típica.

Con estos elementos la Sala no puede hacer un análisis desfavorable de la trascendencia de la conducta respecto del proceso de Justicia y Paz, toda vez que el postulado ni siquiera desplegó el tipo penal y su contribución al mismo no puede serle valorada como de máxima gravedad cuando no están claras las circunstancias de ocurrencia del hecho, la calidad de su aporte y mucho menos que este pueda poner en riesgo los principios del proceso de justicia y paz en punto de la verdad, la justicia y la reparación, ni tampoco la garantía de no repetición, pues en este punto final, su conducta punible estuvo fundada en hacer presencia en un lugar donde al

parecer concurrían muchas personas, entre ellos consumidores de estupefacientes, actitud no relevante para la ley penal Colombiana.

De otra parte, desde el argumento de importancia para el proceso respecto de los aportes que pudiere realizar el postulado, no puede tampoco jugar en desfavor de éste el que no se trate de un comandante o que se le hayan imputado pocos hechos, pues su aporte es sumamente importante para el derecho a la verdad y la reparación de las víctimas en sus diversas dimensiones. Su parte concreta como autor material de los hechos es complementaria de la que puedan verter los máximos responsables, y por experiencia de esta Sala muchas veces resultan más sanadoras y reparadoras de las víctimas que comparecen a la actuación, las intervenciones en las audiencias de los mandos medios o de quienes cometieron directamente los hechos, que las de los máximos comandantes que responden como autores mediatos y normalmente desconocen todos los detalles de las conductas punibles cometidas por sus subalternos.

En mérito de lo expuesto la **Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Medellín,**

RESUELVE

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

SEGUNDO: La presente decisión se notifica en estrados y
contra la misma proceden los recursos de ley.



BEATRIZ EUGENIA ARIAS PUERTA

MAGISTRADA



JUAN GUILLERMO CÁRDENAS GÓMEZ
MAGISTRADO



MARÍA ISABEL ARANGO HENAO

MAGISTRADA